

ZK 10/684, publiziert März 2011

Urteil der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

mitwirkend Oberrichterin Apolloni Meier (Referentin), die Oberrichter Bähler und Studiger
sowie Gerichtsschreiber Knüsel

vom 21. Februar 2011

in der Streitsache zwischen

X AG

vertreten durch Fürsprecher Z

Beschwerdeführerin

und

A. _____

Vorinstanz

Regeste:

1) Art. 940 Abs. 1 OR i.V. mit Art 21, 22 und 54 HRegV

2) Kognition des Handelsregisteramtes bei der Eintragung einer Nachliberierung durch Verrechnung.

Aus Wesen und Zweck des Kapitalschutzes folgt, dass die Mittel, mit welchen nachliberiert wird, im Moment des Handelsregistereintrages vorhanden sein müssen. Für Barmittel ist dieser Grundsatz im Gesetz verankert, wobei dem HRA die Befugnis zusteht, das aktuelle Vorhandensein der Mittel zu überprüfen (Art. 633, 634a und 640 OR). Im Falle der Nachliberierung durch Verrechnung kann weder in Bezug auf die Kognitionsbefugnis des Amtes noch in Bezug auf den Nachweis der aktuellen Existenz der Forderung etwas anderes gelten.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Das Handelsregisteramt verweigerte den Eintrag einer Statutenänderung (Nachliberierung durch Verrechnung) mit der Begründung, die verrechenbare Forderung müsse per aktuellem Datum ausgewiesen sein. Es genüge nicht, zu bestätigen und nachzuweisen, dass die Forderung zu einem früheren Zeitpunkt existiert habe.

Das Obergericht schützt diese Auffassung und weist eine dagegen erhobene Beschwerde ab.

Auszug aus den Erwägungen:

(.....)

8. Die Beschwerdeführerin wirft dem Handelsregisteramt sinngemäss vor, es überschreite seine Prüfungspflicht, wenn es weiterführende Belege zum Nachweis der verrechenbaren Forderung per aktuellen Datums verlange.

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass das Handelsregisteramt nicht etwa fordert, die Beschwerdeführerin habe Bestand und Umfang der verrechenbaren Schuld näher zu belegen. Ob ein solches Verlangen zulässig wäre, ist in der Tat fraglich. Die inhaltliche Richtigkeit der im Nachliberierungsbericht enthaltenen Aussagen ist von der Revisionsstelle geprüft und bescheinigt worden, so dass sich eine weitere materielle Prüfung erübrigt (dazu MEISTERHANS, Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, Diss. ZH 1996, S. 254). In der Lehre wird denn auch die Praxis gewisser Handelsregisterämter kritisiert, wonach auch die Werthaltigkeit der verrechneten Forderung zu behandeln ist (SCHENKER, BSK-OR II, Basel 2008, N 3 zu Art. 635 OR). Darum geht es hier aber nicht.

9. Gemäss Art. 940 Abs. 1 OR und Art. 21 HRegV hat der Registerführer hingegen zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind. Während ihm für die formellen registerrechtlichen Voraussetzungen eine umfassende Kognition zusteht, ist seine Prüfungsbefugnis in Belangen des materiellen Rechts beschränkt (dazu oben Ziff. 8). Er hat nach ständiger Rechtsprechung auf die Einhaltung jener zwingenden Gesetzesbestimmungen zu achten, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter aufgestellt sind, während die Betroffenen zur Durchsetzung von Vorschriften, die nachgiebigen Rechts sind oder nur private Interessen berühren, das Zivilgericht anzurufen haben (BGE 132 III 668 E. 3.1; BÖCKLI, Aktienrecht, Zürich u.a. 2009, § 1 N 549).

10. Die nachträgliche Liberierung durch Verrechnung wird durch das Gesetz ausdrücklich gestattet, jedoch an Voraussetzungen geknüpft. Zu beachten ist dabei, dass der Verwaltungsrat einen schriftlichen Bericht über Bestand und Verrechenbarkeit der Schuld errichten muss (Art. 635 Ziff. 2 OR) und dass dieser Bericht zusätzlich einer Prüfung gemäss Art. 635a OR bedarf (SCHENKER, a.a.O., N 8 zu Art. 634a OR). Diese Vorschriften dienen in erster Linie dem Kapitalschutz.

Ein solcher Nachliberierungsbericht (VB 4) samt Prüfung durch einen Revisor (Bericht Revera Treuhand vom 27. Oktober 2010) liegt hier zweifelsohne bei den Akten. Der Bestand der verrechenbaren Forderung wird allerdings nicht per aktuellen Datums (d.h. per Datum des Handelsregistereintrages) sondern per Ende 2008 resp. Ende 2009 nachgewiesen.

11. Weder das Gesetz noch die Literatur äussert sich zur Frage, auf welchen Zeitpunkt die verrechenbare Forderung effektiv vorhanden sein muss. Aus Wesen und Zweck der Kapitalaufbringung ergibt sich aber folgendes:

Eines der wichtigsten Prinzipien des Aktienrechts ist der Kapitalschutz, der sich namentlich auch bei der Nachliberierung in dem Sinne auswirkt, dass das den Wirtschaftsteilnehmern in den Statuten und im Handelsregister kundgegebene Eigenkapital der Gesellschaft auch tatsächlich vollständig zur Verfügung gestellt wird (BGE 132 III 668 ff E 3.2.; BAUDENBACHER, BSK-OR II, Basel 2008, N 14 ff. zu Art. 620 OR).

Dem Schutz vor Emissionsschwindel dienen unter anderem die Bestimmungen über die Mindestleistung für die Barliberierung bei der Gründung, welche auch für die Nachliberierung gelten (Art. 634a OR). So muss bei der Barliberierung gemäss Art. 633 OR der zu leistende Ausgabebetrag (das heisst Nennwert und Agio) zur ausschliesslichen Verfügung der Gesellschaft stehen, was durch Kapitaleinzahlungsbestätigungen der Depositenstelle zu belegen ist. Der hinterlegte Betrag ist beim Hinterlegungsinstitut so lange blockiert, bis die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist (Art. 640 OR). Erst wenn der Eintrag in das Handelsregister erfolgt ist, darf das Hinterlegungsinstitut den Betrag freigeben (Art. 633 Abs. 2 OR). Die Mittel, mit welchen nachliberiert wird, haben also im Moment des Handelsregistereintrages vorhanden zu sein - und nicht in einem bestimmten in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt. Das Gesetz stellt damit sicher, dass die AG tatsächlich in den Besitz der Barmittel kommt (BGE 132 III 668 E 3.2.1; BÖCKLI, a.a.O., § 1 N 353 ff; SCHENKER, a.a.O., N 6 zu Art. 634a OR).

12. Daraus folgt zum einen, dass dem Handelsregisteramt bei der Kapitalaufbringung durch Barmittel die Befugnis zusteht, zu prüfen, ob die hierfür vorgesehenen Mittel tatsächlich vorhanden sind. Dasselbe muss gelten, wenn das Kapital durch eine verrechenbare Forderung aufgebracht wird.

Zum anderen sind keine Gründe ersichtlich, warum im Falle der Nachliberierung durch Verrechnung bezüglich nötiger Aktualität etwas anderes gelten soll als bei der Barzahlung. Im Gegenteil erscheint das Schutzbedürfnis der Gläubiger bei der Einbringung der Einlage durch Verrechnung sogar noch grösser, weil in diesem Fall der Gesellschaft - anders als bei der Barzahlung - keine Liquidität zufliesst.

13. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn das Handelsregisteramt den Nachweis der Forderung per aktuellem Datum verlangt. Der vorgelegte Bericht, welcher eine verrechenbare Forderung per 31. Dezember 2009 bescheinigt, genügt diesen Anforderungen indes nicht. Zu Recht wurde somit der Eintrag verweigert.
14. Das Handelsregisteramt weist in seiner Vernehmlassung im Uebrigen zu Recht darauf hin, dass zum Nachweis der aktuellen Existenz der Forderung ein vom Verwaltungsrat unterzeichneter Kontoauszug (Darlehenskonto) genügt. Es ist deshalb - entgegen den Behauptungen in der Beschwerde - nicht erforderlich, sämtliche Urkunden auf denselben Tag erstellen zu lassen.

(....)

Hinweis:

Das Urteil ist rechtskräftig.