

Für den externen – gerichtlich eingesetzten – Liquidator kann die Liquidation einer Kollektivgesellschaft verschiedene Stolpersteine mit sich bringen. Vor allem dann, wenn die Liquidation nicht die Betriebseinstellung, sondern die Auftrennung der (zerstrittenen) Gesellschafter bezweckt. Im Rahmen der Aktivenverwertung ist die ungenügende Ausgestaltung des Widerrufsrechts der Gesellschafter zu beklagen.

 PABLO DUC

LIQUIDATION EINER KOLLEKTIVGESELLSCHAFT NACH OBLIGATIONENRECHT

Aus der Sicht des gerichtlich eingesetzten Liquidators*

1. EINLEITUNG

1.1 Abgrenzung der OR-Liquidation zu weiteren Auflösungsformen (Konkurs, Nachlass). Zwangsliquidationen infolge Insolvenz der Gesellschaft dürften in der Praxis häufiger auftreten als die «freiwillige» Auflösung und Liquidation von Gesellschaften nach den Regeln des *Obligationenrechts* (OR). Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Kollektivgesellschaft konkursfähig ist [1]. Dies, obwohl ihr als personenbezogene Gesellschaft überwiegend eine eigene Rechtspersönlichkeit abgesprochen wird und die Kollektivgesellschaftler – subsidiär zum Gesellschaftsvermögen – unbeschränkt persönlich und solidarisch für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften [2]. Dies hat für die Gläubiger der Gesellschaft den Vorteil, dass ihnen das Gesellschaftsvermögen als Sondervermögen (unter Ausschluss der Privatgläubiger der Gesellschafter) exklusiv zur Verfügung steht. Wollen die Gläubiger mit der Kollektivgesellschaft einen gerichtlichen Nachlassvertrag abschliessen, gilt es, folgendes zu beachten: Gemäss Praxis des Bundesgerichtes entfällt diesfalls die Haftung der Gesellschafter für den Ausfall, sofern der Fortbestand der Gesellschafterhaftung im Nachlassvertrag nicht ausdrücklich stipuliert wird [3].

Vorliegend wird nicht weiter auf die Insolvenz eingegangen, sondern es hat der Hinweis zu genügen, dass in diesen Fällen der Weg der OR-Liquidation nicht offensteht. Dieser kann nur beschritten werden, wenn einerseits genügend Liquidität für die ordnungsgemässe Beendigung der laufenden Geschäfte und andererseits hinreichend Vermögen für die Tilgung sämtlicher Passiven der Gesellschaft vorhanden ist. Zeigt sich der Passivenüberhang erst während der Durchführung der

OR-Liquidation, ist dennoch der Konkurs über die Gesellschaft zu eröffnen [4] oder gegebenenfalls ein gerichtliches Nachlassverfahren durchzuführen.

1.2 Gemeinsamkeiten der OR-Liquidation für alle Gesellschaften. Mit «allen Gesellschaften» sind hier nur diejenigen gemeint, denen im Alltag eine gewisse Bedeutung zukommt, also nebst der Kollektivgesellschaft die *Aktiengesellschaft* (AG), die *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH) und die Genossenschaft. Um die Gemeinsamkeiten, welche bei der Liquidation für diese Gesellschaften gelten, herauszuschälen, können damit die für die Kollektivgesellschaft geltenden Regeln fast vollständig denjenigen der AG gegenübergestellt werden denn das Recht der GmbH und das der Genossenschaft verweisen auf die Liquidationsregeln der AG [5].

Selbstverständlich ist, dass sich jede Gesellschaft mittels Gesellschafterbeschluss im Sinne eines freiwilligen Aktes auflösen kann, womit die Liquidationsphase beginnt. Massgebendes Organ für die Beschlussfassung ist bei der AG die Generalversammlung [6], bei der GmbH sind die Gesellschafter zuständig [7]; bei der Genossenschaft hat die Generalversammlung den Auflösungsbeschluss zu fällen [8]. Naheliegenderweise kann auch die Kollektivgesellschaft durch Übereinkunft der Gesellschafter aufgelöst werden [9]. Nebst diesem Einstimmigkeit erfordernden Beschluss gibt es bei der Kollektivgesellschaft weitere Auflösungsmöglichkeiten, welche auf die personalistische Gesellschaftsstruktur zurückzuführen sind und auf welche unter Punkt 1.4.1 näher eingegangen wird.

Nach erfolgtem Auflösungsbeschluss ist allen Liquidationen gemeinsam, dass diese mittels Handelsregistereintrag publik zu machen sind [10]. Ebenso gilt als Regelfall, dass die bisherigen Gesellschaftsorgane die Liquidation zu besorgen haben. Bei der Kollektivgesellschaft sind dies die «zur Vertretung befugten Gesellschafter» [11], bei der AG der Verwaltungsrat [12]. Für die GmbH und die Genossenschaft werden die Liquidatoren im Gesetz nicht explizit genannt. Die herrschende Lehre [13] geht bei der GmbH davon aus, dass jedem (geschäftsführungsberechtigten) Gesellschafter ein Recht auf Übernahme der Liquidatorenstellung zusteht. Für die Genossenschaft ist kraft des Verweises auf das Aktienrecht davon auszugehen, dass die Verwaltung dafür zuständig ist.



PABLO DUC,
RECHTSANWALT,
PARTNER, TRANSLIQ AG,
BERN,
PABLO.DUC@TRANSLIQ.CH

Bei sämtlichen Gesellschaftsformen haben die Liquidatoren eine Liquidationseröffnungsbilanz und jährliche Zwischenbilanzen zu erstellen, die laufenden Geschäfte zu beenden, die Verpflichtungen der Gesellschaft zu erfüllen, das Gesellschaftsvermögen zu versilbern und den Liquidationsüberschuss zu verteilen. Nach durchgeführter Liquidation ist die

«Die einzelnen Gesellschafter sind Rechtsinhaber des Gesellschaftsvermögens.»

Löschung der Gesellschaft im Handelsregister zu veranlassen. Den Liquidatoren kommt im Rahmen der Liquidation eine umfassende Vertretungskompetenz zu; insbesondere steht es ihnen auch zu, Prozesse zu führen und – soweit erforderlich – neue Geschäfte einzugehen [14]; die Gesellschaft haftet für unerlaubte Handlungen ihrer Liquidatoren.

1.3 Spezialitäten bei der OR-Liquidation einer Kollektivgesellschaft. Damit ist gesagt, dass die Liquidation der OR-Gesellschaften in weiten Teilen einheitlich geregelt ist. Allerdings finden sich auch voneinander abweichende Normen, welche auf die unterschiedliche rechtliche Ausgestaltung der einzelnen Gesellschaften zurückzuführen sind:

Die Aktiengesellschaft wie auch die GmbH und die Genossenschaft sind Körperschaften. Diese kennzeichnen sich dadurch, dass sie mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet sind und ihnen allein (nicht den Mitgliedern) die Rechte am Gesellschaftsvermögen zustehen [15]. Die Mitgliedschaft bei Körperschaften ist in der Regel frei übertragbar, und der Mitgliederwechsel tangiert die Existenz der Gesellschaft nicht [16]. Den Gesellschaftsgläubigern haftet grundsätzlich nur das Gesellschaftsvermögen, das Vermögen der Gesellschafter nur ausnahmsweise [17]. Dementsprechend finden sich einerseits spezielle Auflösungsgründe [18] und andererseits auch im Bereich der Liquidation spezielle Gläubigerschutzbestimmungen (Schuldenruf gemäss Art. 742 Abs. 2 OR; Überschuldungsanzeige gemäss Art. 743 Abs. 2 OR; Hinterlegung gemäss Art. 744 OR sowie Sperrfrist gemäss Art. 745 Abs. 2 OR).

Demgegenüber ist die Kollektivgesellschaft nicht als Körperschaft, sondern als Rechtsgemeinschaft ausgestaltet. Diese charakterisiert sich als ein Zusammenschluss bestimmter, wechselseitig verpflichteter Personen, und sie verfügt über keine Rechtspersönlichkeit, zumindest wenn der herrschenden Lehre gefolgt wird [19]. Derart strukturierte Gesellschaften sind regelmässig aus wenigen, in enger Verbundenheit zueinander stehenden Gesellschaftern zusammengesetzt. Eine Übertragung der Mitgliedschaft ist grundsätzlich ausgeschlossen und der Eintritt oder Austritt eines Gesellschafters nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich [20]. Die einzelnen Gesellschafter sind Rechtsinhaber des Gesellschaftsvermögens. Bei der Kollektivgesellschaft besteht zwar ein Sondervermögen, das von den Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter losgelöst ist. Dieses Sondervermögen steht aber rechtlich nicht der Gesellschaft als solcher zu, sondern den Gesellschaftern zu gesamter Hand [21]. Die Gesellschafter

haften für die Verbindlichkeiten persönlich und solidarisch, bei der Kollektivgesellschaft allerdings nur subsidiär zum Gesellschaftsvermögen (vgl. dazu Ziffer 1.2 vorstehend). Aus dieser Konzeption ergeben sich Besonderheiten bei der Liquidation einer Kollektivgesellschaft, auf welche nachfolgend einzugehen ist.

1.3.1 Auflösungsgründe. Nebst der Auflösung infolge Gesellschafterbeschluss kommen bei der Kollektivgesellschaft aufgrund deren personenbezogener Struktur vor allem Tatbestände hinzu, welche ihren Ursprung in der Person eines ihrer Gesellschafter haben und bei den Körperschaften nicht zu finden sind. Hervorzuheben sind insbesondere:

→ Versterben eines Gesellschafters (Art. 574 Abs. 1 i. V. m. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR); → Kündigung durch einen Gesellschafter (Art. 574 Abs. 1 i. V. m. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 OR); → Kündigung durch Konkursverwaltung/Pfändungsgläubiger (Art. 575 OR).

Versterben eines Gesellschafters: Der Tod eines Gesellschafters führt zur Liquidation der Gesellschaft, sofern nicht eine sog. Nachfolge- oder Fortsetzungsklausel im Gesellschaftsvertrag stipuliert ist. Nachfolgeklauseln regeln den Eintritt der Erben des verstorbenen Gesellschafters in die Gesellschaft, währenddem mit Fortsetzungsklauseln der Fortbestand der Gesellschaft für die verbleibenden Gesellschafter – ohne die Erben des Verstorbenen – geregelt werden kann [22]. Die gesetzliche Regelung der Fortsetzungsklauseln findet sich für die Kollektivgesellschaft in Art. 576 OR.

Kündigung durch einen Gesellschafter: Die in Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 OR vorgesehene Kündigung, welche zur Auflösung der Gesellschaft führt, wird in Art. 546 OR konkretisiert (Kündigungsfrist von sechs Monaten auf Ende eines Geschäftsjahres; die Norm stellt dispositives Recht dar, d. h., die Gesellschafter können die Kündigungsmodalitäten vertraglich abändern [23]).

Kündigung durch Konkursverwaltung/Pfändungsgläubiger: Unter Punkt 1.2 wurde dargelegt, dass den Gläubigern der Gesellschaft das Gesellschaftsvermögen exklusiv als Sondervermögen zur Verfügung steht. Dies bedeutet, dass sich die Privatgläubiger eines Gesellschafters nicht direkt aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigen können. Um ihnen dennoch den (partiellen) Zugriff zu ermöglichen, hat ihnen der Gesetzgeber in Art. 575 OR ein gesetzliches Kündigungsrecht eingeräumt. Damit erhalten sie – im Rahmen der Liquidation der Gesellschaft – ein Zugriffsrecht auf den Liquidationsanteil des zahlungsunfähigen Gesellschafters. Die übrigen Gesellschafter der Kollektivgesellschaft können die Auflösung durch Befriedigung der Privatgläubiger oder Ausschluss des zahlungsunfähigen Gesellschafters [24] abwenden.

1.3.2 Verwertung und Verteilung. Die Verwertung des Gesellschaftsvermögens und die Schlussverteilung an die Berechtigten im Rahmen der Liquidation einer AG – es sei noch einmal daran erinnert, dass diese Regeln auch für die GmbH und die Genossenschaft (mit Abweichungen bei der Verteilung)

gelten – läuft grundsätzlich nach einem einfachen Schema ab: Nach Erstellung der Liquidationseröffnungsbilanz und Durchführung des Schuldendrucks sind sämtliche Aktiven zu verwerten und daraus die Gläubiger zu befriedigen (externe Liquidation; Art. 742/743 OR). Nach Tilgung bzw. Hinterlegung der Schulden ist eine auf der Liquidationseröffnungsbilanz basierende Schlussabrechnung zu erstellen [25]. Das sich ergebende Nettovermögen ist nach Ablauf der Gläubigerschutzfrist gemäss Art. 745 OR an die Aktionäre zu verteilen (interne Liquidation).

Grundsätzlich ergibt sich auch für die Kollektivgesellschaft nichts anderes: Die Liquidatoren haben nach erfolgter Auflösung der Gesellschaft den Auftrag, die laufenden Geschäfte zu beenden, die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen, die Forderungen einzuziehen und das Vermögen der Gesellschaft, soweit es die Auseinandersetzung verlangt, zu versilbern [26].

Bereits aus dieser Anweisung an die Liquidatoren ergibt sich aber ein erheblicher Unterschied zur Liquidation einer kapitalbezogenen Gesellschaft: Bei dieser steht ausser Frage, dass *sämtliche Aktiven* zu verwerten und ein allfälliger Liquidationsüberschuss in bar an die Aktionäre auszuzahlen ist. Demgegenüber hat bei der Kollektivgesellschaft als personenbezogener Gesellschaft die Liquidation des Gesellschaftsvermögens *nur so weit zu erfolgen, als es die Auseinandersetzung verlangt*. Dies bedeutet, dass das Gesellschaftsvermögen nicht zwingend (vollständig) versilbert werden muss. Auch bei der Kollektivgesellschaft steht dem einzelnen Gesellschafter zwar kein Anspruch auf Realteilung, sondern nur auf eine Geldsumme zu [27]. Die Gesellschafter können aber untereinander Realteilung vereinbaren, womit der stark personenbezogenen Struktur der Gesellschaft Rechnung getragen wird. Kollektivgesellschaften sind häufig dadurch charakterisiert, dass sie aufgrund enger persönlicher (häufig auch familiärer) Verflechtungen zwecks gemeinsamen Broterwerbs zustande kommen. Dementsprechend wird oft privates Eigentum der Gesellschafter in erheblichem Umfang in die Gesellschaft eingebracht, und es ergäbe wenig Sinn, dieses nach Auflösung der Gesellschaft zu verwerten und nicht wieder dem ursprünglichen Eigentümer zukommen zu lassen, sofern die Gesellschafter darüber einen Konsens finden. Dies gilt um so mehr, als es sich beim Gesellschaftsvermögen in den meisten Fällen um das eigentliche «Arbeitsgerät» der Gesellschafter handelt, welches diese auch nach Liquidation der Kollektivgesellschaft für ihr alleiniges berufliches Fortkommen weiterverwenden wollen.

Nebst dieser Besonderheit ergeben sich auch Unterschiede bei der Mitsprache der Gesellschafter bezüglich bestimmter Liquidationshandlungen. Während das Gesetz den Aktionären (GV) bei der AG lediglich die Möglichkeit einräumt, den Liquidatoren den freihändigen Verkauf der Aktiven zu untersagen [28], stipuliert Art. 585 Abs. 3 OR für den (nicht als Liquidator amtsenden) Kollektivgesellschaftler ein weitergehendes, aber in gewissen Fällen nicht unproblematisches Widerspruchsrecht.

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass der einzelne Gesellschafter im Rahmen der Liquidation einer Kollektivgesellschaft auch Anspruch auf Abschlagszahlungen hat [29], so-

fern voraussichtlich mehr Aktiven als Passiven vorhanden sind. Dies bedeutet, dass der Gesellschafter noch vor der Tilgung sämtlicher Gesellschaftsschulden einen Teil seines Liquidationsanteils beziehen darf. Auf die in Art. 586 Abs. 2 OR festgeschriebene Sicherstellungspflicht können sich nämlich nur die Gesellschafter, nicht jedoch die Gläubiger berufen [30]. Bei den übrigen Gesellschaften darf das Liquidationsvermögen erst nach vollständiger Tilgung bzw. Hinterlegung der Gesellschaftsschulden sowie nach Ablauf einer Sperrfrist verteilt werden [31]. Dass sich bei der Kollektivgesellschaft keine derartige Gläubigerschutzbestimmung finden lässt, ist sachgerecht: Die Gesellschafter haften gegenüber den Gläubigern auch mit ihrem Privatvermögen, weshalb kein spezielles Gläubigerschutzbedürfnis vorhanden ist. Zudem bindet das Gesellschaftsvermögen häufig einen grossen Teil des Vermögens des einzelnen Gesellschafters (und mithin auch sein Arbeitsgerät). Insofern soll ihm bei Auflösung der Gesellschaft das wirtschaftliche Fortkommen durch die (zu lange) Bindung seines Vermögens nicht unnötig erschwert werden.

2. DURCHFÜHRUNG DER LIQUIDATION DURCH DEN GERICHTLICH EINGESETZTEN LIQUIDATOR

2.1 Einsetzung. Als Grundsatz gilt, dass die Liquidation nach erfolgter Auflösung der Gesellschaft von den bisher zur Vertretung berechtigten Gesellschaftern durchgeführt wird (gesetzliche Liquidatoren), wobei sich die Gesellschafter auch auf andere Liquidatoren einigen können (vertragliche Liquidatoren; Art. 583 Abs. 1 OR). Aus wichtigen Gründen kann der Richter auf Antrag eines Gesellschafters allerdings auch Liquidatoren abberufen und andere ernennen [32].

Die Kollektivgesellschaft wurde vom Gesetzgeber als Rechtsform ausgestaltet, welche dann geeignet ist, wenn mehrere Personen ihre Arbeitskraft, ihr Kapital und den Kredit, den sie geniessen, zur Führung eines gemeinsamen kaufmännischen Unternehmens vereinigen wollen [33]. Es liegt demnach im Wesen der Kollektivgesellschaft, dass deren Zweckerreichung stark vom Zusammenwirken der meist nicht sehr zahlreichen Gesellschafter abhängt. Dementsprechend führen persönliche Differenzen unter diesen häufig zur Auflösung der Gesellschaft, da ein erfolgreiches Zusammenarbeiten nicht mehr möglich ist. Die einzelnen Gesellschafter sind zudem häufig darauf angewiesen, ihren Anteil am Gesellschaftsvermögen herauszulösen, um auf eigene Rechnung weiterarbeiten zu können.

Sofern die Auflösung der Gesellschaft auf solchen Differenzen gründet, dürfte eine gemeinsame Durchführung der Liquidation in den meisten Fällen illusorisch werden, was auch für die Einigung auf einen vertraglichen Liquidator gilt. Um diese Blockierung aufzuheben, wird in den meisten Fällen einer der zerstrittenen Gesellschafter den Richter anrufen, damit dieser einen externen Liquidator einsetzt. Dementsprechend wird in der Literatur das Zerwürfnis der Gesellschafter, mit der Folge der faktischen Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft, als Anwendungsfall des wichtigen Grundes im Sinne von Art. 583 OR genannt [34].

Die Einsetzung eines Dritten – dies kann auch eine juristische Person sein [35] – als Liquidator erscheint in dieser Situation als sachgerecht, zieht aber in der Praxis sowohl auf-

grund der stark personenbezogenen Struktur von Kollektivgesellschaften als auch aufgrund der knappen gesetzlichen Regelung der Liquidation verschiedene Probleme nach sich, auf welche sogleich eingegangen wird.

2.2 Aufgaben und Kompetenzen des (gerichtlich eingesetzten) Liquidators. Die Aufgaben und Kompetenzen des Liquidators sind in Art. 585 OR definiert. Die Aufgabenstellung erscheint klar, sie besteht in der Liquidation der aufgelösten Kollektivgesellschaft, wozu auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden kann. Die Kompetenzen des Liquidators decken sich grundsätzlich mit denjenigen der bisherigen geschäftsführenden Gesellschafter und werden einzig durch den veränderten Gesellschaftszweck – die Liquidation – eingeschränkt. Auch diese Einschränkung ist aber nicht von weitreichender Bedeutung, da das Gesetz den Liquidatoren auch erlaubt, neue Geschäfte abzuschliessen [36]. Diese Ermächtigung ist wichtig, weil es nicht selten das Ziel der Liquidation ist, das bisherige Geschäft durch einen oder mehrere Gesellschafter in einer anderen Rechtsform weiterzuführen. Diesfalls liegt es im Interesse der Beteiligten, weiterhin Aufträge anzunehmen und den laufenden Betrieb fortzuführen.

Selbstverständlich kommen dem gerichtlich eingesetzten Liquidator die gleichen Kompetenzen wie einem gesetzlichen

oder vertraglichen Liquidator zu, ansonsten er sein Mandat nicht ausüben könnte. Die bisherigen zur Vertretung befugten Gesellschafter haben demgegenüber keine Vertretungsbefugnis mehr, was sich darin manifestiert, dass ihre Zeichnungsberechtigung im Handelsregister gelöscht wird. Damit wird sichergestellt, dass nur noch der gerichtlich eingesetzte Liquidator die Gesellschaft gegen aussen vertreten kann, was insbesondere auch für eigentliche Liquidationshandlungen wie den Verkauf des Gesellschaftsvermögens – sei es einzeln oder gesamthaft – gilt. Allerdings kommt den nicht (mehr) vertretungsberechtigten Gesellschaftern für bestimmte Verwertungshandlungen ein Widerspruchsrecht zu.

2.3 Verhältnis des gerichtlich eingesetzten Liquidators zu den Kollektivgesellschaftern

2.3.1 Rechtliche Qualifikation. Unter Punkt 2.2 wurde ausgeführt, dass der gerichtlich eingesetzte Liquidator die gleichen Aufgaben und Kompetenzen wie ein gesetzlicher oder vertraglicher Liquidator hat. Dementsprechend steht der vom Richter berufene Liquidator in einem auftragsähnlichen Vertragsverhältnis zur aufgelösten Gesellschaft, d. h. er wird nicht etwa als «verlängerter Arm» des Richters in einer hoheitlichen Funktion tätig, wie dies beispielsweise beim Sachwalter im Rahmen einer Nachlassstundung gemäss Art. 293 ff. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)* oder auch

beim Sachwalter im Rahmen eines Konkursaufschubs gemäss Art. 725 a Abs. 2 OR der Fall ist. Aus dieser Qualifikation ergeben sich die folgenden Konsequenzen:

Aufsicht/Weisungserteilung: Der gerichtlich eingesetzte Liquidator unterliegt nicht der Aufsicht des Ernennungsrichters (wie etwa der Sachwalter im Rahmen des Konkursaufschubs [37]) oder einer anderen Aufsichtsbehörde (wie der Sachwalter im Rahmen der Nachlassstundung der jeweiligen kantonalen SchKG-Aufsichtsbehörde). Seine Anordnungen, welche als rein privatrechtliche Rechtshandlungen zu qualifizieren sind, können auch nicht mittels Beschwerde beim Ernennungsrichter angefochten werden. Wie das Bundesgericht im *Bundesgerichtsentscheid (BGE) 112 II 12 f.* zutreffend festhält, ist der Ernennungsrichter gegenüber dem Liquidator dementsprechend auch nicht weisungsberechtigt, soweit es sich nicht um die blosser Wiederholung der gesetzlich vorgeschriebenen Tätigkeit handelt. Demgegenüber steht es den Gesellschaftern zu, dem gerichtlich eingesetzten Liquidator mittels Mehrheitsbeschluss bindende Weisungen für die Behandlung einzelner Geschäfte zu erteilen [38]; wodurch das Widerspruchsrecht des einzelnen Gesellschafters gemäss Art. 585 Abs. 3 OR aber nicht aufgehoben wird [39].

Honorierung: Der gerichtlich eingesetzte Liquidator hat sein Honorar bei der Gesellschaft, welche Gegenpartei des auftragsähnlichen Vertragsverhältnisses ist, zu beziehen. Entsteht hierüber Streit, ist dieser durch den Richter im ordentlichen Verfahren und nicht durch den Ernennungsrichter zu beurteilen [40].

Haftung: Da dem gerichtlich eingesetzten Liquidator im Ausserverhältnis die gleiche Stellung wie dem gesetzlichen oder vertraglichen Liquidator zukommt, haftet die Gesellschaft gemäss Art. 585 Abs. 4 OR für seine unerlaubten Handlungen in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen, was der üblichen Organhaftung bei juristischen Personen entspricht [41]. Im Innenverhältnis ist aufgrund des auftragsähnlichen Vertragsverhältnisses davon auszugehen, dass der Liquidator entsprechend den Regeln des Auftragsrechts [42] für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts haftet.

Abberufung: Auch ein gerichtlich eingesetzter Liquidator kann auf Antrag eines Gesellschafters vom Richter abberufen werden, sofern ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 585 Abs. 2 OR vorliegt. Hervorzuheben ist, dass die Abberufung des gerichtlich eingesetzten Liquidators auch durch Gesellschafterbeschluss möglich ist, dieser hat jedoch einstimmig zu erfolgen [43].

2.3.2 Würdigung der gesetzlichen Regelung aus Sicht des Praktikers. Die vorstehende rechtliche Qualifikation zeigt auf, dass es sich beim gerichtlichen Liquidationsmandat um ein rein privatrechtlich ausgestaltetes Rechtsverhältnis handelt, was in dogmatischer Hinsicht kaum beanstandet werden kann. Im Rahmen einer «klassischen» Liquidation, bei welcher es im wesentlichen nur noch darum geht, das Gesellschafterver-

mögen zu versilbern und den Erlös an die Gesellschafter zu verteilen, dürfte die rechtliche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen den Gesellschaftern und dem externen Liquidator auch ohne weiteres praktikabel sein. Dies umso mehr, als im für die Gesellschaftsliquidation zentralen Bereich der Aktivenverwertung mit Art. 585 Abs. 3 OR eine – allerdings ergänzungsbedürftige – Regelung vorliegt, welche dem einzelnen Gesellschafter ein verhältnismässig weitreichendes Mitbestimmungsrecht verleiht.

Allerdings ist auf folgendes hinzuweisen: Im Unterschied zu den übrigen Gesellschaften dürfte es bei der Kollektivgesellschaft aufgrund deren stark personenbezogenen Konzeption häufiger vorkommen, dass mit der Liquidation der Gesellschaft nicht die eigentliche Beendigung der betrieblichen Tätigkeit, sondern die personelle Auftrennung bezweckt wird. Diesfalls dürfte zudem sehr häufig ein gerichtlich eingesetzter Liquidator zum Zug kommen. Geht es aber darum, einen Betrieb bis zum gesamthaften Verkauf weiterzuführen, stösst ein externer Liquidator sehr schnell an seine Grenzen. Dies sei an folgenden drei Beispielen knapp skizziert:

Operative Betriebsführung: In einem als Kollektivgesellschaft ausgestalteten KMU nehmen die Gesellschafter die operative Führung wahr. Nebst der Vertretung der Gesellschaft gegen aussen (Kundenakquisition und -betreuung, Umgang mit Behörden usw.) umfasst dies auch die Geschäftsleitung im Innenverhältnis (Personalführung, Rechnungswesen, Auftragsabwicklung, Qualitätssicherung usw.). Mit der Einsetzung eines externen Liquidators fallen aber die diesbezüglichen Kompetenzen der Gesellschafter dahin. Der externe Liquidator sieht sich also auf einen Schlag damit konfrontiert, eine Gesellschaft, deren Betriebsabläufe er überhaupt nicht kennt, gegen innen und aussen führen zu müssen. Es ist klar, dass er dies ohne aktive Mithilfe der bisherigen – aber meist zerstrittenen – Führungscrew nicht bewerkstelligen kann. Dies erfordert nebst dem rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Know-how viel Fingerspitzengefühl und Erfahrung in der Bewältigung von derartigen Krisensituationen. Der den externen Liquidator einsetzende Richter ist deshalb gut beraten, wenn er sich vor Erteilung des Liquidationsmandates ein Bild über die zu bewältigenden Aufgaben macht und sich auch Gewissheit darüber verschafft, ob der einzusetzende Liquidator – dies kann auch ein darauf spezialisiertes Unternehmen sein – über die hierzu erforderlichen Ressourcen verfügt.

Eigentumsverhältnisse: Aufgrund der engen personellen und örtlichen Verflechtung der Gesellschafter weisen Kollektivgesellschaften bezüglich der dinglichen und/oder obligatorischen Berechtigung am Arbeitsgerät häufig unklare Situationen auf. So kommt es vor, dass ein Gesellschafter der Gesellschaft in seinem Eigentum stehendes Mobiliar oder gar die Betriebsliegenschaft zur Verfügung gestellt hat, ohne dass dies – beispielsweise mittels Mietvertrag – klar geregelt wurde. Zudem steht das Geschäftsvermögen im gesamthaften Eigentum der Gesellschafter. Im Rahmen einer Betriebsweiterführung während der Liquidation kommt es vor, dass der externe Liquidator gegenüber einem Gesellschafter

unpopuläre Entscheidungen zu treffen hat. Dies führt nicht selten dazu, dass dieser der Gesellschaft das (teilweise) in seinem Eigentum stehende Mobilium entzieht oder in extremis den Arbeitnehmern den Zutritt auf das Areal verweigert, um Druck auf den externen Liquidator auszuüben. Gelingt es diesem nicht, den Gesellschafter – mit Hinweis auf die ihn selber treffenden finanziellen Einbussen – zur Vernunft zu bringen, muss er das benötigte Arbeitsgerät zivilprozessual wiederbeschaffen, was umständlich ist, sofern es aufgrund der oftmals unklaren Berechtigung an diesen Gegenständen überhaupt gelingt. Dies kann aber die Betriebsweiterführung bzw. die gesamte Liquidationstätigkeit in Frage stellen. Der Praktiker würde sich für derartige Situationen schnell umsetzbare hoheitliche Befugnisse wünschen, auch wenn diese dogmatisch deplaziert erscheinen mögen.

Problematik der Abberufung: Wie unter Punkt 2.3.1 ausgeführt, kann der externe Liquidator von den Gesellschaftern mittels einstimmigem Gesellschafterbeschluss abgesetzt werden. Grundsätzlich ist dies sachgerecht, da das Liquidationsobjekt im Eigentum der Gesellschafter steht und diese damit auch über die Liquidation bestimmen sollen. Allerdings steht ein externer Liquidator, wenn er seine Tätigkeit einmal aufgenommen hat, auch in der Verantwortung gegenüber Dritten. Zu denken ist hier an Arbeitnehmer der Gesellschaft, Kaufinteressenten für die Gesellschaftsaktiven aber auch Behörden. Zudem hat der externe Liquidator als Organ der Gesellschaft gesetzliche Pflichten, wie etwa die gehörige Deklaration und Ablieferung von Steuern, wahrzunehmen. Das kann zu Handlungen führen, welche objektiv richtig und letztlich im Interesse der Gesellschaft sein mögen, aber den Partikularinteressen der Gesellschafter zuwiderlaufen und deshalb zur Abwahl des externen Liquidators führen. Es fragt sich deshalb, ob die Absetzung eines einmal gerichtlich eingesetzten Liquidators mittels Gesellschafterbeschluss sachgerecht ist. Um den externen Liquidator in derartigen Konstellationen nicht zur «lahmen Ente» verkommen zu lassen, wäre es wohl zielführender, dass eine Abberufung nur noch durch den Ernennungsrichter – auf Antrag eines oder mehrerer Gesellschafter – erfolgen kann.

2.3.3 Widerspruchsrecht des Gesellschafters gegen Verwertungshandlungen des Liquidators. Für den Bereich des Verkaufs (oder Nichtverkaufs) des gesamten Unternehmens oder von Grundstücken, welche dem Vermögen der Gesellschaft zuzurechnen sind, ist das Verhältnis zwischen dem (externen) Liquidator und den nicht vertretungsberechtigten Gesellschaftern geregelt. Gemäss Art. 585 Abs. 3 OR hat er diese über einen beschlossenen oder abgelehnten Verkauf zu einem Gesamtübernahmepreis und bei der Veräusserung von Grundstücken zu informieren. Diesen steht dann gegenüber dem Liquidator ein Widerspruchsrecht zu. Sofern der Liquidator den Widerspruch ablehnt, hat der Gesellschafter den Richter anzurufen, welcher dann den Verkauf anordnet oder verbietet. Beim Verkauf von Grundstücken ist ein Widerspruch entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht nur bezüglich der Art der Veräusserung, sondern auch bezüglich des Vertragsinhalts möglich [44].

Leider hat es der Gesetzgeber verpasst, dem Gesellschafter für die Einreichung der Widerspruchsklage eine Frist aufzuerlegen, was in der praktischen Umsetzung des Widerspruchsrechts zu erheblichen Problemen führen kann. Dies soll anhand des nachfolgenden Beispiels aufgezeigt werden.

2.3.4 Problematik des Widerspruchsrechts anhand eines Praxisbeispiels. Für die Verdeutlichung der Problematik ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Bei der zu liquidierenden Kollektivgesellschaft handelte es sich um einen Familienbetrieb, d. h., die beiden Gesellschafter waren Gebrüder, welche seit langer Zeit das vom Vater gegründete Geschäft weiterbetrieben, jedoch betreffend der künftigen Ausrichtung dieses Geschäftes grundlegende Differenzen hatten. Die Kollektivgesellschaft verfügte über mehrere Arbeitnehmer, einen guten Auftragsbestand und erhebliches Geschäftsvermögen. Die Differenzen der beiden Kollektivgesellschaftler gingen so weit, dass eine weitere Zusammenarbeit unmöglich war. Zudem war das Tagesgeschäft gestört, was sich auch im Ergebnis der Gesellschaft niederschlug. Nachdem einer der beiden Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag durch Kündigung aufgelöst hatte und sich die beiden nicht auf einen vertraglichen Liquidator verständigen konnten, setzte das Gericht auf Antrag eines Gesellschafters einen Liquidator ein.

Nach ersten Gesprächen des Liquidators mit den Gesellschaftern, den Arbeitnehmern und Kunden der Gesellschaft zeichnete sich das folgende Bild ab: Die Differenzen zwischen den beiden Inhabern waren unüberwindbar, und beide waren zudem fest entschlossen, das Geschäft der Kollektivgesellschaft alleine fortzuführen. Auch die Kunden signalisierten klar, weiter mit der Gesellschaft bzw. einem der beiden Inhaber geschäften zu wollen. Die Arbeitnehmer waren infolge des vergifteten Klimas nicht bereit, den Status quo länger mitzutragen, d. h., eine schnelle Lösung der Situation war unabdingbar.

Für den externen Liquidator war deshalb klar, den rentierenden Betrieb weiterführen und gesamthaft veräussern zu wollen, auch um die Arbeitsplätze erhalten zu können. Zuerst gab der Liquidator den beiden Gesellschaftern wie auch Dritten die Möglichkeit, Offerten für die gesamthafte Übernahme der Gesellschaftsaktiven einzureichen. Dabei zeigte sich, dass die Offerten der beiden Gesellschafter höher als diejenigen von Drittseite ausfielen. Der Liquidator schlug den beiden Gesellschaftern deshalb das folgende Vorgehen vor: Abhalten einer internen Steigerung, wobei beide Gesellschafter vor Beginn des Steigerungsaktes sich schriftlich verpflichten sollten, auf ihr Widerrufsrecht gemäss Art. 585 Abs. 3 OR zu verzichten (da sie ja mit dem Verwertungsmodus einverstanden waren, beide Gelegenheit erhielten, die Aktiven selber zu erwerben und damit auch auf die Preisbildung Einfluss zu nehmen). Obwohl anfänglich beide ihre Zustimmung zu diesem Vorgehen gaben, scheiterte die Lösung daran, dass einer der beiden Gesellschafter kurzfristig nicht an der Steigerung teilnahm und auch sonst nicht mehr bereit war, zu einem geordneten Kaufprozedere Hand zu bieten. Dies wohl, weil ihm bewusst wurde, dass er über weniger finanzielle Mittel als sein Konkurrent verfügte.

Damit blieb dem Liquidator nur noch die Möglichkeit, die Aktiven gesamthaft an den andern Gesellschafter zu verkaufen, was im Rahmen eines Vermögensübertragungsvertrages erfolgte. Nach Vertragsschluss wurde dieser dem zweiten Gesellschafter gemäss Art. 585 Abs. 3 OR zur Kenntnis gebracht, worauf dieser Einspruch beim Liquidator erhob. Dieser lehnte den Einspruch ab und forderte den Einsprecher auf, seinen Einspruch beim zuständigen Gericht einzureichen. Dieser verzögerte aber die gerichtliche Geltendmachung des Widerspruchs mit immer neuen fadenscheinigen Argumenten. Damit wäre dem unter Zeitdruck stehenden Liquidator nur noch die Möglichkeit geblieben, den von ihm rechtsgültig unterzeichneten Vermögensübertragungsvertrag mittels

Einreichung beim Handelsregister zu vollziehen (soweit dieses nicht den Eintrag aufgrund des nach wie vor hängigen Widerspruchs abgelehnt hätte), was er aber aus Haftungsgründen abgelehnt hat.

Das Beispiel zeigt auf, dass die fehlende Frist zur gerichtlichen Geltendmachung des Widerspruchs durch den Gesellschafter gemäss Art. 585 Abs. 3 OR problematisch ist und dazu führen kann, dass die Liquidation auf unbestimmte Zeit blockiert ist und letztlich den beabsichtigten Gesamtverkauf eines (noch laufenden) Betriebes zu Fall bringen kann. Im geschilderten Fall konnte eine andere Lösung realisiert werden, dennoch bleibt eine Beseitigung dieser Fallgrube durch den Gesetzgeber wünschenswert. ■

Anmerkungen: *Aufgrund des Umfangs des vorliegenden Beitrags geht es um einen groben und praxisbezogenen Abriss ohne die einzelnen Teilbereiche vollständig oder gar dogmatisch vertieft abzuhandeln. 1) Art. 574 Abs. 1 OR. 2) Art. 570 Abs. 1 OR. 3) Semjud 1995, 221 ff.; BGE 109 III 128 ff. 4) So Art. 743 Abs. 2 OR als explizite Anweisung an die Liquidatoren der Aktiengesellschaft. 5) Art. 823 OR für die GmbH sowie Art. 914 OR für die Genossenschaft mit gewissen Abweichungen für die Verteilung des Liquidationsüberschusses. 6) Art. 736 Ziff. 2 OR; ein spezielles Quorum ist nicht erforderlich. 7) Art. 820 Ziff. 2 OR; $\frac{3}{4}$ der Mitglieder, welche $\frac{3}{4}$ des Stammkapitals vertreten. 8) Art. 911 Ziff. 2 OR; erforderlich ist gemäss Art. 888 Abs. 2

OR ein $\frac{3}{4}$ -Quorum. 9) Art. 574 Abs. 1 i. V. m. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR. 10) Kollektivgesellschaft: Art. 574 Abs. 2 OR; Aktiengesellschaft: Art. 737 OR; GmbH: Art. 821 OR; Genossenschaft: Art. 912 OR. 11) Art. 583 Abs. 1 OR. 12) Art. 740 Abs. 1 OR. 13) Vgl. dazu OR-Stäubli, N 8 zu Art. 823 OR. 14) Kollektivgesellschaft: Art. 585 OR; Aktiengesellschaft, GmbH und Genossenschaft: Art. 743 OR. 15) Meyer-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, § 2 N 5. 16) Meyer-Hayoz/Forstmoser, a. a. O., § 2 N 87 f. 17) Vgl. im einzelnen Meyer-Hayoz/Forstmoser, a. a. O., § 2 N 87 f. 18) Insbesondere Fusion; Art. 748 f. OR. 19) Meyer-Hayoz/Forstmoser, a. a. O., § 2 N 6 und § 13 N 18. 20) Meyer-Hayoz/Forstmoser, a. a. O., § 2 N 82 ff. 21) Meyer-Hayoz/Forstmoser,

a. a. O., § 13 N 19. 22) Vgl. dazu OR-Staehelin, N 9 ff. zu Art. 545/546 OR. 23) OR-Staehelin, N 24 zu Art. 545/546 OR. 24) Art. 575 Abs. 3/Art. 578 OR. 25) Vgl. dazu OR-Stäubli N 3 zu Art. 745 OR. 26) Art. 585 Abs. 1 OR. 27) BGE 42 II 295 f. 28) Art. 743 Abs. 4 OR. 29) Art. 586 OR. 30) Vgl. OR-Staehelin, N 2 zu Art. 586. 31) Art. 745 OR. 32) Art. 583 Abs. 2 OR. 33) Meyer-Hayoz/Forstmoser, a. a. O., § 13 N 3. 34) ZK-Siegwart, N 8 zu Art. 583. 35) Art. 41 HRegV. 36) Art. 585 Abs. 2 OR. 37) BGE 98 III 42. 38) BGE 50 II 211. 39) OR-Staehelin, N 6 zu Art. 585. 40) OR-Staehelin, N 8 zu Art. 583. 41) Vgl. Art. 55 Abs. 2 ZGB. 42) Art. 398 OR. 43) Apphof BE, ZBJV 1952, 301. 44) ZR 1986, 161 f.

RÉSUMÉ

Liquidation d'une société en nom collectif selon le CO du point de vue du liquidateur désigné par le tribunal

La procédure de liquidation d'une société en nom collectif selon le Code des obligations (CO) est pratiquement la même que pour les autres sociétés du CO (Sàrl, SA, coopérative). Il est notamment prévu pour toutes les sociétés que les anciens organes procèdent à la liquidation après décision de dissolution. Les associés ont également la possibilité de désigner un liquidateur externe ou, sous certaines conditions, de le faire nommer par un juge. Dans le cadre de la liquidation, les liquidateurs doivent terminer les affaires courantes, payer les dettes et répartir l'excédent entre les associés.

Les caractéristiques de la société en nom collectif, qui n'est pas une personne morale mais une communauté forte-

ment axée sur les personnes, entraînent certaines divergences. Cela ressort, d'une part, des motifs spécifiques de dissolution (décès d'un associé, dissolution requise par un associé, dissolution à la demande de l'administration de la faillite, dissolution à la demande d'un créancier saisissant d'un associé) qui n'existent pas dans le cas de sociétés de capitaux. D'autre part, au moment de la réalisation de l'actif social, il est possible, dans certaines conditions, de procéder à un partage réel entre les associés, dans la mesure où ils se sont mis d'accord. En outre, les associés ont une prétention légale au paiement d'acomptes pendant la durée de la liquidation.

Pour le liquidateur externe (nommé par le juge), la liquidation d'une société

en nom collectif peut entraîner un certain nombre de difficultés, notamment si la liquidation n'a pas pour objectif la cessation de l'activité mais la séparation des associés (en conflit). Le liquidateur se trouve alors confronté à l'obligation de devoir gérer une société qui lui est totalement inconnue. La structure étant celle d'une société de personnes, à savoir fortement axée sur les associés, le liquidateur ne peut réussir que s'il parvient à inciter les associés à coopérer. Dans le cadre de la réalisation des actifs, on regrettera le fait que le droit d'opposition des associés selon l'article 585 al. 3 CO soit insuffisamment aménagé (absence de délai pour le dépôt de la plainte), ce qui peut bloquer la liquidation.

PD/AFB