



Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister nach Abschluss des Insolvenzverfahrens

Können Abtretungsgläubiger i.S.v. Art. 260 SchKG
weiterhin vorgehen?

FRANCO LORANDI*

In aller Regel werden streitige Rechtsansprüche im Konkurs den Gläubigern zur Abtretung gemäss Art. 260 SchKG angeboten. Das Konkursverfahren kann auch dann geschlossen werden, wenn Abtretungen ausstehend sind (Art. 268 Abs. 2 SchKG; Art. 95 KOV). Nach Schluss des Konkursverfahrens wird die schuldnerische Gesellschaft im Handelsregister gelöscht, so dass sie untergeht. Damit stellt sich die Frage, ob bzw. inwiefern dies dazu führt, dass die Abtretungsgläubiger die Ansprüche nicht mehr weiterverfolgen können. Der Beitrag geht dieser Frage nach und unterbreitet Lösungsvorschläge.

En règle générale les prétentions litigieuses en cas de faillite sont proposées aux créanciers en vue d'une cession conformément à l'art. 260 LP. La procédure de faillite peut également être clôturée lorsque des cessions sont en suspens (art. 268 al. 2 LP; art. 95 OAO). Une fois la procédure de faillite clôturée, la société débitrice est radiée du registre du commerce, de sorte qu'elle disparaît. La question se pose ainsi de savoir si, ou dans quelle mesure, cela a pour conséquence que les cessionnaires se voient dans l'incapacité de faire valoir les prétentions. La présente contribution examine cette question et propose des solutions.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Wesen der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG
- III. Beendigung der Generalexekution trotz ausstehender Abtretungsverfügungen
 - A. Beendigung des Konkursverfahrens
 - B. Beendigung des Liquidationsverfahrens beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung
 - C. Auswirkungen des Abschlusses des Insolvenzverfahrens auf ausstehende Abtretungsverfügungen
- IV. Löschung der insolventen Gesellschaft im Handelsregister und deren Folgen
 - A. Registerrechtliches
 - B. Autonomie der Überschussverteilung und des Nachkonkurses
 - C. Konstitutive Wirkung der Löschung der juristischen Person im Handelsregister
 - D. Folgen auf die Abtretung und den Prozess des Abtretungsgläubigers
- V. Wiedereintragung der insolventen (gelöschten) Gesellschaft im Handelsregister
 - A. Möglichkeit und Voraussetzungen der Wiedereintragung
 - B. Folgen der Wiedereintragung
 1. Im Allgemeinen
 2. Wiederherstellung des *status quo ante*
 3. Zivilprozessuale Schranken
 4. Rechtskraftwirkung des Entscheids
- VI. Fazit und Empfehlungen
 - A. Denkbare Lösungsansätze
 1. Offenhalten des Konkursverfahrens
 2. Konkursgericht macht keine Mitteilung an das Handelsregisteramt
 3. Handelsregisteramt hält Löschung pendent
 - B. Empfehlungen

I. Einleitung

Die hier zu besprechende Konstellation entspricht dem Regel- und nicht dem Ausnahmefall: Im Konkurs- oder im Liquidationsverfahren (nach Zustandekommen eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung über eine schuldnerische Gesellschaft) verlangt ein Gläubiger die Abtretung von (in der Regel Aktiv-)Ansprüchen der Masse i.S.v. Art. 260 SchKG. Während des pendenten Prozesses, welchen der Abtretungsgläubiger eingeleitet hat, wird das Insolvenzverfahren abgeschlossen (was ohne Weiteres zulässig ist; Art. 95 KOV¹). Dem Schluss des Konkursverfahrens durch den Konkursrichter (Art. 268 Abs. 2 SchKG) als Standardentscheid folgt als Automatismus die Löschung der schuldnerischen Gesellschaft im Handelsregister (Art. 939 Abs. 3 OR; Art. 159 Abs. 5 lit. b HRegV²). Ist damit dem Fortgang der Rechtsverfolgung (prozessual oder aussergerichtlich) durch den Abtretungsgläubiger der Boden entzogen?

Das Bundesgericht hat sich in einigen wenigen (alleamt nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlichten) Entscheiden ganz unterschiedlich zu dieser Frage geäußert. Ein neuerer Entscheid lässt aufhorchen.³ Nachfolgend soll aufgezeigt werden, wie die Rechtslage ist, wenn es sich beim Schuldner um eine Kapitalgesellschaft (AG, Kommanditaktiengesellschaft, GmbH) oder Genossen-

* FRANCO LORANDI, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Holenstein Rechtsanwälte AG, Zürich.

¹ Verordnung vom 13. Juli 1911 über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV; SR 281.32).

² Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2001 (HRegV; SR 221.411).

³ BGer, 4A_384/2016, 1.2.2017.

schaft handelt.⁴ Abschliessend werden Empfehlungen für die Vorgehensweise der Konkursverwaltung bzw. des Liquidators abgegeben.

II. Wesen der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG

Die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG ist ein Institut der Verwertung⁵ in der Generalexekution (Konkurs oder Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung; Art. 260, Art. 325 SchKG).

Gegenstand einer Abtretung gemäss Art. 260 SchKG können Aktivansprüche der Masse oder Verteidigungs- bzw. Bestreitungsansprüche (etwa in Bezug auf Aussonderungsansprüche [Art. 242 SchKG; Art. 47 KOV]) sein.⁶

Die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG führt nicht zum Übergang des materiellen Anspruchs, sie verleiht dem Abtretungsgläubiger (einzig) das Prozessführungsrecht. Er agiert als Prozessstandschafter, das heisst, er handelt in eigenem Namen und auf eigenes Risiko, jedoch aus fremdem Recht, nämlich aus dem Recht des Gemeinschuldners. Bei gerichtlicher Geltendmachung ist deshalb die Insolvenzmasse nicht selbst Partei (dies ist der Abtretungsgläubiger), sie bleibt aber Rechtsträgerin des abgetretenen Anspruchs.⁷

Das Prozessführungsrecht gemäss Art. 260 SchKG ist ein Nebenrecht der Insolvenzforderung des Gläubigers und ist damit akzessorisch.⁸ Es führt damit kein Eigenleben, sondern hängt vom Schicksal der Insolvenzforderung ab.⁹ Die Abtretung klebt an der Insolvenzforderung wie der Kaugummi am Schuh.¹⁰

III. Beendigung der Generalexekution trotz ausstehender Abtretungsverfügungen

A. Beendigung des Konkursverfahrens

Nach Durchführung der Verteilung im Konkursverfahren legt die Konkursverwaltung dem Konkursgericht den Schlussbericht vor (Art. 268 Abs. 1 SchKG; Art. 92 KOV). Findet das Konkursgericht, dass das Konkursverfahren vollständig durchgeführt ist, so erklärt es dieses für geschlossen (Art. 268 Abs. 2 SchKG). Damit das Konkursverfahren als vollständig durchgeführt gelten kann, müssen die Aktiven liquidiert bzw. verwertet¹¹ worden,¹² Beschwerdeverfahren erledigt¹³ und Prozesse, die gegen oder von der Masse geführt werden, grundsätzlich abgeschlossen sein.¹⁴

Das Konkursamt macht den Schluss des Konkursverfahrens öffentlich bekannt (Art. 268 Abs. 4 SchKG). Dies gilt auch bei Schluss des summarischen Konkursverfahrens (Art. 93 KOV). Das Konkursgericht teilt dem Handelsregisteramt den Schluss des Konkurses unverzüglich mit (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG).

B. Beendigung des Liquidationsverfahrens beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung

Bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung erstellen die Liquidatoren nach Abschluss des Verfahrens einen Schlussbericht. Dieser wird dem Gläubigerausschuss zur Genehmigung unterbreitet, dem Nachlassgericht eingereicht und den Gläubigern zur Einsicht ausgelegt (Art. 330 Abs. 1 SchKG). Es drängt sich auf, dass das Nachlassgericht (in analoger Anwendung von Art. 268 Abs. 2 SchKG) das Liquidationsverfahren für geschlossen erklärt.¹⁵

⁴ Diesen ist gemeinsam, dass ihre Eintragung im Handelsregister konstitutiv ist (vgl. unten IV.B.).

⁵ Der Randtitel vor Art. 252 bis Art. 260 SchKG lautet «V. Verwertung».

⁶ Anstatt aller: KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 47 N 42 ff.

⁷ BGE 132 III 342 E. 2.2; 132 III 564 E. 3.2.2; BGer, 4A_231/2011, 20.9.2011, E. 2; 4A_384/2016, 1.2.2017, E. 2.1.2, 2.3.

⁸ BGE 132 III 342 E. 2.2.2; 113 III 20 E. 3; 111 II 81 E. 3a; 109 III 27 E. 1a; BGer, 4A_5/2008, 22.5.2008, E. 1.4.

⁹ CARL JAEGER, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, 3. A., Zürich 1911, Art. 260 SchKG N 1; BGE 111 II 81 E. 3a; 109 III 27 E. 1a.

¹⁰ FRANCO LORANDI, Abtretung von Rechtsansprüchen gemäss Art. 260 SchKG, Grundlegendes und ausgewählte Fragen, Sammelband, Lugano 2012, 63, 66 f.

¹¹ Als Verwertung gilt auch eine Abtretung gemäss Art. 260 SchKG (vgl. II.).

¹² BGE 130 III 481 E. 3; BGer, 5A_50/2015, 28.9.2015, E. 3.3.

¹³ BGE 138 III 437 E. 4.3.2; BGer, 5A_50/2015, 28.9.2015, E. 3.3.

¹⁴ BSK SchKG II-STAEHELIN, Art. 268 N 5, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2010 (zit. BSK SchKG II-Verfasser); CR LDIP-JEANDIN, Art. 268 N 8 ff., in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), Poursuite et faillite, Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Commentaire romand, Basel 2005 (zit. CR LDIP-Verfasser); BGer, 5A_50/2015, 28.9.2015, E. 3.3.

¹⁵ BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 14), Art. 330 N 15; KUKO SchKG-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH,

Anders als beim Konkursverfahren (Art. 268 Abs. 4 SchKG) findet keine Veröffentlichung des Verfahrensschlusses statt.¹⁶ Wenn das Nachlassgericht dem Handelsregisteramt nicht (in analoger Anwendung von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG) von Amtes wegen Mitteilung betreffend den Verfahrensschluss erstattet, müssen die Liquidatoren beim Handelsregisteramt die Löschung der schuldnerischen Gesellschaft im Handelsregister anmelden (Art. 161 Abs. 4 HRegV).¹⁷

C. Auswirkungen des Abschlusses des Insolvenzverfahrens auf ausstehende Abtretungsverfügungen

Bei einer Abtretung macht der Abtretungsgläubiger den Anspruch geltend; bei gerichtlicher Geltendmachung ist der Abtretungsgläubiger und nicht die Masse Prozesspartei.¹⁸ Dies hat Auswirkungen auf die Frage, ob das Insolvenzverfahren trotz ausstehenden Abtretungen geschlossen werden kann: Hat eine Abtretung von Rechtsansprüchen der Insolvenzmasse an einzelne Gläubiger gemäss Art. 260 SchKG stattgefunden und ist anzunehmen, dass aus der Verfolgung der abgetretenen Ansprüche kein Überschuss zugunsten der Masse (i.S.v. Art. 260 Abs. 2 Satz 2 SchKG) resultiert,¹⁹ so steht dies dem Schluss des Konkursverfahrens nicht entgegen. Die Konkursverwaltung hat deshalb dem Konkursgericht im Rahmen der Erstattung des Schlussberichts (Art. 268 Abs. 1 SchKG) Antrag zu stellen, ob der Konkurs geschlossen oder damit bis nach durchgeführter Geltendmachung des Anspruchs zugewartet werden soll (Art. 95 KOV). Wird der Konkurs geschlossen, so beeinträchtigt dies die Wirkungen einer ausgestellten Abtretungsverfügung nicht (direkt).²⁰ Das Gesagte gilt analog für den Abschluss des Liquidationsverfahrens beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.²¹

Art. 330 N 14, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), *Kurzkommentar SchKG*, 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG-Verfasser).

¹⁶ BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 14), Art. 268 N 2a.

¹⁷ BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 14), Art. 330 N 16; KUKO SchKG-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH (FN 15), Art. 330 N 16.

¹⁸ Vgl. II.

¹⁹ Die Praxis zeigt, dass es äusserst selten bis nie vorkommt, dass bei Geltendmachung eines Anspruches ein Überschuss für die Masse resultiert (vgl. MARK A. REUTTER, in: Dominic Milani/Marc Wohlgenuth [Hrsg.], *Kommentar zur Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter*, 2. A., Zürich/St. Gallen, 2016, Art. 95 KOV N 6).

²⁰ BGE 37 II 126 E. 2; 73 III 155 E. 4; 127 III 526 E. 3.

²¹ Vgl. BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 14), Art. 330 N 11, sowie KUKO SchKG-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH

Der Schluss des Insolvenzverfahrens ist ein insolvenzrechtliches Ereignis. Er hat keinen (unmittelbaren²²) Einfluss auf den Bestand des gemäss Art. 260 SchKG abgetretenen materiellrechtlichen Anspruchs bzw. auf die Abtretungsverfügung.²³

Weil der Schluss eines Insolvenzverfahrens und die daraus resultierenden Folgen *vollstreckungsrechtliche Aspekte* sind, haben die Aufsichtsbehörden (Art. 13 f. SchKG) darüber im Beschwerdeverfahren (Art. 17 ff. SchKG) zu entscheiden und nicht die Zivilgerichte.

IV. Löschung der insolventen Gesellschaft im Handelsregister und deren Folgen

A. Registerrechtliches

Eine Rechtseinheit wird von Amtes wegen gelöscht, wenn das Konkursverfahren durch Entscheid des Konkursgerichts geschlossen wird (Art. 939 Abs. 3 OR; Art. 159 Abs. 5 lit. b HRegV). Die Löschung der Rechtseinheit wird im Handelsregister eingetragen (Art. 159 Abs. 6 lit. b HRegV). Gleiches gilt nach Abschluss eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung.²⁴ Eine Einsprachemöglichkeit gibt es (anders als bei der Löschung zufolge Einstellung des Konkurses mangels Aktiven; Art. 159 Abs. 5 lit. a HRegV) nicht.²⁵ Damit ist die Löschung der schuldnerischen Gesellschaft eine *automatische (zwingende) Folge* des Abschlusses eines Insolvenzverfahrens.

B. Autonomie der Überschussverteilung und des Nachkonkurses

Unbesehen der Löschung der juristischen Person (Schuldner) im Handelsregister muss der Abtretungsgläubiger einen Überschuss an die Masse abliefern und das Konkursamt kann (und muss) eine *Überschussverteilung an die Konkursgläubiger* (Art. 260 Abs. 2 Satz 2 SchKG) *vornehmen*.²⁶

(FN 15), Art. 330 N 7, wonach sich eine analoge Anwendung von Art. 268 SchKG und Art. 92 KOV aufdrängt.

²² Zu den mittelbaren Folgen vgl. II.

²³ BGE 37 II 126 E. 2; 73 III 155 E. 4; BGer, 4A_5/2008, 22.5.2008, E. 1.4.

²⁴ BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 14), Art. 330 N 16; KUKO SchKG-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH (FN 15), Art. 330 N 16.

²⁵ MARKUS VISCHER, *Untergang der AG: Konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Löschung im Handelsregister?*, GesKR 2015, 257 ff., 264.

²⁶ CR LDIP-JEANDIN (FN 14), Art. 268 N 9; BGer, 5A_50/2015, 28.9.2015, E. 3.4.3.

Auch beim *Nachkonkurs*, das heisst, wenn nach Abschluss des Konkursverfahrens noch neue Aktiven entdeckt werden (Art. 269 SchKG), steht die Löschung der juristischen Person (Gemeinschuldnerin) im Handelsregister einem Nachkonkurs nicht entgegen. Für die Verwertung und Nachverteilung muss die im Handelsregister gelöschte Gesellschaft deshalb auch nicht wieder eingetragen werden.²⁷ Zur Abwicklung des Nachkonkurses ist *ex lege* das (ordentliche) Konkursamt zuständig (Art. 269 SchKG),²⁸ ohne dass es einer Ermächtigung durch das Konkursgericht oder die Aufsichtsbehörde bedürfte.

Die genannten *insolvenzrechtlichen Aspekte* werden von der Löschung der schuldnerischen Gesellschaft im Handelsregister nicht berührt. Soweit die Konkursmasse im Nachkonkurs jedoch *Ansprüche oder sonstige Aktiven aktiv geltend machen will* (namentlich durch Vergleich, Betreuung, Klage, Schiedsverfahren etc.), gelten dieselben Regeln, wie sie nachstehend für das «normale» Konkursverfahren dargestellt werden, einschliesslich der Möglichkeit (bzw. Notwendigkeit), die gelöschte juristische Person wieder im Handelsregister eintragen zu lassen.

C. Konstitutive Wirkung der Löschung der juristischen Person²⁹ im Handelsregister

Für Kapitalgesellschaften und Genossenschaften³⁰ ist die *Eintragung* im Handelsregister *konstitutiv* (Art. 643 OR [AG], Art. 764 Abs. 2 OR [Kommanditaktiengesellschaft], Art. 779 OR [GmbH], Art. 835 OR [Genossenschaft]).³¹

Eine solche Rechtseinheit erlangt ihre Rechtspersönlichkeit damit (nur und erst) mit dem Registereintrag.

Es herrscht Uneinigkeit,³² ob die *Löschung* solcher Rechtseinheiten im Handelsregister konstitutiv³³ oder

²⁷ DAVID RÜETSCHI, in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Stämpfli Handkommentar, Bern 2013 (zit. SHK HRegV-Verfasser), Art. 164 N 8, N 22; OGER SH, OGE 93/2014/23, 9.8.2016, E. 3.3.1; BISchK 2013, 159.

²⁸ JAEGER (FN 9), Art. 269 SchKG N 4; BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 14), Art. 269 N 14; CR LDIP-JEANDIN (FN 14), Art. 269 SchKG N 20; KUKO SchKG-NÄF (FN 15), Art. 269 N 5.

²⁹ Wo nachfolgend keine Unterscheidung angezeigt ist, wird aus stilistischen Gründen von der *Gesellschaft* gesprochen, womit eine Kapitalgesellschaft oder eine Genossenschaft erfasst ist.

³⁰ Anders etwa für den *Verein* (HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die juristischen Personen, Art. 60–79 ZGB, Bern 1990, Art. 61 ZGB N 50); PETER GAUCH, Von der Eintragung im Handelsregister, ihren Wirkungen und der negativen Publizitätswirkung, SAG (SZW) 1976, 139, 142, Fn 15; BGer, 4A.2/2005, 28.11.2005, oder für *Personengesellschaften* (Art. 552 f., Art. 594 OR).

³¹ GAUCH (FN 30), 142; BSK OR II-SCHENKER, Art. 643 N 1, m.w.H. in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser); BSK OR II-WILDHABER, Art. 765 N 2; BSK OR II-SCHENKER, Art. 779 N 1; BSK OR II-SCHENKER, Art. 836 N 1; SHK HRegV-RÜETSCHI (FN 27), Art. 164 N 1.

³² *Offengelassen* wurde die Frage in BGer, 2C_408/2012, 25.9.2012, E. 3.1 und 3.2; 4A_16/2010, 6.4.2010, E. 5.1.2. *Widersprüchlich* ZR 2016, Nr. 41, E. 3.3: «Die Gesellschaft verliert ihre Rechtspersönlichkeit erst durch die Beendigung der Liquidation; die Löschung im Handelsregister hat lediglich deklaratorische Wirkung [...]. Damit kann ein hängiger Prozess gegen eine juristische Person [...] solange diese im Handelsregister eingetragen ist, nicht als gegenstandslos abgeschrieben werden, auch wenn über diese der Konkurs eröffnet und anschliessend mangels Aktiven wieder eingestellt worden ist, da die Einstellung die Rechtspersönlichkeit noch nicht zerstört.»

³³ CHRISTOPH VON GREYERZ, Die Aktiengesellschaft, in: SPR Bd. III/2, Basel/Frankfurt 1982, 285; MANFRED KÜNG, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Handelsregister, Art. 927–943 OR, Bern 2001 (zit. BK-KÜNG), Art. 937 OR N 128; EVA BILEK/HANS CASPAR VON DER CRONE, 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), SZW 2007, 80 ff., 83; GILLES BENEDICK, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Vergütungsverordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 746 OR N 5; SHK HRegV-RÜETSCHI (FN 27), Art. 164 N 4; DAVID RÜETSCHI, Zum Verfahren der Wiedereintragung ins Handelsregister gemäss Art. 164 HRegV – zugleich eine Entgegnung auf PHILIPPIN, REPRAX 2/2011, 20 ff., REPRAX 4/2011, 23 ff., 24; LUKAS HANDSCHIN/CHRISTOF TRUNINGER, Die neue GmbH, 2. A., Zürich 2006, 31.24; KUKO SchKG-NÄF (FN 15), Art. 268 N 7; VISCHER (FN 25), 259, m.w.H. in Fn 30; BGE 132 III 731 E. 3.1, in: Pra 2007, Nr. 81; BGE 117 III 39 E. 3b; 73 III 61 E. 1; 64 II 151, E. 1; 42 III 37, 40; BGer, 4A_384/2016, 1.2.2017, E. 2.3; 4A.3/2002, 3.7.2002, E. 4.1 (in Bezug auf die Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister mangels Aktiven); BVGer, A-5410/2012, 28.5.2013, E. 4.3.

deklaratorisch³⁴ wirkt.³⁵ Ob man hinsichtlich dieser Frage von einer herrschenden Lehre sprechen kann,³⁶ scheint fraglich.³⁷ Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist uneinheitlich, um nicht zu sagen schwankend.³⁸ Bei Annahme einer konstitutiven Wirkung der Löschung ist für den Untergang der juristischen Person der Registereintrag (Löschung) massgeblich. Bei Annahme einer deklaratorischen Wirkung endet die Rechtspersönlichkeit mit Abschluss der effektiven Liquidationstätigkeit, was vor oder nach der Löschung im Handelsregister der Fall sein kann.³⁹

³⁴ HANS-RUDOLF KUNZ, Löschung und Wiedereintragung von Handelsgesellschaften im Handelsregister, Diss. Bern, Bern 1942, 54; MARC-ANTOINE SCHAUB, Préposé au registre de commerce de Genève, Les effets de la radiation et de la réinscription d'une société anonyme au registre de commerce, SAG 1959/1960, 185 ff.; WOLFHART F. BÜRGI/URSULA NORDMANN-ZIMMERMANN, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft, Zürich 1979 (zit. ZK-BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN), Art. 739 OR N 3, Art. 746 OR N 7; BSK OR II-STÄUBLI (FN 31), Art. 746 N 1; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Zürich 2014, § 14 N 72; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 56 N 152; KUKO OR-TREZZINI, Art. 746 N 1, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Obligationenrecht, Kurzkommentar, Basel 2014; CR CO-RAYROUX, Art. 746 N 2, 6, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz (Hrsg.), Code des obligations II, Commentaire romand, Basel 2008 (zit. CR CO-Verfasser); CR CO-AMSTUTZ/WITPRÄCHTIGER, Art. 913 N 44; EDGAR PHILIPPIN, Observations procédurales sur l'action en réinscription d'une entité juridique radiée, REPRAX 2/2011, 20 ff., 21; MARTIN F. NUSSBAUM/RETO SANWALD/MARKUS SCHEIDEGGER, Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Muri/Bern 2007, Art. 826 OR N 31; PHILIPP HABERBECK, Wann verliert eine liquidierte Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit?, Jusletter vom 10.4.2017, N 6 ff.; ROLF SETHE, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, SJZ 2017, 522 ff., 524 f.; BGer, 4A_231/2011, 20.9.2011, E. 2 (allerdings mit Verweis auf BGE, welche von einer konstitutiven Wirkung ausgehen); so implizit wohl auch BGer, 4A_5/2008, 22.5.2008, E. 1.4; BISchK 2013, 160 («[...] ist nicht einzusehen, weshalb die Geltendmachung eines solchen Anspruchs [gemeint ist ein solcher aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit] davon abhängen soll, ob die konkursite Gesellschaft noch im Handelsregister eingetragen ist oder nicht»).

³⁵ Eine neuere Meinung geht dahin, dass die Rechtspersönlichkeit nur und erst ende, wenn beide Voraussetzungen (vollständige Beendigung der Liquidation und Eintragung der Löschung im Handelsregister) kumulativ vorliegen (PETER JUNG, Entstehung und Untergang von Kapitalgesellschaften, recht 2013, 85 ff., 89 ff., unter Bezugnahme auf BGE 117 III 37 E. 3a und BGE 132 III 731 E. 3.1).

³⁶ Gemäss JUNG (FN 35), 85 ff., und VISCHER (FN 25), 259, soll der Teil der Lehre, welcher für die konstitutive Wirkung eintritt, (noch) herrschend sein.

³⁷ Vgl. die in FN 33 und 34 zitierten Autoren.

³⁸ Vgl. die in FN 32, 33 und 34 zitierten Entscheide.

³⁹ Vgl. ZK-BÜRGI/NORDMANN (FN 34), Art. 746 OR N 7; VISCHER (FN 25), 259; JUNG (FN 35), 88. Es entspricht dem Regelfall, dass die Liquidation abgeschlossen ist, bevor die Löschung im Handelsregister erfolgt (JUNG [FN 35], 88, 90 f.).

Nach der hier vertretenen Meinung ist die Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister *konstitutiv*. Dies ist schon dadurch indiziert, dass die Eintragung konstitutiv ist.⁴⁰ Auch die Rechtssicherheit und der Verkehrsschutz erheischen dies. Mit der Löschung im Handelsregister geht die *Rechtspersönlichkeit* der Gesellschaft *unter*⁴¹ und ihre *Existenz hört auf*⁴². Aus diesem Grund kann etwa auch keine Betreibung mehr von oder gegen eine solche Rechtseinheit geführt werden; eine solche Betreibung wäre nichtig (Art. 22 SchKG).⁴³

Der Untergang der Rechtspersönlichkeit ist jedoch *nicht definitiv*;⁴⁴ die juristische Person nimmt nur «zunächst»⁴⁵ (sozusagen unter Vorbehalt der Wiedereintragung) ihr Ende. Mit einer späteren Wiedereintragung im Handelsregister⁴⁶ erlangt die juristische Person ihre Rechtspersönlichkeit (*ex nunc*) wieder. Indem man eine Wiedereintragung der gelöschten juristischen Person im Handelsregister zulässt, verliert die strittige Frage, ob die Löschung im Handelsregister konstitutiv oder deklaratorisch ist, wesentlich an Bedeutung, ohne dass die Frage deswegen obsolet würde.

D. Folgen auf die Abtretung und den Prozess des Abtretungsgläubigers

Mit Löschung der insolventen Gesellschaft im Handelsregister *fehlt es* sowohl in Bezug auf Aktivansprüche auch als in Bezug auf Passivverfahren (wie die Aussonderung) *an einem Rechtsträger*.⁴⁷ Die Löschung hat (aufgrund der konstitutiven Wirkung) zur Folge, dass die zugrunde liegende Aktivforderung untergeht,⁴⁸ denn eine Forderung

⁴⁰ Vgl. IV.C. So auch BGE 42 III 37, 40; a.M. JUNG (FN 35), 86.

⁴¹ BGE 132 III 731 E. 3.1, in: Pra 2007, Nr. 81; BGer, 4A_384/2016, 1.2.2017, E. 2.1.2; 5A_65/2008, 15.12.2008, E. 2.1; 7B.254/2001, 1.2.2002, E. 2a.

⁴² BGE 117 III 39 E. 3b; 64 II 150 E. 1; 42 III 37, 40; BGer, 6B_557/2010, 9.3.2011, E. 6.3.1; 4A_188/2008, 9.9.2008, E. 4.4; 7B.254/2001, 1.2.2002, E. 2a.

⁴³ BGE 73 III 61 E. 1; vgl. auch 42 III 37, 40.

⁴⁴ LUKAS HANDSCHIN/CHRISTOF TRUNINGER, Die neue GmbH, 2. A., Zürich 2006, 31.24.

⁴⁵ BGE 64 II 150 E. 1.

⁴⁶ Vgl. dazu V.

⁴⁷ BGer, 4A_384/2016, 1.2.2017, E. 2.1.2, 2.3.

⁴⁸ A.M. BGer, 4A_5/2008, 22.5.2008, E. 1.4, wonach die Löschung der schuldnerischen Gesellschaft im Handelsregister nicht automatisch zum Untergang der dieser zustehenden Forderungen führe; von der Löschung werde der Bestand der Forderungen nicht betroffen (wobei sich das Bundesgericht nicht abschliessend mit diesen Fragen befasste bzw. befassen musste).

ohne Gläubiger⁴⁹ oder Schuldner⁵⁰ ist undenkbar.⁵¹ Damit ermangelt es dem Abtretungsgläubiger im Aktivprozess an der Aktivlegitimation⁵² und im Passivprozess an der Passivlegitimation.

Die Löschung im Handelsregister beschlägt damit untermittelbar den Bestand der Aktiven und Passiven der insolventen Gesellschaft. Damit ist die Löschung der Rechtseinheit im Handelsregister *von fundamentaler Bedeutung* und betrifft nicht nur die Möglichkeit der Gesellschaft, am Rechtsverkehr teilzunehmen.⁵³ Es verhält sich (im Sinne des Kausalverlaufs) vielmehr so, dass die Gesellschaft deshalb am Rechtsverkehr nicht mehr teilnehmen kann, weil sie nicht mehr existiert.

Zu Ende gedacht gehen die Wirkungen der Löschung im Handelsregister für den Abtretungsgläubiger indessen noch weiter: Die Abtretung, auf welche sich der Insolvenzgläubiger bei der Geltendmachung der Masseansprüche stützt, ist zu seiner Insolvenzforderung akzessorisch.⁵⁴ Fehlt es (zufolge Löschung des Gemeinschuldners im Handelsregister) an einem Rechtsträger, so geht auch die Forderung des Insolvenzgläubigers unter (da keine Schuld ohne Schuldner existieren kann).⁵⁵ Der Untergang der Insolvenzforderung seinerseits bewirkt automatisch das Erlöschen der akzessorischen Abtretungsverfügung. Ohne Abtretungsverfügung schliesslich fehlt es dem Abtretungsgläubiger an der (aus der Abtretungsverfügung

abgeleiteten) *Prozessführungsbefugnis*.⁵⁶ Damit ermangelt es einer Prozessvoraussetzung, weshalb auf die (Aktiv-)Klage des Abtretungsgläubigers nicht einzutreten ist⁵⁷ bzw. (nach bereits erfolgtem Eintretensentscheid) die Klage gegenstandslos wird.

Dieser Umstand hat auch *Folgen auf die ausserprozessuale Geltendmachung* der abgetretenen Ansprüche. Das aus der Abtretungsverfügung fliessende Prozessführungsrecht umfasst auch die Befugnis, den abgetretenen Anspruch aussergerichtlich geltend zu machen, namentlich einen Vergleich abzuschliessen.⁵⁸ Fällt die Abtretungsverfügung zufolge Löschung der insolventen Gesellschaft im Handelsregister dahin, so kann der Abtretungsgläubiger auch keinen Vergleich mehr abschliessen.

Damit ist auch gesagt, dass eine Abtretungsverfügung i.S.v. Art. 260 SchKG die materiellrechtlichen Folgen des Untergangs einer Gesellschaft und damit auch des Erlöschens deren Forderungen, Rechte und Verbindlichkeiten nicht zu «übersteuern» oder auszugleichen vermag. Vielmehr verhält es sich so, dass die Abtretungsverfügung aufgrund ihrer akzessorischen Natur dem Schicksal (Untergang) der Konkursforderung folgt.

V. Wiedereintragung der insolventen (gelöschten) Gesellschaft im Handelsregister

Führt die Löschung der schuldnerischen Gesellschaft (nach Schluss des Insolvenzverfahrens) zum Untergang der gemäss Art. 260 SchKG abgetretenen Rechtsansprüche und zum Untergang der Abtretungsverfügung,⁵⁹ so fragt sich, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine Wiedereintragung im Handelsregister möglich ist und was eine solche bewirkt.

A. Möglichkeit und Voraussetzungen der Wiedereintragung

Das Gericht kann auf Antrag die Wiedereintragung einer gelöschten Rechtseinheit im Handelsregister anordnen (Art. 164 Abs. 1 HRegV). Dies ist namentlich der Fall,

⁴⁹ Vgl. auch BGE 73 III 61 E. 1, wonach es keine Betreuung ohne einen (zufolge Löschung im Handelsregister untergegangene) Gesellschaft (als Gläubiger) gibt; eine solche Betreuung ist nichtig (Art. 22 SchKG).

⁵⁰ Vgl. auch BGE 42 III 37, wonach Voraussetzung einer Betreuung ist, dass sie sich gegen ein mit Rechtspersönlichkeit ausgestattetes Objekt richtet, was bei einer im Handelsregister gelöschten AG nicht der Fall ist.

⁵¹ So auch HABERBECK (FN 34), N 32 (welcher allerdings einer deklaratorischen Wirkung das Wort redet), der von einem Axiom spricht.

⁵² BGer, 4A_384/2016, 1.2.2017, E. 2.3. In BGer, 4A_231/2011, 20.9.2011, E. 2, liess das Bundesgericht die Frage offen.

⁵³ So BGer, 4A_5/2008, 22.5.2008, E. 1.4, wonach die Teilnahme am Rechtsverkehr nach erfolgter Abtretung der Forderung nicht mehr notwendig sei (wobei sich das Bundesgericht nicht abschliessend mit diesen Fragen befassen musste).

⁵⁴ Vgl. vor FN 6.

⁵⁵ A.M. BGer, 4A_5/2008, 22.5.2008, E. 1.4, wonach die Löschung der schuldnerischen Gesellschaft im Handelsregister nicht automatisch zum Untergang der Gläubigerforderungen führe (wobei sich das Bundesgericht nicht abschliessend mit diesen Fragen befassete). Ebenfalls a.M. BGE 110 II 396 E. 2, wonach der aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit potentielle Beklagte nach erfolgter Löschung der Gesellschaft im Handelsregister nicht im Ernst behaupten könne, die Verantwortlichkeitsansprüche seien aus materiellrechtlichen Gründen offensichtlich nicht mehr durchsetzbar (der Fall betraf jedoch einen Fall der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven).

⁵⁶ Vgl. II. Gemäss BGer, 4A_5/2008, 22.5.2008, E. 1.4, erscheint es zweifelhaft, ob die Löschung der schuldnerischen Gesellschaft im Handelsregister die Prozessführungsbefugnis des Abtretungsgläubigers dahinfallen lasse (wobei sich das Bundesgericht nicht abschliessend mit diesen Fragen befassen musste und es auch nicht vom Untergang der Insolvenzforderung ausging).

⁵⁷ LORANDI (FN 10), 66; BGer, 5A_722/2016, 12.6.2017, E. 3.5.

⁵⁸ BGE 93 III 59 E. 1a; 50 III 19 E. 3; 49 III 122 E. 2; 43 III 160 E. 1.

⁵⁹ Vgl. IV.

wenn glaubhaft gemacht wird, dass nach Abschluss der Liquidation der gelöschten Rechtseinheit Aktiven vorliegen, die noch nicht verwertet oder verteilt worden sind (lit. a), die gelöschte Rechtseinheit in einem Gerichtsverfahren als Partei teilnimmt (lit. b), die Wiedereintragung für die Bereinigung eines öffentlichen Registers erforderlich ist (lit. c) oder die Wiedereintragung für die Beendigung des Konkursverfahrens der gelöschten Rechtseinheit erforderlich ist (lit. d).

Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist bloss glaubhaft zu machen (Art. 164 Abs. 1 HRegV Ingress). Im Verfahren um Wiedereintragung ist nur im Sinne eines Negativtests zu prüfen, ob es sich so verhält, dass offensichtlich kein Grund für eine Wiedereintragung vorliegt,⁶⁰ in welchem Fall das Gesuch um Wiedereintragung rechtsmissbräuchlich wäre⁶¹ bzw. es an einem Rechtsschutzinteresse fehlen würde. Eine abschliessende Prüfung der Wiedereintragungsgründe findet im Wiedereröffnungsverfahren nicht statt.⁶²

Es ist umstritten, ob der Katalog von Art. 164 Abs. 1 HRegV abschliessend⁶³ ist oder nicht⁶⁴. Meines Erachtens ist die Aufzählung im Gesetz nicht abschliessend. Unumstritten ist in der Gerichtspraxis dagegen, dass ein *Gläubiger*⁶⁵, welcher etwa die Organe einer insolventen juristischen Person belangen will, zu diesem Zweck deren Wiedereintragung im Handelsregister verlangen kann.⁶⁶ Dies gilt namentlich für einen Abtretungsgläubiger. Er ist dabei für die Wiedereintragung m.E. nicht an die Art. 164 Abs. 1 HRegV aufgezählten Fälle gebunden, weshalb zumindest in diesem Sinne von einem nicht abschliessenden Katalog auszugehen ist bzw. die im Gesetz genannten Fälle weit auszulegen sind.

⁶⁰ BGE 110 II 396 E. 2; 100 Ib 37 E. 1.

⁶¹ BGE 132 III 731 E. 3.2, in: Pra 2007, Nr. 81.

⁶² BGE 132 III 731 E. 3.2, in: Pra 2007, Nr. 81; 110 II 396 E. 2 a.E.

⁶³ SHK HRegV-RÜETSCHI (FN 27), Art. 164 N 11; MICHAEL GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 2. Auflage, Zürich 2012, N 576; BGer, 4A_16/2010, 6.4.2010, E. 5.1.1.

⁶⁴ RINO SIFFERT/FLORIAN ZIHLER, Handelsregisterrecht, Entwicklungen 2011, njus.ch, Bern 2012, 14 ff.; SAMUEL KRÄHENBÜHL, Modernisierung des Handelsregisters – die Änderung des Obligationenrechts vom 17. März 2017 im Überblick, REPRAX 2017, 95 ff., 100; ZR 2017, Nr. 58; Botschaft vom 15. April 2015 zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht), BBl 2015, 3617 ff., 3644 f. (zu Art. 935 VE-OR; vgl. auch Art. 935 Abs. 2 VE-OR «insbesondere»).

⁶⁵ Zur Legitimation des Gläubigers: BGE 140 III 550 E. 2.1; 132 III 731 E. 3.2, in: Pra 2007, Nr. 81; BGer, 4A_16/2010, 6.4.2010, E. 2.1.

⁶⁶ BGE 132 III 731 E. 3.2 und 3.3, in: Pra 2007, Nr. 81; BGer, 4A_5/2008, 22.5.2008, E. 1.4; GWELESSIANI (FN 63), N 578; SHK HRegV-RÜETSCHI (FN 27), Art. 164 N 21.

Der genannte Grundsatz ist m.E. *verallgemeinerungsfähig*. Wenn ein Gläubiger bei der Durchführung eines Insolvenzverfahrens (Aktiv- oder Passiv-)Ansprüche der Masse als Abtretungsgläubiger wahrnehmen will und die Löschung des Gemeinschuldners in dieser Hinsicht ein Hindernis darstellt, so kann er (allein aus diesem Grund) die Wiedereintragung der im Handelsregister gelöschten gemeinschuldnerischen Gesellschaft bewirken.

B. Folgen der Wiedereintragung

1. Im Allgemeinen

Wie schon in Bezug auf die Löschung⁶⁷ ist auch umstritten, ob die Wiedereintragung einer Gesellschaft im Handelsregister deklaratorische oder konstitutive Wirkung hat.⁶⁸ Nach der hier vertretenen Ansicht hat die Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister *konstitutive Wirkung*.⁶⁹ Gleiches gilt für deren Wiedereintragung im Handelsregister.

Die Wiedereintragung wirkt *ex nunc*;⁷⁰ es findet somit keine Rückwirkung der Wiedererlangung der Rechtspersönlichkeit statt. Die Gesellschaft erlangt damit erst mit und durch die Wiedereintragung im Handelsregister ihre Rechtspersönlichkeit wieder.

2. Wiederherstellung des *status quo ante*

Mit erfolgter Wiedereintragung im Handelsregister stehen der schuldnerischen Gesellschaft wieder diejenigen Aktiven zu bzw. hat sie wieder jene Passiven, welche und wie sie vor der Löschung im Handelsregister bestanden;⁷¹ diese leben *in globo* wieder auf. Vermögensrechtlich wird damit grundsätzlich der *status quo ante* wiederhergestellt. Vorbehalten bleiben seither eingetretene Ereignisse (wie Verwirkung, sonstiger Untergang des Anspruchs oder Verjährung).

⁶⁷ Vgl. IV.

⁶⁸ *Konstitutive Wirkung*: VISCHER (FN 25), 261; BILEK/VON DER CRONE (FN 33), 85; SHK HRegV-RÜETSCHI (FN 27), Art. 164 N 6; GUILLAUME VIANIN, L'inscription au registre du commerce et ses effets, Diss. Freiburg, Freiburg 2000, 242 ff. *Deklaratorische Wirkung*: GWELESSIANI (FN 63), N 576; PHILIPPIN (FN 34), 21; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 34), § 56 N 152; CR CO-RAYROUX (FN 34), Art. 747 N 6; ZK-BÜRGI/NORDMANN (FN 34), Art. 746 OR N 7, m.w.H.

⁶⁹ Vgl. IV.C.

⁷⁰ ZK-BÜRGI/NORDMANN (FN 34), Art. 746 OR N 14; BILEK/VON DER CRONE (FN 33), 85; SHK HRegV-RÜETSCHI (FN 27), Art. 164 N 5; VISCHER (FN 25), 261.

⁷¹ SHK HRegV-RÜETSCHI (FN 27), Art. 164 N 6; BILEK/VON DER CRONE (FN 33), 80, 83; VIANIN (FN 68), 243; PHILIPPIN (FN 34), 21; BGE 73 III 61 E. 1; BGer, 2C_408/2012, 25.9.2012, E. 3.2.

Damit leben mit der Eintragung der schuldnerischen Gesellschaft im Handelsregister sowohl deren Aktivaansprüche als auch deren Verbindlichkeiten wieder auf. Mit Wiederaufleben der Insolvenzforderung des Abtretungsgläubigers erlangt infolge der Akzessorietät auch die Abtretungsverfügung wieder (*ex nunc*) Wirksamkeit; eine neue Abtretung ist nicht erforderlich. Einer Geltendmachung von Ansprüchen des Abtretungsgläubigers steht damit ab diesem Zeitpunkt nichts (mehr) im Weg.⁷²

Letztlich wird der vor der Löschung bestehende *status quo ante* in register-, materiell-, vollstreckungs- und prozessrechtlicher Hinsicht (*uno actu*) wiederhergestellt. Damit kann der Abtretungsgläubiger namentlich wieder in Prozessstandschaft (im Aktiv- oder Passivprozess) agieren oder aussergerichtlich vorgehen, namentlich einen Vergleich abschliessen. Hängige Beteiligungen können wieder fortgeführt werden,⁷³ soweit dies vollstreckungsrechtlich möglich ist (vgl. Art. 88 Abs. 2 SchKG).

3. Zivilprozessuale Schranken

Eine andere Frage ist, ob im hängigen Gerichtsverfahren aus prozessrechtlicher Sicht der (neue) Umstand der Wiedereintragung der Gesellschaft im Handelsregister noch vorgebracht werden kann. Dies ist eine Frage des *Novenrechts* und hängt vom Stand des Zivilprozesses bzw. des Rechtsmittelverfahrens ab.⁷⁴

Im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren kann dieser Umstand bis zum zweiten Parteivortrag uneingeschränkt vorgebracht werden (vgl. Art. 229 ZPO). Danach sind Noven nur noch gemäss Art. 229 ZPO zulässig, wobei diesbezüglich zwischen echten und unechten Noven (je nach Zeitpunkt deren Entstehung) zu unterscheiden ist.

Im Rechtsmittelverfahren sind Noven nurmehr sehr beschränkt (für die Berufung Art. 317 Abs. 1 ZPO, wobei auch hier zwischen echten und unechten Noven zu unterscheiden ist) bzw. nicht mehr zulässig (für die Beschwerde Art. 326 ZPO; für die Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht Art. 105 Abs. 2 BGG). Eine gerade erst erfolgte Wiedereintragung im Handelsregister ist dabei als echtes Novum zu qualifizieren.⁷⁵

Die Wiedereintragung einer gelöschten Rechtseinheit findet im Handelsregister ihren Niederschlag und wird im SHAB publiziert (Art. 35 Abs. 1 HRegV). Sowohl Eintragungen im Handelsregister als auch die ent-

sprechenden Publikationen im SHAB gelten als *notorisch* (vgl. Art. 930 ff. OR).⁷⁶ Als notorische Tatsachen müssen sie weder behauptet⁷⁷ noch bewiesen werden (Art. 151 ZPO)⁷⁸. Gleichsam kann sich eine prozessuale Schranke daraus ergeben, dass bzw. wenn eine Rechtsmittelinstanz an den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt gebunden ist. So kann sich m.E. das Bundesgericht nicht mit Hinweis auf seit dem kantonalen Entscheid eingetretene notorische Umstände davon abweichen, dass es an den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt gebunden ist (Art. 105 Abs. 1 BGG). In Bezug auf (notorische) Umstände, welche sich erst nach dem kantonalen Entscheid zugetragen haben, kann m.E. auch keine Berichtigung des Sachverhalts gestützt auf Art. 105 Abs. 2 BGG erfolgen.

4. Rechtskraftwirkung des Entscheids

Kann die Wiedereintragung der insolventen Gesellschaft im Handelsregister während des hängigen Prozesses aus prozessualen Gründen nicht mehr vorgebracht bzw. berücksichtigt werden oder erfolgt die Wiedereintragung erst nach Eintritt der Rechtskraft und geht der Prozess deshalb für den Abtretungsgläubiger negativ aus, stellt sich die Frage, ob der Prozess von Neuem eingeleitet werden kann. Dies hängt davon ab, inwiefern dem negativen Entscheid *materielle Rechtskraft* zukommt. Eine Rechtskraftwirkung ist m.E. zu verneinen.

Wie gezeigt kann das Gericht im Erstprozess auf die Klage des Abtretungsgläubigers nicht eintreten bzw. diese ist gegenstandslos geworden, wenn die schuldnerische Gesellschaft im Handelsregister gelöscht worden ist.⁷⁹ Dies ist ein Prozessurteil. Solchen Urteilen kommt grundsätzlich keine materielle Rechtskraft zu.⁸⁰

Selbst wenn das Gericht im Erstprozess die Klage (fälschlicherweise⁸¹) infolge fehlender Sachlegitimität

⁷² Vgl. BGer, 4A_384/2016, 1.2.2017, E. 2.3.

⁷³ BGE 73 III 61 E. 1.

⁷⁴ In Schiedsverfahren richtet sich die Frage nach deren Regeln.

⁷⁵ OGer TG, ZBR.2017.16, 13.7.2017, E. 5 (auf eine dagegen erhobene Beschwerde ist das Bundesgericht nicht eingetreten; BGer, 4A_479/2017, 27.3.2018).

⁷⁶ BGE 139 III 293 E. 3.3; 98 II 211 E. 4a; BGer, 4A_739/2011, 3.4.2012, E. 1.3; 4A_645/2011 27.1.2012, E. 3.4.2; 4A_422/2011, 3.1.2012, E. 2.3.1.

⁷⁷ Es ist in der Lehre *umstritten*, ob nicht auch notorische Tatsachen behauptet werden müssen (FRANZ HASENBÖHLER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. A., Basel 2012, Art. 151 N 5; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 151 N 2, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 2. A., Basel 2013).

⁷⁸ BGE 135 III 88 E. 4.1; 130 III 113 E. 3.4; BGer, 4A_739/2011, 3.4.2012, E. 1.3.

⁷⁹ Vgl. IV.D.

⁸⁰ BGE 118 II 479 E. 2g, 2j; BGer, 5A_82/2009, 27.4.2009, E. 2.3; 4P.94/2002, 27.6.2002, E. 3.1.

⁸¹ Wenn es schon an einer Prozessvoraussetzung fehlt, dann ist auf die Klage nicht einzutreten, ohne dass ein Sachentscheid zu ergehen hat.

on abweist (und damit ein Sachurteil fällt), so steht dies einer neuen Klage – nach erfolgter Wiedereintragung im Handelsregister – nicht entgegen.⁸² Eine Rechtskraftwirkung besteht nur bei Identität der beiden Klagen, was Identität der Parteien und der Klagen verlangt. Nach der Theorie des Lebenssachverhalts bemisst sich die Identität der Klagen nach dem Antrag zusammen mit dem geltend gemachten Lebenssachverhalt.⁸³ Verändert sich der Lebenssachverhalt (infolge späterer Wiedereintragung der schuldnerischen Gesellschaft im Handelsregister), so ist die zweite Klage von der ersten verschieden (mit anderen Worten fehlt es an der Identität), so dass sich die Rechtskraftwirkung des Ersturteils nicht auf den Zweitprozess erstreckt.

Damit kann der Abtretungsgläubiger nach Wiedereintragung der insolventen Gesellschaft im Handelsregister erneut Klage erheben, ohne dass ihm die materielle Rechtskraft des ersten (negativen) Entscheides als Ausschlussgrund entgegengehalten werden könnte.

VI. Fazit und Empfehlungen

Die dargestellte Rechtslage erweist sich für die Abtretungsgläubiger als *tückenreich*. Es fragt sich, wie diesen Tücken begegnet werden kann. Das Ziel ist letztlich, die Löschung im Handelsregister so lange zu vermeiden, bis der Abtretungsgläubiger die aus seiner Sicht notwendigen Rechtsvorkehrungen abgeschlossen hat. Damit erübrigt sich eine Wiedereintragung der gelöschten Rechtseinheit im Handelsregister.

Die Löschung im Handelsregister ist (wie gesehen) eine zwingende Folge des Abschlusses des Insolvenzverfahrens – ein systemimmanenter Automatismus.⁸⁴ Der Abschluss des Insolvenzverfahrens kann in drei verschiedenen Phasen verhindert werden.

A. Denkbare Lösungsansätze

1. Offenhalten des Konkursverfahrens

Die Konkursverwaltung kann bis zum genannten Zeitpunkt (trotz ansonsten abgeschlossenem Konkursverfahren) darauf verzichten, dem Konkursgericht Antrag auf

Schliessung des Verfahrens zu stellen (Art. 268 Abs. 1 SchKG; Art. 95 KOV). Der Konkursverwaltung ist zu empfehlen, so zu verfahren, und dem Abtretungsgläubiger ist anzuraten, das Amt dazu aufzufordern.

Diese Vorgehensweise setzt voraus, dass die Konkursverwaltung vom Abschluss der Geltendmachung von Ansprüchen durch den Abtretungsgläubiger Kenntnis erlangt. Diese Kenntnis ist gewährleistet, indem der Abtretungsgläubiger im (obligatorischen; Art. 2 Ziff. 6 und Art. 80 KOV) Abtretungsformular (dort Ziff. 2) verpflichtet wird, dem Amt über die Geltendmachung von Ansprüchen (unter Vorlage von Belegen) Bericht zu erstatten. Damit ist der Informationsfluss gewährleistet. Die Konkursverwaltung wird deshalb nur und erst nach entsprechender Mitteilung der Abtretungsgläubiger den Antrag ans Konkursgericht stellen (Art. 95 KOV). Damit bleibt das Konkursverfahren formell offen und die konkursite Gesellschaft bleibt so lange im Handelsregister eingetragen. Einziger Nachteil ist, dass die (statistische) Dauer der Insolvenzverfahren zunimmt (was nichts mehr als ein Schönheitsfehler ist).

2. Konkursgericht macht keine Mitteilung an das Handelsregisteramt

Alternativ könnte die Konkursverwaltung dem Konkursgericht zwar (gemäss Art. 95 KOV) trotz pender Abtretungsverfügungen Antrag auf Schluss des Konkursverfahrens stellen. Das Konkursgericht könnte daraufhin den Schluss des Konkursverfahrens auch verfügen, aber dem Handelsregisteramt (noch) keine Mitteilung erstatten, so dass die Löschung vorerst unterbleiben würde.

Diese Lösung scheint weder praktisch noch entspricht sie dem geltenden Recht. Aus praktischer Sicht stellt sich zudem auch die Frage, wie das Konkursgericht erfährt, wann der Abtretungsgläubiger die Geltendmachung der Ansprüche abgeschlossen hat, um nachfolgend das Handelsregisteramt vom Schluss des Konkursverfahrens zu informieren. Diese Vorgehensweise scheint damit schon aufgrund der praktischen Kommunikationswege nicht angezeigt.

Zudem würde der Schluss des Konkursverfahrens und die Mitteilung ans Handelsregisteramt zeitlich (allenfalls für eine längere Dauer von mehreren Jahren) auseinanderfallen, was auf jeden Fall unschön wäre. Schliesslich sieht das geltende Recht vor, dass das Konkursgericht dem Handelsregister unverzüglich über den Schluss des Konkurses Mitteilung zu erstatten hat (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG), worauf die Löschung zu erfolgen hat (Art. 939 Abs. 3 OR; Art. 159 Abs. 5 lit. b HRegV). Der geschilderte Lösungsansatz bedürfte somit einer Gesetzesänderung.

⁸² Es kommt hinzu, dass ein Gericht durch eine falsche Vorgehensweise (Sachentscheid anstatt Prozessurteil) an der Natur des Entscheides nichts zu ändern vermag.

⁸³ BGE 142 III 683 E. 5.3.1 (zum Streitgegenstand); 121 III 474 E. 4a, 123 III 16 E. 2a; BGer, 5A_421/2012, 20.3.2013, E. 4.3.2 (zur Klageidentität).

⁸⁴ Vgl. IV.

3. Handelsregisteramt hält Löschung pendent

Sodann könnte das Konkursgericht dem Handelsregisteramt über den Schluss des Konkurses Mitteilung machen, dieses würde die Löschung aber (noch) nicht im Register eintragen, solange der Abtretungsgläubiger die Geltendmachung des abgetretenen Anspruchs noch nicht abgeschlossen hat. Diesbezüglich wäre denkbar, dem Abtretungsgläubiger ein Widerspruchsrecht gegen die Löschung zuzuerkennen, wie es in Art. 159 Abs. 5 lit. a HRegV schon heute im Fall der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven vorgesehen ist. Das wäre sachlich zwar ohne Weiteres zu rechtfertigen, da das jederzeitige Recht des Abtretungsgläubigers, die Wiedereintragung zu bewirken, funktional einem Widerspruch gleichkommt. Auch dieses Vorgehen würde jedoch eine Änderung der HRegV erfordern; das geltende Recht kennt diese Möglichkeit nicht,⁸⁵ weshalb dieses Vorgehen *de lege lata* ebenfalls ausscheidet.

B. Empfehlungen

Im *Ergebnis* bleiben damit m.E. nach geltendem Recht nur *zwei vernünftige bzw. praktikable Möglichkeiten*: Entweder wartet die Konkursverwaltung mit dem Antrag an das Konkursgericht um Schliessung des Konkursverfahrens zu, bis alle Abtretungsgläubiger die Geltendmachung der abgetretenen Ansprüche beendet haben. Der Abtretungsgläubiger kann bei der Konkursverwaltung entsprechend vorstellig werden, was ihm zu empfehlen ist.

Alternativ kann der Abtretungsgläubiger (soweit erforderlich) nach erfolgter Löschung rechtzeitig die Wiedereintragung der bereits gelöschten insolventen Gesellschaft bewirken. Letzteres scheint jedoch nur schon aus verfahrensökonomischen Überlegungen und Kostengründen unvorteilhaft. Zudem hängt es vom Stand des Gerichtsverfahrens ab, ob die Wiedereintragung (und deren Folgen) prozessual im laufenden Verfahren noch berücksichtigt werden können.

⁸⁵ In BGE 102 III 49 E. 6 hatte das Bundesgericht allerdings eine *analoge* Fristansetzung wie bei der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven befürwortet, wenn eine Gesellschaft trotz Durchführung des Konkursverfahrens noch ein Aktivum besitzt, das im Konkurs nicht verwertet werden konnte.