

Karl Wüthrich

# Konkurseröffnung in Anwendung von Art. 731b Abs. 4 OR während schon laufendem Konkursverfahren



Vorschläge für die Praxis der Konkursgerichte  
und -ämter<sup>1</sup>

## INHALTSÜBERSICHT

- I. Einleitung
- II. Problemstellung
- III. Beantwortung der Fragen
  - A. Feststellung der Überschuldung?
  - B. Umgang mit den zwei Konkursverfahren?
- IV. Vorschläge für das jeweilige Vorgehen
  - A. In der Liquidationsmasse sind keine oder nur wenige Aktiven vorhanden; die Verfahrenskosten sind nicht gedeckt
  - B. In der Liquidationsmasse sind genügend Aktiven für die Durchführung des Verfahrens vorhanden
- V. Spezialfragen
  - A. Fristenlauf
  - B. Statistik
  - C. Widerruf des Konkurses (Art. 195 SchKG)
- V. Schlusswort

## I. Einleitung

Stellt das Handelsregisteramt Mängel fest in der gesetzlich als zwingend vorgeschriebenen Organisation von im Handelsregister eingetragenen Handelsgesellschaften,<sup>1</sup> so fordert es die betreffende Gesellschaft auf, den Mangel zu beheben, und setzt ihr dazu eine Frist (Art. 939 Abs. 1 OR<sup>2</sup>). Wird der Mangel nicht innerhalb der Frist behoben, so überweist es die Angelegenheit dem Gericht. Dieses ergreift die erforderlichen Massnahmen (Art. 939 Abs. 2 OR). Auch ein Aktionär oder ein Gläubiger kann dem Gericht bei bestimmten Mängeln in der Organisation einer Gesellschaft beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen (Art. 731b Abs. 1 OR). Als *ultima ratio* kann das Gericht insbesondere die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 3 OR).

Diese Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs (nachstehend «Organisationsmangel-Liquidation») wird von der herrschenden Lehre als normales Konkursverfahren mit abnormem Beginn qualifiziert, weil es materiell keinen Konkursgrund und keine formelle Konkurseröffnung gibt.<sup>4</sup> Der fehlende Konkursgrund und die fehlende Konkurseröffnung führen dazu, dass nach der Gerichtspraxis die Organisationsmangel-Liquidation die Strafbarkeitsvoraussetzungen für die Konkursdelikte (Art. 163 Ziff. 1,

<sup>1</sup> Entsprechendes gilt für Genossenschaften, Vereine, nicht der Aufsicht unterstellte Stiftungen oder Zweigniederlassungen mit Hauptniederlassung im Ausland.

<sup>2</sup> In Kraft seit 1.1.2021 (AS 2020 957).

<sup>3</sup> Prof. Dr. Franco Lorandi danke ich für die anregenden Gespräche und seine hilfreichen Hinweise.

<sup>4</sup> FRANCO LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, 1378 ff., 1390; BGE 141 III 43 E. 2.3.1.

Art. 164 Ziff. 1, Art. 165 Ziff. 1, Art. 166 und 167 StGB) nicht erfüllt.<sup>5</sup>

Zur Behebung dieser Problematik<sup>6</sup> fügte das Parlament im Rahmen der Revision des Handelsregisterrechts den Abs. 4 in Art. 731b OR mit folgendem Wortlaut ein: «Die zur Liquidation der Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs eingesetzten Liquidatoren haben, sobald sie eine Überschuldung feststellen, das Gericht zu benachrichtigen; es eröffnet den Konkurs.» Diese Bestimmung ist seit 1. Januar 2021 in Kraft.

Organisationsmangel-Liquidationen gehören zum Tagesgeschäft der Konkursämter,<sup>7</sup> die in der Regel vom Gericht als Liquidatoren eingesetzt werden. Weil in solchen Fällen regelmässig die Passiven nicht durch die Aktiven gedeckt sind, steht der neue Abs. 4 von Art. 731b OR ebenso regelmässig im Raum.

## II. Problemstellung

Im Zusammenhang mit der Konkursöffnung gemäss Art. 731b Abs. 4 OR stellen sich im Wesentlichen folgende Fragen:

- Welche Anforderungen gelten für die Feststellung der Überschuldung?
- Wie ist das Verhältnis zwischen der bereits laufenden Organisationsmangel-Liquidation und dem nach Art. 731b Abs. 4 OR eröffneten Konkurs?

## III. Beantwortung der Fragen

### A. Feststellung der Überschuldung?

In vielen Organisationsmangel-Liquidationen stehen den Konkursämtern keine Gesellschaftsakten, insbesondere keine Buchhaltungsunterlagen, keine Bilanzen und keine Erfolgsrechnungen, zur Verfügung. Sie werden deshalb nur selten anhand von solchen Unterlagen beurteilen können, ob eine Überschuldung vorliegt oder nicht. Für die Feststellung der Überschuldung muss deshalb genügen, dass das Konkursamt anhand der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen erkennt, dass die vorhandenen Aktiven die bekannten Schulden nicht decken. An die Überschuldungsanzeige gemäss Art. 731b Abs. 4 OR dürfen kei-

ne Anforderungen wie an diejenige gemäss Art. 725 Abs. 2 OR gestellt werden.

Forderungen, welche einem *Rangrücktritt* unterliegen, ändern an der bilanzmässigen Überschuldung nichts, sie sind im Konkursverfahren (wenn auch als gesetzlich nachrangig) zu berücksichtigen,<sup>8</sup> weshalb sie für die Überschuldungsanzeige gemäss Art. 731b Abs. 4 OR anders zu behandeln sind als nach Art. 725 OR; sie sind für die Frage der Überschuldung als normales Fremdkapital zu berücksichtigen.

Stellt das Konkursamt nach der Inventaraufnahme fest, dass die vorhandenen Aktiven gemäss der amtlichen Schätzung (Art. 227 SchKG) voraussichtlich nicht ausreichen, um die Kosten für ein summarisches Verfahren zu

### Welche Wirkungen hat der in der Organisationsmangel-Liquidation in Rechtskraft erwachsene Kollokationsplan im Konkursverfahren?

decken, so liegt eine Überschuldung vor. Im Konkursverfahren (und damit auch in der Organisationsmangel-Liquidation) stellt damit das Konkursamt dem Gericht den Antrag auf Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven (Art. 230 Abs. 1 SchKG). Art. 731b Abs. 4 OR verpflichtet das Konkursamt nun, dem Gericht vorerst die Überschuldung anzuzeigen, damit dieses auch noch formell den Konkurs eröffnet.

Reichen die bei der Inventaraufnahme festgestellten und geschätzten Aktiven aus, um die Verfahrenskosten zu decken, so ist in folgenden Fällen eine Überschuldung gegeben:

- Das Konkursamt stellt anhand eines aktuellen Betreibungsregisterauszugs fest, dass die Forderungen, die in Betreuung gesetzt wurden, den Wert der vorhandenen Aktiven übersteigen.
- Im Rahmen des Schuldendrucks werden Forderungen angemeldet, die gesamthaft grösser sind als der Wert der vorhandenen Aktiven.
- Bei der Verwertung der Aktiven können nicht die vom Konkursamt geschätzten Werte realisiert werden. Der Verwertungserlös deckt die angemeldeten respektive anerkannten Forderungen nicht.

<sup>5</sup> KGer AI, K 2-2021, 5.11.2021.

<sup>6</sup> Internet: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=38172#votum11> (Auf-ruf 25.1.2022).

<sup>7</sup> Ca. 75 % aller Konkursverfahren über juristische Personen sind solche zufolge Organisationsmängel.

<sup>8</sup> Vgl. BSK SchKG II-LORANDI, Art. 219 N 320 ff. m.w.H., in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II (Art. 159–352 SchKG), Basler Kommentar, 3. A., Basel 2021.

- Im Verlauf der Organisationsmangel-Liquidation werden nach dem Schuldenruf oder nach Auflage des Kollokationsplanes verspätet Forderungen angemeldet. Unter Berücksichtigung dieser Forderungen übersteigt das Forderungstotal den Wert der inventarisierten oder verwerteten Aktiven.

Die Pflicht des Konkursamtes, das Gericht über die festgestellte Überschuldung zu benachrichtigen, kann somit unter Umständen auch erst eintreten, wenn sich die Organisationsmangel-Liquidation bereits in einem fortgeschrittenen Stadium befindet, z.B. nach der Auflage des Kollokationsplans oder nach der Verwertung der Aktiven.

## B. Umgang mit den zwei Konkursverfahren?

In welchem Verhältnis stehen die Organisationsmangel-Liquidation und der gemäss Art. 731b Abs. 4 OR eröffnete Konkurs? Denkbar sind folgende Alternativen:

- Die Organisationsmangel-Liquidation wird nach der Konkurseröffnung gemäss Art. 731b Abs. 4 OR abgeschlossen. Mit der Konkurseröffnung beginnt ein neues Konkursverfahren.
- Der Konkurs gemäss Art. 731b Abs. 4 OR wird rückwirkend auf den Zeitpunkt der Eröffnung der Organisationsmangel-Liquidation eröffnet. Die Organisationsmangel-Liquidation wird nach der Konkurseröffnung abgeschlossen.
- Die Organisationsmangel-Liquidation wird nach der Konkurseröffnung gemäss Art. 731b Abs. 4 OR als Konkurs weitergeführt.

Bei den *ersten beiden Alternativen* würden die Organisationsmangel-Liquidation und das nach Art. 731b Abs. 4 OR eröffnete Konkursverfahren voneinander getrennt behandelt. Während der Organisationsmangel-Liquidation bereits vorgenommene Verfahrensschritte wie Einvernahme des Schuldners, Schuldenruf oder Auflage des Kollokationsplanes müssten allenfalls wiederholt werden. Die Rückwirkung der Konkurseröffnung bei der zweiten Alternative würde daran nichts ändern. Sie würde nur den Beginn von Fristen (z.B. die Fristen bei den paulianischen Anfechtungen [Art. 286–288 und 292 SchKG] oder die Fristen für die Privilegierung von Arbeitnehmerforderungen [Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a und a<sup>ter</sup> SchKG]) klären. Beide Vorgehensalternativen würden schwierige Fragen aufwerfen, wie beispielsweise: Welche Wirkungen hat der in der Organisationsmangel-Liquidation in Rechtskraft erwachsene Kollokationsplan im Konkursverfahren? Verlieren die in der

Organisationsmangel-Liquidation erfolgten Abtretungen nach Art. 260 SchKG ihre Gültigkeit?

Die *dritte Alternative* ist demgegenüber sehr einfach. Es wird nur *ein* Konkursverfahren durchgeführt. Mit der Konkurseröffnung gemäss Art. 731b Abs. 4 OR wird nur der abnorme Beginn der Organisationsmangel-Liquidation «korrigiert» bzw. die aus strafrechtlicher Sicht erforderliche objektive Strafbarkeitsvoraussetzung der formellen Konkurseröffnung wird (nachträglich) herbeigeführt. Aus praktischer Sicht überzeugt diese Vorgehensalternative. Hält sie auch einer Überprüfung auf der Basis des geltenden Rechts stand?

Art. 55 SchKG legt für das schweizerische Konkursrecht den Grundsatz der *Einheit des Konkurses* fest. Es ist deshalb verboten, in der Schweiz über den gleichen Schuldner gleichzeitig zwei Haupt-Konkurse durchzuführen. Dieser Grundsatz soll auch im Verhältnis zur Anordnung einer Organisationsmangel-Liquidation gelten.<sup>9</sup> Mit Art. 731b Abs. 4 OR hat der Gesetzgeber aber auf den ersten Blick diesen Grundsatz durchbrochen. Er ordnet trotz einem pendenden Liquidationsverfahren nach den Vorschriften des Konkurses ausdrücklich noch die Konkurseröffnung an. Ziel des Gesetzgebers war es aber nur, in einer Organisationsmangel-Liquidation, bei der eine Überschuldung vorliegt, die Voraussetzungen für die Anwendung der Konkursdelikte zu schaffen (siehe oben I.).

Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber den Grundsatz der Einheit des Konkurses durchbrechen wollte. Die Anwendung von Art. 55 SchKG auf Art. 731b Abs. 4 OR ist deshalb angezeigt. Folgerichtig ist auch, bei

**Meines Erachtens kann der Antrag auf Einstellung des Konkurses auch gleichzeitig mit der Überschuldungsanzeige erfolgen.**

der Anwendung von Art. 731b Abs. 4 OR nur *ein* Konkursverfahren durchzuführen. Nach der Konkurseröffnung wird die Verfahrenseröffnung zufolge Organisationsmangel mit einer formellen Konkurseröffnung überlagert; es gibt jedoch von Anfang an ein Konkursverfahren, ohne dass sich daran zufolge der nachfolgenden formellen Konkurseröffnung etwas ändert. Der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung entspricht umfassend demjenigen der Eröffnung der Organisationsmangel-Liquidation (Art. 55 SchKG analog).

<sup>9</sup> BSK-SchKG I-SCHMID, Art. 55 N 1, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I (Art. 1–158 SchKG), Basler Kommentar, 3. A., Basel 2021; AppGer TI, RTiD I-2015, N72c, 974.

Die nachfolgende formelle Konkursöffnung ist vollstreckungsrechtlich bedeutungslos.

Die Weiterführung der Organisationsmangel-Liquidation nach der Konkursöffnung gemäss Art. 731b Abs. 4 OR als Konkurs ist nicht nur aus praktischen Gründen, sondern auch in Anwendung von Art. 55 SchKG die richtige Vorgehensweise. Es bleibt bei einem einheitlichen Konkursverfahren, das mit der Eröffnung der Organisationsmangel-Liquidation begonnen hat.

#### IV. Vorschläge für das jeweilige Vorgehen

##### A. In der Liquidationsmasse sind keine oder nur wenige Aktiven vorhanden; die Verfahrenskosten sind nicht gedeckt

Vor Inkrafttreten von Art. 731b Abs. 4 OR stellten die Konkursämter in diesen Fällen dem Gericht den Antrag, das Liquidationsverfahren im Sinne von Art. 230 SchKG einzustellen. Um der Zielsetzung des Gesetzgebers für Art. 731b Abs. 4 OR gerecht zu werden, müssen die Konkursämter jetzt dem Richter die Überschuldung anzeigen, damit dieser die Konkursöffnung aussprechen kann. Meines Erachtens kann der Antrag auf Einstellung des Konkurses auch *gleichzeitig* mit der Überschuldungsanzeige erfolgen. In solchen Fällen erlässt beispielsweise das Konkursgericht am Bezirksgericht Zürich ein Urteil mit folgendem Dispositiv:<sup>10</sup>

«[...]

##### erkennt das Konkursgericht:

1. Über die Schuldnerin wird der Konkurs eröffnet.
2. Die am [...] eröffnete Liquidation der Schuldnerin nach den Vorschriften über den Konkurs im Sinne von Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 3 OR wird als Konkursverfahren weitergeführt.
3. Das Konkursverfahren wird eingestellt und das Konkursamt angewiesen, nach Art. 230 Abs. 2 SchKG zu verfahren.
4. Das Verfahren gilt als geschlossen, falls nicht ein Gläubiger binnen zehn Tagen von der öffentlichen Bekanntmachung an die Durchführung des Konkursverfahrens begehrt und für die Kosten hinreichende Sicherheit leistet.
5. [...]»

##### B. In der Liquidationsmasse sind genügend Aktiven für die Durchführung des Verfahrens vorhanden

In diesen Fällen benachrichtigen die Konkursämter das Gericht über die Überschuldung. *Gleichzeitig* können sie, sofern die Voraussetzungen gegeben sind, den Antrag auf Durchführung des Konkurses im summarischen Verfahren (Art. 231 SchKG) stellen. Das Urteilsdispositiv des Konkursgerichts am Bezirksgericht Zürich lautet dann wie folgt:

«[...]

##### erkennt das Konkursgericht:

1. Über die Schuldnerin wird der Konkurs eröffnet.
2. Die am [...] eröffnete Liquidation der Schuldnerin nach den Vorschriften über den Konkurs im Sinne von Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 3 OR wird als Konkursverfahren weitergeführt.
3. Es wird das summarische Konkursverfahren angeordnet.
4. [...]»

Wenn das Konkursamt keinen Antrag auf das summarische Verfahren stellt, so wird Ziff. 3 des Dispositivs weggelassen.

#### V. Spezialfragen

##### A. Fristenlauf

Bei Anwendung von Art. 55 SchKG stellen sich beim Fristenlauf für Fristen, die an die Konkursöffnung anknüpfen (z.B. Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a und a<sup>ter</sup>, Art. 270 Abs. 1, Art. 286 Abs. 1, Art. 287 Abs. 1, Art. 288 Abs. 1 und Art. 292 Ziff. 2 SchKG), keine Probleme. Die jeweilige Frist beginnt mit der Eröffnung der Organisationsmangel-Liquidation. Die nachfolgende Konkursöffnung ist ohne Belang.

##### B. Statistik

Für die Statistik wird mit der (nachgelagerten, formellen) Eröffnung des Konkurses gemäss Art. 731b Abs. 4 OR kein neues Verfahren in Gang gesetzt. Es bleibt bei einem Konkursverfahren, das eröffnet und später geschlossen wird. Ansonsten würden die statistischen Zahlen ein verfälschtes Bild zeigen.

<sup>10</sup> PHILIP TALBOT, nebenamtlicher Ersatzrichter, Konkursgericht am Bezirksgericht Zürich, danke ich für die Zurverfügungstellung der Vorlagen für die Urteilsdispositive.

### C. Widerruf des Konkurses (Art. 195 SchKG)

Das Bundesgericht hat entschieden, dass Art. 195 SchKG in der Organisationsmangel-Liquidation nicht analog anwendbar ist.<sup>11</sup> Nach den Ausführungen des Bundesgerichts ist ein rechtskräftiger Liquidationsentscheid gemäss Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 3 OR nicht widerrufbar.<sup>12</sup> Dieser Grundsatz muss auch dann weitergelten, wenn nachträglich in Anwendung von Art. 731b Abs. 4 OR der Konkurs eröffnet wird. Das Gericht löste die Gesellschaft als *ultima ratio* auf und ordnete die Organisationsmangel-Liquidation an, weil ein Organisationsmangel trotz Fristansetzung nicht behoben wurde.<sup>13</sup> Die spätere Konkureröffnung ändert an dieser Ausgangslage nichts.

### V. Schlusswort

Der Gesetzgeber hat mit der Einführung von Art. 731b Abs. 4 OR Unklarheit geschaffen, weil er ein strafrechtliches Anliegen im Obligationenrecht geregelt hat. Die Voraussetzungen für die Anwendung eines Artikels im Strafgesetz sollte auch im Strafgesetz festgelegt werden.<sup>14</sup> Im vorliegenden Fall hätte es sich angeboten, Art. 171 Abs. 1 StGB wie folgt neu zu formulieren,<sup>15</sup> anstatt Art. 731b Abs. 4 ins OR einzufügen:

*«Die Artikel 163 Ziffer 1, 164 Ziffer 1, 165 Ziffer 1, 166 und 167 gelten auch, wenn*

- a) ein gerichtlicher Nachlassvertrag angenommen und bestätigt worden ist; oder*
- b) eine Liquidation nach den Vorschriften des Konkursrechts gemäss Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR eröffnet worden ist und eine Überschuldung vorliegt.»*

Wer weiss, vielleicht nimmt der Gesetzgeber bei nächster Gelegenheit die Chance wahr, sein Missgeschick betreffend Art. 731b Abs. 4 OR in diesem Sinne zu korrigieren.

<sup>11</sup> BGE 141 III 43 E. 2.7.

<sup>12</sup> BGE 141 III 43 E. 2.5.

<sup>13</sup> Siehe oben I.

<sup>14</sup> So schon Bundesrätin Simonetta Sommaruga im Parlament: Internet: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=38172#votum12> (Aufruf 25.1.2022).

<sup>15</sup> Die vorgeschlagenen Ergänzungen sind im Text mit Unterstreichungen eingefügt.