3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

3.2. Gesellschaftsrecht – allgemein/Droit des sociétés – en général

3.2.4. Aktienrecht/Droit de la société anonyme

BGer 4A_19/2020: Löschung der AG im HR während pendenter Verantwortlichkeitsklage: BGer auf juristischer Irrfahrt

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_19/2020 vom 19. August 2020, A. *gegen* B. AG und C. AG, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit; Löschung der Gesellschaft im Handelsregister; Auswirkungen auf die Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG.



Fabio Anceschi*



Markus Vischer**

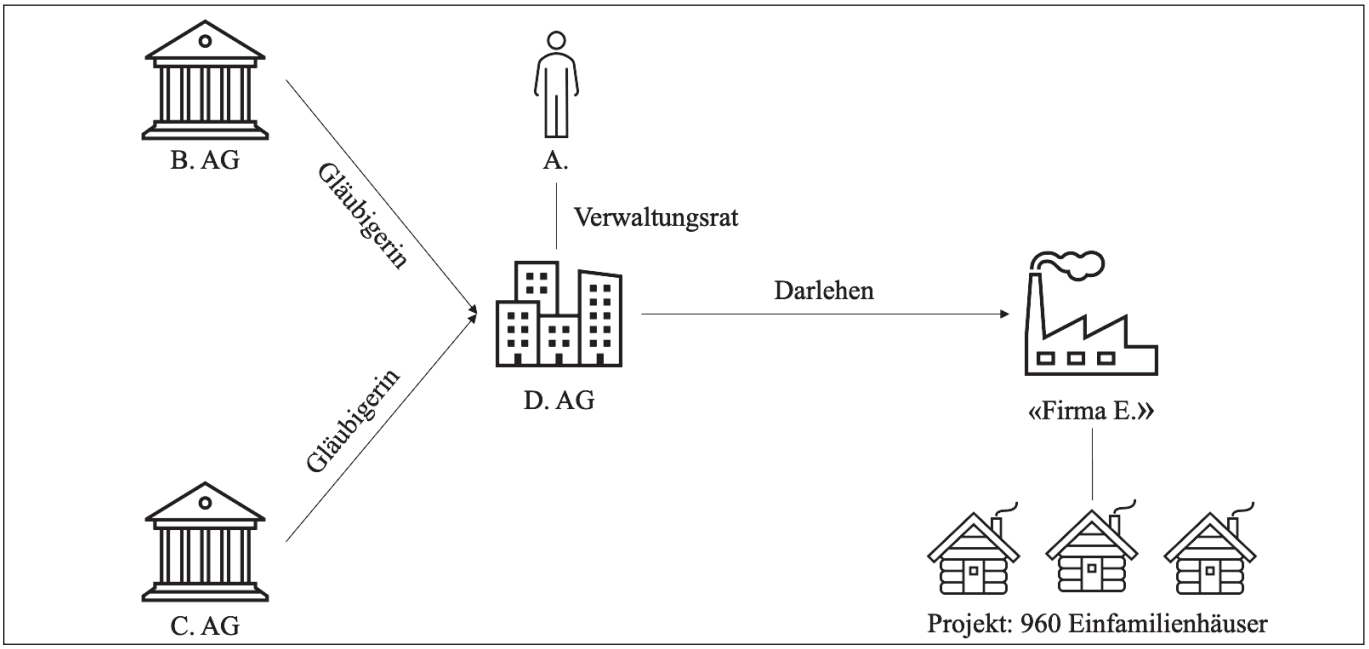
I. Sachverhalt

Zur Beurteilung stand ein möglicher Anspruch der B. AG (Klägerin 1 und Beschwerdegegnerin 1) und C. AG (Klägerin 2 und Beschwerdegegnerin 2), zweier Gläubigerinnen der D. AG, aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit des A. (Beklagter, Beschwerdeführer). Dem A., welcher als Verwaltungsrat der D. AG amtete, wurden Sorgfaltspflichtverletzungen insbesondere im Zusammenhang mit einer Darlehensgewährung über CHF 1'116'931 an eine «Firma E.» zur Realisierung von 960 Einfamilienhäusern in Usbekistan vorgeworfen. Dieses Darlehen, welches 87,65 % der Aktiven der D. AG ausmachte, soll A. angeblich ohne genügende Informationsbasis und ohne jegliche Sicherheiten gewährt haben.

Kurz nachdem das Konkursamt am 21. Oktober 2014 den beiden Gläubigerinnen Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 260 SchKG abgetreten hatte, wurde das summarische Konkursverfahren für geschlossen erklärt. Daraufhin erfolgte am 17. November 2014 die Löschung der D. AG in Liquidation im Handelsregister.

* Fabio Anceschi, B.A. HSG in Rechtswissenschaften mit Wirtschaftswissenschaften, Universität St. Gallen.

** Markus Vischer, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.



Als die B. AG und die C. AG am 17. November 2015 aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit klagten, wies das Bezirksgericht Münchwilen die Klage am 14./20. März 2017 mangels Aktivlegitimation der Klägerinnen ab, da mit der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister der Rechtsträger des Verantwortlichkeitsanspruches weggefallen sei. Im April 2017 wurde die D. AG zwecks Liquidation wieder ins Handelsregister eingetragen. Auf Berufung der Klägerinnen vom 2. Mai 2017 hob das Obergericht des Kantons Thurgau am 13. Juli 2017 den Entscheid des Bezirksgerichts auf und wies die Sache zur Neubeurteilung an dieses zurück. Daraufhin schützte zuerst das Bezirksgericht sowie darauffolgend das Obergericht am 10. Oktober 2019 die Klage gegen den A. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte der Beklagte dem Bundesgericht, den Zwischenentscheid des Obergerichts vom 13. Juli 2017 sowie den Endentscheid vom 10. Oktober 2019 aufzuheben.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht zog in Erwägung, A. verweise auf das Bundesgerichtsurteil 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017 und mache geltend, nach der Löschung der Gesellschaft fehle der Rechtsträger der eingeklagten Forderung, wodurch es dem als Prozessstandschafter klagenden Gläubiger an der Aktivlegitimation mangle. Demzufolge hätten die Klägerinnen die Wiedereintragung schon vor der Erstinstanz vorbringen müssen (E. 2). Das Bundesgericht entgegnete, die in Urteil 4A_384/2016 zur Rechtsstellung der Abtretungsgläubiger gemachten Äusserungen seien für den damaligen Entscheidausgang nicht wesentlich gewesen (E. 2.1). Es sei zwar Urteil 4A_384/2016 zu entnehmen, dass mit der Löschung einer sich in Liquidation befindenden Aktiengesellschaft im Handelsregister deren Rechtspersönlichkeit untergehe und folglich der Rechtsträger des Verantwortlichkeitsanspruches fehle. Die diesbezügliche, im Nachgang an Urteil 4A_384/2016 in der Lehre getroffene Annahme, wonach Aktivforderungen mit der Löschung der Gesellschaft untergingen, stünde aber im Widerspruch zur publizierten Rechtsprechung des Bundesgerichts. Da sich das Bundesgericht in Urteil 4A_384/2016 jedoch nicht mit den Voraussetzungen einer Praxisänderung auseinandergesetzt habe, könne eine solche nicht beabsichtigt gewesen sein, schlussfolgerte das Bundesgericht (E. 2.3).

Nachdem das Bundesgericht darauf hinwies, dass die Frage, ob die Löschung von Aktiengesellschaften im Handelsregister konstitutive oder deklaratorische Wirkung habe, in der Lehre umstritten sei (E. 2.2), folgte eine Auseinandersetzung mit seiner Rechtsprechung betreffend die Wirkung der Löschung im Handelsregister. Soweit die höchstrichterliche Rechtsprechung der Löschung konstitutive Wirkung zuerkannt habe, sei daraus nicht der Schluss gezogen worden, die Aktiv- oder Passivforderungen gingen mangels Rechtsträgerschaft unter. Die Löschung der Gesellschaft habe damit keinen Einfluss auf den Bestand der Forderung (E. 2.4). Vielmehr bestünden die Forderungen auch nach Löschung der Gesellschaft im Handelsregister weiterhin auf den Namen der Gesellschaft (E. 2.4.4).

Sodann erklärte das Bundesgericht, dass selbst wenn die Forderung an sich mit der Löschung der Gesellschaft

untergehen würde, ändere dies nichts daran, dass sie mit Wiedereintragung wieder aufleben würde. Infolgedessen fehle es an einem schützenswerten Interesse daran, die Klagebefugnis mit der Löschung entfallen zu lassen (E. 2.6). Entsprechend habe das zitierte Urteil 4A_384/2016 zu Rechtsunsicherheit und einer Häufung von Wiedereintragungsgesuchen geführt, was den praktischen Bedürfnissen nicht entspreche. Deshalb dürfe unabhängig von der Kontroverse um die Natur der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister aus Urteil 4A_384/2016 nicht abgeleitet werden, die auf die Gesellschaft lautenden Forderungen gingen mit deren Löschung unter (E. 2.7). Das Bundesgericht gelangte infolgedessen zum Schluss, die Löschung der Gesellschaft habe in Bezug auf die Möglichkeit, eine nach Art. 260 SchKG abgetretene Forderung durchzusetzen, keine Auswirkung (E. 2.8).

In E. 3 setzte sich das Bundesgericht sodann mit der behaupteten Sorgfaltspflichtverletzung des Beschwerdeführers auseinander. Einer Projektplanung, die nur auf den Erfolgsfall vertraue, ohne unnötige Totalausfälle im Falle des Scheiterns zu vermeiden, wohne ein spekulatives und, wenn 87,65 % der Aktiven der Gesellschaft betroffen seien, pflichtwidriges Element inne (E. 3.5.5).

Das Bundesgericht entschied deshalb, die Beschwerde abzuweisen (E. 4).

III. Anmerkungen

A. Ausgangslage

Das hier besprochene Urteil setzt sich wie BGer 4A_384/2016 mit der Frage der Aktivlegitimation von Abtretungsgläubigern auseinander, wenn die AG im Handelsregister gelöscht ist. Entgegen Urteil 4A_384/2016 kommt das Bundesgericht vorliegend zum Schluss, eine Wiedereintragung der AG ins Handelsregister sei nicht notwendig (gewesen), da die Löschung der AG keinen Einfluss auf die Aktivlegitimation habe. Das Bundesgericht setzt sich in Urteil 4A_19/2020 ohne Notwendigkeit mit dieser Rechtsfrage auseinander, ist doch die AG im konkreten Fall wieder ins Handelsregister eingetragen worden.[1] Infolgedessen dürfte bei den Lesern dieses zur Publikation vorgesehenen Urteils, welches in Fünfer-Besetzung getroffen wurde,[2] kurzzeitig Hoffnung aufgekeimt sein, langanhaltende juristische Kontroversen würden geklärt. Eine derartige Hoffnung zerschlug sich jedoch im Laufe der Urteilslektüre nach und nach. Im Folgenden wird schrittweise aufgezeigt, wie das Bundesgericht die im Zuge des Entscheids aufgeworfenen Rechtsfragen nachvollziehbarer bzw. überhaupt hätte entscheiden können.

B. Kein Schritt zurück in Richtung Ablösungstheorie

1. Die Ablösungstheorie

Das Bundesgericht hätte sein Ergebnis, wonach die Löschung der AG im Handelsregister keinen Einfluss auf die Aktivlegitimation der Gläubiger habe, ohne weiteres mittels konsequenter Anwendung der Ablösungstheorie erreichen können. In BGE 117 II 432 führte das Bundesgericht die von Rolf Raschein begründete Ablösungstheorie (auch: Raschein-Praxis) in die Schweizer Rechtslandschaft ein.[3] Während der Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ausser Konkurs der Gesellschaft ein Anspruch ebendieser Gesellschaft ist und der indirekt geschädigte Aktionär gemäss Art. 756 OR mithin eine *actio pro socio* geltend macht (sprich: in Prozessstandschaft auf Leistung der Gesellschaft klagt), zeitigt der Konkurs laut der Ablösungstheorie letale Folgen.[4] Demnach geht der der AG zustehende Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit mit Konkurseröffnung unter und wird durch einen Anspruch der Gläubigergesamtheit ersetzt.[5] Die Lehre spricht in die-

---

[1] Vgl. BGer, 4A_19/2020, 19.10.2020, E. 2.6.2. Die nachfolgende Besprechung fokussiert somit unbeachtet der Wiedereintragung der AG auf die (übrigen) höchstrichterlichen Ausführungen.

[2] Zur Bedeutung von in Fünfer-Besetzung gefällten und zur Publikation von bestimmten Bundesgerichtsurteilen im Allgemeinen Markus Vischer, BGer 4A_645/2017: Arbeitsvertrag, Abgangsentschädigung, AJP 2018, 1400 ff., 1403.

[3] Markus Vischer, «Volenti non fit iniuria» bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, AJP 2016, 1485 ff., 1488; vgl. Rolf Raschein, Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs, in: Louis Dallèves et al. (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, 357 ff.

[4] Vgl. zur «Theorie der Prozessstandschaft» ausser Konkurs BGE 132 III 342 E. 4.3; vgl. ferner CHK-Binder/Roberto, Art. 756 OR N 13, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK-Verfasser); BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 756 N 13, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser); Vischer (FN 3), AJP 2016, 1487; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 18 N 226 ff.; Hans Caspar von der Crone/Antonio Carbonara/Silvia Hunziker, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, ZSR Beiheft 43, Basel 2006, 64 in fine.

[5] BGE 117 II 432 E. 1b/ee; Daniel Jenny, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen, Zürich 2012, § 5 N 163; Böckli (FN 4), § 18 N 288; von der Crone/Carbonara/Hunziker (FN 4), 67; Peter Isler, Die Einreden des Verwaltungsrats bei Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs der AG, in: Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl, Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, 439 ff., 443; Harald Bärtschi, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich 2001, 155 f.; Raschein (FN 3), 357 ff.

sem Zusammenhang auch vom Untergang des Anspruches der Gesellschaft und von der Entstehung eines Anspruches der Gläubigergesamtheit durch Konkurseröffnung.[6] Der Abtretungsgläubiger klagt alsdann ausschliesslich aus dem Recht der Gläubigergesamtheit und macht dabei einen *Anspruch der Gläubigergesamtheit in Prozessstandschaft* geltend.[7] Von praktischer Tragweite ist die Ablösungstheorie insbesondere deswegen, weil dem beklagten Verwaltungsrat diejenigen Einreden abgeschnitten werden, die er ausser Konkurs gegenüber der Gesellschaft hätte geltend machen können.[8] Während die Lehre zu Beginn konsequenterweise davon ausging, dass damit sämtliche Einreden des Verwaltungsrats wegfallen,[9] hat das Bundesgericht mittlerweile Modifizierungen vorgenommen und lässt gewisse Einreden unter bestimmten Bedingungen wieder zu.[10]

2. Keine konsequente Umsetzung der Ablösungstheorie

Die Abweisung der Beschwerde in Urteil 4A_19/2020 hätte das Bundesgericht mittels Ablösungstheorie begründen können, da der Abtretungsgläubiger ausschliesslich den Anspruch der Gläubigergesamtheit in Prozessstandschaft erhebt.[11] Demzufolge kann die Existenz der AG schon aus logischen Gesichtspunkten keinen Einfluss auf die Klageberechtigung der Gesellschaftsgläubiger haben. Die Gläubigergesamtheit, welche zwecks Einklagung ihres Anspruchs gegenüber dem beklagten Verwaltungsrat besteht, muss unabhängig von der Existenz der AG und damit der Wirkung von deren Löschung im Handelsregister bestehen. Diese Argumentation wurde auch vom Obergericht des Kantons Thurgau in seinem Entscheid vom 28. Januar 2016, welcher durch das Bundesgerichtsurteil 4A_384/2016 umgestossen wurde, angestrengt.[12] Das Obergericht argumentierte der Ablösungstheorie folgend, die Forderung der Gesellschaft gehe mit Konkurseröffnung unter und werde durch einen Anspruch der Gläubigergesamtheit ersetzt.[13] Mithin wäre (entsprechend dem Ergebnis der bundesgerichtlichen Argumentation in Urteil 4A_19/2020) eine Wiedereintragung einer gelöschten AG ins Handelsregister nicht erforderlich gewesen. In Urteil 4A_384/2016 bezeichnete das Bundesgericht freilich die Ausführungen des Obergerichts Thurgau vom 28. Januar 2016 als unzutreffend.[14] Denn der einheitliche Anspruch der Gläubigergesamtheit stehe nicht in der Rechtszuständigkeit der Gläubigergesamtheit, sondern nach wie vor in derjenigen der konkursiten Gesellschaft.[15]

3. Zwischenhalt 1: contradicto in adiecto

Warum der durch Konkursdekret entstehende und den Gesellschaftsanspruch ablösende Anspruch der Gläubigergesamtheit gleichzeitig weiterhin in der Rechtszuständigkeit der Gesellschaft stehen soll, ist nicht ersichtlich. Dies ist u.E. eine *contradicto in adiecto.* Insbesondere widersprechen diese Ausführungen der Struktur der Prozessstandschaft diametral. Die Prozessstandschaft beruht auf einem Dreiecksverhältnis bestehend aus Prozessstandschafter (Abtretungsgläubigerin), Gegenpartei (der ins Recht gefasste Verwaltungsrat) und Rechtsträger (Gläubigergesamtheit gemäss der Ablösungstheorie).[16] Wieso also der Anspruch der Gläubigergesamtheit weiterhin in der Rechtszuständigkeit der Gesellschaft stehen und damit das Dreiparteienverhältnis zu einem Vierparteienverhältnis werden soll, ist schlicht nicht erklärbar. Dies gilt speziell unter folgenden zwei Gesichtspunkten: Erstens ist schon die Prozessstandschaft als Dreiparteienverhältnis eine Ausnahme vom Grundsatz, wonach sich im Zivilprozess die materiell berechtigte Person und die angeblich materiell verpflichtete Person *(legitimi contradictores)* gegenüberstehen.[17] Prozessstandschaften sind nur in den gesetzlich geschaffenen Ausnahmefällen zulässig.[18] Von einem Vierparteienverhältnis ist im Gesetz nicht die Rede. Damit entbehrt die bundesgerichtliche (Vierparteien-)Theorie, wonach der Anspruch der Gläubigergesamtheit gegenüber dem Verwaltungsrat, welcher vom Abtretungsgläubiger eingeklagt wird, weiterhin in der Rechtszuständigkeit der konkursiten Gesellschaft stehen soll, der gesetzlichen Grundlage.[19] Zweitens wird dieser Widerspruch vor dem Hintergrund der frühe-

---

6 Von der Crone/Carbonara/Hunziker (FN 4), 67; Isler (FN 5), 443.

7 So *expressis verbis* BGer, 4A_446/2009, 8.12.2009, E. 2.4 (nicht publiziert in BGE 136 III 107); ebenso Bärtschi (FN 5), 156.

8 Isler (FN 5), 444 f.; dies war auch Ziel der Raschein-Praxis (vgl. Raschein [FN 3], 362).

9 Bärtschi (FN 5), 186.

10 Siehe unten III.C.2.c.

11 BGE 117 II 432 E. 1b/ee; BGer, 4A_446/2009, 8.12.2009, E. 2.4 (nicht publiziert in BGE 136 III 107); HGer ZH, HG160244, 26.9.2018, E. II.1.2.2.3.

12 Vgl. BGer, 4A_384/2016, 1.2.2017, E. 2.2.

13 Vgl. BGer, 4A_384/2016, 1.2.2017, E. 2.2.

14 BGer, 4A_384/2016, 1.2.2017, E. 2.3.

15 BGer, 4A_384 2016, 1.2.2017, E. 2.3.

16 Vgl. hiezu die grafische Darstellung bei Cordula Lötscher, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess, Basel 2016, N 12.

17 Lötscher (FN 16), Einleitung.

18 Lötscher (FN 16), N 2.

19 Freilich entbehrt schon die Ablösungstheorie an und für sich der gesetzlichen Grundlage und ist u.E. als Richterrecht *contra legem* abzulehnen (vgl. Vischer [FN 3], AJP 2016, 1488, sowie Hans-Ueli Vogt/Marcel Schönbächler, Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs der Gesellschaft: Modalitäten der Geltendmachung und Zulässigkeit von Einreden – Besprechung der Bundesgerichtsurteile 4A_463/2009 vom 7. Dezember 2009 und 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009, GesKR 2010, 246 ff., 249).

ren bundesgerichtlichen Ausführungen in BGE 117 II 432, wonach *«für einen Anspruch aus dem Recht der Gesellschaft […] im Konkurs neben dem Anspruch der durch die Konkursmasse vertretenen Gläubigergesamtheit kein Raum mehr [bleibt]»,* noch eklatanter.[20] Dies zeigt die Unzulänglichkeiten der Ablösungstheorie exemplarisch auf: Sie ist logisch nicht nachvollziehbar; und zwar nicht einmal für das Bundesgericht als Verfechter dieser Theorie.

In der Lehre war infolge dieses unauflösbaren Widerspruchs, welcher schon in Urteil 4A_384/2016 zu Tage getreten war, von einer möglichen Abkehr von der Ablösungstheorie die Rede.[21] Letztlich wurde aber die «Büchse der Pandora» geöffnet.[22] Die Ausführungen des Bundesgerichts in Urteil 4A_384/2016 verunsicherte dabei nicht nur die Lehre, sondern auch kantonale Gerichte. So hielt das Handelsgericht des Kantons Zürich *expressis verbis* fest, dass sich das Bundesgericht mit dem Entscheid 4A_384/2016 selbst widerspreche.[23] Der Entscheid könne auf den ersten Blick so aufgefasst werden, dass das Bundesgericht seine Ablösungstheorie *aufgegeben* habe.[24] Auf den zweiten Blick ging es aber davon aus, dass das Bundesgericht keine Praxisänderung vornehmen wollte, andernfalls es darauf hingewiesen bzw. das Urteil zur Publikation vorgesehen hätte.[25]

C. Kein Schritt vorwärts in Richtung «Theorie der Prozessstandschaft»

1. Die dogmatische Sackgasse der Ablösungstheorie

Mithin hatte das Bundesgericht wohl weder in Urteil 4A_384/2016 noch in Urteil 4A_19/2020 eine Abkehr von der Ablösungstheorie beabsichtigt. Nichtsdestoweniger wäre eine solche geboten gewesen. Denn die Ablösungstheorie, die zwecks einer dem Bundesgericht vorschwebenden Einredenlage konstruiert wurde,[26] ist abzulehnen.[27] Das Hauptargument ist, dass der *Rechtswidrigkeitszusammenhang* bei Verantwortlichkeitsansprüchen immer zwischen den Organmitgliedern und der von ihnen pflichtwidrig verwalteten Gesellschaft besteht.[28] Dies zeigt sich schon beim Organbegriff: Als verantwortlichkeitsrechtliche Organe sind ausschliesslich Personen zu qualifizieren, welche in einem *Sonderverhältnis* zur Gesellschaft stehen.[29] Ein Verantwortlichkeitsanspruch entsteht somit nur, wenn das Organ eine Sorgfaltspflicht, welche immer gegenüber der Gesellschaft besteht, verletzt.[30] Der Anspruch kann infolgedessen nur einer der Gesellschaft sein. Die Ablösungstheorie missachtet zudem den grundlegenden konkursrechtlichen Grundsatz, wonach die Konkurseröffnung *nichts* an den materiellen Ansprüchen ändert.[31] Mit Konkursdekret verändern sich nur (aber immerhin) die Vertretungsverhältnisse bzw. das Prozessführungsrecht des Verantwortlichkeitsanspruchs.[32] Eine *Sukzession* der Konkursmasse bzw. der Gläubigergesamtheit in die Ansprüche der Gesellschaft findet nicht statt.[33] Der Abtretungsgläubiger erhebt damit

---

20 BGE 117 II 432 E. 1b/ee.

21 Andrew M. Garbarski/Louis Frédéric Muskens, Conséquences de la radiation de la société anonyme sur l'action en responsabilité, GesKR 2018, 452 ff., 458; vgl. ferner Rolf Sethe/Meltem Cetinkaya, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés et de papiers-valeurs, SJZ 2017, 522 ff., 524.

22 Garbarski/Muskens (FN 21), GesKR 2018, 459, wobei die «Büchse der Pandora» u.E. schon mit der Einführung der Raschein-Praxis in BGE 117 II 432 geöffnet wurde.

23 HGer ZH, HG160244, 26.9.2018, E. II.1.2.2.3.

24 HGer ZH, HG160244, 26.9.2018, E. II.1.2.2.3.

25 HGer ZH, HG160244, 26.9.2018, E. II.1.2.2.3.

26 Vgl. Bärtschi (FN 5), 157, welcher die Ablösungstheorie als eine «Deus ex machina» bezeichnet; vgl. ferner OFK-Amstutz/Gohari, Art. 757 OR N 17, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, 3. A., Zürich 2016 (zit. OFK-Verfasser), wonach das Bundesgericht mit der Ablösungstheorie Rechtspolitik betrieben habe.

27 Vischer (FN 3), AJP 2016, 1488; vgl. ausführlich Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. A., Zürich 1996, N 2018 ff.

28 Jean Nicolas Druey, Organfreiheit oder zugeschnürte Weste?, Grundlagen und Grundfragen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern/Stuttgart/Wien 2003, 1 ff., 10, Fn 16; Böckli (FN 27), N 2018a.

29 BGE 117 II 570 E. 3 in fine.

30 Druey (FN 28), 10, Fn 16.

31 BGE 135 III 585 E. 2.3; BGE 132 III 432 E. 2.4; OFK-Kren Kostkiewicz, Art. 204 SchKG N 1, in: Jolanta Kren Kostkiewicz, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, Orell Füssli Kommentar, 20. A., Zürich 2020; OFK-Amstutz/Gohari (FN 26), Art. 757 OR N 2; KuKo SchKG-Stöckli/Possa, Art. 204 N 1, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. A., Basel 2014; Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 35 N 4 und § 41 N 5; CR LP-Romy, Art. 204 N 1, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), Poursuite et faillite, Commentaire romand, Basel 2005.

32 OFK-Amstutz/Gohari (FN 26), Art. 757 OR N 2; Vischer (FN 3), AJP 2016, 1488; Damian K. Graf, Zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage aus mittelbarem Schaden, GesKR 2012, 380 ff., 384; von der Crone/Carbonara/Hunziker (FN 4), 68; vgl. auch BGE 135 III 585 E. 2.3.

33 BSK SchKG II-Handschin/Hunkeler, Art. 197 N 6, 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).

auch im Konkurs (wie ausser Konkurs) ausschliesslich eine *actio pro socio* und handelt lediglich in Prozessstandschaft der konkursiten Gesellschaft. Der Anspruch bleibt ein Anspruch der Gesellschaft, weshalb die «Theorie der Prozessstandschaft»[34] auch nach Konkurseröffnung einschlägig bleibt. Die «Theorie der Prozessstandschaft» führt überdies zu einer Einredenlage, bei der der Verwaltungsrat sämtliche Einreden geltend machen kann, welche gegenüber der Gesellschaft bestehen.[35] Dies entspricht der Billigkeit, weil das Organ für die Gesellschaft handelt und mithin sein Pflichtenprogramm auf die von ihm geführte Gesellschaft zugeschnitten sein muss.[36]

2. Die Lösung durch die «Theorie der Prozessstandschaft»

Die widersprüchliche höchstrichterliche Rechtsprechung führt somit in die Sackgasse. Die vom Bundesgericht verpasste Abkehr von der Ablösungstheorie und Zuwendung zur «Theorie der Prozessstandschaft» lässt sich nicht mit den von einem Teil der Lehre vorgetragenen pragmatischen Vorzügen der Ablösungstheorie rechtfertigen, weil auch die «Theorie der Prozessstandschaft» diese Vorzüge aufweist.

a. Kein Wettlauf der Anspruchsberechtigten

Der wohl meistgenannte Vorteil der Raschein-Praxis ist die Verhinderung eines Wettlaufes von Anspruchsberechtigten.[37] Das Risiko eines Wettlaufes besteht zwischen den *unmittelbar* geschädigten Gläubigern, welche jederzeit klagen können, und den *mittelbar* geschädigten Gläubigern. Die Geltendmachung der Ansprüche der Gläubigergesamtheit durch den mittelbar geschädigten Gläubiger ist bis zur zweiten Gläubigerversammlung ausgeschlossen.[38] Die direkt geschädigten Gläubiger könnten aufgrund ihres zeitlichen Vorsprungs die fehlbaren Organe vorweg in Anspruch nehmen, wodurch deren faktische Zahlungsfähigkeit erschöpft würde.[39] Zur Verhinderung des Wettlaufes der Anspruchsberechtigten, sofern denn eine solche Verhinderung überhaupt gewollt ist,[40] ist das dogmatische Mysterium der Ablösungstheorie aber nicht erforderlich. Die Einschränkung der Klagebefugnis beruht nämlich nicht auf der Konstruktion des Anspruchs der Gläubigergesamtheit an und für sich, sondern auf der *Ausweitung der Absorptionskraft* dieses Anspruches und damit der sog. «Durchsetzungssperre».[41]

Dies erfolgte zuerst durch eine beinahe «tollkühne Umdefinition»[42] des Schadensbegriffes im «X-Corporation»-Entscheid, wonach für die Abgrenzung des mittelbaren und des unmittelbaren Gläubigerschadens auf die *Art* der durch den Verwaltungsrat *verletzten Pflicht* abzustellen sei.[43] Später kehrte das Bundesgericht aber (schrittweise) zur richtigen Schadensabgrenzung, welche nun wieder aufgrund der *betroffenen Vermögensmasse* erfolgt, zurück.[44] Dabei erkannte das Bundesgericht im «Biber Holding»-Entscheid, dass kraft Konkursdekrets eine Einschränkung der Klagebefugnis aus direkter Schädigung erfolgt.[45] Die Klageberechtigung des Gläubigers oder Aktionärs aus direkter Schädigung kommt folglich mit Konkurseröffnung *insoweit* zum Erlöschen, als *gleichzeitig die Gesellschaft direkt geschädigt* ist.[46] Diese Einschränkung ist freilich auch unter Geltung der «Theorie der Prozessstandschaft» einschlägig. Dafür ist lediglich dieselbe Ausweitung der Absorptionskraft des Anspruchs der Gesellschaft erforderlich, welche bezüglich des Anspruchs der Gläubigergesamtheit vorgenommen wurde. Dies entspricht einer *Beibehaltung* der Rechtsprechung.

---

[34] Die Begrifflichkeiten sind insofern verwirrlich, als auch bei der (konsequent umgesetzten) Ablösungstheorie der Anspruch der Gläubigergesamtheit vom Abtretungsgläubiger *in Prozessstandschaft* eingeklagt wird (siehe oben III.B.1.). Der Terminus «Theorie der Prozessstandschaft» meint vorliegend aber jeweils, dass ein *Anspruch der Gesellschaft* in Prozessstandschaft eingeklagt wird.

[35] Jenny (FN 5), § 5 N 162.

[36] Vgl. ausführlich OFK-Amstutz/Gohari (FN 26), Art. 756 OR N 9; ferner Druey (FN 28), 9 f.

[37] Statt vieler: CHK-Binder/Roberto (FN 4), Art. 757 OR N 8.

[38] Hans Peter Walter, Ungereimtheiten im Verantwortlichkeitsrecht, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern/Stuttgart/Wien 2003, 73 ff., 91.

[39] Peter Böckli, Verantwortlichkeit der Organmitglieder: Hürdenlauf der direkt Geschädigten, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern/Stuttgart/Wien 2003, 27 ff., 37; Walter (FN 38), 91.

[40] Vgl. für stichhaltige Argumente, welche gegen die Durchsetzungssperre sprechen, Thomas Rebsamen, Neugläubiger im Verantwortlichkeitsrecht, SJZ 2020, 663 ff., 672 ff.; ferner von der Crone/Carbonara/Hunziker (FN 4), 14, 19 und 76.

[41] BGer, 4A_623/2017, 24.8.2018, E. 4.3.3; Rebsamen (FN 40), 672.

[42] Zit. Böckli (FN 4), § 18 N 301.

[43] BGE 122 III 176 E. 7; vgl. Rebsamen (FN 40), 668, sowie ausführlich Böckli (FN 4), § 18 N 299 ff.

[44] BGE 131 III 306 E. 3.1.2, wobei das Bundesgericht damals lediglich von einer *«Präzisierung»* seiner Rechtsprechung sprach (siehe Regeste); vgl. dann aber BGE 132 III 564 E. 3.1 sowie *expressis verbis* BGE 142 III 23 E. 4.2.2; vgl. ferner Rebsamen (FN 40), 669; OFK-Amstutz/Gohari (FN 26), Art. 754 OR N 20; CHK-Binder/Roberto (FN 4), Art. 757 OR N 5; Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, Der Verwaltungsrat, 4. A., Zürich 2014, 349; Böckli (FN 4), § 18 N 301a.

[45] Vgl. Böckli (FN 4), § 18 N 301a, welcher dies als die rechtlich korrekte Begründung bezeichnet, da es Wortlaut und Sinn von Art. 757 Abs. 1 Satz 2 OR entspreche; a.M. Rebsamen (FN 40), 673, sowie von der Crone/Carbonara/Hunziker (FN 4), 76, welche für die Durchsetzungssperre keine gesetzliche Grundlage sehen und diese als unnötig bezeichnen.

[46] OFK-Amstutz/Gohari (FN 26), Art. 754 OR N 25; CHK-Binder/Roberto (FN 4), Art. 757 OR N 7.

b. Erledigung durch Vergleich

Zweitens wird eine erhöhte Erledigung der Verantwortlichkeitsprozesse durch Vergleich als Vorteil der Ablösungstheorie ins Feld geführt. So kann die Konkursverwaltung bei Abschluss eines Vergleichs gültig auf sämtliche weiteren Ansprüche der Gläubigergesamtheit verzichten.[47] Dadurch sähen sich die beklagten Organe in aller Regel nicht durch parallele Schadenersatzforderungen aus unmittelbarer Schädigung konfrontiert.[48] Dies führe in der Praxis zu einer rascheren und vermehrt durch Vergleich erfolgenden Erledigung der Verantwortlichkeitsklagen.[49] Weshalb die Konkursverwaltung aber nicht auch unter Geltung der «Theorie der Prozessstandschaft» gültig auf alle weiteren Ansprüche der Gesellschaft verzichten kann, ist nicht ersichtlich. Nach der «Theorie der Prozessstandschaft» besteht wie bei der Raschein-Praxis ein *einheitlicher Anspruch.* Damit erfolgt keinesfalls eine Einschränkung der Vergleichsfähigkeit.

Als Plus gegenüber der Ablösungstheorie kann der Verwaltungsrat gemäss der «Theorie der Prozessstandschaft» die Einrede des Vergleichs zusätzlich für Vergleiche, welche er vor Konkurseröffnung mit der AG abgeschlossen hat, erheben. Dieses Ergebnis entspricht der Billigkeit, da die AG bei einem Vergleich eine adäquate Gegenleistung erhält, womit ein Gesellschaftsschaden ausgeschlossen ist.[50] Überdies entsteht bei einem allfälligen «pathologischen Fall»[51] kein Haftungsvakuum, da die Verwaltungsratsmitglieder diesfalls für den unangemessenen Vergleich haften.[52] Die «Theorie der Prozessstandschaft» fördert mithin gar die Erledigung durch Vergleich vor Konkurseröffnung.

c. Rechtssicherheit dank logischer Nachvollziehbarkeit

Neben den soeben erwähnten Vorzügen wird vermehrt die Rechtssicherheit, welche auf das langjährige Festhalten an der Raschein-Praxis zurückzuführen ist, als Vorteil angesehen.[53] Dies erscheint jedoch bizarr, haben doch Modifizierungen der Ablösungstheorie in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geradezu Tradition:

Neben der zwischenzeitlichen «Umdefinition» des Schadensbegriffes im «X-Corporation»-Entscheid, welcher die Klagebefugnis der direkt geschädigten Gläubiger betraf,[54] sind insbesondere in Bezug auf die Einredenlage bedeutende Entscheide ergangen. Das Bundesgericht reagierte dabei auf die in der Lehre aufgekommene Kritik betreffend den gänzlichen Einredenausschluss der verantwortlichen Organe.[55] Es erklärte, *«dass den verantwortlichen Organen unter Vorbehalt der Gläubigerbenachteiligung diejenigen Einreden auch im Konkurs der Gesellschaft gegenüber der Gesamtheit der Gläubiger erhalten bleiben sollen, die vor der Konkurseröffnung der Gesellschaft entstanden sind».*[56] Infolgedessen führte das Bundesgericht in Urteil 4C.363/2006 die Verjährung als mögliche Einrede ein.[57] Auch die Einrede der Verrechnung (falls die Schuld der Gesellschaft vor Konkurseröffnung entstanden ist und die Gegenseitigkeit bereits im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bestanden hat) kann der Verwaltungsrat seit dem «Schaumglas»-Entscheid wieder wirksam geltend machen,[58] obwohl noch im vorangegangenen Urteil 4C.262/2000 die *entgegenstehende* Meinung vertreten wurde.[59] Ferner scheint das Bundesgericht *entgegen* den Ausführungen in BGE 117 II 432 wieder Platz für eine Klage der Aktionäre im Konkurs der Gesellschaft zu sehen.[60] Wie diese mit der Raschein-Praxis vereinbar sein soll, ist unklar.[61]

---

47 Böckli (FN 4), § 18 N 296.

48 Thierry Luterbacher, Die Schadenminderungspflicht, Diss. Zürich 2005, N 77.

49 Luterbacher (FN 48), N 77; vgl. ferner Jenny (FN 5), § 5 N 170 Fn 627, wonach mehr als 90% der Haftpflichtfälle nach Aussage der Versicherungen durch Vergleich erledigt werden.

50 Jenny (FN 5), § 8 N 421.

51 D.h., falls ein unbilliger Vergleich geschlossen wird, welcher die Gesellschaft schädigt (vgl. Wolfhart F. Bürgi/Ursula Nordmann-Zimmermann, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 739–771, Die Aktiengesellschaft und die Kommanditaktiengesellschaft, Zürich 1979 [zit. ZK-Bürgi/Nordmann-Zimmermann], Art. 755 aOR N 16).

52 Jenny (FN 5), § 8 N 435; ZK-Bürgi/Nordmann-Zimmermann (FN 51), Art. 755 aOR N 16.

53 Max Haller, Organhaftung und Versicherung, Diss. Zürich 2008, N 257.

54 Siehe oben III.C.2.a.

55 Vgl. betreffend die Kritik Rashid Bahar/Rita Trigo Trindade, Revision des Verantwortlichkeitsrechts: Differenzierte Solidarhaftung der Revisionsstelle und übrige Änderungen, GesKR 2008, 146 ff., 157.

56 BGE 132 III 342 E. 4.4.

57 BGer, 4C.363/2006, 13.3.2007, E. 4.3; Böckli (FN 4), § 18 N 298; freilich ist die Einrede der Verjährung insofern bedeutend eingeschränkt, als die relative Verjährungsfrist von fünf Jahren (vgl. Art. 760 Abs. 1 OR) mit Konkurseröffnung neu zu laufen beginnt, da der Anspruch der Gläubigergesamtheit erst mit Konkurseröffnung entsteht (vgl. BGE 136 III 322 E. 4.4; ferner BSK OR II-Gericke/Waller [FN 4], Art. 760 N 5).

58 BGE 132 III 342 E. 4.4.

59 BGer, 4C.262/2000, 15.12.2000, E. 2c; Böckli (FN 4), § 18 N 298 Fn 735.

60 Bahar/Trigo Trindade (FN 55), GesKR 2008, 157; vgl. in diese Richtung BGE 131 III 306 E. 3.2.1, wonach die Geltendmachung einer Gesellschaftsklage durch den Aktionär *«im vorliegenden Fall»* ausgeschlossen sei.

61 Vgl. noch BGE 117 II 432 E. 1b/ee: *«Ein Anspruch von Aktionären ist, wie Raschein […] darlegt, ebenfalls nicht mehr denkbar»;* bestätigt in BGE 122 III 166 E. 3a.

Die Unklarheiten in der Rechtsprechung zeigen sich auch im vorliegend kommentierten Urteil, mit dem das Bundesgericht in Bezug auf sein Urteil 4A_384/2016 eine Kehrtwende vollzog, wobei weder das Urteil 4A_384/2016 noch das Urteil 4A_19/2020 wirklich mit der Ablösungstheorie vereinbar sind.

3. Zwischenhalt 2: Der Verantwortlichkeitsanspruch lautet trotz Ablösungstheorie auf den Namen der Gesellschaft

Das Bundesgericht hat weder die Ablösungstheorie konsequent verfolgt noch konnte es sich dazu durchringen, diese aufzugeben und der sich aufdrängenden «Theorie der Prozessstandschaft» zu folgen. Immerhin hielt es u.E. korrekterweise fest, dass der Verantwortlichkeitsanspruch auch nach Konkurseröffnung auf den Namen der Gesellschaft lautet.[62] Damit ist die Frage der Wirkung der Löschung einer AG im Handelsregister von Bedeutung.

D. Gar kein Schritt betreffend die Wirkung der Löschung einer AG im Handelsregister

1. Die Kontroverse im Allgemeinen

Nach einhelliger Ansicht erlangt die AG gemäss Art. 643 Abs. 1 OR das Recht der Persönlichkeit qua Eintrag in das Handelsregister, womit der Eintragung konstitutive Wirkung zukommt.[63] Demgegenüber ist die Wirkung der Löschung der AG im Handelsregister umstritten.[64] An dieser Stelle wird auf eine eingehende Auseinandersetzung mit den Argumenten, welche entweder für die konstitutive oder aber die deklaratorische (oder andere, vermittelnde Varianten der) Wirkung der Löschung einer AG im Handelsregister sprechen, verzichtet. Vielmehr kann auf die schon bestehende, umfassende Literatur verwiesen werden.[65] Die Lehrmeinungen decken dabei ein beachtliches Spektrum von voneinander abweichenden Ansichten ab. Von (i) der konstitutiven Wirkung der Löschung[66] über (ii) die deklaratorische Wirkung der Löschung[67] bis hin zu vermittelnden Lösungen wie (iii) der Löschung als notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung[68] oder (iv) der Löschung als hinreichende, nicht aber notwendige Bedingung[69] sind sämtliche Standpunkte vertreten.[70] Unseres Erachtens muss die Löschung konstitutiver Natur sein, andernfalls das *System der Normativbestimmungen* schlecht umgesetzt wäre.[71] Sämtliche übrigen Theorien erklären nicht, warum der Löschung eine andere Wirkung als der Eintragung zukommen soll, wenngleich dies rechtlich ein vergleichbarer Vorgang ist.[72]

Das Bundesgericht selbst nahm in der Vergangenheit eine *schwankende* Haltung ein. Dies zeigt insbesondere E. 2.4 des hier besprochenen Urteils 4A_19/2020, in der sich das Bundesgericht mit der eigenen diesbezüglichen Recht-

---

62 BGer, 4A_19/2020, 19.8.2020, E. 2.4.4.

63 Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. A., Bern 2020, § 11 N 258; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Rolf Sethe, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Bern 2018, § 6 N 92; Markus Vischer, Untergang der AG: Konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Löschung im Handelsregister?, GesKR 2015, 257 ff., 258; Böckli (FN 4), § 1 N 539 und § 1 N 585a.

64 Vgl. ausführlich Vischer (FN 63), GesKR 2015, 257 ff.; Peter Jung, Entstehung und Untergang von Kapitalgesellschaften, recht 2013, 79 ff.; Guillaume Vianin, L'inscription au registre du commerce et ses effets, Diss. Fribourg 2000, 235 ff.

65 Vischer (FN 63), GesKR 2015, 257 ff. m.w.H.; Jung (FN 64), 79 ff. m.w.H.

66 Für die konstitutive Wirkung der Löschung siehe CHK-Benedick (FN 4), Art. 746 OR N 5; Vischer (FN 63), GesKR 2015, 259; Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. A., Zürich/Basel/Genf 2015, § 15 N 6 und 40; SHK-Rüetschi, Art. 164 HRegV N 4, in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013; Eva Bilek/Hans Caspar von der Crone, Voraussetzungen und Kognition hinsichtlich der Wiedereintragung einer Gesellschaft, SZW 2007, 80 ff., 82 f.; Manfred Küng, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Handelsregister, Art. 927–943 OR, Bern 2001, Art. 937 OR N 128; Christoph von Greyerz, Die Aktiengesellschaft, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/2, Basel/Frankfurt 1982, 285.

67 Für die deklaratorische Wirkung der Löschung siehe von der Crone (FN 63), § 27 N 2069; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (FN 63), § 6 N 118; CR CO II-Rayroux, Art. 746 N 6, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade (Hrsg.), Code des obligations II, Commentaire romand, 2. A., Basel 2017 (zit. CR CO II-Verfasser); BSK OR II-Stäubli (FN 4), Art. 746 N 1; Praxiskommentar HRegV-Gwelessiani, Art. 164 N 576, in: Michael Gwelessiani (Hrsg.), Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 3. A., Zürich 2016; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 56 N 152; ZK-Bürgi/Nordmann-Zimmermann (FN 51), Art. 739 OR N 3 und Art. 746 OR N 7; Hans Rudolf Kunz, Löschung und Wiedereintragung von Handelsgesellschaften im Handelsregister, Diss. Bern 1942, 54.

68 Für die Löschung als notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung siehe Jung (FN 64), 90 f.; CHK-Vogel (FN 4), Art. 938 OR N 4; Vianin (FN 64), 240 ff.; Duri F. Prader, Die Vorrats- oder Mantelgesellschaft im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1995, 86 f.

69 Für die Löschung als hinreichende, nicht aber notwendige Bedingung siehe BSK OR II-Eckert (FN 4), Art. 938 N 1; Peter Gauch, Von der Eintragung im Handelsregister, ihren Wirkungen und der negativen Publizitätswirkung, SAG 1976, 139 ff., 147 f., Fn 40.

70 Zum Ganzen CR CO II-Vianin (FN 67), Art. 938–938a N 16, sowie Vischer (FN 63), GesKR 2015, 259.

71 Vischer (FN 63), GesKR 2015, 259.

72 Vgl. zum deutschen Recht Kölner Kommentar zum Aktiengesetz-Winnen, § 262 N 112, in: Wolfgang Zöllner/Ulrich Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 3. A., Köln 2018; vgl. zum deutschen Recht auch Münchener Kommentar zum Aktiengesetz-Hüffer, § 262 N 90, in: Wulf Goette/Mathias Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 4, §§ 179–227, 4. A., München 2016.

sprechung auseinandersetzte, mustergültig auf.[73] Lange Zeit hatte das Bundesgericht dafürgehalten, der Löschung der AG im Handelsregister komme *konstitutive* Wirkung zu.[74] In jüngerer Zeit schien das Bundesgericht indes von diesem Standpunkt abzukommen.[75] In Urteil 4A_16/2010 ging das Bundesgericht davon aus, die Löschung begründe lediglich eine Vermutung der Beendigung der AG.[76] Sodann sprach das Bundesgericht in Urteil 4A_231/2011 gar *expressis verbis* von einer *deklaratorischen* Wirkung der Löschung der AG im Handelsregister.[77] Im neueren Urteil 4A_384/2016 ging das Bundesgericht mit Verweisung auf u.a. BGE 132 III 731 (aber *ohne* Bezugnahme auf die vorangegangenen, abweichenden Urteile) wiederum von einer *konstitutiven* Wirkung der Löschung aus.[78]

2. Kein Positionsbezug in casu

Bedauerlicherweise verpasste das Bundesgericht im Entscheid 4A_19/2020 die Chance, Klarheit zu schaffen, als es zum Schluss kam, die in Urteil 4A_19/2020 strittige Frage könne *«unabhängig von der Kontroverse rund um die Natur der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister»* entschieden werden.[79] Das verwundert sehr, soll doch der Verantwortlichkeitsanspruch gemäss Bundesgericht wie gezeigt trotz Ablösungstheorie auch nach Konkurseröffnung der Gesellschaft zustehen.[80] Damit ist die Existenz der Gesellschaft von grundlegender Bedeutung für die Geltendmachung des Anspruches. Denn *«fehlt […] der Rechtsträger der eingeklagten Forderung, ermangelt es dem als Prozessstandschafter klagenden Gläubiger der Aktivlegitimation, womit dessen Klage als unbegründet abzuweisen ist»,* wie das Bundesgericht in Urteil 4A_384/2016 schlüssig erklärte.[81] Dies gilt nicht nur im Hinblick auf die Geltendmachung eines Verantwortlichkeitsanspruches, sondern vielmehr ganz allgemein. Fehlt es an der materiell berechtigten Person des Anspruches, fällt auch ein möglicher Anspruch der andernfalls sachberechtigten AG dahin. Eine konstitutive Löschung der AG als Rechtsträgerin des Verantwortlichkeitsanspruches führt klarerweise zu einem die Verantwortlichkeitsklage *ablehnenden Sachurteil.*[82] Deshalb kann entgegen den bundesgerichtlichen Ausführungen die Frage, ob eine Wiedereintragung der AG ins Handelsregister erforderlich ist, nicht unabhängig von der Frage nach der Wirkung der Löschung der AG im Handelsregister beantwortet werden. Sofern die Löschung *konstitutiv* ist, ist eine Wiedereintragung der AG *zwingend erforderlich.* Im Sinne einer nachvollziehbaren Argumentation in Urteil 4A_19/2020 wäre es daher unumgänglich gewesen, Position bezüglich der Kontroverse um die Wirkung der Löschung einer AG im Handelsregister zu beziehen.

E. Fazit: Stillstand

In Bezug auf die Ablösungstheorie ist eine Abkehr von dieser geboten, da sie selbst beim Bundesgericht als deren Verfechter zu Unklarheiten führt, wie Urteil 4A_19/2020 exemplarisch aufzeigt. Die «Theorie der Prozessstandschaft» als Lösungsvorschlag überzeugt in dieser Hinsicht auf allen Ebenen. Im vorliegenden Urteil erfolgte aber weder ein klares Bekenntnis zur Ablösungstheorie noch eine Abkehr von dieser. In Bezug auf die Wirkung der Löschung einer AG im Handelsregister ist sodann vor allen Dingen eine konsequente Rechtsprechung geboten. Die Autoren plädieren dabei im Sinne einer konsistenten Umsetzung des Systems der Normativbestimmungen für die konstitutive Wirkung der Löschung. Das Bundesgericht hat es auch diesbezüglich verpasst, Position zu beziehen. Kurzum resultiert Urteil 4A_19/2020 in einem zweifachen Stillstand, der grosse Rechtsunsicherheit nach sich zieht.

---

73 BGer, 4A_19/2020, 19.8.2020, E. 2.4.

74 BGE 132 III 731 E. 3.1; BGE 117 III 39 E. 3b; BGE 73 III 61 E. 1; BGE 42 III 37; BGer, 5A_65/2008, 15.12.2008, E. 2.1; vgl. ferner Vischer (FN 63), GesKR 2015, 259; BSK OR II-Stäubli (FN 4), Art. 746 N 1.

75 Vgl. BGer, 2C_408/2012, 25.9.2012, E. 3.1 und 3.2; ferner Vischer (FN 63), GesKR 2015, 259; BSK OR II-Stäubli (FN 4), Art. 746 N 1.

76 BGer, 4A_16/2010, 6.4.2010, E. 5.1.2; vgl. Jung (FN 64), 89 f.

77 BGer, 4A_231/2011, 20.9.2011, E. 2.

78 BGer, 4A_384/2016, 1.2.2017, E. 2.1.3.

79 BGer, 4A_19/2020, 19.8.2020, E. 2.7.

80 BGer, 4A_19/2020, 19.8.2020, E. 2.4.4; vgl. davor schon BGer, 4A_384/2016, 1.2.2017, E. 2.3.

81 BGer, 4A_384/2016, 1.2.2017, E. 2.3.

82 Lötscher (FN 16), N 66 und 89.