

## **BGE 146 III 441**

Bundesgericht (BGE), 2014-11-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_146 III 441](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_146_III_441)

FR: ATF 146 III 441

IT: DTF 146 III 441

### **Regeste**

Regeste Löschung der konkursiten Gesellschaft im Handelsregister/Abtretung von Ansprüchen nach Art. 260 SchKG. Die Löschung der konkursiten Gesellschaft im Handelsregister hat keinen Einfluss auf die Aktivlegitimation der Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG (E. 2).

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

Der Beschwerdeführer verweist auf das Urteil des Bundesgerichts 4A\_384/2016 vom 1. Februar 2017 und macht geltend, nach der Löschung der Gesellschaft fehle der Rechtsträger der eingeklagten Forderung und ermangele es dem als Prozessstandschafter klagenden Gläubiger der Aktivlegitimation, womit dessen Klage als unbegründet abzuweisen sei (vgl. zit. Urteil 4A\_384/2016 E. 2.3). Er ist der Ansicht, die Vorinstanz hätte im Rechtsmittelverfahren die nach dem erstinstanzlichen Urteil erfolgte Wiedereintragung der Gesellschaft nicht berücksichtigen dürfen, da von den anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerinnen erwartet werden durfte, vor Klageeinreichung die ihre Aktivlegitimation begründende Wiedereintragung der Gesellschaft vorzunehmen. Die Feststellung der Vorinstanz, die Wiedereintragung hätte bei zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der Erstinstanz vorgebracht werden können, sei willkürlich. Auf diesen Punkt beziehungsweise die Frage, ob der Möglichkeit oder Zumutbarkeit, bereits früher eine Wiedereintragung im Handelsregister zu veranlassen, überhaupt Bedeutung zukommt (der Beschwerdeführer beruft sich an anderer Stelle selbst darauf, aus dem Handelsregister ersichtliche Tatsachen seien notorisch und müssten weder behauptet noch bewiesen werden), braucht nicht eingegangen zu werden. Denn entgegen dem zit. Urteil 4A\_384/2016 zeitigt die Löschung der konkursiten Gesellschaft im Handelsregister in Bezug auf nach Art. 260 SchKG abgetretene Ansprüche keine Auswirkungen auf die Aktivlegitimation der Abtretungsgläubiger:

#### **E. 2.1**

Soweit sich das zit. Urteil 4A\_384/2016 zur Rechtsstellung der Abtretungsgläubiger äussert, waren diese Erwägungen für den BGE 146 III 441 S. 443 Entscheidungsausgang nicht wesentlich, denn es war damals gerade keine Abtretung nach Art. 260 SchKG erfolgt. Auch nach dem zit. Urteil 4A\_384/2016 können sich Gesellschaftsgläubiger selbst dann noch auf Art. 757 Abs. 2 OR berufen, wenn das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt worden ist ( BGE 110 II 396 E. 2 S. 397). Denn ein mangels Aktiven geschlossener Konkurs kann vom Konkursrichter wiedereröffnet werden, wenn nachträglich noch zur Masse gehörendes Vermögen der Gesellschaft entdeckt wird, z.B. ein Verantwortlichkeitsanspruch ( BGE 110 II 396 E. 2 S. 397; Urteil des Bundesgerichts 5A\_306/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 3.1). Der Gesellschaftsgläubiger, der einen

Verantwortlichkeitsanspruch gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR geltend machen will, kann zu diesem Zweck die Wiedereintragung der Aktiengesellschaft im Handelsregister verlangen ( BGE 132 III 731 E. 3.2 und 3.3 S. 734 f.; BGE 110 II 396 E. 2 S. 397; Urteil des Bundesgerichts 4A.3/1993 vom 29. Juli 1993 E. 1a). Damit wird der Rechtsträger des Verantwortlichkeitsanspruchs wieder konstituiert und dem Gesellschaftsgläubiger wird ermöglicht, zunächst eine Kollokation seiner Forderung gegenüber der Gesellschaft zu erwirken. Anschliessend kann er eine Abtretung des Prozessführungsrechts nach Art. 260 SchKG verlangen oder den Anspruch auf Ersatz seines mittelbaren Gläubigerschadens gestützt auf Art. 757 Abs. 2 OR geltend machen (vgl. BGE 132 III 731 E. 3.3 S. 734). Denn nur ein rechtskräftig kollozierter Gesellschaftsgläubiger ist zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage nach Art. 757 Abs. 2 OR befugt ( BGE 136 III 322 E. 4.7 S. 333 mit Hinweisen). Mit der Wiedereintragung der Gesellschaft wird mithin die Grundlage geschaffen, um die zur Durchsetzung des mittelbaren Gläubigerschadens notwendigen Schritte einzuleiten (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4C.162/1998 vom 11. Dezember 1998 E. 4b, nicht publ. in: BGE 125 III 86 ; zit. Urteil 4A\_384/2016 E. 2.1.3). Im zit. Urteil 4A\_384/2016 gab mithin die mangelnde Kollokation den Ausschlag. Die Wiedereintragung war nötig, damit das Konkursverfahren durchgeführt werden konnte, was Voraussetzung für eine Abtretung nach Art. 260 SchKG bildet. Auf die diesbezüglichen Erwägungen, die das Bundesgericht seither bestätigt hat (Urteil des Bundesgerichts 4A\_407/2018 vom 5. Februar 2019 E. 4 mit Hinweisen; kritisch: GARBARSKI/MUSKENS, Conséquences de la radiation de la société anonyme sur l'action en responsabilité, Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen [GesKR] 2018 S. 452 ff., 461 ff.), braucht nicht weiter BGE 146 III 441 S. 444 eingegangen zu werden, da hier eine Abtretung nach Art. 260 SchKG erfolgt ist. Zu prüfen bleibt, ob die Löschung der Gesellschaft die Aktivlegitimation der Beschwerdegegnerinnen entfallen lässt, wie der Beschwerdeführer annimmt.

## **E. 2.2**

In der Lehre ist umstritten, ob Aktiengesellschaften mit der Löschung im Handelsregister untergehen oder nicht, ob also die Handelsregistereintragung für das Untergehen von Aktiengesellschaften konstitutiv ist (PETER GAUCH, Von der Eintragung im Handelsregister, ihren Wirkungen und der negativen Publizitätswirkung, Schweizerische Aktiengesellschaft [SAG] 48/1976 S. 139 ff., S. 147 f. Fn. 40; MARKUS VISCHER, Die Kontinuität auf Gesellschafterstufe bei Umstrukturierungen nach dem FusG, AJP 2019 S. 294 ff., 295 inkl. Fn. 13; FRANCO LORANDI, Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister nach Abschluss des Insolvenzverfahrens, AJP 2018 S. 724 ff., 727 f.; GARBARSKI/MUSKENS, a.a.O., S. 456; PHILIPP HABERBECK, Wann verliert eine liquidierte Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit?, Jusletter 10. April 2017 Rz. 3 ff.; je mit Hinweisen; vgl. für eine Übersicht der verschiedenen Lösungsansätze: PETER JUNG, Entstehung und Untergang von Kapitalgesellschaften, in: recht 31/2013 S. 79 ff., 85 ff.). Das zit. Urteil 4A\_384/2016 hält mit Hinweis auf die Rechtsprechung fest, mit der Löschung einer sich in Liquidation befindenden Aktiengesellschaft im Handelsregister gehe deren Rechtspersönlichkeit unter ( BGE 132 III 731 E. 3.2 [recte: 3.1] S. 733; Urteile des Bundesgerichts 5A\_65/2008 vom 15. Dezember 2008 E. 2.1; 4A\_188/2008 vom 9. September 2008 E. 4.4). Es kommt zum Schluss, damit fehle der Rechtsträger des Verantwortlichkeitsanspruchs auf Ersatz des Gesellschaftsschadens (zit. Urteil 4A\_384/2016 E. 2.1.3). Fehle aber der Rechtsträger der eingeklagten Forderung, ermangle es dem als Prozessstandschafter klagenden Gläubiger der Aktivlegitimation, womit dessen Klage

als unbegründet abzuweisen sei (zit. Urteil 4A\_384/2016 E. 2.3). Im Nachgang zu diesem Urteil wird in der Lehre die Auffassung vertreten, Aktivforderungen gingen mit der Löschung der Gesellschaft unter, und es wird daraus der Schluss gezogen, damit ermangele es dem Abtretungsgläubiger im Aktivprozess an der Aktivlegitimation und im Passivprozess an der Passivlegitimation (LORANDI, a.a.O., S. 728 f.).

### **E. 2.3**

Die Annahme, Aktivforderungen gingen mit der Löschung der Gesellschaft unter, stünde indessen im Widerspruch zur publizierten Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. E. 2.4 hiernach). BGE 146 III 441 S. 445 Deren Änderung liesse sich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelter Rechtsanschauung entspricht; andernfalls ist die bisherige Praxis beizubehalten. Eine Praxisänderung muss sich deshalb auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, die - vor allem im Interesse der Rechtssicherheit - umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erachtete Rechtsanwendung gehandhabt worden ist ( BGE 145 III 365 E. 3.3 S. 369; BGE 144 III 209 E. 2.3 S. 213; je mit Hinweisen). Mit der Frage, ob diese Voraussetzungen erfüllt waren, setzte sich das zit. Urteil 4A\_384/2016 nicht auseinander, weshalb nicht davon auszugehen ist, dass eine Änderung der Rechtsprechung beabsichtigt war. Die Annahme eines Wegfalls der Aktivlegitimation der Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG bei Löschung der Gesellschaft führt zu Rechtsunsicherheiten (E. 2.7 hiernach) und liesse sich weder mit der Systematik noch dem Zweck des SchKG und der dazugehörigen Verordnungen in Einklang bringen (vgl. E. 2.5 hiernach). Es besteht auch kein schützenswertes Interesse daran, für die Durchsetzbarkeit der Forderungen einen Eintrag zu verlangen (vgl. E. 2.6 hiernach). Daher darf der Löschung der Gesellschaft in Bezug auf nach Art. 260 SchKG abgetretene Forderungen keine massgebende Bedeutung zuerkannt werden.

### **E. 2.4**

Soweit die amtlich publizierte Rechtsprechung der Löschung im Handelsregister konstitutive Wirkung zuerkennt, zieht sie daraus nicht den Schluss, die Aktiv- oder Passivforderungen gingen mangels Rechtsträgerschaft unter:

#### **E. 2.4.1**

Das Bundesgericht hielt schon früh fest, da das Gesetz für den Erwerb der Rechtspersönlichkeit die Eintragung im Handelsregister fordere, müsse angenommen werden, auch ihr Fortbestand sei an diese Voraussetzung geknüpft und die Streichung der Gesellschaft im Handelsregister "infolge beendigter Liquidation" mit ihrem Untergang als Rechtssubjekt gleichbedeutend. Daraus zog es den Schluss, von diesem Zeitpunkt an sei eine Betreuung gegen die gelöschte Gesellschaft nicht mehr denkbar. Begründet wurde dies aber nicht mit dem Erlöschen der in Betreuung gesetzten Forderung, sondern vielmehr damit, dass das Erlöschen der Gesellschaft als Rechtsperson notwendig auch das Dahinfallen der Vertretungsmacht der bisherigen Verwaltung bzw. der Liquidatoren zur Folge habe, und es daher an einer Person, die für die Betreuungsschuld nerin rechtsverbindliche Erklärungen abgeben und der die Betreuungsurkunden zugestellt werden könnten, fehle ( BGE 42 III 37 S. 40). Auf diesen Entscheid verwies das Bundesgericht in BGE 73 III 61 E. 1 S. 62 und führte aus, "[...] faute de créancier, aucun acte de poursuite ne devait être accompli [...]". Dazu hielt es fest, die Ansicht der damaligen Vorinstanz, bei Auffinden eines Vermögenswertes nach Abschluss der Liquidation würden

die Befugnisse des Liquidators wiederaufleben, missachte, dass ein Wiederaufleben der Befugnisse den Wiedereintrag der Gesellschaft in das Handelsregister voraussetze. Auch hier war es nicht der Untergang der Forderungen, der einer Betreibung entgegenstand, sondern die fehlende Möglichkeit, für die BGE 146 III 441 S. 446 Betreibungsschuldnerin rechtsverbindliche Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen. Es ging um die Fähigkeit, am Rechtsverkehr teilzunehmen.

#### **E. 2.4.2**

In Bezug auf die Forderungen erkannte das Bundesgericht, die Liquidation sei nicht abgeschlossen, solange noch Ansprüche oder Verpflichtungen auf den Namen der Gesellschaft bestünden. Zeige sich, dass eine Löschung zu Unrecht erfolgt sei, so könnten die Berechtigten die Wiedereintragung verlangen ( BGE 57 I 39 E. 1 S. 42, 233 S. 235; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_467/ 2018 vom 9. Mai 2019 E. 4.1). Dass die Löschung der Gesellschaft nicht zum Untergang der Forderung führt, ergibt sich deutlich aus BGE 59 I 161 . Dort war eine Baugenossenschaft dem Gläubiger Fr. 40'000.- schuldig geworden. Diese Schuld hatte ein Dritteigentümer durch eine Grundpfandverschreibung (Kapitalhypothek) auf seiner Liegenschaft sichergestellt. Am 2. November 1932 war über die Baugenossenschaft der Konkurs eröffnet und am 10. November 1932 mangels Aktiven wieder eingestellt worden. Infolge der Konkursöffnung hatte das Handelsregisteramt die Baugenossenschaft gelöscht. Das Bundesgericht hielt in seiner Entscheid ausdrücklich fest, diese Schuld bestehe heute (der Entscheid datiert vom 17. Juli 1933) noch zu Recht ( BGE 59 I 161 Sachverhalt C S. 162). Die Löschung der Gesellschaft hatte mithin keinen Einfluss auf den Bestand der Forderung. Zudem entschied das Bundesgericht, die Betreibung auf Verwertung des Drittpfandes könne gegen den Dritteigentümer des Pfandes allein angehoben werden in analoger Anwendung von aArt. 89 Abs. 2 der Verordnung des Bundesgerichts vom 23. April 1920 über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG; SR 281.42) in der damaligen Fassung (BS 3 146). In diesem Falle könne der gar nicht mehr existierende persönliche Schuldner BGE 146 III 441 S. 447 ebenfalls beiseite gelassen werden und brauche nicht durch Wiedereintragung in das Handelsregister zum Wiederaufleben gebracht zu werden zum blossen Zwecke der Verwertung des einem Dritten gehörenden, für eine Schuld der inzwischen untergegangenen juristischen Person gesetzten Pfandes ( BGE 59 I 161 S. 164). Soweit eine Beteiligung der gelöschten Gesellschaft für die Verwertung nicht notwendig war, wurde keine Wiedereintragung verlangt. Heute ist eine analoge Anwendung von aArt. 89 Abs. 2 VZG nicht mehr notwendig, da der Fall, dass eine juristische Person infolge Konkurses untergegangen ist, im seit dem 1. Januar 1997 in Kraft stehenden Art. 89 Abs. 2 VZG ausdrücklich eingeschlossen wurde.

#### **E. 2.4.3**

In BGE 132 III 731 E. 3.1 S. 733, auf den das zit. Urteil 4A\_384/2016 E. 2.1.3 verweist, hat das Bundesgericht präzisiert: "L'existence juridique d'une société anonyme en liquidation cesse lorsque, à l'issue de la liquidation, celle-ci est radiée du registre du commerce." Dazu wird auf BGE 117 III 39 E. 3b verwiesen. Dort wird festgehalten, mit der Konkursöffnung verliere eine Aktiengesellschaft ihre juristische Persönlichkeit zwar nicht; ihre rechtliche Existenz höre erst auf, wenn - nach Beendigung der Liquidation ( Art. 746 OR ) - ihre Firma im Handelsregister gelöscht werde. Indessen trete die Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses unmittelbar ins Stadium der Liquidation ( Art. 736 Ziff. 3 OR ). Gleichzeitig werde ihre Handlungsfähigkeit zugunsten der Konkursmasse

aufgehoben ( BGE 117 III 39 E. 3b S. 41 f.). Es ging in BGE 117 III 39 um den Umfang, in dem die Organe einer in Konkurs stehenden Aktiengesellschaft die Vertretungsbefugnis behalten, nicht um das Schicksal von noch nicht liquidierten Vermögenswerten nach Löschung der Gesellschaft. Dazu hält BGE 132 III 731 E. 3.1 S. 733 vielmehr in Übereinstimmung mit der in E. 2.4.2 hiervor zitierten Rechtsprechung fest: "Il est cependant possible si, après la clôture de la liquidation, des biens ou des prétentions non pris en compte sont découverts [...], que la société radiée soit réinscrite au registre du commerce, sous certaines conditions." Soweit das Bundesgericht in BGE 132 III 731 E. 3.1 S. 733 eine Präzisierung seiner älteren Rechtsprechung sah, verstand es diese nicht im Sinne eines Untergangs der Rechtsträgerschaft, sondern im Gegenteil als Einschränkung der Annahme, die Streichung der Gesellschaft im Handelsregister "infolge beendigter Liquidation" sei mit ihrem Untergang als Rechtssubjekt gleichbedeutend. Diese BGE 146 III 441 S. 448 Konsequenz wurde in späteren Entscheiden gestützt auf BGE 132 III 731 erst einer Löschung nach beendigter Liquidation zuerkannt (Urteile des Bundesgerichts 2C\_408/2012 vom 25. September 2012 E. 3.1; 4A\_231/2011 vom 20. September 2011 E. 2), beziehungsweise festgehalten, die Löschung begründe nur die Vermutung, dass die gelöschte Gesellschaft nicht mehr existiere (Urteil des Bundesgerichts 4A\_16/2010 vom 6. April 2010 E. 5.1.2; zit. Urteil 2C\_408/2012 E. 3.1; vgl. auch JUNG, a.a.O., S. 89 f.).

#### **E. 2.4.4**

Das Bundesgericht geht in seiner Rechtsprechung mithin davon aus (und hielt daran im zit. Urteil 4A\_467/2018 E. 4.1 auch in neuster Rechtsprechung fest), dass die Forderungen auch nach Löschung der Gesellschaft im Handelsregister weiterhin auf den Namen der Gesellschaft bestehen. Mit Urteil 4A\_5/2008 vom 22. Mai 2008 E. 1.4 bestätigte das Bundesgericht nochmals (auch wenn die Frage nicht abschliessend behandelt zu werden brauchte), dass von der Löschung nicht der Bestand der Forderungen betroffen ist und die Löschung der Gesellschaft weder automatisch zum Untergang der dieser zustehenden Forderungen noch zum Untergang der Konkursforderung des prozessführenden Gläubigers führt, als deren Nebenrecht die Prozessführungsbefugnis gemäss Art. 260 SchKG angesehen wird.

#### **E. 2.4.4.1**

Allerdings hält das ebenfalls im zit. Entscheid 4A\_384/2016 zitierte Urteil 5A\_65/2008 in E. 2.1 in Bezug auf die Löschung einer Gesellschaft von Amtes wegen nach Abschluss des Konkursverfahrens durch Entscheid des Gerichts unter Verweis auf BGE 132 III 731 E. 3.1 S. 733 Folgendes fest: "La radiation a pour conséquence que la société cesse d'exister juridiquement." Daraus wurde der Schluss gezogen: "Dans une pareille situation, le droit patrimonial ayant échappé à la liquidation est une chose sans maître, l'art. 269 al. 1 LP l'emportant sur les art. 57 al. 1 et 466 CC; l'art. 269 al. 1 LP implique aussi que les créances renaissent et sont gérées par l'office des faillites afin de procéder à leur recouvrement en faveur des créanciers renvoyés perdants dans la faillite" (in diesem Sinne auch: PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. 3, 2001, N. 17 zu Art. 269 SchKG ). Zwar ist hier tatsächlich von einem Wiederaufleben der Forderungen die Rede und die Vermögenswerte der gelöschten Gesellschaft werden als herrenlos (sans maître) bezeichnet. Dies aber nicht etwa mit der Folge, dass die Forderungen herrenlos blieben BGE 146 III 441 S. 449 und für Sachen Art. 718 ZGB zum Zuge käme, sondern es wird klargestellt, dass anstelle der in den Art. 57 Abs. 1 und Art. 466 ZGB vorgesehenen Rechtsnachfolge des Gemeinwesens nach Art. 269 Abs.

1 SchKG die Zuständigkeit des Konkursamtes tritt (vgl. auch GILLIÉRON, a.a.O., N. 17 zu Art. 269 SchKG ). Für GILLIÉRON, auf den sich das zit. Urteil 5A\_65/2008 unter anderen stützt, ist indessen nicht die dogmatische Einordnung entscheidend, sondern die Möglichkeit der Befriedigung der zu Verlust gekommenen Beteiligten: "[...] à moins qu'il soit plus simple de dire qu'ils [les créances des entités juridiques qui ont cessé d'exister avec la clôture de leur faillite] renaissent pour être dévolues aux intervenants renvoyés perdants, bref des lémures"). Die Durchführung eines Nachkonkurses nach Art. 269 Abs. 1 SchKG setzt aber, soweit die Konkursmasse darin nicht Ansprüche oder sonstige Aktiven aktiv geltend machen will (namentlich durch Vergleich, Betreuung, Klage, Schiedsverfahren etc.), keine Wiedereintragung voraus (LORANDI, a.a.O., S. 727 mit Hinweisen). Auch dieser Entscheid verlangt keine Wiedereintragung der Gesellschaft zur Verwertung der Ansprüche.

#### **E. 2.4.4.2**

Derartiges kann auch aus dem zit. Urteil 4A\_188/2008, das im zit. Urteil 4A\_384/2016 ebenfalls angeführt wird, nicht abgeleitet werden. Auch dort erkannte das Bundesgericht in E. 4.4 unter Verweis auf die BGE 132 III 731 E. 3.1 und BGE 117 III 39 E. 3b, mit der Löschung der Firma im Handelsregister nach beendigter Liquidation hore die rechtliche Existenz der Aktiengesellschaft auf. Es wurde festgehalten, im damals zu beurteilenden Fall könne von einer nachträglichen Entdeckung von Vermögenswerten keine Rede sein. Es ging nicht um die Rechtsträgerschaft an Vermögenswerten, sondern um eine Verzichtserklärung zugunsten einer nach Abschluss des Konkursverfahrens bereits gelöschten Gesellschaft. Im Zeitpunkt der Verzichtserklärung hatte im damals zu beurteilenden Fall die Verteilung längst stattgefunden, und war das Konkursverfahren vom zuständigen Gericht für geschlossen erklärt worden (vgl. Art. 268 SchKG ). Damit war die Zuständigkeit der Konkursverwaltung, über Gegenstände der Masse zu verfügen, unter Vorbehalt von Art. 269 SchKG erloschen ( BGE 120 III 36 E. 3 S. 38; Urteil des Bundesgerichts 5A\_50/2015 vom 28. September 2015 E. 3.3). Deswegen war wesentlich, dass keine nachträglich entdeckten Vermögenswerte zur Debatte standen, die es dem Konkursamt erlaubt hätten, nach Art. 269 SchKG einen Nachkonkurs durchzuführen. Ausserhalb eines BGE 146 III 441 S. 450 Nachlassverfahrens ist ein Forderungsverzicht nach schweizerischem Recht aber allein in einem Aufhebungsvertrag nach Art. 115 OR möglich. Dabei handelt es sich um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, das durch einen Antrag und dessen Annahme zustande kommt, also der Zustimmung beider Parteien bedarf (Urteil des Bundesgerichts 4C.363/2001 vom 7. Juli 2003 E. 3 mit Hinweis). Diese konnte das Konkursamt mangels Zuständigkeit nicht mehr rechtswirksam geben und hätte einer Wiedereintragung bedurft (zit. Urteil 4A\_188/2008 E. 4.4). Auch hier ging es mithin um eine Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr.

#### **E. 2.5**

Auch ein Blick auf die Einbindung von Art. 260 SchKG in den Nachkonkurs ( Art. 269 Abs. 3 SchKG ) verdeutlicht, dass nach erfolgter Abtretung die Löschung der Gesellschaft keinen Einfluss auf die Aktivlegitimation der Abtretungsgläubiger haben kann und keine Wiedereintragung notwendig ist, damit die im eigenen Namen klagenden Gläubiger die Ansprüche der gelöschten Gesellschaft geltend machen können:

##### **E. 2.5.1**

Bei der "Abtretung" nach Art. 260 SchKG handelt es sich nicht um eine Abtretung im zivilrechtlichen Sinne, sondern vielmehr um ein betreibungs- und prozessrechtliches Institut sui generis ( BGE 145 III 101 E. 4.1.1 S. 103; BGE 144 III 552 E. 4.1.1 S. 554; BGE 109 III 27 E. 1a S. 29; je mit Hinweisen), mit dem die Prozessführungsbefugnis übertragen wird. Die Abtretungsgläubiger handeln zwar im Prozess in eigenem Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko, werden durch die Abtretung indes nicht Träger des abgetretenen Anspruchs ( BGE 139 III 391 E. 5.1 S. 394; BGE 121 III 488 E. 2b S. 492; je mit Hinweisen). Die Konkursmasse beziehungsweise die konkursite Gesellschaft ist aber nicht Prozesspartei (vgl. JEANNERET/CARRON, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 42 zu Art. 260 SchKG ). Die Abtretungsgläubiger können Leistung direkt an sich selbst verlangen ( BGE 139 III 391 E. 5.1 S. 395 mit Hinweisen). Unter diesen Gesichtspunkten ist es für den Prozess der Abtretungsgläubiger nicht notwendig, dass die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen bleibt.

### **E. 2.5.2**

Die Prozessführungsbefugnis der Abtretungsgläubiger entspringt einer vollstreckungsrechtlichen Spezialregelung, mit welcher dem Gläubiger das Klagerecht der Konkursmasse übertragen wird ( BGE 117 II 432 E. 1b/ff S. 439). Art. 260 SchKG eröffnet eine besondere Möglichkeit, der Konkursmasse zu Aktiven zu verhelfen, BGE 146 III 441 S. 451 die zwar bestritten sind, aber zur Masse gehören ( BGE 111 II 81 E. 3b S. 85). Sie dient dem mit der Konkurseröffnung über eine Gesellschaft allgemein verfolgten Zweck, im Interesse der Gesellschaftsgläubiger das zur Masse gehörende Vermögen erhältlich zu machen (zit. Urteil 4A\_5/2008 E. 1.4).

### **E. 2.5.3**

Mit dem von Art. 260 SchKG und dem Konkursverfahren an sich verfolgten Zweck liesse es sich nicht vereinbaren, die Prozessführungsbefugnis bei Löschung der Gesellschaft im Handelsregister dahinfallen zu lassen. Art. 95 der Verordnung vom 13. Juli 1911 über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV; SR 281.32) hält zum Einfluss von Prozessen nach Art. 260 SchKG auf den Schluss des Konkursverfahrens vielmehr fest, sofern eine Abtretung von Rechtsansprüchen der Masse an einzelne Konkursgläubiger im Sinne von Artikel 260 SchKG stattgefunden habe und anzunehmen sei, aus der Verfolgung der abgetretenen Rechte werde sich nicht ein Überschuss zugunsten der Masse ergeben, habe das Konkursamt dem Konkursgerichte unter Einsendung der Akten darüber Antrag zu stellen, ob das Konkursverfahren sofort geschlossen oder ob mit dem Schluss des Verfahrens bis nach durchgeführter Geltendmachung des Anspruchs zugewartet werden soll (vgl. BGE 127 III 526 E. 3 S. 528 mit Hinweisen; zit. Urteile 4A\_5/2008 E. 1.4; 4A\_188/2008 E. 4.4; 5A\_50/2015 E. 3.4.2; MARK REUTTER, Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter [KOV], Milani/Wohlgemuth [Hrsg.], 2016, N. 5 ff. zu Art. 95 KOV ). Nach Art. 159 Abs. 5 lit. b der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV; SR 221.411) wird aber eine Rechtseinheit von Amtes wegen gelöscht, wenn das Konkursverfahren durch Entscheid des Gerichts abgeschlossen wird. Wäre der Eintrag der Gesellschaft notwendig, um die Ansprüche geltend zu machen, würde ein vorher erfolgter Abschluss des Konkursverfahrens keinerlei Sinn ergeben (vgl. THOMAS BAUER, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband, 2. Aufl. 2017, N. 35 zu Art. 260 SchKG ; GARBARSKI/MUSKENS, a.a.O., S. 464), da er die Löschung der Gesellschaft von Amtes wegen und damit - wollte man der Auffassung des Beschwerdeführers folgen - den Verlust der Aktivlegitimation der

nach Art. 260 SchKG klagenden Gläubiger nach sich ziehen würde. Das Bundesgericht hat vielmehr festgehalten, dass trotz der nach Konkurschluss vorzunehmenden Löschung der konkursiten Gesellschaft im Handelsregister ( Art. 159 Abs. 5 lit. b HRegV ) im Falle eines sich aus den nach Art. 260 SchKG BGE 146 III 441 S. 452 verfolgten Ansprüchen ergebenden Überschusses für die Masse eine Nachverteilung an die Konkursgläubiger möglich sei (zit. Urteil 5A\_50/2015 E. 3.4.3), was auch LORANDI (a.a.O., S. 726) anerkennt. Dies setzt, wie die Beschwerdegegnerinnen zutreffend einwenden, voraus, dass die nach Art. 260 SchKG verfolgten Ansprüche trotz einer Löschung der Gesellschaft erfolgreich durchgesetzt werden können.

#### **E. 2.5.4**

Werden nach Schluss des Konkursverfahrens Vermögensstücke entdeckt, welche zur Masse gehörten, aber nicht zu derselben gezogen wurden, so nimmt das Konkursamt dieselben in Besitz und besorgt ohne weitere Förmlichkeit die Verwertung und die Verteilung des Erlöses an die zu Verlust gekommenen Gläubiger nach deren Rangordnung ( Art. 269 Abs. 1 SchKG ). Die Löschung der Gesellschaft steht einem Nachkonkurs nach Art. 269 SchKG nicht entgegen. Für die Verwertung und Nachverteilung muss die im Handelsregister gelöschte Gesellschaft deshalb auch nicht wieder eingetragen werden. Zur Abwicklung des Nachkonkurses ist das (ordentliche) Konkursamt zuständig (vgl. LORANDI, a.a.O., S. 727 mit Hinweisen). Die genannten insolvenzrechtlichen Aspekte werden von der Löschung der schuldnerischen Gesellschaft im Handelsregister nicht berührt. Nur soweit die Konkursmasse im Nachkonkurs durch Vergleich, Betreibung, Klage, Schiedsverfahren etc. Ansprüche aktiv geltend machen will, besteht eine Notwendigkeit, die gelöschte juristische Person wieder im Handelsregister eintragen zu lassen. Das anerkennt auch die Lehre, die einen Untergang der Forderungen durch Löschung der Gesellschaft annimmt (LORANDI, a.a.O., S. 727 mit Hinweisen; vgl. E. 2.4.4.1 hiervor). Hier erweist sich diese Lehrmeinung indessen als inkonsequent: Wenn man annimmt, die Aktivforderungen gingen mit der Löschung der Gesellschaft unter, bestünden nach der auf den Schluss des Konkursverfahrens von Amtes wegen vorzunehmenden Löschung keine Forderungen mehr. Forderungen die zur Masse gehörten, aber nicht zu derselben gezogen wurden, könnten damit an sich erst nach der Wiedereintragung entdeckt werden, weil sie erst ab diesem Zeitpunkt wieder existieren würden. Und selbst wenn man einwenden wollte, auch untergegangene Forderungen könnten entdeckt werden, könnten sie jedenfalls erst nach der Wiedereintragung verwertet werden.

#### **E. 2.5.5**

Dies entspricht nicht der Meinung des Gesetzgebers und wird auch von der Lehre (LORANDI, a.a.O., S. 727 mit Hinweisen) nicht vertreten. Art. 269 Abs. 3 SchKG hält ausdrücklich fest: Handelt es BGE 146 III 441 S. 453 sich um einen zweifelhaften Rechtsanspruch, so bringt das Konkursamt den Fall durch öffentliche Bekanntmachung oder briefliche Mitteilung zur Kenntnis der Konkursgläubiger, und es finden die Bestimmungen des Art. 260 SchKG entsprechende Anwendung. Der Gesetzgeber geht mithin davon aus, im Rahmen des Nachkonkurses, der keine Wiedereintragung voraussetzt, könnten Forderungen auftauchen und nach Art. 260 SchKG abgetreten werden. Wenn aber die Wiedereintragung in diesem Zeitpunkt nach der gesetzlichen Regelung nicht notwendig ist, kann auch eine bereits vor Löschung der Gesellschaft erfolgte Abtretung nicht durch die Löschung beeinflusst werden.

## **E. 2.6**

Es besteht auch kein schützenswertes Interesse daran, die Klagebefugnis mit der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister entfallen zu lassen.

### **E. 2.6.1**

Mit der Abtretung nach Art. 260 SchKG wird der Abtretungsgläubiger formell Prozesspartei und haftet damit für sämtliche Prozesskosten (vgl. JEANNERET/CARRON, a.a.O., N. 42 zu Art. 260 SchKG). Die Gegenpartei hat diesbezüglich mit der gelöschten Gesellschaft nichts mehr zu tun (vgl. E. 2.5.1 hiervor).

### **E. 2.6.2**

Selbst wenn man davon ausgehen wollte, die Forderung gehe an sich mit der Löschung der Gesellschaft unter, würde dies sodann nichts daran ändern, dass die Forderung mit der Wiedereintragung wiederaufleben würde und vom Schuldner beglichen werden müsste. Ein definitiver Wegfall der Zahlungsverpflichtung wird aus dem Untergang der Gesellschaft nicht abgeleitet (zit. Urteil 4A\_384/2016 E. 2.1.3; LORANDI, a.a.O., S. 731; je mit Hinweisen). Infolge der Akzessorietät würde mit dem Wiederaufleben der Forderung auch die Abtretungsverfügung wieder Wirksamkeit (ex nunc) erlangen; eine neue Abtretung wäre nicht erforderlich (LORANDI, a.a.O., S. 731). Da aber beim Wiederaufleben der Forderung seither eingetretene Ereignisse wie der sonstige Untergang des Anspruchs vorbehalten blieben (LORANDI, a.a.O., S. 730 am Ende), würde die Zahlung gegenüber den klagenden Gläubigern den Schuldner unabhängig davon befreien, ob die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen ist. Die klagenden Gläubiger könnten nach Wiedereintragung nicht erneut klagen, weil sie sich sonst in Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten setzen würden, die Konkursmasse auch nicht, da mit der Wiedereintragung die Abtretung wieder Gültigkeit erlangen würde. Die Gefahr einer Doppelzahlung bestünde nicht. Ob die Gesellschaft BGE 146 III 441 S. 454 eingetragen ist oder nicht, hat auf den Ablauf des Prozesses keinen Einfluss, da die Gesellschaft nicht Partei ist (vgl. E. 2.5.1 und 2.6.1 hiervor). Der Einwand, es sei eine Wiedereintragung nötig, erweist sich als blosser Schikane, um sich der in jedem Fall gegenüber den Abtretungsgläubigern zu erbringenden Zahlung zu entziehen. Ein derartiges Verhalten verdient keinen Rechtsschutz (vgl. BGE 137 III 556 E. 4.6 S. 562; anders im zit. Urteil 4A\_384/2016, wo an die Klagenden mangels Abtretung der Forderung nach Art. 260 SchKG nicht mit befreiender Wirkung hätte geleistet werden können). Dass es dem Beschwerdeführer einfach darum geht, sich seinen Zahlungspflichten zu entziehen, zeigt sich auch daran, dass er sich nun, da die Wiedereintragung erfolgt ist, gegen die Berücksichtigung dieser Tatsache wehrt.

### **E. 2.7**

Dass eine Gesellschaft vor Beendigung der Prozesse über die nach Art. 260 SchKG abgetretenen Ansprüche gelöscht wird, entspricht nicht nur den Verordnungen zum SchKG, sondern einer verbreiteten Praxis (GARBARSKI/MUSKENS, a.a.O., S. 463). Entsprechend führte das zit. Urteil 4A\_384/2016 einerseits zu Rechtsunsicherheit und einer Häufung von Wiedereintragungsgesuchen (vgl. ZR 118/2019 S. 272 ff., 273) und andererseits dazu, dass in der Lehre (LORANDI, a.a.O., S. 732 f.; GARBARSKI/MUSKENS, a.a.O., S. 464) und Praxis (vgl. ZR 118/2019 S. 272 ff., 273) nach Möglichkeiten gesucht wird, den an sich vorgesehenen Abschluss des Konkursverfahrens oder zumindest die sich daran anschliessende Löschung der Gesellschaft hinauszuzögern. Unabhängig davon, ob die im zit. Urteil 4A\_384/2016 angestellten Überlegungen aus dogmatischer Sicht stichhaltig

erscheinen, dürfen solche Überlegungen in einem Gesetz, das den Zweck verfolgt, im Interesse der Gesellschaftsgläubiger das zur Masse gehörende Vermögen erhältlich zu machen (zit. Urteil 4A\_5/2008 E. 1.4), nicht zu einer Rechtslage führen, die in der Lehre als tückenreich (LORANDI, a.a.O., S. 732) oder gar als eigentliche Pandorabüchse (GARBARSKI/ MUSKENS, a.a.O., S. 459) angesehen wird. Die Auslegung zwangsvollstreckungsrechtlicher Bestimmungen darf nicht losgelöst von den praktischen Bedürfnissen vorgenommen werden (vgl. GILLIÉRON, a.a.O., N. 10 zu Art. 260 SchKG, der bei der Auslegung zwangsvollstreckungsrechtlicher Bestimmungen voraussetzt: "[...] que le juge garde les pieds sur terre."). Unabhängig von der Kontroverse um die Natur der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister (vgl. E. 2.2 hiervor) und den dogmatischen Schlüssen, die daraus allenfalls gezogen werden könnten, BGE 146 III 441 S. 455 darf in Bezug auf die Verwertung von Forderungen im Rahmen des SchKG aus dem zit. Urteil 4A\_384/2016 mithin weder abgeleitet werden, mit der Löschung der Gesellschaft gingen auf diese lautende Forderungen unter und lebten erst mit der Wiedereintragung wieder auf, noch dass die Löschung der Geltendmachung einer nach Art. 260 SchKG abgetretenen Forderung entgegensteht. Vielmehr können solche Forderungen auch nach Löschung der Gesellschaft aufgefunden und im Rahmen eines Nachkonkurses ohne Wiedereintragung der Gesellschaft verwertet werden. Gesetz und Rechtsprechung gehen davon aus, auch nach der Löschung einer Rechtseinheit im Handelsregister könnten nicht liquidierte Vermögenswerte und Forderungen auf den Namen der Gesellschaft vorhanden sein. Diese Vermögenswerte sind zu liquidieren. Ausserhalb eines Konkursverfahrens setzt dies die Wiedereintragung der Gesellschaft ins Handelsregister voraus (vgl. Art. 164 Abs. 1 lit. a HRegV), da es der Gesellschaft sonst nur schon an Organen mangeln würde, welche die Liquidation durchführen könnten. Hier unterscheidet sich die Situation von den Fällen, in denen ein Konkursverfahren durchgeführt wurde. Aufgrund der Abtretung nach Art. 260 SchKG sind die Abtretungsgläubiger zur Eintreibung der abgetretenen Ansprüche berufen, auch wenn das Konkursverfahren im Übrigen geschlossen und die konkursite Gesellschaft im Handelsregister gelöscht wird. Für nach Abschluss des Konkursverfahrens entdeckte Vermögenswerte ergibt sich direkt aus den Bestimmungen über den Nachkonkurs ( Art. 269 SchKG ) die Kompetenz des Konkursamtes zur Verwertung derartiger Vermögenswerte. In beiden Fällen bedarf es dazu keiner Wiedereintragung der gelöschten Gesellschaft. Entsprechend ist eine Wiedereintragung nur vorgesehen, soweit sie für die Beendigung des Konkursverfahrens der gelöschten Rechtseinheit erforderlich ist ( Art. 164 Abs. 1 lit. d HRegV ).

### **E. 2.8**

Die Löschung der Gesellschaft hat mithin in Bezug auf die Möglichkeit, eine nach Art. 260 SchKG abgetretene Forderung durchzusetzen, keine Auswirkung. Eine Wiedereintragung ist entgegen dem zit. Urteil 4A\_384/2016 zur Durchsetzung der abgetretenen Ansprüche nicht notwendig.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.