

Herausforderungen zum Handelsregisterrecht in der Gegenwart und in der Zukunft – eine Auslegeordnung aus aktuellen Anlässen

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Auswirkungen der «grossen Revision» auf die HR
- III. Exkurs: Prüfungspflicht bzw. Kognitionsbefugnis
- IV. Schlussbemerkungen

I. Einführung

A. Persönliche Vorbemerkungen

Jubiläen sollen bekanntlich gefeiert werden, wann immer sie fallen. Doch äusserst selten kann zu einem «125. Geburtstag» gratuliert werden. Für einmal verhält es sich anders, nämlich beim Rechtsinstitut des Handelsregisters (HR), das mit dem ersten gesamtschweizerischen Obligationenrecht im Jahre 1883² eingeführt wurde – deshalb: «Happy Birthday, HR»..!

Jeder *Wirtschaftsanwalt* in der Schweiz hat früher oder später meist intensive Kontakte mit HR auf kantonaler Ebene und allenfalls zusätzlich mit dem Eidgenössischen Amt für das Handelsregister (EHRA)³. Nicht anders erging es dem Unterzeichner in seiner früheren Tätigkeit in der Wirtschaftsadvokatur in Zürich⁴, und es sei an dieser Stelle nicht verschwiegen, dass die gegenseitigen Kontakte (leider) *nicht immer erfreulich* waren⁵.

¹ Prof. Dr. iur. PETER V. KUNZ, Fürsprecher, LL.M. (Georgetown) ist Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung, Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht (www.iwr.unibe.ch) sowie Leiter des Departements für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern. Die vorliegenden Ausführungen bildeten Grundlage für das entsprechende Referat anlässlich der *125-Jahre-Feierlichkeiten* am 29. Oktober 2008 in Bern. Grossen Dank für seine wertvolle Unterstützung bei Referat und Aufsatz schulde ich meinem Assistenten am IWR, nämlich Herrn Rechtsanwalt SIMON SCHÄREN.

² Vgl. dazu hinten I. B. 1.

³ Der Unterzeichner gehört zur wohl aussterbenden Spezies von «Spezialisten», die

mehrfach mit dem EHRA wegen dem sog. *Kriegsregister* (BVM: SR 531.54) in Kontakt standen; hierzu: PETER V. KUNZ, *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht* (Habil. Bern 2001) § 2 N 117 ff. m.w.H.

⁴ In den Jahren 1993–2005 war der Unterzeichner in der Advokatur aktiv und beschäftigte sich insbesondere mit *gesellschaftsrechtlichen Transaktionen*, so dass die *Kontakte mit HR* in verschiedenen Kantonen und mit dem EHRA zum «daily business» gehörten.

⁵ In der Praxis erweisen sich oftmals unterschiedliche «Verständnisse» zur Kognitionsbefugnis als problematisch; auf diese Herausforderung sei aus diesem Grund speziell eingegangen: Vgl. dazu hinten III.

Positiv in Erinnerung blieb hingegen etwa der behördliche Ratschlag an den Unterzeichner, den gutachterlichen, vom EHRA abgelehnten Vorschlag für eine Flexibilisierung des Aktienkapitals nichtsdestotrotz zu publizieren, was in der Folge geschah⁶; es handelt sich sozusagen um einen «Vorläufer» zur gegenwärtigen Debatte über ein sog. Kapitalband⁷.

Das Handelsregisterrecht stellt ausserdem ein interessantes Gebiet für die *wissenschaftliche Forschung und Lehre* dar: Von Interesse für den Unterzeichner waren und sind beispielsweise die Themen «Kognitionsbefugnisse»⁸ sowie «HR-Eintragungssperre»⁹; und schliesslich stellt an der Universität Bern das Handelsregisterrecht einen wesentlichen Teil des Pflichtfachs «Wirtschaftsrecht I» im Bachelor-Studium der angehenden Juristen dar.

Zusammenfassend steht somit fest, dass das Handelsregisterrecht für den Unterzeichner eine grosse Herausforderung darstellte bzw. darstellt, und zwar in (i) der *Praxis*, in (ii) der *Forschung* sowie in (iii) der *Lehre*. Entgegen einem weit verbreiteten Vorurteil handelt es sich m.E. schliesslich beim Handelsregisterrecht um *keine technisch-langweilige Materie*, sondern um ein zentrales wirtschaftsrechtliches Rechtsgebiet zwischen Dogmatik und Praxisbezug.

B. Sachliche Vorbemerkungen

1. Historische und sonstige Kontexte

Datenbanken mit gesellschaftsrechtlichen Informationen für den Geschäftsverkehr¹⁰ – darum handelt es sich beim HR im Wesentlichen – sind keine Erfindungen des 19. Jahrhunderts, sondern bestehen *schon viel länger*, und wurden nicht in der Schweiz geschaffen. Bei ausländischen Modellen, auf die nicht einzugehen ist, muss indes berücksichtigt werden, dass teils andere Funktionalitäten bestehen. In der Schweiz üben die HR (zusammen mit den öffentlichen Urkundspersonen) eine sog. *vorsorgende Rechtspflege* aus¹¹, damit – wenn möglich – in der Folge gerichtliche Auseinandersetzungen vermieden werden können¹².

Das *erste Obligationenrecht* auf Bundesebene (OR 1883) hat eine lange Vorgeschichte¹³. Die beiden bundesrätlichen Botschaften¹⁴ dazu – wobei die zwei-

⁶ PETER V. KUNZ, Flexibilisierung des Aktienkapitals – ein Hybrid-Konzept im Spannungsfeld von zwingendem Aktienrecht und Eigenverantwortlichkeit, Reprax 1/2000, S. 18 ff.

⁷ Vgl. dazu hinten II. C. 2.

⁸ Hinweise: KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 239 ff.

⁹ Detailliert (und mit teils neuen Ansätzen): KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 295 ff. sowie § 11 N 177 ff.

¹⁰ Allg.: MARTIN K. ECKERT, Obligationenrecht II/Basler Kommentar (2. A. Basel 2002) N 1 zu Art. 927 OR.

¹¹ Detaillierter: PETER V. KUNZ, Gesellschaftsrecht als Basisrecht für Notare und andere öffentliche Urkundspersonen, in: Ausgewähl-

te Fragen zum Beurkundungsrecht (Zürich 2007) S. 172 f.; allg. zur Thematik: CHRISTIAN MAUCH, Vorsorgende Rechtspflege in Europa am Beispiel der GmbH (...), ZVglRWiss 106 (2007) S. 272 ff.

¹² Gegenüber den Notaren sind die HR aber die *Solisten*: KUNZ, Urkundspersonen, S. 173 FN 20.

¹³ KUNZ, Minderheitenschutz, § 3 N 28 ff.

¹⁴ Botschaft vom 27. November 1879, BBl 1880 I 149–232; abgedruckt nunmehr auf dem Internet: <http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/loadDocQuery.do?context=results&documentIndex=3&dsUID=f47bf5:11ca9b94733:-4922#detailView>.

te Botschaft zum geplanten Übergangsrecht¹⁵ – äusserten sich an verschiedenen Stellen zum HR, ohne sich aber vertieft mit dem neuen Rechtsinstitut auseinanderzusetzen. Das OR 1883 wurde am 14. Juni 1881 verabschiedet und trat am 1. Januar 1883 in Kraft¹⁶. Auf dieser Basis regelte der Gesetzgeber erstmals¹⁷ das Handelsregisterrecht, und zwar in Art. 859–Art. 864 OR 1883.

Nebst dem Obligationenrecht bildete (und bildet) die Handelsregisterverordnung des Bundesrates von Anfang an die zentrale Grundlage für die HR. In der Folge kam es seit dem 19. Jahrhundert über das 20. Jahrhundert¹⁸ bis nunmehr im 21. Jahrhundert immer wieder zu *Revisionen des Handelsregisterrechts* in der Schweiz, und zwar auf Gesetzes- und ebenfalls auf Verordnungsebene.

Gerade in jüngster Vergangenheit wurde und wird das Handelsregisterrecht (z.B. die HRegV) in grösserem oder in kleinerem Umfang revidiert. Auslösende Momente für diese Revisionen sind zahlreiche *gesellschaftsrechtliche Rechtssetzungen* auf Gesetzesstufe¹⁹, die unmittelbare oder mittelbare Auswirkungen auf die HR haben. Auf Verordnungsstufe trat – nach sorgfältigen Vorarbeiten (einem Entwurf²⁰ und einem Begleitbericht²¹ folgte eine breite Vernehmlassung²²) – per 1. Januar 2008 eine nunmehr *total revidierte HRegV* in Kraft²³, die für die Praxis eine eminente Bedeutung erlangen wird.

Das schweizerische Handelsregisterrecht ist sowohl auf Gesetzesstufe (v.a. im OR) als auch auf Verordnungsstufe (v.a. in der HRegV) geregelt. Das *Verhältnis der Regelungsebenen* wird gerade in jüngster Zeit klarer gemacht²⁴, was aus rechtsstaatlichen Gründen unerlässlich ist (Stichworte: Kompetenzverteilung sowie Gewaltenteilung). Materiellrechtliche Normen zum Handelsregisterrecht finden sich ebenfalls in anderen Bundesgesetzen, die in dieser Abhandlung allerdings ausser Betracht bleiben sollen.

¹⁵ Botschaft vom 16. November 1880, BBl 1880 IV 425–439; abgedruckt nunmehr auf dem Internet: <http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/loadDocQuery.do?context=results&documentIndex=2&dsUID=f47bf5:11ca9b94733:4922#detailView>.

¹⁶ Publiziert: BBl 1881 III 109 – 317 sowie AS 1881 635–843.

¹⁷ Zur Situation *vor* der Rechtsvereinheitlichung: HANS-PETER TRUTMANN, Die Rationenbücher – Ein Beitrag zur Geschichte der Handelsregister in der Schweiz (Diss. Basel 1985) S. 214 ff.; KARL REBSAMEN, Das Handelsregister (2. A. Zürich 1999) N 1 ff.

¹⁸ Illustrativ zur Entwicklung der Handelsregisterverordnungen insbesondere zwischen 1883 und 1983: EDUARD ACHERMANN, 100 Jahre Handelsregister, SAG 55 (1983) S. 157 ff.

¹⁹ Vgl. dazu hinten I. B. 2.

²⁰ 28. März 2007: <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/gmbh.Par.0022.File.tmp/entw-vo-hregv-d.pdf>.

²¹ 28. März 2007: <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/gmbh.Par.0025.File.tmp/ber-entw-vo-hregv-d.pdf>.

²² Zusammenfassung: <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/gmbh.Par.0035.File.tmp/ve-hrev-d.pdf>.

²³ Details: LUKAS GLANZMANN, Die kleine Aktienrechtsrevision unter Berücksichtigung der Revision der HRegV, in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III* (Bern 2008) S. 119 ff.; HARALD BÄRTSCHI, Revidiertes Handelsregisterrecht, GesKR 2008, S. 61 ff.; NICOLAS DUC, Überblick über die neue Handelsregisterverordnung, in: *Chancen und Risiken 2007/2008* (Zürich/Basel/Genf) S. 63 ff.; HANS-JAKOB KÄCH, GmbH-Revision und weitere Änderungen des Gesellschafts- und Handelsregisterrechts, ZBGR 2008, S. 1 ff.

²⁴ Vgl. dazu hinten I. B. 3.

2. Wirtschaftsrechtliche Rechtssetzungen

Seit einigen Jahren kann eine legislative Flutwelle von Revisionen zum *Wirtschaftsrecht* im Allgemeinen²⁵ sowie zum *Gesellschaftsrecht* im Besonderen²⁶ beobachtet werden. Neue Rechtssetzungen führen immer sogleich zu Herausforderungen für die Rechtsanwendung²⁷ durch die Gerichte oder durch die Behörden (z.B. durch HR). Als Leitstern muss sicherlich die *Rechtssicherheit* gelten, doch ist dies nicht selten einfacher gesagt als getan.

Die meisten dieser Gesetzesrevisionen (z.B. das FusG seit dem 1. Juli 2004, das KAG seit dem 1. Januar 2007 oder das neue GmbH-Recht seit dem 1. Januar 2008) wirken sich ebenfalls auf die HR aus²⁸ – so musste etwa die Schaffung von zwei neuen Gesellschaftsformen im schweizerischen Recht²⁹ *handelsregisterrechtlich* «bewältigt» werden³⁰. Insbesondere das FusG sowie das KAG machten eine Totalrevision der HRegV³¹ notwendig.

Das Handelsregisterrecht wird auf Gesetzesstufe einerseits sowie auf Verordnungsstufe andererseits geregelt. Das *Verhältnis der Regelungsebenen* ist m.E. besser zu koordinieren³².

Die schweizerischen «Gesellschaftsrechtler» beschäftigen sich zurzeit schwergewichtig mit einem dominierenden Gesetzgebungsprojekt, das – etwas trivialisiert (und verkürzt) – als sog. «grosse» *Aktienrechtsrevision* bezeichnet wird³³, die für die wichtigste Gesellschaftsform in der Schweiz gelten wird (in den HR sind zurzeit mehr als 180'000 AG registriert):

Nach dem Vorentwurf und dem Beleitbericht vom 2. Dezember 2005³⁴, die in eine breit abgestützte Vernehmlassung geschickt wurden, hat der Bundesrat

²⁵ Übersicht: PETER V. KUNZ, Aufbruchstimmung im Schweizer Wirtschaftsrecht – Die Rechtssetzung als Herausforderung für die Rechtsanwendung, Jusletter vom 18. Februar 2008, Rz. 1 ff.

²⁶ Details: PETER V. KUNZ, Permanenter Umbruch im Gesellschaftsrecht – Eine Übersicht zu den legislativen Sturmböen seit 1991, SJZ 102 (2006) S. 145 ff.

²⁷ Die Rechtssetzung determiniert die Rechtsanwendung: KUNZ, Minderheitenschutz, § 9 N 13 ff.

²⁸ Illustrativ etwa zum GmbH-Recht: KARL REBSAMEN, Die neue GmbH im Handelsregister – Ein Leitfadens für die Praxis (Zürich/St. Gallen 2008) N 1 ff., v.a. N 38 ff.

²⁹ Der sog. *Numerus Clausus* gilt als zentraler Grundsatz im schweizerischen Gesellschaftsrecht; allg.: ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht (10. A. Bern 2007) § 11 N 1 ff. m.w.H.; ROLF H. WEBER, Juristische Personen, in: SPR II/4 (Basel 1998) S. 80 ff.; PETER FORSTMOSER, Abschied vom Numerus Clausus im Gesellschaftsrecht?, in: Wirtschaftsrecht

zu Beginn des 21. Jahrhunderts, FS für P. Nobel (Bern 2005) S. 78 ff. – seit der Einführung der *GmbH im Jahre 1936* gab es keine neuen Rechtsformen; das KAG führte nun aber sogleich zwei Gesellschaftsformen ein, nämlich die sog. *Investmentgesellschaft mit variablem Kapital* (SICAV) gemäss Art. 36 ff. KAG sowie die sog. *Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen* (KkK) gemäss Art. 98 ff. KAG.

³⁰ Beispiele: Art. 98 ff. HRegV (KkK) sowie Art. 102 ff. HRegV (SICAV).

³¹ Vgl. dazu vorne I. B. 1.

³² Vgl. dazu hinten I. B. 3.

³³ Statt aller: PETER V. KUNZ, Status quo der «grossen Aktienrechtsrevision (...), in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III (Bern 2008) S. 125 ff. m.w.H.; es wird gelegentlich übersehen, dass *nebst dem Aktienrecht* mit der «grossen» Revision *weitere Rechtsgebiete revidiert* werden.

³⁴ Übersicht: <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.html>.

am 21. Dezember 2007 den Entwurf³⁵ sowie die Botschaft³⁶ zur «grossen» Aktienrechtsrevision publiziert. Wer sich die Mühe macht, den gesamten Titel des Projekts³⁷ zu lesen, kann erkennen, dass (i) das *Handelsregisterrecht unmittelbar* ebenfalls zur Diskussion steht³⁸; des Weiteren werden das künftige «neue» Aktienrecht sowie weitere von der OR-Revision betroffene Rechtsgebiete (ii) das *Handelsregisterrecht mittelbar* berühren³⁹.

3. Verhältnis zwischen Gesetzesebene und Verordnungsebene

Mehr oder weniger die *Grundzüge* des Handelsregisterrechts (z.B. die Pflicht zur Führung eines HR durch die Kantone oder der Beginn der Wirksamkeit von HREintragungen) sind geregelt in *Art. 927 ff. OR*. Gemäss Art. 929 Abs. 1 OR führt aber der Bundesrat die *Details* des Handelsregisterrechts (z.B. die Belege der Anmeldung) in der *HRegV* aus⁴⁰, wobei es sich dort tatsächlich nicht selten um das «Fleisch am Knochen» handelt.

Es stand und steht nicht eindeutig fest, *welche Themen in welchem Erlass* abzuhandeln sind. Eine Fokussierung und «Verwesentlichung» dürfte m.E. angebracht sein. Gerade die *jüngste Revision* zum Handelsregisterrecht im Jahre 2007⁴¹ versuchte Klärungen vorzunehmen:

Verschiedene Regelungsinhalte wurden unter diesem Aspekt von der Verordnung ins Gesetz «verschoben», d.h. aus der aHRegV ins OR transferiert⁴². Insofern erfolgte eine eigentliche *Kompetenzverschiebung* von der Exekutive zur Legislative. Beispiele: (i) Form und Verfahren der Anmeldung zum HR werden erleichtert (nämlich: eine Person mit Einzelunterschrift genügt zur Unterzeichnung)⁴³; (ii) Löschung der Eintragung im HR ex officio nunmehr im OR, nicht mehr in der HRegV⁴⁴. Künftige Revisionen sollten diese Fokussierung beibehalten⁴⁵.

C. Aufbau

Im Folgenden sollen die *Auswirkungen* der erwähnten «grossen» Aktienrechts- bzw. OR-Revision⁴⁶ auf das Handelsregisterrecht als Übersicht dargestellt werden, und zwar sowohl die unmittelbaren⁴⁷ als auch die mittelbaren⁴⁸ Folgen. Da

³⁵ Internet: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2008/1751.pdf>.

³⁶ Internet: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2008/1589.pdf>.

³⁷ Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, *Handelsregister-* und Firmenrecht).

³⁸ Vgl. dazu hinten II. B.

³⁹ Vgl. dazu hinten II. C.

⁴⁰ Allg.: ECKERT, Basler Kommentar, N 1 ff. zu Art. 929 OR.

⁴¹ Vgl. dazu vorne I. B. 2.

⁴² Statt aller: HANS-UELI VOGT/ADRIAN BIERI/IVO ZUBERBÜHLER, Aktienrecht – Entwicklungen 2007/08 (Bern 2008) S. 38 ff. sowie S. 58 ff.

⁴³ Art 931a Abs. 2 OR statt Art. 22 Abs. 2 aHRegV.

⁴⁴ Art. 938a OR statt Art. 89 aHRegV.

⁴⁵ Bei der aktuellen «grossen» Revision gelangt dies z.B. zum Ausdruck, indem der heute nunmehr geltende *gebührenfreie* elektronische Zugriff auf das HR von Art. 12 HRegV in Art. 928 Abs. 2 E OR «verschoben» werden soll: Vgl. dazu hinten II. B. 2. a.

⁴⁶ Vgl. dazu vorne I. B. 1.

⁴⁷ Vgl. dazu hinten II. B.

⁴⁸ Vgl. dazu hinten II. C.

die Revision pendent ist, könnten sich noch Änderungen ergeben, obwohl das Recht der HR *nicht zu den «heissen Eisen»* gehört.

Auf ein handelsregisterrechtliches Spezialthema wird im Anschluss eingegangen, nämlich auf die sog. *Kognition* des HR-Führers⁴⁹ (de lege lata und allenfalls de lege ferenda) – gerade heute, wenn das Handelsregisterrecht nicht nur auf Verordnungsebene, sondern ebenfalls auf Gesetzesebene überarbeitet wird, scheint der richtige Zeitpunkt dafür zu sein. Am Ende folgen einige persönliche *Schlussbemerkungen* des Unterzeichners⁵⁰.

II. Auswirkungen der «grossen Revision» auf die HR

A. Übersicht

1. Umfeld der Revision

Dieser Beitrag befasst sich nicht generell mit dem geplanten neuen Aktienrecht, sondern nur mit dessen unmittelbaren und mittelbaren *Auswirkungen* auf das geltende Handelsregisterrecht. Nichtsdestotrotz soll einleitend ein kurzes Grundverständnis geweckt werden. Es werden weite Teile des Aktienrechts revidiert, aber trotzdem sollte m.E. *nicht* von einer *Totalrevision*, sondern von einer «grossen» Revision gesprochen werden⁵¹.

Das Revisionsprojekt fügt sich beispielsweise ein in die feststellbare *jüngere Tendenz* von der Selbstregulierung hin zur *Regulierung*; besonders auffällig ist dies etwa beim aktienrechtlichen Zentralthema der Corporate Governance⁵².

Die (i) Verstärkung der internationalen Interdependenzen («Globalisierung» etc.), die (ii) zunehmende wirtschaftliche Dynamik sowie die (iii) steigende Informatisierung der Gesellschaft sind für den Bundesrat wichtige Beweggründe für das Revisionsprojekt⁵³. Die Revision passt nicht zuletzt ins *internationale Umfeld* der gesellschaftsrechtlichen Entwicklungen⁵⁴, wobei – anders als etwa beim KAG – *kein autonomer Nachvollzug von EU-Recht* stattfindet⁵⁵.

⁴⁹ Vgl. dazu hinten III.

⁵⁰ Vgl. dazu hinten IV.

⁵¹ KUNZ, Aktienrechtsrevision, S. 128.

⁵² Vgl. dazu hinten II. A. 2; zudem: PETER V. KUNZ, Corporate Governance – Tendenz von der Selbstregulierung zur Regulierung, in: FS für P. Böckli (Zürich 2006) S. 477 ff.; ausführlich: GION GIGER, Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich 2003) S. 6 ff.

⁵³ Begleitbericht VE OR, 2; Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1597.

⁵⁴ Dies trifft z.B. beim Thema «Corporate Governance» zu; allg.: KUNZ, Aktienrechtsrevision, S. 129 f.

⁵⁵ KUNZ, Aktienrechtsrevision, S. 130; immerhin wird Rücksicht auf EU-Recht genommen, gerade auch im Bereich des HR – Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1633 (z.B. EU-Pu-

blizitätsrichtlinie); die verschiedenen *Annäherungsmechanismen* zwischen Schweizer Recht und EU-Recht finden sich im *Europabericht 2006* erläutert: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/6815.pdf> (z.B. der sog. *autonome Nachvollzug von EU-Recht*, der im Wirtschaftsrecht wichtig ist: a.a.O. 6831 ff./Ziff. 2.3.2); allg.: BRUNO SPINNER/DANIEL MARITZ, EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug, in: FS für R. Zäch (Zürich 1999) S. 127 ff.; WOLFGANG WIEGAND, Zur Anwendung von autonom nachvollzogenem EU-Privatrecht, in: FS für R. Zäch (Zürich 1999) S. 171 ff.; PETER FORSTMOSER, Der autonome Nach-, Mit- und Vorvollzug europäischen Rechts: das Beispiel der Anlagefondsgesetzgebung, in: FS für R. Zäch (Zürich 1999) S. 523 ff.

2. Leitlinien der Revision

Verschiedene *Leitlinien* prägen das Projekt⁵⁶, insbesondere die (i) Verstärkung der sog. *Corporate Governance* (d.h. im Wesentlichen die Schaffung eines besseren Machtgleichgewichts zwischen den Gesellschaftsorganen), die (ii) Verbesserung zahlreicher *Schutzmechanismen* für die Gesellschafter⁵⁷ bzw. für die Gesellschaftsgläubiger⁵⁸ bzw. für die Gesellschaften⁵⁹ sowie schliesslich (iii) Änderungen bei der *Kapitalstruktur* (z.B. Schaffung eines Kapitalbandes und Zulässigkeit eines Aktienmindestnennwertes «grösser als null Rappen»)⁶⁰.

Für die HR bedeutsam sind beispielsweise verschiedene aktienrechtliche Änderungen im Zusammenhang mit Gesellschaftsgründungen sowie mit Kapitalveränderungen; teils soll mit der «grossen» Revision die *aktuelle HR-Praxis kodifiziert* werden⁶¹.

Einige rechtspolitische «*heisse Eisen*» dürften bald in den eidgenössischen Räten geschmiedet werden, wobei m.E. die Zielrichtungen noch offen scheinen. Erwähnt werden können beispielsweise die vorgeschlagene *Haftungslimitierung für Revisionsstellen*, die geplante Abschaffung der *Depotvertretung* und der *Organvertretung* oder (wie bereits bei der letzten «grossen» Aktienrechtsrevision zu Beginn der 1990er Jahre) die umstrittene⁶² *Vinkulierung* von kotierten sowie von nicht-kotierten Namenaktien⁶³. Die Revision des Handelsregisterrechts gehört hingegen, soweit ersichtlich, (noch) nicht zu den «heissen Eisen».

Nebst dem Aktienrecht werden *weitere Rechtsgebiete revidiert*, darunter das Rechnungslegungsrecht⁶⁴ (für alle Gesellschaften geltend). Zusätzliche Revisionspunkte betreffen die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaften sowie die GmbH. Des Weiteren wird das *Handelsregisterrecht revidiert*, und zwar die im

⁵⁶ Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1591; zudem: KUNZ, Aktienrechtsrevision, S. 131 ff.

⁵⁷ Beispiele: verschiedene *Schwellenwerte* bei den Aktionärsrechten werden *gesenkt* und die sog. *Rückforderungsklage* als Aktionärsklage wird *verbessert*.

⁵⁸ Beispiele: *Kapitalband* mit *vorgezogenem* Gläubigerschutz; der Gläubigerschutz *kann* ebenfalls *vorgezogen* werden bei Aktienkapitalherabsetzungen.

⁵⁹ Beispiele: *multilokale GV* sowie *elektronische GV* («Internet-GV») werden zugelassen – generell geht es um eine Aktualisierung der Ordnung zur GV; der *Mindestnennwert der Aktien* kann unter 1 Rappen aber über null Rappen *gesenkt* werden.

⁶⁰ Auf die ursprünglich geplante *Abschaffung der Inhaberaktie* hat der Bundesrat in der Zwischenzeit *verzichtet*, d.h. es wird auch künftig sowohl Namenaktien als auch Inhaberaktien geben.

⁶¹ Vgl. dazu hinten II. B. 2/C. 1/2.

⁶² Die Diskussionen lanciert haben: PETER V. KUNZ, Die Vinkulierung als Geheimwaffe

gegen unfreundliche Übernahmeveruche – Plädoyer für die Ergänzung der laufenden Aktienrechtsrevision um eine Vinkulierungs-Debatte, NZZ Nr. 268 (2007) S. 33; ROLF WATTER/DIETER DUBS, Was bedeutet Fairplay beim Kampf um die Kontrolle von Firmen – Über den Nutzen von Vinkulierungsvorschriften und vergleichbaren Kontrollmechanismen, NZZ Nr. 273 (2007) S. 29; PETER V. KUNZ, Der Verwaltungsrat ist keine Vormundschaftsbehörde für Aktionäre – Plädoyer für die Eigenverantwortlichkeit der Investoren in der Schweiz, NZZ Nr. 273 (2007) S. 29.

⁶³ Umstritten sein dürfte des Weiteren ein Thema, das nach Vorschlag des Bundesrates *nicht reguliert* werden soll, nämlich die sog. *Dispoaktien*.

⁶⁴ Statt aller: LUKAS MÜLLER, Das Rahmenkonzept des Rechnungslegungsrechtsentwurfes, SZW 80 (2008) S. 400 ff.; MARKUS WANDELER/DANIEL SUTER, Neue Rechnungslegung gemäss Botschaft zum Obligationenrecht (...), ST 82 (2008) S. 115 ff.

Allgemeinen⁶⁵ geltenden Bestimmungen; das revidierte Aktienrecht sowie weitere Teile der «grossen» OR-Revision beeinflussen ebenfalls das Handelsregisterrecht im Besonderen⁶⁶.

B. Unmittelbare Auswirkungen auf das Handelsregisterrecht

1. Generelles

M.E. braucht es in Bezug auf das Handelsregisterrecht *keinen Paradigmenwechsel*. Das System hat sich *bewährt* – nunmehr bereits seit 125 Jahren. Die «doppelte Führung» des Registers bzw. der Register einerseits auf *Bundesebene* und andererseits auf *kantonalen* Ebene hat sich als effizient und unproblematisch erwiesen. Ebenfalls sinnvoll ist der «legislatorische Split» zwischen *OR* auf der einen Seite und *HRegV* auf der anderen Seite⁶⁷.

Konsequenterweise schlägt das anstehende «grosse» Revisionsprojekt (anders als beim Aktienrecht und beim Rechnungslegungsrecht) *keine grundlegenden Änderungen* vor⁶⁸.

Vielmehr geht es (wie bei den Ordnungen zu den Personengesellschaften und zu den GmbH) um *Anpassungen und Neuerungen auf «Sparflamme»* – Hintergrund sind meist (i) die «Elektronisierung» bzw. neue technische Möglichkeiten bei den HR (z.B. durch das Internet)⁶⁹ oder (ii) bewusste «Verschiebungen» von der Verordnungsstufe auf die Gesetzesstufe⁷⁰ oder (iii) die Kodifizierung einer Praxis (z.B. des Bundesgerichts)⁷¹. Gegenüber dem Vorentwurf des Bundesrates macht der bundesrätliche Entwurf einige kleine Änderungsvorschläge⁷².

Immerhin weist das bundesrätliche Revisionsprojekt zum Handelsregisterrecht unverständlicherweise eine *grosse Unterlassungssünde* auf: In Lehre und Praxis ist seit Jahren *umstritten*, ob dem HR in Bezug auf falsche Eintragungen ein sog. *öffentlicher Glaube* zukommt oder nicht⁷³; eine vergleichbare Debatte findet z.B. beim Grundbuch nicht statt, und zwar als Folge einer gesetzlichen Regelung⁷⁴. M.E. muss aus Gründen der Rechtssicherheit endlich eine gesetzliche Antwort gegeben werden⁷⁵.

Im Folgenden geht es nicht um eine detaillierte Auseinandersetzung mit den bundesrätlichen Vorschlägen, sondern um eine blosse *Übersicht* zum Gesetzes-

⁶⁵ Vgl. dazu hinten II. B.

⁶⁶ Vgl. dazu hinten II. C.

⁶⁷ Vgl. dazu vorne I. B. 3.

⁶⁸ Es fällt auf, dass sich die Botschaft im *Allgemeinen Teil* – anders als bei den meisten übrigen Revisionsteilen – überhaupt *nicht zum Handelsregisterrecht* äussert, sondern erst im *Besonderen Teil*, wenn es um die Kommentierung der einzelnen Änderungsvorschläge geht.

⁶⁹ Allg. die Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1728 ff. m.w.H.

⁷⁰ Vgl. dazu vorne I. B. 3.

⁷¹ Hinweise zu den Kodifizierungsvorschlägen finden sich in der Botschaft Aktienrecht 07 – *Beispiele*: BBl 2007 1731 FN 227 sowie 1732 FN 231.

⁷² Beispielsweise sollte das *Handelsregisteramt* die sog. *Geschäftsberichte* der AG *elektronisch publizieren* (Art. 958d Abs. 2 VE OR); doch darauf wird nunmehr mit Art. 696 Abs. 3 E OR, der das HR unerwähnt lässt, *verzichtet* – Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1670.

⁷³ Statt aller: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 6 N 80 ff.; ECKERT, Basler Kommentar, N 10 f. zu Art. 933 OR.

⁷⁴ Art. 973 ZGB.

⁷⁵ Eine zu Art. 973 ZGB *analoge Lösung* scheint angebracht zu sein.

entwurf⁷⁶. Es ist mit keinen wesentlichen Änderungsvorschlägen in den eidgenössischen Räten zu rechnen, wobei verschiedene Aspekte diskussionswürdig erscheinen, wie noch aufzuzeigen ist.

2. Einzelne Änderungsvorschläge

a) Unentgeltlichkeit des elektronischen Zugriffs (Art. 928 Abs. 2 E OR)

Art. 12 HRegV gewährt seit Kurzem einen *gebührenfreien* elektronischen Zugriff auf die HR, die ohnehin öffentlich sind (Art. 930 OR)⁷⁷. Diese Regelung soll neu von der Verordnungsebene auf die Gesetzesebene (also: Art. 928 Abs. 2 E OR) «*verschoben*» werden⁷⁸, ohne dass sich dadurch materiell etwas ändert⁷⁹. Während der Vorschlag in der Vernehmlassung seitens der Wirtschaft und der politischen Parteien im Allgemeinen befürwortet wurde, äusserten sich im Besonderen einige *Kantone kritisch* bzw. ablehnend⁸⁰.

M.E. ist die *Unentgeltlichkeit* zu *begrüssen*, auch wenn in diesem Zusammenhang die kantonalen Warnrufe betreffend «finanzielle Einbussen» einerseits und «zusätzliche[r] Aufwand» andererseits⁸¹ wohl nicht gänzlich von der Hand zu weisen sind⁸². Da den richtigen HR-Daten eine (i) sog. *positive Publizitätswirkung* und den falschen HR-Daten m.E. ein (ii) sog. *öffentlicher Glaube* zukommt⁸³, dürfen diese Rechtsfolgen – gerade im Zeitalter des Internets⁸⁴ – durch finanzielle Zutrittsschranken *nicht relativiert* werden⁸⁵.

b) Publikationspflicht innert kurzer Frist (Art. 928a Abs. 1 E OR)

Neu sieht Art. 928a Abs. 1 E OR eine Veröffentlichungspflicht *innert kurzer Frist* vor: «Einträge im Tagebuch sind spätestens innert *zwei Tagen* nach ihrer Genehmigung durch das Eidgenössische Amt für das Handelsregister im Schweizerischen Handelsamtsblatt in gedruckter und in elektronischer Form zu veröffentlichen»⁸⁶.

M.E. ist diese *praxisorientierte* Neuerung zu *begrüssen* – gemäss Botschaft handelt es sich denn auch um ein «verbreitete[s] Anliegen in der Wirtschaft»⁸⁷. Als Folge der zunehmenden «Elektronisierung», die wohl in den meisten Fällen

⁷⁶ Vgl. dazu hinten II. B. 2.

⁷⁷ Zum Umfang: ECKERT, Basler Kommentar, N 1 ff. zu Art. 930 OR.

⁷⁸ Dies entspricht einer Fokussierung, die m.E. zu begrüßen ist: Vgl. dazu vorne I. B. 3.

⁷⁹ Immerhin werden *neu* z.B. auch die *Statuten* erfasst; dazu die Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1729 (es gehe darum, die «Offenlegung qualitativ zu verbessern»: a.a.O. 1729).

⁸⁰ Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1729.

⁸¹ Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1729.

⁸² A.M. der Bundesrat in der Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1745 f. m.w.H.

⁸³ Zur *positiven Publizitätswirkung*: Art. 933 Abs. 1 OR (die Bestimmung bleibt bei der Revision unverändert: BBl 2007 1808) – hierzu:

ECKERT, Basler Kommentar, N 7 zu Art. 927 OR; zum (umstrittenen) *öffentlichen Glauben* des HR: ECKERT, Basler Kommentar, N 10 f. zu Art. 933 OR; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 6 N 80 ff. m.w.H.; ANDREAS DÜRR/CAROLINE MEYER, Schweizerisches Obligationenrecht, OR-Handkommentar (Zürich 2002) N 3 zu Art. 933 OR.

⁸⁴ In den eidgenössischen Räten erkannt: BBl 2007 1628 (Postulat Imfeld vom 8. März 2006).

⁸⁵ Ähnlich (in leicht anderem Zusammenhang) die Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1730.

⁸⁶ Art. 928a Abs. 1 E OR: BBl 2007 1806.

⁸⁷ Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1730.

ebenfalls eine Erleichterung für die HR bedeutet, sollten sich *keine Lasten* ergeben, die nicht zu überwinden wären⁸⁸.

c) Staatshaftung statt Haftung der HR-Führer (Art. 929 E OR)

Haftungsfälle im Zusammenhang mit dem HR sind in der Praxis *äusserst selten*. Nichtsdestotrotz bildet Art. 928 Abs. 1 OR ein «Damoklesschwert», weil die Regelung *de lege lata* eine persönliche Haftung des HR-Führers vorsieht⁸⁹. Diese Haftung soll – «da nicht mehr zeitgemäss»⁹⁰ – nach der (unbestrittenen) Vernehmlassung *de lege ferenda gestrichen* werden.

M.E. ist diese Streichung im aktuellen Handelsregisterrecht und deren künftige Ersatz durch eine *Staatshaftung der Kantone* (Art. 929 Abs. 2 E OR) zu *begrüssen*. Der Vorschlag des Bundesrates stellt das «Modell einer modernen Haftungsordnung» dar⁹¹. Die Staatshaftung ist einerseits als *ausschliessliche Haftung*⁹² sowie andererseits als sog. *Kausalhaftung* ausgestaltet⁹³. Das kantonale Recht kann immerhin eine *Regressordnung* gegen die «eigentlich Verantwortlichen» vorsehen (Art. 929 Abs. 3 E OR).

d) Wahrheitspflicht etc. bei HR-Eintragungen (Art. 931 E OR)

Neu ist Art. 931 E OR, und trotzdem dürfte dessen Lektüre zum «déjà vu» werden: «Die Einträge im Handelsregister müssen [i] *wahr* sein und dürfen [ii] weder zu *Täuschungen* Anlass geben [iii] noch einem *öffentlichen Interesse* widersprechen»⁹⁴.

M.E. ist diese (formelle) Neuerung zum *generellen Inhalt* aller HR-Eintragungen, die im Übrigen keine materielle Neuerung⁹⁵ darstellt, zu *begrüssen* – es handelt sich nämlich schlicht um eine weitere «Verschiebung» aus der aHRegV bzw. aus der neuen HRegV ins Gesetz⁹⁶ und damit um eine sinnvolle und rechtsstaatlich saubere Fokussierung⁹⁷.

e) Ordnungsbusse statt Übertretungsstraftatbestand (Art. 943 E OR)

Die *HR-Eintragungspflicht* muss bei ihrer Verletzung *sanktioniert* werden, ansonsten es sich um eine nutzlose sog. «lex imperfecta» handeln würde. Der bun-

⁸⁸ Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1730: «Die kurze Dauer zwischen der Genehmigung der Tagebucheintragung und ihrer Veröffentlichung wird aufgrund der Informatisierung des Registerwesens möglich».

⁸⁹ Nebst dem *HR-Führer* können ausserdem *dessen Stellvertreter* direkt betroffen sein: DÜRR/MEYER, OR-Handkommentar, N 3 zu Art. 928 OR; nicht betroffen sind hingegen die Beamten des EHRA: ECKERT, Basler Kommentar, N 8 zu Art. 928 OR.

⁹⁰ Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1731.

⁹¹ Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1731.

⁹² Art. 929 Abs. 2 E OR: «Haftbar ist der *Kanton*; gegen die Person, die den Schaden verursacht hat [z.B. also der HR-Führer], steht

der geschädigten Person *kein Ersatzanspruch* zu» (BBl 2007 1806).

⁹³ Das Fehlen des *Verschuldenselements* in Art. 929 Abs. 1 E OR entspricht offensichtlich dem (künftigen) «gesetzgeberischen Willen», wie er sich aus der Botschaft Aktienrecht 07 ergibt: BBl 2007 1731.

⁹⁴ BBl 2007 1807.

⁹⁵ *Inhaltlich identisch* bereits: Art. 38 aHRegV bzw. nunmehr Art. 26 HRegV.

⁹⁶ Vgl. dazu vorne I. B. 3.

⁹⁷ Die Botschaft Aktienrecht 07 hält fest: «Da es sich (...) um eine Norm von grundsätzlicher Bedeutung handelt, erscheint ihre Verankerung im OR als gerechtfertigt» (BBl 2007 1731).

desrätliche Vorentwurf aus dem Jahre 2005 sah noch vor, die aktuelle Regelung gemäss Art. 943 OR, die eine *Ordnungsbusse* enthält, zu verschärfen und durch eine *strafrechtliche* Norm (als Übertretungstatbestand ausgestaltet) zu ersetzen. Darauf soll nunmehr *verzichtet* werden⁹⁸.

M.E. ist dieser Verzicht und damit die *prinzipielle* Beibehaltung des Status quo ebenfalls zu *begrüssen*. Eine Kriminalisierung erscheint nicht gerechtfertigt zu sein; das offensichtliche Fehlen der «Strafwürdigkeit» ergab bereits die Vernehmlassung im Jahre 2006⁹⁹. Dass der *Bussenrahmen erhöht* werden soll¹⁰⁰, kann hingegen ohne Einschränkung unterstützt werden, wobei dessen Höhe rechtspolitisch sicherlich diskutabel sind.

C. Mittelbare Auswirkungen auf das Handelsregisterrecht

1. Gründungen von AG

Sozusagen als «legislative Vollzugsmeldung» kann festgehalten werden, dass eine schon bisherige und bewährte EHRA-Praxis¹⁰¹ neu zu positivem Recht werden soll¹⁰², und zwar bei der sog. *Liberierung mittels Fremdwährung*: «Als Einlagen *in Geld* gelten Einzahlungen in Franken und in einer andern frei konvertiblen Geldwährung» (Art. 633 Abs. 3 E OR)¹⁰³.

Neu im Gesetz geregelt werden soll – notabene im Sinne eines besseren Gläubigerschutzes¹⁰⁴ – die sog. *Verrechnungsliberierung* (Art. 634b E OR); m.E. überzeugt der Vorschlag *nicht* betreffend die seit langem umstrittene Thematik der «Werthaltigkeit»¹⁰⁵. An dieser Stelle ist indes einzig wesentlich, dass künftig die *Angabe der Verrechnung* sowohl in den Statuten als auch im *HR notwendig* ist¹⁰⁶, d.h. es wird ein neuer HR-Tatbestand geschaffen¹⁰⁷.

Bei den sog. *Sachübernahmen* finden sich einige materielle Änderungsvorschläge, die zu Diskussionen veranlassen dürften¹⁰⁸. Gegenstand und Gegenleistung müssen ins *HR eingetragen* werden (Art. 634a Abs. 1 Satz 2 E OR)¹⁰⁹.

⁹⁸ Ausschlaggebend war die im Grossen und Ganzen *negative Vernehmlassung* dazu; allg.: Botschaft Aktienrecht 2007: B1 2007 1732.

⁹⁹ Botschaft Aktienrecht 2007: BBl 2007 1732 FN 230.

¹⁰⁰ (i) Art. 943 OR: CHF 10.– bis CHF 500.–; (ii) Art. 943 E OR: CHF 500.– bis CHF 5'000.–.

¹⁰¹ Hierzu: PAUL THALMANN, Bares ist Wahres (...), Reprax 4/2003, S. 19 ff.

¹⁰² Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1638 f.

¹⁰³ BBl 2007 1753; Liberierungen mittels Fremdwährung(en) stellen also *keine Sacheinlagegründungen*, sondern *Bargründungen* dar, was von den HR (weiterhin) zu beachten ist – z.B. bezüglich der einzureichenden Beilagen.

¹⁰⁴ Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1642.

¹⁰⁵ Hinweise zur Debatte: KUNZ, Minderheitenschutz, § 2 N 42 ff.

¹⁰⁶ Art. 634b Abs. 4 E OR: «Die Bewertung der Forderung und die dafür ausgegebenen Aktien müssen *ins Handelsregister eingetragen* werden» (BBl 2007 1755).

¹⁰⁷ Es findet im Hinblick auf die Offenlegung materiell eine *Gleichstellung zur Sacheinlage* statt, die m.E. nicht nur gerechtfertigt, sondern sogar notwendig ist.

¹⁰⁸ Dies trifft etwa zu auf die Bemerkung, wonach nur sog. «Geschäfte von grösserer wirtschaftlicher Bedeutung» als Sachübernahmen in Frage kommen – dazu die Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1640.

¹⁰⁹ Art. 634a Abs. 1 E OR: BBl 2007 1754.

Interessant erscheint der bundesrätliche Vorschlag gemäss Art. 634a Abs. 4 E OR, der ebenfalls einen *neuen* HR-Tatbestand schaffen würde: «Die Gesellschaft kann weitere Rechtsgeschäfte ins Handelsregister eintragen lassen»¹¹⁰.

D.h. die HR könn(t)en in Zukunft von Gesellschaften sozusagen als *freiwilliges Transparenzverbesserungsmedium* eingesetzt werden¹¹¹. Ob diese Möglichkeit durch AG realiter genutzt werden würde oder nicht, ist heute (noch) nicht abzu- sehen – ebenso wenig wie allfällige Mehrbelastungen der HR. M.E. sollte dieser sicherlich gut gemeinte Neuerungsvorschlag *abgelehnt* werden, weil dadurch der *Rechtsverkehr belastet* werden könnte. Akzeptabel wäre die Regelung nur, aber immerhin, wenn diesen *freiwilligen* Eintragungen *keine positive Publizitätswir- kung* zukäme. Somit scheint zumindest eine «Anpassung» unerlässlich.

2. Aktienkapitalveränderungen bei AG

Im Bereich der *Finanzierung durch Eigen- bzw. Risikokapital* bringt die «grosse» Aktienrechtsrevision verschiedene materielle Änderungen für die Gesellschaften und für die Aktionäre mit sich, die ebenfalls bedeutsam sind für die HR. Den Revisionspunkten, die teils die *Kapitalerhöhungen* und teils die *Kapitalherabset- zungen* betreffen, kommt indes unterschiedliches Gewicht zu.

Bei (i) der sog. *ordentlichen* Aktienkapitalerhöhung beträgt die Frist, die dem VR zur *Anmeldung beim HR* eingeräumt wird, nunmehr *sechs Monate* (Art. 650 Abs. 3 E OR) statt wie bis anhin bloss drei Monate (Art. 650 Abs. 1 OR) – diese Frist war zu kurz¹¹². Es wird ausserdem klar gestellt, dass die Erhöhung nicht in- nert Frist «durchgeführt» werden muss, sondern der VR hat die Kapitalerhöhung nur «beim Handelsregisteramt zur Eintragung anzumelden»¹¹³.

Einen weiteren *neuen* HR-Tatbestand schlägt der Bundesrat¹¹⁴ vor bei (ii) der sog. *bedingten* Kapitalerhöhung (Art. 653 Abs. 3 E OR)¹¹⁵, die bis anhin noch nicht im HR einzutragen war. M.E. ist diese Änderung vorbehaltlos zu *begrüssen*.

Eine Kognitionserweiterung für die HR-Führer wird vorgeschlagen bei (iii) der sog. *ordentlichen* Aktienkapitalherabsetzung. Gemäss Art. 653o Abs. 4 OR¹¹⁶ als weitere handelsrechtliche Neuregelung darf die HR-Eintragung nur erfol- gen, «wenn die Prüfungsbestätigung den gesetzlich verlangten Inhalt aufweist und keine Vorbehalte angebracht werden». Es handelt sich insofern um eine *be- schränkte* Kognition¹¹⁷.

¹¹⁰ Die Botschaft Aktienrecht 2007 weist auf die Praxis bei verschiedenen HR hin, gewisse an sich *nicht eintragungsfähige Geschäfte* bei den «Bemerkungen» aufzuführen: BBl 2007 1640.

¹¹¹ Freiwillig eingetragene Rechtsgeschäfte brauchen *nicht in den Statuten* erwähnt zu werden, wie die Botschaft Aktienrecht 07 fest- hält: BBl 2007 1640.

¹¹² Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1643.

¹¹³ Die HR-Anmeldung ist nur *rechtsgenü- gend*, wenn «sie den Vorschriften des Gesetzes und der Handelsregisterverordnung entspricht und die erforderlichen Belege angefügt sind»: Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1644; so-

zusagen *sanktioniert* wird das Verpassen der Frist mit *Dahinfallen des GV-Beschlusses*, und zwar *ex tunc* (a.a.O. 1644).

¹¹⁴ Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1647.

¹¹⁵ Art. 653 Abs. 3 E OR: «Der Verwaltungs- rat muss den Beschluss der Generalversamm- lung [zur bedingten Aktienkapitalerhöhung] innerhalb von 30 Tagen beim Handelsregister- amt zur Eintragung anmelden; ansonsten fällt der Beschluss dahin» (BBl 2007 1758).

¹¹⁶ Art. 653o OR: BBl 2007 1762.

¹¹⁷ Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1651: «Das *Handelsregisteramt* hat dabei lediglich eine *formelle Prüfung* vorzunehmen»; Her- vorhebungen hinzugefügt.

Wohl eine der gewichtigsten Neuerungen der «grossen» Aktienrechtsrevision besteht in der Einführung (iv) eines *Kapitalbandes* (Art. 653s ff. E OR)¹¹⁸, das insbesondere eine Flexibilisierung des Aktienkapitals gegen «oben» und gegen «unten» ermöglichen wird¹¹⁹. Das im HR «eingetragene Aktienkapital»¹²⁰ (= heutiges Aktienkapital) wird ergänzt um ein «Maximalkapital» (max. plus 50%) und um ein «Basiskapital» (max. minus 50%), und zwar durch Statutenänderung¹²¹. Diese «Sperrziffern» sind im HR einzutragen ebenso wie die *aktuelle Höhe* des Kapitals bei Wahrnehmung der Ermächtigung¹²².

3. Revisionen bei weiteren Körperschaften

Die «grosse» Aktienrechtsrevision bzw. die «grosse» OR-Revision betrifft nebst dem Aktienrecht verschiedene *andere Rechtsgebiete* – wenn auch meist nur in untergeordneter Hinsicht. Einige kleinere Änderungen, die nichtsdestotrotz bedeutsam sind für das Handelsregisterrecht, sollen vorgenommen werden bei (i) den *Kommanditaktiengesellschaften* einerseits¹²³ und bei (ii) den *Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (GmbH) andererseits¹²⁴.

Bei den AG werden zwar nicht die Gesellschafter, aber die VR-Mitglieder im HR eingetragen, und dabei muss deren *Staatsangehörigkeit* ausgewiesen werden¹²⁵. Diese eigentliche «Ausländer-Transparenz» wird nun neu für die Kommanditaktiengesellschaften¹²⁶ sowie für die GmbH¹²⁷ vorgeschlagen, d.h. die ausländische Staatsangehörigkeit wird zwar nicht generell, aber in diesem spezifischen Zusammenhang künftig *im HR auszuweisen* sein.

4. Revision des Firmenrechts

Da die Firmen¹²⁸ im HR eingetragen werden, haben *Änderungen des Firmenrechts* meist mittelbare Auswirkungen auf das Handelsregisterrecht bzw. auf die Praxis der HR. Art. 944 Abs. 2 E OR sieht eine wichtige Änderung und damit eine *Liberalisierung* des Firmenrechts¹²⁹ vor, die von den HR-Führern zu beachten sein wird:

«Unter Vorbehalt der allgemeinen Grundsätze der Firmenbildung und der Pflicht zur Angabe der Rechtsform *darf* die Firma aus *reinen Sachbezeichnungen* bestehen. Reine Sachbezeichnungen geniessen jedoch keinen Schutz gegenüber später im Handelsregister eingetragenen Firmen»¹³⁰. Die Verwendung von reinen

¹¹⁸ Statt aller: KUNZ, Status, 137 ff. m.w.H.; detaillierter die Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1652 ff.

¹¹⁹ Vergleichbare Vorschläge des Unterzeichners wurden vor Jahren bereits dem EHRA vorgelegt und publiziert: Vgl. dazu vorne I.A.

¹²⁰ Art. 653s Abs. 2 E OR.

¹²¹ Art. 653s Abs. 1/Abs. 2 E OR.

¹²² Nach jeder Erhöhung bzw. Herabsetzung im Rahmen des Kapitalbandes muss der VR das *aktuelle* Aktienkapital *im HR anpassen*, und zwar innert 30 Tagen: Art. 653u Abs. 3 E OR (BBl 2007 1764).

¹²³ Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1725.

¹²⁴ Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1726.

¹²⁵ Art. 640 Abs. 3 Ziff. 3 a.E. OR.

¹²⁶ Art. 765 Abs. 2 E OR: BBl 2007 1802.

¹²⁷ Art. 791 Abs. 1 E OR: BBl 2007 1803.

¹²⁸ Art. 944 ff. OR.

¹²⁹ Aktuellerweise darf eine Firma *nicht* aus *reinen Sachbezeichnungen* gebildet werden – diese Praxis wurde begründet mit: BGE 101 Ib 361 ff. («Inkasso AG»); detailliert: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER; Gesellschaftsrecht, § 7 N 47 ff.

¹³⁰ Art. 944 Abs. 2 E OR: BBl 2007 1809.

Sachbezeichnungen bei der Firmenbildung kann also von den *HR-Führern nicht moniert* werden.

Die firmenrechtliche Kognitionsbefugnis des HR-Führers umfasst seit jeher das *Verbot der Eintragung identischer Firmen*¹³¹. M.E. bleibt diese Kognition *unverändert*, d.h. die «Eintragung einer identischen Firma [im HR ist weiterhin] ausgeschlossen»¹³² und müsste vom HR *zurückgewiesen* werden. Zudem wird eine *übergangsrechtliche* Norm vorgeschlagen¹³³.

III. Exkurs: Prüfungspflicht bzw. Kognitionsbefugnis

A. Ausgangslage

1. Rechtsgrundlagen

Art. 940 Abs. 1 OR hält – notabene *ohne Einschränkungen* – lapidar fest: «Der Registerführer hat zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind»; der HR-Führer hat insbesondere zu untersuchen, ob die Statuten »keinen *zwingenden* Vorschriften widersprechen und den vom Gesetz verlangten Inhalt aufweisen« (Art. 940 Abs. 2 OR). Im Wesentlichen identische Anordnungen finden sich ausserdem auf Verordnungsstufe¹³⁴.

Diese Vorgaben werden nun aber vom OR und von der HRegV *nicht materiell gefüllt*, was seit Jahrzehnten zu Auseinandersetzungen über die «Prüfungstiefe» bzw. die «Prüfungsdichte» führt. Während in der *Lehre* keine «*unité de doctrine*» zu erkennen ist¹³⁵, besteht zumindest seit langer Zeit¹³⁶ eine konstante Rechtsprechung des *Bundesgerichts* zur Thematik¹³⁷.

Die Kognitionsbefugnis wird gelegentlich in der *Lehre* (und zwar nicht zuletzt vom Unterzeichner) thematisiert im Hinblick auf den *Schutz von Minderheitsgesellschaftern* (potentiell eben gerade durch den HR-Führer) – wobei sich keine einheitliche Ansicht durchzusetzen vermochte¹³⁸. Doch zumindest die «*Interessenlage*» erscheint m.E. eindeutig: «*Je unbeschränkter* die Kognition des

¹³¹ Statt aller: CHRISTIAN HILTI, Firmenrecht (...), SIWR Bd. III/2 (2. A. Basel 2005) S. 37 f.; zudem allg.: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 6 N 54/§ 7 N 79 ff.

¹³² Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1733.

¹³³ Anders als normalerweise beim «*Übergangsrecht*» gibt es hier indes in Zukunft *kein «Auslaufen»* der Normbedeutung: «Firmen, die vor dem 1. Januar 2008 im Handelsregister eingetragen wurden und reine Sachbezeichnungen enthalten, geniessen weiterhin Schutz nach bisherigem Recht» [und zwar m.E. *ohne Schranke pro futuro*] (Art. 5 E Übest OR: BBl 2007 1810); zudem: Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1734.

¹³⁴ Art. 21 aHRegV sowie Art. 28 HRegV.

¹³⁵ Hinweise statt aller: THOMAS KOCH, Das Zwangsverfahren des Handelsregisterführers (Diss. Zürich 1997) S. 106 ff.; THOMAS SCHNEIDER, Der Rechtsschutz in Handelsregistersachen und die Entscheidkompetenz der Handelsregisterbehörden (Diss. Zürich 1959) S. 259 ff.; KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 250 ff.

¹³⁶ Statt aller: CLEMENS MEISTERHANS, Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde (Diss. Zürich 1996) S. 103 ff. m.w.H.

¹³⁷ Vgl. dazu hinten III. A. 2.

¹³⁸ Allg.: KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 239 ff.; ALEXANDER I. DE BEER, Minderheitenschutz durch erweiterte Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, ZSR 114 (1995) I S. 81 ff.

HR-Führers ist, *desto stärker* müsste sein Potential als Wächter für [z.B.] die Minderheitsaktionäre sein»¹³⁹; es wird also gefragt, ob der HR-Führer ein «Wächter des Minderheitenschutzes» ist¹⁴⁰.

2. Praxis des Bundesgerichts

Obwohl sich keine (expliziten) Schranken in Art. 940 Abs. 1 OR finden lassen, hat sich das Bundesgericht seit langer Zeit und in konstanter Praxis bei *materiellen* Themen¹⁴¹ – anders als bei formellen bzw. registerrechtlichen Themen¹⁴² – für eine sog. *eingeschränkte Kognition* der HR-Führer entschieden¹⁴³, d.h. der HR-Führer muss, wenn auch weder vom Gesetz noch von der HRegV vorgegeben, einige Hürden überwinden¹⁴⁴:

Einerseits werden – entgegen dem Wortlaut von Art. 940 OR – nicht generell (i) *zwingende* Regelungen geprüft, sondern nur jene zwingenden Gesetzesbestimmungen, die ausserdem (ii) «im *öffentlichen Interesse* oder *zum Schutze Dritter* aufgestellt» wurden¹⁴⁵, d.h. bei bloss dispositivem Recht oder bei privaten Interessen muss sich der Betroffene eigenverantwortlich an den Richter wenden¹⁴⁶. Andererseits darf der HR-Führer zusätzlich die Eintragung nur ablehnen, wenn sie (iii) «*offensichtlich* und *unzweideutig* dem [zwingenden] Recht widerspricht, nicht dagegen, falls sie auf einer ebenfalls denkbaren Gesetzesauslegung beruht»¹⁴⁷.

Das Bundesgericht hat niemals eine überzeugende juristische Begründung für die Errichtung dieser Hürden gegeben. Wohl nicht zuletzt aus diesem Grund dürften einige HR eher «leichtfertig» mit dieser Praxis umgehen. Das zentrale und grosse Gewicht der Praxis beruht in erster Linie auf dem Faktum einer *jahrzehntelangen Konstanz*.

¹³⁹ KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 241; Hervorhebungen im Original (ähnlich a.a.O. N 250 a.E.).

¹⁴⁰ Eine gewisse «Wächterfunktion» ist wohl selbst de lege lata kaum zu bestreiten: GUILLAUME VIANIN, L'inscription au registre du commerce et ses effets (Diss. Freiburg 1999) S. 322 ff.; KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 239 m.w.H. in FN 689.

¹⁴¹ Allg.: MANFRED KÜNG, Die Prüfungspflicht des Handelsregisterführers in materiellrechtlichen Fragen, SZW 62 (1990) S. 41; als Beispiel kann die *statutarische Vinkulierung* erwähnt werden; hierzu: BENEDIKT A. SUTER, Kognition des Handelsregisterführers in Bezug auf statutarische Übertragungsbeschränkungen für Namenaktien nach neuem Aktienrecht, in: Jahrbuch des Handelsregisters 1993 (Zürich 1993) S. 55 ff.

¹⁴² Bei *formellen* bzw. registerrechtlichen Fragen (z.B. Zuständigkeit, Vollständigkeit, Eintragungsfähigkeit) wird dem HR-Führer eine sog. *unbeschränkte Kognition* zugestanden; allg.: KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 243 m.w.H.

¹⁴³ Statt aller: ECKERT, Basler Kommentar, N 1/N 18 ff. zu Art. 940 OR.

¹⁴⁴ Bundesgerichtliche Praxis – Auswahl: BGE 119 II 465 Erw. 2. b.; BGE 125 III 21 Erw. 3. b. («pouvoir limité»); BGE 132 III 672 Erw. 3.1; zudem: KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 243 ff.

¹⁴⁵ Beispiel: BGE 117 II 188 Erw. 1; Hervorhebungen hinzugefügt; zudem: BGE 125 III 21 Erw. 3. b; BGE 114 II 70 Erw. 2; BGE 107 II 247 f. Erw. 1.

¹⁴⁶ Prüfungsgegenstand ist m.a.W. einzig *qualifiziert zwingendes* Recht.

¹⁴⁷ Beispiel: BGE 117 II 188 Erw. 1.

B. Revisionsbedarf zur Kognition?

1. Rechtssetzung

Bei (i) der letzten «kleinen» Aktienrechtsrevision im Jahre 2007¹⁴⁸ wurde Art. 940 OR weder formell noch materiell revidiert. Auf Verordnungsstufe wurde bei (ii) der kürzlichen Totalrevision der HRegV im Jahre 2007¹⁴⁹ zwar Art. 21 aHRegV durch Art. 28 HRegV ersetzt, doch ergibt sich dadurch zumindest keine materielle Änderung zur Kognition¹⁵⁰. Im Bereich der *Rechtssetzung* bleibt somit alles beim «*Status quo ante*».

Die *Nichtfestschreibung* der Kognitionsformel im Rahmen der HRegV-Totalrevision erfolgte nicht etwa irrtümlich, sondern *bewusst*. Der Bundesrat wollte damit «eine sach- und fallbezogene Weiterentwicklung der Rechtsprechung ermöglich[en]»¹⁵¹. Es muss deshalb noch untersucht werden, *ob* die bisherige Praxis *revisionsbedürftig* ist oder nicht¹⁵².

Im Rahmen der aktuellen «grossen» Aktienrechtsrevision könnte (und sollte wohl) die Kognitionsbefugnis des HR-Führers m.E. *etwas präzisiert* werden¹⁵³, was der Rechtssicherheit förderlich wäre¹⁵⁴ und die Gewaltenteilung betonen würde¹⁵⁵. Als rechtspolitischer Grundsatzentscheid käme des Weiteren in Frage, die *Kognition auszubauen* auf Gesetzesebene, wobei dieser *Paradigmenwechsel* in jedem Fall verfahrensmässig unterstützt werden müsste¹⁵⁶ – in diesem Bereich eine «prophylaktische Rechtspflege»¹⁵⁷ zu institutionalisieren, könnte somit als rechtspolitische Alternative zum Status quo diskutiert werden.

2. Rechtsanwendung

De lege lata muss die Kognitionsformel des Bundesgerichts¹⁵⁸ nicht nur zur Kenntnis genommen, sondern ausserdem von den HR angewandt werden. Viele Praktiker – ebenfalls der Unterzeichner in seiner früheren Tätigkeit – machten und machen immer wieder andere Erfahrungen¹⁵⁹. Die *Kritik ist heftig*, und zwar auch von anerkannter Seite:

¹⁴⁸ Vgl. dazu vorne I. B. 1.

¹⁴⁹ Vgl. dazu vorne I. B. 1/2.

¹⁵⁰ Der Bundesrat verzichtete auf das Festschreiben der bundesgerichtlichen Praxis auf Verordnungsebene: VOGT/BIERI/ZUBERBÜHLER, Aktienrecht, S. 60.

¹⁵¹ Begleitbericht zum Venehmlassungsentwurf vom 28. März 2007, S. 5 – der Bundesrat zeigte sich im Übrigen aber *sehr kritisch* zur heutigen restriktiven Handhabung durch das Bundesgericht: «Sachlich ist [die Praxis] insofern problematisch, als sie bei einer rigiden Anwendung den Rechtsschutz von Drittpersonen beeinträchtigen kann» (a.a.O. S. 5); publiziert: <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/gmbh.Par.0025.File.tmp/ber-entw-vo-hregv-d.pdf>.

¹⁵² Vgl. dazu hinten III. B. 2.

¹⁵³ KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 258 a.E.

¹⁵⁴ In fusionsrechtlichem Zusammenhang: MORITZ KUHN, Der Vorentwurf zum Fusionsgesetz beurteilt aus der Praxis, ZSR 118 (1999) I S. 258.

¹⁵⁵ KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 241.

¹⁵⁶ In diesem Sinne bereits: KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 258, d.h. es bräuchte eine *Anpassung des Verfahrens* zur HR-Eintragung (a.a.O. N 254 ff. m.w.H.).

¹⁵⁷ ROLF BÄR, Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterführers, BN 39 (1978) S. 419.

¹⁵⁸ Vgl. dazu vorne III. A. 2.

¹⁵⁹ Pointiert jüngst: LUKAS BLÄTTLER, Von den Mühen mit den Mühen – oder: Was Parkinsons Gesetz mit der Kognition des Handelsregisterführers zu tun haben könnte, in: FG für P. Forstmoser (Zürich/St. Gallen 2008) S. 217 ff.

«Registerführer haben manchmal Mühe, die engen Schranken ihrer Kognitionsbefugnis einzuhalten; Kompetenzüberschreitungen kommen in der Praxis immer wieder vor»¹⁶⁰.

Heute übernimmt der HR-Führer (noch) keine formelle Funktion als «Wächter des Minderheitenschutzes»¹⁶¹. Wenn sich z.B. ein Aktionär wehren kann und dies nicht will, sollte m.E. nicht (ersatzweise) der HR-Führer intervenieren. Der HR-Führer ist heute schlicht *nicht geeignete* Instanz für einen solchen an sich privatrechtlichen Schutzmechanismus.

M.E. sollte die bisherige Kognitionsformel somit mindestens für den Moment *beibehalten* werden¹⁶² – und diese Praxis müsste von allen HR besser «verinnerlicht» werden¹⁶³, so dass die Rechtssicherheit gewährleistet bleibt.

IV. Schlussbemerkungen

Die beiden *aktuellen Anlässe* für die vorliegenden Ausführungen sind einerseits das *125-Jahre-Jubiläum* des Rechtsinstituts des Handelsregisters sowie andererseits die anstehende «*grosse*» *OR-Revision* zum Aktienrecht und zu weiteren Rechtsgebieten.

Die aktuelle Revision des OR betrifft das Handelsregisterrecht sowohl unmittelbar als auch mittelbar. Eine Zielsetzung dieser Darstellung war, einen Überblick zu verschaffen. Die Änderungsvorschläge verdienen grossmehrheitlich *rechtspolitische Unterstützung*, obwohl Details (z.B. die Höhe des Ordnungsbussenrahmens¹⁶⁴ oder der Vorschlag zur Möglichkeit von freiwilligen HR-Eintragungen bei Sachübernahmen¹⁶⁵) diskutabel sind.

Eine grobe Unterlassungssünde besteht beim bundesrätlichen Entwurf darin, dass nach wie vor keine Regelung zum (umstrittenen) *öffentlichen Glauben* des HR¹⁶⁶ vorgesehen wird. Das Parlament sollte die Thematik aufnehmen.

Der Bundesrat anerkennt *zusätzliche Lasten für die Kantone*: «Die Vorlage hat namentlich Auswirkungen auf die Kantone im Bereich des Handelsregisters»¹⁶⁷. Für die Handelsregisterämter wird mit Zusatzkosten – etwa betreffend dem Einscannen von Statuten etc. – gerechnet, doch sollte zumindest *mittelfristig der Aufwand reduziert* werden (beispielsweise durch das Sinken der Zahl telefonischer Anfragen bei den HR)¹⁶⁸.

¹⁶⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 6 N 50 a.A.; das *EHRA* kann mangels Kompetenz leider *nicht intervenieren* zugunsten nicht eingetragener Parteien (a.a.O. N 51).

¹⁶¹ Vgl. dazu vorne III. A. 1.

¹⁶² KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 254; DERS., Spannungsfeld, S. 35; a.M. (statt aller): CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Funktion und Recht des Handelsregisters als wirtschaftsrechtliches Problem, ZSR 108 (1989) I S. 448; KOCH, Zwangsverfahren, S. 103.

¹⁶³ Erstaunlich kurz ein «Handbuch für die Praxis»: REBSAMEN, Handelsregister, N 43 ff.;

in der Wirtschaftsrealität gibt es indes nur *selten Verfahren gegen HR*, weil es sich Nichteingetragene schlicht nicht «leisten» können, weiter Zeit zu verlieren – diese «*Macht des Faktischen*» gewisser HR erscheint rechtsstaatlich äusserst bedauerlich.

¹⁶⁴ Vgl. dazu vorne II. B. 2. e.

¹⁶⁵ Vgl. dazu vorne II. C. 1.

¹⁶⁶ Vgl. dazu vorne II. B. 1.

¹⁶⁷ Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1745.

¹⁶⁸ Durchaus überzeugend die Botschaft Aktienrecht 07: BBl 2007 1746.

Es besteht heute *kein Änderungsbedarf* im Zusammenhang mit der *Kognitionsbefugnis* der HR-Führer¹⁶⁹ – die jahrzehntelange Praxis hat zu Rechtssicherheit geführt. Sollte die Kognition erweitert werden, bräuchte es *verfahrensmässige* Anpassungen.

Positiv erscheint schliesslich, dass die Materien zum HR unter den Aspekten von «Grundsätzlichkeit» oder «Details» *besser aufgeteilt* werden zwischen OR und HRegV¹⁷⁰.

Die HR-Ämter als *rechtsanwendende* Behörden stehen in jedem Fall vor *Herausforderungen*. Zwar gibt es nur einige wenige neue HR-Tatbestände¹⁷¹, die zu berücksichtigen sind. Trotzdem werden mit der «grossen» OR-Revision sicherlich etliche *Rechtsunsicherheiten* geschaffen, die heute noch kaum zu erkennen sind. Eine Herausforderung besteht darin, dass sich die Mitarbeiter der HR mit der Zukunft in diesem Bereich auseinandersetzen und sich «up daten».

Ich bin mir sicher, dass diese *Herausforderungen von den HR gemeistert* werden!

¹⁶⁹ Vgl. dazu vorne III. B. 2.

¹⁷⁰ Vgl. dazu vorne I. B. 3.

¹⁷¹ Vgl. dazu vorne II. C.