S. 255 / Nr. 37 Registersachen (d)

BGE 67 I 255

37. Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. Oktober 1941 i. S. Baer, Moetteli & Co. gegen Hürlimann und Aargau, Justizdirektion.

Seite: 255
Regeste:
Handelsregister
Eine Einzelfirma, deren Konkurs mangels Aktiven eingestellt und geschlossen wird, ist im Handelsregister nicht zu löschen wenn das Geschäft weiter betrieben wird.
Registre du commerce.
Une entreprise individuelle dont la faillite est suspendue puis clôturée, faute d'actif, ne doit pas être rayée du registre du commerce lorsque la maison continue son activité.
Registro di commercio.
Una ditta individuale, il cui fallimento è sospeso e poi chiuso per mancanza di attivo, non dev'essere cancellata dal registro di commercio se l'azienda continua la sua attività.

A. - Die Einzelfirma Hans Hürlimann, Schürzenfabrikation und Handel in Schürzen und verwandten Artikeln, mit Sitz in Menziken, wurde am 14. Dezember 1935 ins Handelsregister des Kantons Aargau eingetragen. Am 3. Dezember 1940 eröffnete das Bezirksgericht Kulm den Konkurs über den Firmainhaber, stellte dann aber durch Beschluss vom 17. Dezember das Verfahren mangels Aktiven ein. Der für die Durchführung des Konkurses verlangte Vorschuss wurde nicht geleistet. Da Hürlimann, wie der Handelsregisterführer feststellte, sein Geschäft im vollen Umfange weiter betrieb, wurde die Einstellung des Konkurses im Handelsregister eingetragen und im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 20. Februar 1941 publiziert mit der Bemerkung: «Der Geschäftsbetrieb wird weitergeführt. Die Eintragung bleibt daher bestehen.»
Mit Eingabe vom 16. Juli 1941 verlangte die Rekurrentin als Gläubigerin des Hans Hürlimann die Löschung der Firma im Handelsregister. Die Justizdirektion, bei der sie gegen den ablehnenden Bescheid des Handelsregisteramtes Beschwerde führte, wies das Begehren durch Verfügung vom 21. August ab.
B. - Hiegegen hat die Rekurrentin rechtzeitig verwaltungsgerichtliche Beschwerde eingelegt mit dem Antrag,

Seite: 256
es sei die Löschung der Einzelfirma Hans Hürlimann aus dem Handelsregister des Kantons Aargau zu verfügen und der kantonale Handelsregisterführer anzuweisen, diese Löschung vorzunehmen.
Das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement schliesst auf Abweisung der Beschwerde, während die Justizdirektion des Kantons Aargau sich zwar eines Antrages enthält, jedoch die Auffassung vertritt, das Begehren der Rekurrentin sei ungegründet.
Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.- Die Rekurrentin beschwert sich über die Abweisung ihres Begehrens um Löschung der Einzelfirma Hans Hürlimann im Handelsregister. Sie ist Gläubigerin dieser Firma und möchte gegen ihren Inhaber auf dem Wege der Betreibung auf Pfändung vorgehen. Sie ist somit durch den angefochtenen Entscheid, der ihr formell Parteistellung einräumte, unmittelbar betroffen und daher zur Anfechtung auch sachlich legitimiert (vgl. BGE 58 I S. 204), weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist.
2.- Ob eine Einzelfirma, deren Konkurs gemäss Art. 230 SchKG mangels Aktiven eingestellt und infolge Nichtleistung des Kostenvorschusses durch die Gläubiger geschlossen wurde, im Handelsregister zu löschen sei, entscheidet sich nach Art. 64-66 HRegV. Diese Bestimmungen, zu deren Erlass der Bundesrat gemäss Art. 929 und 936 OR zuständig war, regeln die handelsregisterrechtlichen Wirkungen des Konkurses in Ausführung und Ergänzung des nur Gesellschaften betreffenden Art. 934 OR.
a) Wenn Art. 66 Abs. 1 HRegV vorschreibt, dass die in Konkurs geratene Einzelfirma mit dem Aufhören des Geschäftsbetriebes, «spätestens aber mit dem Schluss des Konkursverfahrens» gelöscht wird, so scheint dies auch für die definitiv gewordene Einstellung des Konkurses mangels Aktiven zu gelten, da auch dann das Verfahren geschlossen wird (vgl. Art. 230 Abs. 2 SchKG). Dem

Seite: 257
steht jedoch die dem Art. 66 als lex specialis vorgehende Vorschrift von Art. 65 HRegV entgegen, welche die Konkurseinstellung dem Widerruf des Konkurses gleichstellt und dafür nicht die Löschung,

sondern ausdrücklich nur die Eintragung der Konkurseinstellung «unter Aufhebung des den Konkurs betreffenden Eintrages» anordnet. Dass Art. 66 Abs. 2 für Gesellschaften eine andere Behandlung vorsieht, verschlägt nichts. Das ist darauf zurückzuführen, dass die Auflösung der Gesellschaften infolge Konkurses durch die Einstellung desselben mangels Aktiven nicht rückgängig gemacht wird, der Konkurs demnach, sofern er nicht widerufen wird, stets die Liquidation nach sich zieht, während bei der Einzelfirma die Liquidation ausbleibt, das Geschäft also unverändert weiter besteht.
b) Soweit der Wortlaut der Art. 65/ 66 noch Zweifeln Raum lässt, werden sie durch die Entstehungsgeschichte dieser Vorschriften behoben. Danach wollte der Gesetzgeber bewusst, trotz von verschiedener Seite geäusserter Bedenken, von der früheren Regelung (Art. 28 Ziff. 1 HRegV vom 8. Mai 1890) abgehen, da die Löschung einer eingetragenen Firma auf Grund des Konkurserkenntnisses den Umständen nicht gerecht wurde und verschiedentlich zu Schwierigkeiten geführt hatte (Bericht des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes zum Revisionsentwurf für die HRegV vom 8. Februar 1937 und Vernehmlassung der Kantone und einiger Handelskammern dazu, nicht veröffentlicht; vgl. auch Kreisschreiben des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vom 20. August 1937 Ziff. 18 lit. b).
c) Die streitige Frage verliert dadurch an praktischer Bedeutung, dass die Einzelfirma, die den Geschäftsbetrieb nach Einstellung des Konkurses weiterführt, bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 934 OR nach der Löschung zur sofortigen Wiedereintragung berechtigt, ja unter Umständen sogar verpflichtet wäre, denn es kann nicht nur ein «Geschäft», sondern in einzelnen Fällen auch

Seite: 258
«ein auf kaufmännische Art geführtes Gewerbe» mit geringen Mitteln und Einrichtungen betrieben werden, wie etwa eine Auskunftei oder die Tätigkeit eines Agenten und Maklers (Art. 53 Ziff. 3 und 6 HRegV). Der Konkursit könnte sich somit unmittelbar nach der Löschung wieder eintragen lassen und müsste gegebenenfalls dazu angehalten werden. Er hätte also die Möglichkeit, sich der Pfändung seiner Aktiven, die ihm bei Einstellung des Konkurses im Gegensatz zur mit der Liquidation verbundenen Durchführung des Verfahrens erhalten bleiben, durch die Wiedereintragung zu entziehen, was im Entscheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 12. März 1938 (Praxis 27 Nr. 68) nicht berücksichtigt wurde. Dem Einwand, die Belassung des Konkursiten im Handelsregister könnte den Eindruck erwecken, es handle sich um eine aufrecht stehende Firma, ist entgegenzuhalten, dass die Öffentlichkeit durch den Eintrag und die Publikation des Konkurses und der Einstellung mangels Aktiven über die Sachlage hinreichend aufgeklärt wird.
3.- Zieht die Einstellung des Konkurses nicht ohne weiteres die Löschung der Firma nach sich, so bedeutet das selbstverständlich nicht, dass sie den Weiterbestand der Eintragung garantieren würde. Die Eintragung kann hier wie überhaupt nur aufrechterhalten werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind, wenn also ein Gewerbe oder ein Geschäft vorliegt, das nach Art. 934 Abs. 1 OR zum Eintrag verpflichtet oder nach Abs. 2 wenigstens dazu berechtigt ist (Art. 944 OR, 38 HRegV). Treffen diese Voraussetzungen nicht oder nicht mehr zu, so ist die Firma in dem durch Art. 60 ff. vorgesehenen Verfahren zu löschen. In Fällen wo nicht einmal genügend Aktiven zur Durchführung auch nur des summarischen Verfahrens vorhanden sind, wird aber häufig kaum mehr von einem «Gewerbe» oder «Geschäft» gemäss Art. 934 OR gesprochen werden können. Die Einstellung des Konkurses wird daher für den Registerführer regelmässig ein Anlass sein, die Verhältnisse näher zu

Seite: 259
untersuchen, und diese Untersuchung wird häufig zur Löschung führen. Ein solcher Fall hat dem Bundesgericht bereits einmal vorgelegen und ist im dargelegten Sinne entschieden worden (nicht veröffentlichtes Urteil vom 14. Dezember 1937 i. S. Wiedemeier gegen Blattner & Cie und Zürich).
Im vorliegenden Fall hat die Rekurrentin das Löschungsbegehren ausschliesslich auf die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven gestützt und nicht dargetan, dass für die Firma Hans Hürlimann die Voraussetzungen von Art. 934 Abs. 2 OR nicht mehr zutreffen. Der Handelsregisterführer des Kantons Aargau hat, allerdings erst nachdem der angefochtene Entscheid ergangen war, Erkundigungen über den Umfang des fraglichen Geschäftsbetriebes eingezogen. Die Vorinstanz kommt auf Grund derselben, wie sie in der Vernehmlassung ausführt, zum Schlusse, die Löschung sei nicht angängig, da der Betrieb, wenn auch in stark beschränktem Umfange, weiter geführt werde. Diese Auffassung, die das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement teilt, mag richtig sein. Indessen bleibt es der Rekurrentin unbenommen, erneut die Löschung zu verlangen, wenn der Beschwerdebeklagte den Betrieb auf die Betätigung gelegentlicher Geschäfte beschränkt oder ganz aufgibt
Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen