

## S. 23 / Nr. 5 Registersachen (d)

## BGE 60 I 23

5. Urteil der I. Zivilabteilung vom 30. Januar 1934 i. S. Kyburz gegen Erben Rüegg und Fritz Rüegg und Zürich, Volkswirtschaftsdirektion.

Seite: 23

Regeste:

Wiedereintragung ins Handelsregister: Die Voraussetzungen hierfür sind, da es sich um eine öffentlichrechtliche Pflicht handelt, von Amteswegen zu prüfen (Art. 864 OR). Die Nichtbeachtung einer Beschwerdefrist des kantonalen Prozessrechtes ist daher bedeutungslos (Erw. 1).

Glaubhaftmachung einer Forderung gegen die gelöschte Gesellschaft im vorliegenden Fall verneint, da es nicht Sache der Registerbehörden ist, zu entscheiden, ob Gesellschaftsvertrag oder Darlehen vorliegt (Erw. 2).

Rechtlich schutzwürdiges Interesse des Gesuchstellers ist Voraussetzung für die Wiedereintragung. Verneinung eines solchen im vorliegenden Fall. (Erw. 3).

A. - Am 30. Juni 1929 schloss der Beschwerdeführer mit der Kommanditgesellschaft J. J. Rüegg & Co. in Zürich, bestehend aus Joh. Jak. Rüegg als unbeschränkt haftendem Gesellschafter und Fritz Rüegg-Messikommer als Kommanditär, einen Vertrag folgenden Inhaltes ab:

«1. Herr Rudolf Kyburz tritt mit heute als stiller Gesellschafter mit einer Geschäftseinlage von 50000 Fr. in die Firma J. J. Rüegg & Co. ein.

Seite: 24

2. Der Betrag von 50000 Fr. ist bis 31. Juli 1929 an die Firma J. J. Rüegg & Co. einzuzahlen.

3. Die Geschäftseinlage ist mit 7% zu verzinsen und die Zinsen in vierteljährlichen Raten zu bezahlen; der Marchzins also am 1. Oktober 1929.

4. Die Kündigungsfrist beträgt 3 Monate auf eines der ortsüblichen Ziele (1. Januar, 1. April, 1. Juli, 1. Oktober), erstmals am 1. Januar 1930.

5. Herr Rudolf Kyburz tritt mit 1. Juli 1929 in ein Anstellungsverhältnis zur Firma J. J. Rüegg & Co. mit einem Monatsgehalt von 500 Fr. Die Beschäftigung wird hauptsächlich in der Acquisition bestehen.

6. Für die hereingebrachten Geschäfte wird Herrn Kyburz 1½% Provision auf der Übernahmesumme gutgeschrieben. Machen diese Provisionen am Schluss vom Jahr mehr aus als 9500 Fr. (Zins und Gehalt), so wird der Überschuss ausbezahlt.»

B. - Am 28. Februar 1933 starb J. J. Rüegg; am 3. März gleichen Jahres wurde die Firma im Handelsregister gelöscht. Ihre Aktiven und Passiven wurden von der am selben Tage neu eingetragenen Firma «J. J. Rüegg & Co. Aktiengesellschaft, Hoch- und Tiefbauunternehmung» übernommen. Mit Eingabe vom 25. März 1933 stellte Kyburz durch seinen Anwalt beim Handelsregisteramt des Kantons Zürich das Gesuch um Wiedereintragung der Kommanditgesellschaft unter Berufung darauf, dass er laut Vertrag vom 30. Juni 1929 eine «Geschäftseinlage» in die Firma gemacht habe; diese «Kapitaleinlage» sei schon im Jahre 1931 von ihm gekündigt worden, habe aber mangels flüssiger Geldmittel nie zurückbezahlt werden können. Das Handelsregisteramt teilte dem Gesuchsteller mit, die Wiedereintragung könnte, da wegen des Todes des unbeschränkt haftenden Gesellschafters ein Wiederaufleben der früheren Firma ausgeschlossen sei, nur für die Gesellschaft in Liquidation erfolgen; dazu bedürfe es aber der vorgängigen Bestellung eines Liquidators. Das hierauf von Kyburz beim Einzelrichter im summarischen

Seite: 25

Verfahren beim Bezirksgericht Zürich gestellte Gesuch um Bestellung eines Liquidators wurde mit Entscheid vom 12. Juni 1933 abgewiesen, mit der Begründung, der Gesuchsteller behaupte, Darlehensgläubiger, nicht Gesellschafter zu sein; als solchem fehle ihm aber die Legitimation zum Begehren auf Bestellung eines Liquidators. Das hierauf von Kyburz erneut gestellte Gesuch um Wiedereintragung, verbunden mit der Androhung von Schadenersatzansprüchen gegen das Handelsregisteramt und gegen den Staat Zürich, lehnte der Handelsregisterführer mit Schreiben vom 6. Juli 1933 unter Festhalten an seinem bisherigen Standpunkt wiederum ab. Gegen diesen abweisenden Bescheid erhob Kyburz mit Eingabe vom 28. August 1933 bei der Direktion der Volkswirtschaft Beschwerde mit dem Antrag auf Wiedereintragung der Kommanditgesellschaft J. J. Rüegg & Co. Zur Begründung führte er aus, aus dem Vertrag vom 30. Juni 1929 gehe hervor, dass er gegen die Kommanditgesellschaft J. J. Rüegg & Co. eine Forderung besitze. Ob es sich um Darlehen

oder Gesellschaftsbeteiligung handle, sei nicht von den Registerbehörden, sondern vom Richter zu entscheiden. Der Handelsregisterführer habe, wenn die Gesellschaft nur als im Liquidationsstadium befindlich wieder eingetragen werden könne, einfach den Kommanditär als Liquidator zu bezeichnen. Namens der Erben des J. J. Rüegg und des Kommanditärs Fritz Rüegg-Messikommer stellte Rechtsanwalt Dr. Weisflog die folgenden Anträge:

1. Auf die Beschwerde sei wegen Verspätung nicht einzutreten, da die 10-tägige Beschwerdefrist nach § 46 des zürcherischen EG zum ZGB verstrichen sei.
2. Eventuell, nämlich für den Fall des Eintretens, sei die Beschwerde als unbegründet abzuweisen; denn eine Gesellschaftsschuld bestehe nicht, sondern es handle sich um einen Anspruch eines früheren Gesellschafters gegen seine Mitgesellschafter, und diesen habe der Beschwerdeführer gegen die Erben des J. J. Rüegg und gegen den

Seite: 26

ehemaligen Kommanditär Fritz Rüegg-Messikommer geltend zu machen. Damit die aufgelöste Gesellschaft im Falle einer Wiedereintragung handlungsfähig wäre, bedürfte sie gemäss Art. 580 OR eines Liquidators; dessen Bezeichnung sei ausschliesslich Sache der Gesellschafter, bzw. auf deren Begehren, des Richters. Die Erben des unbeschränkt haftenden Gesellschafters und der Kommanditär lehnen aber die Bezeichnung eines Liquidators ab und irgend ein Rechtsmittel, sie dazu zu zwingen, gebe es nicht. Ferner würde die Gesellschaft bei Wiedereintragung sofort in Konkurs geraten, da der erfolgte Übergang der Aktiven auf die Aktiengesellschaft nicht ungeschehen gemacht werde. Vor allem aber habe der Beschwerdeführer gar kein Interesse an der Wiedereintragung, weil von sämtlichen Erben des verstorbenen unbeschränkt haftenden Gesellschafters, sowie vom Kommanditär die Erklärung abgegeben worden sei, sie seien damit einverstanden, dass der Rechtsstreit des Beschwerdeführers um seine angebliche Forderung von 50000 Fr. direkt ihnen gegenüber erhoben werde.

3. Weiter eventuell, für den Fall der Gutheissung der Beschwerde, seien die Kosten der Wiedereintragung dem Beschwerdeführer aufzuerlegen.

C. - Mit Verfügung vom 10. Oktober 1933 hat die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich die Beschwerde abgewiesen, im Wesentlichen mit der Begründung, da zwischen den Parteien streitig sei, ob Gesellschaft oder Darlehen vorliege, welche Frage gemäss Art. 30 der Handelsregisterverordnung der Richter zu entscheiden habe, so könne das Handelsregisteramt das Wiedereintragungsbegehren überhaupt erst an Hand nehmen, wenn der Beschwerdeführer sich darüber ausgewiesen habe, dass er Gläubiger der wiedereinzutragenden Firma sei.

D. - Gegen diese Verfügung hat Kyburz rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form beim Bundesgericht eine verwaltungsrechtliche Beschwerde eingereicht mit dem Antrag, es sei die Verfügung der Direktion der

Seite: 27

Volkswirtschaft des Kantons Zürich vom 10. Oktober 1933 aufzuheben und das Handelsregisteramt des Kantons Zürich anzuweisen, die Firma «J. J. Rüegg & Co.» Ingenieurbureau und Bauunternehmung in Zürich 3, im Handelsregister des Kantons Zürich wieder einzutragen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Kantons Zürich. Die Begründung geht im Wesentlichen dahin, dass der Beschwerdeführer den Bestand einer Forderung gegen die Kommanditgesellschaft J. J. Rüegg & Co. glaubhaft gemacht habe.

E. - Die Volkswirtschaftsdirektion und die Beschwerdegegner Erben Rüegg und Fritz Rüegg-Messikommer haben auf Abweisung der Beschwerde angetragen. Die letzteren halten insbesondere an ihrer Einwendung fest, dass die Beschwerde an die Volkswirtschaftsdirektion verspätet gewesen sei und ziehen daraus den Schluss, der angefochtene Entscheid sei rechtlich gar nicht vorhanden. Im übrigen halten sie an den im kantonalen Verfahren vertretenen Standpunkten und Anträgen fest.

E. - Das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement hält die Beschwerde für begründet und empfiehlt deren Gutheissung in dem Sinne, dass das Handelsregisteramt des Kantons Zürich anzuweisen sei, die Erben des Joh. Jak. Rüegg und den Kommanditär Fritz Rüegg-Messikommer aufzufordern, innert 5 Tagen die Wiedereintragung der Firma «J. J. Rüegg & Co.» als in Liquidation befindlich beim Handelsregister anzumelden, mit der Androhung, dass im Nichtbeachtungsfalle die Eintragung von Amteswegen erfolgen und von der Aufsichtsbehörde im Sinne von Art. 864 OR gegen die Fehlbaren eine Ordnungsbusse ausgefällt werden würde. Zum Verspätungseinwand führt die Vernehmlassung aus, eine Frist bestehe nicht, es handle sich um von Amteswegen vorzunehmende Akte. Materiell nimmt das Departement den Standpunkt ein, die erforderliche Glaubhaftmachung einer Forderung sei vorhanden.

Seite: 28

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Die Einrede der Beschwerdegegner Erben Rüegg und Fritz Rüegg-Messikommer, es liege rechtlich gar keine Verfügung der Volkswirtschaftsdirektion vor, die durch Beschwerde angefochten werden könnte, da auf die Beschwerde gegen das Handelsregisteramt wegen Verspätung gar nicht hätte eingetreten werden dürfen, ist aus den vom eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement angegebenen Gründen nicht stichhaltig: Die Registerbehörden, nämlich das Handelsregisteramt und die Aufsichtsbehörde, sind gemäss Art. 864 OR verpflichtet, zur Vollziehung der Vorschriften über Eintragung, Änderung und Löschung im Handelsregister von Amteswegen einzuschreiten. Da es sich bei der Entscheidung der Frage, ob eine Kommanditgesellschaft wieder ins Handelsregister eingetragen werden müsse, nicht um einen Streit zwischen Privaten handelt, sondern, wie in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis des Bundesrates anzunehmen ist (vgl. STAMPA, Sammlung von Entscheiden in Handelsregisterangelegenheiten, No. 6), darum, ob die Voraussetzungen einer öffentlich-rechtlichen Pflicht vorliegen, so hatte die Direktion der Volkswirtschaft in ihrer Eigenschaft als Aufsichtsbehörde über das Handelsregister von Amteswegen zu prüfen, ob die Firma «J. J. Rüegg & Co.» wieder einzutragen sei. Unter diesen Umständen ist es aber bedeutungslos, dass der Beschwerdeführer die im kantonalen Recht aufgestellte Beschwerdefrist nicht innegehalten hat.

2.- In der Sache selbst ist es richtig, dass nach der feststehenden Praxis des Bundesgerichtes, das sich hierin den früher vom Bundesrat beobachteten Grundsätzen angeschlossen hat, von einem unbefriedigten Gesellschaftsgläubiger die Wiedereintragung einer gelöschten Gesellschaft verlangt werden kann. Denn die Löschung darf erst vorgenommen werden nach vollständiger Liquidation der Gesellschaft, welche noch nicht abgeschlossen ist, solange

Seite: 29

noch Ansprüche oder Verpflichtungen auf den Namen der Gesellschaft bestehen. Dabei bedarf es nicht des strikten Nachweises des Bestehens der behaupteten Forderung gegen die Gesellschaft, sondern es genügt schon eine blosser Glaubhaftmachung (vgl. BGE 59 II S. 59, 57 I S. 42 und die dort angegebenen früheren Entscheide). Für den vorliegenden Fall ist nun zuzugeben, dass dem Beschwerdeführer auf Grund des Vertrages vom 30. Juni 1929 offenbar ein Anspruch zusteht. Welcher Art dieser Anspruch aber ist, das heisst ob es sich dabei um eine Forderung gegen die Gesellschaft oder um den Anspruch eines Gesellschafters gegen seine Mitgesellschafter handelt, geht aus dem Vertrag nicht schlüssig hervor und ist ja gerade zwischen den Vertragsparteien streitig, und diese Frage ist nicht von den Registerbehörden, sondern vom Richter auf dem Wege des ordentlichen Zivilprozesses zu entscheiden. Wenn daher das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement in seiner Vernehmlassung die Frage prüft, ob eher Darlehen als Gesellschaftsvertrag vorliege und auf Grund seiner Entscheidung für das erstere zur Befürwortung der Wiedereintragung gelangt, so überschreitet es die den Registerbehörden gezogenen Schranken. Hält man sich aber innerhalb derselben, so kann angesichts der Unklarheit des Vertrages nicht wohl angenommen werden, dass das Bestehen einer Forderung gegen die Gesellschaft glaubhaft gemacht worden sei.

3.- Aber auch wenn man mit dem Departement die Glaubhaftmachung als gegeben betrachten wollte, mit der Begründung, dass eine zugestandenermassen gegen die Gesellschaft zur Entstehung gelangte, aber beispielsweise mit der Einrede der Tilgung, Verjährung usw. bestrittene Forderung nicht in höherem Masse glaubhaft gemacht sei, als diejenige, bei der die Identität der Person des Schuldners streitig sei, so müsste das Wiedereintragungsbegehren mangels eines rechtlich schutzwürdigen Interesses des Gesuchstellers abgewiesen werden. Denn einmal hätte wegen des Todes des unbeschränkt haftenden

Seite: 30

Gesellschafters eine Wiedereintragung, wie die Direktion der Volkswirtschaft zutreffend bemerkt, gar keine praktische Wirkung. Vor allem aber ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdegegner Erben Rüegg und Fritz Rüegg-Messikommer sowohl im kantonalen wie im bundesgerichtlichen Verfahren die Erklärung abgegeben haben, sie seien damit einverstanden, dass der Rechtsstreit des Beschwerdeführers um seine angebliche Forderung von 50000 Fr. direkt ihnen gegenüber erhoben werde, und damit für den Fall der gerichtlichen Feststellung des Bestehens einer Gesellschaftsschuld, über die in erster Linie zu entscheiden wäre, zum vorneherein auf die Einrede verzichtet haben, dass sie erst nach erfolgter Auflösung oder erfolgloser Betreibung der Gesellschaft persönlich belangt werden könnten. Unter diesen Umständen ist aber nicht einzusehen, weshalb der Beschwerdeführer sich darauf versteift, die Wiedereintragung der Kommanditgesellschaft zu verlangen. Dieses Verhalten kann mit der gleichen Berechtigung als Rechtsmissbrauch im Sinne des Art. 2 ZGB, der auch auf derartige Verhältnisse Anwendung findet, behandelt werden, wie das Wiedereintragungsbegehren eines Gläubigers, dessen Forderung zwar unbestreitbar besteht, der aber selbst im Falle der Wiedereintragung wegen Fehlens jeglicher verwertbarer Gesellschaftsaktiven nicht

die geringste Aussicht auf Befriedigung hat (vgl. BGE 57 I S. 235).  
Demnach erkennt das Bundesgericht:  
Die Beschwerde wird abgewiesen