

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00735 vom 8. März 2017

ZH Verwaltungsgericht, 2017-03-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00735

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00735 du 8 mars 2017

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00735 del 8 marzo 2017

Regeste

Löschung einer Rechtseinheit im Handelsregister | [Löschung einer GmbH von Amts wegen gestützt auf Art. 938a OR in Verbindung mit Art. 155 der Handelsregisterverordnung (HRegV)] Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts (E. 1.1). Streitwert (1.2). Verfahren nach Art. 938a OR in Verbindung mit Art. 155 HRegV (E. 3.1). Bei der 30-tägigen Frist nach Art. 155 Abs. 2 f. HRegV handelt es sich anders als bei derjenigen nach Art. 155 Abs. 1 HRegV nicht um eine gesetzliche Verwirkungs-, sondern um eine blosser Ordnungsfrist. Das Handelsregisteramt hätte die Angelegenheit demnach selbst bei von Gesellschaftern bzw. Gesellschafterinnen oder Gläubigern bzw. Gläubigerinnen stammenden Interessenbekundungen im Sinn von Art. 938a Abs. 2 OR bzw. Art. 155 Abs. 2 ff. HRegV, welche – wie vorliegend – zwar nach Ablauf der (ausschliesslich) in der letztgenannten Bestimmung statuierten 30-tägigen Frist, aber noch vor dem Vollzug der Löschung der Eintragung bei ihm eingehen, an das zuständige Zivilgericht zu überweisen (E. 3.4). Die Überweisung ans Gericht gestützt auf Art. 938a Abs. 2 OR bzw. Art. 155 Abs. 4 HRegV setzte allerdings in jedem Fall zumindest ein glaubhaft dargetanes Interesse einer der genannten Personen an der Aufrechterhaltung der Eintragung im Handelsregister voraus. Diesen Anforderungen genügen die schriftlichen Einwendungen der Beschwerdeführenden zu Händen des Handelsregisteramts offensichtlich nicht (E. 3.5). Für eine Wiedereintragung haben die Beschwerdeführenden nach dem in Art. 164 HRegV geregelten Verfahren vorzugehen (E. 3.6). Abweisung.

Erwägungen

E. 4

Abteilung VB.2016.00735 Urteil der 4. Kammer vom 8. März 2017 Mitwirkend: Abteilungspräsident Jso Schumacher (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Tamara Nüsse, Verwaltungsrichter Marco Donatsch, Gerichtsschreiberin Sonja Güntert. In Sachen 1. A GmbH, 2. B, beide vertreten durch RA C, Beschwerdeführende, gegen Handelsregisteramt des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Löschung einer Rechtseinheit im Handelsregister, hat sich ergeben: I. Die A GmbH war mit Sitz in D und der Adresse E-Strasse 01 in D als Rechtsdomizil im Handelsregister eingetragen, wo zuletzt B als alleiniger Gesellschafter sowie einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer aufschien. Gemäss Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) wurde die Gesellschaft mit Tagesregister-Eintrag vom [...] in Anwendung des Art. 155 der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR 221.411) von Amts wegen aus dem Handelsregister gelöscht, weil sie keine Geschäftstätigkeit mehr aufweise und keine verwertbaren Aktiven mehr habe sowie innert angesetzter Frist kein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung geltend gemacht worden sei. II. Am 22. November 2016

liessen die A GmbH und B Beschwerde beim Verwaltungsgericht erheben und beantragen, unter Entschädigungsfolge sei die Lösungsverfügung vom [...] aufzuheben und das Handelsregisteramt des Kantons Zürich anzuweisen, die A GmbH im Handelsregister einzutragen; in verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchten sie zudem um Gewährung aufschiebender Wirkung. Das Handelsregisteramt schloss mit Beschwerdeantwort vom 12. Januar 2017 auf Abweisung der Beschwerde. Die A GmbH und B hielten mit Stellungnahme hierzu vom 2. Februar 2017 an ihren Anträgen fest. Die Kammer erwägt:

1. 1.1 Das Verwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit nach § 70 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) von Amts wegen. Sie ist in ständiger Praxis gegeben bei der gesetzeskonformen Direktbeschwerde gegen Verfügungen kantonaler Handelsregisterämter nach Art. 165 Abs. 1 f. HRegV (§ 41 in Verbindung mit §§ 19 Abs. 1 lit. a, 19a, 19b Abs. 1, 2 lit. b Ziff. 1 und Abs. 3 sowie 42–44 VRG; BGE 137 III 217; VGr, 3. Juli 2015, VB.2015.00330, E. 1 Abs. 1 mit Hinweisen). Dabei sei angemerkt, dass das Handelsregisteramt von Amts wegen zur Löschung der Rechtseinheit im Handelsregister schreitet, sofern während des Lösungsverfahrens nach Art. 155 HRegV weder seitens der Gesellschaft noch eines Dritten (Gesellschafter, Gläubiger) ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung im Handelsregister geltend gemacht wird; andernfalls ist die Sache zum Entscheid über den Weiterbestand der Gesellschaft zwingend an die Zivilgerichte zu überweisen und kann die Löschung im Handelsregister erst auf gerichtliche Anordnung hin erfolgen (Art. 938a Abs. 2 des Obligationenrechts [OR, SR 220], Art. 19 HRegV; Florian Jörg in: Peter Kunz/Florian Jörg/Oliver Arter [Hrsg.], Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, Gründerhaftung: Vorratsgründung und Mantelhandel, S. 17 ff., 52). Vorliegend ist insofern einzig darüber zu befinden, ob das Handelsregisteramt das Verfahren nach Art. 155 HRegV korrekt durchgeführt hat oder ob von vornherein keine Veranlassung bestand, ein Lösungsverfahren einzuleiten bzw. ob die Sache nach Einleitung des Verfahrens hätte an das zuständige Zivilgericht überwiesen werden müssen. Gelangt das Verwaltungsgericht zum Schluss, das Handelsregisteramt sei bei der Löschung der Eintragung im Handelsregister nicht korrekt vorgegangen, ist die betroffene Rechtseinheit ohne separates Durchlaufen eines (Wiedereintragungs-)Verfahrens nach Art. 164 HRegV (einstweilen) wieder im Handelsregister einzutragen (anderer Ansicht Rino Siffert/Florian Zihler, Handelsregisterrecht, Entwicklungen 2011, Bern 2012, S. 114 ff., mit Hinweisen, welche Autoren offenbar dafürhalten, dass auch die Wiedereintragung zu Unrecht gelöschter Rechtseinheiten die entsprechende Anordnung eines Zivilgerichts voraussetzt; vgl. Bundesrat, Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts sowie des Revisionsaufsichtsrechts – Modernisierung des Handelsregisters und damit verbundene KMU-Erleichterungen, 19. Dezember 2012, S. 32, abrufbar unter www.bj.admin.ch > Wirtschaft > Laufende Rechtsetzungsprojekte > Revision des Aktienrechts).
- 1.2 Angesichts der wirtschaftlichen Auswirkungen der Löschung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist von einem Streitwert von über Fr. 30'000.- auszugehen und die Sache in Dreierbesetzung zu erledigen (§ 38 Abs. 1 und § 38b Abs. 1 lit. c e contrario VRG; BGr, 13. Mai 2013, 4A_4/2013, E. 1.1 mit Hinweisen).
2. Mit vorliegendem Entscheid wird das Gesuch der Beschwerdeführenden um aufschiebende Wirkung bzw. vorsorgliche Wiedereintragung der A GmbH im Handelsregister gegenstandslos.
3. 3.1 Unter der Marginalie "Löschung von Amtes wegen" statuiert Art. 938a OR, dass der Handelsregisterführer eine Gesellschaft, welche keine Geschäftstätigkeit und keine verwertbaren Aktiven mehr aufweist, nach dreimaligem ergebnislosem Rechnungsruf im

Handelsregister löschen kann (Abs. 1); macht ein Gesellschafter bzw. Aktionär, Genossenschafter oder Gläubiger ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung geltend, hat das Gericht über die Löschung zu entscheiden (Abs. 2). Die Einzelheiten finden sich auf Verordnungsstufe in Art. 155 HRegV geregelt (Art. 938a Abs. 3 OR). Danach fordert das Handelsregisteramt das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan einer Rechtseinheit, welche ihre Geschäftstätigkeit vollumfänglich eingestellt hat und über keine verwertbaren Aktien mehr verfügt, zunächst auf, innert 30 Tagen die Löschung anzumelden oder mitzuteilen, dass die Eintragung aufrechterhalten bleiben soll; das Handelsregisteramt weist dabei auf die massgebenden Vorschriften und die Rechtsfolgen der Verletzung dieser Pflicht hin (Art. 155 Abs. 1 HRegV). Die Aufforderung wird entweder mit eingeschriebenem Brief an das Rechtsdomizil der Rechtseinheit oder nach den Bestimmungen des elektronischen Geschäftsverkehrs zugestellt (Art. 155 Abs. 1 bis HRegV). Erfolgt innerhalb der angesetzten Frist keine Meldung seitens auch nur eines Mitglieds des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans, veranlasst das Handelsregisteramt einen dreimaligen Rechnungsruf im SHAB, in dem die Gesellschafter bzw. Gesellschafterinnen oder Gläubiger bzw. Gläubigerinnen der betroffenen Rechtseinheit aufgefordert werden, innert 30 Tagen ein begründetes Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung der Rechtseinheit schriftlich mitzuteilen (Art. 155 Abs. 2 HRegV). Wird auch innert 30 Tagen seit der letzten Publikation des Rechnungsrufs kein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung geltend gemacht, schreitet das Handelsregisteramt zur Löschung der Rechtseinheit im Handelsregister (Art. 155 Abs. 3 HRegV).

3.2 Unter Berufung auf Art. 157 Abs. 2 HRegV meldete das Betreibungsamt F dem Beschwerdegegner vorliegend am 10. November 2015, dass gegen die A GmbH ein Pfändungsverlustschein ausgestellt worden sei. Daraufhin forderte der Beschwerdegegner die Geschäftsführung der A GmbH am 24. November 2015 mit eingeschriebener, an das Domizil der Gesellschaft adressierter Sendung auf, innert 30 Tagen schriftlich "mitzuteilen, falls die Eintragung der A GmbH im Handelsregister aufrechterhalten bleiben soll". Nachdem diese Sendung von der Post nicht zugestellt werden konnte und Letztere sie folglich dem Beschwerdegegner zurückgesandt hatte, liess der Beschwerdegegner eine entsprechende Aufforderung im SHAB publizieren (vgl. VGr, 10. März 2010, VB.2009.00699, E. 2.4). Gleichzeitig veranlasste er einen dreimaligen Rechnungsruf im Sinn von Art. 155 Abs. 2 HRegV. Da auch innert der auf die letzte Publikation des Rechnungsrufs im SHAB folgenden 30 Tagen kein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung der A GmbH im Handelsregister angemeldet wurde, wandte sich der Beschwerdegegner am 31. März 2016 an das Kantonale Steueramt sowie die Eidgenössische Steuerverwaltung, um diese über die beabsichtigte Löschung der Gesellschaft in Kenntnis zu setzen und ihre Zustimmung zu diesem Vorgehen einzuholen. Als die Zustimmungserklärungen sowohl des Kantonalen Steueramts als auch der Eidgenössischen Steuerverwaltung vorlagen, schritt der Beschwerdegegner zum Vollzug der Löschung der A GmbH im Handelsregister und trug die Löschung im Tagesregister ein.

3.3 Das geschilderte, aktenkundige Vorgehen des Beschwerdegegners nach Vorliegen eines Verlustscheins bis hin zur Einholung der Zustimmungen des Kantonalen Steueramts sowie der Eidgenössischen Steuerverwaltung nach Art. 171 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (SR 642.11) bzw. Art. 11 Abs. 1 der Verrechnungssteuerverordnung vom 19. Dezember 1966 (SR 642.211) entspricht den gesetzlichen Vorgaben (vgl. Martin Eckert, Basler Kommentar, 2016, Art. 938a OR N. 3). So musste etwa die Aufforderung nach Art. 155 Abs. 1 HRegV entgegen den

Beschwerdeführenden nicht (auch) an seine Privatadresse zugesandt werden. Die von ihnen in diesem Zusammenhang angerufene verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung (VGr, 10. März 2010, VB.2009.00699, E. 2.2) stammt aus der Zeit vor Inkrafttreten des Art. 155 Abs. 1 bis HRegV, welcher – per 1. Januar 2012 neu in die Verordnung eingefügt (AS 2011 4659, 4718 und 4721) – Absatz ausdrücklich statuiert, dass nicht die allenfalls noch vorhandenen Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans der zu löschenden Gesellschaft, sondern das Organ als solches an der Adresse der Rechtseinheit anzuschreiben ist (vgl. Michael Gwelessiani, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 3. A., Zürich etc. 2016, N. 545; ferner aArt. 155 Abs. 1 HRegV: "[...] so fordert das Handelsregisteramt die zur Anmeldung verpflichteten Personen mit eingeschriebenem Brief auf, innert 30 Tagen die Löschung anzumelden oder mitzuteilen [...]"; anderer Ansicht offenbar David Rüetschi in: Rino Siffert/Nicholas Turin [Hrsg.], Handelsregisterverordnung [HRegV], Bern 2013, Art. 155 N. 16). Dies hat der Beschwerdegegner getan und die Aufforderung nach Art. 155 Abs. 1 HRegV darüber hinaus auch noch auf freiwilliger Basis im SHAB publiziert (in einem Fall wie hier wohl für eine zwingende SHAB-Publikation Gwelessiani, N. 545, und Rüetschi, Art. 155 N. 16, freilich beide unter Hinweis auf VGr, 10. März 2010, VB.2009.00699, E. 2.2, welcher Entscheid aber – wie gesagt – vor Inkrafttreten des Art. 155 Abs. 1 bis HRegV erging). Wie jedoch weiter aus den Akten hervorgeht, blieb die Einleitung des Lösungsverfahrens durch den Beschwerdegegner nicht gänzlich unwidersprochen, sondern erreichte diesen am 13./14. Oktober 2016 die Mitteilung der A GmbH, sie verfüge sowohl über Aktiven als auch über eine Geschäftstätigkeit. So sei mit Urteil des Bezirksgerichts G vom 25. Juli 2016 der über sie eröffnete Konkurs aufgehoben worden und habe das Obergericht des Kantons Zürich am 15. August 2016 eine Konkursbeschwerde infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben, was dem Beschwerdegegner mitgeteilt worden sei. Zudem würden vor Berner Gerichten Forderungen in Höhe von mehr als Fr. 2'890'000.- geltend gemacht, weshalb von einer fehlenden Geschäftstätigkeit oder von mangelnden Aktiven keine Rede sein könne. Es fragt sich, ob der Beschwerdegegner diese klar ausserhalb der Fristen nach Art. 155 Abs. 1–3 HRegV vorgebrachten Einwendungen hätte berücksichtigen und die Sache nach Art. 938a Abs. 2 OR an das zuständige Zivilgericht hätte überweisen müssen. 3.4 Bei der 30-tägigen Frist nach Art. 155 Abs. 1 HRegV handelt es sich um eine gesetzliche Verwirkungsfrist (Praxismitteilung des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister [EHRA] 1/08 vom 17. Oktober 2008, Ziff. 19, abrufbar unter www.e-service.admin.ch/wiki/display/ehrbasis/Inhalt); spricht sich das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan der betroffenen Gesellschaft erst nach Ablauf dieser Frist für die Aufrechterhaltung der Eintragung im Handelsregister aus, ist es demnach grundsätzlich nicht mehr zu hören. Demgegenüber zeitigt die Frist von Art. 155 Abs. 2 f. HRegV keine Verwirkungsfolgen. Mit Blick auf den Wortlaut des Art. 938a Abs. 2 OR, die fehlende Säumnisandrohung (anders Art. 155 Abs. 1 HRegV) sowie den Grundsatz, dass im Tagesregister nur eingetragen werden soll, was entweder freiwillig angemeldet oder rechtskräftig entschieden wurde (vgl. Gwelessiani, N. 549), ist vielmehr davon auszugehen, dass es sich um eine blosse Ordnungsfrist handelt. Nur so ist möglichst gewährleistet, dass die betroffene Gesellschaft im Lösungszeitpunkt effektiv ihre Geschäftstätigkeit aufgegeben hat bzw. faktisch liquidiert wurde und die Löschung der Eintragung somit auch tatsächlich dem mit Art. 938a OR und Art. 155 HRegV verfolgten Schutz der Registerwahrheit sowie der Unterbindung des Handels mit Gesellschaftsmänteln dient. Das Handelsregisteramt hätte die Angelegenheit demnach selbst bei von Gesellschaftern bzw.

Gesellschafterinnen oder Gläubigern bzw. Gläubigerinnen stammenden Interessenbekundungen im Sinn von Art. 938a Abs. 2 OR bzw. Art. 155 Abs. 2 ff. HRegV, welche – wie vorliegend – zwar nach Ablauf der (ausschliesslich) in der letztgenannten Bestimmung statuierten 30-tägigen Frist, aber noch vor dem Vollzug der Löschung der Eintragung bei ihm eingehen, an das zuständige Zivilgericht zu überweisen. 3.5 Die Überweisung ans Gericht gestützt auf Art. 938a Abs. 2 OR bzw. Art. 155 Abs. 4 HRegV setzte allerdings in jedem Fall zumindest ein glaubhaft dargetanes Interesse einer der genannten Personen an der Aufrechterhaltung der Eintragung im Handelsregister voraus, indem etwa ein Gesellschafter nicht nur behauptet, sondern plausibel begründete Angaben dafür liefert, dass die betroffene Gesellschaft weiterhin eine Geschäftstätigkeit aufweist oder Aktiven besitzt, und die Löschung ihrer Eintragung den Verlust dieser Geschäftstätigkeit zur Folge hätte (vgl. Rüetschi, Art. 155 N. 21). Diesen Anforderungen genügt die – im Übrigen vom B nicht als Gesellschafter in eigenem Namen, sondern als einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer der A GmbH in deren Namen eingereichte – schriftliche Eingabe vom 13. Oktober 2016 nicht. Nicht nur unterliessen es die Beschwerdeführenden, Belege für den behaupteten Forderungsprozess einzureichen; das Vorliegen einer bestrittenen Forderung allein vermag auch noch keinen Nachweis für eine reale Geschäftstätigkeit zu erbringen. Gleiches gilt für die dem Beschwerdegegner angezeigte Hinterlegung von Fr. 1'000.- am 14. Juli 2016 zur Abwendung eines drohenden Konkurses, zumal die A GmbH nach Einstellung des Konkursverfahrens einen weiteren Pfändungsverlustschein erwirkte und der B der diesbezüglichen Meldung des Betreibungsamts F nach Art. 157 Abs. 2 HRegV zufolge im Betreibungs- bzw. Pfändungsverfahren unter Hinweis auf die Straffolgen bei unwahren Angaben und bei Pfändungsbetrug ausdrücklich zu Protokoll gegeben hatte, dass die A GmbH inaktiv sei und keinerlei pfändbare und verwertbare Aktiven, keine Post- oder Bankguthaben und auch keine Immobilien oder Fahrzeuge mehr besitze. Identische Bestätigungen hatte B zuvor bereits im Rahmen weiterer Pfändungsverfahren im April, Juni und Juli 2016 abgegeben. Bei diesen Gelegenheiten hatte das Betreibungsamt F zudem festgestellt, dass die Gesellschaft über keine Büroräumlichkeiten (mehr) verfügte, worüber es den Beschwerdegegner ebenfalls in Kenntnis setzte. Dieser durfte somit im Zeitpunkt der Eintragung der Löschung im Tagesregister ungeachtet der (widersprüchlichen und unsubstanzierten) Meldung vom 13. Oktober 2016 davon ausgehen, bei der A GmbH seien die beiden Voraussetzungen des Art. 938a Abs. 1 OR gegeben. Unter diesen Umständen braucht nicht näher geprüft zu werden, wie es sich mit dem beschwerdeführerischen Einwand verhält, aufgrund einer Erkrankung habe B nicht früher auf die ihm nicht persönlich zugestellte "Löschungsandrohung" reagieren können. Anzumerken ist lediglich, dass, sollten die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden damit sinngemäss auf eine Wiederherstellung der Verwirkungsfrist nach Art. 155 Abs. 1 HRegV abzielen, sie spätestens mit Eingabe vom 13. Oktober 2016 zu Händen des Beschwerdegegners ein entsprechendes Gesuch hätten formulieren und darlegen müssen, dass und weshalb B ein früheres Tätigwerden nicht möglich gewesen sein soll. Der blosser Hinweis jedenfalls, dass sich der Betreffende "seit einiger Zeit in ärztlicher Behandlung" befinde, genügt den strengen Anforderungen an ein mit einer entschuldbaren Säumnis begründetes Restitutionsgesuch offensichtlich nicht (vgl. hierzu BGE 136 II 187 E. 6; Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 12 N. 35 ff.). 3.6 Erweist sich das Vorgehen des Beschwerdegegners im Zusammenhang mit der Löschung der Eintragung der

A GmbH im Handelsregister damit als rechtmässig, ist es auch nicht am Verwaltungsgericht, über die Wiedereintragung zu befinden, sondern haben die Beschwerdeführenden hierfür nach dem in Art 164 HRegV geregelten Verfahren vorzugehen. Entsprechend ist die Wiedereintragung bei den Zivilgerichten zu beantragen.

E. 4.1

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

E. 4.2

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführenden unter solidarischer Haftung füreinander je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 sowie § 14 VRG; vgl. Plüss, § 14 N. 9, 11, 14 und 16).

E. 5

Zur Rechtsmittelbelehrung im nachstehenden Urteilsdispositiv ist Folgendes zu erläutern: Öffentlichrechtliche Entscheide, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zivilrecht stehen, unterliegen der Beschwerde in Zivilsachen. Dazu zählen insbesondere auch Entscheide über die Führung des Handelsregisters (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Da der Streitwert Fr. 30'000.-übersteigt (vgl. vorn 1.2), ist insofern auf das ordentliche Rechtsmittel nach Art. 72 ff. BGG zu verweisen (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG).

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