

37). Art. 260 SchKG, Art. 95 KOV, Art. 164 HRegV, Art. 757 OR. – Das Konkursverfahren kann geschlossen werden, selbst wenn den Gläubigern Verantwortlichkeitsansprüche abgetreten wurden und ein diesbezügliches Verfahren hängig ist.

Art. 260 LP, art. 95 OAO, art. 164 ORC, art. 757 CO. – La procédure de faillite peut être clôturée même lorsque des prétentions en responsabilité ont été cédées à des créanciers et qu'une procédure est pendante à ce sujet.

Art. 260 LEF; art. 95 RUF; art. 164 ORC; art. 757 CO. – La procedura di liquidazione fallimentare può essere chiusa, anche nel caso in cui siano state cedute ai creditori le pretese riferite alla responsabilità degli organi e sia pendente un procedimento in tal senso.

Aus den Erwägungen:

(...)

3/3.1 In materieller Hinsicht begründen die Beschwerdeführer ihre Beschwerde damit, dass, nachdem das Bundesgericht im Entscheid BGer 4A_231/2011 die Frage aufgeworfen habe, ob die nach der Abtretung der Verantwortlichkeitsansprüche an die Beschwerdeführer erfolgte Löschung einer Gesellschaft aus dem Handelsregister zum Verlust der Aktivlegitimation der Beschwerdeführer führe, in solchen Fällen zwingend mit dem Schluss von Konkursverfahren zuzuwarten sei, um zu vermeiden, dass die Durchsetzung ihrer Rechte vereitelt würde.

3.2 Die von den Beschwerdeführern erwähnte Frage ist im Urteil BGer 4A_231/2011 vom 20. September 2011 wie folgt formuliert worden:

«Die Abtretungsgläubigerinnen treten ... als Prozessstandschafter, d.h. als Partei im eigenen Namen auf; sie nehmen die verfahrensrechtliche Stellung der Konkursmasse ein; die Masse ist nicht Partei, bleibt aber Rechtsträgerin der (behaupteten) Ansprüche ... Bei dieser Rechtslage fragt es sich, ob die nach der Abtretung der Verantwortlichkeitsansprüche an die Beschwerdeführerinnen und während des Berufungsverfahrens vor der Vorinstanz erfolgte Löschung der R. AG aus dem Handelsregister zum Verlust der Aktivlegitimation der Beschwerdeführerinnen geführt hat. Dabei ist allerdings zu beachten, dass einer Löschung der Gesellschaft im Handelsregister lediglich deklaratorische Wirkung zukommt und vor beendigter Liquidation nicht zum Verlust von deren Rechtspersönlichkeit führt. ... In der Lehre wird die Auffassung vertreten, eine Verantwortlichkeitsklage gegen ehemalige Organe könne zumindest dann ohne Wiedereintragung der Gesellschaft ... geltend gemacht werden, wenn ein direkter Gläubigerschaden eingeklagt wird ... Wie es sich damit verhält und ob im vorliegenden Fall, in welchem die Beschwerdeführerinnen ihren (behaupteten) mittelbaren Schaden als einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit geltend machen, eine die Löschung überdauernde Aktivlegitimation der Beschwerdeführerinnen

nen bestand, kann allerdings mit Blick auf den Verfahrensausgang offen gelassen werden.» (E. 2 a.E. m.w.H.)

Das Bundesgericht hat diese Frage im zitierten Urteil nicht zum ersten Mal aufgeworfen. Es hat sie in einem früheren Entscheid bereits einmal offen gelassen. Hierbei hat es sich aber wesentlich dezidierter im Sinne einer Verneinung der Frage ausgesprochen. Im Entscheid 4A_5/2008 vom 22. Mai 2008 finden sich folgende Ausführungen:

«Ob es sich mit dem von Art. 260 SchKG und dem Konkursverfahren an sich verfolgten Zweck vereinbaren liesse, die Prozessführungsbefugnis bei Löschung der Gesellschaft im Handelsregister dahinfallen zu lassen, erscheint zweifelhaft. Die Löschung der Gesellschaft führt weder automatisch zum Untergang der dieser zustehenden Forderungen noch zum Untergang der Konkursforderung des prozessführenden Gläubigers, als deren Nebenrecht die Prozessführungsbefugnis gemäss Art. 260 SchKG angesehen wird ..., und auch der Abschluss des Konkursverfahrens zeitigt keine derartigen Konsequenzen ... Tauchen nach Löschung einer Gesellschaft noch Forderungen oder Verbindlichkeiten auf, kann die Gesellschaft vielmehr jederzeit wieder eingetragen werden ... Von der Löschung wird mithin nicht der Bestand der Forderungen betroffen, sondern die Möglichkeit der Gesellschaft, am Rechtsverkehr teilzunehmen. Diese Teilnahme ist nach erfolgter «Abtretung» nach Art. 260 SchKG zur Geltendmachung der Forderung aber nicht mehr notwendig, da der Konkursgläubiger in eigenem Namen klagt und ein allfälliger Überschuss auch nach Abschluss des Konkursverfahrens nicht der Gesellschaft, sondern der Konkursverwaltung abzugeben wäre ... Die Frage braucht indessen nicht abschliessend behandelt zu werden.» (E. 1.4 a.E. m.w.H.)

3.3 Erscheint es schon aufgrund der Lektüre der beiden genannten Urteile als sehr zweifelhaft, dass das Bundesgericht in Zukunft die Meinung vertreten könnte, das Bestehen eines Handelsregistereintrags sei Voraussetzung für die Geltendmachung von Ansprüchen, welche den Konkursgläubigern im Sinne von Art. 260 SchKG abgetreten wurden, so verringert sich die Gefahr eines Legitimationsverlusts noch zusätzlich, wenn man folgende Überlegungen anstellt:

3.3.1 Die vom Bundesgericht genannte Theorie, wonach der Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister nur deklaratorische Wirkung zukommt, wird zwar in der Literatur nicht überall geteilt (vgl. *Rüetschi*, Zum Verfahren der Wiedereintragung ins Handelsregister gemäss Art. 164 HRegV, in: REPRAX 4/2011, S. 23 ff., 24 f.). Allerdings anerkennen auch die Befürworter einer konstitutiven Wirkung, dass die Rechtspersönlichkeit einer gelöschten Gesellschaft durch Wiedereintragung wieder aufleben kann und dass auch im Falle der Nicht-Wiedereintragung in gewissen Fällen – zum Beispiel im Falle des Nachkonkurses – über Rechte der gelöschten Gesellschaft verfügt werden kann (vgl. *Rüetschi*, a.a.O.).

3.3.2 Es entspricht einer alten und konstanten Rechtsprechung, dass Konkursgläubiger, denen Rechte im Sinne von Art. 260 SchKG abgetreten worden sind, diese Rechte auch nach der Schliessung des Konkurses

weiterverfolgen können. So hat das Bundesgericht schon in BGE 37 II 126 E. 2 S. 129 betont, dass ein Konkurs geschlossen werden kann, bevor über den Ausgang eines nach Art. 260 SchKG eingeleiteten Prozesses entschieden ist. Kurz nach dem genannten Entscheid hat das Bundesgericht die Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV; SR 281.32) erlassen, die in Art. 95 ausdrücklich die Möglichkeit eröffnet, einen Konkurs zu schliessen, bevor über die Ansprüche gemäss Art. 260 SchKG entschieden ist. In BGE 41 III 70 E. 2 S. 75 ff. hat das Bundesgericht seinen Entscheid BGE 37 II 26 ff. ausdrücklich bestätigt. In BGE 122 III 341 E. 2 S. 342 f. wurde es als richtig bezeichnet, das Konkursamt mit der Verteilung eines Prozessüberschusses zu beauftragen, obwohl der Konkurs bereits längst geschlossen worden war. In BGE 127 III 526 E. 3 S. 528 hielt das Bundesgericht schliesslich fest: «Une clôture immédiate de la faillite, sans attendre la fin du litige relatif aux prétentions cédées ... est d'ailleurs possible ...».

3.3.3 In denjenigen Fällen, in welchen es um die Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit geht, hat das Bundesgericht die sog. Raschein-Praxis entwickelt. Falls die Konkursverwaltung es ablehnt, solche Ansprüche selber geltend zu machen, sind die Gläubiger und die Aktionäre dazu berechtigt. Die früher gebräuchliche Unterscheidung zwischen Ansprüchen der Gesellschaft einerseits und solchen der Gläubiger andererseits wurde aufgehoben. Wenn die Gesellschaft in Konkurs fällt, wird der Anspruch der Gesellschaft «abgelöst» durch einen Anspruch der Gläubigergesamtheit (BGE 132 III 564 E. 3.2.2: «Lorsque la société tombe en faillite, la créance que celle-ci pouvait faire valoir contre l'organe responsable est remplacée par une créance de la communauté des créanciers ...; ferner BGE 132 III 342, insbes. E. 2.3 S. 347 ff.). Die «Raschein-Praxis» ist zwar in der Doktrin kontrovers aufgenommen worden. In neuerer Zeit wird jedoch mehrheitlich dafür plädiert, diese Praxis – in ihrer durch die neue Rechtsprechung konkretisierten Ausgestaltung – anzuerkennen (vgl. *Gericke/Waller*, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, hrsg. von Honsell et al., 4. A., Basel 2012, Art. 757 N. 4 ff.). Geht es also nicht mehr um einen Anspruch, welcher der konkursiten Gesellschaft zusteht, sondern um einen solchen der Gläubigergesamtheit, ist nicht einzusehen, weshalb die Geltendmachung eines solchen Anspruchs davon abhängen soll, ob die konkursite Gesellschaft noch im Handelsregister eingetragen ist oder nicht.

3.4/3.4.1 Gemäss Art. 95 KOV ist der Konkursrichter dazu ermächtigt, den Konkurs vor der Erledigung abgetretener Rechtsansprüche zu schliessen. Eine solche Schliessung soll gemäss dieser Bestimmung allerdings nur verfügt werden, wenn anzunehmen ist, dass aus der Verfolgung der abgetretenen Rechte sich nicht ein Überschuss zugunsten der Masse ergeben werde. Dass sich vorliegend ein Überschuss ergeben könnte, wird von den Beschwerdeführern indessen nicht angeführt. Der Konkursrichter kann daher in solchen Fällen in Ausübung seines Ermessens darüber befinden, ob der Konkurs geschlossen wird oder nicht. Er hat bei Ausübung

2
d
s
A
si
K
n
k
B
rc
A
zu
be
A
de
w
Sc
A
K
ch
de
A
üb
da
Ar
sch
ers
get
aus
Ab
wi
nic
noc
Da
zu
mu
I
38).
f
Art.
v

dieses Ermessens eine Interessenabwägung vorzunehmen. Hierbei sind selbstverständlich auch die Interessen der Abtretungsgläubiger, ihre Ansprüche ungehindert durchsetzen zu können, gebührend zu berücksichtigen.

3.4.2 Die Beschwerdeführer wenden ein, die Bestimmung von Art. 95 KOV stehe mit dem Gesetz nicht in Einklang und sei aus diesem Grunde nicht zu beachten. Diese Überlegung leuchtet nicht ein. Sie findet auch keine Stütze in der einschlägigen Literatur (vgl. etwa *Staelin*, in: BS-Kommentar SchKG, a.a.O., Art. 268 N. 5; *Jeandin*, in: *Commentaire romand Poursuite et faillite*, hrsg. von Dallèves et al., Basel et al. 2005, Art. 268 N. 9). Art. 268 Abs. 2 SchKG sieht vor, dass der Konkurschluss zu verfügen ist, wenn das Konkursverfahren für vollständig durchgeführt befunden wird. Die Regeldauer des Konkursverfahrens beträgt gemäss Art. 270 SchKG längstens ein Jahr, woraus sich ergibt, dass die Interessen der Konkursgläubiger an möglichst zügiger Erledigung stark gewichtet werden. Sind in einem Verfahren Abtretungen im Sinne von Art. 260 SchKG erfolgt und ist nicht anzunehmen, dass die Durchsetzung solcher Ansprüche zu irgendwelchen zusätzlichen Liquidationshandlungen des Konkursverwalters führen wird, steht die Abtretung von Masseansprüchen dem Konkurschluss nicht entgegen. Berücksichtigt man zusätzlich den Umstand, dass die Gerichte die Gesetzmässigkeit alter und bewährter Ausführungsbestimmungen zum SchKG nur mit grosser Zurückhaltung überprüfen (vgl. *Amonn/Walther*, a.a.O., § 3 N. 11), ergibt sich erst recht, dass der Vorinstanz kein Vorwurf daraus zu machen ist, wenn sie sich auf Art. 95 KOV abgestützt hat. Im Unterschied zur Auffassung der Beschwerdeführer kann keine Rede davon sein, dass das Konkursverfahren erst vollständig durchgeführt sei, «wenn auch über das Schicksal der abgetretenen Ansprüche Klarheit herrscht». Ist im konkreten Fall davon auszugehen, dass dieses Schicksal für diejenigen Gläubiger, welche die Abtretungsofferte nicht angenommen haben, ohne jeden Belang sein wird, ist es richtig, das Konkursverfahren als beendet anzusehen. Zwar ist nicht auszuschliessen, dass der Konkursverwalter sich auch in Zukunft noch mit den Auswirkungen dieses Konkurses beschäftigen müssen. Dass derartige unwahrscheinliche Aktivitäten den Konkursabschluss nicht zu hindern brauchen, zeigt schon die Existenz der gesetzlichen Bestimmungen über den Nachkonkurs (Art. 269 SchKG).

BASEL-STADT, Appellationsgericht, 7. August 2012.

38). Art. 265a Abs. 1 SchKG. – Rechtsmittel gegen den Entscheid betreffend neuen Vermögens.

Art. 265a al. 1 LP. – Recours contre la décision constatant le retour à nouvelle fortune.