

GR_GERICHTE ZK2 2022 35 vom 13. Februar 2023

GR Gerichte, 2023-02-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2022_35

FR: GR_GERICHTE ZK2 2022 35 du 13 février 2023

IT: GR_GERICHTE ZK2 2022 35 del 13 febbraio 2023

Regeste

Wiedereintragung ins Handelsregister nach Art. 935 OR | Berufung OR
Handelsregister/Handelsfirma/kaufmännische Buchführung

Erwägungen

E. 1

Der angefochtene Entscheid betrifft das Handelsregister, was eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit darstellt, prozessual aber wie eine Zivilsache behandelt wird (vgl. Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 BGG; früher wurde die Wiedereintragung als rein verwaltungsrechtliche Angelegenheit behandelt: BGE 115 II 276). Ob dagegen eine Berufung zulässig ist, und später gegen den heutigen Entscheid eine nicht eigens qualifizierte Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht, hängt vom Streitwert ab (Art. 308 Abs. 2 ZPO, Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG). Das Aktienkapital ist dabei nicht von Bedeutung, sondern der wirtschaftliche Wert der Wiedereintragung (Hinweise auf entsprechende Urteile des Bundesgerichts bei David Rüetschi, in: Siffert/Turin [Hrsg.], Handkommentar Handelsregisterverordnung, Bern 2013, N 40 f. zu Art. 164 altHRegV). Das Regionalgericht geht davon aus, der Streitwert übersteige CHF 10'000.00, allerdings ohne das näher zu begründen (Urteil S. 4 unten, E. 7). Die Parteien äussern sich dazu in der Berufung nicht, mit Ausnahme der vielleicht durch diesen Punkt veranlassten Bemerkung der Berufungskläger in der Berufungsbegründung, falls das Kantonsgericht die Voraussetzungen für die Berufung nicht als erfüllt ansähe, möge es die Rechtschrift als Beschwerde behandeln (act. A.1 Rz. 5). Als gesetzliche Voraussetzung für ein Rechtsmittel ist der Streitwert von Amtes wegen zu prüfen (Art. 57 ZPO). Immerhin können die Parteien über den Streitwert in gewissen Grenzen disponieren: wenn das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme lautet und die Angaben der Parteien nicht offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Im vorliegenden Fall geht es den Parteien offenbar vor allem um den Wert des vorstehend erwähnten Grundstücks Nr. M._____ in N._____ auf O._____. Formell dreht sich das Verfahren freilich nicht um eine Geldsumme, und es ist jedenfalls denkbar, dass eine Gutheissung des Gesuches um Wiedereintragung der E._____ noch weitere Konsequenzen nach sich zöge. Es scheint, dass die Parteien, welche um die Wiedereintragung der E._____ ungewöhnlich intensiv streiten, diesem Verfahren eine erhebliche Tragweite beimessen. In diese Richtung geht auch die Bemerkung der Berufungskläger, der Berufungsbeklagte habe das fragliche Grundstück parzellieren lassen (act. A.1 Rz. 30 f.); das deutet auf eine Bau-Erwartung und eine gewisse Grösse des Objektes hin. Die Prozesskosten (Art. 95 ZPO) in den beiden kantonalen Instanzen dürften be-

7 / 19 reits die kritischen CHF 10'000.00 übersteigen. Von da her ist anzunehmen, die Parteien gingen stillschweigend übereinstimmend von einem für die Berufung aus-

reichenden Streitwert aus. Dass es in der Sache um mehr als CHF 10'000.00 geht, ist nicht offensichtlich unrichtig, und unter dem Aspekt des Streitwertes ist die Berufung demnach zulässig. Für ein allfälliges Rechtsmittel ans Bundesgericht wird die Schwelle wie gesehen CHF 30'000.00 sein. Das heutige Urteil hat sich nach Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG zum Streitwert zu äussern. Das Kantonsgericht geht nach den soeben angestellten Überlegungen davon aus, dieser übersteige CHF 30'000.00. Eine allenfalls das Bundesgericht anrufende Partei wird aber gut daran tun, dazu etwas auszuführen.

E. 2

In der Berufung gilt ein weitgehender Ausschluss von in erster Instanz nicht vorgetragene Behauptungen und nicht beantragter Beweismittel. Solche sind nur zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die Parteien müssen, um den vorstehend genannten Erfordernissen zu genügen, die Voraussetzungen einer der gesetzlichen Ausnahmen begründen. Wenn sie in der Berufung tatsächliche Behauptungen vortragen, die nicht auf den ersten Blick etwas betreffen, wovon schon das erstinstanzliche Gericht ausging, werden sie als neu betrachtet, ohne dass die Berufungsinstanz die erstinstanzlichen Rechtsschriften und Akten darauf hin zu durchsuchen hätte, wo die Behauptung allenfalls schon aufgestellt worden sein könnte. Auch neue Beweismittel unterliegen der Noven-Beschränkung. Das gilt insbesondere auch für Verfahren, in welchen die erste Instanz den Sachverhalt "von Amtes wegen festzustellen" hatte (BGE 138 III 625 E. 2.2), also typischerweise in den vereinfachten Verfahren von Art. 247 Abs. 2 ZPO. Im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt es ebenso (Art. 255 lit. b ZPO). Das betrifft hier den Berufungsbeklagten. Eine Ausnahme von der Beschränkung der zulässigen Vorbringen muss gelten, wenn eine Partei erst im Stadium des Rechtsmittels überhaupt am Verfahren teilnehmen kann. Sie ist von der Novenbeschränkung für die Begründung des Rechtsmittels nicht betroffen. Konkret gilt das hier für die Berufungskläger. Im Rechtsmittelverfahren gilt wie generell im summarischen Verfahren, das hier anwendbar war und ist (Art. 248 lit. e ZPO), dass sich jede Partei zur Sache nur einmal äussern kann. Der Aktenschluss tritt ein mit der Antwort, und die Eingabe zum "letzten Wort" ist keine Replik (BGE 144 III 117). Anders ist es nur, wenn das Gericht ausdrücklich eine Replik gestattet, was zulässig ist, und dann steht dem

8 / 19 Gegner auch eine Duplik zu (BGE 146 III 237). – Im vorliegenden Verfahren wurde die Berufungsantwort und Anschlussberufungsbegründung den Berufungsklägern nicht nur zur Beantwortung der Anschlussberufung zugestellt, sondern ausdrücklich (auch) für "eine allfällige Replik" (act. D.13). Damit stand dem Berufungsbeklagten auch eine Duplik zu (act. D.16). Die "Triplik" (act. A.5) war demgegenüber nur noch zulässig als Anschlussberufungsduplik und im Übrigen zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zur letzten Eingabe des Gegners (wie die Rechtsschrift korrekt überschrieben ist). Das letztere gilt auch für die dann folgende Stellungnahme des Berufungsbeklagten (act. A.6).

E. 2.2

zweiter Absatz). Die Situation ähnelt der Beschwerde gegen eine missbräuchliche Betreibung (BGE 140 III 481). Die Legitimation einer auf dem Weg des Rechtsmittels neu am Verfahren Teilnehmenden ergibt sich namentlich daraus, dass sie durch die rechtsgestaltende Amtshandlung (direkt) in ihren subjektiven Rechten verletzt wird (Guldener, a.a.O., S. 81). Wie konkret diese "Verletzung" zu

9 / 19 sein hat, ist im Einzelfall zu diskutieren; insbesondere hat das Bundesgericht entschieden, über den materiellen Bestand eines Rechtes, dessen Geltendmachung in Frage stehe, solle nicht schon im Verfahren der Wiedereintragung der behaupteterweise berechtigten Rechtseinheit entschieden werden (BGer 4A_467/2018 v. 9.5.2019 E. 4.1 am Ende).

E. 3

Der Berufungsbeklagte bestreitet die Legitimation der Berufungskläger für das ergriffene Rechtsmittel. Dazu ist zu bemerken, dass damit sein Antrag zur Berufung ("Es sei die Berufung [...] abzuweisen") unzutreffend ist: sind die Berufungskläger nicht zur Berufung legitimiert, ist diese nicht abzuweisen, wie es der Berufungsbeklagte verlangt, sondern es ist nicht darauf einzutreten. Auch seine Anschlussberufung fällt dann dahin (Art. 313 Abs. 2 lit. a ZPO). Das dispensiert allerdings nicht von der Prüfung der Legitimation:

E. 3.1

Die Berufungskläger nahmen in erster Instanz am Verfahren nicht teil und können damit nicht formell beschwert sein in dem Sinn, dass einem von ihnen gestellten Antrag in erster Instanz nicht entsprochen wurde. Das ist aber nicht entscheidend. Die Wiedereintragung einer gelöschten Rechtseinheit wird im Verfahren der so genannten freiwilligen Gerichtsbarkeit angeordnet, wo es nur eine Gesuchstellerin und keine Gegenpartei gibt (BGE 140 III 550 E. 2.1; Ingrid Jent-Sørensen, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar zur ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, N 28 zu Art. 248 ZPO, mit verschiedenen Verweisungen; bei N 35, im Katalog der Materien ging der Fall dann offenkundig vergessen). Es ist konstante Praxis, dass auch in solchen Fällen interessierte und vom Entscheid betroffene Personen ein Rechtsmittel ergreifen können: wenn ein Betroffener gegen den Entscheid bzw. eine Amtshandlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit Einspruch erhebt oder ein Rechtsmittel ergreift, wird das Verfahren sachlich zu einem kontradiktorischen Zivilprozess, der nur formell als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit weitergeführt wird (Max Guldener, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954, S. 6; BGer 5P.212/2005 v. 22.8.2005 E.

E. 3.2

Damit ist das spezifische Thema der Wiedereintragung einer gelöschten Rechtseinheit im Handelsregister zu vertiefen.

E. 3.2.1

Vorweg stellt sich die Frage nach dem anwendbaren Recht. Art. 935 OR, auf welchen sich die Beteiligten und das Regionalgericht stützen, trat am 1. Januar 2021 in Kraft (AS 2020 957). Die Übergangsbestimmung, dass das neue Recht "mit seinem Inkrafttreten auf bestehende Rechtseinheiten anwendbar" sei (AS 2020 957) hilft nicht weiter, da die Rechtseinheit hier gerade nicht mehr besteht. Es dürfte aber auch nicht zulässig sein, in einer Art Umkehrschluss zu unterstellen, die Übergangsbestimmung wolle die Anwendung des neuen Rechts ausschliessen, wenn die in Frage stehende Rechtseinheit noch vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts unterging. Die E. _____ wurde am 12. Januar 2005 im Handelsregister gelöscht. Es geht heute allerdings nicht mehr direkt um diese Löschung, sondern darum, ob die Gesellschaft wieder im Handelsregister eingetragen, also gleichsam wiederbelebt (Art. 643 Abs. 1 OR) werden soll. Ob eine daran interessierte Person diese Wiedereintragung verlangen kann, bestimmt sich "nach dem Gesetz" und ist daher "nach dem neuen Recht" zu beurteilen (Art. 3 SchlT ZGB; so auch Rüetschi, a.a.O.,

N 10 zu Art. 164 altHRegV).

E. 3.2.2

Sodann ist zu klären, wie der Sachverhalt zu erstellen ist (Art. 8 ZGB und Art. 255 lit. b ZPO). Im summarischen Verfahren erfolgt das grundsätzlich mittels Urkunden (Art. 254 Abs. 1 ZPO), allerdings gilt eine Ausnahme für die freiwillige Gerichtsbarkeit, also auch für das vorliegende Thema (Art. 254 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 255 lit. b ZPO). Das Beweismass ist im summarischen Verfahren häufig das des Glaubhaftmachens – was weniger ist als striktes Beweisen, aber mehr als blosses Behaupten. Das gilt zwar nicht generell, namentlich etwa nicht im Verfahren des "klaren Falles" (Art. 257 ZPO), es ergibt sich vielmehr aus dem materiellen Recht, sei es ausdrücklich oder durch Auslegung (Art. 1 Abs. 1 ZGB). Für die Wiedereintragung einer gelöschten Rechtseinheit verlangt das Gesetz, dass die Antragstellerin ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft mache (Art. 935 OR). Das ist so zu verstehen, dass nicht nur die beispielhaft aufgezählten Sachverhalte (Art. 935 Abs. 2 OR) lediglich, wenn auch immerhin, glaubhaft gemacht werden müssen – sondern

10 / 19 dass auch für die übrigen Voraussetzungen der Wiedereintragung, also namentlich für die Aktivlegitimation einer Antragstellerin, das Glaubhaftmachen genügt (so zu verstehen wohl auch BGer 4A_467/2018 v. 9.5.2019 und Rüetschi, a.a.O., N 36 ff. zu Art. 164 altHRegV). Für das vorliegende Verfahren ergibt sich demnach, dass (auch) die Berufungskläger ihre Legitimation zur Teilnahme am Verfahren der Wiedereintragung nur, wenn auch immerhin, glaubhaft machen müssen. Nach dem allgemeinen Prinzip von Haupt- und Gegenbeweis können sie und der Berufungsbeklagte die Überzeugungskraft von Beweismitteln der Gegenpartei durch eigene Beweismittel so weit zu schwächen suchen, dass das Gericht diese bestrittene Darstellung nicht mehr als auch nur glaubhaft beurteilt. Dafür bedarf es des allgemein tieferen Beweismasses wegen weniger als beim strikten Beweis (KG GR ZK2 21 27 v. 15.3.2022 E. 2.1.2).

E. 3.2.3

Schon vor einer ausdrücklichen Regelung der Materie entschied das Bundesgericht auf dem Weg von Art. 1 Abs. 2 ZGB entsprechend der zitierten "bewährten Lehre" von Max Guldener in dessen vorstehend zitiertem Werk, dass eine im Handelsregister gelöschte Rechtseinheit unter bestimmten Voraussetzung wieder eingetragen werden könne. Dafür musste sich nach der Löschung gezeigt haben, dass ein Gläubiger eine Forderung glaubhaft machte (BGE 132 III 731). Die Forderung musste "neu" sein, zu verstehen als "neu entdeckt", analog zu Art. 269 Abs. 1 SchKG (Rüetschi, a.a.O., N 12 zu Art. 164 altHRegV). Sie war im Verfahren der Wiedereintragung lediglich glaubhaft zu machen; ihre abschliessende Beurteilung war dann dem ordentlichen Zivilprozess nach der Wiedereintragung vorbehalten (BGer 4A_467/2018 v. 9.5.2019 E. 4.1). Das Bundesgericht betrachtete die Wiedereintragung sodann als subsidiär; sie war ausgeschlossen, wenn das damit verfolgte Ziel auf einem anderen Weg erreicht werden konnte (BGE 121 III 324, 115 II 276). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde im Jahr 2008 durch den Bundesrat als Art. 164 in die Handelsregisterverordnung (HRV) übernommen. Das Bundesgericht verwies in seiner folgenden Rechtsprechung denn auch auf seine bisherige Praxis (vgl. die jüngeren der zitierten Entscheide). Die Regelung in der Handelsregisterverordnung hatte freilich keine gesetzliche Grundlage (Art. 182 Abs. 1 BV), und ihr Inhalt hatte daher auch nicht dem Referendum (Art. 141 BV) unterstanden. Anders als später bei den Art. 48 ff. GebV SchKG, welche nicht nur keine gesetzliche Grundlage

haben, sondern Art. 96 in Verbindung mit Art. 1 lit. c ZPO direkt verletzen, wurde das als Mangel erkannt, und das Parlament erliess deshalb im Rahmen der Revision des Gesellschaftsrechts und hier besonders der

11 / 19 Bestimmungen zum Handelsregister den revidierten Art. 935 OR, welcher Art. 164 altHRegV in ordentliches Recht überführte (Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts [Handelsregisterrecht] vom 15. April 2015, BBl 2015 3617 ff.; bemerkenswert ist der Hinweis des Bundesrates darauf, die verfassungswidrige Bestimmung betreffe eine "in der Praxis wichtige" Sache; praktisch weniger wichtige Bestimmungen müssten danach weniger verfassungskonform sein). Dabei war eine materielle Änderung von Art. 164 altHRegV nicht beabsichtigt – mit Ausnahme der örtlichen Zuständigkeit und der möglichen Gründe für die Wiedereintragung: die letzteren wurden nur noch beispielhaft genannt, in der Absicht, der Gerichtspraxis eine Erweiterung zu ermöglichen (BBl 2015 3644 f.).

E. 3.2.4

Die Berufungskläger befassen sich in der Berufung eingehend mit der Stellung des Berufungsbeklagten als Aktionär, mit allfälligen unverteiltern Vermögenswerten der gelöschten Gesellschaft und mit dem Interesse des Berufungsbeklagten an einer Wiedereintragung (act. A.1 S. 6 ff.). Demgegenüber ist zuerst ihre Legitimation für die Berufung zu erörtern. Diese Legitimation hängt davon ab, ob sie durch die im angefochtenen Entscheid angeordnete Wiedereintragung der E. _____ in subjektiven Rechten verletzt würden (vorstehend E. 3.1 am Ende).

E. 3.2.4.1

Die Berufungskläger machen dazu geltend, ihr Vater U. _____ sei alleiniger Aktionär der E. _____ gewesen und sie seine Erben. Indem der Berufungsbeklagte behauptete, selber (auch) Aktionär der E. _____ gewesen zu sein, stelle er direkt in Frage, dass ihr Vater alle Aktien gehalten habe. Sollte die Gesellschaft wieder im Handelsregister eingetragen werden, seien diverse weitere gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzungen zu erwarten, deren Kosten und Aufwand für sie (die Berufungskläger) einen relevanten Nachteil bedeuteten (act. A.1 Rz. 37 ff.). Der Berufungsbeklagte behauptet demgegenüber, er habe am 21. Januar 1994 von U. _____ dessen "Anteile" an der E. _____ gekauft. Damit seien die Berufungskläger zwar als Erben in die Rechte ihres Vaters eingetreten, nicht aber in eine Aktionärsstellung bei der E. _____. Zudem habe U. _____ nicht alle Aktien gehalten; deren 26% hätten auf V. _____ gelautet und würden zwischenzeitlich von dessen Erben gehalten (act. A.2 Rz. 41 ff.). Die Berufungskläger behaupten ergänzend, einen Aktionär V. _____ habe es bei der E. _____ nie gegeben; das wäre auch lebensfremd, weil er wie der Berufungsbeklagte schon in eigenem Namen an der L. _____ beteiligt gewesen sei. Ihr Vater habe beim Erwerb der L. _____ durch die E. _____ am 31. Oktober 1986 als Einziger über eine Generalvollmacht der Käuferin verfügt (act. A.3 Rz. 29 ff., mit Hinweis auf Rz. 10). Der Berufungsbeklagte trägt in der Berufungsduplik vor, die von den Berufungsklägern eingereichte Bestätigung des Treuhänders F. _____ vom 24. Februar 2022 (act.

12 / 19 B.10), sei gefälscht (gemäss deren Inhalt hatte F. _____ seine frühere "Bescheinigung" vom 12. Oktober 2021 [act. C.4], wonach der Berufungsbeklagte zum Zeitpunkt der Auflösung der E. _____ deren Aktionär gewesen sei, für ungültig erklärt). Nach wie vor sei eine Aktionärsstellung des Vaters der Berufungskläger im Zeitpunkt der Liquidation und Löschung der E. _____ nicht erstellt (act. A.4 Rz. 12 und 21 ff.). Die Berufungskläger

verwahren sich gegen den Vorwurf der Fälschung, wofür sie Behauptungen zum Vorgang bei Erstellung und Unterzeichnung des fraglichen Schriftstückes aufstellen (act. A.5 Rz. 7), was der Berufungsbeklagte seinerseits "abenteuerlich" findet (act. A.6).

E. 3.2.4.2

Der Berufungsbeklagte legte dem Regionalgericht am 12. Juli 2022 diverse Kopie von durch den Treuhänder F._____ "namens des Verwaltungsrates" (sprachlich unsauber: F._____ war formell immer einziges Organ und unterzeichnete also nicht namens von sich selber) unterzeichnete Kopien von Aktien und Aktienzertifikaten vor. Die Papiere sind unterschiedlich datiert und beziehen sich zu unterschiedlichen Zeiten auf die nämlichen Aktien, so etwa ganz zu Beginn schon das "Zertifikat Nr. 1" vom 5. Juli 1985 über die Aktien Nr. 1 – 49 und die "Aktie Nr. 1" vom 29. Januar 1986, weiter hinten dann ein "Zertifikat Nr. 12" vom 29. Januar 1986 über die Aktien Nr. 16 – 20 (RG-act. II/4). Die Parteien tragen dazu keine Details vor. Es ist an sich denkbar, dass diese verschiedenen Papiere Folge eines Handels mit den Aktien sind, doch bleibt unerklärt, weshalb Handänderungen bei Inhaberaktien das Ausstellen neuer Urkunden verlangten. Der Berufungsbeklagte behauptete vor Regionalgericht ohne weitere Präzisierungen, er habe im Zeitpunkt der Liquidation 42 Aktien gehalten, deren fünf er im Januar 1994 erworben habe (RG-act. I/1 Rz. 3). Unklar blieb und bleibt, wie er in den Besitz des Zertifikates vom 5. Juli 1985 über 49 Aktien gelangte. Die Situation ist ohne nähere Erläuterung für den Aussenstehenden chaotisch. Die Papiere geben immerhin keinen Hinweis darauf, dass der Vater der Berufungskläger im Zeitpunkt der Liquidation und Löschung der E._____ deren Aktionär war. Der Treuhänder F._____ hatte am 5. Dezember 2019 gegenüber dem Berufungskläger A._____ bestätigt, dessen Vater sei im Zeitpunkt der Liquidation der E._____ deren einziger Aktionär gewesen (act. B.4). Am 22. Dezember 2020 schrieb er "to whom it may concern", der Vater der Berufungskläger sei "according to the Company's registries" von der Gründung bis zur Löschung "sole shareholder 100%" gewesen, habe als einziger Aktionär an den Generalversammlungen teilgenommen, die Auslagen der Gesellschaft bezahlt und die Liquidation "resolved and instructed" (act. B.5).

13 / 19 Am 4. Juni 2021 schrieb Treuhänder F._____, eine "Aktienkopie von U._____" vom 21. Januar 1994 habe er nicht gekannt. Er müsse daher davon ausgehen, dass U._____ nicht Alleinaktionär habe sein können (act. C.5). Nur vier Monate später – am 12. Oktober 2021 – schrieb er, aufgrund der "erforderlichen Beweise" fühle er sich verpflichtet zu bestätigen, dass D._____ (der Berufungsbeklagte) im Zeitpunkt der Auflösung der E._____ mindestens 74% der Aktien der Gesellschaft gehalten habe (act. C.4). In einem weiteren Papier vom 24. Februar 2022 widerruft er "infolge des Rechtsgutachtens von Herrn Rechtsanwalt W._____ ... (in dem es heisst, dass nach Schweizer Recht der derzeitige Besitz von Inhaberaktien ... keinen Einfluss auf die Aktionärsstruktur der Gesellschaft zum Zeitpunkt ihrer Liquidation hat ...)" die Bestätigung vom 12. Oktober 2021 (act. B.10). Der Berufungsbeklagte betrachtet diese Erklärung wie gesehen als gefälscht. Die Hintergründe der geschäftlichen Beziehungen zwischen dem Vater der Berufungskläger und dem Berufungsbeklagten sind nicht bekannt. Wer wann eine E._____ gründen und im Handelsregister eintragen liess, wer die Aktien zeichnete und wann und wie diese in der Folge die Hand wechselten, bleibt im Dunkeln. Durch eine Wiedereintragung der Gesellschaft und allfällige nachfolgende Liquidationsmassnahmen (namentlich was von der E._____ gehaltene Aktien der L._____ betrifft) könnten die Berufungskläger nur betroffen sein, wenn ihr Vater seinerzeit Aktionär der gelöschten Gesellschaft war. Die Aktionäreigenschaft des Vaters der Berufungskläger

ist zunächst eine (zulässige und bestimmte) Behauptung, die sie glaubhaft zu machen haben. Am Einfachsten ginge das über den Besitz von Inhaberaktien. Solche werden bei Einmann- oder anderen kleinen Gesellschaften häufig nicht ausgestellt. Hier gibt es sie aber, auch wenn nur Kopien vorgelegt werden. Selbstredend können solche Titel die Hand wechseln, und das auch noch nach einer Liquidation und Löschung der Gesellschaft. Dass der Vater der Berufungskläger solche Titel nach der Liquidation und Löschung veräußert oder anderweitig weitergegeben hätte, ist weder behauptet noch irgendwie belegt, und es wäre nach der Sachverhaltsschilderung der Berufungskläger auch kein sinnvoller Grund dafür ersichtlich. Der Umstand, dass der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte Titel oder Kopien davon in Händen hat oder hatte, ist ein gewisses Indiz für seine Aktionärsstellung. Nun legen allerdings auch die Berufungskläger solche Kopien vor (act. C.3 und C.7) – dass diese in Farbe gedruckt sind, ändert nichts daran, dass es nur Kopien sind. Wann welche Seite die Originale in Händen hatte, lässt sich nicht eruieren. Jedenfalls ist es zwar durchaus möglich, aber nicht ausreichend glaubhaft, dass es im Zeitpunkt von Liquidation und Löschung der E._____ der Vater der Berufungskläger war.

14 / 19 Die Berufungskläger berufen sich auf den Treuhänder F._____. Dieser hat sich selber als Beauftragter des Vaters der Berufungskläger erklärt; jedenfalls will er nach dem Papier vom 22. Dezember 2020 von diesem bezahlt worden sein. Möglicherweise hätte F._____ als Zeuge gewisse Dinge erläutern und plausibel machen können. Obwohl das zulässig gewesen wäre (Art. 254 Abs. 2 lit. c ZPO), wurde es von den anwaltlich vertretenen Berufungsklägern nicht verlangt, und es bestand und besteht kein Anlass, eine solche Einvernahme von Amtes wegen anzuordnen (BGer 4A_56/2013 v. 4.6.2013 E. 4.4; BGer 5A_705/2013 v. 29.7.2014). Ob sein Widerruf vom 24. Februar 2022 (act. B.10) echt oder gefälscht ist, kann offen bleiben, allerdings berufen sich die Berufungskläger darauf, und ihnen gegenüber ist daher anzunehmen, F._____ habe das Papier tatsächlich erstellt. Diesen Widerruf soll er auf die Belehrung eines Anwaltes gestützt haben, der heutige Besitz von Aktien(-Zertifikaten) sage über das Aktionariat bei der Liquidation nichts aus. Das letztere ist richtig. Ob der Widerruf echt oder gefälscht ist, ändert aber nichts daran, dass F._____ kurz nacheinander sowohl erklärt hatte, der Vater der Berufungskläger sei Alleinaktionär gewesen, als auch, das sei nicht so. Die erste Erklärung entwerten die Berufungskläger selber mit ihrer vorstehend referierten Behauptung, es habe einen Aktionär namens V._____ gegeben. Dazu kommen die erwähnten zahlreichen Aktien und Zertifikate, welche ausnahmslos F._____ Unterschrift tragen, und deren parallele Existenz unverständlich ist, wenn der Vater der Berufungskläger, wie F._____ seinerzeit behauptete und bescheinigte, von der Gründung bis zur Löschung der Gesellschaft alleiniger Aktionär gewesen sein sollte. Dass F._____ als einziges Organ der Gesellschaft über deren Beteiligung an der L._____ nichts gewusst haben will (act. C.6 S. 2), ist etwas merkwürdig, wenn auch nicht entscheidend. Seine Erklärungen und Bescheinigungen zum oder zu den Aktionären der Gesellschaft stützt er nach eigenem Bekunden auf "... the Company's registries" (act. B.5). Diese Formulierung indiziert, dass er das Wesen der Inhaberaktien (die wegen ihrer Eignung zum Missbrauch in Fällen wie dem vorliegenden heute nicht mehr zulässig sind, Art. 622 revOR) nicht erfasst hatte. Er war bei der E._____ offenkundig ein von den Hintermännern nicht ausreichend informierter Strohmann gewesen, der tat und der bestätigte, was immer man von ihm verlangte – nicht zuletzt die den Berufungsklägern dienliche gewundene Erklärung vom 24. Februar 2022. Seine Glaubwürdigkeit ist auch für ein blosses Glaubhaftmachen ungenügend, und seine diversen widersprüchlichen Behauptungen sind insgesamt unglaubhaft. Mit den von ihm

ausgestellten Bestätigungen und Erklärungen können die Berufungskläger eine Aktionärsstellung ihres Vaters nicht glaubhaft machen.

15 / 19

E. 3.2.4.3

Damit ist auf die Berufung infolge fehlender Legitimation der Berufungskläger nicht einzutreten.

E. 4

Wird auf die Berufung nicht eingetreten, fällt die Anschlussberufung dahin (Art. 313 Abs. 2 lit. a ZPO) und ist diese abzuschreiben. Im Übrigen wäre eine solche im vorliegenden summarischen Verfahren ohnehin nicht zulässig (Art. 314 Abs. 2 ZPO).

E. 5

Für den Fall, dass auf ihre Berufung nicht eingetreten würde, stellen die Berufungskläger den Antrag, das Kantonsgericht solle den angefochtenen Entscheid von Amtes wegen aufheben. Dem Bundesgericht ist ohne Weiteres darin zu folgen, dass im Stadium der Wiedereintragung einer Rechtseinheit die zu erwartenden Auseinandersetzungen um die geltend gemachten Aktiven der gelöschten Rechtseinheit nicht zu behandeln sind. Wer die Wiedereintragung verlangt, hat aber doch sein Interesse glaubhaft zu machen. Dazu gehört insbesondere seine Stellung als Aktionär im Zeitpunkt der Löschung. Nach den vorstehenden Erwägungen ist es durchaus zweifelhaft, ob der Berufungsbeklagte dem Regionalgericht dazu das Nötige vortrug, und es ist denkbar, dass eine Berufung von seiner Seite gegen eine Abweisung des Gesuchs keinen Erfolg gehabt hätte. Das ist heute allerdings nicht zu entscheiden. Im summarischen Verfahren ist die materielle Rechtskraft eingeschränkt. Insbesondere im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit können Entscheide von Amtes wegen oder auf Antrag aufgehoben werden, wenn sie sich im Nachhinein als unrichtig erweisen (Art. 256 Abs. 2 ZPO). Guldener betrachtete das insbesondere bei Registereinträgen als zulässig, wobei er grundsätzlich eine nachträgliche Änderung der Rechtslage voraussetzte (Guldener, a.a.O., S. 66 f. und 61). Der Bundesrat behandelte den Punkt in der Botschaft zur Zivilprozessordnung nur knapp; die unter dem Vorbehalt der Rechtssicherheit oder anderslautender besonderer gesetzlicher Vorschriften (dazu BGE 141 III 43) stehende erleichterte Abänderung entspreche einem praktischen Bedürfnis, etwa bei einem unrichtigen Erbschein (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff., S. 7351). Die erleichterte Abänderung kann insbesondere Rechtsmittelverfahren unnötig machen (Andreas Güngerich, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, Bern 2012, N 14 zu Art. 256 ZPO; Stephan Mazan, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Basel 2017, N

E. 9

zu Art. 256 ZPO). Sie wird in der Nähe des Verwaltungsrechts gesehen, wo fehlerhafte Entscheide leichter abänderbar sind als im Zivilprozess. Es wird auch auf kantonale Rechte verwiesen, welche die erleichterte Abänderung kannten

16 / 19 (François Bohnet, Commentaire Romand zur ZPO, 2. Aufl., Basel 2019, N 12 zu Art. 256 ZPO) – so hatte § 212 ZPO/ZH die Aufhebung oder Abänderung von Anordnungen vorgesehen, welche "auf einseitigen Antrag" ergangen waren (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Aufl., Zürich 1997, N 5 zu

§ 212 ZPO/ZH, mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass sich das rechtfertige, weil in diesen Fällen ein Zweiparteienverfahren fehle). Im vorliegenden Fall geht es wohl um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Sie ist aber durch den Weiterzug zum kontradiktorischen Verfahren geworden. Damit fehlt es für die erleichterte Abänderbarkeit an der Voraussetzung, dass es gerade keine Gegenpartei gab. Es ist nicht der Sinn von Art. 256 Abs. 2 ZPO, wenn eine Anfechtung der Anordnung im kontradiktorischen Verfahren erfolglos war, diesen Umstand von Amtes wegen zu korrigieren. Die Ordnung des Zivilprozesses beruht auf dem Konzept einer durchaus relativen Gerechtigkeit – was nicht mit Erfolg angefochten wird, hat Bestand, auch wenn eine andere erste oder eine Rechtsmittelinstanz anders entschieden hätte. Vielleicht liessen sich Fälle denken, wo übergeordnete allgemeine Interessen die Abänderung von Amtes wegen nahelegten oder sogar aufdrängten. Der Streit der Parteien betrifft aber nur diese. Wenn die Wiedereintragung der E._____ zu Weiterungen führt, welche für die Berufungskläger unangenehm sind, hat das vor allem damit zu tun, wie die Beteiligten ihre Geschäfte tätigten und welche gesellschaftsrechtlichen Konstruktionen und welche örtlichen und personellen Verschleierungen sie wählten. Das haben sie sich resp. ihren Rechtsvorgängern selber zuzuschreiben, und es besteht auch unter diesem Aspekt kein ausreichendes Bedürfnis nach einer Korrektur. Damit kann offen bleiben, ob Art. 256 Abs. 2 ZPO auch der Rechtsmittelinstanz die Kompetenz zur Abänderung gibt, oder ob das dem Gericht vorbehalten ist, welches den Entscheid getroffen hat – eine formelle Rück- und Anweisung an die erste Instanz erschiene jedenfalls etwas merkwürdig: wenn auf die Berufung nicht eingetreten wird, bedeutet das ja, dass sich die Rechtsmittelinstanz mit der Sache gerade nicht näher befasst und befassen soll. Diese Anträge der Berufungskläger sind abzuweisen.

6. Bleibt es in der Sache beim angefochtenen Urteil, hat auch jene Regelung der Kostenfolgen Bestand. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist angesichts der komplexen Thematik, des nicht unerheblichen Aufwandes und der offenbar erheblichen Trag-

17 / 19 weite der Sache für die Parteien auf CHF 10'000.00 festzusetzen (Art. 9 VGZ, BR 320.210). So weit ausreichend, sind dafür die von den Parteien geleisteten Vor-schüsse heranzuziehen, der Fehlbetrag ist nachzufordern. Die Entscheidgebühr ist nach Ausgang des Berufungsverfahrens auf die Parteien zu verlegen, wobei ein Nichteintreten als Unterliegen gilt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Berufungskläger unterliegen so weit, als auf ihre Berufung nicht eingetreten und der Antrag auf Korrektur von Amtes wegen abgewiesen wird. Die Anschlussberufung fällt dahin und wäre ohnehin nicht zulässig gewesen (Art. 313 Abs. 2 lit. a ZPO und Art. 314 Abs. 2 ZPO). Damit unterliegt der Berufungsbeklagte in diesem Punkt. Das Bundesgericht hat entschieden, wer der Anschlussberufung durch den Rückzug der Hauptberufung den Boden entziehe, werde kostenpflichtig (BGer 4A_479/2018 v. 26.2.2019 E. 3). In der Literatur wird mehrheitlich die Ansicht vertreten, die Berufungsklägerin solle für alle Fälle des Art. 313 Abs. 2 ZPO kostenpflichtig werden (im Einzelnen referiert bei BGer 4A_479/2018 v. 26.2.2019 E. 3.2.3). Der Rückzug der Hauptberufung ist ein freiwilliger, häufig taktisch motivierter Akt der entsprechenden Partei. Von da her ist es absolut plausibel und angemessen, die dadurch nutzlos gewordenen Kosten der Anschlussberufung mit dem Bundesgericht der Berufungsklägerin aufzubürden, in Analogie zu Art. 108 ZPO. Ist die Hauptberufung aber aus einem Grund erfolglos, den die Berufungsklägerin nicht aktiv herbeigeführt hat, scheint es näherliegend, beim gesetzlichen Grundsatz der Kostenverlegung nach objektivem Obsiegen und Unterliegen zu bleiben. Dies gilt vorliegend umso mehr, als die Anschlussberufung zum

Vorneherein nicht zulässig war. Der Berufungsbeklagte trägt damit die Kosten der Anschlussberufung. Die Tragweite und das ökonomische Gewicht der Anträge der beiden Parteien lassen sich nicht abschätzen. Die Parteien tragen dem Kantonsgericht eingehend vor, wie sich die Auseinandersetzungen unter ihnen vor den spanischen Gerichten und Instanzen bisher abgespielt haben. Was es darauf für einen Einfluss haben wird, wenn die E._____ wiederbelebt wird, und namentlich, ob ein Liquidator F._____ dort eine entscheidende oder aber unbedeutende Rolle spielen wird, kann das Kantonsgericht nicht abschätzen. Es ist denkbar, dass die Wiedereintragung der Gesellschaft ohne einen Liquidator F._____, der (wenn auch weisungsgebunden) das einzige Organ war, ohne weitere Folgen bleibt – was wohl die eine Seite sich erhofft und die andere befürchtet. Mangels Kenntnis der Hintergründe kann das Kantonsgericht das nicht beurteilen. In der Beurteilung der Parteien scheint beides wichtig zu sein: die Wiedereintragung der Gesellschaft an sich, und

18 / 19 ob F._____ Liquidator sein wird. Damit rechtfertigt es sich, die Verfahrenskosten den Parteien je hälftig aufzuerlegen; damit entfallen Parteientschädigungen. 7. Mit dem Nichteintreten auf die Berufung wird das Urteil des Regionalgerichts an sich vollstreckbar. Das (Wieder-)Eintragen einer Aktiengesellschaft im Handelsregister ist allerdings ein Gestaltungsurteil im Sinne von Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG, und die Vollstreckbarkeit wird im Umfang der Anträge einer Beschwerde an das Bundesgericht gehemmt (Art. 103 Abs. 2 einleitender Satz BGG; gleich Art. 315 Abs. 1 ZPO für die Berufung an die obere kantonale Instanz). Damit das keine leere Hülse bleibt, muss die Vollstreckbarkeit während des Laufs der Rechtsmittelfrist noch aufgeschoben sein. Das postulierte zu Recht Guldener (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 486 f.), und so bestimmte ausdrücklich noch § 190 Abs. 2 ZPO/ZH. Die Bemerkung in der Botschaft zur ZPO (BBl 2006 S. 7374), die aufschiebende Wirkung gelte umfassend, "solange die Berufungsklägerin lediglich Berufung erklärt hat", ist unglücklich, kann aber nicht so verstanden werden, dass es für die aufschiebende Wirkung erst einmal der Erklärung der Berufung bedürfte. In der Praxis wird denn auch eine Teilrechtskraft (typisch der Scheidungspunkt bei im Übrigen streitigen Folgen) erst nach Ablauf der Frist zur Berufungsantwort/Anschlussberufung bescheinigt. Um Schwierigkeiten wie nach dem angefochtenen Urteil des Regionalgerichts zu vermeiden, ist das heutige Urteil dem Handelsregister erst nach Ablauf der Frist zum Weiterzug an das Bundesgericht mitzuteilen resp., wenn eine Beschwerde erhoben wird, erst nach deren Beurteilung durch das Bundesgericht und je nachdem wie dieses entschieden und was es angeordnet hat.

19 / 19

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