

Dario Galli / Markus Vischer*

Wiedereintragung einer im Handelsregister gelöschten Gesellschaft

Besprechung des Urteils 4A_467/2018 des schweizerischen Bundesgerichts vom 9. Mai 2019

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Rechtsweg
- II. Erwägungen und Entscheid
 1. Voraussetzungen einer Wiedereintragung
 2. Verneinung der Voraussetzungen der Wiedereintragung im vorliegenden Fall
- III. Erläuterungen
 1. Rechtlicher Ausgangspunkt des Bundesgerichts
 2. Subsumption des Bundesgerichts im konkreten Fall
 3. Würdigung der Subsumption im konkreten Fall im Einzelnen
- IV. Bedeutung für die Praxis

Kernsätze

1. Die Wiedereintragung einer Gesellschaft setzt ein schutzwürdiges Interesse des Ansprechers voraus.
2. An einem schutzwürdigen Interesse fehlt es, wenn zum vornherein feststeht, dass der Ansprecher durch die Wiedereintragung der Gesellschaft und durch sein Vorgehen gegen sie nichts erreicht oder doch keinesfalls mehr als auf einem andern, ihm zumutbaren Weg.
3. Im Zweifel ist jedoch eine Gesellschaft wieder einzutragen.

I. Sachverhalt und Rechtsweg

Zur Beurteilung stand ein Gesuch der A. AG um Wiedereintragung der im Handelsregister gelöschten B. AG in Liquidation.

Hintergrund des Gesuchs war folgender Sachverhalt:

Im Jahr 2009 eröffnete die Bundesanwaltschaft eine Strafuntersuchung u.a. wegen Geldwäscherei gegen die B. AG in Liquidation und diverse ihrer Organe, darunter auch gegen C.C., der damals Mitglied des Verwaltungsrats der B. AG in Liquidation und im Zeitpunkt des bundesgerichtlichen Urteils alleiniges Verwaltungsrats-

mitglied der A. AG war. Am 17. Oktober 2014 erliess die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) eine Verfügung, durch welche die B. AG in Liquidation aufgelöst und in Liquidation gesetzt wurde. Als alleinige Liquidatorin setzte die FINMA die E. Rechtsanwältin AG (Liquidatorin) ein. In der Folge liquidierte die Liquidatorin sämtliche auf die B. AG in Liquidation lautenden Konten, nach den Behauptungen der A. AG allerdings auch ein auf sie lautendes Postkonto. Sie überwies den jeweiligen Saldo auf das F-Konto, das auf den Namen der Liquidatorin lautete und als dessen wirtschaftlich Berechtigte die B. AG in Liquidation angegeben war.

Mit Urteil des Konkursrichters vom 24. Juni 2015 wurde das (mit Urteil des Konkursrichters vom 25. Februar 2015 infolge einer Überschuldungsanzeige eröffnete)¹ Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt. Die B. AG in Liquidation wurde von Amtes wegen gelöscht, nachdem kein begründeter Einspruch gegen die Löschung erhoben worden war.

Mit Verfügung vom 9. Februar 2017 beschlagnahmte die Bundesanwaltschaft das F-Konto und wies die Liquidatorin an, den Saldo von etwas mehr als CHF 1 Mio. auf ein Konto der Schweizerischen Eidgenossenschaft zu überweisen, was die Liquidatorin in der Folge tat.

Am 21. Juni 2017 stellte die A. AG beim Bezirksgericht Meilen das eingangs erwähnte Gesuch um Wiedereintragung in das Handelsregister. Als alleiniger Liquidator mit Einzelzeichnungsberechtigung sei das bisherige alleinige Verwaltungsratsmitglied der B. AG in Liquidation, D.C., der Sohn von C.C., einzutragen, eventualiter die bisherige Liquidatorin. Die A. AG begründete ihr Gesuch im Wesentlichen damit, dass die Wiedereintragung notwendig sei, um ihre Rechte bezüglich der von der Liquidatorin zu Unrecht, ja sogar in strafbarer Weise, vorgenommenen Saldierung des genannten Postkontos mittels verschiedener Rechtsbehelfe durchzusetzen.

Auf Antrag der A. AG wurde das Verfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung einer von der G. Ltd. gegen die Beschlagnahme angestrebten Beschwerde sistiert.

* RA Dario Galli, Associate Walder Wyss AG; RA Dr. Markus Vischer, LL.M., Partner Walder Wyss AG.

¹ BGE 141 III 590 Sachverhalt Teil A.

Da dieser kein Erfolg beschieden war,² nahm das Bezirksgericht Meilen das Verfahren wieder auf und entschied mit Verfügung vom 8. Mai 2018 gegen die Wiedereintragung. Die gegen diesen Entscheid erhobene Berufung wies das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 15. August 2018 ab. Mit Beschwerde in Zivilsachen gelangte die A. AG in der Folge an das Bundesgericht. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es auf sie eintrat.

II. Erwägungen und Entscheid

1. Voraussetzungen einer Wiedereintragung

Das Bundesgericht hielt im vorliegenden Entscheid fest, dass nach Art. 164 Abs. 1 HRegV das Gericht auf Antrag die Wiedereintragung einer gelöschten Rechtseinheit im Handelsregister anordnen könne, sofern entweder glaubhaft gemacht werde, dass nach Abschluss der Liquidation der gelöschten Rechtseinheit Aktiven vorlägen, die noch nicht verwertet oder verteilt worden seien (lit. a), oder die gelöschte Rechtseinheit in einem Gerichtsverfahren als Partei teilnehme (lit. b) oder die Wiedereintragung der gelöschten Rechtseinheit für die Bereinigung eines öffentlichen Registers (lit. c) oder die Beendigung des Konkursverfahrens erforderlich sei (lit. d). Zum Antrag berechtigt sei, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Wiedereintragung der gelöschten Rechtseinheit habe (Art. 164 Abs. 2 HRegV).³

Diese Rechtslage habe im Wesentlichen bereits vor der Revision der Wiedereintragungsregeln in der HRegV am 1. Januar 2008 bestanden. Schon damals sei klar gewesen, dass es an einem schutzwürdigen Interesse fehle, wenn zum vornherein feststehe, dass der Ansprecher durch die Wiedereintragung einer Gesellschaft und durch sein Vorgehen gegen sie nichts erreiche oder doch keinesfalls mehr als auf einem andern, ihm zumutbaren Weg. Im Zweifel sei jedoch eine Gesellschaft wieder einzutragen.⁴

2. Verneinung der Voraussetzungen der Wiedereintragung im vorliegenden Fall

Das Bundesgericht hält fest, dass es der A. AG vorliegend an einem schutzwürdigen Interesse an der Wiedereintragung der B. AG in Liquidation fehle. Die Vorbringen der A. AG seien zum Teil nicht schlüssig und abgesehen davon auch inkonsistent, so dass sie als unglaubwürdig erscheinen würden.⁵

Die Verfügung der FINMA vom 17. Oktober 2014 sei in Rechtskraft erwachsen, auch bezüglich Einsetzung der Liquidatorin.⁶ Entsprechend sei die verlangte Einsetzung von D.C. als Liquidator nicht möglich, ausser die A. AG lege dar, wie sie die diesbezügliche Änderung der Verfügung der FINMA erreichen wolle, was sie nicht getan habe. Die eventualiter verlangte (Wieder-)Einsetzung der Liquidatorin sei nicht konsequent. Vielmehr hätte die A. AG konsequenterweise die Einsetzung einer anderen Liquidatorin beantragen müssen, was sie aber nicht getan hätte. Auch in diesem Fall hätte sie zudem nicht gezeigt, wie sie die Änderung der Verfügung der FINMA in Bezug auf die Einsetzung einer anderen Liquidatorin erreichen wolle.⁷

Nachdem die A. AG behauptete, dass die Liquidatorin in strafbarer Weise ihr Postkonto saldiert habe, müsse sie ihre Rechte im Beschlagnahmeverfahren wahren. Dies sei für den wirtschaftlich Berechtigten gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts zumindest nicht ausgeschlossen,⁸ selbst wenn es um Ersatzwerte gehe.⁹ Eine Wiedereintragung der B. AG in Liquidation sei dazu nicht notwendig.¹⁰

Selbst wenn man unterstelle, dass ein Vorgehen der A. AG im Beschlagnahmeverfahren nicht erfolgreich sei und eine Leistungsklage gegen die wieder eingetragene B. AG in Liquidation nötig sei, sei das Gesuch nicht schützenswert. Im Hauptstandpunkt werde nämlich die Eintragung des Sohnes von C.C., D.C., als Liquidator beantragt und so versucht, durch die familiäre Bande zwischen dem Liquidator der wieder eingetragenen B. AG in Liquidation (d.h. der Beklagten) und C.C., dem Verwaltungsratsmitglied der A. AG (d.h. der Klägerin), ein Prozessergebnis zu erreichen, dass sich gegenüber einem Dritten nicht erzielen liesse.¹¹

Zudem habe die A. AG keine Einsprache gegen die Löschung der B. AG in Liquidation gemäss Art. 159 Abs. 3 HRegV erhoben.¹²

Bezüglich einer möglichen Verantwortlichkeitsklage gegen die Liquidatorin (bzw. Rechtsanwalt H.) bleibe unklar, welches schützenswerte Interesse die A. AG an einer Wiedereintragung habe, auch weil sie sich gemäss eigenen Angaben noch nicht entschieden habe, ob sie eine solche einreichen wolle. Auch bleibe unklar, wie die A. AG die Voraussetzungen einer Verantwortlichkeitsklage gegenüber der Liquidatorin (bzw. Rechtsan-

² Urteil des Bundesgerichts 1B_498/2017 vom 27.3.2018.

³ Urteil des Bundesgerichts 4A_467/2018 vom 9.5.2019 E. 4 Ingress.

⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_467/2018 vom 9.5.2019 E. 4.1 und 4.2.

⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_467/2018 vom 9.5.2019 E. 6 Ingress.

⁶ Urteil des Bundesgerichts 2C_303/2016 vom 24.11.2016.

⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_467/2018 vom 9.5.2019 E. 6.1, 6.2, 6.4.2 und 6.5.

⁸ BGE 139 II 404 E. 2.1.1.

⁹ Urteil des Bundesgerichts 1B_109/2016 vom 12.10.2016.

¹⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_467/2018 vom 9.5.2019 E. 6.2, 6.3.2, 6.4.1 und 6.4.2.

¹¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_467/2018 vom 9.5.2019 E. 6.5.

¹² Urteil des Bundesgerichts 4A_467/2018 vom 9.5.2019 E. 6.4.1.

walt H.), also gegenüber einer renommierten Anwaltskanzlei (bzw. ihrem Mitglied), begründen wolle.¹³

III. Erläuterungen

1. Rechtlicher Ausgangspunkt des Bundesgerichts

Art. 164 HRegV statuiert, dass jedermann, der ein rechtliches Interesse daran hat, die Wiedereintragung einer gelöschten Gesellschaft verlangen kann, wenn er glaubhaft macht, dass die Liquidation der Gesellschaft im Zeitpunkt der Löschung noch nicht abgeschlossen war.¹⁴

Zu Recht hält das Bundesgericht unter Hinweis auf BGE 64 I 334 E. 2 dazu fest, dass es an einem rechtlichen (schutzwürdigen) Interesse fehle, wenn zum vornherein feststehe, dass der Ansprecher durch die Wiedereintragung einer Gesellschaft und durch sein Vorgehen gegen sie nichts erreiche oder doch keinesfalls mehr als auf einem andern, ihm zumutbaren Weg. Im Zweifel sei aber eine Gesellschaft wieder einzutragen.¹⁵

2. Subsumption des Bundesgerichts im konkreten Fall

Das Bundesgericht verliert sich dann allerdings in der Subsumption im konkreten Fall. Die verschlungene und repetitive Begründung und die zahlreichen Hinweise, die A. AG hätte dies und das nicht gerügt und dies und das nicht richtig oder nicht konsequent oder widersprüchlich ausgeführt, zeigen, dass es dem Bundesgericht primär um das Resultat ging.

Der Grund liegt wohl darin, dass das Bundesgericht den Eindruck hatte, es ginge der A. AG und ihrem Verwaltungsratsmitglied C.C. nur um eine Fortsetzung der Verteidigung im Strafrechtsfall, in den die A. AG und C.C. persönlich involviert waren und den die schweizerische Justiz und auch das Bundesgericht selber¹⁶ schon über viele Jahre beschäftigte.

Das ist etwas unbefriedigend. Wennschon, dennschon hätte das Bundesgericht offen mit dem Zweihänder des Rechtsmissbrauchs argumentieren müssen, wie dies immerhin an drei Stellen im hier kommentierten Urteil etwas anklingt.¹⁷

3. Würdigung der Subsumption im konkreten Fall im Einzelnen

Im *ersten Argumentationsstrang* warf das Bundesgericht der A. AG vor, sie hätte bezüglich des Hauptantrags der Einsetzung von D.C. als Liquidator nicht dargelegt, wie sie die rechtskräftige Verfügung der FINMA hätte abändern wollen. Dieser Argumentationsstrang wirft die komplexe Frage des Verhältnisses des Wiedereintragungsverfahrens nach Art. 164 HRegV (nach vorangegangenem eröffnetem und eingestelltem Konkursverfahren) und des (dem eröffneten und eingestellten Konkursverfahren und Wiedereintragungsverfahrens) vorangegangenen FINMA-Verfahrens auf, welches das Bundesgericht nicht wirklich untersuchte. Es kann nicht daran gezweifelt werden, dass grundsätzlich der (zivilrechtliche)¹⁸ Wiedereintragungsrichter (und nicht die FINMA) für die Behandlung eines Wiedereintragungsgesuchs nach Art. 164 HRegV zuständig ist.¹⁹ Von der Zuständigkeit des Wiedereintragungsrichters (und nicht der FINMA) ging im vorliegenden Verfahren implizit auch das Bundesgericht aus. Denn sonst hätte es nicht nur bezüglich Auswechslung des Liquidators, sondern bezüglich des Wiedereintragungsverfahrens insgesamt und damit auch bezüglich Wiedereintragungsentscheid auf die FINMA verweisen müssen. Denn das Wiedereintragungsverfahren ist letztlich nichts anderes als ein Teil des (fortgesetzten) Liquidationsverfahrens.²⁰ Ebenso kann nicht grundsätzlich an der Zuständigkeit des Konkursrichters (und nicht der FINMA) zur Eröffnung des Konkurses und zur Einstellung des Konkurses mangels Aktiven gezweifelt werden. Auch das Bundesgericht tat es weder im vorliegenden noch im Verfahren bezüglich Einstellung des Konkurses mangels Aktiven.²¹

Grundsätzlich führt die Wiedereintragung mit konstitutiver Wirkung per Handelsregistereintragung²² und da-

¹³ Urteil des Bundesgerichts 4A_467/2018 vom 9.5.2019 E. 6.6.

¹⁴ SHK-RÜETSCHI, Art. 164 HRegV N 1 ff.; s. zur im Zusammenhang mit der Modernisierung des Handelsregisterrechts geplanten Überführung von Art. 164 HRegV in Art. 935 nOR: BBl 2017 2437 (Inkrafttreten noch unbestimmt).

¹⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_467/2018 vom 9.5.2019 E. 4.1 und 4.2 mit Hinweis auf BGE 132 III 731 E. 3.2 und BGE 100 Ib 37 E. 1; s. dazu schon BGE 115 II 276 E. 2 und BGE 95 I 60 E. 5.

¹⁶ Schon erwähntes Urteil des Bundesgerichts 2C_303/2016 vom 24.11.2016 (betreffend Verfügung der FINMA vom 17.10.2014) und schon erwähntes Urteil des Bundesgerichts 1B_498/2017 vom 27.3.2018 (betreffend Beschlagnahme des F-Kontos), aber z.B. auch Urteil des Bundesgerichts 1B_60/2011 vom 1.4.2011 (betreffend Beschlagnahme; Urteil des Bundesgerichts 1B_434/2010 vom 14.11.2011 (betreffend anwaltliche Vertretung); Urteil des Bundesgerichts 1B_776/2012 vom 1.2.2013 (betreffend Beschlagnahme und Ausstand); Urteil des Bundesgerichts 1B_776/2012 vom 1.3.2013

(betreffend Ausstand); BGE 141 III 590 (betreffend Einstellung des Konkurses über die Gesellschaft mangels Aktiven).

¹⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_467/2018 vom 9.5.2018 E. 6.1, 6.4 und 6.5.

¹⁸ SHK-RÜETSCHI, Art. 164 HRegV N 3 und 32; s. z.B. auch BGE 140 III 550 E. 2.1, zur Anwendbarkeit der ZPO.

¹⁹ Gl.M. SHK-RÜETSCHI, Art. 164 HRegV N 31; wohl auch Urteil des Bundesgerichts 4A_412/2013 vom 19.12.2013 E. 1: «Compte tenu de cette disposition [Art. 164 HRegV] de droit fédéral place l'affaire dans la compétence du juge, à l'exclusion d'une autorité administrative telle que l'office du registre du commerce [...]».

²⁰ So SHK-RÜETSCHI, Art. 164 HRegV N 32.

²¹ S. BGE 141 III 590.

²² MARKUS VISCHER, Untergang der AG: Konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Löschung im Handelsregister?, GesKR 2015,

mit *ex nunc* zur Wiederherstellung des *status quo ante*.²³ Das gilt auch registerrechtlich,²⁴ weshalb die Gesellschaft grundsätzlich mit den früheren Eintragungen wieder einzutragen ist,²⁵ also insbesondere auch mit den ursprünglichen Organen.²⁶ Der Wiedereintragungsrichter kann aber frühere Eintragungen nach Art. 164 Abs. 2 HRegV mindestens dann korrigieren, wenn aufgrund veränderter Umstände «Mängel in der rechtmässigen Organisation» der wieder einzutragenden Gesellschaft bestehen bzw. bestehen würden. Das gibt dem Wiedereintragungsrichter sämtliche Kompetenzen gemäss Art. 731b OR.²⁷ Das hätte es dem Wiedereintragungs-/Organisationsmängelrichter im konkreten Fall selbst ohne Antrag der A. AG²⁸ erlaubt, bei einem Interessenkonflikt der Liquidatorin (entgegen dem Eventualantrag der A. AG) eine andere Liquidatorin einzusetzen.²⁹ Es hätte dem

Wiedereintragungsrichter auch erlaubt, die Einsetzung von D.C. als Liquidator (entgegen dem Hauptantrag der A. AG) infolge eines Interessenkonflikts zu verhindern. Damit ist implizit auch gesagt, dass Art. 731b Abs. 3 OR (Abberufung von vom Richter eingesetzten Personen aus wichtigem Grund)³⁰ im konkreten Fall nicht relevant ist, wurde die Liquidatorin doch von der FINMA und nicht vom Richter eingesetzt.

Das Bundesgericht hätte sich alsdann nicht hinter der angeblichen Rechtskraft der FINMA-Verfügung vom 17. Oktober 2014 verstecken müssen. Es tat dies übrigens bis zu einem gewissen Grade nicht nur bezüglich Eintragung von D.C. (Hauptantrag der A. AG), sondern auch bezüglich Eintragung der Liquidatorin (Eventualantrag der A. AG) mit dem wenig überzeugenden Argument, der Eventualantrag sei nicht konsequent und hätte eigentlich ein Antrag auf Eintragung einer Drittliquidatorin sein müssen, was aber wieder an der angeblichen Rechtskraft der FINMA-Verfügung scheitern würde. Nur hatte die A. AG diesen Antrag nicht gestellt.

Im *zweiten Argumentationsstrang* warf das Bundesgericht der A. AG vor, sie hätte ihre Rechte im Beschlagnahmeverfahren wahren müssen. Auch das ist nicht wirklich überzeugend, führte doch das Bundesgericht selber aus, es hätte bis jetzt die Frage nicht entschieden, ob bloss wirtschaftlich Berechtigte zur Anfechtung im Beschlagnahmeverfahren befugt seien. Damit übersieht es seine eigenen Ausführungen, wonach die Wiedereintragung einer Gesellschaft im Zweifel zuzulassen ist. Da hilft es wenig, dass das Bundesgericht noch anführt, es hätte in Beschlagnahmeverfahren auch schon die Wahrung von Rechten an Ersatzwerten zugelassen.

Ebenso ist der *dritte Argumentationsstrang* des Bundesgerichts nicht überzeugend, dass der A. AG vorzuwerfen sei, sie hätte die Einsprache gegen die Löschung der B. AG in Liquidation im Handelsregister nach Art. 159 Abs. 3 HRegV unterlassen. Eine solche Einsprache ist nämlich keine Voraussetzung des Gesuchs um Wieder-

257–266, 261, wonach die Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister (entsprechend der traditionellen Lehre und Rechtsprechung, so HARALD BÄRTSCHI, in: Peter Jung/Peter V. Kunz/Harald Bärtschi, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, § 8 N 343) ebenso wie die Wiedereintragung im Handelsregister konstitutiv ist; s.a. MARKUS VISCHER, Dividenden bei Aktiengesellschaften in Liquidation, SJZ 2019, 555–563, 559 und MARKUS VISCHER, Die Kontinuität auf Gesellschafterstufe bei Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz, AJP 2019, 294–302, 295 f. sowie MARKUS VISCHER, Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel und insbesondere auch der Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel aus zivilrechtlicher Sicht, AJP 2013, 563–572, 567; s. z.B. auch ZK-JUNG, Art. 620 OR N 91 ff., mit einer ausführlichen Darstellung der verschiedenen Lehrmeinungen zur Wirkung der Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister.

²³ Z.B. FRANCO LORANDI, Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister nach Abschluss des Insolvenzverfahrens, AJP 2018, 724–733, 730 f.; zur *ex nunc*-Wirkung z.B. auch SHK-RÜETSCHI, Art. 164 HRegV N 5; 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, 80–89, 85.

²⁴ LORANDI (FN 23), 731.

²⁵ SHK-RÜETSCHI, Art. 164 HRegV N 6 f. und 44 ff.; BILEK/VON DER CRONE (FN 23), 83.

²⁶ BILEK/VON DER CRONE (FN 23), 85.

²⁷ SHK-RÜETSCHI, Art. 164 HRegV N 42 f.; zu den Änderungen von Art. 731b OR im Zusammenhang mit dem Global Forum-Gesetz BBl 2019 4491 (gestaffeltes Inkrafttreten in Bezug auf Art. 731b OR; dazu MARKUS VISCHER/DARIO, Erste Annäherung an das Global Forum-Gesetz, AJP 2019, 1289–1302, 1290) und im Zusammenhang mit der Modernisierung des Handelsregisterrechts BBl 2017 2437 (Inkrafttreten noch unbestimmt; dazu MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Entscheidbesprechungen, Wirtschaftsrecht, Gesellschaftsrecht – allgemein, BGer 4A_75/2017: Unwiderrücklichkeit der Auflösung einer juristischen Person zufolge fehlenden Rechtsdomizils, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_75/2017 vom 22. Mai, 2017, A. GmbH in Liquidation gegen Obergericht des Kantons Solothurn, Unentgeltliche Rechtspflege [zur amtlichen Publikation vorgesehen], AJP 2017, 1141–1146, 1144 ff.).

²⁸ Zur Geltung der Officialmaxime im Organisationsmängelverfahren z.B. BGE 142 III 629 E. 2.3.1; BGE 138 III 294 E. 3.1.3.

²⁹ Zum Interessenkonflikt als Organisationsmangel im Allgemeinen z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_717/2014 vom 29.6.2015 E. 2.3 und 2.5.2; MARKUS VISCHER, Entscheidbesprechungen, Wirtschaftsrecht, Gesellschaftsrecht – allgemein, Aktienrecht, BGer 4A_645/2017: Arbeitsvertrag, Abgangschädigung, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_645/2017 vom 22. August 2018, Aa1_AG gegen B_AG, Arbeitsvertrag, Abgangschädigung, AJP 2018, 1400–1408, 1406; CHRISTOPH B. BÜHLER, Organisationsmängel: Typische Anwendungsfälle von Art. 731b OR und gesondert geregelte Konstellationen, SJZ 2018, 441–450, 447 f.; MARKUS VISCHER, Die Verantwortlichkeit des im Organisationsmängelverfahren eingesetzten Verwaltungsratsmitglieds und Sachwalters, HAVE 2017, 362–371, 363; s.a. Urteil des Bundesgerichts 4A_147/2015 vom 15.7.2015 mit einem Grenzfall (Einsetzung des einen Aktionärs als Verwaltungsratsmitglieds in einer Zweipersonenaktiengesellschaft, obwohl er mit dem anderen Aktionär zerstritten war, was zur Pattsituation und zum Organisationsmangel führte) und diesem Urteil folgend Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE 180406 vom 5.12.2018, ZR 2019, 121–122, 121; kritisch zu letzterem Urteil DAVID PAVLU, Voraussetzungen der Einsetzung einer Liquidatorin gestützt auf Art. 619 i.V.m. Art. 583 Abs. 2 OR, ius.focus 2019, Nr. 13, unter Hinweis auf BGE 42 II 296 und 42 II 288; zur Eintragungsmöglichkeit eines neuen Liquidators explizit auch SHK-RÜETSCHI, Art. 164 HRegV N 6.

³⁰ Für einen Anwendungsfall von Art. 731b Abs. 3 OR z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_237/2016 vom 30.6.2016.

eintragung einer Gesellschaft nach Art. 164 HRegV,³¹ selbstverständlich, wie schon angetönt, vorbehaltlich eines Rechtsmissbrauchs.

Auch der *vierte Argumentationsstrang* des Bundesgerichts ist etwas flapsig, v.a. durch die Betonung, dass es sich beim möglichen Gegner der A. AG bei einer Verantwortlichkeitsklage um eine renommierte Anwaltskanzlei (bzw. ein Mitglied derselben) handle. Auch hier missachtet das Bundesgericht seine eigenen Ausführungen, wonach eine Gesellschaft im Zweifel wieder einzutragen ist, zumal wenn man sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts vor Augen hält. Demzufolge ist eine Wiedereintragung einer infolge Einstellung des Konkursverfahrens gelöschten Gesellschaft zwingend notwendig, um im (allenfalls wieder zu eröffnenden)³² Konkursverfahren nach Art. 260 SchKG abgetretene Verantwortlichkeitsansprüche geltend machen zu können.³³

IV. Bedeutung für die Praxis

Das vorliegend kommentierte Urteil ruft einige der bekannten Voraussetzungen für die Wiedereintragung einer Gesellschaft im Handelsregister in Erinnerung. Allerdings ist das Urteil bezüglich konkreter Anwendung der entsprechenden Grundsätze kein leuchtendes Beispiel kohärenter Argumentationen. Zu sehr wird dabei offensichtlich, dass der Wunsch³⁴ zum Vater der Subsumption wurde.

³¹ Wohl gl.M. CR CO II-VIANIN, Art. 939 N 11.

³² Urteil des Bundesgerichts 4A_467/2018 vom 9.5.2019 E. 5.2; s. z.B. auch WALTER A. STOFFEL/CAMILLE SAUTIER, La découverte d'actifs et/ou de passifs du débiteur à un stade avancé de la faillite ou après la clôture de celle-ci, JdT 2019 II, 97–112, 107 ff.; FRANCO LORANDI, Wiedereröffnung des Konkurses, AJP 2018, 56–67, 58 ff.; VISCHER (FN 22), GesKR 2015, 263 f.

³³ Urteil des Bundesgerichts 4A_384/2016 vom 1.2.2017 E. 2.3; bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 4A_407/2018 vom 5.2.2019 E. 4; s. zum Urteil des Bundesgerichts 4A_384/2016 vom 1.2.2017 auch STOFFEL/SAUTIER (FN 32), 109 ff., ANDREW M. GARBARSKI/LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS, Conséquence de la radiation de la société anonyme sur l'action en responsabilité, GesKR 2018, 452–466, 452 ff., und WALTER A. STOFFEL/ARNAUD CONSTANTIN, Le droit des sociétés 2017/2018, SZW 2018, 287–303, 292 f. und 298.

³⁴ In der Methodenlehre auch Vorverständnis genannt, dazu z.B. ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019, 365 ff.