

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF230011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

Urteil vom 19. Mai 2023

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **Wiedereintrag im Handelsregister**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen
vom 12. Januar 2023 (EO220030)**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

" Es sei das Handelsregisteramt des Kantons Zürich anzuweisen, die gelöschte Rechtseinheit B._____ AG erneut im Handelsregister des Kantons Zürich einzutragen, firmierend als B._____ AG in Liquidation."

Urteil des Einzelgerichtes:

1. Das Gesuch vom 27. Dezember 2022 (act. 1) wird abgewiesen.
2. Die Entscheidegebühr wird auf CHF 2'500.– festgesetzt.
3. Die Kosten gemäss der vorstehenden Ziffer werden dem Gesuchsteller auferlegt.
4. [Schriftliche Mitteilung]
5. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

(act. 8)

1. Es sei das Urteil vom 12. Januar 2023 vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei das Handelsregisteramt des Kantons Zürich anzuweisen, die gelöschte Rechtseinheit B._____ AG erneut im Handelsregister des Kantons Zürich einzutragen, firmierend als B._____ AG in Liquidation;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse.

Erwägungen:

1.1. Der Berufungskläger war Arbeitnehmer bei der C._____, der Rechtsvorgängerin der B._____ AG (fortan: gelöschte Rechtseinheit). Mit Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 30. März 2020 wurde über die gelöschte Rechtseinheit der Konkurs eröffnet, das Konkursverfahren jedoch am 30. April 2020 mangels Aktiven eingestellt; am 11. August 2020 wurde die Löschung der Gesellschaft aus dem Handelsregister des Kantons Zürich vollzogen (vgl. act. 12).

1.2. Aufgrund eines Unfallereignisses im Jahr 2006 macht der Berufungskläger gegenüber der gelöschten Rechtseinheit gestützt auf Art. 328 OR eine Schadenersatzforderung geltend. Diese hat den Berufungskläger dazu an ihre Haftpflichtversicherung, die D._____ Versicherung AG, verwiesen, die namens der gelöschten Rechtseinheit bis am 31. Dezember 2022 einen Verjährungseinredeverzicht abgab. Nachdem der Berufungskläger eine Verlängerung des Einredeverzichts nicht hatte erhältlich machen können, reichte er mit Eingabe vom 27. Dezember 2022 Klage gegen die gelöschte Rechtseinheit beim Friedensrichteramt Adliswil ein (vgl. 3/13 und 3/14).

1.3. Mit Eingabe vom 27. Dezember 2022 gelangte der Berufungskläger an die Vorinstanz und ersuchte um Wiedereintragung der gelöschten Rechtseinheit ins Handelsregister des Kantons Zürich (act. 1). Mit Urteil vom 12. Januar 2023 wies die Vorinstanz das Gesuch ab (act. 4 = act. 7 = act. 9, fortan act. 7). Dagegen erhob der Berufungskläger rechtzeitig Berufung (act. 8; zur Rechtzeitigkeit act. 5). Der mit Verfügung vom 8. Februar 2023 verlangte Kostenvorschuss von CHF 2'000.– für das Berufungsverfahren wurde rechtzeitig geleistet (vgl. act. 13 – 15). Die Akten der Vorinstanz wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1 – 5). Das Verfahren ist spruchreif. Auf die Ausführungen des Berufungsklägers ist nur insoweit einzugehen, als sie für den Berufungsentscheid relevant sind.

2. Im Berufungsverfahren können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist innerhalb der Rechtsmittelfrist schriftlich, begründet und mit Rechtsmittelanträgen versehen einzureichen (Art. 311 ZPO). Dabei sind neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren grundsätzlich nur zuzulassen, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 ZPO).

3.1. Die Vorinstanz wies das Gesuch des Berufungsklägers ab, weil sie ein schutzwürdiges Interesse an der Wiedereintragung der gelöschten Rechtseinheit verneinte.

Sie begründet ihren abweisenden Entscheid zusammengefasst damit, der Berufungskläger habe glaubhaft dargelegt, dass er gegenüber der gelöschten Rechtseinheit eine Schadenersatzforderung habe ("Passivum"), die mit einer versicherungsvertragsrechtlichen Haftpflichtforderung der gelöschten Rechtseinheit gegenüber der Haftpflichtversicherung korrespondiere ("Aktivum"). Da er gegenüber der Haftpflichtversicherung (momentan) nicht direkt vorgehen könne, sei er auf seine Direktforderung gegenüber der gelöschten Rechtseinheit zurückgeworfen. Gegen diese habe der Berufungskläger einen Passivprozess eingeleitet, womit die gelöschte Rechtseinheit – unter Vorbehalt der Wiedereintragung – in einem Gerichtsverfahren als Partei teilnehme und damit bei einer rein formalen Betrachtung ein schutzwürdiges Interesse an der Wiedereintragung im Sinne von Art. 935 Abs. 2 Ziff. 2 OR bestehe. Allerdings sei das eigentliche Interesse des Berufungsklägers vielmehr die Unterbrechung der Verjährung seiner Forderung gegenüber der gelöschten Rechtseinheit; auf dieses sei zur Prüfung des schutzwürdigen Interesses i.S.v. Art. 935 OR abzustellen (act. 7 S. 6 f.).

Die Verjährungsunterbrechung vor dem 31. Dezember 2022 – d.h. den verfolgten Zweck der Wiedereintragung – könne der Berufungskläger jedoch nicht (mehr) erreichen; die gelöschte Rechtseinheit würde ihre Parteifähigkeit – gleichsam wie ihre Rechtspersönlichkeit – erst mit der Wiedereintragung ex nunc zurückerkhalten. Bis zur Wiedereintragung habe der Berufungskläger im angestrebten Prozess damit keine Gegenpartei. Solange es ihm an einer solchen fehle, könne auch sein prozessuales Handeln keine Wirkung haben. Der durch die Eingabe des Schlichtungsgesuchs angestrebte Verjährungsunterbruch könne damit erst mit der Wiedereintragung der gelöschten Rechtseinheit wirksam werden, was wiederum in jedem Fall ein Datum erst nach dem 31. Dezember 2022 wäre (act. 7 S. 9).

3.2. Dagegen bringt der Berufungskläger zusammengefasst vor, er habe am 27. Dezember 2022 neben der Klage auch ein Betreibungsbegehren eingereicht, das bereits verjährungsunterbrechende Wirkung habe. Entgegen der vorinstanzlichen Vermutung könne folglich nicht davon ausgegangen werden, er beabsichtige mit der angehobenen Klage (einzig) die Unterbrechung; dass sein eigentliches

Ansinnen nicht darin bestehe, einen Prozess gegen die gelöschte Rechtseinheit zu führen, sei unzutreffend (act. 8 Rz. 2 ff.). Abgesehen davon wäre es aber legitim, die Klage einzig zum Zwecke der Verjährungsunterbrechung anzuheben, da der Berufungskläger den Rechtsschutz im Sinne der Anspruchssicherung gegenüber der gelöschten Rechtseinheit und der dahinterstehenden Haftpflichtversicherung brauche, die in Verletzung von Treu und Glauben kurzfristig keine weitere Verlängerung der Verjährungsverzichtserklärung mehr habe abgeben wollen. Zudem habe der Berufungskläger auch eine Betreuung eingeleitet, was ebenfalls ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 935 OR darstelle. Dass der Berufungskläger kein schutzwürdiges Interesse an einer Wiedereintragung der gelöschten Rechtseinheit habe, weil seine Ansprüche nach dem 31. Januar [recte: Dezember] 2022 – angeblich – verjährt seien, verletze Art. 142 OR, wonach das Gericht die Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigen dürfe. Eine Verjährung sei vorliegend gar nicht eingetreten und eine Verjährungseinrede schon gar nicht aktenkundig, wobei eine solche angesichts des Verhaltens der Haftpflichtversicherung ohnehin als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren wäre (act. 8 Rz. 8). Ferner stehe nicht im Machtbereich des Berufungsklägers, wann die gelöschte Rechtseinheit wieder im Handelsregister eingetragen werde. Würde man von einer Eintragungswirkung ex nunc ausgehen, würde folglich die Verjährung gestützt auf Art. 134 Abs. 1 Ziffer 6 OR bis zur Wiedereintragung stillstehen (act. 8 Rz. 9). Schliesslich habe das Schlichtungsgesuch vom 27. Dezember 2022 gestützt auf Art. 64 Abs. 2 ZPO ohnehin verjährungsunterbrechende Wirkung (act. 8 Rz. 10).

4.1. Wer ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht, kann dem Gericht beantragen, eine gelöschte Rechtseinheit wieder ins Handelsregister eintragen zu lassen (Art. 935 Abs. 1 OR). Ein solches besteht insbesondere, wenn etwa nach Abschluss der Liquidation der gelöschten Rechtseinheit nicht alle Aktiven verwertet oder verteilt worden sind oder wenn die gelöschte Rechtseinheit in einem Gerichtsverfahren als Partei teilnimmt (Art. 935 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 OR). Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, ist die Aufzählung gemäss Art. 935 Abs. 2 OR nicht (mehr) abschliessend. Vor dem 1. Januar 2021 fand sich die rechtliche Grundlage

für die Wiedereintragung einer gelöschten Rechtseinheit ins Handelsregister auf Verordnungsstufe in Art. 164 aHRegV.

4.2. Bereits vor der ausdrücklichen Regelung in der Handelsregisterverordnung konnten nach ständiger Praxis die Berechtigten eine Wiedereintragung verlangen, sofern sich nach der Löschung zeigte, dass noch Ansprüche oder Verpflichtungen auf den Namen der Gesellschaft bestehen und die Löschung zu Unrecht erfolgt war. Dabei genügte es, dass ein Gläubiger eine Forderung glaubhaft machte; ein strikter Beweis war nicht erforderlich, sondern blieb dem Zivilprozess vorbehalten. Der für die Wiedereintragung damals zuständigen Registerbehörde wurde nur eine eingeschränkte Kognition zugestanden, und eine Eintragung konnte nur dann verhindert werden, wenn das Wiedereintragungsgesuch missbräuchlich erschien. Dies wurde damit begründet, dass ansonsten dem Gläubiger ein Prozess gegen die Gesellschaft selber verwehrt werden konnte. Die Registerbehörde hatte daher die Gesellschaft im Zweifel wieder einzutragen. An dieser Rechtsprechung hat das Bundesgericht auch nach der Einführung von Art. 164 Abs. 1 aHRegV festgehalten, auch wenn diese Bestimmung den Entscheid über die Wiedereintragung neu dem Gericht zuwies. Über den materiellrechtlichen Bestand der Forderung soll nicht im Rahmen des Entscheids über die Wiedereintragung befunden werden (vgl. Urteil 4A_467/2018 vom 9. Mai 2019 E. 4.1 mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist von einem missbräuchlichen Wiedereintragungsgesuch – und damit von einem fehlenden schutzwürdigen Interesse – auszugehen, wenn zum Vornherein feststeht, dass der Ansprecher durch die Wiedereintragung einer Firma und durch sein Vorgehen gegen sie nichts erreicht oder doch keinesfalls mehr als auf einem anderen, ihm zumutbaren Weg. Die Wiedereintragung ist als Rechtsbehelf somit subsidiär (Urteil 4A_467/2018 vom 9. Mai 2019 E. 4.2 mit Hinweisen; BGer 4A_336/2019 vom 5. November 2019 E. 3.3). Da gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB nur der offenbare Rechtsmissbrauch keinen Schutz findet, ist der Begriff des schutzwürdigen Interesses indes nicht eng zu fassen (BGE 100 Ib 37 E. 1). An der dargelegten Rechtsprechung ist auch nach Überführung des Art. 164 aHRegV in Art. 935 OR festzuhalten.

5.1. Gemäss Feststellung der Vorinstanz hat die gelöschte Rechtseinheit gegenüber der Haftpflichtversicherung eine Forderung, die mit der Schadenersatzforderung des Berufungsklägers gegenüber der gelöschten Rechtseinheit korrespondiert. Diese Schadenersatzforderung kann er aktuell nur gegenüber der gelöschten Rechtseinheit geltend machen, wozu er unbestrittenermassen ein Schlichtungsverfahren einleitete. Entsprechend tritt die gelöschte Rechtseinheit – unter Vorbehalt der Wiedereintragung – als Partei in einem Gerichtsverfahren auf, womit ein schutzwürdiges Interesse gemäss Art. 935 Abs. 2 Ziff. 2 OR vorliegt. Zu prüfen bleibt, ob die Vorinstanz dennoch ein schutzwürdiges Interesse des Berufungsklägers an der Wiedereintragung verneinen durfte.

5.2. Wie vorstehend dargelegt ist ein schutzwürdiges Interesse an einer Wiedereintragung dann zu verneinen, wenn das Wiedereintragungsgesuch missbräuchlich erscheint, d.h. wenn der Ansprecher den Zweck, den er mit der Wiedereintragung der Firma verfolgt, nicht erreichen kann oder doch keinesfalls mehr als auf einem andern, ihm zumutbaren Weg (vgl. E. 4.2. vorstehend).

5.2.1. Ob der Berufungskläger das Schlichtungsverfahren "lediglich" zur Verjährungsunterbrechung einleitete, wie dies die Vorinstanz dem Berufungskläger vorwirft, kann offen bleiben. Selbst wenn dies der Fall wäre, könnte dem Berufungskläger ein Rechtsverfolgungswille zur Zeit nicht abgesprochen werden, weswegen das Schlichtungsgesuch resp. -verfahren nicht rechtsmissbräuchlich erscheint. Unter diesem Aspekt ist beim Wiedereintragungsgesuch nicht erkennbar, inwiefern die Berufung auf das schutzwürdige Interesse nach Art. 935 Abs. 2 Ziff. 2 OR verwehrt bleiben soll. Auch in diesem Zusammenhang ist folglich ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Berufungsklägers zu verneinen. Entsprechend besteht im Rahmen des vorinstanzlichen (summarischen) Wiedereintragungsverfahrens auch kein Raum, auf einen – angeblichen – "tatsächlichen" Zweck des Schlichtungsgesuchs resp. der Wiedereintragung abzustellen.

5.2.2. Im Zusammenhang mit der Frage der Subsidiarität lässt die Vorinstanz die Frage offen, ob die Unterbrechungsalternativen – Klage, Betreuung oder Wiedereröffnung des Konkurses – nebeneinander bestehen oder ob die Klage zu den anderen zwei Varianten subsidiär ist (vgl. act. 7 S. 7 f.). Nachdem allerdings

sämtliche von der Vorinstanz aufgeworfenen Möglichkeiten zur Verjährungsunterbrechung die Wiedereintragung der gelöschten Rechtseinheit verlangen (vgl. zur Betreuung RÜETSCHI, SHK-HRegV, [a]Art. 164 N 16; vgl. zur Wiedereröffnung des Konkurses nach der Einstellung mangels Aktiven BGer 4A_467/2018 vom 9. Mai 2019 E. 5.2.), kann dem Berufungskläger ein Interesse an der Wiedereintragung unter dem Aspekt der Subsidiarität ohnehin nicht abgesprochen werden.

5.2.3. Schliesslich ist die Frage, ob der Einleitung des Schlichtungsverfahrens überhaupt verjährungsunterbrechende Wirkung zukommt, materiell-rechtlicher Natur und deshalb vom (ordentlichen) Zivilgericht (auf Einrede hin) zu beurteilen. Dieses wird sich folglich auch mit der Frage zu beschäftigen haben, welche zeitliche Wirkung eine Wiedereintragung hat. Es ist nicht Aufgabe des Wiedereintragungsgerichts, diese Frage im Rahmen seines Verfahrens zu beantworten. Mit anderen Worten könnte in der vorliegenden Konstellation selbst dann ein schutzwürdiges Interesse des Berufungsklägers nicht ohne Weiteres verneint werden, wenn auf den Zweck, den er gemäss vorinstanzlicher Feststellung mit der Wiedereintragung verfolgt (Verjährungsunterbrechung vor dem 31. Dezember 2022), abgestellt würde. Wie es sich mit dem schützenswerten Interesse in Zukunft verhalten würde, wenn der Berufungskläger es wiederum bei Verjährungsunterbrechungshandlungen belassen sollte, ohne Klage zu erheben, kann offen bleiben.

5.3. Zusammengefasst kann dem Berufungskläger kein (rechts-)missbräuchliches Verhalten im Zusammenhang mit dem Wiedereintragungsverfahren vorgeworfen werden. Weder steht fest, er könne durch die Wiedereintragung der gelöschten Rechtseinheit nichts erreichen, noch ist ein anderer zumutbarer Weg erkennbar, um die Schadenersatzforderung gegen die gelöschte Rechtseinheit durchzusetzen. Damit erweist sich die Berufung als begründet, und das vorinstanzliche Urteil ist aufzuheben.

5.4. Der gelöschten Rechtseinheit fehlt es an Organen, die für sie handeln können. Folglich liegt ein Organisationsmangel gemäss Art. 731b OR vor. In einem solchen Fall hat das Gericht zusammen mit der Anordnung der Wiedereintragung die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen (Art. 935 Abs. 3 OR). Der Mangel muss vom Gericht beseitigt werden, bevor die Rechtseinheit wieder ein-

getragen werden kann (GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 3. Aufl. 2016, [a]Art. 164 N 579; RÜETSCHI, a.a.O., [a]Art. 164 N 42). Im Hinblick auf diese erforderlichen Massnahmen und die hierzu erforderlichen Abklärungen kommt eine direkte Erledigung durch die Kammer nicht in Frage. Die Vorinstanz hat diesbezüglich noch nicht entschieden. Die Sache ist daher an sie zurückzuweisen zwecks Ernennung und Einsetzung eines Organs resp. Sachwalters und Festlegung der hierzu erforderlichen Rahmenbedingungen (vgl. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 2 und Abs. 2 OR; zur Bevorschussung der voraussichtlichen Kosten vgl. RÜETSCHI, Zum Verfahren der Wiedereintragung ins Handelsregister gemäss Art. 164 HRegV, REPRAX 4/2011 S. 23ff, 33; vgl. a. BGer 4A_467/2018 E. 7). Nach Bestimmung und Einsetzung eines Organs resp. Sachwalters hat die Vorinstanz die Wiedereintragung der B._____ AG mittels Anweisung an das Handelsregisteramt zu veranlassen.

6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens fällt die Entscheidgebühr ausser Ansatz. Der Berufungskläger verlangt eine Entschädigung, wofür jedoch keine gesetzliche Grundlage besteht.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen und das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 12. Januar 2023 wird aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an den Berufungskläger sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.
5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen

Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt über CHF 30'000.–

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

MLaw J. Camelin-Nagel

versandt am:
19. Mai 2023