

Prof. Dr. Peter V. Kunz

## **Zur Erteilung von Zeichnungsberechtigungen durch die Geschäftsleitung – Eine wissenschaftliche Replik**

---

Im Rahmen von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR gehört die Erteilung von Zeichnungsberechtigungen, beispielsweise an Direktoren oder an Prokuristen, zu den unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft. Ein kürzlich erschienener Aufsatz in Jusletter geht mit der Mehrheit der praxisorientierten Lehrmeinungen davon aus, dass nichtsdestotrotz eine Kompetenzdelegation vom Verwaltungsrat an die Geschäftsleitung möglich sei – und kündigt dabei eine entsprechende Praxisänderung der kantonalen Handelsregisterämter an. Der vorliegende Beitrag nimmt zum geltenden Aktienrecht eine Gegenposition ein.

---

Rechtsgebiet(e): Aktienrecht; Handelsrecht; Wissenschaftliche Beiträge

Zitiervorschlag: Peter V. Kunz, Zur Erteilung von Zeichnungsberechtigungen durch die Geschäftsleitung – Eine wissenschaftliche Replik, in: Jusletter 27. Juni 2011

## Inhaltsübersicht

- I. Einführung
  - A. Ausgangslage
  - B. Praxisänderung der HR?
- II. Kritik
  - A. Aktienrecht
    - a) Grundlagen
    - b) Auslegung von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR
  - B. Handelsregisterrecht
    - a) Zielsetzungen
    - b) Bezug zur konkreten Fragestellung
  - C. Weitere Aspekte (und Seitenhiebe)
- III. Schluss

## I. Einführung

### A. Ausgangslage

[Rz 1] Das sog. *Handelsregisterrecht* stellt einen wichtigen, allerdings etwas vernachlässigten Teil des Gesellschaftsrechts in der Schweiz dar<sup>1</sup>. Das Handelsregisterrecht beruht auf der *Rechtssetzung* einerseits<sup>2</sup> sowie auf der *Rechtsanwendung* andererseits. Die handelsregisterrechtliche Rechtssetzung befindet sich seit einiger Zeit fast schon in «Dauerrevision». Die HRegV wurde kürzlich total überarbeitet<sup>3</sup>, und die aktuelle «grosse» Aktienrechtsrevision wird ebenfalls gewichtige Änderungen im Handelsregisterrecht mit sich bringen<sup>4</sup>.

[Rz 2] Nicht weniger wichtig als die Rechtssetzung erscheint die handelsregisterrechtliche Rechtsanwendung, also in erster Linie die *Praxis der Handelsregisterämter* (HR). Gewisse HR geraten – m.E. nicht zu unrecht – immer wieder in Kritik wegen Kompetenzanmassungen trotz sog. beschränkter Kognition<sup>5</sup>; es wird einigen HR vorgeworfen<sup>6</sup>, dass sie die

gesetzlichen Anforderungen in verschiedenen Bereichen sozusagen «zu streng» interpretieren. Die im Folgenden zu besprechende Thematik geht gerade in die umgekehrte Richtung.

[Rz 3] Bei der in Frage stehenden rechtlichen Thematik geht es im Wesentlichen um die *Aufgabenbereiche eines Pflichtorgans*, die zumindest teilweise – eine seltene Ausnahme im normalerweise dispositiven Gesellschaftsrecht – zwingend umschrieben werden. Das seit zwei Jahrzehnten gültige Aktienrecht gemäss Art. 620 ff. OR sieht für den Verwaltungsrat (VR) einer Aktiengesellschaft (AG) u.a. eine *nicht delegierbare Kompetenz* wie folgt vor:

[Rz 4] «Der Verwaltungsrat hat folgende unübertragbare und unentziehbare Aufgaben: (...) die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen (...)» (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR). Dabei fällt schon auf den ersten Blick auf, dass der Gesetzestext von Art. 716a OR *keine Differenzierungen* beispielsweise betreffend «Grossgesellschaften» oder Banken vorsieht. Die Regelungsbereiche gemäss Art. 716a OR, nämlich Ziff. 1<sup>7</sup> – Ziff. 7<sup>8</sup>, können somit generell *nicht vom VR übertragen* werden (wohin bzw. an wen auch immer), notabene nicht einmal auf der strengen Grundlage von Art. 716b OR<sup>9</sup>.

[Rz 5] Zur «*Ernennung*» gemäss Ziff. 4 von Art. 716a Abs. 1 OR gehört zwangsläufig die Erteilung der Zeichnungsberechtigung. Dieser Akt erscheint untrennbar und erfolgt uno actu, sozusagen als zwei Seiten derselben Medaille. Umstritten kann hingegen sein, wer im Einzelnen die in dieser Bestimmung erwähnten «*Personen*» sind.

[Rz 6] Es ist unstrittig, dass die heutige aktienrechtliche Ordnung – insbesondere bei «*Grossgesellschaften*» – zumindest pragmatisch *wenig Sinn* macht, weil die zu ernennenden «mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen» (u.a. Vizedirektoren, Prokuristen, Assistant Vice Presidents und Handlungsbevollmächtigte) bei tausenden von Angestellten der Unternehmung dem VR *meist unbekannt* sind und regelmässig als *Dauer-Traktandum* «*abgenickt*» werden. Eine Kompetenzverschiebung hin zur Geschäftsleitung (GL) der Gesellschaft erscheint somit ohne Zweifel sinnvoll.

[Rz 7] Doch wäre eine solche Delegation im geltenden Recht (de lege lata) wirklich legal? Oder soll allenfalls *Pragmatik vor Recht* gehen? Soweit ersichtlich, hat sich m.E. weder die Rechtsanwendung noch die Rechtswissenschaft vertieft mit der Problematik auseinandergesetzt.

<sup>1</sup> Übersicht: PETER V. KUNZ, Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht (Bern 2011) 23 ff.

<sup>2</sup> Im Vordergrund stehen entsprechende Normen im *Obligationenrecht* (OR: SR 220) – v.a. Art. 927 ff. OR – sowie die *Handelsregisterverordnung* des Bundesrats (HRegV: SR 221.411).

<sup>3</sup> Statt aller: LUKAS GLANZMANN, Die kleine Aktienrechtsrevision unter Berücksichtigung der Revision der HRegV, in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III* (Bern 2008) 119 ff.; HARALD BÄRTSCHI, Revidiertes Handelsregisterrecht, GesKR 2008, 61 ff.; NICOLAS DUC, Überblick über die neue Handelsregisterverordnung, in: *Chancen und Risiken 2007/2008* (Zürich 2008) 63 ff.

<sup>4</sup> Hierzu: PETER V. KUNZ, Herausforderungen zum Handelsregisterrecht (...), REPRAX 2/3/2008, 138 ff. und v.a. 143 ff.; DERS. (FN 1) 29 ff. m.w.H.; eine *Eidgenössische Expertenkommission* hat im Jahre 2010 eine «*Vision zum schweizerischen Handelsregisterwesen*» entwickelt: REPRAX 1/2011, 3 ff.

<sup>5</sup> Allg.: CLEMENS MEISTERHANS, Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde (Diss. Zürich 1996) 103 ff.; THOMAS KOCH, Das Zwangsverfahren des Handelsregisterführers (Diss. Zürich 1997) 106 ff.; PETER FORSTMOSER, Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, REPRAX 2/1999, 1 ff.

<sup>6</sup> Auswahl: ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht (10. A. Bern 2007) § 6 N 50 a.A.; LUKAS BLÄTTLER, Von den Mühen mit den Mühen (...), in: *Wirtschaftsrecht in Bewegung* (Zürich/St. Gallen 2008) 217 ff.; KUNZ (FN 1) 29 ff.

<sup>7</sup> Beispielsweise gehört die *Oberleitung* der AG (Strategie etc.) in den VR-Kompetenzbereich.

<sup>8</sup> Die *Überschuldungsanzeige* («Bilanz deponieren») kann vom VR ebenfalls nicht delegiert werden, obwohl die GL meist wesentlich «näher» an den Zahlen etc. sein dürfte.

<sup>9</sup> Die Geschäftsführung *als solche* kann hingegen übertragen werden auf ein VR-Mitglied (sog. Delegierter des VR) oder auf einen «Dritten» (z.B. Direktor), sofern dafür sowohl eine *statutarische Basis* als auch ein *Organisationsreglement* vorliegen: Art. 716b Abs. 1 OR.

## B. Praxisänderung der HR?

[Rz 8] Nicht sämtliche, aber zumindest *gewisse Zeichnungsberechtigungen* sind im HR einzutragen (sc. VR-Mitglieder, Direktoren sowie Prokuristen)<sup>10</sup>. In diesem Zusammenhang haben die HR die Anmeldungen betreffend *Personalmutationen zu prüfen*, und zwar u.a. auf Vollständigkeit der Unterlagen. M.W. entsprach es bis anhin der ständigen Praxis der knapp 30 HR<sup>11</sup>, bei der Anmeldung jeglicher eintragungspflichtiger Zeichnungsberechtigungen in Anwendung des Aktienrechts einen entsprechenden *VR-Beschluss* zu verlangen<sup>12</sup>.

[Rz 9] In den letzten Jahren befürwortet die *Doktrin* immer stärker eine «Aufweichung» bzw. eine *reduzierte Interpretation* hinsichtlich Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR<sup>13</sup>, wobei meist nur pragmatisch «argumentiert» wird (Motto: «Es ist praktisch, folglich muss es legal sein»); eine wohl nicht zu unterschätzende Bedeutung kommt einer Veröffentlichung des heutigen *Leiters des EHRA* zu, der sich – unter gewissen strengen Voraussetzungen – im Ergebnis für eine Delegationsmöglichkeit an die GL aussprach<sup>14</sup>.

[Rz 10] In einem kürzlich erschienen Beitrag im Jusletter kündigen KÄSER/GYSI<sup>15</sup> eine anscheinend bevorstehende und somit «kalt eingeführte» *Praxisänderung der HR* in der Schweiz an, die von den Autoren befürwortet wird. Danach darf «die Erteilung von Zeichnungsberechtigungen an *nicht direkt* dem Verwaltungsrat *Unterstellte* an die *Geschäftsleitung delegiert* werden»<sup>16</sup>. Eine solche Handhabung bzw. Auslegung von

Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR, die im Übrigen in überraschendem Widerspruch zur traditionell (allzu) strengen Kognitionspraxis der HR stehen würde, muss m.E. *abgelehnt* werden<sup>17</sup>.

[Rz 11] Es besteht qualitativ keine h.M. zur Frage der Delegierbarkeit der Erteilung von Zeichnungsberechtigungen vom VR an die GL. Eingeräumt werden muss, dass sich die *Mehrheit* der Autoren für eine Übertragungsmöglichkeit aussprechen<sup>18</sup> – dabei fällt auf, dass meist nicht juristisch, sondern *pragmatisch «argumentiert»* (oder sogar bloss verwiesen und weiterverwiesen und noch einmal weiterverwiesen) wird. Unerlässlich erscheint eine methodisch korrekte Interpretation von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR<sup>19</sup>.

## II. Kritik

### A. Aktienrecht

#### a) Grundlagen

[Rz 12] Ein zentrales rechtspolitisches Anliegen sämtlicher Aktienrechtsordnung(en) der Schweiz war und ist die sog. *Corporate Governance*, d.h. insbesondere die Schaffung eines «Machtausgleichs» zwischen den verschiedenen Organen einer Gesellschaft («Checks and Balances»). Diese legislative Stossrichtung kommt nicht erst bei der aktuellen «grossen» Aktienrechtsrevision zum Ausdruck<sup>20</sup>, sondern bereits bei der letzten umfassenden Revision zu Beginn der 1990er Jahre<sup>21</sup>. *Corporate Governance* erweist sich ausserdem nicht allein zwischen den Pflichtorganen einer AG<sup>22</sup>, sondern ebenfalls *zwischen VR und GL* als bedeutsam<sup>23</sup>.

[Rz 13] Ein aktienrechtliches Axiom in der Schweiz bzw. eine

<sup>10</sup> Zur *Prokura* («per procura»): Art. 458 Abs. 2 OR; die *Handlungsvollmacht* («i.V.») gemäss Art. 462 OR muss und kann hingegen nicht im HR eingetragen werden – die folgenden rechtlichen Überlegungen betreffend Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR gelten m.E. indes ebenfalls für die Handlungsbevollmächtigten sowie für andere Zeichnungsberechtigte, die nicht im HR eingetragen werden müssen.

<sup>11</sup> Das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (EHRA) hat sich nie offiziell verlauten lassen.

<sup>12</sup> Erforderlich ist z.B. ein *VR-Zirkularbeschluss* oder ein (beurkundeter) *Protokoll-Auszug* einer VR-Sitzung.

<sup>13</sup> Statt aller: ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, Basler Kommentar OR II (3. A. Basel 2008) N 11 sowie N 20 zu Art. 716a OR; ADRIAN PLÜSS ET AL., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Zürich 2007) N 6 zu Art. 716a OR; URS BERTSCHINGER, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Zürich 1999) N 148; ADRIAN W. KAMMERER, Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates (Diss. Zürich 1997) 176 ff. sowie 210 ff.; a.M.: PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996) § 29 N 64 und § 30 N 46 sowie der Unterzeichner: vgl. dazu hinten II. A.b.

<sup>14</sup> Historisch begründend: NICHOLAS TURIN, Aspekte einer neuen Interpretation von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR, REPRAX 2/1999, 42 ff.; dieser Ansicht folgt das *EHRA*: CEDRIC CHAPUIS, OR Handkommentar (2. A. Zürich 2009) N 11 zu Art. 716a OR.

<sup>15</sup> CHRISTOPH KÄSER/MARKUS GYSI, Erteilung von Zeichnungsberechtigungen durch die Geschäftsleitung und moderne Konzepte zur Regelung der Zeichnungsberechtigungen, in: Jusletter vom 6. Juni 2011; vorgängig bereits publiziert: REPRAX 1/2011, 17 ff. (anscheinend in Absprache mit dem EHRA).

<sup>16</sup> KÄSER/GYSI (FN 15) Rz. 22 a.E. – Hervorhebungen hinzugefügt; die beiden

Autoren begründen ihre Ankündigung bzw. Prognose mit einer Art von *Umfrage* – auf welcher Basis auch immer – einerseits beim EHRA und andererseits bei einzelnen kantonalen HR: a.a.O. Rz. 17 ff.

<sup>17</sup> Die *Gerichte* wären an eine solche Interpretation nicht gebunden; zudem hätte eine Praxisänderung der HR keinen Einfluss auf die Rechtslage der *Handlungsbevollmächtigten*, die zur «Geschäftsführung» im Sinne von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR ermächtigt, aber eben gerade nicht im HR eingetragen werden können.

<sup>18</sup> Übersicht: PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht (4. A. Zürich 2009) § 13 N 356 f. m.w.H.

<sup>19</sup> Vgl. dazu hinten II. A.b.

<sup>20</sup> Botschaft 2008: BBI 2008 1590 sowie 1606 ff.

<sup>21</sup> Botschaft 1983: BBI 1983 II 23; die Zielsetzungen wurden weniger unter den damals noch unbekanntem Begriff «Corporate Governance», sondern unter «Minderheitenschutz» subsumiert.

<sup>22</sup> In aller Regel stehen der VR sowie die Generalversammlung (GV) im Vordergrund des Interesses: PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (Habil. Bern 2001) § 1 N 34 ff.

<sup>23</sup> M.E. kann gerade in «Grossunternehmen» das *Verhältnis von VR und GL unausgewogen* sein, weil die *eigentliche Machtfülle* bei der de iure zwar untergeordneten, aber de facto entscheidenden GL liegt; der VR vermag somit mehr «auf dem Papier» als in der Realität – dieser nicht seltene «Schutzbedarf» des VR gegenüber der GL wird in der Doktrin in der Schweiz grundlegend ignoriert.

kaum zu schlachtende «heilige Kuh» im Bereich der Rechtssetzung stellt das sog. *Prinzip der Einheit des Aktienrechts* dar<sup>24</sup>. Es gelten m.a.W. dieselben Aktienrechtsnormen gemäss Art. 620 ff. OR für sämtliche schweizerischen AG – also von der Einpersonen-AG über die kleine und mittlere Unternehmung (KMU) bis hin zum internationalen Grosskonzern mit mehr als 300'000 Aktionären<sup>25</sup>. Die laufende Revision des Aktienrechts spricht pro futuro relativierend vom «Modell einer punktuellen, materiellen Differenzierung»<sup>26</sup>. M.E. erscheinen *legislative Differenzierungen je nach Wirtschaftsform* (statt nach Rechtsform)<sup>27</sup> de lege ferenda unerlässlich<sup>28</sup>.

[Rz 14] Die Rechtsanwendung kann (und soll) bereits heute nach *Grössenkriterien differenzieren*, sofern ihr die Rechtssetzung entsprechende methodische Interpretationsmöglichkeiten einräumt – z.B. mit einem unbestimmten Rechtsbegriff wie «wichtige Gründe» gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR<sup>29</sup>. Methodisch korrekte und interessante Ansätze zur dogmatischen Auslegungsdifferenzierung im Bereich des Aktienrechts zeigte die sog. *Typologie-Lehre* in den 1960er Jahren auf (Stichworte: «typischer Aktionär» oder «typische AG») <sup>30</sup>. Die entsprechenden wertvollen Thesen setzten sich indes weder in der Praxis<sup>31</sup> noch in der Lehre durch<sup>32</sup>.

#### b) Auslegung von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR

[Rz 15] Die exekutiven Regelungsbereiche gemäss Art. 716a Abs. 1 OR sind nicht delegierbar auf der Basis von Art. 716b OR, sondern bleiben *zwingend* in der *Kompetenz des VR*. Mit dieser Feststellung steht indes (noch) nicht fest, was im Einzelnen dazu gezählt werden muss<sup>33</sup>. Es stellt sich die Doppelfrage, ob einerseits zwischen «Grossgesellschaften» und

«übrigen AG» sowie andererseits zwischen dem VR «direkt Unterstellten» und «nicht direkt Unterstellten» unterschieden werden muss (oder soll), wie dies anscheinend künftig die HR beabsichtigen. Massgeblich ist m.E. in erster Linie die *Interpretation* von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR<sup>34</sup>:

- *Grammatikalisches Auslegungselement*: Der *Wortlaut* erscheint ohne weiteres klar. Es geht um die «Ernennung» der «mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen»<sup>35</sup>. Dabei *fehlen* jegliche *Differenzierungen* im Gesetzestext, so dass unter diese Terminologie jeder «Geschäftsführer» und jeder «Vertreter» einer AG fallen muss (Direktoren, Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte etc.).[[[List-Break]]]
- Die *Geschäftsführung als solche* – also das «daily business» durch die Geschäftsführer bzw. die Vertreter – kann zwar übertragen werden (Art. 716b OR), jedoch *nicht die Selektion* der handelnden Personen und ihre konkrete Zeichnungsberechtigung.
- *Teleologisches Auslegungselement*: Die *Teleologie* spricht ebenfalls eher gegen als für eine Delegierbarkeit der Zeichnungsberechtigung, zumindest wenn die Pragmatik nicht als einzige Zielsetzung einer Gesetzesauslegung anerkannt werden soll. Art. 716a OR stellt eine Regelung der *Corporate Governance* dar, und zwar nicht zuletzt zum *Schutz des VR* vor der GL. Der Pflicht der GL zur Vorlage sämtlicher «Beförderungspersonalien» an den VR dürfte denn auch eine *Präventivwirkung* zukommen (z.B. Verhinderung von unerwünschten «Seilschaften» in der Unternehmung), die unter dem Aspekt einer verbesserten Corporate Governance erwünscht ist<sup>36</sup>.[[[List-Break]]]
- Das in der Doktrin kritisierte *blasse «Abnicken»* der Beförderungslisten durch den VR würde ausserdem bei «Grossunternehmen» selbst durch eine Delegation nicht wirklich verändert. Es wäre einfach ein *anderes «Abnick»-Gremium* (konkret: GL statt VR), denn die GL einer «Grossgesellschaft» kennt ebenfalls nicht sämtlich Bevollmächtigten; pragmatisch müsste somit von den Befürwortern einer Übertragungsmöglichkeit eine Delegation noch weiter «nach unten» verlangt werden.

<sup>24</sup> Botschaft 1983: BBl 1983 II 746.

<sup>25</sup> Gewisse «Einbrüche» in die «Einheit» finden sich bereits heute z.B. in Art. 685b ff. OR oder in Art. 697h OR – legislativ (zumindest *expressis verbis*) *anders* verhält es sich bei Art. 716a Abs. 1 OR.

<sup>26</sup> Botschaft 2008: BBl 2008 1606.

<sup>27</sup> *Rechtsform*: AG, GmbH, Genossenschaft etc.; *Wirtschaftsform*: Unterscheidung der Unternehmungen z.B. nach ihrer Grösse (Bilanzsumme o.ä.) oder der Nutzung des Kapitalmarktes (u.a. Kotierung).

<sup>28</sup> Die Schaffung eines eigentlichen sog. KMU-Statuts macht m.E. Sinn; die meisten Politiker fokussieren sich hingegen auf das *Motto*: «SMI statt KMU».

<sup>29</sup> Im Rahmen einer methodisch korrekten *Interessenabwägung* wird ein Richter die «wichtigen Gründe» für eine Gesellschaftsauflösung unterschiedlich auslegen (müssen), je nachdem, ob es beispielsweise um die – fiktive – Einpersonengesellschaft «Pneu Kunz AG» oder die «Novartis AG» geht.

<sup>30</sup> Die damalige («leiden-schaft-liche!») Debatte anführend: ROLF BÄR, Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, ZBJV 95 (1959) 379 ff.

<sup>31</sup> Sollte die erwähnte Änderung der HR-Praxis stattfinden, die – im Wesentlichen – eine *Auslegungsorientiertheit* zur «typischen» Gross-AG darstellt, wäre dies m.E. ein später Erfolg der Typologen.

<sup>32</sup> Hinweise: KUNZ (FN 22) § 9 N 47 ff.

<sup>33</sup> Abzuklären bleibt, *welche Personen* im Rahmen von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR als «Geschäftsführer» oder als «Vertreter» zu qualifizieren sind.

<sup>34</sup> Diese Regelung gilt m.E. für *sämtliche* Zeichnungsberechtigten einer AG (inklusive Vizedirektoren, Handlungsbevollmächtigte etc.), also nicht nur für die im HR einzutragenden Personen; allg. zum korrekten methodischen Vorgehen: ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre (3. A. Bern et al. 2010) 56 ff.

<sup>35</sup> Zur *französischen* Version: «personnes chargées de la gestion et de la représentation»; zur *italienischen* Version: «persone incaricate della gestione e della rappresentanza».

<sup>36</sup> Besonders wichtig scheint dies insbesondere bei «Grossgesellschaften», auch wenn bei diesen Unternehmungen die «Leerläufe» am offensichtlichsten sein dürften.

- *Historisches Auslegungselement*: Die *Historie* zu Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR scheint nicht gänzlich schlüssig<sup>37</sup> zu sein; angesichts des Erlasses des Aktienrechts vor 20 Jahren kommt diesem Element der Interpretation eine *untergeordnete* Rolle zu. [[[List-Break]]]
- Während der Entwurf der Botschaft noch einzig die «*Geschäftsführer*» erwähnte<sup>38</sup>, finden sich in der heute gültigen Fassung – wohl alternativ<sup>39</sup> – nunmehr ebenfalls die «*Vertreter*»<sup>40</sup>. Was die Idee des Parlaments für diese Ergänzung war, ergibt sich nicht aus den Parlamentsberatungen. Unter «*Vertreter*» sollten allerdings in jedem Fall der Prokurist und der Handlungsbevollmächtigte gemäss Art. 721 OR fallen<sup>41</sup>; dies war der gesetzgeberische Wille sowohl zu Art. 721 OR als auch zu Art. 716a OR.
- *Systematisches Auslegungselement*: Die *Systematik* spricht zumindest nicht gegen die Unzulässigkeit einer Delegation. Der Aktienrechtsgesetzgeber sah und sieht immer wieder *Sonderregelungen* für «besonders wichtige» AG (v.a. für Publikumsgesellschaften mit kotierten Aktien bzw. für «Grossunternehmungen») <sup>42</sup> vor – bei Art. 716a OR fehlt hingegen eine solche Ausnahme von der Einheit des Aktienrechts. [[[List-Break]]]
- Die angestrebte *starke Rolle des VR* (weniger gegenüber der GV als vielmehr gegenüber der ihm unterstellten GL), die ebenfalls gegen eine Delegierbarkeit an die GL spricht, ergibt sich schliesslich systematisch aus *weiteren Bestimmungen* des Aktienrechts<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> TURIN (FN 14) *passim* argumentiert in erster Linie mit den (nicht öffentlichen) *Protokollen* der vorberatenden *Kommissionen* des Nationalrats sowie des Ständerats.

<sup>38</sup> Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 E-OR: «mit der Geschäftsführung betraute Personen» (BBl 1983 II 984).

<sup>39</sup> A.M.: TURIN (FN 14) 45.

<sup>40</sup> Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR: «mit der Geschäftsführung und der Vertretung betraute Personen».

<sup>41</sup> Der Bundesrat hält bei seiner Einschätzung der Wirtschaftsrealität vor der letzten «grossen» Aktienrechtsrevision in der Botschaft OR 1983 zu Art. 721 E-OR, der wortwörtlich mit Art. 721 OR übereinstimmt, bereits a priori fest: «Die Ernennung von Prokuristen und anderen Bevollmächtigten wird in der Regel [heute schon] auch in Grossgesellschaften durch den Verwaltungsrat vorgenommen. Es erscheint angebracht, diese bewährte Praxis gesetzlich zu verankern (...)» (BBl 1983 II 926) – als «Geschäftsführer» qualifizieren die «Vertreter» hingegen nicht automatisch, werden doch vielmehr Personen mit Funktionen auf der «Kommandobrücke der Gesellschaft» verlangt: BBl 1983 II 922.

<sup>42</sup> Beispiele: Art. 663b<sup>bis</sup> OR; Art. 663c Abs. 1 OR; Art. 663e Abs. 3 OR; Art. 685b f. OR bzw. Art. 685d ff. OR; Art. 697h Abs. 1 OR; Art. 727 Abs. 1 OR; das *Genossenschaftsrecht* kennt ebenfalls Spezialregelungen für «Grossgenossenschaften»: Art. 855 OR etc.

<sup>43</sup> Als «Vertreter» gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR i.V.m. Art. 721 OR sind z.B. die Prokuristen zu verstehen, was sich ohne weiteres aus dem

[Rz 16] Das Bundesgericht<sup>44</sup> zieht für Gesetzesauslegungen im Rahmen seines *pragmatischen Methodenpluralismus* nebst den grammatikalischen, den teleologischen, den historischen sowie den systematischen Elementen der Interpretation gelegentlich zusätzlich ein sog. *rechtsvergleichendes Auslegungselement* heran: diese «methodische Ergänzung» muss grundsätzlich abgelehnt werden<sup>45</sup>. Nichtsdestotrotz kann festgehalten werden, dass die *Rechtsvergleiche* für die konkrete Fragestellung *keine Antworten* liefert.

[Rz 17] M.E. resultiert aus allen obigen (*aktien-*)*rechtlichen* Überlegungen, dass *de lege lata* eine Delegation der Erteilung irgendeiner (sic!) Zeichnungsberechtigung vom VR an die GL – trotz Wünschbarkeit – *unzulässig* ist und bleibt. Allfällige typologische oder «wirtschaftsrechtliche» Betrachtungsweisen überzeugen nicht. Insbesondere liegt *keine «unechte Lücke»* vor, die der Rechtsanwender (z.B. die HR) anstelle des Rechtssetzers (i.c. Eidgenössisches Parlament) «füllen» müsste oder dürfte<sup>46</sup>; eine andere Interpretation würde die demokratische Gewaltenteilung durch *wirtschaftlichen Pragmatismus relativieren*.

## B. Handelsregisterrecht

### a) Zielsetzungen

[Rz 18] Das HR bzw. das Handelsregisteramt als *kantonale Behörde* führt im Wesentlichen eine Datenbank mit wirtschafts- bzw. insbesondere mit gesellschaftsrechtlichen Informationen für den Geschäftsverkehr («Handelsregister»). Das *Handelsregisterrecht* gehört von dessen Rechtsnatur her zum *öffentlichen Recht*, obwohl dessen primäre Quelle – nämlich das OR – eher Bundesprivatrecht andeutet<sup>47</sup>. Ein Zentralanliegen des HR stellt die *Transparenz* dar.

[Rz 19] Aus dem Zweckartikel der Handelsregisterverordnung ergibt sich: «Das Handelsregister dient der Konstituierung und der Identifikation von Rechtseinheiten. Es bezweckt die Erfassung und Offenlegung rechtlich relevanter Tatsachen und gewährleistet die Rechtssicherheit sowie den Schutz Dritter im Rahmen zwingender Vorschriften des Zivilrechts» (Art. 1 HRegV).

---

historischen Auslegungselement ergibt; schliesslich kann ebenfalls die *undelegierbare Organisationskompetenz des VR* (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR) erwähnt werden – die Erteilung der Zeichnungsberechtigung dürfte zusätzlich unter diese «Auffangnorm» fallen.

<sup>44</sup> Statt aller: HANS PETER WALTER, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht 17 (1999) 157 ff.

<sup>45</sup> Detailliert: PETER V. KUNZ, Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVGRWiss 108 (2009) 31 ff. und v.a. 64 ff. m.w.H.

<sup>46</sup> Nach wie vor grundlegend zur Thematik: ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (Bern 1966) N 275 ff. sowie N 295 ff. zu Art. 1 ZGB.

<sup>47</sup> Zur *Stellung des Handelsregisterrechts* im Wirtschaftsrecht: MEIER-SCHATZ, Funktion und Recht des Handelsregisters als wirtschaftsrechtliches Problem, ZSR 108 I (1989) 442 f.

[Rz 20] Die durch das HR geschaffene *Offenlegung* umfasst beispielsweise nicht allein die Gesellschaftsform (AG, GmbH etc.) und gewisse Gesellschafter<sup>48</sup>, sondern – gerade zentral für den rechtsgeschäftlichen Verkehr als Transparenz «rechtlich relevanter Tatsachen» – die *Vertreter* (also etwa Direktoren sowie Prokuristen) und deren *Vertretungsmacht* (z.B. Einzelunterschrift oder Kollektivunterschrift). Obwohl den HR keine umfassende Aufsichtskompetenz über die Gesellschaften zusteht<sup>49</sup>, dürfen sie ihre *Kognition nicht leichtfertig* wahrnehmen.

## b) Bezug zur konkreten Fragestellung

[Rz 21] Art. 940 Abs. 1 OR hält fest: «Der Registerführer hat zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind». In diesem Zusammenhang erfolgt eine *Auslegung von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR*. Die Interpretation dieser Norm<sup>50</sup> ergibt, dass auf das Vorliegen eines VR-Beschlusses in jedem Fall nicht verzichtet werden darf – m.E. sollten die HR somit die *bisherige (bewährte) Praxis* beibehalten<sup>51</sup>.

[Rz 22] Sollten die HR nichtsdestotrotz eine Praxisänderung vornehmen, hätte dieser Umstand keine weitergehenden juristischen Folgen ausserhalb ihres Zuständigkeitsbereichs (z.B. bei den Handlungsvollmachten oder – generell – für die gerichtliche Beurteilung)<sup>52</sup>, d.h. es würde daraus *keine Verallgemeinerung* folgen. Die Handhabung durch die HR stellt

<sup>48</sup> Die *Gesellschafter* von GmbH (Art. 73 Abs. 1 lit. i HRegV) und von Kollektiv- bzw. von Kommanditgesellschaften (Art. 41 Abs. 1 lit. f HRegV) müssen *namentlich im HR* eingetragen werden – die Aktionäre hingegen nicht («Société Anonyme»).

<sup>49</sup> Das HR hat im Wesentlichen nur, aber immerhin Befugnisse zur «*Eingangskontrolle*» (also: Gesellschaftsgründung) sowie zur «*Ausgangskontrolle*» (sc. Auflösung und HR-Löschung).

<sup>50</sup> Vgl. dazu vorne II. A. b; zu berücksichtigen bleibt ausserdem, dass die «Beförderungslisten» selbst bei «Grossgesellschaften» ohnehin immer eine «*Absegnung*» durch den VR brauchen (notabene selbst für den Fall, dass ein GL-Beschluss als ausreichend erachtet werden sollte), nämlich im Zusammenhang mit der *Unterzeichnung der HR-Anmeldung*: Art. 17 Abs. 1 lit. c HRegV – die Anmeldungen zum HR müssen bei sämtlichen AG (inklusive «Grossunternehmen») jeweils entweder von *zwei VR-Mitgliedern* oder von *einem VR-Mitglied* mit Einzelzeichnungsberechtigung unterschrieben werden.

<sup>51</sup> Es handelt sich um eine *formale* Prüfung, ob ein *VR-Beschluss* für die konkrete Zeichnungsberechtigung vorliegt oder nicht; eine materielle Untersuchung (z.B. dahingehend, ob der Beschluss des VR legal zustande kam) ist hingegen ausgeschlossen.

<sup>52</sup> Die Interpretation von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR könnte in Zukunft durchaus zu *gerichtlichen* Auseinandersetzungen führen – BGE 128 III 133 Erw. 1 b äussert sich einzig in einem «*obiter dictum*» (wenn überhaupt), ohne sich vertieft mit der Fragestellung auseinandergesetzt zu haben (i.c. ging es um die Absetzung bzw. die *Kündigung eines Vizedirektors*); denkbar wäre etwa, dass ein Vertragspartner einer AG, der aus einem Rechtsgeschäft nachträglich «*auszusteigen*» versucht, sozusagen post factum die *Vertretungsmacht eines Prokuristen* in Frage zu stellen versucht, und zwar mit dem Argument, dass eine Beschlussfassung durch den VR für die Prokura gefehlt habe.

keine verbindliche Richtlinie für die Auslegung von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR dar.

[Rz 23] Aus Gründen der *Rechtssicherheit* wäre schliesslich inakzeptabel für die Wirtschaftsrealität, wenn bei der Auslegung einer Bundesrechtsnorm eine *unterschiedliche Praxis* von HR zu HR entstünde. M.E. sollte sich deshalb das EHRA als Obergerichtsbehörde möglichst in naher Zukunft nicht nur in unveröffentlichten Briefkontakten mit Parteivertretern, sondern vielmehr in einem *allgemein zugänglichen Forum* äussern und seine Ansicht kundtun<sup>53</sup>.

## C. Weitere Aspekte (und Seitenhiebe)

[Rz 24] Der Beitrag von KÄSER/GYSI<sup>54</sup> hat die vorliegende Publikation ausgelöst. Die Ansichten der beiden Autoren, die mehrheitlich von der Doktrin geteilt werden, sollen nicht kritisiert werden – irren ist nicht nur menschlich, sondern bekanntlich ein Privileg der Mehrheit. Bedauerlich erscheinen hingegen einerseits das *Praxisprimat*, dem die juristische Analyse zu Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR gänzlich untergeordnet wird, und andererseits die «*Privatankündigung*» einer (angeblichen) *behördlichen Praxisänderung* der HR<sup>55</sup>.

[Rz 25] Eine informelle und nicht repräsentative «Kurzumfrage» *per 15. Juni 2011* durch meinen wissenschaftlichen Assistenten M<sup>Law</sup> PATRIC BRAND ergab, dass die entsprechenden Auskünfte durch die HR tatsächlich erteilt wurden. Nichtsdestotrotz erstaunt die «*Privatisierung*» der *externen Kommunikation* durch das EHRA bzw. durch gewisse HR – diese rechtsstaatliche Grundproblematik soll an dieser Stelle indes nicht weiter vertieft werden.

[Rz 26] Unbesehen der Publikation von KÄSER/GYSI sowie der konkreten Rechtsproblematik sollen in diesem Zusammenhang einige Beobachtungen zur aktuellen *schweizerischen «Wirtschaftsrechtswissenschaft»* gemacht werden, die m.E. im Ergebnis höchst bedauerlich sind:

[Rz 27] Seit einigen Jahren dominiert in der Schweiz die *Wirtschaftsadvokatur* die Publikationsszene im Bereich des Wirtschaftsrechts (z.B. in Fachzeitschriften und insbesondere durch «*Multi-Kommentare*»<sup>56</sup> mit grössten

<sup>53</sup> Nebst einer (offiziellen) *REPRAX-Stellungnahme* wäre z.B. eine *EHRA-Weisung* o.ä. denkbar.

<sup>54</sup> KÄSER/GYSI (FN 15) *passim*.

<sup>55</sup> Daran ändert m.E. selbst der Umstand nichts, dass (angesichts der Herausgeberschaft wohl mit Wissen des EHRA und des grössten HR in der Schweiz) vorgängig eine REPRAX-Publikation erfolgte; in einem Rechtsstaat braucht es – nicht zuletzt für die übrigen HR in der Schweiz – eindeutige *offizielle* Stellungnahmen und *nicht offiziöse Ankündigungen* von privater Seite; m.W. dürfte es sich um unverbindliche Korrespondenz und nicht um rechtsverbindliche «*Rulings*» der angefragten kantonalen HR handeln haben.

<sup>56</sup> M.E. sind Kommentare in der Schweiz nicht selten die «*niedrigste Lebensform*» des *wissenschaftlichen Arbeitens* – sie setzen insbesondere einen Sinn des zu kommentierenden Gesetzes (z.B. hinsichtlich dessen Struktur) voraus, wofür keine Garantie besteht; die *Vielzahl der Autoren* bei

Niveaunterschieden) – nicht immer mit guten Resultaten. Oftmals sind dabei *Jung-Juristen aus «Grosskanzleien»* im Einsatz<sup>57</sup>, sei es unter eigenem Namen oder für einen Partneranwalt. Veröffentlichungen von *anonymisierten Parteigutachten* mögen zwar meinungsbildend wirken, haben aber wenig mit Rechtswissenschaft zu tun.

[Rz 28] Wirtschaftsrechtswissenschaftliche Qualitätsprobleme in der Schweiz erscheinen seit einiger Zeit offensichtlich. Zu diesen qualitativen Schwierigkeiten zu zählen sind u.a. die *primäre Praxisorientiertheit* vieler «Argumente» sowie die *fehlende Unabhängigkeit* zahlreicher Autoren (etwa von Klienteninteressen)<sup>58</sup>. Aus diesen Gründen wird es nicht einfacher, das Wirtschaftsrecht nebst dem Privatrecht, dem öffentlichen Recht und dem Strafrecht als *selbstständiges Rechtsgebiet* zu etablieren. Dass das Wirtschaftsrecht nicht ausschliessliches Praktikerrecht darstellt, belegt ein Blick über die nördlichen Landesgrenzen.

[Rz 29] Einige Leser dürften die besprochene Thematik als «Kleinigkeit» und die vorgebrachte Kritik als «professoral» betrachten – dies trifft nicht zu. In erster Linie wurde die Fragestellung aber aufgenommen, weil sie *symptomatisch* für Entwicklungen der letzten Jahre in der schweizerischen «Wirtschaftsrechtswissenschaft» sind; insbesondere scheinen *Abhängigkeiten epidemisch*. Um es etwas pointiert auszudrücken:

[Rz 30] Die *Wirtschaftsrechtswissenschaft* darf kein Wirtschaften «mit anderen Mitteln» sein – ein Axiom, das sowohl von vorwiegend praktisch tätigen Wissenschaftlern als auch von gelegentlich wissenschaftlich tätigen Praktikern vermehrt beachtet werden sollte. Schliesslich gilt es hinzuweisen, dass der sog. pragmatische Methodenpluralismus des Bundesgerichts (noch) *kein «pragmatisches Auslegungselement»* anerkennt, was sich hoffentlich nicht ändern wird.

### III. Schluss

[Rz 31] *Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR* erlaubt nach der hier vertretenen Meinung im Hinblick auf die Erteilung jeglicher Zeichnungsberechtigungen innerhalb einer AG *keine Delegation* vom VR an die GL, und zwar auch nicht bei «Grossgesellschaften» oder bei Banken. Die mehrheitlich anderslautenden Stimmen in der Doktrin erscheinen zwar *pragmatisch*

*verständlich*, doch juristisch nicht überzeugend<sup>59</sup> (und BGE 128 III 129 dürfte nicht das letzte Wort aus «Lausanne» zur Thematik gewesen sein). In einer gewaltenteiligen Rechtsordnung – und somit in der Schweiz – hat die *Rechtsanwendung* die legislativen Vorgaben zu befolgen<sup>60</sup>.

[Rz 32] Dass eine *Korrektur sinnvoll*, wenn nicht sogar notwendig ist, kann und soll nicht bestritten werden. Doch bedarf es keiner «Korrekturen» durch primär praxisorientierte «wissenschaftliche» Stellungnahmen oder durch einzelne HR, sondern m.E. eines Eingriffs<sup>61</sup> durch die *Rechtssetzung* – bekanntlich befindet sich zurzeit eine «grosse» Aktienrechtsrevision in den Eidgenössischen Räten, die blockiert ist (Stichwort: «Abzocker»-Initiative), d.h. es wäre der richtige Zeitpunkt zur *marginalen Revision* von Art. 716a Abs. 1 OR<sup>62</sup>.

[Rz 33] Eine umfassende Delegationsmöglichkeit (z.B. sogar die Ebene der «Direktoren» umfassend) scheint selbst unter praktischen Aspekten nicht angebracht zu sein. Als möglicher Text für *rev. Ziff. 4* von Art. 716a Abs. 1 OR könnte beispielsweise wie folgt formuliert werden: « (...) Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen, *die ihm [= VR] direkt unterstellt sind (...)*»<sup>63</sup>; denkbar, aber wohl nicht sinnvoll wäre ebenfalls eine Differenzierung nach «Grossgesellschaften» und «übrige AG»<sup>64</sup>.

[Rz 34] Sozusagen als «*ceterum censeo*» sei am Schluss ein weiteres rechtspolitisches Anliegen vorgebracht, das inhaltlich wohl kaum bestritten, aber rechtspolitisch beständig vergessen wird. Der sog. *öffentliche Glaube* der HR<sup>65</sup> ist seit Jahrzehnten umstritten und ungeklärt (anders als beim Grundbuch als Folge von Art. 973 ZGB)<sup>66</sup>. Es scheint

<sup>59</sup> Die *Auslegung* der Gesetzesbestimmung weist in eine andere Richtung: vgl. dazu vorne II. A. b.

<sup>60</sup> Die HR sollten ihre (*alte*) *Praxis beibehalten* und für Eintragungen bei den Zeichnungsberechtigungen immer einen VR-Beschluss verlangen, d.h. einen *GL-Beschluss nicht* genügen lassen.

<sup>61</sup> Eine entsprechende Anpassung sollte m.E. nicht allein für die «Grossunternehmen» oder für die Banken, sondern für *sämtliche AG* vorgenommen werden.

<sup>62</sup> Die Fragestellung wurde m.W. im Laufe des Revisionsverfahrens niemals aufgenommen; der bundesrätliche *Entwurf* sieht *keine Änderung* an Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR vor: BBl 2008 1685 (Botschaft) sowie 1783.

<sup>63</sup> Eine identische Regelung sah die *nationalrätliche Kommission* bei der letzten «grossen» Aktienrechtsrevision vor (Sitzung vom 5./6. November 1984), die in der Folge gestrichen wurde: TURIN (FN 14) 44.

<sup>64</sup> Legalisiert würde dadurch im Nachhinein immerhin die in dieser Publikation kritisierte (geplante) Praxisänderung, die bei einigen kantonalen HR (z.B. Zürich) anscheinend auf «Grossunternehmen» beschränkt werden soll – m.E. *mangelt* es an einer *Rechtsgrundlage für solche Differenzierungen*.

<sup>65</sup> Beim öffentlichen Glauben geht es im Wesentlichen um die Frage, ob sich ein *Dritter* auf eine *falsche Eintragung* (z.B. im HR) *verlassen* darf oder nicht.

<sup>66</sup> Art. 973 ZGB lautet wie folgt: «Wer sich in gutem Glauben auf einen Eintrag im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat, ist in diesem Erwerb zu schützen».

«Multi-Kommentaren», die ohnehin meist ausschliesslich praxisorientiert sind, stellt die Qualität des Kommentars sowie der Kommentatoren ebenfalls nicht sicher, ganz im Gegenteil.

<sup>57</sup> Die Kritik ist nicht allein an die Juristen als Berufseinsteiger gerichtet, die wissen, was von ihnen «erwartet» wird; höchst bedenklich ist aber, wenn sogar Dissertanten gewichtige *Teile ihrer Dissertation streichen* bzw. «unterdrücken», weil sie *nicht «in line»* mit den «Wünschen» des Arbeitgebers sein könnten.

<sup>58</sup> Beispiel – mehrere Beiträge zu den sog. *Retrozessionen* scheinen äusserst «parteilich».

angebracht, für die HR eine *analoge Ordnung zu Art. 973 ZGB* im Rahmen der hängigen Aktienrechtsrevision einzuführen – doch selbst, wenn eine legislative Analogie abgelehnt werden sollte, ist unerlässlich, *dass überhaupt* «irgend-  
etwas» zum öffentlichen Glauben des HR geregelt wird<sup>67</sup>.

---

Prof. Dr. PETER V. KUNZ, Rechtsanwalt, LL.M. (Georgetown) ist ordentlicher Professor für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung an der Universität Bern sowie geschäftsführender Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht ([www.iwr.unibe.ch](http://www.iwr.unibe.ch)); ein Forschungsschwerpunkt liegt im Aktienrecht. Er betreut für Jusletter die Redaktion «Wirtschaftsrecht».

---

\* \* \*

---

<sup>67</sup> Darauf wurde immer wieder hingewiesen – Beispiele: KUNZ (FN 1) 30; DERS. (FN 4) 145 sowie 154.