

Voraussetzungen und Kognition hinsichtlich der Wiedereintragung einer Gesellschaft

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A.12/2006 (BGE 132 III 731) vom 19. September 2006 i.S. Nachlass X. (Beschwerdeführer) gegen Aufsichtsbehörde über das Handelsregister des Kantons Genf (Beschwerdegegnerin)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Eva Bilek und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich¹

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt

II. Erwägungen des Bundesgerichts

A. Voraussetzungen zur Wiedereintragung einer Gesellschaft

1. Schützenswertes Interesse des Gläubigers an der Wiedereintragung
2. Glaubhaftmachung der Existenz der Forderung

B. Kognition der Handelsregisterbehörden bezüglich der Wiedereintragung einer Gesellschaft

III. Bemerkungen

A. Wiedereintragung einer Gesellschaft

1. Einleitung
2. Voraussetzungen
3. Folgen

B. Kognition des Handelsregisterführers im materiellen Bereich

1. Im Allgemeinen
2. In Bezug auf die Wiedereintragung einer Gesellschaft

IV. Fazit

I. Sachverhalt

Am 5. Dezember 2000 verkaufte der Nachlass X. die Gesamtheit der Aktien der A. AG per 1. Januar 2001 an die B. AG. Weiter veräusserte er alle Rechte und Pflichten gegenüber der A. AG, die er am Tag des Besitzzantritts innehaben würde, sowie eine Forderung dritter Klasse gegen die A. AG.

Der Kaufpreis sollte aufgrund einer später zu erstellenden Abrechnung bestimmt werden und sich aus dem Wert des im Besitz der A. AG befindlichen Gebäudes abzüglich Hypotheken, Zinsen und Kosten zusammensetzen. Gemäss Abrechnung vom 10. Januar 2001 ergab sich ein Saldo von CHF 1 452 220.50 zugunsten des Nachlasses X. Am 1. November 2001 sandte der Nachlass X. eine weitere Abrechnung über CHF 69 023.50 zu seinen Gunsten an die B. AG, die sich aus den Unterhaltskosten vom 1. Januar bis 31. März 2001 für das Gebäude der A. AG sowie den

Hypothekarzinsen für das Jahr 2000 zusammensetzte.

Am 14. Dezember 2001 wurde die A. AG aufgelöst und trat in Liquidation. Mit Vertrag vom gleichen Tag übertrug die A. AG der B. AG sämtliche Aktiven und Passiven gemäss Art. 181 OR. Die Aktiven bestanden vor allem aus dem erwähnten Gebäude, die Passiven aus einer Hypothekarschuld.

Unbeglichen geblieben war die Forderung des Nachlasses X. über CHF 69 023.50, so dass dieser am 2. Mai 2003 gegen die A. AG in Liquidation sowie die B. AG Klage auf Anerkennung der Schuld sowie Zahlung der Forderung inklusive Zins unter solidarischer Haftung erhob.

Am 1. Oktober 2003 verlangte die A. AG in Liquidation ihre Löschung aus dem Handelsregister. Dagegen erhob der Nachlass X. Einspruch, worauf ihm der Handelsregisterführer eine Frist zur Erwirkung einer vorsorglichen Massnahme gewährte. Diese wurde jedoch von allen Instanzen abgelehnt,² weshalb die A. AG in Liquidation am 3. Juni 2005 aus dem Handelsregister gelöscht wurde. Alsdann wurde der Anerkennungsprozess zufolge Löschung der einen Partei sistiert.

Der Nachlass X. verlangte am 15. Dezember 2005 die Wiedereintragung der A. AG in Liquidation, um im Anerkennungsprozess ein Urteil gegen sie erwirken zu können. Dieses Begehren wurde vom Handelsregisterführer am 3. Februar 2006 abgelehnt. In der Folge erhob der Nachlass X. Rekurs bei der Aufsichtsbehörde über das Handelsregister des Kantons Genf, wobei er sein Begehren nun mit der Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen die ehemaligen Verwaltungsräte der A. AG begründete. Der Rekurs wurde am 19. April 2006 abgewiesen.

Hiergegen erhob der Nachlass X. Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht. Der Beschwerdeführer beantragt in der Hauptsache die Aufhebung des Entscheids der Aufsichtsbehörde sowie die Feststellung, dass die Aufsichtsbehörde nicht kompetent sei, abschliessend über die materiellen Voraussetzungen der Wiedereintragung der A. AG in Liquidation zu urteilen.

¹ Eva Bilek ist wissenschaftliche Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

² Vgl. 4P.85/2004.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht legt zunächst dar, unter welchen Voraussetzungen ein Gläubiger die Wiedereintragung einer Gesellschaft verlangen kann [A.]. In diesem Zusammenhang erörtert es das vorausgesetzte schützenswerte Interesse des Gläubigers auf Wiedereintragung [A.1.] und äussert sich zur erforderlichen Glaubhaftmachung der Existenz seiner Forderung [A.2.]. Im Weiteren befasst es sich mit der Kognition der Handelsregisterbehörden bezüglich der Wiedereintragung einer gelöschten Gesellschaft [B.]. Schliesslich weist das Bundesgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aufgrund fehlenden Interesses an der Wiedereintragung ab.

A. Voraussetzungen zur Wiedereintragung einer Gesellschaft

Einleitend hält das Bundesgericht fest, dass die juristische Existenz einer Aktiengesellschaft durch die Löschung im Handelsregister beendet wird,³ und rekapituliert die Voraussetzungen, unter denen ein Gläubiger die Wiedereintragung einer gelöschten Gesellschaft verlangen kann. Dieser hat ein schützenswertes Interesse an der Wiedereintragung sowie die Existenz seiner Forderung glaubhaft zu machen.⁴

1. Schützenswertes Interesse des Gläubigers an der Wiedereintragung

Das schützenswerte Interesse des Gläubigers auf Wiedereintragung fehlt gemäss Bundesgericht, wenn der Gläubiger seinen Anspruch auch auf einem zumutbaren anderen Weg durchsetzen könnte oder wenn die Gesellschaft keine verwertbaren Aktiven mehr aufweist.⁵ Gegeben ist das erforderliche Interesse laut Bundesgericht hingegen im Falle, da ein Gläubiger nach Einstellung des Konkurses neben seiner Forderung auch Verantwortlichkeitsansprüche behauptet. Durch die Wiedereintragung wird ihm ermöglicht, sich die Schadenersatzklage gegen das Gesellschaftsorgan von der Gläubigergesamtheit nach Art. 260 SchKG abtreten zu lassen. Das Bundesgericht betont, dass dies nur gilt, wenn der Gläubiger lediglich indirekt geschädigt und die Gesellschaft di-

rekt geschädigt wurde (sog. «mittelbarer Schaden»). Ist aber der Gläubiger direkt geschädigt (sog. «unmittelbarer Schaden»), verfügt er über kein Interesse an einer Wiedereintragung, da er seinen Anspruch unabhängig von einer Auflösung der Gesellschaft geltend machen kann.⁶

Hinsichtlich des vorliegend zu beurteilenden Sachverhaltes weist das Bundesgericht darauf hin, dass die A. AG nicht aufgrund eines Konkurses aufgelöst worden ist. Somit sei nie ein Anspruch des Gläubigers, das heisst des Nachlasses X., entstanden, einen Schaden der Gesellschaft geltend zu machen.⁷ Ausserdem mache der Nachlass X. gerade keinen Schaden der Gesellschaft, sondern einen eigenen, unmittelbaren Schaden aus unerlaubter Handlung des Verwaltungsrates der A. AG geltend. Somit könne der Nachlass X. selbst direkt klagen und verfüge über kein Interesse an einer Wiedereintragung.⁸

Ein schützenswertes Interesse des Nachlasses X. als Gläubiger wird vom Bundesgericht ausserdem deshalb verneint, weil der Nachlass X. bezüglich der Forderung über CHF 69 023.50 über die Möglichkeit verfüge, die Anerkennungsklage gegen die B. AG zu erheben. Diese sei mindestens Solidarschuldnerin und eine entsprechende Klage sei auch bereits hängig.⁹

2. Glaubhaftmachung der Existenz der Forderung

Das Bundesgericht bejaht entgegen der Vorinstanz¹⁰ die Glaubhaftmachung der Forderung über CHF 69 023.50 aufgrund der konkreten Umstände.¹¹ Hinsichtlich der Verantwortlichkeitsansprüche kritisiert es jedoch den Beschwerdeführer, diese erstmals vor der kantonalen Aufsichtsbehörde erhobenen Ansprüche ohne nähere Erläuterungen geltend gemacht zu haben. Sodann stellt es klar, dass nur schon deshalb die Ablehnung der Aufsichtsbehörde, welche ihren negativen Entscheid mit dem fehlenden Interes-

⁶ BGE 132 III 731, 734 f. Erw. 3.3.

⁷ BGE 132 III 731, 736 Erw. 3.5; vgl. auch OR 756 f.

⁸ BGE 132 III 731, 736 Erw. 3.5.

⁹ BGE 132 III 731, 735 Erw. 3.4.

¹⁰ Entscheid der Aufsichtsbehörde über das Handelsregister des Kantons Genf vom 19. April 2006, S. 5 Erw. 3.

¹¹ BGE 132 III 731, 735 Erw. 3.4.

³ BGE 132 III 731, 733 Erw. 3.1.

⁴ BGE 132 III 731, 733 f. Erw. 3.1 f.

⁵ BGE 132 III 731, 734 Erw. 3.2.

se und der ungenügenden Glaubhaftmachung begründet hatte,¹² nicht zu beanstanden sei.¹³

B. Kognition der Handelsregisterbehörden bezüglich der Wiedereintragung einer Gesellschaft

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Aufsichtsbehörde habe ihre Kompetenzen überschritten, indem sie endgültig über die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Wiedereintragung der A. AG in das Handelsregister entschieden habe, obwohl dies Sache des ordentlichen Richters sei.¹⁴

Zu dieser Frage äusserte sich informell das Eidgenössische Handelsregisteramt in der Vernehmlassung. Es hielt die Rügen des Beschwerdeführers zwar für unklar, hätte es aber aufgrund der juristischen Komplexität des Falles für richtig erachtet, wenn die Handelsregisterbehörden die beantragte Wiedereintragung vollzogen und es dem Zivilrichter überlassen hätten, die materiellen Fragen zu beurteilen.¹⁵

Das Bundesgericht betont, dass es weder dem Handelsregisterführer noch der Aufsichtsbehörde zustehen könne, abschliessend über die materiellen Voraussetzungen in Bezug auf die Eintragung oder Löschung einer Gesellschaft zu urteilen, sondern dies dem ordentlichen Richter obliege.¹⁶ Die Handelsregisterbehörden sollen den Gläubiger nicht der Möglichkeit berauben können, einen Prozess gegen die Gesellschaft zu führen. Daher haben sie das Vorliegen der Voraussetzungen zur Wiedereintragung nicht allzu streng zu beurteilen und nur solche Begehren abzuweisen, die missbräuchlich erscheinen. Dieser Fall liege vor, wenn jemand die Wiedereintragung ohne schützenswertes Interesse verlange.¹⁷

III. Bemerkungen

A. Wiedereintragung einer Gesellschaft

1. Einleitung

Die Wiedereintragung einer Gesellschaft lässt sich definieren als die Eintragung eines gelöschten Subjektes des Handelsregisters, dessen Löschung im bewussten oder unbewussten Gegensatz zu den tatsächlichen Verhältnissen vorgenommen wurde.¹⁸ Sie stellt somit die Aufhebung, den Widerruf, die Berichtigung einer zu Unrecht erfolgten Löschung im Handelsregister dar.¹⁹ Damit sich die Frage der Wiedereintragung stellt, muss die betreffende Gesellschaft folglich im Vorfeld im Handelsregister gelöscht worden sein. Die Löschung hat nach Beendigung der Liquidation zu erfolgen,²⁰ d.h., sobald keine Aktiven oder Passiven der Gesellschaft mehr vorhanden sind.²¹ Umstritten ist, ob die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft durch die Löschung des Handelsregister-eintrags oder den Abschluss der Liquidation beendet wird. Dabei ist zu differenzieren zwischen Gesellschaften, für die der Handelsregistereintrag konstitutiv ist, und solchen, für die er deklarativ ist. Hat die Eintragung für eine Gesellschaft deklarative Wirkung, muss dies auch für die Löschung gelten. Somit hört die Gesellschaft in diesem Fall erst mit Beendigung der Liquidation auf zu existieren.²² Schwieriger zu beantworten ist die Wirkung der Löschung auf Gesellschaften, deren Rechtspersönlichkeit erst mit der Handelsregistereintragung entsteht. Für eine konstitutive Wirkung der Löschung spricht der Aspekt der Parallelität von Eintragung und Löschung. Probleme wirft jedoch der Fall auf, da die Liquidation zu Unrecht erst nach der Löschung beendet wird. So ist

¹⁸ Hans Rudolf Kunz, Löschung und Wiedereintragung von Handelsgesellschaften im Handelsregister, Diss. Bern 1942, S. 53.

¹⁹ Hans Rudolf Kunz (Fn. 18), S. 55.

²⁰ Art. 746 OR.

²¹ BGE 57 I 233, 235.

²² Ebenso BGE 59 II 53, 58 Erw. 1; Alfred Siegwart, Die Personengesellschaften, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/4, Zürich 1938, N 5 und 8 zu Art. 589 OR; Wilhelm Hartmann, Die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VII/1, Bern 1943, N 7 zu Art. 554 OR; Daniel Staehelin, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2002, N 4 zu Art. 589 OR.

¹² BGE 132 III 731, 733; Entscheid der Aufsichtsbehörde über das Handelsregister des Kantons Genf vom 19. April 2006, S. 5 f. Erw. 3.

¹³ BGE 132 III 731, 736 Erw. 3.5.

¹⁴ BGE 132 III 731, 733 Erw. 3.

¹⁵ 4A.12/2006 C. (in der amtlichen Sammlung [BGE 132 III 731] nicht publiziert).

¹⁶ BGE 132 III 731, 734 Erw. 3.2.

¹⁷ BGE 132 III 731, 734 Erw. 3.2.

beispielsweise unklar, wie es um die Eigentumsverhältnisse an den noch unverteiltern Aktiven der Gesellschaft steht, wenn die Gesellschaft vor Abschluss der Liquidation gelöscht wird. Dies gilt besonders im Hinblick darauf, dass sie nach der Wiedereintragung diskussionslos der Gesellschaft zugerechnet werden.²³ Doch ist u. E. entscheidend, dass die Publizitätsfunktion des Handelsregisters und damit die Rechtssicherheit gewährleistet ist. Folglich endet die aufgrund der Handelsregistereintragung entstandene Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft einzig mit der Löschung aus dem Handelsregister.²⁴ Die Löschung bewirkt somit den Untergang der Gesellschaft und zerstört die Organisation.²⁵ Die Zerschlagung der Organisation hat zur Folge, dass für niemanden eine Anmeldepflicht der Wiedereintragung besteht.²⁶ Die Wiedereintragung kann auf Anzeige Dritter²⁷ oder von Amtes wegen²⁸ vorgenommen werden. Von Amtes wegen erfolgt der Eintrag jedoch nur, wenn die Löschung vollständig falsch war. Dies ist der Fall, wenn die Gesellschaft tatsächlich noch aktiv ist oder die Liquidation zu einem erheblichen Teil noch nicht

durchgeführt wurde.²⁹ War die Löschung nicht vollständig falsch, ist ein Antrag auf Wiedereintragung zu stellen. Legitimiert sind die Gläubiger, Gesellschafter und ehemaligen Organe wie Liquidatoren oder Verwaltungsräte.

Nicht wiedereingetragen werden können Zweigniederlassungen, deren Geschäftsbetrieb aufgehört hat, und zwar auch dann nicht, wenn Verbindlichkeiten aus dem Geschäftsbetrieb der gelöschten Zweigniederlassung geltend gemacht werden. Dies ergibt sich zunächst aus dem Umstand, dass die Zweigniederlassung über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt. Gerade deren Wiederherstellung zwecks Geltendmachung von Forderungen bildet jedoch das Ziel der Wiedereintragung. Daneben besteht für den Gläubiger die Möglichkeit, seine Forderung am Hauptsitz des weiterbestehenden Unternehmens trügers geltend zu machen.³⁰

Die Wiedereintragung erfolgt ohne Modifikation. Der neue Eintrag muss die gleichen Tatsachen und Rechtsverhältnisse enthalten, die im Zeitpunkt der Löschung bestanden haben.³¹ Die Firma ist mit dem Liquidationszusatz einzutragen und zwar zum Zwecke der Beendigung der Liquidation. Ausserdem ist in der Handelsregistereintragung ausdrücklich zu erwähnen, dass die Gesellschaft auf Antrag, zum Beispiel der Gläubiger, wieder eingetragen wird.³² Wurde seit der Löschung eine identische Firma ins Handelsregister eingetragen, muss die wiedereingetragene Firma einen Zusatz enthalten. Dieser ist gegebenenfalls von Amtes wegen einzutragen.³³

²³ *Marc-Antoine Schaub*, Les effets de la radiation et de la réinscription d'une société anonyme au registre du commerce, in: SAG 32 [1959/60], S. 186 f.; *Guillaume Vianin*, L'inscription au registre du commerce et ses effets, Diss. Freiburg 2000, S. 243.

²⁴ Ebenso BGE 132 III 731, 733 Erw. 3.1; BGE 73 III 61, 62 Erw. 1; BGE 42 III 37, 40; *Christoph von Greyerz*, Die Aktiengesellschaft, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/2, Basel/Frankfurt 1982, S. 285; A.M. *Wolfhart F. Bürgi/U. Nordmann*, Die Aktiengesellschaft, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/5, Zürich 1979, N 7 f. zu Art. 746 OR; *Peter Forstmoser*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Auflage, Zürich 1987, N 542; *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 56 N 152; *Hans Rudolf Kunz* (Fn. 18), S. 54; *Clemens Meisterhans*, Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, Diss. Zürich 1996, S. 287; *Marc-Antoine Schaub* (Fn. 23), S. 185 ff.

²⁵ *Christoph von Greyerz* (Fn. 24), S. 285.

²⁶ *Hans Rudolf Kunz* (Fn. 18), S. 58 f.; BGE 64 II 150, 154 Erw. 3; folgt man der Meinung, dass nicht die Löschung, sondern erst die Beendigung der Liquidation das Ende der Rechtspersönlichkeit bedeutet (vgl. Fn. 24), muss man konsequenterweise auch eine Pflicht der Liquidatoren zur Wiedereintragung bejahen. Eine Anmeldungspflicht der Liquidatoren ausdrücklich bejahend: *Massimo Calderan*, Die Wiedereintragung einer gelöschten Aktiengesellschaft, in: Jahrbuch des Handelsregisters 1992, S. 45; *Clemens Meisterhans* (Fn. 24), S. 287.

²⁷ Art. 57 Abs. 2 HRegV.

²⁸ Art. 941 OR, Art. 60 HRegV analog.

²⁹ *Alfred Siegwart* (Fn. 22), N 7 zu Art. 589 OR.

³⁰ BGE 98 Ib 100, 103 Erw. 1.

³¹ *Hans Rudolf Kunz* (Fn. 18), S. 53.

³² Anleitung und Weisung des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister an die kantonalen Handelsregisterbehörden betreffend die Prüfung von Firmen und Namen vom 1. Januar 1998, S. 67. Vgl. dort aufgeführtes Beispiel: «Mürb GmbH in Liquidation, in Hintermatt (letzte SHAB-Referenz). Die Gesellschaft wird auf Antrag eines Gläubigers wieder eingetragen. (Gegebenenfalls Angabe des Liquidators und des Liquidationsdomizils)».

³³ Anleitung und Weisung des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister an die kantonalen Handelsregisterbehörden betreffend die Prüfung von Firmen und Namen vom 1. Januar 1998, S. 68. Vgl. dort aufgeführtes Beispiel: «Alte Morsch AG in Liquidation» oder «Wiedereingetragene Morsch AG in Liquidation».

2. Voraussetzungen

Das Bundesgericht hat in ständiger Rechtsprechung Voraussetzungen zur Wiedereintragung entwickelt, welche gemäss Art. 941 OR von Amtes wegen zu prüfen sind.³⁴ Sie finden sowohl auf das konkursrechtliche wie auch auf das privatrechtliche Liquidationsverfahren nach den Art. 739 ff. OR Anwendung.³⁵

Überwiegend wird die Wiedereintragung von einem Gläubiger begehrt. Dieser hat gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts³⁶ ein schützenswertes Interesse an der Wiedereintragung und den Bestand der behaupteten Forderung glaubhaft³⁷ zu machen.³⁸ Das Interesse fehlt, wenn keine verwertbaren Aktiven der Gesellschaft mehr vorhanden sind³⁹ oder der Gläubiger seine Interessen auf einem anderen, ihm ebenfalls zumutbaren Weg durchsetzen

kann.⁴⁰ Das Begehren um Wiedereintragung ist somit lediglich ein subsidiärer Rechtsbehelf. Fehlt ein schutzwürdiges Interesse, so wird das Begehren vom Bundesgericht als rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB qualifiziert.⁴¹

Die ehemaligen Gesellschaftsorgane – insbesondere der Liquidator oder der Verwaltungsrat – einer gelöschten Gesellschaft haben laut Bundesgericht ein Recht auf Wiedereintragung, wenn neue Aktiven entdeckt werden. Zur Erlangung der Wiedereintragung ist die Existenz neu entdeckter Aktiven glaubhaft zu machen sowie ein schutzwürdiges Interesse der Gesellschaft an der Wiedereintragung aufzuzeigen.⁴²

Ebenfalls zu beurteilen hatte das Bundesgericht den Fall, da ein Kollektivgesellschaftler die Wiedereintragung der Kollektivgesellschaft verlangte. Es bejahte die Wiedereintragung unter den für einen Gläubiger geltenden Voraussetzungen.⁴³ In den meisten Fällen wird ein Kollektivgesellschaftler seine Interessen gegenüber der Gesellschaft und den Mitgesellschaftlern jedoch ohne Wiedereintragung verfolgen können. Denn eine Kollektivgesellschaft, die nur formell gelöscht, jedoch nicht tatsächlich liquidiert wurde, besteht aufgrund der deklarativen Natur der Löschung weiter.⁴⁴

Genauere Betrachtung verlangt das Kriterium des schutzwürdigen Interesses. Das Bundesgericht bejaht in casu ein schutzwürdiges Interesse eines Gläubigers, der zwecks Geltendmachung seiner Forderung sowie von Verantwortlichkeitsansprüchen die Wiedereintragung einer Gesellschaft fordert, die nach Einstellung des Konkurses mangels Aktiven i.S.v. Art. 230 SchKG im Handelsregister gemäss Art. 66 Abs. 2 HRegV gelöscht worden ist.⁴⁵ Denn Rechtsprechung und Lehre anerkennen, dass der Konkursrichter bei einer Einstellung des Konkurses mangels Aktiven auf seinen Entscheid zurückkommen kann, wenn nach Einstellung des Verfahrens neues Vermögen des Schuldners entdeckt oder noch Ansprüche

³⁴ BGE 60 I 23, 28 Erw. 1.

³⁵ BGE 110 II 396, 397 Erw. 2.

³⁶ Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Handelsregistersachen wurde 1929 vom Bundesrat auf das Bundesgericht übertragen (BG über die Eidg. Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege [VDG] vom 11. Juni 1928, in Kraft seit 1. März 1929). Bezüglich der Rechtsprechung zur Wiedereintragung übernahm das Bundesgericht die von der Vorinstanz entwickelten Grundsätze (vgl. BGE 57 I 39, 42 f. Erw. 1, BGE 60 I 23, 28 Erw. 2).

³⁷ Glaubhaft gemacht ist eine Behauptung, wenn der Richter von ihrer Wahrheit nicht völlig überzeugt ist, sie aber überwiegend für wahr hält, obwohl nicht alle Zweifel beseitigt sind (*Oscar Vogel/Karl Spühler*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Auflage, Bern 2001, S. 257 N 26). Der strikte Beweis ist, mit Blick auf die beschränkte Kognition des Handelsregisterführers, dem Zivilprozess vorbehalten (BGE 57 I 39, 42 Erw. 1; BGE 64 I 334, 335 Erw. 1).

³⁸ BGE 100 Ib 37, 38 Erw. 1 m.w.H.; BGE 121 III 324, 325 Erw. 1; BGE 132 III 731, 734 Erw. 3.2; in einzelnen Entscheiden (vgl. bspw. BGE 78 I 451, 454; BGE 87 I 301, 303) bezieht das Bundesgericht das Beweismass der Glaubhaftmachung nur auf die Forderung und verlangt für das schützenswerte Interesse einen Nachweis. Da jedoch in diesem Zusammenhang meist auf die ständige Rechtsprechung verwiesen wird und in BGE 95 I 60 ff. sogar beide Formulierungen im gleichen Entscheid verwendet werden, ist dieser unterschiedlichen Formulierung wohl keine selbständige Bedeutung zuzumessen.

³⁹ Der Gläubiger hat das Vorhandensein der Aktiven nur glaubhaft zu machen. Die Registerbehörde darf nur abklären, ob offensichtlich kein Vermögen mehr vorhanden ist. Dabei darf sie auch Möglichkeiten berücksichtigen, die von den Parteien nicht erwähnt wurden, da sie von Amtes wegen zu prüfen hat, ob eine Gesellschaft auf Begehren eines Gläubigers wieder einzutragen sei (BGE 100 Ib 37, 38 Erw. 1).

⁴⁰ Vgl. bspw. BGE 100 Ib 38 Erw. 1 m.w.H.; BGE 115 II 276, 277 Erw. 2; BGE 132 III 731, 734 Erw. 3.2.

⁴¹ Vgl. bspw. BGE 60 I 23, 30 Erw. 3; BGE 132 III 731, 734 Erw. 3.2.

⁴² BGE 78 I 451, 455.

⁴³ BGE 59 II 53, 59 Erw. 1.

⁴⁴ Vgl. hinten Kapitel III.A.1.

⁴⁵ BGE 132 III 731, 734 Erw. 3.3; ebenso BGE 110 II 396, 397 Erw. 2.

angemeldet werden.⁴⁶ So wird dem Gläubiger ermöglicht, sich Verantwortlichkeitsansprüche von der Konkursverwaltung abtreten zu lassen, wodurch ein schützenswertes Interesse des Gläubigers an der Wiedereintragung zu bejahen ist.⁴⁷

Ein solches liegt ebenfalls vor, wenn der Gläubiger die Wiedereintragung einer nach Einstellung des Konkurses mangels Aktiven gelöschten Gesellschaft verlangt, um diese gemäss Art. 230 Abs. 3 SchKG auf Pfändung betreiben zu können.⁴⁸

Das Bundesgericht bejaht ein schutzwürdiges Interesse auch, wenn sich dem Gläubiger anstelle der gelöschten Gesellschaft ein neuer Schuldner anbietet, gegenüber dem er seine Ansprüche geltend machen könnte. Hier bestehe ein Interesse des Gläubigers an der Wiedereintragung, da er ein Recht habe, sich an den bisherigen Schuldner zu halten und ihm ein Schuldnerwechsel nicht zugemutet werden dürfe.⁴⁹ Anders ist gemäss Bundesgericht jedoch zu urteilen, wenn zufolge besonderer Verhältnisse eine Art Personen- und Vermögensidentität vorliegt. Im konkreten Fall⁵⁰ hatten sich die Erben des unbeschränkt haftenden Gesellschafters und der beschränkt haftende Gesellschafter damit einverstanden erklärt, dass die Forderung ihnen gegenüber erhoben werde. Auf diese Weise wurde dem Gläubiger der Zugriff auf diejenigen Personen ermöglicht, auf welche das Sondervermögen der Kommanditgesellschaft übergegangen war. Diese besondere Konstellation liegt

auch dem hier diskutierten Entscheid zugrunde, auch wenn dies vom Bundesgericht nicht weiter erwähnt wird. Das Bundesgericht hält lediglich fest, dass der Nachlass X. schon deshalb kein schützenswertes Interesse an einer Wiedereintragung habe, da er gegen die B. AG als Solidarschuldnerin auf Anerkennung der Schuld klagen könne.⁵¹ Verlangt wird in casu die Wiedereintragung der A. AG, deren sämtliche Aktiven und Passiven gemäss Art. 181 OR auf die B. AG übergegangen sind. Somit besteht eine Art Vermögensidentität zwischen der A. AG und der B. AG. Da der Nachlass X. auf die B. AG als Solidarschuldnerin greifen kann, ist es ihm möglich, auf das Vermögen der A. AG Zugriff zu nehmen. Folglich begründet der Schuldnerwechsel in casu kein schützenswertes Interesse an der Inanspruchnahme der A. AG sowie an der Wiedereintragung.

3. Folgen

Die Wiedereintragung wirkt ex nunc.⁵² Sie bewirkt ein Wiederaufleben der Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft und Letztere wird wieder handlungsfähig.⁵³ Die Wiedereintragung macht jedoch die Auflösung der Gesellschaft nicht rückgängig, weshalb die Gesellschaftstätigkeit nicht wieder aufgenommen werden kann. Es wird lediglich die Liquidation durchgeführt bzw. beendet.

Die Organqualität wird durch die Wiedereintragung wiederhergestellt.⁵⁴ Damit leben auch die

⁴⁶ BGE 87 III 72, 78 Erw. 3 mit Zitaten; BGE 102 III 84 Erw. 4; BGE 110 II 396, 397 Erw. 2; Art. 269 SchKG kommt nicht zur Anwendung, da das Konkursamt kein Verzeichnis der beteiligten Gläubiger besitzt und daher eine formlose Verteilung nicht möglich ist (BGE 87 III 72, 78 Erw. 3; *Carl Jaeger/Hans Ulrich Walder/Thomas M. Kull/Martin Kottmann*, SchKG, 4. Aufl., Zürich 1997/99, N 4 zu Art. 230).

⁴⁷ BGE 110 II 396, 397 Erw. 2; *Harald Bärtschi*, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001, S. 175 f.; *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel* (Fn. 24), § 56 N 158; *Alain Hirsch*, SZW 72 (2000), S. 97; *Peter Widmer/Oliver Banz*, in: *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II*, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2002, N 26 zu Art. 757 OR. In der Lehre wird demgegenüber teilweise davon ausgegangen, dass die Einstellung mangels Aktiven einem Verzicht der Konkursverwaltung gleichkomme (vgl. *Pierre Tercier/Walter A. Stoffel*, *Das Gesellschaftsrecht* 1998/99, in: SZW 71 [1999], S. 308).

⁴⁸ *Carl Jaeger/Hans Ulrich Walder/Thomas M. Kull/Martin Kottmann* (Fn. 46), N 19 zu Art. 230.

⁴⁹ BGE 64 I 334, 336 Erw. 2; BGE 100 Ib 37, 41 Erw. 3.

⁵⁰ BGE 60 I 23, 30 Erw. 3.

⁵¹ BGE 132 III 731, 735 Erw. 3.4.

⁵² *Wolfhart F. Bürgi/U. Nordmann* (Fn. 24), N 14 zu Art. 746 OR.

⁵³ BGE 73 III 61, 62 Erw. 1; BGE 42 III 37, 40; *Christoph von Greyerz* (Fn. 24), S. 285; Beurteilt man die Löschung als deklarativ (vgl. Fn. 24), so ist konsequenterweise zu verneinen, dass die Wiedereintragung ein Wiederaufleben der Gesellschaft bewirke. Es liegt in diesem Fall tatsächlich nur eine Anpassung des Registereintrages an die Wirklichkeit vor und die Wiedereintragung ist wie die Löschung nur deklarativer Natur. Allerdings gestehen einige der Autoren, welche die Löschung als deklarativ betrachten, ihr dennoch eine gewisse Wirkung auf prozessualer Ebene zu. So könne die gelöschte Gesellschaft nicht mehr klagen oder beklagt werden sowie betreiben oder betrieben werden. Diesbezüglich wirkt sich in der Folge auch die Wiedereintragung aus. Vgl. zum Ganzen: *Wolfhart F. Bürgi/U. Nordmann* (Fn. 24), N 7 f. zu Art. 746 OR; *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel* (Fn. 24), § 56 N 158; *Hans Rudolf Kunz* (Fn. 18), S. 54; *Marc-Antoine Schaub* (Fn. 23), S. 185 ff.

⁵⁴ BGE 64 II 150, 154 Erw. 3.

Pflichten der Liquidatoren wieder auf.⁵⁵ Muss ein Liquidator eingesetzt werden, weil die bisherigen Liquidatoren, z.B. infolge Todes, nicht mehr vorhanden sind, kann dies Schwierigkeiten bereiten, vor allem wenn die Löschung der Gesellschaft bereits einige Zeit zurückliegt. Fehlen auch die vormaligen Verwaltungsräte und die Revisionsstelle, welche eine Generalversammlung zwecks Wahl des Liquidators einberufen könnten, und ist aufgrund vieler unbekannter Aktionäre eine Universalversammlung nicht möglich, so können Gläubiger und Aktionäre von der zuständigen Vormundschaftsbehörde die Bestellung eines Gesellschaftsbeistands gemäss Art. 393 Ziff. 4 ZGB verlangen. Dieser kann sodann eine Generalversammlung einberufen, welche den Liquidator ernannt.⁵⁶

Ist die Liquidation beendet, haben die Liquidatoren die Gesellschaft wieder zu löschen. Der Handelsregisterführer vollzieht die Löschung, sobald er von den kantonalen und eidgenössischen Steuerverwaltungen dazu ermächtigt worden ist.⁵⁷

B. Kognition des Handelsregisterführers im materiellen Bereich

Der Beschwerdeführer wirft der Aufsichtsbehörde eine Kompetenzüberschreitung bei der Prüfung der materiellen Voraussetzungen zur Wiedereintragung vor. Damit stellt sich die Frage der Kognition des Handelsregisterführers für diesen Bereich.

1. Im Allgemeinen

Gemäss Art. 940 Abs. 1 OR und Art. 21 HRegV hat der Handelsregisterführer bei Anmeldung einer Eintragung ins Handelsregister zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind. Während der Handelsregisterführer nach ständiger Rechtsprechung die formellen, registerrechtlichen Eintragungsvoraussetzungen frei, d.h. mit vol-

ler Kognition, prüfen darf, verfügt er hinsichtlich der Prüfung der materiellen Eintragungsvoraussetzungen nur über eine beschränkte Kognition.⁵⁸

Im Bereich der materiellen Eintragungsvoraussetzungen darf der Handelsregisterführer nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts nur bei Verletzung zwingender Gesetzesbestimmungen einschreiten, die dem Schutz Dritter oder öffentlichen Interessen dienen. Da die Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann, ist die Eintragung nur dann abzulehnen, wenn sie offensichtlich und unzweideutig dem Recht widerspricht, nicht dagegen, falls sie auf einer ebenfalls denkbaren Gesetzesauslegung beruht, deren Beurteilung dem Richter überlassen bleiben muss.⁵⁹ Ziel der materiellrechtlichen Prüfung ist gemäss Bundesgericht lediglich die Vermeidung offensichtlicher Mängel und die Sicherstellung der Vereinbarkeit mit bestimmten qualifizierten Rechtsnormen.⁶⁰ Ins Feld geführte Argumente für die sogenannte Kognitionsformel sind die Gewaltentrennung,⁶¹ die überwiegend dispositive Natur des Handelsrechts,⁶² die potenzielle Überlastung der Handelsregisterführer⁶³ sowie die Verhältnismässigkeit.⁶⁴

Die Doktrin hat sich ausführlich mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Kognition des Handelsregisterführers auseinandergesetzt und diverse Vorschläge für die zukünftige Regelung der Kognition im materiellen Bereich präsentiert.⁶⁵ Die

⁵⁸ BGE 114 II 68, 69 Erw. 2; BGE 132 III 668, 672 Erw. 3.1.

⁵⁹ BGE 114 II 68, 70 Erw. 2; BGE 117 II 186, 188 Erw. 1; BGE 132 III 668, 672 Erw. 3.1.

⁶⁰ BGE 114 II 68, 70 Erw. 2.

⁶¹ BGE 60 I 392; BGE 114 II 68, 70 Erw. 2; *Peter Beck*, Die Kognition des Handelsregisterführers im Rechte der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1953, S. 16; *Eduard His*, Handelsregister, Geschäftsfirmer und kaufmännische Buchführung, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Bern 1940, N 70 zu Art. 940 OR; *Werner Scherrer*, Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, in: *Wirtschaft und Recht* 15/1963, S. 52.

⁶² BGE 114 II 68, 70 Erw. 2; *Werner Scherrer* (Fn. 61), S. 56 f.

⁶³ *Rolf Bär*, Kognition des Handelsregisterführers, in: *REPRAX* 2000 (1), S. 58.

⁶⁴ *Martin K. Eckert* (Fn. 56), N 23 zu Art. 940 OR.

⁶⁵ Vgl. bspw. *Rolf Bär*, Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterführers, in: *Der bernische Notar* 4/1978, S. 410 ff.; *Rolf Bär* (Fn. 63), S. 53 ff.; *Alexander De Beer*, Minderheitenschutz durch erweiterte Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, in: *ZSR* 1995, S. 81 ff., insbes. S. 107 ff.; *Peter Forstmoser*, Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers – Geltende Praxis, Kritik und Lö-

⁵⁵ *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004, § 17 N 73.

⁵⁶ *Wolfhart F. Bürgi/U. Nordmann* (Fn. 24), N 18 zu Art. 740 OR; *Massimo Calderan* (Fn. 26), S. 47; *Martin K. Eckert*, in: *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II*, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2002, N 10 zu Art. 938 OR.

⁵⁷ *Manfred Küng*, Das Handelsregister, in: *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bd. VIII/1, 2. Auflage, Bern 2001, N 31 zu Art. 938 OR.

Kognitionsformel stösst dabei auf teilweise massive Kritik. So werden beispielsweise die fehlende gesetzliche Grundlage⁶⁶ und die mangelhafte Praktikabilität⁶⁷ der Kognitionsformel beanstandet. Das angeführte Argument der Gewaltentrennung wurde überzeugend widerlegt.⁶⁸ Aber es wird auch zu Recht auf Schwächen des handelsregisterrechtlichen Verfahrens hingewiesen, vor allem bezüglich einer umfassenden Tatsachenfeststellung,⁶⁹ sowie auf den drängenden Zeitfaktor,⁷⁰ welche gesamthaft eine Beschränkung der Kognition bedingen. Mit Blick auf die primäre Publizitätsfunktion des Handelsregisters bräute eine erweiterte Kognition möglicherweise Vorteile. Praktikabel wäre sie u. E. allerdings nicht. Einmal aufgrund der fehlenden Möglichkeit der Handelsregisterbehörden zur umfassenden Tatsachenfeststellung. Sodann darf die wirtschaftliche Bedeutung eines raschen Eintragungsverfahrens nicht unterschätzt werden. Daneben deckt sich die heutige Grenze der Kognition mit der Abgrenzung zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen.⁷¹ Nichtige Beschlüsse können überhaupt keine Wirkung entfalten, und ihre Eintragung ist folglich im Handelsregister, soweit möglich, zu verhindern. Bei anfechtbaren Beschlüssen ist jedoch offen, ob die Anfechtungsberechtigten ihr Recht ausüben oder den Beschluss anerkennen wollen. Somit hat der Handelsregisterführer anfechtbare Beschlüsse bis zum Vorliegen eines diesbezüglichen Urteils zu akzeptieren und einzutragen.

sungsvorschläge, in: REPRAX 1999 (2), S. 5 ff., 15 ff.; *Manfred Küng*, Die Prüfungspflicht des Handelsregisterführers in materiellrechtlichen Fragen, in: SAG 62/1990, S. 41 ff.; *Gerhard Winistöfer*, Bilanzanalyse und Kognitionsgestrüpp, in: REPRAX 1999 (2), S. 31 ff.

⁶⁶ *Alexander De Beer* (Fn. 65), S. 85 ff.

⁶⁷ *Manfred Küng* (Fn. 65), S. 41; *Clemens Meisterhans* (Fn. 24), S. 461.

⁶⁸ *Rolf Bär* (Fn. 65), S. 414 ff.

⁶⁹ *Rolf Bär* (Fn. 65), S. 423; *Rolf Bär* (Fn. 63), S. 53 ff.; *Peter Forstmoser* (Fn. 65), S. 12; *Robert Patry*, Le principe de la véracité et le pouvoir de contrôle des autorités du registre du commerce, in: *Der bernische Notar* 4/1978, S. 447.

⁷⁰ *Rolf Bär* (Fn. 65), S. 423; *Peter Forstmoser* (Fn. 65), S. 12, 14.

⁷¹ *Rolf Bär* (Fn. 65), S. 430 ff.; *René Couchepin*, Zur Prüfungspflicht des Handelsregisterführers, in: SAG 21/1948/49, S. 202; *ders.*, La limitation du pouvoir d'examen du préposé au registre du commerce, in: SAG 38/1966, S. 126; *Alexander De Beer* (Fn. 65), S. 97 ff.

2. In Bezug auf die Wiedereintragung einer Gesellschaft

Anders präsentiert sich die Situation, wenn der Handelsregisterführer mit einem Wiedereintragungsgesuch konfrontiert wird. Nach ständiger Rechtsprechung muss er die beantragte Wiedereintragung grundsätzlich vornehmen, es sei denn, ein Fall des Rechtsmissbrauchs liege vor. Dieser ist zu bejahen, wenn der Gesuchsteller über kein schützenswertes Interesse verfügt.⁷² Ein solches ist zu verneinen, wenn der Gläubiger seine Ansprüche auf einem anderen zumutbaren Weg geltend machen kann oder wenn keine verwertbaren Aktiven der Gesellschaft mehr vorhanden sind.⁷³ Gleiches gilt, wenn von vornherein feststeht, dass der Ansprecher den Zweck, den er mit der Wiedereintragung der Firma verfolgt, nicht erreicht.⁷⁴ Da gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB nur der offenbare Rechtsmissbrauch keinen Schutz findet, ist der Begriff des schutzwürdigen Interesses nicht zu eng zu fassen.⁷⁵ Die Registerbehörde darf insbesondere in Fällen, in denen ein Rechtsverhältnis von einer Eintragung abhängt, dessen Entstehung oder Wiederentstehung durch Ablehnung der Eintragung nur verhindern, wenn offensichtlich ist, dass es dem materiellen Zivilrecht widerspricht. Im Zweifel ist die Gesellschaft wieder einzutragen.⁷⁶

Wird ein Wiedereintragungsgesuch gestellt, prüft der Handelsregisterführer somit das Vorliegen eines

⁷² BGE 132 III 731, 734 Erw. 3.2.

⁷³ BGE 132 III 731, 734 Erw. 3.2.

⁷⁴ BGE 115 II 276, 277 Erw. 2.

⁷⁵ Vgl. bspw. BGE 100 Ib 37, 38 Erw. 1; BGE 115 II 276, 277 Erw. 2; diese Konkretisierung fehlt überraschenderweise im vorliegend besprochenen Entscheid (BGE 132 III 731, 734 Erw. 3.2). Es ist jedoch u. E. nicht von einer bewussten Auslassung dieses Kriteriums auszugehen, welche die Eingrenzung des Begriffs des schützenswerten Interesses bezwecken sollte. Eher ist davon auszugehen, dass die Konkretisierung zufällig oder als in casu nicht entscheidend weggelassen wurde. Dies bestätigt sich mit Blick auf den Verweis auf BGE 100 Ib 37, da in diesem Entscheid ebenfalls festgehalten wird, dass das schutzwürdige Interesse nicht zu eng zu fassen ist, da Art. 2 Abs. 2 ZGB nur den offenbaren Rechtsmissbrauch schütze. Auf jeden Fall ist das schützenswerte Interesse im vorliegenden Fall offensichtlich nicht gegeben, da der Schadenersatzanspruch gegen einen Verwaltungsrat wegen direkter Schädigung aus unerlaubter Handlung nach alter wie neuer Rechtsprechung zum Verantwortlichkeitsrecht eine jederzeitige Geltendmachung, unabhängig von Konkurs oder Löschung der Gesellschaft, zulässt.

⁷⁶ BGE 100 Ib 37, 38 Erw. 1.

schützenswerten Interesses. Wie vorne beispielhaft dargelegt, kann sich die Prüfung auf die Aktivlegitimation eines Gläubigers zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen, die Wertung der Zumutbarkeit eines Schuldnerwechsels und anderes beziehen. Damit geht die Prüfung im materiellen Bereich deutlich über jene aufgrund der Kognitionsformel hinaus. Dem Handelsregisterführer wird also hinsichtlich eines Wiedereintragungsgesuchs die fachliche und organisatorische Fähigkeit zur materiellen Prüfung in einem Umfang zugestanden, der ihm ansonsten abgesprochen wird. Die erweiterte Kognition hinsichtlich der Wiedereintragung findet aber ihre Rechtfertigung bereits in der Verschiedenheit des Prüfungsgegenstands. Richtet sich die Prüfung der materiellen Voraussetzungen durch den Handelsregisterführer in der Regel auf den Inhalt bzw. den Gegenstand der angemeldeten Eintragung, zielt sie hier auf das Gesuch um Wiedereintragung an sich. Vor allem aber bedarf es der erweiterten Kognition angesichts der möglicherweise einschneidenden Konsequenzen aus der Ablehnung eines Wiedereintragungsgesuches. Denn diese kann zur Folge haben, dass eine gelöschte Gesellschaft mangels Rechtsfähigkeit weder betrieben noch beklagt werden kann. Ist es dem Gläubiger jedoch verwehrt, gegen die Gesellschaft Klage vor dem Zivilrichter zu erheben, wird ihm die Möglichkeit genommen, seine Ansprüche vom ordentlichen Richter mit voller Kognition prüfen zu lassen. Existieren im konkreten Fall neben der Gesellschaft keine anderen Personen, gegen die der Gläubiger seine Ansprüche geltend machen könnte, bleiben ihm keine weiteren Handlungsmöglichkeiten. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit einer erweiterten Kognition für den Handelsregisterführer bei der Prüfung der materiellen Voraussetzungen zur Wiedereintragung. In vielen Bundesgerichtsentscheiden, auch im vorliegenden, erklärt das Bundesgericht, dem Handelsregisterführer komme gerade nicht die abschliessende Beurteilung der materiellen Voraussetzungen der Eintragung oder Löschung einer Gesellschaft zu, sondern diese obliege einzig dem ordentlichen Richter.⁷⁷ Wie dargelegt, ist dies nicht für alle Sachverhalte korrekt und dem Handelsregisterführer kann faktisch durchaus das letzte Wort zukommen. Abschliessend ist festzuhalten, dass hinsichtlich der Wiedereintragung als Einzelfall auch

die im Zusammenhang mit der Kognitionsformel zu Recht geltend gemachten Praktikabilitätsbedenken gegenüber einer erweiterten Kognition in den Hintergrund treten.

Während die erweiterte Kognition des Handelsregisterführers hinsichtlich Wiedereintragungsgesuchen zu begrüssen ist, muss aber eine volle Kognition diesbezüglich abgelehnt werden. Dies aufgrund der eingeschränkten Möglichkeiten des Handelsregisterführers zur umfassenden Tatsachenfeststellung.

IV. Fazit

Im vorliegenden Entscheid bestätigt das Bundesgericht seine Rechtsprechung hinsichtlich der Voraussetzungen für die Wiedereintragung einer gelöschten Gesellschaft auf Antrag eines Gläubigers. Demgemäss hat ein Gläubiger den Bestand seiner Forderung und sein Interesse an der Wiedereintragung glaubhaft zu machen. Letzteres fehlt, wenn keine verwertbaren Aktiven der Gesellschaft mehr vorhanden sind oder der Gläubiger seine Interessen auf einem anderen, ihm ebenfalls zumutbaren Weg durchsetzen kann. Mangelt es an einem schutzwürdigen Interesse, so wird das Begehren auf Wiedereintragung vom Bundesgericht als rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB qualifiziert.

Im Besonderen weist das Bundesgericht darauf hin, dass ein schützenswertes Interesse zu bejahen ist, wenn die Wiedereintragung dem Gläubiger im Falle einer Einstellung des Konkurses mangels Aktiven ermöglichen soll, von der Gläubigergemeinschaft die Abtretung von Verantwortlichkeitsansprüchen zu erlangen.

Das Bundesgericht äussert sich in Bezug auf die Wiedereintragung einer Gesellschaft auch zur Kognition des Handelsregisterführers im materiellen Bereich. Es hält fest, dass es weder dem Handelsregisterführer noch der Aufsichtsbehörde zukommen könne, endgültig über die materiellen Voraussetzungen in Bezug auf die Eintragung oder Löschung einer Gesellschaft zu urteilen, sondern dies dem ordentlichen Richter obliege. Daher haben sie das Vorliegen der Voraussetzungen zur Wiedereintragung nicht allzu streng zu beurteilen und nur diese Begehren abzuweisen, die missbräuchlich erscheinen. Dieser Fall liege vor, wenn jemand die Wiedereintragung ohne schützenswertes Interesse verlange. Wird ein Gesuch auf Wiedereintragung gestellt, prüft der Han-

⁷⁷ BGE 132 III 731, 734 Erw. 3.2.

delsregisterführer somit das Vorliegen eines schützenswerten Interesses und verfügt folglich über eine erheblich weitere – jedoch keine unbeschränkte – Kognition, als dies gewöhnlich unter Beizug der Kognitionsformel der Fall ist. Diese Erweiterung der Kognition findet jedoch ihre Rechtfertigung bereits in der Verschiedenheit des Prüfungsgegenstands. Richtet sich die Prüfung der materiellen Voraussetzungen durch den Handelsregisterführer in der Regel auf den Inhalt bzw. den Gegenstand der angemeldeten Eintragung, zielt sie hier auf das Gesuch um Wiedereintragung an sich. Vor allem aber bedarf es der erweiterten

Kognition angesichts der möglicherweise einschneidenden Konsequenzen aus der Ablehnung eines Wiedereintragungsgesuches. Denn diese kann zur Folge haben, dass eine gelöschte Gesellschaft mangels Rechtsfähigkeit weder betrieben noch beklagt werden kann. Damit ist der Fall denkbar, dass es einem Gläubiger verwehrt ist, seine Ansprüche vom Zivilrichter mit voller Kognition prüfen zu lassen. Im Weiteren treten hinsichtlich der Wiedereintragung als Einzelfall auch die im Zusammenhang mit der Kognitionsformel zu Recht geltend gemachten Praktikabilitätsbedenken in den Hintergrund.