

Aktionären der Beschwerdeführerin an der ausserordentlichen Generalversammlung vom 17. Juni 1999 in sein Amt gewählt worden. Die fragliche Angelegenheit sei ihm unbekannt. Aus diesem Grund müsse er vorsorglich Widerspruch einlegen und die Klage vorerst vollumfänglich ablehnen. Die Rechtsöffnungsrichterin erstreckte daraufhin der Beschwerdeführerin die Frist zur Beantwortung des Rechtsöffnungsbegehrens um sieben Tage. Innert dieser Frist liess sich die Beschwerdeführerin allerdings nicht mehr vernehmen. Wenn im Beschwerdeverfahren geltend gemacht wird, die Beschwerdeführerin habe diese «Einsprachefrist» nicht wahrnehmen können, weil ihr Generalbevollmächtigter O. durch schwere familiäre Schicksalsschläge verhindert gewesen sei, sich dieser Angelegenheit anzunehmen, vermag sie daraus nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. So steht fest, dass die Beschwerdeführerin durch deren einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrat B. rechtsgenügend vertreten war. Unter diesen Umständen steht ausser Frage, dass sich die Beschwerdeführerin im erstinstanzlichen Verfahren nicht auf den von der Schweiz zu Art. 5 Ziff. 1 LugÜ angebrachten Vorbehalt berief. Ihre diesbezüglichen Vorbringen erweisen sich im Beschwerdeverfahren daher als unzulässig. Unter diesen Umständen braucht auch nicht mehr entschieden zu werden, ob aufgrund der am 31. Dezember 1999 erfolgten Ausserkraftsetzung des Vorbehalts die vor diesem Datum gestützt auf Art. 5 Ziff. 1 LugÜ ergangenen ausländischen Entscheide in der Schweiz vollstreckbar geworden sind oder nicht.

c) Schliesslich ist nach Ansicht der Beschwerdeführerin der Vergütungsfestsetzungsbeschluss zu Unrecht ergangen, weil die Beschwerdegegner sie übervorteilt hätten. Damit ist sie im Vollstreckungsverfahren aber zum Vornherein nicht zu hören. Es ist dem Richter in diesem Verfahrensabschnitt verwehrt, sich mit dem Entscheid, dessen Vollstreckung beantragt wird, auseinanderzusetzen (Art. 29 und Art. 34 Abs. 3 LugÜ). Davon ausgenommen ist einzig der in Art. 27 Ziff. 1 LugÜ erwähnte Verstoß gegen den – materiellen – ordre public. Ein derartiger Verstoß ist im vorliegenden Fall indes nicht auszumachen. Die von der Beschwerdeführerin an die Adresse der Beschwerdegegner erhobenen Vorwürfe, die von den Letzteren bestritten werden, hätten im deutschen Vergütungsfestsetzungsverfahren vorgebracht werden können, wodurch jenes Verfahren gemäss § 19 Abs. 5 BRAGO abgesetzt und die Beschwerdegegner auf die Einleitung eines ordentlichen Prozesses verwiesen worden wären, der allenfalls zur Sicherung der Vollstreckbarkeit am Sitz der Beschwerdeführerin in der Schweiz hätte geführt werden müssen.

(Justizkommission, 17. November 2000, i.S. O. AG)

*Art. 230, 230a und 269 SchKG. – Eine im Handelsregister noch eingetragene juristische Person kann auch dann betrieben werden, wenn über sie der Konkurs eröffnet und dieser mangels Aktiven eingestellt wird (E. 1a). Wird das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt, entfällt der Konkursbeschluss des Vermögens der juristischen Person unter Vorbehalt von Art. 230a*

*Abs. 2 und Art. 269 SchKG. Die Gesellschaft verfügt somit auch uneingeschränkt wieder über die ihr allenfalls zustehenden Verantwortlichkeitsansprüche (E. 1b). Aktienrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche einer Aktiengesellschaft gegenüber ihren Organen können von den Gläubigern der Gesellschaft nach Einstellung des Konkursverfahrens gegen diese Gesellschaft in einem nachfolgenden Betreibungsverfahren gepfändet werden (E. 1c).*

*Aus den Erwägungen:*

1. a) Reicht die Konkursmasse voraussichtlich nicht aus, um die Kosten für ein summarisches Verfahren zu decken, so verfügt das Konkursgericht gemäss Art. 230 Abs. 1 SchKG auf Antrag des Konkursamtes die Einstellung des Konkursverfahrens. Das Verfahren wird geschlossen, wenn nicht innert zehn Tagen nach entsprechender Publikation durch das Konkursamt 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 SchKG). Durch die Konkurseröffnung wird die Aktiengesellschaft aufgelöst (Art. 736 Ziff. 3 OR), und die aufgelöste Gesellschaft tritt in Liquidation (Art. 738 OR). Der Handelsregisterführer hat die Konkurseröffnung gestützt auf die Mitteilung des Konkursrichters einzutragen (Art. 64 Abs. 1 HRegV). Wird das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt, hat dies der Registerführer auf die amtliche Mitteilung hin ebenfalls einzutragen unter Aufhebung des den Konkurs betreffenden Eintrags (Art. 65 HRegV). Drei Monate danach hat die Löschung der Gesellschaft zu erfolgen, ausser es wird innert dieser Frist begründeter Einspruch gegen die Löschung erhoben; letzterenfalls wird die Gesellschaft mit dem Zusatz «in Liquidation» im Handelsregister weitergeführt und erst nach durchgeführter Liquidation gelöscht (Art. 66 Abs. 2 HRegV). Da die Gesellschaft in der Liquidationsphase ihre Rechtspersönlichkeit noch nicht verloren hat, kann sie grundsätzlich auch dann noch ganz normal betrieben werden, wenn über sie das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt worden ist, und zwar nach Abs. 3 von Art. 230 SchKG – «auch» – auf Pfändung (Urs Lustenberger in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. III, Basel/Genf/München 1998, N 20 und 22 zu Art. 230; vgl. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, SchKG, Bd. II, 4. A., Zürich 1997/99, N 19 zu Art. 230 mit Hinweis auf BISchK 1996, S. 145). Auch die I. Zivilkammer des Obergerichts Zürich kam in einem Entscheid vom 12. April 1994 zum Schluss, dass eine im Handelsregister noch eingetragene juristische Person auch dann betrieben werden kann, wenn über sie der Konkurs eröffnet und dieser mangels Aktiven eingestellt wird (BISchK 1996, S. 145). Insofern ist die frühere – in der Literatur übrigens kritisierte – Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 53 III 187; 56 III 189), wonach eine Aktiengesellschaft, über die der Konkurs eröffnet, mangels Aktiven eingestellt und hernach mangels Sicherheitsleistung geschlossen worden ist, nicht mehr betrieben werden könne, nach der heute geltenden, geänderten Rechtslage – jedenfalls in dieser absoluten Form – überholt (vgl. auch Botschaft über die

SchKG-Revision vom 8. Mai 1991, Separatdruck, S. 140). Das Bundesgericht hat denn auch in BGE 90 II 255 E. 3 erkannt, dass seine in BGE 53 III 187 begründete Rechtsprechung, wonach eine Gesellschaft nur so lange weiter bestehe, als dies zur Durchführung des Konkurses erforderlich sei, und die Gesellschaft mit Schluss des Konkursverfahrens untergehe und deren Löschung endgültig sei, und zwar auch dann, wenn das Verfahren gemäss Art. 230 SchKG mangels Aktiven eingestellt und geschlossen werde, obsolet sei.

b) Es ist denn auch im vorliegenden Fall unbestritten, dass die in Frage stehende Betreibung gegen die Schuldnerin an sich zulässig ist. Die endgültige Einstellung des Konkursverfahrens bewirkt, dass die Gesellschaft wieder vollumfänglich in die Verfügung über ihr allfällig noch vorhandenes Vermögen eingesetzt ist, solange sie im Handelsregister noch eingetragen und damit existent ist. Der Konkursbeschluss des Vermögens der juristischen Person entfällt unter Vorbehalt von Art. 230a Abs. 2 und Art. 269 SchKG, wenn das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt wird (BGE 90 II 253 E. 2). Die Gesellschaft wird nach den aktienrechtlichen Vorschriften liquidiert. Es verhält sich also insofern nicht anders, als wenn eine Gesellschaft auf eigenen Beschluss hin in Liquidation tritt. Die Gesellschaft verfügt mithin auch uneingeschränkt wieder über die ihr allenfalls zustehenden Verantwortlichkeitsansprüche.

c) Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Ausserhalb eines Konkurses sind nur die Gesellschaft selbst und die einzelnen Aktionäre berechtigt, den Gesellschaftsschaden einzuklagen, wobei der Anspruch des Aktionärs auf Leistung an die Gesellschaft geht (Art. 756 Abs. 1 OR). Es ist daher zwischen dem mittelbaren und unmittelbaren Gläubigerschaden zu unterscheiden. Nach der Rechtsprechung liegt ein unmittelbarer Gläubigerschaden vor, wenn das Verhalten eines Gesellschaftsorgans gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Gläubigerschutz dienen, oder die Schadenersatzpflicht auf einem anderen widerrechtlichen Verhalten des Organs im Sinne von Art. 41 OR oder einem Tatbestand der culpa in contrahendo gründet. Werden hingegen Bestimmungen verletzt, welche sowohl den Interessen der Gesellschaft wie auch dem Schutz der Gläubiger dienen, liegt ein mittelbarer Schaden vor, welcher ausserhalb des Konkurses durch die Gesellschaft, nach Konkurseröffnung jedoch durch die Gläubigergesamtheit, allenfalls durch den an ihrer Stelle klagenden Gläubiger im Sinne von Art. 757 Abs. 2 OR geltend zu machen ist (BGE 125 III 88 E. 3a; 122 III 176).

Im vorliegenden Fall verlangt der Beschwerdeführer die Pfändung des der Betreibungsschuldnerin zustehenden Ersatzanspruches aus dem ihr angebot-

lich zugefügten Schaden, mithin aus dem Gesellschaftsschaden oder dem mittelbaren Gläubigerschaden. Mit der Konkurseröffnung entstand zunächst ein einheitlicher Anspruch der Gläubigergesamtheit aus mittelbarem Schaden (BGE 117 II 432 E. 1b/ee). Dessen Geltendmachung hätte vorerst der Konkursmasse obgelegen; dem Beschwerdeführer als einzelner Gläubiger hätte dieses Recht erst nach erfolgter Abtretung der Forderung i.S.v. Art. 260 SchKG zugestanden. Da der Konkurs über die U. AG indes eingestellt und demnach gar nicht durchgeführt wurde, blieb eine Abtretung unmöglich (BGE 109 III 27 E. 1a). Vor oder nach der Einstellung ausgestellte Abtretungserklärungen sind sogar nichtig (BGE 102 III 78 E. 3). Ausgeschlossen wäre auch – mangels Durchführung eines Konkursverfahrens – die Erwirkung einer Abtretung im Verfahren des Nachkonkurses gemäss Art. 269 Abs. 3 SchKG (BGE 90 II 247; 87 III 72). Nachdem der Konkurs nicht durchgeführt wurde, steht aber der Anspruch aus mittelbarem Schaden weiterhin der Gesellschaft zu, die ja – wie bereits erwähnt – nach der Aufhebung des Konkursbeschlages über ihr Vermögen grundsätzlich wieder uneingeschränkt verfügen kann, soweit sie eben im Handelsregister noch eingetragen ist und damit Rechtspersönlichkeit besitzt. Der Beschwerdeführer könnte somit – entgegen der Meinung des Betreibungsamtes – den mittelbaren Schaden nicht direkt gegenüber den Organen geltend machen. Dem Gläubiger muss aber auch anheim gestellt bleiben, ob er den zur Durchführung des Konkursverfahrens notwendigen Kostenvorschuss rechtzeitig leisten und sich die Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 260 SchKG allenfalls abtreten lassen will, oder ob er gegen die konkursite Gesellschaft nach Einstellung des Konkurses eine Pfändungsbetreibung anheben will. Die beiden Vorgehensweisen sind denn auch in ihrer Ausgestaltung völlig verschieden und führen nicht ohne weiteres zum selben Ergebnis. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb diese Ansprüche nicht sollten gepfändet werden können. Der Beschwerdeführer weist mit Recht auf einen bundesgerichtlichen Entscheid vom 11. Dezember 1998 hin (BGE 125 III 86), worin das höchste Gericht (in seiner unveröffentlichten Erwägung 4b) diese Möglichkeit ausdrücklich bestätigt. Es hält dort klar fest, auch im Falle einer Einstellung des Konkurses könnten die der Gesellschaft zustehenden Verantwortlichkeitsansprüche von jedem Gläubiger in einer Betreibung gemäss Art. 230 Abs. 3 SchKG gepfändet werden. Eine weitere Möglichkeit erblickt das Bundesgericht unter Hinweis auf seinen Entscheid BGE 110 II 396 E. 2 darin, dass der Konkursrichter auch auf seinen Entscheid zurückkommen könne, wenn nach Einstellung des Verfahrens neues Vermögen des Schuldners entdeckt oder noch Ansprüche angemeldet würden. Falls die Gesellschaft im Handelsregister bereits gelöscht worden sei, so könne der Gläubiger die Wiedereintragung verlangen, um die rechtliche Grundlage für diese Schritte zu schaffen (unveröffentlichte Erwägung 4b von BGE 125 III 86). Unerheblich ist dabei selbstverständlich, ob die Gesellschaft bzw. die Liquidatorin selber solche Ansprüche gegen ihre früheren Organe bereits geltend gemacht hat oder nicht. Bestreiten die Liquidatorin oder die betreffenden Organe als Drittschuldner das Bestehen

solcher Ansprüche, hat das Betreibungsamt die geltend gemachten Ansprüche einfach als bestrittene Forderungen zu pfänden (Art. 99 SchKG). Grundsätzlich ist nämlich eine Forderung zu pfänden, sobald der betreibende Gläubiger deren Existenz behauptet. Nichts kommt darauf an, ob Schuldner oder Drittschuldner diese Existenz bestreiten (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, Zürich 1984, § 23 Rz. 41).

d) Das Betreibungsamt wendet nun ein, selbst wenn die Verantwortlichkeitsansprüche der Schuldnerin gegenüber den Organen gepfändet werden könnten, wäre dies im vorliegenden Fall nicht möglich, weil weder Höhe noch Rechtsgrund der Forderung noch die Person der Schuldner hinreichend bestimmt seien. Die Forderung müsste, schon aufgrund des Deckungssystems und weil eine Abtretung nach Art. 131 SchKG sonst nicht möglich wäre, beziffert sein. Ebenso müsste der Grund, aus welchem Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber den Organen geltend gemacht würden, umschrieben sein. Weiter müssten die genauen Adressen der Organe bekannt sein, wobei zu erwähnen sei, dass entsprechende Sperranzeigen nicht nach Deutschland gesandt werden dürften.

Zwar trifft zu, dass die Forderung grundsätzlich vom Gläubiger zu beziffern ist. Ist ihm das aber wie im vorliegenden Fall kaum zumutbar, hat das Betreibungsamt den Verantwortlichkeitsanspruch bis zur Höhe der Befreiungsforderung inkl. Kosten und Zinsen zu pfänden. Weshalb eine Forderungsüberweisung nach Art. 131 SchKG deswegen bei der Verwertung nicht möglich sein sollte, ist nicht einzusehen. Fragen lässt sich immerhin, ob der Grund der geltend gemachten Verantwortlichkeitsansprüche näher umschrieben sein müsste. Hier könnte aber das Betreibungsamt den Beschwerdeführer ohne weiteres zur Ergänzung auffordern. Gleich verhält es sich mit den Adressen der Organe, soweit diese dem Betreibungsamt nicht bekannt sind oder von der Betreibungsschuldnerin nicht in Erfahrung gebracht werden können. Die Pfändung einer Forderung erfolgt durch die im Zuge des Pfändungsaktes erfolgende Erklärung des Amtes gegenüber dem Schuldner oder dessen Vertreter (BGE 50 III 48). Nicht erst die Anzeige an den Drittschuldner bedeutet also Vornahme der Pfändung (BGE 109 III 12 f.), wohl aber sichert sie deren Beachtung durch den Drittschuldner (Fritzsche/Walder, a.a.O., § 23 Rz. 42). Diese Anzeige mittels Formular Nr. 9 wird auch dann vom Betreibungsamt selbst erlassen, wenn der Drittschuldner in einem anderen schweizerischen Betreibungskreis oder im Ausland wohnt (BGE 52 III 2). Immerhin ist vor der Zustellung ins Ausland zu prüfen, ob nach dem in Frage kommenden Staat die Zustellung durch die Post (anstelle des diplomatischen Weges) zulässig ist oder ob nicht dieser Staat im Erlass eines Zahlungsverbotes eine Zwangsvollstreckungshandlung erblickt, die er auf seinem Gebiet nicht dulden will, was gemäss dem – heute allerdings nicht mehr in Kraft stehenden – Kreisschreiben des Bundesgerichts Nr. 20 betreffend Verbot der Zustellung von Pfändungsanzeigen nach Deutschland vom

13. Juli 1926 zutraf (Fritzsche/Walder, a.a.O., § 23 Rz. 42). Aber selbst wenn die Anzeige an die beiden in Deutschland wohnhaften Organe unzulässig wäre (was nach heutiger Auffassung nicht mehr zutrifft), würde das nichts an der Möglichkeit der Pfändung ändern. Die Anzeige ist blosses Sicherungsvorkehr. Sie ist damit keine Betreibungshandlung, sondern stellt eine Massnahme zur Vermögenserhaltung dar (André E. Lebrecht in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], a.a.O., N 7 zu Art. 99). Sie ist nicht Voraussetzung für die Gültigkeit der Pfändung, sondern bloss eine Sicherungsmassnahme (BGE 109 III 11, 13; 107 III 75, 81).

(Justizkommission als AB SchKG, 1. September 2000, i.S. S./Betreibungsamt X.)

*Art. 250 SchKG; § 4 Abs. 1 GOG. – Der Streitwert bei der Kollokationsklage richtet sich nach der voraussichtlichen Konkursdividende. Beträgt diese 0%, ist – ein Rechtsschutzinteresse des Klägers vorausgesetzt – im Kanton Zug der Friedensrichter als erkennender Richter zur Beurteilung der Klage zuständig.*

*Aus den Erwägungen:*

2. Gemäss Art. 250 SchKG muss ein Gläubiger, der den Kollokationsplan anfechten will, weil seine Forderung ganz oder teilweise abgewiesen worden ist, innert 20 Tagen nach der öffentlichen Auflage der Auflegung beim Richter am Konkursort gegen die Masse klagen (Abs. 1). Will er die Zulassung eines anderen Gläubigers oder dessen Rang bestreiten, so muss er die Klage gegen den Gläubiger richten (Abs. 2 Satz 1). Der Prozess wird im beschleunigten Verfahren durchgeführt (Abs. 3).

a) Der Gerichtsstand für beide Arten von Kollokationsklagen ist der Konkursort, obschon das Gesetz nur die örtliche Zuständigkeit für den Kollokationsprozess gegen die Masse ausdrücklich erwähnt (Hierholzer in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. III, Basel 1998, N 46 zu Art. 250). Die Regelung des Gerichtsstandes in Art. 250 Abs. 1 SchKG beschränkt sich indes auf die örtliche Zuständigkeit. Die Ordnung der sachlichen Zuständigkeit ist grundsätzlich der kantonalen Gesetzgebung überlassen (BGE 100 III 38 E. 2; Hierholzer, a.a.O., N 47 zu Art. 250). Die Kantone können ein Gericht, insbesondere das Konkursgericht gemäss Art. 166 SchKG oder die ordentlichen Zivilgerichte, wo in der Regel je nach Streitwert der Friedensrichter, der Einzelrichter, der Gerichtsausschuss oder die Zivilabteilung kompetent sind, als zuständig erklären (Viktor Furrer, Die Kollokationsklagen nach schweizerischem Recht, Zürich 1979, S. 150). Die sachliche Zuständigkeit wird von Art. 250 SchKG lediglich insoweit bestimmt, als das Kollokationsgericht alle die Kollokation betreffenden Streitigkeiten zu beurteilen hat, gleichgültig auf welchen Rechtsgrund sich die Ansprüche stützen (BGE 71 III 197 E. 2).