

Abhandlungen

# Das Schicksal von gesamthänderischen Forderungen nach Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven bei einfachen Gesellschaftern



Von Dr. iur. Dominik Milani und



Philipp Schürch, Bern und Zürich

## Inhaltsübersicht

### I. Einleitung

### II. Strukturelemente, Rechtsnatur und Erscheinungsformen der einfachen Gesellschaft

1. Strukturelemente
2. Rechtsnatur
3. Erscheinungsformen

### III. Gesamthänderische Forderung

1. Allgemeines
2. Zuweisung einer Forderung zum Gesellschaftsvermögen im Falle von juristischen Personen oder Personengesamtheiten als einfache Gesellschafter im Besonderen
3. Ansprüche der einfachen Gesellschafter mit Bezug auf die gesamthänderische Forderung

### IV. Konkurseröffnung

1. Allgemeines
2. Konkursmasse, Konkursverwaltung und Konkursamt
3. Folgen der Konkurseröffnung

### V. Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven

1. Allgemeines
2. Folgen der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven für die einfache Gesellschaft sowie den konkursiten einfachen Gesellschafter
3. Folgen der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven für die gesamthänderische Forderung
4. Akkreszenz bzw. Dekreszenz als Folge der Löschung der konkursiten juristischen Person als einfacher Gesellschafterin im Handelsregister im Besonderen

### VI. Liquidation von gesamthänderischen Forderungen nach Einstellung des Konkursverfahrens mangels

Das Dokument "Das Schicksal von gesamthänderischen Forderungen nach Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven bei einfachen Gesellschaftern" wurde von Dominik Milani, NSF Rechtsanwälte AG, Zürich am 12.08.2020 auf der Website zbjv.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2020

## Aktiven

1. Allgemeines
2. Liquidation der gesamthänderischen Forderung

## VII. Fazit

# I. Einleitung

Als Grund- und Subsidiärform der Gesellschaftstypen hat die einfache Gesellschaft eine erhebliche praktische Relevanz. Definiert wird sie als vertragliche Verbindung von zwei oder mehreren (natürlichen oder juristischen) Personen und/oder Rechtsgemeinschaften zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften und Mitteln. Diese personenbezogene Rechtsgemeinschaft entsteht bisweilen formfrei und völlig unbewusst.

In Ermangelung einer anderen Abrede steht das – kraft Übertragung oder Erwerb geschaffene – Gesellschaftsvermögen im Gesamteigentum der einfachen Gesellschafter. Zum Gesellschaftsvermögen können nicht zuletzt auch Forderungen zählen, welche ihrerseits derivativ oder originär erworben werden.

Soweit über einen Gesellschafter der Konkurs eröffnet wird, wird die einfache Gesellschaft ex lege aufgelöst ([Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR](#)). Kann ein Konkursverfahren in der Folge mangels Aktiven i.S.v. [Art. 230 SchKG](#) nicht durchgeführt werden, fragt sich, welches Schicksal eine gesamthänderische Forderung ereilt, welche sich im Gesellschaftsvermögen befindet. Der vorliegende Beitrag will sich ebendieser Fragestellung annehmen.

# II. Strukturelemente, Rechtsnatur und Erscheinungsformen der einfachen Gesellschaft

## 1. Strukturelemente

### 1.1 Allgemeines

Unter einer einfachen Gesellschaft versteht das Gesetz eine vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften und Mitteln ([Art. 530 Abs. 1 OR](#)).

Die einfache Gesellschaft basiert demnach auf einem Vertrag, wird zwischen mehreren Personen geschlossen und verlangt eine gemeinsame Zweckverfolgung. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, andernfalls keine einfache Gesellschaft vorliegt.

### 1.2 Gesellschaftsvertrag

Basis der einfachen Gesellschaft ist der sog. Gesellschaftsvertrag, d.h. die gegenseitigen übereinstimmenden Willensäusserungen. In welcher Form diese Willensäusserungen kundgetan werden, ist unerheblich. Die einfache Gesellschaft entsteht grundsätzlich formfrei, womit die entsprechende Willenserklärung auch konkludent oder stillschweigend erfolgen kann.<sup>1</sup>

## 1.3 Mehrere Personen

Der Zusammenschluss einer Mehrheit von Personen, wie von [Art. 530 Abs. 1 OR](#) vorausgesetzt, ist ein Wesensmerkmal der einfa-

chen Gesellschaft als Personengesellschaft.<sup>2</sup> Anders als bei einigen Körperschaften ist den Personengesellschaften begriffsimmanent, dass während deren Bestand stets zumindest zwei Personen den Kreis der Gesellschafter bilden, weil diese keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen.<sup>3</sup>

Sowohl natürliche Personen, juristische Personen wie auch Rechtsgemeinschaften und sogar Gemeinschaften zu gesamter Hand ohne gesellschaftliche Strukturen können Mitglieder einer einfachen Gesellschaft sein.<sup>4</sup>

## 1.4 Gemeinsamer Zweck

Kernstück des Gesellschaftsvertrages, welcher der Verbindung von mehreren Personen zur einfachen Gesellschaft zugrunde liegt, ist der gemeinsame Zweck. Der Gesellschaftervertrag umschreibt denn auch die Pflichten der Parteien, *mittels* welcher der gemeinsame Zweck erreicht werden soll.<sup>5</sup>

Die Umschreibung der Tätigkeiten der einfachen Gesellschaft lässt sich entsprechend an dem so umschriebenen *«unmittelbaren Zweck»* festmachen, wovon der *«Endzweck»* zu unterscheiden ist.<sup>6</sup>

Furrer umschreibt den gemeinsamen Zweck einer Gesellschaft als die *«weitgefasste Umschreibung dessen, was die Gesellschaft tut, um den Endzweck zu erreichen»*.<sup>7</sup> Es handelt sich dabei um das gemeinsame Ziel der Gesellschafter, welches im Rahmen der Rechts-

ordnung sowie der guten Sitten frei gewählt werden kann.<sup>8</sup> Hieran haben sich die Gesellschafter mit ihren Handlungen alsdann zu orientieren.<sup>9</sup>

Der *«animus societatis»* muss durch sämtliche Gesellschafter getragen und mit gemeinsamen Mitteln aktiv verfolgt werden,<sup>10,11</sup> womit sich die einfache Gesellschaft sowohl von den Austauschverträgen<sup>12</sup> wie auch im Speziellen von den einem Gesellschaftsverhältnis nahekommenden partiarischen Rechtsgeschäften<sup>13</sup> abgrenzt.

## 2. Rechtsnatur

Ausgestaltet ist die einfache Gesellschaft als *«Grundform»* des Gesellschaftsrechts. Zugleich ist sie als *«Subsidiärform»* bzw. *«Auffanggesellschaft»* konzipiert (Art. 530 Abs. 2).<sup>14</sup>

Der einfachen Gesellschaft kommt keine Rechtspersönlichkeit zu. Sie kann somit nicht Trägerin von Rechten und Pflichten sein.<sup>15</sup> Die Sachen, dinglichen Rechte oder Forderungen, die an die Gesellschaft übertragen oder für sie erworben sind, stehen nach [Art. 544 Abs. 1 OR](#) den Gesellschaftern gemeinschaftlich nach Massgabe des Gesellschaftsvertrages zu. Ohne anderslautende Vereinbarung vermu-

tet das Gesetz somit, dass das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern zu gesamter Hand zusteht und das Recht eines jeden auf die ganze Sache geht (sog. *Gesamthandschaft*; vgl. [Art. 652 ZGB](#)).<sup>16</sup>

Was den Begriff des Gesamteigentums angeht, so wird dieses definiert als das Eigentum, das mehreren Personen, die durch eine besondere Beziehung untereinander verbunden sind, gemeinsam zusteht und grundsätzlich nur gemeinschaftlich ausgeübt werden kann.<sup>17</sup> Vorausgesetzt ist demnach ein persönliches Gemeinschaftsverhältnis unter den Beteiligten; mithin eine persönliche Verbindung in der Form eines spezifischen Rechtsverhältnisses (z.B. die einfache Gesellschaft).<sup>18</sup>

Darin zeigt sich somit die *Personenbezogenheit* der einfachen Gesellschaft. So ist sie als personenbezogene Rechtsgemeinschaft zu verstehen. Die Mitgliedschaft beruht m.a.W. auf der Persönlichkeit der Teilhaber.<sup>19</sup> Daraus fliesst der Grundsatz der personellen Geschlossenheit, was bedeutet, dass ein Mitgliederwechsel grundsätzlich ausgeschlossen ist.<sup>20</sup> Die Mitgliedschaftsrechte in der einfachen Gesellschaft sind höchstpersönlicher Natur und untrennbar mit der

Gesellschafterstellung verbunden.<sup>21</sup> Sie sind schliesslich – unter Vorbehalt abweichender Vereinbarungen – unvererblich und unübertragbar.<sup>22</sup>

### 3. Erscheinungsformen

Die Erscheinungsformen einfacher Gesellschaften in der Praxis sind mannigfaltig. Dies ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass die Verbindung zur einfachen Gesellschaft mittels Gesellschaftervertrag formlos möglich ist.<sup>23</sup> Insbesondere brauchen sich die beteiligten Personen nicht einmal bewusst zu sein, mit ihrem Zusammenschluss zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks eine einfache Gesellschaft zu bilden.<sup>24</sup> Darüber hinaus bildet die einfache Gesellschaft das Auffangbecken für Vereinigungen, welche die Voraussetzungen für eine andere der gesetzlichen Gesellschaftsformen nicht erfüllen ([Art. 530 Abs. 2 OR](#)).<sup>25</sup>

Im Sinne einer groben Typisierung werden die einfachen Gesellschaften regelmässig in Dauer- und Gelegenheitsgesellschaften sowie in wirtschaftliche und ideelle Gesellschaften unterteilt.<sup>26</sup>

Praktisch von Bedeutung sind Fälle, in denen eine Mehrheit von Personen gemeinsam in eine vertragliche Verbindung mit Dritten tritt und dermassen einen, über den blossen Austausch der vertraglichen Leistung mit diesem Dritten hinausgehenden, gemeinsamen Zweck verfolgt (so z.B. den gemeinschaftlichen Verkauf von Aktien<sup>27</sup>,

den gemeinschaftlichen Abschluss von Mietverträgen auf Mieterseite<sup>28</sup>).

Auch an sich formlose Verbindungen von Aktionären, die beim Erwerb oder bei der Veräusserung kotierter Beteiligungsrechte «*in gemeinsamer Absprache oder als organisierte Gruppe*» im Sinne der Börsengesetzgebung handeln (Art. 10 BEHV-FINMA), sind regelmässig als einfache Gesellschaften zu qualifizieren.<sup>29</sup>

Zudem bilden Zusammenschlüsse verschiedener Unternehmen oder Personen zur Realisierung einzelner Projekte oder Arbeitsgemeinschaften über einen längeren Zeitraum oftmals einfache Gesellschaften (z.B. Baukonsortien zur Realisierung von Bauvorhaben,<sup>30</sup> Bankkonsortien im Emissionsgeschäft sowie in der

Kreditvergabe,<sup>31</sup> Zusammenschlüsse von Freiberuflern zur gemeinschaftlichen Berufsausübung,<sup>32</sup> unter gewissen Umständen auch Joint-Venture-Unternehmungen und Kooperationen<sup>33</sup>). In derartigen Fällen von Zusammenschlüssen zur Realisierung von Projekten sowie zur Bildung von Arbeitsgemeinschaften steht oftmals ebenso ein gemeinschaftlicher Vertragsabschluss mit einem Dritten im Zentrum.

Einfache Gesellschaften bilden schliesslich auch die Gründungspartner einer Körperschaft oder eines Vereins (ausdrücklich

Art. 62 ZGB) im Stadium vor Erlangung der Rechtspersönlichkeit.<sup>34</sup> In diesem Stadium eingegangene Verbindlichkeiten oder erlangte Rechte sind demnach nach den Regeln über die einfache Gesellschaft zu behandeln.<sup>35</sup> Im Besonderen gilt es denn auch, eine einfache Gesellschaft zu liquidieren, sofern die Gründung der juristischen Person nicht gültig vollzogen wird und sich damit der Zweck der einfachen Gesellschaft im Sinn von [Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR](#) als unmöglich erweist.<sup>36</sup>

### III. Gesamthänderische Forderung

#### 1. Allgemeines

Nach [Art. 544 Abs. 1 OR](#) besteht an Forderungen, die an die einfache Gesellschaft übertragen oder für sie erworben sind, Gesamteigentum; vorbehalten bleiben hiervon abweichende Vereinbarungen.

Von einer «Übertragung» i.S.v. [Art. 544 Abs. 1 OR](#) kann gesprochen werden, wenn die Forderung der einfachen Gesellschaft zediert wurde ([Art. 164 ff. OR](#)). Dabei ist die Art der Abtretung entscheidend; so kann nur die Zession quoad dominium – also zu Eigentum – überhaupt erst Gesamteigentum an einer Forderung begründen. Gleiches gilt für den im vorliegenden Zusammenhang nicht näher zu erörternden Fall, dass ein Gesellschafter Realwerte in das Gesellschaftsvermögen einbringt.

Ein «Erwerb» von gesamthänderischen Forderungen erfolgt entweder derivativ oder originär. Derivativ werden Forderungen v.a. durch Zession erworben. Ein originärer Erwerb von Forderungen

durch die einfachen Gesellschafter erfolgt dagegen v.a. im Rahmen der Geschäftstätigkeit (z.B. Kaufpreis-, Werklohnforderungen etc.).<sup>37</sup> Ferner wird eine Forderung originär erworben, wenn eine Leistung gestützt auf einen (teilweise) ungültigen Vertrag erbracht wird. In letzterem Fall entsteht eine gesamthänderische Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung nach [Art. 62 ff. OR](#).

#### 2. Zuweisung einer Forderung zum Gesellschaftsvermögen im Falle von juristischen Personen oder Personengesamtheiten als einfache Gesellschafter im Besonderen

Da neben natürlichen Personen auch juristische Personen oder andere Rechtsgemeinschaften als einfache Gesellschafter figurieren können,<sup>38</sup> können sich dann besondere Probleme einstellen, wenn unklar ist, woher eine Forderung stammt; konkret muss jeweils geprüft werden, ob die Forderung der Tätigkeit der einfachen Gesellschaft oder derjenigen der der einfachen Gesellschaft zugehörigen juristischen Person

bzw. Personengesamtheit zuzuweisen ist.

Massgebend für die Grenzziehung zwischen den Tätigkeitsfeldern einer einfachen Gesellschaft und einer ihr zugehörigen juristischen Person bzw. Personengesamtheit sind die verfolgten Zwecke.<sup>39</sup> Da der Zweck einer juristischen Person bzw. Personengesamtheit all das umfasst, was nicht geradezu ausgeschlossen ist, muss der Zweck der einfachen Gesellschaft demjenigen der juristischen Person

bzw. Personengesamtheit entsprechend spezifisch eingeschränkt interpretiert werden; eine Überlagerung ist in jedem Falle ausgeschlossen.

Stets aber muss ein sinnvolles Nebeneinander möglich sein; verfolgt die einfache Gesellschaft in sachlicher, örtlicher oder zeitlicher Hinsicht eine überschaubare Tätigkeit (z.B. gemeinsamer Abschluss eines Mietvertrages; Bildung einer Arbeitsgemeinschaft für die Dauer der Ausführung eines Bauprojekts etc.), so soll und muss ihr eine weitgefasste Zweckumschreibung in ebendiesem Rahmen erlaubt sein. Ansonsten würden die übrigen einfachen Gesellschafter jeweils Gefahr laufen, dass das extensive Zweckverständnis bei der juristischen Person bzw. Personengesamtheit sie um die verdienten Früchte ihrer Beiträge bringen und folglich [Art. 533 OR](#) unterlaufen würde.

### 3. Ansprüche der einfachen Gesellschafter mit Bezug auf die gesamthänderische Forderung

Sofern eine gesamthänderische Forderung dem Gesellschaftsvermögen der einfachen Gesellschafter zuzuweisen ist, so erstreckt sich der Anspruch des einzelnen einfachen Gesellschafters bei Liquidation der einfachen Gesellschaft lediglich auf einen Anteil am Liquidationsergebnis und bei seinem Ausscheiden ausserhalb einer Liquidation auf ein Ausscheidungsbetreffnis als Abfindungsguthaben<sup>40</sup>; dies immer bloss so weit, als er einen Beitrag geleistet hat, indem er beispielsweise eine Forderung ins Gesellschaftsvermögen überführt.

Der Liquidationsanteil wird definiert als das Auseinandersetzungsguthaben bzw. der Vermögensanteil des einzelnen einfachen Gesellschafters, «d.h. jene[r] Anspruch, der ihm als Ergebnis der inneren Auseinandersetzung nach Tilgung der Schulden zusteht».<sup>41</sup> Wie Müller zu Recht darauf hinweist, handelt es sich somit bloss

um einen gedachten, ideellen Anteil am Gesellschaftsvermögen,<sup>42</sup> der jeweils der Konkretisierung bedarf.

Überträgt ein einfacher Gesellschafter eine Forderung ins Gesellschaftsvermögen, hat er somit keinerlei (direkten) Realanspruch auf ebendiese Forderung (vgl. [Art. 548 Abs. 1 OR](#)). Sie steht mit Übertragung vielmehr den einfachen Gesellschaftern zu gesamter Hand zu. Seine ursprüngliche Forderung mutiert also in einen Vermögensanteil am Liquidationsergebnis<sup>43</sup>. Dieser kann – nach durchgeführter Liquidation – wertmässig durchaus seinem Beitrag entsprechen (vgl. [Art. 548 Abs. 2 OR](#))<sup>44</sup>, jedoch ist er von seiner Natur in keiner Weise mit diesem identisch.<sup>45</sup>

## IV. Konkursöffnung

# 1. Allgemeines

Die Konkurseröffnung bildet den Ausgangspunkt für die gerichtlich oder behördlich kontrollierte Generalexekution des dem Gemeinschuldner zustehenden bzw. anfallenden pfändbaren Vermögens ([Art. 197 SchKG](#); Aktivmasse) und seiner im Zeitpunkt der Konkurseröffnung vorhandenen Schulden (Passivmasse).<sup>46</sup>

## 2. Konkursmasse, Konkursverwaltung und Konkursamt

Wie zuvor erwähnt, setzt sich die Konkursmasse zum einen aus der Aktiv- und zum anderen aus der Passivmasse zusammen. Was zur Aktivmasse gehört, bestimmt sich nach [Art. 197 Abs. 1 SchKG](#). Danach bildet sämtliches pfändbare Vermögen, welches dem Gemein-

---

ZBJV 4/2013 | S. 297–330

309

schuldner zur Zeit der Konkurseröffnung gehört, gleichviel wo es sich befindet, eine einzige Masse (Konkursmasse). Daneben gehört ebenfalls das sog. anfallende Vermögen zur Konkursmasse ([Art. 197 Abs. 2 SchKG](#)).

Die Konkursmasse selbst bildet in ihrer Gesamtheit ein vom Gemeinschuldner losgelöster Vermögenskomplex sui generis. Ihr kommt die Parteifähigkeit zu.<sup>47</sup> Daneben ist die Konkursmasse ebenfalls prozessfähig. Sie handelt durch die Konkursverwaltung als ihre gesetzliche Vertreterin (vgl. auch [Art. 240 SchKG](#)). Letztere nimmt nach der Rechtsprechung des BGer sowie der hier vertretenen Auffassung eine ähnliche Stellung wie ein Organ einer juristischen Person ein (sog. Organtheorie<sup>48</sup>).<sup>49</sup>

Mit der Konkurseröffnung über den Kridar geht die Aktivlegitimation, d.h. die Berechtigung an der Aktivmasse, eo ipso auf die Konkursmasse über.<sup>50</sup> Dem Gemeinschuldner ist es kraft [Art. 204 SchKG](#) grundsätzlich untersagt, Rechtshandlungen in Bezug auf die Aktivmasse vorzunehmen. Unberührt hiervon bleiben alle übrigen

---

ZBJV 4/2013 | S. 297–330

310

Rechte, welche in der Regel keinen pekuniären Hintergrund haben,<sup>51</sup> namentlich (absolut und relativ) höchstpersönliche Rechte<sup>52</sup>.

Die Verfügungsbeschränkung gemäss [Art. 204 SchKG](#) gilt allerdings bloss unter dem Vorbehalt, dass der Konkurs tatsächlich durchgeführt wird. Plastisch ausgedrückt, zerfällt die Konkursmasse in ihre Einzelteile, wenn der Konkurs mangels Aktiven i.S.v. [Art. 230 f. SchKG](#) eingestellt<sup>53</sup> oder widerrufen wird ([Art. 195 f. SchKG](#)) wird.<sup>54</sup>

Erst nach dem Entscheid des Konkursgerichts auf Durchführung des Konkurses im ordentlichen oder im summarischen Konkursverfahren kann die Konkursverwaltung in Erscheinung treten. Denn zuvor ist das kantonale beamtete Konkursamt mindestens bis zur ersten Gläubigerversammlung nach [Art. 235 SchKG](#) für die entsprechenden Handlungen zuständig<sup>55</sup> und vertritt bis zu diesem Zeitpunkt die Konkursmasse.

## 3. Folgen der Konkurseröffnung

### 3.1 Allgemeines

Das Dokument "Das Schicksal von gesamthänderischen Forderungen nach Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven bei einfachen Gesellschaftern" wurde von Dominik Milani, NSF Rechtsanwälte AG, Zürich am 12.08.2020 auf der Website [zbjv.recht.ch](http://zbjv.recht.ch) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2020

Die Eröffnung des Konkurses über einen einfachen Gesellschafter zeitigt verschiedene Rechtsfolgen. Sie wirkt sich unmittelbar auf die einfache Gesellschaft sowie den konkursiten, einfachen Gesellschafter aus. Lediglich mittelbar zeitigt die Konkurseröffnung indes

Wirkungen auf die gesamthänderischen Forderungen, welche sich im Gesellschaftsvermögen der einfachen Gesellschafter befinden.

### 3.2 Folgen für die einfache Gesellschaft sowie den konkursiten einfachen Gesellschafter

Nach [Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR](#) wird die einfache Gesellschaft eo ipso aufgelöst, wenn ein Gesellschafter in Konkurs fällt. Anders als bei Pfändung des Liquidationsanteils handelt es sich bei der Konkurseröffnung über einen einfachen Gesellschafter um einen (vorübergehenden<sup>56</sup>) unmittelbaren Auflösungsgrund.<sup>57</sup>

Mit der Auflösung verliert die einfache Gesellschaft vorerst nicht ihre rechtliche Existenz. Diese Folge tritt erst mit der vollständigen Durchführung der Liquidation ein.<sup>58</sup> Die einfache Gesellschaft wandelt sich vielmehr in aller Regel<sup>59</sup> zur sog. Abwicklungsgesellschaft; mithin verfolgt sie nun den Zweck der Auflösung der gemeinsam und mit Dritten eingegangenen Rechtsverhältnisse, der Begleichung von Schulden sowie der Versilberung und der Verteilung von

Aktiven (Liquidation).<sup>60</sup> Zu beachten bleibt, dass die Abwicklungsgesellschaft weiterhin eine Gesamthandschaft darstellt und das Gemeinschaftsverhältnis demnach unter einer neuen Zweckbestimmung fortgeführt wird.<sup>61</sup> So hat der Auflösungsgrund ja einzig und allein Auswirkungen auf die Zweckverfolgung.

Die Abwicklungsgesellschaft bleibt in ihrer personellen Zusammensetzung unverändert, insbesondere tritt nicht die Konkursmasse vertreten durch die Konkursverwaltung als neu eintretender einfacher Gesellschafter der einfachen Gesellschaft bei;<sup>62</sup> dies ergibt sich nicht zuletzt aus der Tatsache, dass es sich bei der einfachen Gesellschaft um eine personenbezogene Rechtsgemeinschaft handelt, deren Mitgliedschaft höchstpersönlich ist.<sup>63</sup> Demzufolge bleibt der Gemeinschuldner – zumindest vorübergehend – einfacher Gesellschafter.

[Art. 204 Abs. 1 SchKG](#) wirkt sich nun aber dergestalt auf die Rechtsstellung des in Konkurs geratenen einfachen Gesellschafters aus, dass seine Teilnahme an der Beschlussfassung in Bezug auf im Gesamteigentum stehende Vermögenswerte ohne Mitwirkung bzw. Genehmigung der Konkursverwaltung den Konkursgläubigern gegenüber ungültig ist.<sup>64</sup> M.a.W. ist gemäss [Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 16 VVAG](#) während der Durchführung des Konkurses bei Beschlüssen über Gemeinschaftsvermögen stets die Mitwirkung der Konkursverwaltung erforderlich;<sup>65</sup> es fällt ihr zwar nicht der reale im Gesamt

eigentum stehende Sachwert, aber immerhin der Anteil am Liquidationsergebnis daran zu.<sup>66</sup> Könnte der Kridar auch während der Durchführung des Konkurses selbstständig an Beschlüssen über das Gesellschaftsvermögen teilnehmen, bestünde stets die Gefahr, dass die Konkursmasse geschmälert würde oder sogar leer ausgehen könnte.



Soweit allerdings die höchstpersönlichen Mitgliedschaftsrechte betroffen sind, mit welchen abstrakt betrachtet kein Einfluss auf das Gemeinschaftsvermögen genommen werden kann,<sup>67</sup> kann der konkursite einfache Gesellschafter diese auch weiterhin selbstständig und ohne Mitwirkung der Konkursverwaltung ausüben. Diese bleiben – anders als etwa die Mitwirkungsrechte eines in Konkurs gefallenen Aktionärs<sup>68</sup> – von der Konkurseröffnung also unberührt.<sup>69</sup>

Das eben Erörterte gilt im Übrigen gleichermaßen für natürliche und juristische Personen sowie Rechtsgemeinschaften. So wirkt sich die Konkurseröffnung in allen Fällen nicht derart auf die Rechtsstellung der vorgenannten Rechtsträger aus, dass sie ihre rechtliche Existenz unmittelbar einbüßen würden. Mithin verlieren auch juristische Personen nach erfolgter Konkurseröffnung nicht unmittelbar ihre rechtliche Existenz. Vielmehr hört diese erst auf, wenn die Firma im Handelsregister gelöscht wird (vgl. [Art. 159 Abs. 5 HRegV](#)).<sup>70</sup> Die eintragungspflichtigen Rechtsgemeinschaften (Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) bestehen demgegenüber sogar nach erfolgter Löschung im Handelsregister bis zum Abschluss der Liquidation fort.<sup>71</sup> Allerdings treten die Gesellschaften durch die Eröffnung des Konkurses unmittelbar ins Stadium der Liquidation ([Art. 736 Ziff. 3 OR](#) für die AG; [Art. 770 OR](#) für die Kommanditaktiengesellschaft; [Art. 821 Abs. 1 Ziff. 3 OR](#) für die GmbH; [Art. 911 Ziff. 3 OR](#) für die

Genossenschaft; [Art. 574 Abs. 1 OR](#) für die Kollektivgesellschaft sowie [Art. 619 Abs. 1 i.V.m. Art. 574 Abs. 1 OR](#) für die Kommanditgesellschaft).<sup>72</sup>

### 3.3 Folgen für die gesamthänderische Forderung

Wie erwähnt, wird mit der Übertragung oder dem Erwerb einer Forderung zu gesamter Hand diese zum Gesamteigentum der einfachen Gesellschaft und somit zum Gemeinschaftsvermögen.<sup>73</sup> Dies mit der Folge, dass über die Forderung nur noch mit der Zustimmung aller Gesellschafter verfügt werden kann (Einstimmigkeitsprinzip; [Art. 534 Abs. 1 OR](#)), sofern der Gesellschaftsvertrag nicht das Mehrheitsprinzip vorsieht ([Art. 534 Abs. 2 OR](#)).

Die Konkurseröffnung über einen einfachen Gesellschafter zeitigt vorderhand keine Wirkungen auf die gesamthänderische Forderung. Sie bleibt unabhängig vom Konkurs im Gesamteigentum der einfachen Gesellschaft. Dies hat seinerseits zur Konsequenz, dass das Gemeinschaftsvermögen bildlich gesprochen eine unsichtbare «Hülle» bildet, welche die Vermögenswerte der einfachen Gesellschaft vor dem (direkten) Konkursbeschlagnahme bewahrt, und zwar unabhängig davon, ob der in Konkurs gefallene Gesellschafter den Vermögenswert in das Gemeinschaftsvermögen realiter eingeworfen hat oder nicht.

Der Anspruch der Konkursmasse geht einzig und allein auf den Liquidationsanteil als Auseinandersetzungsguthaben bzw. Vermögensanteil.<sup>74</sup>

### 3.4 Folgen für das Konkursamt

Wie dargestellt, sind die Erscheinungsformen der einfachen Gesellschaft mannigfaltig.<sup>75</sup> Hinzu kommt, dass eine einfache Gesellschaft konkludent und gar stillschweigend geschlossen werden kann.

Diese Schwierigkeiten dürften oftmals dazu führen, dass das Konkursamt nach Eröffnung des Konkurses die tatsächlichen rechtlichen Gegebenheiten, insbesondere den Bestand einer einfachen Gesellschaft, nicht

erkennt; mit der Konsequenz, dass die Ansprüche auf die Vermögensanteile des Gemeinschuldners nicht zur Aktivmasse hinzugezogen werden.

Aber auch der umgekehrte Fall ist denkbar, nämlich, dass das Konkursamt Vermögenswerte in die Aktivmasse zieht, ohne dass es hierzu berechtigt wäre, da diese der einfachen Gesellschaft zustehen. Dies, weil das Konkursamt fälschlicherweise nicht erkennt, dass Vermögenswerte inventarisiert werden, die an sich Gesellschaftsvermögen der einfachen Gesellschaft darstellen.

Aber selbst wenn das Konkursamt das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft erkennt, muss dies nicht zwingend dazu führen, dass es letztlich den Anteil am Liquidationsergebnis nach den Bestimmungen der VVAG effektiv auch geltend macht. So werden Forderungen – soweit sie illiquid bzw. bestritten sind – in der Praxis häufig mit einem betragslosen «pro memoria»-Vermerk inventarisiert.<sup>76</sup> Dies ist gerechtfertigt, zumal sowohl Bestand als auch Höhe des Liquidationsanteils vielfach fraglich oder bestritten sind. Es ist eine Prämisse des schweizerischen Konkursrechts, dass nicht der Staat mit Kosten belastet werden soll, nur damit die Generalexekution aus Prinzip durchgeführt werden kann.<sup>77</sup> Das Konkursamt hat sich beim Entscheid über den Antrag an das Konkursgericht nur auf liquide, sichere, wirklich greifbare und nicht auf bloss vermutete oder eventuell nicht realisierbare Aktiven zu stützen.<sup>78</sup> Alles andere wäre mit Blick auf die Interessen der Allgemeinheit nicht vereinbar.

## V. Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven

### 1. Allgemeines

Reicht die Konkursmasse voraussichtlich nicht aus, um die Kosten für ein summarisches Verfahren zu decken, so verfügt das Konkursgericht auf Antrag des Konkursamtes die Einstellung des Konkursverfahrens ([Art. 230 Abs. 1 SchKG](#)). Wie dem Gesetzestext unmittelbar zu entnehmen ist, ist nicht entscheidend, ob überhaupt Aktiven vorhanden sind. Es wird vielmehr darauf abgestellt, dass die Aktivmasse in quantitativer Hinsicht vermutungsweise einen zu geringen Erlös abwirft.

#### 1.1 Begriff

Voraussetzung für die Einstellung des Konkurses ist, dass sich aus dem Saldo der Schätzwerte im Konkursinventar<sup>79</sup> (vgl. [Art. 25 Abs. 1 Satz 2 KOV](#)) ergibt, dass die Aktiven nicht einmal ausreichen, um die Kosten des summarischen Konkursverfahrens zu decken, oder selbst wenn sie ausreichen würden, dem Gemeinschuldner als Kompetenzstücke überlassen oder von Dritten beansprucht werden (vgl. auch [Art. 39 Abs. 2 KOV](#)).<sup>80</sup> Auch zur Einstellung kommt es in aller Regel, wenn die Aktiven sich im Ausland befinden und damit zu rechnen ist, dass diese Werte nicht verwertet werden können.

#### 1.2 Ablauf

Kommt das Konkursamt nach Inventarisierung zum Schluss, dass die Einstellung des Konkurses angezeigt ist, stellt es beim Konkursgericht einen entsprechenden Antrag. Dieser wird vom Konkurs-

gericht dann im summarischen Verfahren behandelt (vgl. [Art. 251 lit. a ZPO](#)).

Wird der Antrag mittels Einstellungsverfügung gutgeheissen, hat das Konkursamt die Einstellung im SHAB öffentlich bekannt zu machen (Art. 230 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. [Art. 35 Abs. 1 SchKG](#)).

Mit der Veröffentlichung weist das Konkursamt die Gläubiger darauf hin, dass das Verfahren geschlossen wird, wenn nicht innert zehn Tagen ein Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt und die festgelegte Sicherheit für den durch die Konkursmasse nicht gedeckten Teil der Kosten leistet (Art. 230 Abs. 2 Satz 2 SchKG). M.a.W. hat das Konkursamt den Gläubigern die Durchführung des Konkursverfahrens über den Gemeinschuldner zu offerieren, allerdings nur gegen Übernahme der Kosten.

Sofern kein Gläubiger bereit ist, einen entsprechenden Kostenvorschuss zu leisten, wird das Konkursamt vom Auftrag entbunden, die Gesellschaftsliquidation durchzuführen.<sup>81</sup>

### 1.3 Ratio legis

Der Grund für diese gesetzliche Ordnung liegt auf der Hand. Wie bereits erwähnt, soll der Staat, dem die Durchführung der Zwangsvollstreckung obliegt, nicht Gefahr laufen, die durch die Generalexekution entstehenden Kosten tragen zu müssen. Die Gläubiger haben demnach keinen Anspruch darauf, dass der Staat die Zwangsvollstreckung um jeden Preis an die Hand nimmt.

Nach erfolgter Einstellung erhalten nun aber die Gläubiger (im Sinne eines Ausgleichs) immerhin die Möglichkeit, der Generalexekution doch noch zum Durchbruch zu verhelfen, indem sie die Offerte des Konkursamtes annehmen und Sicherheit für den zu erwartenden Fehlbetrag leisten.

### 1.4 Wirkungen

Mit Rechtskraft der Einstellungsverfügung gilt der Konkurs als geschlossen. Im selben Moment entfällt der Konkursbeschluss, womit gleichsam die Konkursmasse eo ipso ihren Bestand einbüsst. Dies mit der Konsequenz, dass gleichzeitig der Gemeinschuldner die volle Ver-

fügungsfähigkeit über allenfalls noch vorhandene Aktiven wiedererlangt.<sup>82</sup>

Allerdings gilt es zu vermerken, dass eine juristische Person diesfalls die wiedererstandene Verfügungsfähigkeit bloss in einem zeitlich beschränkten Rahmen durch ihre nach wie vor im Handelsregister eingetragenen Organe ausüben kann. So sieht [Art. 159 Abs. 5 lit. a HRegV](#) ein Zeitfenster von bloss drei Monaten seit Publikation der Eintragung der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven vor,<sup>83</sup> bevor die Rechtseinheit ex officio gelöscht wird und so ihre rechtliche Existenz verliert.<sup>84</sup>

Allenfalls noch vorhandene Aktiven werden mit der Löschung der Rechtseinheit im Handelsregister jedoch nicht herrenlos. In Anwendung von [Art. 57 Abs. 1 ZGB](#) wachsen sie mit der Löschung der juristischen Person grundsätzlich dem Gemeinwesen an.<sup>85</sup> So fällt nach [Art. 57 Abs. 1 ZGB](#) das Vermögen einer juristischen Person für den Fall, dass sie aufgehoben wird, an das Gemeinwesen (Bund, Kanton, Gemeinde), dem sie nach ihrer Bestimmung angehört hat. Dies gilt unter Vorbehalt, dass nicht das Gesetz, die Statuten, die Stiftungsurkunde oder die zuständigen Organe es anders bestimmen. Andere Rechte als die Vermögensrechte bleiben von [Art. 57 Abs. 1 ZGB](#) unberührt; es findet demnach keine Universalsukzession statt.

[Art. 57 Abs. 1 ZGB](#) ist u.E. jedoch als blosser Auffangordnung zu verstehen. Denn wird eine Wiedereintragung i.S.v. [Art. 164 Abs. 1 lit. d HRegV](#) erwirkt,<sup>86</sup> gehen die Rechte an den Aktiven abermals auf die juristische Person über, und zwar kraft Legalzession.

## 2. Folgen der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven für die einfache Gesellschaft sowie den konkursiten einfachen Gesellschafter

### 2.1 Allgemeines

Es fragt sich nun, wie sich die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven zum einen auf die einfache Gesellschaft und zum andern auf den konkursiten einfachen Gesellschafter auswirkt. Zu dieser Frage hat sich das BGer soweit ersichtlich noch nie geäußert. Auch die Lehre hat sich dieser Thematik kaum angenommen.

### 2.2 Meinung ZK-Handschin/Vonzun

ZK-Handschin/Vonzun vertreten mit Blick auf die einfache Gesellschaft die Meinung, dass bei Einstellung des Konkurses mangels Aktiven die einfache Gesellschaft nicht aufgelöst wird. Sie rechtfertigen diese Auffassung damit, dass die Auflösung der Gesellschaft im Konkurs des Gesellschafters einzig den Zweck habe, den Anteil am Liquidationsergebnis zugunsten der Gläubiger zu lösen. Diese Zielsetzung falle allerdings dahin, sofern der Konkurs mangels Aktiven eingestellt werde. Im Ergebnis gelte demnach das Gleiche wie für den Konkurs des Gesellschafters der Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft.<sup>87</sup>

Was die Folgen für den einzelnen einfachen Gesellschafter angeht, so äussern sich die Autoren nicht dazu. Aus dem Verweis auf die Ordnung über die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft lässt sich erkennen, dass die Autoren wohl die Meinung vertreten, dass die einfache Gesellschaft unter den Akteuren fortgesetzt wird. Zum Fall aber, dass einer der einfachen Gesellschafter eine juristische Person oder eine Personengesamtheit ist, welche grundsätzlich mit Ablauf von drei Monaten im Handelsregister gelöscht wird (vgl. [Art. 159 Abs. 5 lit. a HRegV](#)), äussern sich die genannten Autoren nicht.

### 2.3 Andere Lehrmeinungen

Der überwiegende Teil der Lehre scheint davon auszugehen, dass mit Konkurseröffnung die einfache Gesellschaft aufgelöst ist und ins Stadium der Liquidation übergeht.<sup>88</sup>

BaK-Staehelin vertritt – im Zusammenhang mit dem Konkurswiderruf nach [Art. 195 f. SchKG](#) – die Auffassung, dass die einfache Gesellschaft aufgelöst bleibe; allerdings könnten die Gesellschafter in der Folge die Fortsetzung beschliessen.<sup>89</sup> In diesem Sinne äussern sich auch Brunner/Boller, welche – ebenfalls unter Bezugnahme auf den Konkurswiderruf – der Ansicht sind, der Rechtsgrund des Konkurses könne nicht rückgängig gemacht werden, womit die eingetretenen Wandlungen eines Vertragsverhältnisses rechtmässig blieben.<sup>90</sup>

### 2.4 Eigene Stellungnahme

Mit der Rechtskraft der Einstellungsverfügung erhält der konkursite einfache Gesellschafter die volle Verfügungsfähigkeit zurück.<sup>91</sup> M.a.W. kann er hiernach abermals sämtliche Mitgliedschaftsrechte ohne Mitwirkung des Konkursamtes selbstständig ausüben.

Allerdings besteht die einfache Gesellschaft u.E. – entgegen der Auffassung von ZK-Handschin/Vonzun<sup>92</sup> – vorderhand als Abwicklungsgesellschaft fort. Es bleibt in der Folge den einfachen Gesellschaftern überlassen, die einfache Gesellschaft mit der früheren Zweckbestimmung fortzusetzen. M.a.W. können die einfachen Gesellschafter auch nachträglich (ausdrücklich, aber auch stillschweigend) Beschluss darüber fassen, ob und gegebenenfalls in welcher personellen Zusammensetzung sie die einfache Gesellschaft fortsetzen.<sup>93</sup>

Sofern kein Fortsetzungsbeschluss gefasst wird, bleibt die einfache Gesellschaft im Liquidationsstadium.<sup>94</sup> In personeller Hinsicht bleibt die einfache Gesellschaft (vorerst) unverändert.

Wurde die einfache Gesellschaft ausschliesslich aus natürlichen Personen oder Rechtsgemeinschaften gebildet, so erfährt die personelle Zusammensetzung keine Änderung und besteht folglich im ursprünglichen Sinne fort.<sup>95</sup>

Anders verhält es sich indes, wenn es sich beim konkursiten einfachen Gesellschafter um eine juristische Person handelt. Denn diesfalls ist nach erfolgter Einstellung des Konkursverfahrens deren Existenz nach Massgabe von [Art. 159 Abs. 5 lit. a HRegV](#) – wie erörtert – regelmässig befristet.<sup>96</sup> Die juristische Person wird nach Ablauf von drei Monaten – sofern kein begründeter Einspruch erhoben wird – von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht und verliert als Folge davon ihre Existenz.

Mit Blick auf die einfache Gesellschaft bedeutet dies nun, dass sich ihre personelle Zusammensetzung ad hoc ändert: Der gelöschte einfache Gesellschafter scheidet von Gesetzes wegen aus, womit die Abwicklungsgesellschaft oder die fortgesetzte einfache Gesellschaft lediglich unter den übrig gebliebenen Gesellschaftern fortbesteht.

Der Anspruch des konkursiten einfachen Gesellschafters auf den Liquidationsanteil verfällt gemäss [Art. 57 Abs. 1 ZGB](#) dem Gemeinwesen. Weiter gehende Rechte, insbesondere die höchstpersönlichen Mitgliedschaftsrechte, bleiben von [Art. 57 Abs. 1 ZGB](#) mangels Universalsukzession unberührt. Mithin tritt nicht das Gemeinwesen an die Stelle der gelöschten Rechtseinheit,<sup>97</sup> was sich nicht zuletzt mit dem Grundsatz der personellen Geschlossenheit erklären lässt.<sup>98</sup>

### 3. Folgen der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven für die gesamthänderische Forderung

Wie dargestellt, hat die Konkurseröffnung keine unmittelbaren Wirkungen auf die gesamthänderische Forderung. Die Berechtigung daran verbleibt den Gesellschaftern, einschliesslich des Kridars.<sup>99</sup>

Des Weiteren erhält der konkursite einfache Gesellschafter mit Rechtskraft der Einstellungsverfügung die volle Verfügungsfähigkeit zurück, womit die einfachen Gesellschafter auch über die gesamthänderische Forderung wieder frei, d.h. ohne Mitwirkung der Konkursverwaltung, verfügen können.

Handelt es sich beim konkursiten einfachen Gesellschafter um eine natürliche Person oder um eine Rechtsgemeinschaft, so nimmt er – wie erörtert – ohne Einschränkungen an der Abwicklungsgesellschaft oder der fortgesetzten einfachen Gesellschaft teil. Gleiches gilt vorderhand dann, wenn der konkursite einfache Gesellschafter eine juristische Person ist. Indes ist ihre rechtliche Existenz absehbar, wird sie doch

grundsätzlich innert dreier Monate seit Publikation der Eintragung der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven im Handelsregister von Amtes wegen gelöscht ([Art. 159 Abs. 5 lit. a HRegV](#)).<sup>100</sup>

## 4. Akkreszenz bzw. Dekreszenz als Folge der Löschung der konkursiten juristischen Person als einfacher Gesellschafterin im Handelsregister im Besonderen

Mit der Löschung im Handelsregister verliert die juristische Person ihr Dasein und scheidet folglich aus der einfachen Gesellschaft bzw. der Abwicklungsgesellschaft eo ipso aus. Damit einhergehend ändert sich auch die personelle Zusammensetzung der einfachen Gesellschaft bzw. der Abwicklungsgesellschaft im Sinne einer Minderung.

---

ZBJV 4/2013 | S. 297–330

323

Die Wirkungen des Ausscheidens erschöpfen sich gemeinhin in der Akkreszenz bzw. Anwachsung sowie der Dekreszenz bzw. «Abwachsung». Dabei handelt es sich nicht um eine Rechtsübertragung, sondern um eine Rechtskonsolidation.<sup>101</sup> Dies wiederum mit der Konsequenz, dass im Falle des Ausscheidens eines einfachen Gesellschafters die Stellung der übrigen Gesellschafter spiegelbildlich eine Ausdehnung bzw. eine Erweiterung erfährt. Auf der anderen Seite findet eine Gesamtrechtsaufgabe des ausscheidenden einfachen Gesellschafters statt.<sup>102</sup>

Was die im vorliegenden Zusammenhang interessierende Frage der Rechtsfolgen der Löschung der konkursiten juristischen Person als einfacher Gesellschafterin im Handelsregister mit Blick auf allenfalls vorhandenes Gesamteigentum angeht, so hat sich weder das BGer noch die Lehre – soweit ersichtlich – hierzu geäußert.

In [BGE 119 II 119](#) hatte das BGer immerhin die Frage der Akkreszenz bzw. der Dekreszenz für den Fall zu beantworten, dass die Auflösung der einfachen Gesellschaft durch Tod eines einfachen Gesellschafters ([Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR](#)) erfolgt. Es vertrat die Auffassung, dass eine Akkreszenz lediglich dann infrage komme, wenn der Tod nicht zugleich Grund für das Ausscheiden des einfachen Gesellschafters und die Fortführung der Gesellschaft unter den noch verbleibenden Mitgliedern bildet. Diesfalls würden die Erben des Verstorbenen – ohne anderslautende Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag (sprich einer Fortsetzungsklausel) – dinglich an den Gesellschaftsaktiven der Abwicklungsgesellschaft – als immer noch bestehender Gesamthandschaft – berechtigt und würden in die Rechtsstellung des Erblassers eintreten.<sup>103</sup> Dieses Ergebnis ist aufgrund der Nähe der Erben zum verstorbenen einfachen Gesellschafter und des in [Art. 602 ZGB](#) verankerten Prinzips der Universalsukzession u.E. sachgerecht.

---

ZBJV 4/2013 | S. 297–330

324

Allerdings kann diese Rechtsprechung nicht analog auf den hier interessierenden Fall übertragen werden. So führt die Konkurseröffnung allein – anders als der Tod des einfachen Gesellschafters – eben gerade noch nicht zu einem Ausscheiden der konkursiten juristischen Person als einfacher Gesellschafterin. Sie verbleibt vielmehr Mitglied der Abwicklungsgesellschaft und scheidet – wie aufgezeigt – erst nach erfolgter Löschung im Handelsregister aus.<sup>104</sup> Ganz nebenbei sei nochmals darauf hingewiesen, dass die Abwicklungsgesellschaft weiterhin als Gesamthandschaft fortbesteht<sup>105</sup> und u.E. somit (bis zur Löschung im Handelsregister) keiner der einfachen Gesellschafter seine dingliche Berechtigung am Gesellschaftsvermögen ganz oder teilweise verliert.

Erst mit der Löschung im Handelsregister und dem dadurch erfolgten Ausscheiden geht ein Verlust sämtlicher aus der Mitgliedschaft fliessenden Rechte einher. Die Folgen davon sind ein Ausscheiden von Gesetzes wegen<sup>106</sup> und die oben beschriebene Akkreszenz bzw. Dekreszenz. Nur ein allfälliger Anspruch auf den Liquidationsanteil fällt – wie dargestellt – i.S.v. [Art. 57 Abs. 1 ZGB](#) an das Gemeinwesen, welches aber dadurch keine mit einem Erben vergleichbare Stellung erwirbt. Seine Rechte zielen bloss auf allenfalls noch vorhandene Aktiven, wozu mit Blick auf das Gesamteigentum der Anspruch auf den Liquidationsanteil zählt.<sup>107</sup>

Das eben Gesagte muss im Übrigen unabhängig davon gelten, ob die einfachen Gesellschafter nach rechtskräftiger Einstellung des Konkurses über den konkursiten einfachen Gesellschafter die Fortsetzung beschlossen haben oder nicht.

Im Ergebnis scheidet die konkursite juristische Person mit der Löschung im Handelsregister von Gesetzes wegen aus der einfachen Gesellschaft aus. Dem Prinzip der Akkreszenz entsprechend verfallen sämtliche aus der Mitgliedschaft fliessenden Rechte, aber auch Pflichten der verbliebenen Gesellschafter, der entweder fortgesetzten einfachen Gesellschaft oder der im Liquidationsstadium befindlichen Abwicklungsgesellschaft.

## VI. Liquidation von gesamthänderischen Forderungen nach Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven

### 1. Allgemeines

Nach der Auflösung sollen die einfachen Gesellschafter die einfache Gesellschaft liquidieren.<sup>108</sup>

Mit Eintritt des Auflösungsgrundes wird den einfachen Gesellschaftern aber bloss der Anspruch eingeräumt, die Durchführung der Liquidation bis zur Beendigung der Gesellschaft vorzunehmen bzw. diese (klageweise) zu verlangen.<sup>109</sup> Es besteht indes keine zeitliche Vorgabe; es kann gleichsam zu einer Auflösung der einfachen Gesellschaft kommen, ohne dass die Liquidation in der Folge durchgeführt wird.<sup>110</sup> Die Abwicklungsgesellschaft bleibt in diesen Fällen einfach im Liquidationsstadium stecken.

Mit dem (ausdrücklichen oder konkludenten) Verzicht auf die Durchführung der Liquidation fallen die Wirkungen der Auflösung dahin, womit die einfache Gesellschaft fortgesetzt wird.<sup>111</sup>

### 2. Liquidation der gesamthänderischen Forderung

#### 2.1 Grundsatz der Einheitlichkeit der Liquidation

Der Grundsatz der Einheitlichkeit der Liquidation besagt, dass die einmal eingeleitete Liquidation, die in der Regel aus einer ganzen Reihe von Massnahmen besteht, sämtliche liquidationsbedürftigen Verhältnisse erfassen muss. Daraus folgt alsdann, dass sich die Liquidation nicht auf die Abwicklung einzelner Verhältnisse beschränken darf, sondern vollständig durchzuführen ist und folglich erst beendet

ist, wenn in sämtlichen Beziehungen eine Auseinandersetzung nach Gesellschaftsrecht stattgefunden



hat.<sup>112</sup>

Ferner bedeutet der Grundsatz der Einheitlichkeit der Liquidation, dass der einzelne Gesellschafter keinen Anspruch darauf hat, eine Forderung aus einem einzelnen Vorgang losgelöst von der Gesamtheit der gesellschaftlichen Beziehungen geltend zu machen.<sup>113</sup>

## 2.2 Versilberungsprinzip

[Art. 548 Abs. 1 OR](#) legt fest, dass bei der Auseinandersetzung, die nach der Auflösung die Gesellschafter unter sich vorzunehmen haben, die Sachen, die ein Gesellschafter zu Eigentum eingebracht hat, nicht an diesen zurückfallen. Demnach besteht – wie bereits erwähnt – folglich kein Anspruch auf Realteilung und somit auch kein Anspruch auf eine Retrozession, soweit eine Forderung in das Gemeinschaftsvermögen eingebracht worden ist. Die einfachen Gesellschafter sind m.a.W. weder berechtigt noch verpflichtet, die eingebrachten Werte in natura zurückzubekommen bzw. zurückzunehmen.<sup>114</sup>

Sofern Aktiven sich im Gemeinschaftsvermögen befinden, sind diese im Rahmen der Liquidation zu versilbern.<sup>115</sup>

Auch die gesamthänderische Forderung unterliegt demzufolge dem Versilberungsprinzip.

## 2.3 Liquidator

### 2.3.1 Allgemeines

Kommt es zur Liquidation, so gilt nach [Art. 550 Abs. 1 OR](#) der Grundsatz der gemeinsamen Liquidation. Die Auseinandersetzung ist somit nach Auflösung der einfachen Gesellschaft von allen Gesellschaftern gemeinsam vorzunehmen, und zwar mit Einschluss derjenigen, welche von der Geschäftsführung ausgeschlossen waren.

### 2.3.2 Bezeichnung

Abweichend von der gesetzlichen Liquidationsordnung gemäss [Art. 550 Abs. 1 OR](#) können die Gesellschafter die Durchführung der Liquidation durch einen oder mehrere Gesellschafter oder Dritte vorsehen. Diese Regelung kann bereits im Voraus im Gesellschaftervertrag oder aber erst nach Eintritt des Auflösungsgrundes durch einstimmigen Beschluss getroffen werden.<sup>116</sup>

Gesellschafterbeschlüsse können indessen konkludent getroffen werden. Ferner können sie aus einer bloss informellen Absprache unter den Gesellschaftern hervorgehen.<sup>117</sup> Dies muss auch bei der Ernennung des Liquidators gelten, welcher die gesamthänderische Forderung schlussendlich namens der einfachen Gesellschaft geltend zu machen hat.

Ist die (allenfalls auch konkludente) Bezeichnung einer Liquidationsordnung nicht zu erreichen, kann bei der einfachen Gesellschaft – gleichermassen wie bei der Kollektivgesellschaft ([Art. 583 Abs. 2 OR](#)) – die Einsetzung von Liquidatoren durch den Richter beantragt werden.<sup>118</sup>

### 2.3.3 Stellung des Liquidators

Im Innenverhältnis bestimmen sich die Kompetenzen der Liquidatoren in erster Linie nach der Regelung im Gesellschaftsvertrag. Sofern abweichend von der dispositiven gesetzlichen Regelung die Liquidation durch



einzelne Gesellschafter durchgeführt wird, ist vorbehältlich abweichender Vereinbarung am Erfordernis der Einstimmigkeit bei Geschäften von aussergewöhnlicher Bedeutung festzuhalten.<sup>119</sup>

Im Liquidationsstadium lässt sich die Stellung des Liquidators im Aussenverhältnis grundsätzlich mit der Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters vor Eintritt des Auflösungsgrundes gleichsetzen. Es ist anerkannt, dass die Vertretungsmacht der Liquidatoren eine umfassende ist.<sup>120</sup> Insbesondere soll [Art. 543 Abs. 3 OR](#) fortwir-

ken, wonach die Vertretungsmacht der mit der Liquidation betrauten Personen von Dritten vermutet werden kann.<sup>121</sup>

## 2.4 Durchsetzung der gesamthänderischen Forderung im Rahmen der Liquidation

Sind Aktiven, wozu auch allfällige gesamthänderische Forderungen zählen, auf dem gerichtlichen Weg geltend zu machen, bilden die einfachen Gesellschafter eine notwendige aktive Streitgenossenschaft.<sup>122</sup> Demzufolge haben grundsätzlich alle einfachen Gesellschafter gemeinsam als Kläger aufzutreten.

Zu beachten ist jedoch, dass sich die notwendige Streitgenossenschaft nur aus all jenen einfachen Gesellschaftern zusammensetzt, die überhaupt Mitglieder der Abwicklungsgesellschaft sind. Scheidet ein einfacher Gesellschafter aus, vermindert sich auch die notwendige Streitgenossenschaft um seine Person mit der Folge der dargestellten Akkreszenz bzw. Dekreszenz.<sup>123</sup> Insbesondere muss eine nach [Art. 159 Abs. 5 lit. a HRegV](#) gelöschte juristische Person nicht i.S.v. [Art. 164 Abs. 1 lit. b HRegV](#) zwecks Teilnahme als Partei in einem gerichtlichen Verfahren wieder eingetragen werden.<sup>124</sup> Vielmehr kann sie ja gar nicht mehr als Partei in einem allfälligen gerichtlichen Verfahren betreffend Gesellschaftsaktiven teilnehmen, zumal sie aller ihrer aus der Mitgliedschaft fliessenden Rechte kraft Löschung verlustig ging.

Mit einer allfälligen Wiedereintragung nach [Art. 164 Abs. 1 HRegV](#) tritt die juristische Person der Abwicklungsgesellschaft im Übrigen auch nicht wieder bei; sie steht den übrigen einfachen Gesellschaftern lediglich wie ein Dritter gegenüber.

[Art. 585 OR](#), der die Rechte und Pflichten der Liquidatoren bei der Kollektivgesellschaft umschreibt, ist mangels einer eigenen Rege-

lung auch auf die Liquidatoren der einfachen Gesellschaft sinngemäss anwendbar.<sup>125</sup> Im Zusammenhang mit der Geltendmachung der gesamthänderischen Forderung im Rahmen der Liquidation ist auf [Art. 585 Abs. 2 OR](#) zu verweisen. Danach vertritt der Liquidator die Gesellschaft bei der Durchführung der Liquidation und kann im Besonderen für diese Prozesse führen und Vergleiche abschliessen, was allerdings nichts an der formellen Stellung der einfachen Gesellschafter als notwendige aktive Streitgenossen bei der gerichtlichen Geltendmachung der gesamthänderischen Forderung ändert.<sup>126</sup>

## VII. Fazit

Das häufige Auftreten von Konstellationen einfacher Gesellschaften führt zu zahllosen Anwendungsfragen in der Praxis. Insbesondere Probleme der korrekten Auseinandersetzung im Falle des Eintritts von Auflösungsgründen beschäftigen sowohl die beteiligten Parteien wie im Endeffekt auch die entscheidenden Gerichte häufig.

Wie gezeigt, führt die Konkursöffnung über einen einfachen Gesellschafter nach der gesetzlichen Ordnung zur unmittelbaren Auflösung der einfachen Gesellschaft ([Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR](#)). Allfällige dem Gesellschaftsvermögen zugehörige gesamthänderische Forderungen werden vom Konkursbeschlagn allerdings (vorerst) nicht erfasst. In der Konkursmasse des konkursiten Gesellschafters findet sich lediglich ein mit der gesamthänderischen Forderung nicht identischer Anspruch auf den Anteil am Liquidationserlös wieder, welcher nach Massgabe der Bestimmungen der VVAG durch die Konkursverwaltung geltend zu machen ist.

Während der Dauer des Konkursbeschlagn wird sodann die Mitwirkung der Konkursverwaltung – sofern Beschlüsse betreffend das Gesellschaftsvermögen infrage stehen – unumgänglich. Bei den personenbezogenen einfachen Gesellschaften führt dies mit Blick auf die grundsätzlich vertretungsfeindliche Natur bestimmter Gesellschafterrechte zu der im vorliegenden Beitrag dargestellten besonderen Situation der Zweiteilung von Befugnissen zwischen Konkursverwaltung und betroffenem einfachem Gesellschafter.

Wird der Konkurs über den einfachen Gesellschafter in der Folge jedoch mangels Aktiven gemäss [Art. 230 SchKG](#) eingestellt, bleiben der Anteil des konkursiten Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen und damit der Anspruch auf (teilweisen) Erlös aus der gesamthänderischen Forderung gewissermassen konkursrechtlich «unbehandelt» und fallen vollkommen an denselben zurück. Der betreffende einfache Gesellschafter erhält m.a.W. die volle Verfügungsfähigkeit zurück und nimmt weiterhin an der einfachen Gesellschaft teil. Sofern eine juristische Person als Gesellschafterin betroffen ist, beschränken sich der Rückfall sowie die weitere Teilnahme an der Abwicklungsgesellschaft allerdings auf die Dauer bis zu deren Ausscheiden durch Löschung im Handelsregister (sei dies von Amtes wegen nach [Art. 159 Abs. 5 lit. a. HRegV](#) oder nach dem Abschluss der privatrechtlichen Liquidation gemäss [Art. 746 OR](#)) oder im Falle von Rechtsgemeinschaften bis zum faktischen Vollzug ihrer Liquidation. Abweichend von der gesetzlichen Ordnung ist es den einfachen Gesellschaftern unbenommen, trotz Konkurs eines einfachen Gesellschafters die einfache Gesellschaft mit Verfolgung des ursprünglichen Gesellschaftszwecks fortzusetzen – sei dies explizit oder implizit.

Im Falle der Ex-officio-Löschung der einfachen Gesellschafterin im Handelsregister kommt es zu der im vorliegenden Beitrag dargelegten Akkreszenz der gesamthänderischen Forderung an die verbleibenden Gesellschafter mit der spiegelbildlichen Dekreszenz aufseiten der von Gesetzes wegen ausscheidenden einfachen Gesellschafterin.

Die gesamthänderische Forderung bleibt folglich im Vermögen der fortgesetzten einfachen Gesellschaft oder der Abwicklungsgesellschaft erhalten.

Die Liquidation der gesamthänderischen Forderung erfolgt schliesslich – wird die einfache Gesellschaft nicht fortgesetzt – nach Massgabe des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Liquidation in der Regel durch alle (verbliebenen) einfachen Gesellschafter gemeinsam. Hiervon können der Gesellschaftsvertrag, aber auch die Beteiligten ad hoc eine abweichende Lösung treffen, indem einfache Gesellschafter oder aber Drittpersonen als Liquidatoren bestimmt werden. Denkbar ist auch ein Antrag auf Einsetzung eines solchen durch den Richter (vgl. [Art. 583 Abs. 2 OR](#) analog).

Ungeachtet der Bezeichnung eines oder mehrerer Liquidatoren bilden die (verbliebenen) einfachen Gesellschafter im Falle der gerichtlichen Durchsetzung der gesamthänderischen Forderung eine notwendige Streitgenossenschaft.

- 1 Fellmann Walter/Müller Karin, Berner Kommentar, Bd. VI/2/8, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Die einfache Gesellschaft, Art. 530–544 OR, Bern 2006, N 432 zu [Art. 530 OR](#) (zit. BK-Fellmann/Müller); Handschin Lukas, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012, N 1 zu [Art. 530 OR](#) (zit. BaK-Handschin); Handschin Lukas/Vonzun Reto, Zürcher Kommentar, Bd. V/4a, Die einfache Gesellschaft, Art. 530–551 OR, 4. Auflage, Zürich 2009, N 4 zu [Art. 530 OR](#) (zit. ZK-Handschin/Vonzun); von Steiger Werner, in: Max Gutzwiller/Hans Hinderling/Arthur Meier-Hayoz/Hans Merz/Paul Piotet/Roger Secrétan/Werner von Steiger/Frank Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Handelsrecht, Bd. VIII, Basel 1976, 324 ff. (zit. von Steiger, SPR VIII).
- 2 Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht – mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. Auflage, Bern 2012, § 1 Rz. 4 (zit. Meier-Hayoz/Forstmoser).
- 3 BK-Fellmann/Müller (Fn. 1), N 18 zu [Art. 530 OR](#); Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 2), § 12 Rz. 23 sowie § 1 Rz. 5.
- 4 BK-Fellmann/Müller (Fn. 1), N 19 zu [Art. 530 OR](#); Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 2), § 12 Rz. 14.
- 5 BaK-Handschin (Fn. 1), N 5 zu [Art. 530 OR](#); Guhl Theo/Koller Alfred/Schnyder Anton K./Druey Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, Zürich 2000, § 61 Rz. 3.
- 6 Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 2), § 1 Rz. 67, der *Endzweck* beantwortet die Frage, ob die Gesellschaft mit ihrer Tätigkeit schlussendlich wirtschaftliche oder nicht wirtschaftliche Ziele verfolgt.
- 7 Furrer Martin, Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff und Abgrenzungskriterium im Recht der einfachen Gesellschaft, Diss. ZH, Zürich 1996, 52 (zit. Furrer).
- 8 BK-Fellmann/Müller (Fn. 1), N 63 sowie N 17 zu [Art. 530 OR](#); Furrer (Fn. 7), 54; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 2), § 1 Rz. 108 ff.
- 9 BK-Fellmann/Müller (Fn. 1), N 65 zu [Art. 530 OR](#).
- 10 BK-Fellmann/Müller (Fn. 1), N 63 ff. zu [Art. 530 OR](#); Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 2), § 1 Rz. 66 ff.
- 11 Wogegen das blosses Halten und Verwalten von gemeinschaftlichem Eigentum nach h.L. nicht zur Bildung einer einfachen Gesellschaft ausreicht, sofern damit kein darüber hinausgehender Zweck verfolgt wird, Furrer (Fn. 7), 60 f.; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 2), § 12 Rz. 21; a.M. BK-Fellmann/Müller (Fn. 1), N 269 ff. zu [Art. 530 OR](#).
- 12 Bei welcher einzig die Erbringung der spezifischen vertraglichen Leistung bezweckt wird, BaK-Handschin (Fn. 1), N 4 f. zu [Art. 530 OR](#); [BGE 104 II 108](#), E. 2; BK-Fellmann/Müller (Fn. 1), N 66 ff. zu [Art. 530 OR](#), welche beim Gesellschaftsverhältnis von der «*Vereinigung von Leistungen*» sprechen, gegenüber dem «*Austausch von Leistungen*» bei den synallagmatischen Verträgen.
- 13 BK-Fellmann/Müller (Fn. 1), N 73 ff. zu [Art. 530 OR](#); Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 2), § 1 Rz. 93.
- 14 BK-Fellmann/Müller (Fn. 1), N 12 zu [Art. 530 OR](#); Wolf Stephan, Subjektwechsel bei einfachen Gesellschaften, ZBGR 81/2000 1 ff., 3 (zit. Wolf).
- 15 Statt vieler BaK-Handschin (Fn. 1), N 6 zu [Art. 530 OR](#).
- 16 BGer v. 30.7.2012, [4A 197/2012](#), E. 4.1; BGer v. 11.8.2012, [4A 275/2010](#), E. 4.2; Gegenstand des Gesamteigentums sind «Sachen». Hierunter werden Eigentumsrechte, beschränkte dingliche Rechte, obligatorische Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte und darüber hinaus auch Forderungsrechte verstanden, Wichtermann Jürg, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. Auflage, Basel 2011, N 30 zu [Art. 652 ZGB](#) (zit. BaK-Wichtermann); Romelli Stefano, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich 2011, N 2 zu [Art. 652 ZGB](#); ferner Hoch Patrick M., Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft, Diss. ZH, Zürich 2000, Rz. 8 (zit. Hoch); Müller Karin, Die Übertragung der Mitgliedschaft bei der einfachen Gesellschaft, Diss. LU, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 37 (zit. Müller).
- 17 BaK-Wichtermann (Fn. 16), N 9 zu [Art. 652 ZGB](#); Bisang Raymond L., Die Zwangsvollstreckung von Anteilen an Gesamthandschaften, Diss. ZH, Zürich 1978, 8 ff. (zit. Bisang); ferner Müller (Fn. 16), Rz. 41 ff.
- 18 [BGE 119 II 119](#), E. 3.c; BaK-Wichtermann (Fn. 16), N 9 zu [Art. 652 ZGB](#); Hoch (Fn. 16), Rz. 6; von Steiger (Fn. 1), SPR VIII, 333; Rey Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Bd. I, 3. Auflage, Bern 2007, Rz. 973 (zit. Rey).
- 19 Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 2), § 3 Rz. 9.
- 20 BK-Fellmann/Müller (Fn. 1), N 376 zu [Art. 530 OR](#); von Steiger (Fn. 1), SPR VIII, 407.
- 21 [BGE 119 II 119](#), E. 3.b m.w.H.; Hoch (Fn. 16), Rz. 184; ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 1), N 93 zu [Art. 542 OR](#).
- 22 BK-Fellmann/Müller (Fn. 1), N 21 zu [Art. 530 OR](#); Wolf (Fn. 14), 5; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 2), § 12 Rz. 94; Zobl Dieter, Änderungen im Personenbestand von Gesamthandschaften, Diss. ZH, Zürich 1973, 121 (zit. Zobl).
- 23 Oben Ziff. II/1/1.2.

- 24 So ausdrücklich [BGE 108 II 204](#), E. 4, bestätigt in [BGE 116 II 707](#), E. 2.a; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 2), § 12 Rz. 77; BaK-Handschin (Fn. 1), N 17 zu [Art. 530 OR](#).
- 25 Oben Ziff. II/2.
- 26 BK-Fellmann/Müller (Fn. 1), N 204 ff. zu [Art. 530 OR](#).
- 27 [BGE 116 II 707](#), E. 2.
- 28 Schmid Hans, Der gemeinsame Mietvertrag, SJZ 87/1991, 349 ff., 350, wonach mehrere Mieter mit Abschluss des Mietvertrags ad hoc als einfache Gesellschaft zu betrachten sind, sofern sie nicht schon davor eine Gemeinschaft bilden.
- 29 Bökli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 7 Rz. 70.
- 30 BK-Fellmann/Müller (Fn. 1), N 241 ff. zu [Art. 530 OR](#); Herren Stephan, Verrechnungsproblematik beim Ausscheiden eines zahlungsunfähigen Konsortianten aus mehreren Arbeitsgemeinschaften – Zur Verrechnung von Gesamthand- und Solidarforderung, AJP 1999 265 ff., 266 (zit. Herren).
- 31 BK-Fellmann/Müller (Fn. 1), N 249 ff. zu [Art. 530 OR](#); Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 2), § 12 Rz. 113.
- 32 BK-Fellmann/Müller (Fn. 1), N 221 ff. zu [Art. 530 OR](#).
- 33 BK-Fellmann/Müller (Fn. 1), N 221 ff. zu [Art. 530 OR](#); Gericke Dieter/Dalla Torre Luca, Joint Ventures – Wirtschaftsformen im Spannungsfeld zwischen Kooperation und Transaktion, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Bern 2012, 21 ff., 43 ff., worin auch ausgeführt wird, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei Joint-Ventures sehr stark auf die Verhältnisse im Einzelfall abzustellen ist (BGer v. 5.5.2006, [4C.22/2006](#), E. 5).
- 34 BK-Fellmann/Müller (Fn. 1), N 260 ff. zu [Art. 530 OR](#); von Steiger (Fn. 1), SPR VIII, 339 ff., welche die «Gründungsgesellschaften» (vor Durchführung der formellen Gründungsakte) und die «Vorgesellschaften» (vor erfolgtem Handelsregistereintrag, sofern dieser konstitutiv wirkt) unterscheiden; für den Verein gilt ausdrücklich [Art. 62 ZGB](#).
- 35 von Steiger (Fn. 1), SPR VIII, 342 f., wobei in zu gründenden Körperschaften nach Durchführung der Gründungsakte, aber vor Eintragung im Handelsregister im Innenverhältnis zumindest schon Körperschaftsrecht zur Anwendung gelangen soll.
- 36 BK-Fellmann/Müller (Fn. 1), N 265 zu [Art. 530 OR](#); von Steiger (Fn. 1), SPR VIII, 339.
- 37 Fellmann Walter/Müller Karin, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Auflage, Zürich 2009, N 1 zu [Art. 544 OR](#) (zit. OFK-Fellmann/Müller); Jung Peter, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, N 2 zu [Art. 544 OR](#) (zit. CHK-Jung); Pestalozzi Christoph M./Hettich Peter, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012, N 2 zu [Art. 544 OR](#) (zit. BaK-Pestalozzi/Hettich), welche von im Laufe der Tätigkeit möglicherweise sich bildendem Geschäftsvermögen sprechen.
- 38 Oben Ziff. II/1/1.3.
- 39 Wie erörtert, werden verschiedene Arten des Gesellschaftszwecks unterschieden, wobei für die Zuweisung einer Forderung der unmittelbare Zweck massgebend sein muss, da dieser das Tätigkeitsfeld der einfachen Gesellschaft umschreibt und einschränkt, vgl. oben Ziff. II/1/1.4.
- 40 Die Höhe dieses Ausscheidungsbetriffnisses wird in aller Regel durch Übereinkunft festgelegt, wobei sich diese daran bemisst, was der Austretende im Falle der Liquidation zu erwarten hätte, Bisang (Fn. 17), 33; Herren (Fn. 30), 267 f.
- 41 Bisang (Fn. 17), 31.
- 42 Müller (Fn. 16), Rz. 169 ff.
- 43 Oben Ziff. III/3.
- 44 Dies ist etwa dann der Fall, wenn die einfache Gesellschaft als solche über keinerlei Verbindlichkeiten gegenüber Dritten verfügt.
- 45 Gl.M. Bisang (Fn. 17), 31 ff.
- 46 [BGE 130 III 620](#), E. 3.3.1; Milani Dominik, Die Behandlung der konkursrechtlichen Kollokationsklage im vereinfachten Verfahren, Diss. BE, Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 76 (zit. Milani); Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 52 (zit. Kren Kostkiewicz).
- 47 Walder-Richli Hans Ulrich/Grob-Andermacher Béatrice, Zivilprozessrecht – Nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009, § 8 Rz. 3; BezG/ZH v. 4.5.1979, SJZ 76/1980 232 f., 233; Milani (Fn. 46), Rz. 282 ff.
- 48 Vgl. hierzu Hänzi Brigit, Die Konkursverwaltung nach schweizerischem Recht – Beitrag zur Bestimmung ihrer Rechtsstellung und kurze Darstellung ihres Aufgabenbereiches, Diss. ZH, Zürich 1979, 44 m.H. (zit. Hänzi).
- 49 BGer v. 21.11.2002, [5P.376/2002](#), E. 2.2, welcher von «organe officiel de la masse des créanciers» spricht; BGer v. 9.3.2011, [6B\\_557/2010](#), E. 6.3.2; ferner BGer v. 4.6.2012, [5A\\_302/2012](#), E. 2.2.1, wonach die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse auf die

- Konkursmasse übergehen, die sie durch die Konkursverwaltung ausübt; Milani (Fn. 46), Rz. 288 m.w.H.; Bürgi Urs, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), *Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, Basel 2009, N 7 zu [Art. 240 SchKG](#); a.M. Guldener Max, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3. Auflage, Zürich 1979, 126 f.; ihm folgend Hänzi (Fn. 48), 46 f., welche die Konkursverwaltung als Vertreterin des Gemeinschuldners sehen.
- 50 Es besteht eine Kontroverse hinsichtlich der Frage, ob mit der Konkursöffnung die materiellrechtlich definierte Aktivlegitimation oder nur die Prozessführungsbefugnis auf die Konkursmasse übergeht, soweit dies die Aktiv- und Passivmasse betrifft, vgl. hierzu OGer/ZH v. 12.6.2012, ZR 111 (2012) 147 ff., 149; ferner Kren Kostkiewicz (Fn. 46), Rz. 1150; Handschin Lukas/Hunkeler Daniel, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II*, 2. Auflage, Basel 2010, N 6 zu [Art. 197 SchKG](#).
- 51 Trotz ihrem vermögensrechtlichen Charakter gehören sämtliche unpfändbaren Vermögenswerte nicht zur Aktivmasse (vgl. [Art. 92 SchKG](#)); ferner unten Ziff. IV/3/3.2.
- 52 Höchstpönliche Rechte sind all jene Rechte, welche eine besondere Nähe zu den Persönlichkeitsrechten einer (natürlichen oder juristischen) Person aufweisen, Petermann Frank Th., in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), *Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Auflage, Zürich 2011, N 5 zu [Art. 19 ZGB](#).
- 53 Hier steht einzig den Pfandgläubigern die Möglichkeit der sog. Spezialliquidation nach [Art. 230a SchKG](#) offen, hierzu im Einzelnen Lorandi Franco, *Einstellung des Konkurses über juristische Personen mangels Aktiven* ([Art. 230a SchKG](#)), *AJP* 1999 41 ff.; im Übrigen unten Ziff. V/1/1.4.
- 54 Unten Ziff. V.
- 55 Hänzi (Fn. 48), 69 f.; im summarischen Verfahren gemäss [Art. 231 SchKG](#) ist zwingend das Konkursamt für die Durchführung des Konkurses zuständig. Diesfalls amtete es exklusiv als amtliche Konkursverwaltung, [BGE 121 III 142](#), E. 1.b.
- 56 Unten Ziff. V/2.
- 57 [BGE 130 III 248](#) = Pra 93 (2004) 482 ff., 488; Bisang (Fn. 17), 137; Staehelin Daniel, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, 4. Auflage, Basel 2012, N 15 zu Art. 545/546 OR (zit. BaK-Staehelin); a.M. ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 1), N 94 zu Art. 545–547 OR, die die Meinung vertreten, dass die Konkursöffnung den Gläubigern und deren Vertretern lediglich das Recht vermittelt, die Auflösung der einfachen Gesellschaft zu verlangen. Zu Recht verweisen ZK-Handschin/Vonzun zwar darauf, dass in vielen Fällen der Wechsel zur Verfolgung des Liquidationszwecks schon nach wenigen Wochen irreversibel werden kann, jedoch findet dieser Ansatz im Gesetz u.E. keine Stütze. Vielmehr ist es gerade den einfachen Gesellschaftern anheimgestellt, vorgängig eine Ordnung für den Fall der Konkursöffnung über einen einfachen Gesellschafter zu schaffen; OGer/SO v. 15./25.11.2005, SJZ 103/2007 102 ff., 103; unklar Amonn Kurt/Walther Fridolin, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 8. Auflage, Bern 2008, § 47 Rz. 28 m.V.
- 58 von Steiger (Fn. 1), *SPR VIII*, 450; Wolf (Fn. 14), 17; [BGE 119 II 119](#), E. 3.a; BGer v. 11.8.2012, [4A 275/2010](#), E. 4.1.
- 59 Ausgenommen sind die Fälle, in denen die einfachen Gesellschafter vorab eine abweichende Ordnung geschaffen haben und vorsehen, dass der Konkurs eines Gesellschafter den Zweck der einfachen Gesellschaft unberührt lässt, so auch Handschin Lukas/Hunkeler Daniel, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II*, 2. Auflage, Basel 2010, N 33 zu [Art. 197 SchKG](#); CHK-Jung (Fn. 37), N 6 zu Art. 545–546 OR.
- 60 BaK-Staehelin (Fn. 57), N 15 zu Art. 545/546 OR; Bisang (Fn. 17), 31; CHK-Jung (Fn. 37), N 1 zu Art. 545–546 OR; OFK-Fellmann/Müller (Fn. 37), N 2 zu [Art. 545 OR](#); ferner BGer v. 11.3.2011, [4A 509/2010](#), E. 6.2.
- 61 So explizit [BGE 119 II 119](#), E. 3.c; so wohl auch Bisang (Fn. 17), 134; ferner Rey (Fn. 18), Rz. 982.
- 62 Hoch (Fn. 16), Rz. 184; wohl a.M. Zobl (Fn. 22), 226, der offenbar die Meinung vertritt, dass die Mitgliedschaft in ihrer Gesamtheit in die Konkursmasse fällt.
- 63 Oben Ziff. II/2.
- 64 Vgl. Wohlfart Heiner/Meyer Caroline B., in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II*, 2. Auflage, Basel 2010, N 22 zu [Art. 204 SchKG](#); Kren Kostkiewicz (Fn. 46), Rz. 1172; Stöckli Kurt/Possa Philipp, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), *Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, Basel 2009, N 14 zu [Art. 204 SchKG](#); Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull Thomas M./Kottmann Martin, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Bd. II, Art. 159–292, 4. Auflage, Zürich 1977/1999, N 13 zu [Art. 204 SchKG](#) (zit. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann).
- 65 Bisang (Fn. 17), 130.
- 66 Unten Ziff. IV/3/3.3.
- 67 Bisang (Fn. 17), 23 f.
- 68 Diesfalls gehen alle mit den Aktien zusammenhängenden Rechte auf die Konkursmasse über, HGer/ZH v. 17.2.2005, ZR 104/2005 257 ff., 261 ff.; Wohlfart/Meyer (Fn. 64), N 22 zu [Art. 204 SchKG](#).
- 69 In diesem Sinne auch Bisang (Fn. 17), 128.



- 70 Rüetschi David, Zum Verfahren der Wiedereintragung ins Handelsregister gemäss [Art. 164 HRegV](#) – Zugleich eine Entgegnung auf Philippin, REPRAX 2/2011 20 ff., REPRAX 4/2011 23 ff., 24 (zit. Rüetschi); [BGE 132 III 731](#), E. 3.1.
- 71 Dies aus dem Grund, dass bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften die Löschung im Handelsregister nur deklaratorische Bedeutung hat, BaK-Staehelin (Fn. 57), N 4 zu [Art. 589 OR](#).
- 72 [BGE 117 III 39](#), E. 3.b; BGer v. 9.3.2011, 6B\_557/2010, E. 6.3.1; Stäubli Christoph, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012, N 1 zu Vor Art. 736–747 OR, sowie BaK-Staehelin (Fn. 57), N 6 zu [Art. 574 OR](#).
- 73 Oben Ziff. III/1.
- 74 [BGE 130 III 248](#) = Pra 93 (2004) 482 ff., 488; CHK-Jung (Fn. 37), N 6 zu Art. 545–546 OR; zum Liquidationsanteil als Auseinandersetzungsguthaben bzw. Vermögensanteil oben Ziff. III/3.
- 75 Oben Ziff. II/3.
- 76 So Bachofner Eva/Bopp Lukas/Staehelin Daniel, Muss das Konkursamt nach Anfechtungsansprüchen suchen?, BISchK 2011 1 ff., 6, im Zusammenhang mit paulianischen Anfechtungsansprüchen i.S.v. [Art. 286 ff. SchKG](#).
- 77 So auch Stocker Christoph Rudolf, Entscheidungsgrundlagen für die Wahl des Verfahrens im Konkurs, insbesondere des Konkursverfahrens bis zur Einstellung mangels Aktiven mit seinen unmittelbaren Nachwirkungen, Diss. ZH, Zürich 1985, 170 f. (zit. Stocker). Es ist jedoch jedem Gläubiger anheimgestellt, innert zehn Tagen die Durchführung des Konkursverfahrens zu verlangen und die festgelegte Sicherheit für den durch die Konkursmasse nicht gedeckten Teil der Kosten zu leisten ([Art. 230 Abs. 2 SchKG](#)).
- 78 Gl.M. Stocker (Fn. 77), 170 f.
- 79 U.E. hat das Konkursamt bei der Inventarisierung der Vermögenswerte des Gemeinschuldners stets eine vorsichtige Schätzung vorzunehmen. V.a. bestrittene und bloss eventuelle Forderungen hat es unterbewertet aufzunehmen (vgl. [Art. 662a Abs. 2 Ziff. 2 OR](#) analog).
- 80 BGer v. 19.9.2012, [5A\\_84/2012](#), E. 3.2.2; Lustenberger Urs, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Auflage, Basel 2010, N 3 zu [Art. 230 SchKG](#) (zit. BaK-Lustenberger); Jaeger/Walder/Kull/Kottmann (Fn. 64), N 2 zu [Art. 230 SchKG](#); Stocker (Fn. 77), 170.
- 81 Stocker (Fn. 77), 206.
- 82 [BGE 90 II 247](#), E. 2; JuKo/ZG v. 1.9.2000, GVP 2000 153 ff., 153; BaK-Lustenberger (Fn. 80), N 20 zu [Art. 230 SchKG](#); Stocker (Fn. 77), 183; Vouilloz François, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Basel 2005, N 16 zu [Art. 230 SchKG](#); vgl. auch BGer v. 10.8.2005, [7B.127/2005](#), E. 1 im Zusammenhang mit dem Konkurswiderruf.
- 83 Dies gilt unter dem Vorbehalt, dass kein begründeter Einspruch erhoben wird. Ein solcher wird im Besonderen dann oftmals dann vorliegen, wenn die verwaltenden Organe der betroffenen juristischen Person erkennen, dass dennoch zu liquidierende Aktiven vorhanden sind, welche lediglich für die Deckung der Kosten eines Konkursverfahrens nicht ausreichen, [BGE 90 II 247](#), E. 3.
- 84 Vgl. auch oben Ziff. IV/3/3.2 m.H.; zur Möglichkeit der Wiedereintragung vgl. unten Ziff. V/4.
- 85 A.M. Stocker (Fn. 77), 206 ff.
- 86 Hierzu im Einzelnen Rüetschi (Fn. 70), 28.
- 87 ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 1), N 97 f. zu Art. 545–547 OR.
- 88 Vgl. hierzu im Einzelnen oben Ziff. IV/3/3.2 m.w.H.
- 89 BaK-Staehelin (Fn. 57), N 15 zu Art. 545/546 OR.
- 90 Brunner Alexander/Boller Felix H., in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Auflage, Basel 2010, N 11 zu [Art. 195 SchKG](#).
- 91 Hierzu oben Ziff. V/1/1.4 m.w.H.
- 92 Hierzu oben Fn. 57.
- 93 So Hoch (Fn. 16), Rz. 185; BaK-Staehelin (Fn. 57), N 15 zu Art. 545/546 OR; ferner CHK-Jung (Fn. 37), N 6 zu Art. 545–546 OR.
- 94 Es ist durchaus denkbar, dass die einfache Gesellschaft «ewig» im Stadium der Liquidation verbleibt, was etwa dann der Fall ist, wenn sich die einfachen Gesellschaften nie klar darüber werden, dass sie eine einfache Gesellschaft bildeten; zur stillschweigenden Begründung einer einfachen Gesellschaft vgl. oben Ziff. II/1/1.2.
- 95 Zu beachten bleibt indes, dass die Rechtsgemeinschaften ungeachtet eines Eintrages im Handelsregister ihre Existenz nach Abschluss ihrer Liquidation einbüßen.
- 96 Vgl. hierzu im Einzelnen oben Ziff. V/1/1.4 m.w.H.
- 97 Vgl. oben Ziff. V/1/1.4.

- 98 Vgl. hierzu oben Ziff. II/2 m.w.H.
- 99 Es sei jedoch in Erinnerung gerufen, dass die Verfügungsfähigkeit während der Durchführung des Konkurses in Bezug auf die gesamthänderische Forderung so eingeschränkt wird, dass die einfachen Gesellschafter von nun an (zumindest vorübergehend) auf die Mitwirkung der Konkursverwaltung angewiesen sind, vgl. hierzu oben Ziff. IV/3/3.2 m.H.
- 00 Vgl. hierzu sogleich unten Ziff. IV/4.
- 101 Liver Peter, Gemeinschaftliches Eigentum, ZBJV 100/1964 261 ff., 263 f.; Rey (Fn. 18), Rz. 982; Müller (Fn. 16), Rz. 413; BK-Fellmann/Müller (Fn. 1), N 41 zu [Art. 544 OR](#); Brunner Christoph/Wichtermann Jürg, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. Auflage, Basel 2011, N 8 zu Vor Art. 646–654a ZGB; Hoch (Fn. 16), Rz. 356; Wolf (Fn. 14), 18; OGer/LU v. 9.12.1996, LGVE 1996 I 31 ff., 32.
- 02 Müller (Fn. 16), Rz. 414; Hoch (Fn. 16), Rz. 356; Bisang (Fn. 17), 132.
- 103 [BGE 119 II 119](#), E. 3.c; Hoch (Fn. 16), Rz. 84; a.M. Zobl (Fn. 22), 121, welcher den Erben einen lediglich obligatorischen Anspruch zuerkennt.
- 04 Vgl. hierzu oben Ziff. V/2/2.4 m.H.
- 05 Vgl. hierzu oben Ziff. IV/3/3.2 m.H.
- 06 Vgl. zumindest im Zusammenhang mit der Terminologie Zobl (Fn. 22), 121; ferner auch ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 1), N 24 zu Art. 548–551 OR.
- 07 Vgl. hierzu oben Ziff. V/2/2.4 m.H.
- 08 BaK-Staehelin (Fn. 57), N 1 zu Art. 548/549 OR.
- 09 Hoch (Fn. 16), Rz. 438; BaK-Staehelin (Fn. 57), N 1 zu Art. 548/549 OR; ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 1), N 49 zu Art. 548–551 OR.
- 110 BaK-Wichtermann (Fn. 16), N 20 zu [Art. 654 ZGB](#); unklar Hoch (Fn. 16), Rz. 442 f.
- 111 Hoch (Fn. 16), Rz. 441.
- 112 von Steiger (Fn. 1), SPR VIII, 464; Hoch (Fn. 16), Rz. 422; BaK-Staehelin (Fn. 57), N 3 zu Art. 548/549 OR; ZK-Handschin/Vonzun (Fn. 1), N 5 zu Art. 548–551 OR.
- 113 BGer v. 11.3.2011, [4A 509/2010](#), E. 6.2; BGer v. 17.12.2009, [4A 443/2009](#), E. 3.2.
- 114 Hoch (Fn. 16), Rz. 430; BaK-Staehelin (Fn. 57), N 4 zu Art. 548/549 OR.
- 115 BGer v. 11.3.2011, [4A 509/2010](#), E. 6.2.
- 116 von Steiger (Fn. 1), SPR VIII, 463; Hoch (Fn. 16), Rz. 448.
- 117 von Steiger (Fn. 1), SPR VIII, 396; BaK-Handschin (Fn. 1), N 4 zu [Art. 535 OR](#).
- 118 BaK-Staehelin (Fn. 57), N 8 zu [Art. 550 OR](#); Hoch (Fn. 16), Rz. 484 ff.
- 119 Entsprechend der Regelung von [Art. 535 Abs. 3 OR](#); von Steiger (Fn. 1), SPR VIII, 463; BaK- Pestalozzi/Hettich (Fn. 37), N 30 zu [Art. 543 OR](#).
- 20 Hoch (Fn. 16), Rz. 462.
- 121 von Steiger (Fn. 1), SPR VIII, 462 f.; wobei zu beachten bleibt, dass sich die Vermutung von [Art. 543 Abs. 3 OR](#) nicht auf aussergewöhnliche Geschäfte erstreckt, welche der Einstimmigkeit bedürfen, so BK-Fellmann/Müller (Fn. 1), N 200 zu [Art. 530 OR](#); von Steiger (Fn. 1), SPR VIII, 435 f.
- 122 BGer v. 30.7.2012, [4A 197/2012](#), E. 4.2; Ruggle Peter, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 9 zu [Art. 70 ZPO](#).
- 123 Vgl. hierzu im Einzelnen oben Ziff. V/4 m.w.H.
- 24 Zur Wiedereintragung der gelöschten Rechtseinheit zwecks Teilnahme als Partei in einem Gerichtsverfahren vgl. im Einzelnen Rüetschi (Fn. 70), 26 f.
- 125 von Steiger (Fn. 1), SPR VIII, 465; Hoch (Fn. 16), Rz. 454.
- 26 Oben Ziff. VI/2/2.4.