

Philipp Haberbeck

Wann verliert eine liquidierte Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit?

Es ist umstritten, ob die Löschung einer Aktiengesellschaft im Handelsregister konstitutive oder deklarative Wirkung hat. Nach Prüfung dieser Frage kommt der Autor zum Ergebnis, dass die Löschung einer Aktiengesellschaft im Handelsregister in dem Sinne ausschliesslich deklaratorische Wirkung hat, dass die Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit nur dann verliert, wenn ihre Liquidation effektiv vollständig durchgeführt wurde, bzw. dass die nicht vollständig liquidierte Aktiengesellschaft, die noch über Aktiven verfügt, ihre Rechtspersönlichkeit trotz Löschung im Handelsregister behält.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Gesellschaftsrecht; Personenrecht; Rechtsvergleichung;

Deutsches Recht; Juristische Personen; Aktienrecht

Zitiervorschlag: Philipp Haberbeck, Wann verliert eine liquidierte Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit?, in: Jusletter 10. April 2017

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Die Auslegung von Art. 746 OR
 - A. Die grammatikalische Auslegung
 - B. Die historische Auslegung
 - C. Die systematische Auslegung
 - D. Die teleologische Auslegung
 - E. Der Vergleich mit der Situation unter deutschem, französischem und österreichischem Recht
- III. Zusammenfassung

I. Einführung

[Rz 1] Wer oder was Trägerin oder Träger¹ von Rechten und Pflichten sein kann, wird durch die Rechtsordnung bestimmt. Ohne Rechtsordnung gibt es mithin keine Rechtspersönlichkeit. Auch kann sich in einer Rechtsordnung mit der Zeit ändern, wer oder was über Rechtspersönlichkeit verfügt. So gab es etwa in der Vergangenheit verschiedene Rechtsordnungen, in denen bestimmte Menschen als rechtlose Sklaven behandelt wurden², z.B. im antiken Griechenland, in gewissen Staaten in den USA oder in Brasilien, wo die Sklaverei erst 1888 abgeschafft wurde³. Und so besitzen, um ein weiteres Beispiel zu erwähnen, Tiere in der schweizerischen Rechtsordnung zurzeit keine Rechtspersönlichkeit⁴, wobei nicht per se ausgeschlossen werden kann, dass sich dies bei entsprechender Entwicklung der Anschauungen nicht irgendwann ändern könnte⁵.

[Rz 2] Dass die Aktiengesellschaft unter Schweizer Recht ihre Rechtspersönlichkeit (erst) mit der Eintragung der Aktiengesellschaft im Handelsregister erlangt, ist gesetzlich in Art. 643 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR)⁶ ausdrücklich festgelegt. Nicht so klar ist jedoch, wann eine Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit verliert.

[Rz 3] In der Lehre wird von verschiedenen Autoren sinngemäss die Auffassung vertreten, die Löschung einer Aktiengesellschaft im Handelsregister habe in dem Sinne ausschliesslich deklaratorische Wirkung, dass die Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit nur dann verliere, wenn ihre Liquidation effektiv vollständig durchgeführt wurde, bzw. dass die nicht vollständig liquidierte Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit trotz Löschung im Handelsregister behalte.⁷

¹ Nicht immer werden in diesem Text gleichzeitig die weibliche und männliche Form verwendet. Wird nur die weibliche oder männliche Form verwendet, ist die andere Form jeweils mitgemeint.

² Vgl. etwa W. HENKE, *Recht und Staat: Grundlagen der Jurisprudenz*, Tübingen 1988, S. 272.

³ Siehe W. HENKE, a.a.O., S. 272.

⁴ Vgl. etwa CHK-P. BREITSCHMID, 3. A., Zürich 2016, ZGB 11 N 5.

⁵ Vgl. etwa SASKIA STUCKI, *Rechtstheoretische Reflexionen zur Begründung eines tierlichen Rechtssubjekts*, in: M. Michel et al. (Hrsg.), *Animal law: developments and perspectives in the 21st century = Tier und Recht: Entwicklungen und Perspektiven im 21. Jahrhundert*, Zürich/St. Gallen 2012, S. 143 ff. (gefunden auf: http://www.mpil.de/files/pdf4/Stucki_Offprint.pdf; alle Websites zuletzt besucht am 2. März 2017); Interview von B. Ott mit M. Wild vom 14. Oktober 2016, «Tiere sollten Grundrechte haben wie Kleinkinder», *Tagesanzeiger Online* (<http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/tiere-sollten-grundrechte-haben-wie-kleinkinder/story/15063574>).

⁶ Art. 643 Abs. 1 OR (SR 220), unter dem Titel «*Erwerb der Persönlichkeit*», lautet: «*Die Gesellschaft erlangt das Recht der Persönlichkeit erst durch die Eintragung in das Handelsregister*».

⁷ Siehe (in willkürlicher Auswahl und Reihenfolge) etwa: W. BÜRGI / U. NORDMANN-ZIMMERMANN, *Zürcher Kommentar*, Zürich 1979, OR 746 N 7; P. FORSTMOSER / A. MEIER-HAYOZ / P. NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 56 N 152; KUKO OR-F. TREZZINI, *Basel* 2014, Art. 746 N 1; M. COURVOISIER, in: W. Fischer et al. (Hrsg.), *Handbuch Schweizer Aktienrecht*, Basel 2014, Rz. 91.1; R. RIEK, *Das Liquidationsstadium bei der AG*, Diss. Zürich 2003, S. 179 («*Massgebend für den tatsächlichen Untergang [der Aktiengesellschaft] ist die beendete Auseinandersetzung*»).

Dieser Meinung scheint sich auch das Obergericht des Kantons Zürich in einem Urteil vom 16. Juni 2016 anzuschliessen.⁸

[Rz 4] Demgegenüber ist das Bundesgericht offenbar der Auffassung, dass die Eintragung der Löschung der Aktiengesellschaft im Handelsregister die Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft konstitutiv zum Erlöschen bringe.⁹

[Rz 5] Im vorliegenden Beitrag wird die der oben erwähnten Streitfrage zugrunde liegende Auslegung des einschlägigen Art. 746 OR¹⁰ diskutiert.

II. Die Auslegung von Art. 746 OR

A. Die grammatikalische Auslegung

[Rz 6] Ziel jeder Gesetzesauslegung ist es, mit Bezug auf eine bestimmte Fragestellung den wahren Sinn¹¹ der auszulegenden Norm zu ermitteln.¹² Soweit der Wortlaut der Bestimmung nicht ganz klar ist, so dass ihr Sinn mit Bezug auf die relevante Frage auf der Hand liegt¹³, sind bei der Auslegung der Norm und der Suche nach ihrem wahren Sinn alle Auslegungselemente zu berücksichtigen.¹⁴ Diesbezüglich ist gemäss bundesgerichtlicher Praxis keine fixe Methodenhierarchie zu befolgen¹⁵, was zur Folge hat, dass sich der wahre Sinngehalt einer Gesetzesnorm dem

auch mit den Aktionären und nicht die Löschung im Handelsregister. Dies ergibt sich aus der lediglich deklaratorischen Wirkung des Eintrages der Löschung im Gegensatz zum konstitutiven Eintrag der Gründung. Sofern noch Aktiven oder Verpflichtungen bestehen, ist die Auseinandersetzung mit den Aktionären und den Gläubigern noch nicht beendet. Die Liquidation ist immer noch im Gang und die Gesellschaft existiert weiter.» sowie S. 180 ff. und FN 1044.

- ⁸ Siehe ZR 115 (2016) Nr. 41 S. 179 E. 3.3 des Urteils («Die Gesellschaft verliert ihre Rechtspersönlichkeit erst durch die Beendigung der Liquidation; die Löschung im Handelsregister hat lediglich deklaratorische Wirkung [...]»).
- ⁹ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A.3/2002 vom 3. Juli 2002 E. 4.1 *in fine* («La radiation au register du commerce n'est pas un acte anodin; elle déploie des effets constitutifs et entraîne la perte de la personnalité juridique de la société [...]»); BGE 117 III 39 E. 3b S. 41 f.; 73 III 61 E. 1 S. 62; 64 II 150 E. 1 S. 151; 42 III 37 S. 40 («Da andererseits das Gesetz für den Erwerb der Rechtspersönlichkeit die Eintragung im Handelsregister fordert, muss angenommen werden, dass auch ihr Fortbestand an diese Voraussetzung geknüpft ist und die Streichung der Gesellschaft im Handelsregister infolge beendigter Liquidation mir ihrem Untergang als Rechtssubjekt gleichbedeutend ist.»); siehe auch etwa CHK-G. BENEDICK, 3. A., Zürich 2016, OR 746 N 5 («Gemäss BGer entfaltet die Löschung im HR **konstitutive Wirkung** und führt zum Verlust der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft [...]»).
- ¹⁰ Art. 746 OR, unter dem Titel «Löschung im Handelsregister», lautet: «Nach Beendigung der Liquidation ist das Erlöschen der Firma von den Liquidatoren beim Handelsregisteramt anzumelden».
- ¹¹ Auch umschrieben als wahre Tragweite, sachlich richtige Lösung, Sinngehalt etc.
- ¹² Siehe etwa BGE 130 III 76 E. 4.1 S. 83 f. («Daraus aber lässt sich nicht begründen, der wahre Sinn der Bestimmung reiche im historischen Bezug nach dem Willen des Gesetzgebers über den Wortlaut der Bestimmung hinaus.»); BGE 123 III 89 E. 3e S. 95 («Der wahre Sinn der Vorschrift wird, wie gezeigt, vielmehr erst erkennbar, wenn ihr Wortlaut in seiner Gesamtheit in Betracht gezogen wird und auch die weiteren massgebenden Auslegungsgesichtspunkte im Auge behalten werden.»); BGE 112 II 300 E. 3c S. 303 («Entgegen der Auffassung der Beklagten ist das Gesetz keineswegs lückenhaft. Bäuerliches und allgemeines Erbrecht greifen lückenlos ineinander über, und dem Gesetz lässt sich der wahre Sinn entnehmen, ohne dass es unter Beziehung anderer, nicht erbrechtlicher Rechtsquellen des Landwirtschaftsrechts (EGG) ausgelegt zu werden braucht.»).
- ¹³ Lautet die Frage z.B., mit welchem Alter man gemäss Art. 14 ZGB (SR 210) die Volljährigkeit erreicht, dann lautet die Antwort offensichtlich, dass dies nach Zurücklegen des 18. Lebensjahres der Fall ist.
- ¹⁴ Vgl. etwa BGE 136 V 216 E. 5.1 S. 218 («Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur dann allein auf das grammatische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab [...]»); Urteil des Bundesgerichts 9C_312/2016 vom 19. Januar 2017, E. 6.1.
- ¹⁵ Siehe etwa Urteil des Bundesgerichts 6B_646/2016 vom 3. Januar 2017, E. 1.4.1 («[Bei der Gesetzesauslegung] befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen.»).

Grundsatz nach durch jedes der relevanten Auslegungselemente¹⁶ oder durch jede Kombination dieser Elemente¹⁷ erschliessen lässt, und dass das grammatikalische Auslegungselement den Auslegungsvorgang nicht per se dominiert¹⁸. Gleichwohl ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Wortlaut der auszulegenden Bestimmung der Ausgangspunkt des Auslegungsvorgangs.¹⁹

[Rz 7] Zweifellos beantwortet nun der Wortlaut von Art. 746 OR die hier untersuchte Frage, ob die Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit nur dann verliert, wenn ihre Liquidation effektiv vollständig durchgeführt wurde, bzw. ob die nicht vollständig liquidierte Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit trotz Löschung im Handelsregister behält, nicht, zumindest nicht explizit.

[Rz 8] Was dem Wortlaut von Art. 746 OR nach hier vertretener Auffassung entnommen werden kann, ist, dass die Beendigung der Liquidationstätigkeit das Erlöschen der Aktiengesellschaft bzw. den Verlust ihrer Rechtspersönlichkeit ipso iure bewirkt, also unabhängig vom Löschen der Aktiengesellschaft im Handelsregister.²⁰ Der Wortlaut der erwähnten Bestimmung indiziert, dass die vollständige Durchführung der Liquidation das Erlöschen der Gesellschaft bewirkt hat, ohne zusätzliche Voraussetzungen, und dass das bereits eingetretene Erlöschen der Gesellschaft von den Liquidatoren beim Handelsregister anzumelden ist. Sollte der Untergang der Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft nach ihrer vollständigen Liquidation auch noch konstitutiv vom Eintrag der Löschung im Handelsregister abhängen, müsste Art. 746 OR etwa folgendermassen lauten: «Nach Beendigung der Liquidation ist die Firma von den Liquidatoren beim Handelsregisteramt zur Löschung anzumelden».

[Rz 9] Die vorstehend erwähnte grammatikalische Auslegung von Art. 746 OR, gemäss welcher die Beendigung der Liquidationstätigkeit das Erlöschen der Aktiengesellschaft bzw. den Verlust ihrer Rechtspersönlichkeit ipso iure bewirkt, also unabhängig vom Löschen der Aktiengesellschaft im Handelsregister, wird auch durch die Botschaft des Bundesrates vom 21. Februar 1928 gestützt. In dieser Botschaft, die sich u.a. auf den damals neu eingeführten, heute nach wie vor unveränderten Art. 746 OR bezog, heisst es u.a.: «Das Erlöschen der Firma ist, wie bei der liquidierenden Kollektivgesellschaft, durch die Liquidatoren anzumelden, denn nur sie können wissen, wann

¹⁶ Siehe etwa BGE 139 III 491 E. 4.5 S. 497 («Am zwingenden Ergebnis der systematischen Auslegung vermag die teleologische nichts zu ändern.»); BGE 133 V 9 E. 3.6 S. 13 («Abzustellen ist unter diesen Umständen auf den Sinn und Zweck von Art. 26 Abs. 2 ATSG [mithin auf das teleologische Auslegungselement], wie er sich namentlich aus der Entstehungsgeschichte ergibt [...]»).

¹⁷ Siehe etwa BGE 137 V 373 E. 6.5 S. 382 («Zusammenfassend ergibt damit die Auslegung von Art. 20 Abs. 1 BVV 2 unter grammatikalischen, entstehungsgeschichtlichen und teleologischen Gesichtspunkten, dass [...]»); BGE 136 V 216 E. 5.6.1 S. 223 («Zusammenfassend ergibt sich auf Grund einer entstehungsgeschichtlichen (und zugleich zeitgemässen), teleologischen sowie systematischen Auslegung, dass [...]»).

¹⁸ Vgl. etwa BGE 125 II 177 E. 3 S. 179 («Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur dann allein auf das grammatikalische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifellos eine sachlich richtige Lösung ergab [...]»).

¹⁹ Siehe etwa BGE 135 II 416 E. 2.2 S. 418 («Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung.»); Urteil des Bundesgerichts B 10/99 vom 18. Juli 2002, E. 5a («Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen.»).

²⁰ Diese Rechtslage, dass die Beendigung der vollständig durchgeführten Liquidationstätigkeit das Erlöschen der Aktiengesellschaft bzw. den Verlust ihrer Rechtspersönlichkeit automatisch und unabhängig vom Löschen der Aktiengesellschaft im Handelsregister bewirkt, wird vertreten von (in willkürlicher Auswahl und Reihenfolge): P. FORSTMOSER / A. MEIER-HAYOZ / P. NOBEL, a.a.O., § 56 N 152; M. COURVOISIER, a.a.O., Rz. 90.1; H. C. VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 14 Rz. 72; F. RAYROUX, Commentaire romand, Code des obligations II, Basel 2008, Art. 746 N 6; M. K. ECKERT, Basler Kommentar, OR II, 5. A., Basel 2016, Art. 938 N 1; nicht klar CHR. STÄUBLI in der vierten Auflage des Basler Kommentars, der dort einerseits darauf hinweist, die Löschung im Handelsregister habe nur deklaratorische Wirkung (Basler Kommentar, OR II, 4. A., Basel 2012, Art. 746 N 1), andererseits festhält, dass die Löschung an sich den Untergang der Gesellschaft bewirke (a.a.O., Art. 746 N 6).

die Liquidation durchgeführt ist»²¹. Analog zu den vorstehenden Überlegungen indiziert diese Formulierung, dass die Aktiengesellschaft nach vollständig durchgeführter Liquidation ipso iure untergeht, und dass dieser Umstand (d.h., dass die Gesellschaft durch vollständig durchgeführte Liquidation erloschen ist, also ihre Rechtspersönlichkeit verloren hat) von den Liquidatoren beim Handelsregisteramt anzumelden ist. Es lässt sich argumentieren, dass der vorstehend zitierte Satz zumindest «Löschen» statt «Erlöschen» verwendet hätte, wenn der Bundesrat davon ausgegangen wäre, dass der Untergang der Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft nach ihrer vollständigen Liquidation konstitutiv vom Handelsregistereintrag abhängt.²²

[Rz 10] Für obige Betrachtungsweise spricht auch folgende Stellungnahme in den parlamentarischen Beratungen der einschlägigen Bestimmung (Art. 746 OR): «*La liquidation, une fois terminée, l'inscription au registre du commerce n'a plus sa raison d'être et les liquidateurs en demanderont la radiation au préposé au registre du commerce*»²³. Auch diese parlamentarische Äusserung kann so verstanden werden, dass der Untergang der Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft durch die vollständige Liquidation selbst bewirkt wird und die Streichung im Handelsregister nur noch eine deklaratorische Bedeutung hat.

[Rz 11] Unabhängig von den vorstehenden Überlegungen ist jedoch wie bereits erwähnt mit Blick auf eine grammatikalische Auslegung festzuhalten, dass sich dem Wortlaut von Art. 746 OR nicht direkt entnehmen lässt, ob die nicht vollständig liquidierte Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit trotz Löschung im Handelsregister behält. Das grammatikalische Auslegungselement führt hinsichtlich der in diesem Beitrag diskutierten Frage somit nicht zum Ziel, zumindest nicht bei isolierter Anwendung.

B. Die historische Auslegung

[Rz 12] Zwar ist bei der Auslegung einer Gesetzesnorm aufgrund des Prinzips der Gewaltenteilung²⁴ auch nach der Regelungsabsicht des Gesetzgebers zu fragen.²⁵ Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts kann die historische Auslegung aber nur dann ins Gewicht fallen, wenn die Regelungsabsicht des Gesetzgebers klar erkennbar ist sowie im Text der betreffenden Gesetzes-

²¹ Siehe die Botschaft vom 21. Februar 1928 (BBl 1928 I 205), S. 259.

²² Es ist darauf hinzuweisen, dass die analoge Bestimmung bezüglich der Kollektivgesellschaft (Art. 589 OR) von Löschung und nicht von Erlöschen spricht. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass das Parlament bei der Beratung des bundesrätlichen Gesetzesentwurfs eine bewusste redaktionelle Änderung der erwähnten Bestimmung vorgenommen zu haben scheint (siehe den Beschluss des Ständerates vom 1. April 1935 [Sten. Bull. 1935 I 78 S. 81]: «Dieser Artikel enthält eine redaktionelle Verbesserung. Es soll nun heissen: ...so haben die Liquidatoren beim Handelsregisteramt die Löschung der Firma zu veranlassen, statt das Erlöschen. Dann wird der Ausdruck Handelsregisteramt vorausgenommen. Wir beantragen Zustimmung zu dieser redaktionellen Änderung.»). Vor diesem Hintergrund könnte man natürlich mit Bezug auf Art. 746 OR auch argumentieren, dass der Gesetzgeber hinsichtlich dieser Bestimmung eine entsprechende «redaktionelle Verbesserung» schlicht übersehen / vergessen hat.

²³ Sten. Bull. 1934 II 335 S. 344.

²⁴ Siehe etwa BGE 133 III 257 E. 2.5.4 S. 271 («Ob diese rechtspolitische Kritik berechtigt ist, haben gemäss dem Prinzip der Gewaltenteilung die gesetzgebenden und nicht die rechtsanwendenden Behörden zu entscheiden [...]»).

²⁵ Siehe etwa BGE 133 III 257 E. 2.4 S. 265 («Die Auslegung des Gesetzes ist auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die von ihm erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten [...]»); BGE 121 III 219 E. 1 daa S. 225 («Die Auslegung des Gesetzes ist zwar nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten, da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist, die es mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungselemente zu ermitteln gilt [...]»).

norm ihren Ausdruck gefunden hat.²⁶ Dies ist bezüglich Art. 746 OR bzw. der hier diskutierten Fragestellung nicht der Fall.

[Rz 13] Das alte Obligationenrecht in der Fassung vom 14. Juni 1881 enthielt noch keine Art. 746 OR entsprechende Bestimmung.²⁷ Eingeführt wurde Art. 746 OR mit der OR-Revision vom 18. Dezember 1936. Seit seiner Einführung wurde Art. 746 OR wie bereits erwähnt nicht geändert, d.h., sein Wortlaut ist nach wie vor identisch, inklusive seines Titels.²⁸

[Rz 14] Die Botschaft vom 21. Februar 1928²⁹, in welcher der Bundesrat u.a. die Einführung der hier diskutierten Gesetzesnorm thematisierte, enthält keine Hinweise darauf, ob die nicht vollständig liquidierte Aktiengesellschaft aus Sicht des Gesetzgebers ihre Rechtspersönlichkeit trotz Löschung im Handelsregister behalten solle.³⁰ Diese Frage wurde auch in den parlamentarischen Beratungen, in denen der bundesrätliche Entwurf von Art. 746 OR bzw. ursprünglich Art. 735 OR behandelt wurde, soweit ersichtlich nicht adressiert.³¹ Eine klare Regelungsabsicht des Gesetzgebers lässt sich somit hinsichtlich der in diesem Beitrag diskutierten Streitfrage nicht eruieren, womit die zweite der obengenannten Voraussetzungen der Massgabe des historischen Auslegungselements (Niederschlag der Regelungsabsicht des Gesetzgebers im Wortlaut der Bestimmung) nicht weiter zu prüfen ist.

[Rz 15] Im Lichte der oben erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum historischen Auslegungselement lässt sich somit festhalten, dass dieses Auslegungselement vorliegend keinen entscheidenden Anhaltspunkt liefert.

C. Die systematische Auslegung

[Rz 16] Das systematische Auslegungselement beschäftigt sich mit dem Aspekt des Normenzusammenhangs, also im Ergebnis mit der Frage, wie die auszulegende Bestimmung, bei der es sich gegebenenfalls auch nur um einen einzelnen Absatz einer Rechtsnorm handeln kann, im Lichte

²⁶ Siehe etwa BGE 136 III 23 E. 6.6.2.1 S. 37 («Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben [...]»); BGE 124 II 193 E. 5c S. 200 (Hervorhebung zusätzlich: «Die Vorinstanz hat sich in ihrem Entscheid wesentlich auf den klaren und [j]eindeutigen Willen des Verfassungsgebers berufen. Sie hat somit hauptsächlich auf die Materialien abgestellt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts können bei der Auslegung die Materialien beigezogen und darf der Wille des historischen Verfassungs- oder Gesetzgebers beachtet werden, **soweit dieser im Text der Norm seinen Ausdruck gefunden hat.** [...] **Die Materialien fallen daher nur insoweit ins Gewicht, als sie bei unklaren oder unvollständigen Bestimmungen deren Tragweite erkennen lassen.**») sowie BGE 116 II 525 E. 2b S. 527 (Hervorhebung zusätzlich: «Eine historisch orientierte Auslegung ist daher für sich allein nicht entscheidend. **Die Materialien fallen nach der Rechtsprechung nur ins Gewicht, wenn sie angesichts einer unklaren gesetzlichen Bestimmung eine klare Antwort geben und im Gesetzeswortlaut einen Niederschlag gefunden haben.** [...] In diesem Sinne ist auch die Aussage zu verstehen, dass die Materialien umso weniger zu beachten sind, je weiter sie zeitlich zurückliegen [...]»).

²⁷ Siehe insbesondere Art. 664–670 des OR in der Fassung von 1881, welche die Auflösung der AG betreffen (BBl 1881 III 109).

²⁸ Siehe BBl 1936 III 605.

²⁹ BBl 1928 I 205.

³⁰ Im bundesrätlichen Entwurf von 1928 trug Art. 746 OR noch die Nummer 735 (vgl. BBl 1928 I 205, S. 403). Das Thema der Auflösung einer Aktiengesellschaft wird in der Botschaft vom 21. Februar 1928 auf S. 258–260 behandelt. Dort wird das in diesem Beitrag behandelte Thema nicht erwähnt.

³¹ Vgl. insbesondere Sten. Bull. 1931 III 560 S. 575 ff., Sten. Bull. 1934 II 335 S. 343 f.

te (i) der gesamten relevanten Norm³², (ii) des betreffenden Erlasses (Gesetz, Verordnung etc.) und/oder (iii) der übrigen Rechtsordnung zu interpretieren ist.³³

[Rz 17] Nach Auffassung des Autors führt eine systematische Auslegung von Art. 746 OR zum Ergebnis, dass eine Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit erst dann verliert, wenn ihre Liquidation effektiv vollständig durchgeführt wurde, bzw. dass die nicht vollständig liquidierte Aktiengesellschaft, die noch über Aktiven verfügt³⁴, ihre Rechtspersönlichkeit trotz Löschung im Handelsregister behält, aus nachfolgenden Überlegungen.

[Rz 18] In erster Linie sticht im vorliegenden Kontext Art. 739 Abs. 1 OR³⁵ ins Auge, der ausdrücklich festlegt, dass die aufgelöste Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit bis zu ihrer vollständigen Liquidation behält.³⁶

[Rz 19] Dass der Verlust der Rechtspersönlichkeit der aufgelösten Aktiengesellschaft erst mit ihrer vollständigen Liquidation eintreten soll, geht aus dem Satzteil *«bis die Auseinandersetzung auch mit den Aktionären durchgeführt ist»* von Art. 739 Abs. 1 OR hervor, denn eine Auseinandersetzung unter den Aktionären der Aktiengesellschaft, also die Verteilung eines allfälligen Liquidationserlöses unter den Aktionären, kann erst nach Durchführung der vorgängigen Liquidationshandlungen erfolgen, d.h. nach Einstellung der Geschäfte, Versilberung der Aktiven sowie Tilgung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft.³⁷

[Rz 20] Dass Art. 739 Abs. 1 OR ausdrücklich statuiert, dass eine aufgelöste Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit bis zu ihrer vollständigen Liquidation behält, spricht dafür, dass die

³² Vgl. etwa BGE 139 III 491 E. 4.4 S. 495 (*«Im Rahmen der systematischen Auslegung ist allerdings der ganze Art. 174 SchKG zu betrachten.»*).

³³ Siehe etwa (in willkürlicher Auswahl und Reihenfolge): P. HETTICH, «Wirksamer Wettbewerb»: Theoretisches Konzept und Praxis, Diss. St. Gallen 2003 (zu finden auf: <https://www.alexandria.unisg.ch/41509/1/Hettich%20Wirksamer%20Wettbewerb.pdf>), insbesondere Rz. 67 (*«Das systematische Element umfasst die Interpretation einer Norm oder eines Begriffes sowohl im Gesetzeszusammenhang als auch im Zusammenhang mit der gesamten Rechtsordnung.»*) und 68 (u.a.: *«Bei der systematischen Auslegung werden Schlüsse aus der Gesetzessystematik auf den Gesetzesinhalt gezogen.»*); CHK-P. MIDDENDORF / B. GROB, 3. A., Zürich 2016, ZGB 1 N 8; P. FORSTMOSER / H.-U. VOGT, Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung: eine zulässige Form der Sanierung einer überschuldeten Gesellschaft?, ZSR / NF Bd. 122 (2003) / I. Hb., S. 542 (*«Für die Frage der Zulässigkeit der Verrechnungsliberierung bei einer überschuldeten Gesellschaft erscheinen im Rahmen einer systematischen Auslegung die folgenden Normzusammenhänge als relevant [...]»*); F. JOCHAM, Kurzeinführung in die Methodenlehre, S. 2 (zu finden auf: http://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02140600/Lehre/Materialien/Kurzeinfuehrung_in_die_Methodenlehre_-_Jocham.pdf).

³⁴ Besitzt eine aufgelöste Aktiengesellschaft nach ihrer Liquidation zwar noch Passiven, aber keinerlei Aktiven mehr, so ist es mit Bezug auf diese Aktiengesellschaft soweit ersichtlich irrelevant, ob man vom Untergang oder der Weiterexistenz der Rechtspersönlichkeit dieser Gesellschaft ausgeht. Da die aufgelöste Aktiengesellschaft ihren Zweck der Gewinnerzielung aufgegeben und durch den Zweck ihrer vollständigen Liquidation ersetzt hat, wird die Gesellschaft keine neue Gewinnerzielungstätigkeit aufnehmen, um die noch vorhandenen Passiven bzw. Verbindlichkeiten tilgen zu können. Auch bei Annahme der Weiterexistenz der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft haben die Gläubiger der Aktiengesellschaft unter diesen Umständen somit keine Aussicht darauf, je befriedigt zu werden.

³⁵ Art. 739 Abs. 1 OR lautet: *«Tritt die Gesellschaft in Liquidation, so behält sie die juristische Persönlichkeit und führt ihre bisherige Firma, jedoch mit dem Zusatz in Liquidation, bis die Auseinandersetzung auch mit den Aktionären durchgeführt ist.»*

³⁶ Siehe zu Art. 739 Abs. 1 OR etwa BGE 123 III 473 E. 4b S. 480; P. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 17 Rz. 23 (*«Die Auflösung mit Liquidation beendet keineswegs die Existenz der Aktiengesellschaft als juristische Person.»*).

³⁷ Vgl. etwa J. METTLER, Die Bestellung und Abberufung von Liquidatoren der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft sowie der Aktiengesellschaft nach geltendem schweiz. Obligationenrecht und in Berücksichtigung der Entwürfe, Diss. Zürich 1930, S. 10 (*«Die Liquidation ist das ganze Verfahren, das dem Beschlusse, die Gesellschaft aufzulösen, nachfolgt. Sie umfasst die Abwicklung aller pendenten Geschäfte, die Bezahlung der Schulden, die Versilberung der Aktiven, die Verteilung des Aktivsaldos unter die Gesellschafter oder Aktionäre.»*); und auch etwa P. FORSTMOSER / A. MEIER-HAYOZ / P. NOBEL, a.a.O., § 56 N 119; CHR. STÄUBLI, Basler Kommentar, OR II, 5. A., Basel 2016, Art. 739 N 1.

Löschung einer noch nicht vollständig liquidierten Aktiengesellschaft im Handelsregister nicht zum Untergang der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft führen soll.³⁸

[Rz 21] Eine weitere im vorliegenden Zusammenhang relevante Bestimmung ist Art. 937 OR, der im Sinne eines handelsregisterrechtlichen Aktualisierungsgebotes³⁹ folgendes festlegt: «*Ist eine Tatsache im Handelsregister eingetragen, so muss auch jede Änderung dieser Tatsache eingetragen werden*».

[Rz 22] Diese Bestimmung lässt sich nach hier vertretener Auffassung so verstehen, dass im Handelsregister in der Regel bereits entstandene bzw. bestehende rechtserhebliche Tatsachen eingetragen werden, und nicht, dass durch den Eintrag im Handelsregister rechtserhebliche Tatsachen erst geschaffen werden. Mit Bezug auf das in diesem Beitrag diskutierte Thema bedeutet dies, dass aufgrund des in Art. 937 OR statuierten Aktualisierungsgebots nicht nur die gemäss dem Handelsregister bestehende Tatsache (Existenz einer aufgelösten Aktiengesellschaft), sondern auch deren Änderung (Löschung bzw. Untergang der Aktiengesellschaft) einzutragen ist. Das Eintreten der geänderten Rechtstatsache, also vorliegend der Untergang der vollständig liquidierten Aktiengesellschaft, wird in diesem Zusammenhang nach hier vertretener Auffassung von Art. 937 OR vorausgesetzt. Schafft demgegenüber ausnahmsweise erst der Umstand der Eintragung ins Handelsregister konstitutiv eine Rechtstatsache, ist dies vom Gesetz vorgesehen⁴⁰, wie z.B. in:

[Rz 23] Art. 643 Abs. 1 OR, der explizit bestimmt, dass eine Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit erst durch die Eintragung in das Handelsregister erlangt; oder

[Rz 24] Art. 22 Abs. 1 Fusionsgesetz (FusG), gemäss dem eine Fusion erst mit dem Eintrag im Handelsregister wirksam wird.⁴¹

[Rz 25] Obige Überlegungen betreffend Art. 937 OR sprechen nach hier vertretener Meinung dafür, dass Art. 746 OR nicht eine dahingehend konstitutive Wirkung zukommt, dass eine aufgelöste Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit durch die Löschung im Handelsregister auch dann verliert, wenn sie nicht vollständig liquidiert wurde.

[Rz 26] Abschliessend ist zu erwähnen, dass auch eine verfassungsorientierte Auslegung für den vorstehend erwähnten Standpunkt spricht. Sowohl die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV)⁴² als auch die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV⁴³ erfassen nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen des Pri-

³⁸ Siehe W. BÜRGI / U. NORDMANN-ZIMMERMANN, a.a.O., OR 746 N 7 («[...] noch nicht endgültig liquidiert worden ist und demnach gemäss Art. 739 Abs. 1 [OR] ihre Rechtspersönlichkeit noch besitzt.»).

³⁹ Siehe etwa CHK-A. VOGEL, 3. A., Zürich 2016, OR 937 N 1 f.

⁴⁰ Vgl. M. K. ECKERT, a.a.O., Art. 933 N 2 («In den im Gesetz vorgesehenen Fällen entstehen private Rechte nicht durch entsprechende private Rechtsakte [...], sondern erst durch den öffentlich-rechtlichen Verwaltungsakt der Eintragung. Die Eintragung im Tagesregister hat dann neben der deklaratorischen auch eine **konstitutive, rechtserzeugende Wirkung** [...].»).

⁴¹ Art. 22 Abs. 1 FusG (SR 221.301) lautet: «Die Fusion wird mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam. In diesem Zeitpunkt gehen alle Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft von Gesetzes wegen auf die übernehmende Gesellschaft über. Artikel 34 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 19951 bleibt vorbehalten.»

⁴² Art. 26 BV (SR 101), mit dem Titel «Eigentumsgarantie», lautet: «[Absatz 1] Das Eigentum ist gewährleistet. [Absatz 2] Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, werden voll entschädigt.»

⁴³ Art. 27 BV, mit dem Titel «Wirtschaftsfreiheit», lautet: «[Absatz 1] Die Wirtschaftsfreiheit ist gewährleistet. [Absatz 2] Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung.»

vatrechts, also u.a. Aktiengesellschaften.⁴⁴ Nach hier vertretener Auffassung sprechen die verfassungsrechtlich geschützte Eigentumsgarantie und/oder die Wirtschaftsfreiheit dafür, dass einer Aktiengesellschaft nicht ohne zwingenden Grund die Rechtspersönlichkeit entzogen wird. Geschieht dies, obgleich eine Aktiengesellschaft noch nicht vollständig liquidiert ist, sondern noch über Aktiven verfügt, dann ist nicht auszuschliessen, dass diese Gesellschaft, die an ihr wirtschaftlich berechtigten Aktionäre und/oder ihre Gläubiger durch die Löschung bzw. die Annahme des Untergangs der Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft einen Rechtsnachteil erleidet/erleiden⁴⁵, was die Eigentumsgarantie und/oder die Wirtschaftsfreiheit tangieren könnte.

[Rz 27] Mit Blick auf den vorstehend erwähnten Aspekt einer verfassungsorientierten Auslegung ist darauf hinzuweisen, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dieser Auslegung der Vorzug zu geben ist, wenn verschiedene Interpretationen möglich sind.⁴⁶

[Rz 28] Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine systematische Auslegung von Art. 746 OR nach Auffassung des Autors dafür spricht, dass eine Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit erst dann verliert, wenn ihre Liquidation effektiv vollständig durchgeführt wurde.

D. Die teleologische Auslegung

[Rz 29] Das teleologische Auslegungselement fragt letztlich nach dem Sinn und Zweck einer Gesetzesnorm⁴⁷ und der ihr zugrunde liegenden Idee⁴⁸.

[Rz 30] Der Sinn und Zweck von Art. 746 OR liegt nach hier vertretener Auffassung darin, das Publikum aufgrund des handelsregisterrechtlichen Aktualisierungsgebots nach Art. 937 OR über den Umstand zu informieren⁴⁹, dass die Liquidation einer aufgelösten Gesellschaft abgeschlossen wurde und die Gesellschaft entsprechend untergegangen ist. Dieser Sinn und Zweck schliesst nach Auffassung des Autors nicht ein, dass eine noch nicht vollständig liquidierte Gesellschaft,

⁴⁴ Siehe etwa K. A. VALLENDER / P. HETTICH, in: B. Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich 2014, Art. 26 N 26 («Träger der Eigentumsgarantie sind grundsätzlich alle Menschen sowie die juristischen Personen des Privatrechts.»); K. A. VALLENDER, in: Die schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar, a.a.O., Art. 27 N 46 («Träger der Wirtschaftsfreiheit sind zunächst Schweizerbürgerinnen und -bürger sowie die inländischen juristischen Personen des Privatrechts.»); vgl. bezüglich der Situation in Deutschland insbesondere Art. 19 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes, der lautet: «Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.» (zu finden etwa auf: <https://www.bundestag.de/grundgesetz>).

⁴⁵ Siehe hierzu auch Rz. 32 unten.

⁴⁶ Siehe etwa BGE 135 II 416 E. 2.2 S. 418 («Sind mehrere Interpretationen denkbar, soll jene gewählt werden, welche die verfassungsrechtlichen Vorgaben am besten berücksichtigt [...]»); BGE 134 II 249 E. 2.3 S. 252 («Sind mehrere Lösungen denkbar, ist jene zu wählen, die der Verfassung entspricht.»).

⁴⁷ Siehe etwa BGE 141 II 66 E. 3.3.4 S. 77 («In Bezug auf das teleologische Argument ist vorab darauf hinzuweisen, dass – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – aus dem Zweckartikel des HMG nicht geschlossen werden kann, dass das HMG keine wettbewerbsausschliessende Norm enthält. Der Zweck des Gesetzes muss mit dem Zweck einer einzelnen Norm nicht übereinstimmen, jener kann diesem gar entgegenstehen [...]»); BGE 140 V 8 E. 2.2.1.3 S. 13 («In Bezug auf Sinn und Zweck der Schlussbestimmung – und damit das teleologische Element des Auslegungsprozesses – kann weitgehend auf das hievorige Gesagte verwiesen werden.»); BGE 133 V 524 E. 5.2 S. 527 («Nach dem Grundsatzurteil [...] besteht die ratio legis des Art. [...] darin [...]. Diese Interpretation des Normzwecks greift allerdings zu kurz.»).

⁴⁸ Siehe etwa BGE 101 II 321 E. 3 S. 321 («Selon le Tribunal fédéral, l'art. 60 al. 2 CO repose sur l'idée qu'il serait illogique que le lésé perde ses droits contre l'auteur responsable aussi longtemps que ce dernier demeure exposé à une poursuite pénale, généralement plus lourde de conséquences pour lui.»).

⁴⁹ Siehe zur Publizitätsfunktion des Handelsregisters etwa CHK-A. VOGEL, a.a.O., OR 927 N 10; M. K. ECKERT, a.a.O., Art. 927 N 7.

die noch über ein Aktivum oder sogar mehrere Aktiven verfügt, trotzdem durch den Handelsregistereintrag ihre Rechtspersönlichkeit verlieren soll. Hierfür sprechen folgende Überlegungen: [Rz 31] Das Publikum wird dadurch, dass eine im Handelsregister gelöschte Aktiengesellschaft aufgrund noch nicht vollständig durchgeführter Liquidation ihre Rechtspersönlichkeit behält, nicht gefährdet. Bereits nach Auflösung der Aktiengesellschaft wird das Publikum durch den in der Firma zu führenden und im Handelsregister einzutragenden Zusatz «in Liquidation» darauf hingewiesen, dass die Befugnisse der Organe der Gesellschaft von nun an auf die Erreichung des Liquidationszwecks beschränkt sind.⁵⁰ Darüber hinaus kann eine im Handelsregister gelöschte Aktiengesellschaft nicht mehr nach aussen auftreten.⁵¹ Hat die im Handelsregister gelöschte Gesellschaft somit ihre Handlungsfähigkeit verloren, kann sie auch keine neuen Verbindlichkeiten eingehen und das Publikum gefährden. Durch den Umstand, dass eine im Handelsregister gelöschte Aktiengesellschaft aufgrund nicht vollständig durchgeführter Liquidation trotzdem ihre Rechtspersönlichkeit behält, wird das Publikum somit nicht gefährdet.

[Rz 32] Ins Gewicht fällt nach hier vertretener Auffassung auch der Umstand, dass eine Aktiengesellschaft, die ihre Rechtspersönlichkeit trotz noch vorhandener Aktiven verloren hat, einen Rechtsverlust erleiden könnte, z.B. mit Bezug auf den Verzugszinsenlauf auf eine noch bestehende, aber im Lösungszeitpunkt noch nicht liquidierte Forderung.⁵² Das Bestehen einer Forderung setzt im Sinne eines evidenten Axioms einen Gläubiger sowie einen Schuldner voraus⁵³, was vom Bestehen entsprechender Rechtsträger abhängt. Wenn eine im Handelsregister gelöschte Aktiengesellschaft als Gläubigerin ihre Rechtspersönlichkeit verlöre, dann gäbe es mit Bezug auf diese Forderung keine Rechtsträgerin mehr, und folglich wäre wohl vom Untergang dieser Forderung und davon auszugehen, dass der Lauf von Verzugszinsen auf dieser Forderung aufhören würde.⁵⁴ Ein weiteres Beispiel für einen potentiellen Rechtsverlust ist der von einer Aktiengesellschaft geführte Aktivprozess. Verlöre eine Aktiengesellschaft als Klägerin während des (allenfalls im Ausland geführten) Prozesses wegen ihrer Löschung im Handelsregister ihre Rechtspersönlichkeit, verlöre sie auch ihre Parteifähigkeit, was im Ergebnis zu einer Prozessniederlage und unter Umständen zum definitiven Anspruchsverlust führte. Eine weitere Gefährdung von Rechten einer noch nicht vollständig liquidierten Aktiengesellschaft könnte dadurch entstehen, dass in einer ausländischen Rechtsordnung an den Untergang der Rechtspersönlichkeit einer Eigentümerin oder Gläubigerin eine dahingehend negative Rechtsfolge geknüpft sein könnte, dass die Eigentümerstellung oder Gläubigerstellung am betreffenden Aktivum irreversibel erlischt.

[Rz 33] Vor obigem Hintergrund steht nach hier vertretener Auffassung das teleologische Auslegungselement dem Ergebnis einer systematischen Auslegung von Art. 746 OR nicht entgegen.

⁵⁰ Art. 739 Abs. 2 OR; vgl. auch etwa CHK-G. BENEDICK, a.a.O., OR 739 N 4.

⁵¹ Vgl. BGE 73 III 61 E. 1 S. 62; CHK-G. BENEDICK, a.a.O., OR 746 N 5 *in fine*; R. RIEK, a.a.O., S. 180.

⁵² Dass Komplikationen entstehen könnten, wenn trotz noch nicht vollständig durchgeführter Liquidation kein Rechtsträger mehr vorhanden ist, hat auch R. RIEK in seiner Dissertation erwähnt (vgl. R. RIEK, a.a.O., S. 181).

⁵³ Vgl. Art. 118 Abs. 1 OR («Wenn die Eigenschaften des Gläubigers und des Schuldners in einer Person zusammentreffen, so gilt die Forderung als durch Vereinigung erloschen.»); BGE 109 III 62 E. 2 S. 64 («Der Zuschlagspreis kommt so oder so den Pfandgläubigern zugute. Im vorliegenden Fall werden die Rekursgegnerinnen, falls ihnen die Forderung Nr. 4 zugeschlagen wird, nur eine durch Vereinigung untergegangene Forderung erhalten. Trotzdem wird man nicht sagen können, sie hätten nichts bekommen; denn immerhin erreichen sie damit den Untergang einer Forderung, die sie bestreiten.»).

⁵⁴ Vgl. für das deutsche Recht etwa den Beschluss des OLG Düsseldorf vom 10. September 2012 (Aktenzeichen: I-3 VA 4/12), E. II.2.b.cc: «Das Schuldverhältnis erlischt zwar, wenn der Schuldner ersatzlos wegfällt, was bei [j]uristischen Personen vorstellbar ist.» (gefunden auf: <https://www.justiz.nrw/BS/nrwe2/index.php>). Dasselbe muss gelten, wenn der Gläubiger wegfällt.

Diesbezüglich ist hervorzuheben, dass eine systematische Auslegung unter Umständen einer teleologischen Auslegung vorgehen kann.⁵⁵

E. Der Vergleich mit der Situation unter deutschem, französischem und österreichischem Recht

[Rz 34] Das Bundesgericht zählt auch die Rechtsvergleichung zu den Auslegungselementen⁵⁶, obgleich das Ergebnis einer Rechtsvergleichung aufgrund des Territorialitätsprinzips⁵⁷ wohl immer nur als Hilfselement fungieren kann.⁵⁸ Entscheidend ist mit anderen Worten aufgrund des Territorialitätsprinzips der Sinn der Schweizer Norm, nicht der Sinn ausländischer Normen, kann doch der Schweizer Gesetzgeber unter Umständen bewusst einen legislatorischen Alleingang gewählt haben.⁵⁹ Dennoch wird hiernach in aller Kürze die entsprechende Situation in Deutschland, Frankreich und Österreich vorgestellt (in dieser Reihenfolge).

[Rz 35] § 273 Abs. 1 des Aktiengesetzes (AktG)⁶⁰ ist im vorliegenden Kontext besonders interessant, weil er eine zu Art. 746 OR ähnliche Regel aufstellt, gemäss welcher die Liquidatoren (das AktG spricht von Abwicklern) den Schluss der Liquidation der Aktiengesellschaft (das AktG spricht von Abwicklung) beim Handelsregister anzumelden haben, und dass die Aktiengesellschaft im Handelsregister zu löschen ist. Ob nun eine solche Löschung als deklaratorisch oder konstitutiv zu qualifizieren ist, scheint in Deutschland zwar umstritten zu sein.⁶¹ Es scheint jedoch überwiegend angenommen zu werden, dass die handelsregisterrechtliche Löschung gemäss § 273 Abs. 1 AktG mit Bezug auf den Untergang der juristischen Person der Aktiengesellschaft (in Deutschland als Vollbeendigung bezeichnet) insofern deklaratorisch wirkt, als sie nur dann eintritt, wenn die Aktiengesellschaft kein Vermögen mehr hat.⁶² [Version vom 4. Mai 2017]

⁵⁵ Siehe BGE 139 III 491 E. 4.5 S. 497 («Am zwingenden Ergebnis der systematischen Auslegung vermag die teleologische nichts zu ändern.»).

⁵⁶ Siehe etwa BGE 127 III 318 E. 2b S. 323 («Im Übrigen sind bei der Auslegung alle herkömmlichen Auslegungselemente zu berücksichtigen (systematische, teleologische, historische und rechtsvergleichende), wobei das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus befolgt [...]»).

⁵⁷ Siehe zum Territorialitätsprinzip etwa BGE 142 II 243 E. 3.1 S. 250 («Dabei wird mit dem Beschwerdeführer davon auszugehen sein, dass die Durchsetzung ausländischer Rechtsvorschriften in der Schweiz – in Übereinstimmung mit dem das öffentliche Recht beherrschenden Grundsatz des Territorialitätsprinzips – grundsätzlich nicht Aufgabe der Schweizerischen Finanzmarktaufsicht ist [...]»).

⁵⁸ So bereits vertreten in PHILIPP HABERBECK, Ist Art. 377 OR Rücktritt des Bestellers gegen Schadloshaltung dispositives oder zwingendes Recht?, in: Jusletter 8. August 2016, Rz. 22.

⁵⁹ Vgl. PHILIPP HABERBECK, a.a.O., Rz. 22.

⁶⁰ § 273 Abs. 1 AktG, unter dem Titel «Schluss der Abwicklung», lautet: «Ist die Abwicklung beendet und die Schlussrechnung gelegt, so haben die Abwickler den Schluss der Abwicklung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Gesellschaft ist zu löschen». Der Text des AktG lässt sich z.B. finden auf: <https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/>.

⁶¹ Vgl. etwa (in willkürlicher Auswahl und Reihenfolge) A. REUL, in: Thomas Tegen et al. (Hrsg.), Unternehmensrecht, München 2011, S. 346; K. RIESENHUBER, in: K. Schmidt / M. Lutter (Hrsg.), AktG, 3. A., Köln 2015, § 273 Rz. 2; J. KOCH, in: W. Goette et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. A., München 2016, § 262 Rz. 89 und § 273 Rz. 13; A. GREGORITZA, in: I. Saenger et al. (Hrsg.), Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. A., Baden-Baden 2011, § 5 Rz. 750.

⁶² Siehe etwa (in willkürlicher Auswahl und Reihenfolge) CHR. MEZGER, Die vollständige Abwicklung insolventer Handelsgesellschaften, Diss. Freiburg i.B. 2010, in: K.-D. Drüen et al. (Hrsg.), Neue Juristische Beiträge, Bd. 75, S. 68 («Übereinstimmung herrscht allerdings insoweit, dass Voraussetzung für die Vollbeendigung die Vermögenslosigkeit der Gesellschaft, deren Löschung im Handelsregister, das Fehlen sonstigen Abwicklungsbedarfs oder eine Kombination aus diesen Merkmalen sein muss.»); U. HÜFFER, in: C.-W. Canaris et al. (Hrsg.), Grosskommentar zum HGB, 4. A., Berlin 1995, § 31 Rz. 26 (Stand 1983); H. FRANZ, Die Beendigung von Gesellschaften im US-amerikanischen Recht, Diss. Köln 2005, S. 186 f.; K. RIESENHUBER, a.a.O., § 273 Rz. 3 («Vollbeendigung tritt ein, wenn eine vermögenslose Gesellschaft gelöscht wird.») und 4 («Anders [...] bei nur vermeintlicher Vermögenslosigkeit: Vollbeendigung tritt noch

[Rz 36] In Frankreich⁶³ und Österreich⁶⁴ scheint die Rechtslage ähnlich zu sein.

III. Zusammenfassung

[Rz 37] Dass die Aktiengesellschaft unter Schweizer Recht ihre Rechtspersönlichkeit erst mit der Eintragung der Aktiengesellschaft im Handelsregister erlangt, ist gesetzlich in Art. 643 Abs. 1

nicht ein, die Gesellschaft ist Rechtsträger im Nachtragsliquidationsverfahren und bleibt parteifähig, wenngleich prozessunfähig.»); H. HIRTE, Kapitalgesellschaftsrecht, 8. A., Köln 2016, Rz. 7.24 («Ihre Existenz als juristische Person endet aber nach der Lehre vom **Doppeltatbestand** nur, wenn die Gesellschaft sowohl im Register gelöscht wurde als auch kein Vermögen mehr besitzt.»); I. DRESCHER, in: M. Heussler / L. Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, München 2016, § 273 AktG Rz. 6 («Wenn kein verwertbares Vermögen mehr vorhanden ist und kein Abwicklungsbedarf besteht, geht die AG auch als Rechtsträger unter.»); R. STUCKEN, in: W. Happ / W. Gross (Hrsg.), Aktienrecht, 4. A., Köln 2015, Muster 15.03 Anm. 6.3 («Auch diese [d.h., die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister] bedeutet nicht die endgültige Vernichtung der Gesellschaft, wenn trotz der Löschung noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist. Ist noch Vermögen vorhanden, ist die Abwicklung nicht beendet und die Abwicklungsgesellschaft besteht fort [...].»); G. BACHMANN, in: G. Spindler / E. Stilz (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, 3. A., München 2015, § 273 Rz. 10 («Ist tatsächlich kein verwertbares Vermögen mehr vorhanden und besteht auch sonst kein Abwicklungsbedarf, geht die AG damit zugleich als Rechtsträger unter (**Vollbeendigung**).»); A. SCHLUCK-AMEND, in: Handbuch Aktiengesellschaft, Köln 1994/2015, Rz. 14.181 (Stand Febr. 2013) («Nicht geklärt ist, ob die Löschung [im Handelsregister] deklaratorischen oder konstitutiven Charakter hat. Nach nunmehr vordringender Ansicht wird vertreten, dass die Vermögenslosigkeit zusammen mit der Eintragung im Wege eines **konstitutiven Doppeltatbestandes** die Löschung herbeiführt.»); siehe auch den bereits zitierten Beschluss des OLG Düsseldorf vom 10. September 2012 (Aktenzeichen: I-3 VA 4/12), E. II.2.b.cc (m.w.H.): «Die Fortdauerung der Antragstellerin gegen die K. auf Frachttgelt besteht als solche in pfändungsrelevanter Form fort. **Dagegen steht nicht, dass die Firma K. aufgelöst und im Register gelöscht ist.** Das Schuldverhältnis erlischt zwar, wenn der Schuldner ersatzlos wegfällt, was bei [j]uristischen Personen vorstellbar ist. **Erforderlich ist, dass die Rechtspersönlichkeit endgültig erloschen ist; die Löschung im Register genügt wegen ihrer nur deklaratorischen Bedeutung nicht [...].**» (Hervorhebungen zusätzlich); Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 14. Januar 1986 (Aktenzeichen: VII R 111/79; gefunden auf: https://www.jurion.de/urteile/bfh/1986-01-14/vii-r-111_79), insbesondere Rz. 16 («Das [Finanzgericht] hat aber zutreffend ausgeführt, dass die das Erlöschen der Firma bekundende Eintragung im Handelsregister keine konstitutive, sondern lediglich deklaratorische Wirkung hat [...]. Die Gesellschaft und damit ihre Beteiligtenfähigkeit in einem Prozess kann demnach trotz der Löschung fortbestehen, wenn es an einer vollständigen Abwicklung fehlt, die Abwickler also ihre Aufgaben entgegen ihrer Anmeldung zum Handelsregister [...] noch nicht vollständig erfüllt haben.»); a.A. J. KOCH, der die Auffassung vertritt, dass die konstitutive Wirkung der Löschung im Handelsregister nicht von der Vermögenslosigkeit der Aktiengesellschaft abhängt (a.a.O., § 262 Rz. 90 und § 273 Rz. 13).

⁶³ Siehe etwa (in willkürlicher Auswahl und Reihenfolge) P. PÉTEL, Code de commerce, Paris 2013, Art. L. 237-2, Ziff. 4, S. 447 («La personnalité morale d'une société subsiste aussi longtemps que les droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidés [...].»); J.-P. VALUET / A. LIENHARD, Code des sociétés, 27. A., Paris 2010, S. 1058, Ziff. 3 («La personnalité morale d'une société subsiste aussi longtemps que les droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidés.») und Ziff. 5 («Lorsque la liquidation d'une société anonyme n'est pas encore clôturée, la radiation de cette société du registre du commerce ne l'a pas privée de sa personnalité morale qui subsiste, pour les besoins de sa liquidation, jusqu'à la clôture de celle-ci.»); E. ХАТТАВ, Une société radiée du registre du commerce et des sociétés peut-elle être partie à un procès ?, 25. August 2012, gefunden auf: <http://www.juritravail.com/Actualite/procedure-commerciale/Id/17692> («La jurisprudence, toutefois, et à juste titre, n'applique pas ces textes. Elle décide en effet de façon constante que la société conserve sa personnalité morale, même après la clôture de la liquidation, tant qu'elle a des créances ou des dettes [...].»); Chambre commerciale de la Cour de cassation, Urteil vom 26. November 2003, Verfahrensnummer 99-21076 (aus den Erwägungen: «[...] la personnalité morale d'une société subsiste aussi longtemps que les droits et obligations à caractère sociale ne sont pas liquidés [...].»); Chambre commerciale de la Cour de cassation, Urteil vom 23. November 1976, Verfahrensnummer 75-11650 (Zusammenfassung: «La radiation du registre du commerce d'une société anonyme dont la liquidation n'est pas encore clôturée ne la prive pas de sa personnalité morale et de sa qualité de commerçant puisque la personnalité morale d'une société commerciale subsiste pour les besoins de sa liquidation, jusqu'à la clôture de celle-ci.»).

⁶⁴ Siehe das Urteil des Obersten Gerichtshofs (OGH) vom 22. April 2014 (Aktenzeichen: 7Ob55/14k etc.; gefunden auf: <https://www.ris.bka.gv.at/default.aspx>), E. I.2 («Die beklagte Gesellschaft mit beschränkter Haftung wurde am 28. 11. 2012 gemäss § 40 FBG von Amts wegen im Firmenbuch gelöscht (siehe FN 38079 z des Handelsgerichts Wien). Eine Kapitalgesellschaft verliert mit der Vollbeendigung ihre Parteifähigkeit [...]. Voraussetzung dafür ist ihre Vermögenslosigkeit, also der Mangel an Aktivvermögen; die Löschung im Firmenbuch hat insofern nur deklarativen Charakter [...].»); Urteil des OGH vom 22. Februar 1990 (Aktenzeichen: 7Ob539/90 etc.; a.a.O.), Rechtssatz: «Nach herrschender Ansicht wirkt die Löschung nur deklarativ; die Gesellschaft besteht solange fort, als noch Aktivvermögen vorhanden ist. Fehlt es an einem Aktivvermögen, endet die Rechtspersönlichkeit der GmbH mit der amtswegigen Löschung»; E. REITENBACH, Die Beendigung der GmbH – systematische Darstellung und Möglichkeiten, Diss. Wien 2010 (gefunden auf: http://othes.univie.ac.at/9469/1/2010-02-12_9502050.pdf), S. 16 («Nach ständiger Judikatur des OGH tritt Vollbeendigung nur dann ein, wenn die Gesellschaft vermögenslos ist und – kumulativ – im Firmenbuch gelöscht wurde.»).

OR ausdrücklich festgelegt. Nicht so klar bzw. im heutigen Zeitpunkt umstritten ist, wann eine Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit verliert (siehe I. oben).

[Rz 38] In der Lehre wird sinngemäss die Auffassung vertreten, die Löschung einer Aktiengesellschaft im Handelsregister habe in dem Sinne ausschliesslich deklaratorische Wirkung, dass die Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit nur dann verliere, wenn ihre Liquidation effektiv vollständig durchgeführt wurde, bzw. dass die nicht vollständig liquidierte Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit trotz Löschung im Handelsregister behalte (a.a.O.). Demgegenüber ist das Bundesgericht der Auffassung, dass die Eintragung der Löschung der Aktiengesellschaft im Handelsregister die Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft konstitutiv zum Erlöschen bringe (a.a.O.).

[Rz 39] Mit Bezug auf den im vorliegenden Kontext primär relevanten Art. 746 OR wird in diesem Beitrag dargelegt, dass sowohl das grammatikalische als auch das historische Auslegungselement hinsichtlich der vorstehend erwähnten Streitfrage nicht zum Ziel führen (siehe II. A.–B. oben). Demgegenüber wird begründet, warum (i) nach Auffassung des Autors eine systematische Auslegung von Art. 746 OR dafür spricht, dass eine Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit erst dann verliert, wenn ihre Liquidation effektiv vollständig durchgeführt wurde (siehe II. C. oben), was vom erwähnten Ergebnis her auch unter deutschem, französischem und österreichischem Recht die überwiegend vertretene Auffassung zu sein scheint (siehe II. E. oben), und warum (ii) das teleologische Auslegungselement diesem Ergebnis einer systematischen Auslegung nicht entgegensteht (siehe II. D. oben).

[Rz 40] Als Ergebnis der in diesem Beitrag vorgenommenen Prüfung kann also abschliessend festgehalten werden, dass der Autor die wohl von der herrschenden Lehre vertretene Auffassung teilt, dass die Löschung einer Aktiengesellschaft im Handelsregister in dem Sinne ausschliesslich deklaratorische Wirkung hat, als die Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit nur dann verliert, wenn ihre Liquidation effektiv vollständig durchgeführt wurde, bzw. dass die nicht vollständig liquidierte Aktiengesellschaft, die noch über Aktiven verfügt, ihre Rechtspersönlichkeit trotz Löschung im Handelsregister behält.