

Peter V. Kunz
Oliver Arter
Florian S. Jörg
(Herausgeber)

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X

Christoph B. Bühler
Dieter Gericke
Lukas Glanzmann
Florian S. Jörg
Peter Jung
Peter V. Kunz
Clemens Meisterhans
Urs Schenker
Thomas Sprecher



Stämpfli Verlag

Peter V. Kunz
Oliver Arter
Florian S. Jörg
(Herausgeber)

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X

Herausgegeben von:

PETER V. KUNZ

OLIVER ARTER

FLORIAN S. JÖRG

Mit Beiträgen von:

CHRISTOPH B. BÜHLER

DIETER GERICKE

LUKAS GLANZMANN

FLORIAN S. JÖRG

PETER JUNG

PETER V. KUNZ

CLEMENS MEISTERHANS

URS SCHENKER

THOMAS SPRECHER



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2015

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter www.staempfliverlag.com erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-3164-3

ISBN Judocu 978-3-0354-1218-5

ISBN E-Book 978-3-7272-5896-1



© Stämpfli Verlag AG Bern

Kognition der Handelsregisterämter bei Eintragungen von Generalversammlungsbeschlüssen

PETER V. KUNZ*

Inhaltsverzeichnis

1.	Vorbemerkungen	112
1.1	Behörden	112
1.2	Spannungsfelder	113
1.2.1	Privatautonomie	113
1.2.2	Vorsorgende Rechtspflege	114
1.3	Kompetenzen	115
2.	Kognition	116
2.1	Rechtsgrundlagen	116
2.2	Zweiteilung	117
2.2.1	Themen des Registerrechts	117
2.2.2	Themen des materiellen Rechts	118
2.3	Zur beschränkten Kognition	119
2.3.1	Praxis	119
2.3.1.1	Handelsregister	119
2.3.1.2	Bundesgericht	120
2.3.1.3	Kriterienkatalog	121
2.3.2	Rechtspolitische Änderungen?	122
3.	Ausgewählte Beispiele	124
3.1	Fundamentale Gesellschaftsrechtsfragen	124
3.2	Vergütungsordnung bei Publikumsgesellschaften	126
3.3	Partizipationsscheine bei Genossenschaften	127
4.	Schlussbemerkungen	128
Literaturverzeichnis		130

* Der Unterzeichner erhielt für das Referat vom 27. Mai 2014 sowie für den vorliegenden Beitrag wertvolle und tatkräftige Unterstützung durch die Herren Rechtsanwälte PASCAL ZYSSET und ALEX CHRISTEN, wissenschaftliche Assistenten am Lehrstuhl des Unterzeichners am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern (www.iwr.unibe.ch); der Aufsatz wurde im *November 2014* abgeschlossen.

1. Vorbemerkungen

1.1 Behörden

Im Bereich des *Wirtschaftsrechts* bestehen in der Schweiz zahlreiche Behörden, die Aufsichtsfunktionen auf der einen Seite sowie Rechtssetzungskompetenzen auf der anderen Seite wahrnehmen. Dies trifft z.B. auf die Teilrechtsgebiete des Finanzmarktrechts¹, des Wettbewerbsrechts² sowie des Immaterialgüterrechts³ zu. Behörden spielen zudem im *Gesellschaftsrecht* eine Rolle, die indes nicht überschätzt werden sollte.

Behörden kommen v.a. bei Registrierungen, bei Bewilligungen, bei laufenden Überwachungen sowie bei Enforcements zum Einsatz. In der Schweiz gibt es *gesellschaftsrechtliche Behörden* mit unterschiedlichen Kompetenzen auf zwei Staatsebenen⁴, nämlich die Handelsregisterämter in den Kantonen (HR⁵)⁶ sowie das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (EHRA)⁷; eine *gesellschaftsrechtliche Aufsicht* besteht jedoch nicht⁸.

¹ Mit voneinander abweichenden und komplementären Kompetenzbereichen: Schweizerische Nationalbank (SNB) mit Doppelsitz in Bern und in Zürich, Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA) mit Sitz in Bern sowie Übernahmekommission (UEK) mit Sitz in Zürich.

² Im Vordergrund zum Kartellrecht: Wettbewerbskommission (WEKO) mit Sitz in Bern; zum Lauterkeitsrecht: Schweizerische Lauterkeitskommission (SLK) mit Sitz in Zürich.

³ Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum (IGE) mit Sitz in Bern.

⁴ Diese föderalistische Aufteilung hat sich m.E. ohne weiteres bewährt.

⁵ Das Akronym „HR“ kann, je nach konkretem Kontext, das „Handelsregister“ als solches, das „Handelsregisteramt“ als Behörde oder den „Handelsregisterführer“ meinen.

⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. 1.3; heute verfügt jeder Kanton nur noch über ein einziges HR, allerdings mit Ausnahme des Kantons Wallis, in dem nach wie vor drei HR bestehen, d.h., es gibt aktuell ein *Total von 28 kantonalen HR* in der Schweiz (hierzu: KUNZ, Rundflug, S. 25 Fn 100); die per 1. Januar 2008 totalrevidierte Handelsregisterverordnung (HRegV) – allg.: BÄRTSCHI, S. 61 ff.; GLANZMANN, S. 119 ff. – strebt eine *Beschleunigung* von handelsregisterrechtlichen Angelegenheiten an, was insbesondere dadurch sichergestellt werden soll, dass gemäss Art. 165 Abs. 2 HRegV nur noch ein *einstufiger kantonaler Instanzenzug* möglich ist: BGE 137 III 217; generell: KRÄHENBÜHL, S. 39 ff.

⁷ Vgl. dazu hinten Ziff. 1.3; das EHRA mit Sitz in Bern ist Teil der *zentralen Bundesverwaltung* und stellt ein Amt des Bundesamts für Justiz (BJ), seinerseits zum Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) gehörig, dar.

⁸ Die Behörden im Bereich des Gesellschaftsrechts „*beurteilen*“ primär einige *zentrale Transformationsphasen* von Unternehmungen: Gründungen, Statutenänderungen sowie Auflösungen von Gesellschaften.

Die (Neu-)Schaffung oder Bestätigung von Behörden wird in der Schweiz jeweils kritisch verfolgt; nicht selten sind *ideologische* Überlegungen damit verbunden. Dass es – nebst HR sowie EHRA – keine weiteren gesellschaftsrechtlichen Behörden (z.B. kein „Aktionärsamt“) gibt, hat im Wesentlichen mit einerseits der *Flexibilität des Gesellschaftsrechts* und andererseits der *Privatautonomie* in diesem wirtschaftsrechtlichen Teilrechtsgebiet zu tun.

1.2 Spannungsfelder

1.2.1 Privatautonomie

Das *Prinzip der Privatautonomie* dominiert(e) in der Schweiz lange Zeit das Gesellschaftsrecht⁹. Insofern ist (oder war) die Vertragsfreiheit wirksam sowohl bei Statutengestaltungen¹⁰ als auch bei Gesellschafterverträgen¹¹. Die *dispositiven* Rechtsnormen werden hingegen durch *zwingendes* Gesellschaftsrecht¹² immer stärker verdrängt oder mindestens ergänzt, beispielsweise durch die neue „Abzocker“-Ordnung (Art. 95 Abs. 3 BV)¹³.

Ausländische Rechtsordnungen sind regelmässig weniger flexibel. Als rechtsvergleichendes Gegenmodell zur Schweiz kann Deutschland mit dem *Prinzip der Satzungsstrenge* erwähnt werden: „Die Satzung [sc. Statuten] kann von den Vorschriften dieses Gesetzes nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist“ (§ 23 [5] Satz 1 dAktG).

Bei *dispositiven* Regelungen besteht *kein hoheitliches Interventionsbedürfnis*, d.h., HR dürfen sich m.E. a priori nicht mit Abreden beschäftigen,

⁹ Detaillierter: KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 172 ff.; FORSTMOSER, Gestaltungsfreiheit, *passim*.

¹⁰ KUNZ, Statuten, S. 57; FORSTMOSER, Gestaltungsfreiheit, S. 256; trotzdem ist es unzulässig, dass Genossenschaften privatautonom „Eigenkapitalinstrumente *sui generis* in Form von Partizipationsscheinen“ schaffen (BGE 140 III 217 Erw. 3.6.4.; Hervorhebung im Original): Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.

¹¹ Von grossem Interesse sind *Aktionärbindungsverträge* (ABV), in denen Aktionäre – trotz Art. 680 Abs. 1 OR – irgendwelche Pflichten (z.B. Nachschüsse, Stimmverhalten, Erwerbsrechte) vereinbaren dürfen.

¹² Allg.: BÜHLER, *passim*.

¹³ Die bundesrätliche Umsetzung erfolgte 2013 (in Kraft seit dem 1. Januar 2014) durch die *mehrheitlich zwingend* ausgestaltete Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV): SR 221.331.

die „im Widerspruch“ zu solchen Gesellschaftsrechtsnormen stehen¹⁴. Bei *zwingenden* Regelungen spielen allerdings öffentliche Interessen eine Rolle, so dass – unter bestimmten Voraussetzungen und in einem gewissen Rahmen – *hoheitliche Interventionen sinnvoll* erscheinen können¹⁵.

1.2.2 Vorsorgende Rechtspflege

Im Bereich des Gesellschaftsrechts können, etwas trivialisiert, *zwei Konzepte für Streitbeilegungsmodelle* unterschieden werden¹⁶, nämlich auf der einen Seite die primäre streitige Gerichtsbarkeit sowie auf der anderen Seite die vorsorgende Rechtspflege; beim ersten Modell wird prinzipiell auf eine präventive Rechtskontrolle verzichtet, d.h., Konfliktlösungen gehören in den ausschliesslichen Zuständigkeitsbereich von Gerichten.

Im *kontinentaleuropäischen* Raum – beispielsweise in Deutschland, in Österreich sowie in der Schweiz – gelangt hingegen das zweite Modell zur Anwendung¹⁷. In der Schweiz findet also im Sinne einer *vorsorgenden Rechtspflege* eine Art staatliche „Vorkontrolle“ statt¹⁸, die jedoch eine (spätere) gerichtliche Überprüfung nicht ausschliesst¹⁹. Bei der schweizerischen „Vorkontrolle“ stehen die *HR und ihre Kognition* im Vordergrund²⁰.

¹⁴ Sollte die privatautonome Ordnung im Einzelfall „fehlerbehaftet“ sein (etwa infolge Übervorteilung, Irrtum oder Nötigung), steht anstelle einer HR-Intervention eine *richterliche Kontrolle* zur Verfügung.

¹⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.1.3.

¹⁶ Hinweise: MAUCH, S. 272 ff.; KUNZ, Basisrecht, S. 172 f.

¹⁷ KUNZ, Basisrecht, S. 173.

¹⁸ Allg.: MAUCH, S. 275 f.; zudem: KUNZ, Rundflug, S. 26; BÄR, S. 419, spricht von einer „prophylaktische[n] Rechtspflege“.

¹⁹ Beispielsweise können bei Aktiengesellschaften (AG) die eintragungspflichtigen Beschlüsse der Generalversammlung (GV) mittels *Anfechtungsklage* im Rahmen von Art. 706 f. OR oder mittels *Nichtigkeitsklage* gemäss Art. 706b OR vor Gericht in Frage gestellt werden, und zwar unbeschten der Eintragung bzw. der Nicht-Intervention des HR; eine vorgängig erfolgte HR-Eintragung *präjudiziert nicht die Legalität* des eintragungspflichtigen GV-Beschlusses (oder vice versa).

²⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2/2.3; in der Praxis wird durch die Unternehmungen und ihre Berater regelmässig eine Vorprüfung durchgeführt, teils zusätzlich vom Notar (zum sog. Notariat lateinischer Prägung: MAUCH, S. 276 Fn 21/Fn 22) vorgenommen, doch die *HR* sind die „*Solisten*“ bei der „Vorkontrolle“, notabene als „*Ober-Kontrolle*“: KUNZ, Basisrecht, S. 173; KUNZ, Statuten, S. 61.

1.3 Kompetenzen

Die kantonalen HR haben *umfassende Kompetenzen* u.a. im Rahmen von Art. 927 ff. OR²¹; dazu zählen etwa die Mahnungen zur Eintragung ins HR (Art. 941 OR), die Überweisungen an Gerichte (Art. 941a OR) sowie – last but not least – die *Kognitionsbefugnis* („Prüfungspflicht“: Art. 940 OR)²². Auf Bundesebene ist zusätzlich das EHRA für die „Oberaufsicht über die Handelsregisterführung“ zuständig (Art. 5 Abs. 1 HRegV)²³.

Von Kanton zu Kanton interpretieren die jeweiligen HR ihre Befugnisse unterschiedlich weit oder eng. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Kognition, deren Umfang – primär nach Einschätzungen von (betroffenen) Praktikern²⁴ – z.B. vom *HR Zürich eher expansiv* und vom *HR Zug eher restriktiv* verstanden wird²⁵. Das EHRA strebt mittels Weisungen gewisse Praxisvereinheitlichungen an²⁶, wobei Vorgaben zur Kognition i.d.R. fehlen²⁷.

Die Kognition der HR erscheint, etwas trivialisiert, wohl in erster Linie von technischem Interesse, und das Handelsregisterrecht hat wahrlich nicht den Ruf, besonders „sexy“ zu sein. Nichtsdestotrotz wird seit Jahren

²¹ Allg.: BÖCKLI, § 1 N 549 ff.; wichtig sind ausserdem Zwangsverfahren: KOCH, *passim*; zentral erscheint die vollziehende Handelsregisterverordnung (HRegV) vom 17. Oktober 2007: SR 221.411; die Handelsregisterbehörden werden in Art. 3 ff. HRegV umschrieben.

²² Bei der *Kognition* der HR geht es, etwas trivialisiert, in erster Linie um *Überprüfungen* von Beschlüssen von GV, die zu Eintragungen im HR führen müssen (z.B. Statutenänderungen), und zwar auf deren Gesetz- bzw. auf deren *Rechtmässigkeit* hin (generell: BECK, S. 22 ff.; ausserdem: MEIER-SCHATZ, S. 446; KÜNG, S. 41 ff.); die Kognition ist *sowohl Pflicht als auch Recht* der HR, die rechtsformübergreifend wahrgenommen werden, d.h. AG, GmbH, Genossenschaften, Vereine etc. (und deren eintragungspflichtigen Beschlüsse) sind Gegenstand; der Begriff „Kognitionsbefugnis“ stellt einen Pleonasmus dar: DRUEY, § 23 N 29 a.A.

²³ Dem EHRA steht m.E. hingegen *keine autonome Kognitionsbefugnis* zu.

²⁴ Zu (angeblichen) Erwartungen von Praktikern: BLÄTTLER, S. 218 ff.

²⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.1.1; der Autor war während 13 Jahren als Rechtsanwalt in Zürich tätig und teilt die meisten kritischen und kritisierenden Ansichten; zum *HR Zürich*: KUNZ, Rundflug, S. 28 ad Fn 111.

²⁶ Rechtsgrundlage stellt Art. 5 Abs. 2 lit. a HRegV dar.

²⁷ Immerhin ist dem EHRA aufgetragen, die *kantonale HR-Praxis* (u.a. zur Kognition) zu *überwachen*: „Das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (EHRA) im Bundesamt für Justiz ist insbesondere zur selbständigen Erledigung folgender Geschäfte ermächtigt: (...) b. die Prüfung der Rechtmässigkeit und die Genehmigung der kantonalen Eintragungen in das Tagesregister“ (Art. 5 Abs. 2 lit. b HRegV); in Bezug auf die VegüV publiziert das EHRA eine *Praxismitteilung EHRA 3/13*: Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.

bzw. seit Jahrzehnten ein eigentlicher *gesellschaftsrechtlicher* „*Glaubenskrieg*“ zur Thematik geführt, der nicht immer gerechtfertigt erscheint. Der Verdacht liegt sogar nahe, dass zumindest teilweise ein *Machtkampf* ausgetragen wird.

2. Kognition

2.1 Rechtsgrundlagen

Die Kognitionsbefugnisse der HR hängen nicht im „luftleeren Raum“. Vielmehr wird bereits auf *Gesetzesstufe* festgehalten: „Der Registerführer hat zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind“ (Art. 940 Abs. 1 OR)²⁸; sozusagen als „Prüfungsprogramm“ folgt zur Präzisierung: „Bei der Eintragung juristischer Personen ist insbesondere zu prüfen, ob die Statuten keinen zwingenden Vorschriften widersprechen und den vom Gesetz verlangten Inhalt aufweisen“ (Art. 940 Abs. 2 OR)²⁹.

Die Kognition als „Prüfungspflicht des Handelsregisteramts“ wird zudem auf *Verordnungsstufe* umschrieben, ohne dass neue wesentliche Erkenntnisse gewonnen würden³⁰: „Bevor das Handelsregisteramt eine Eintragung vornimmt, muss es prüfen, ob die Voraussetzungen des Gesetzes und der Verordnung erfüllt sind. Insbesondere muss es prüfen, ob die Anmeldung und die Belege den vom Gesetz und der Verordnung verlangten Inhalt aufweisen und keinen zwingenden Vorschriften widersprechen“ (Art. 28 HRegV)³¹.

²⁸ Auf den ersten Blick bleiben einige Fragen offen: Der Begriff „Registerführer“ bedeutet keine personelle Einschränkung, denn *präzisierend* verweist Art. 28 HRegV auf das „Handelsregisteramt“; die Norm spricht ausserdem zwar einzig von den „gesetzlichen Voraussetzungen“, doch erneut *präzisiert* Art. 28 HRegV, dass die „Voraussetzungen des Gesetzes und der Verordnung“ gemeint sind.

²⁹ Die Regelung deutet etwas missverständlich an, dass eine Prüfung einzig bei der Gründung zu erfolgen habe („Eintragung juristischer Personen“), tatsächlich untersteht jedoch *jede HR-Eintragung* der Kognition: Art. 940 Abs. 1 OR („für die Eintragung“) sowie Art. 28 HRegV („eine Eintragung“).

³⁰ Insbesondere unbeantwortet bleiben die Fragen, wie und in welchem Umfang die Prüfungen zu erfolgen haben; vor diesem Hintergrund hat sich die Kognitionspraxis der HR in der Schweiz entwickelt.

³¹ Im Detail: ZIHLER, N 1 ff. zu Art. 28 HRegV.

2.2 Zweiteilung

2.2.1 Themen des Registerrechts

In den Rechtsgrundlagen „angelegt“ erscheint eine *Zweiteilung der Kognition* bei Anmeldungen³², und zwar auf registerrechtliche Aspekte einerseits sowie auf materiellrechtliche Aspekte³³ andererseits. Der erste Gesichtspunkt gelangt beispielsweise in Art. 940 Abs. 1 OR („gesetzliche Voraussetzungen für die Eintragung“) zum Ausdruck und die zweite Perspektive in Art. 940 Abs. 2 OR („keinen zwingenden Vorschriften widersprechen“).

In der Wirtschaftsrealität gelangen jedoch registerrechtliche Streitfragen kaum jemals zu einer gerichtlichen Entscheidung. Das „Prüfungsprogramm“ in diesem Zusammenhang scheint ohnehin nur wenige Fragen offenzulassen, über die gestritten werden muss. Spezifisch registerrechtliche Präjudizien sind aus allen diesen Gründen äusserst selten.

Die *registerrechtlichen* Aspekte betreffen in erster Linie das HR (und dessen Funktionen) und sind relativ einfach kontrollierbar; zu den entsprechenden „Voraussetzungen für die Eintragung“ (Art. 940 Abs. 1 OR) werden z.B.³⁴ die Zuständigkeit des HR³⁵, die Vollständigkeit der Unterlagen³⁶ oder die Eintragungsfähigkeit³⁷ des angemeldeten Sachverhalts gezählt. Bei der Prüfung dieser Aspekte besteht eine *unbeschränkte Kognition* des HR³⁸.

³² Zur Zweiteilung z.B. BGE 114 II 69 Erw. 2 sowie BGE 132 III 672 Erw. 3.1. a.A.: „Während ihm für die formellen registerrechtlichen Voraussetzungen eine umfassende Kognition zusteht, ist seine Prüfungsbefugnis in Belangen des materiellen Rechts beschränkt“.

³³ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.2.

³⁴ Statt vieler: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 43 f.; ZIHLER, N 12 ff. zu Art. 28 HRegV.

³⁵ Beispiel: Die Anmeldung einer Statutenänderung einer GmbH mit Sitz in Pfäffikon/SZ darf *nicht* beim HR Zürich erfolgen, obwohl es im *Kanton Zürich* ebenfalls eine Gemeinde Pfäffikon gibt.

³⁶ Beispiel: Wenn eine AG eine Aktienkapitalerhöhung mittels Sacheinlage anmeldet, darf bzw. muss das zuständige HR einzig kontrollieren, ob im konkreten Fall ein *Sacheinlagevertrag* (Art. 652c OR i.V.m. Art. 46 Abs. 3 lit. a HRegV) eingereicht wurde, hingegen nicht, ob z.B. die einzutragende Einlage tatsächlich werthaltig oder die Aktienzuteilung angemessen erscheinen.

³⁷ Beispiel: Es wird eine Kollektivgesellschaft angemeldet, obwohl eine *einfache Gesellschaft* vorliegt, die *weder eintragungspflichtig noch eintragungsfähig* ist.

³⁸ BGE 125 III 21 Erw. 3.b. („plein pouvoir d'examen“); BGE 119 II 465 Erw. 2.b.; BGE 114 II 69 Erw. 2.; aus der Lehre: BÖCKLI, § 1 N 556 ff.; FORSTMOSER, Kogni-

2.2.2 Themen des materiellen Rechts

Wesentlich *umstrittener* in der Praxis und in der Doktrin³⁹ ist, ob den HR eine weitergehende Kognitionsbefugnis zukommt, d.h., ob nebst registerrechtlichen⁴⁰ ausserdem *materiellrechtliche* Aspekte überprüft werden dürfen bzw. müssen⁴¹. Hierbei darf nicht vergessen werden, dass umstrittene Beschlüsse von GV *gerichtlich überprüfbar* sind⁴². Eine Konkurrenz von HR und Richter sollte – aus verschiedenen Gründen⁴³ – vermieden werden.

Unstrittig erscheint, dass die HR *keine* „Legal Compliance“ *i.e.S.* vorzunehmen haben. Das Eingreifen muss auf öffentliche Interessen sowie auf Funktionsinteressen des HR beschränkt bleiben; Privatinteressen sind privat zu verfolgen (z.B. mittels Anfechtungsklagen). Folglich können materiellrechtliche Aspekte bei *dispositivem* Recht keine Rolle spielen.

Das „Prüfungsprogramm“ fokussiert sich auf *zwingendes* Recht (Art. 940 Abs. 2 OR sowie Art. 28 HRegV)⁴⁴. Die aktuelle normative Ordnung sieht zwar keine expliziten Prüfungsschranken in Bezug auf zwingende Bestimmungen vor, doch die Gerichtspraxis führte vor langer Zeit entsprechende Schranken ein⁴⁵, die indes nicht von allen HR beachtet

tionsbefugnis, S. 3; BECK, S. 45 ff.; ob bei einer Aktienkapitalerhöhung eine „*Stampa-erklärung*“ vorliegt oder nicht, gehört zur *unbeschränkten* Kognition des HR: BGE 119 II 465 f. Erw. 2.b./c.

³⁹ Statt aller (als Übersicht zur Thematik): KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 239 ff.; MEIER-SCHATZ, S. 446 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 44 ff.; MEISTERHANS, S. 103 ff.; KOCH, S. 106 ff.

⁴⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.1.

⁴¹ Die Debatte hat lange Tradition (detailliert zur Doktrin: MEISTERHANS, S. 81 ff.); zur früheren Lehre statt vieler: BECK, S. 15 ff.; zudem: FORSTMOSER, Kognitionsbefugnis, S. 5 ff.; ZIHLER, N 33 ff. zu Art. 28 HRegV.

⁴² Im (aktienrechtlichen) Vordergrund stehend: Art. 706 ff. OR.

⁴³ Auf der einen Seite steht m.E. das Gesellschaftsrecht auf der Grundlage der *Eigenverantwortlichkeit* der Gesellschafter (detailliert: KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 5 ff.); wenn sich also z.B. der Aktionär gegen eine Beschlussfassung nicht wehrt, weshalb sollte es dann das HR für ihn (und seine Privatadressen) tun? Auf der anderen Seite besteht zwischen HR-Verfahren und Gerichtsprozessen *keine Verfahrensäquivalenz* (z.B. fehlender Anspruch auf rechtliches Gehör), d.h. eine „Aufwertung“ der HR in Bezug auf deren Interventionskompetenzen setzt m.E. eine vorgängige Verfahrensanpassung vor den HR voraus.

⁴⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.1.2/2.3.1.3.

⁴⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.1.2.

werden. Bei materiellrechtlichen Aspekten steht HR nur eine *beschränkte Kognition* zu⁴⁶.

2.3 Zur beschränkten Kognition

2.3.1 Praxis

2.3.1.1 Handelsregister

Empirische Daten zur „gelebten“ *Kognitionspraxis* bestehen meines Wissens nicht. Das EHRA nimmt eine Oberaufsicht wahr. HR äussern sich, wenn überhaupt, jeweils dahingehend, dass sie die Zweiteilung mit unbeschränkter Kognition bei registerrechtlichen Fragen sowie beschränkter Kognition bei materiellrechtlichen Fragen ernst nehmen; trotzdem werden sie von Praktikern immer wieder für eine *teils (zu) expansive Kognitionspraxis* kritisiert⁴⁷:

Deutlich wird diese Kritik beispielsweise seit langer Zeit in einem gesellschaftsrechtlichen Standardwerk vorgebracht: „Registerführer haben manchmal Mühe, die engen Schranken ihrer Kognitionsbefugnis einzuhalten; Kompetenzüberschreitungen kommen in der Praxis immer wieder vor (...)“⁴⁸; diese und ähnliche Kritiken sind in der Doktrin weitverbreitet⁴⁹ und können empirisch ebenfalls nicht untermauert werden.

Eingestanden werden muss, dass sich die HR, die ihre Kognitionsbefugnisse liberal bzw. weit interpretieren, durchaus auf den normativen Wortlaut⁵⁰ berufen könn(t)en. Die Gerichtspraxis hat allerdings metho-

⁴⁶ BGE 125 III 21 Erw. 3.b. („pouvoir limité“); obwohl Art. 940 Abs. 2 OR sowie Art. 28 HRegV ohne weitere Einschränkungen von „zwingenden Vorschriften“ sprechen, kann m.E. damit *nicht jegliche Nichtigkeit* gemeint sein; gerade im Aktienrecht gibt es private Rechtsbehelfe (z.B. Nichtigkeitsklagen gemäss Art. 706b OR sowie Art. 714 OR), die aus Gründen der Eigenverantwortlichkeit vorgehen müssen.

⁴⁷ Auswahl zur *Kritik* in der Lehre: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 50; BLÄTTLER, *passim*; Übersicht zur Doktrin: BÖCKLI, § 1 N 563 ff.; FORSTMOSER, Kognitionsbefugnis, S. 6 ff.

⁴⁸ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 50 a.A.

⁴⁹ Statt aller: FORSTMOSER, Kognitionsbefugnis, *passim*; zudem: DRUEY, § 23 N 32 f.; a.M. hingegen ein Autor aus dem EHRA: „In der Praxis wenden die Handelsregisterbehörden die Kognitionsformel des Bundesgerichts zweckmässig und mit dem notwendigen Augenmass an (...). Sie bietet deutlich weniger Probleme, als aufgrund der (...) Literaturmeinungen zum Teil angenommen werden könnte“ (ZIHLER, N 71 a.A. zu Art. 28 HRegV); Hervorhebung des Originals weggelassen.

⁵⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.

disch korrekt Kognitionsschranken eingeführt⁵¹, die mit einer korrekten Interpretation in Einklang stehen – *einige HR ignorieren* diese Vorgaben trotzdem regelmässig, wie der Unterzeichner aus leidvoller eigener Erfahrung lernen musste⁵².

2.3.1.2 Bundesgericht

M.E. stand bei der Kognitionsthematik schon immer Pragmatik vor Methodik. Das Bundesgericht interpretierte die – im Wesentlichen unveränderten – Rechtsgrundlagen⁵³ von Anfang an *restriktiv*, d.h., die HR hatten (und haben) verschiedene, im OR und in der HRegV nicht ausdrücklich erwähnte Einschränkungen bei der eigenen Kognition zu beachten⁵⁴. Sie haben, etwas trivialisiert, einzig eine „*Milchglas*“-Kontrolle vorzunehmen⁵⁵. Die bundesgerichtliche *Kognitionsformel* sieht drei Kriterien⁵⁶ vor:

„[Das HR] hat (...) auf die Einhaltung jener *zwingenden* Gesetzesbestimmungen zu achten, die *im öffentlichen Interesse* oder *zum Schutze Dritter* aufgestellt sind, während die Betroffenen zur Durchsetzung von Vorschriften, die nachgiebigen Rechts sind oder nur private Interessen berühren, das Zivilgericht anzurufen haben. Da die Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann, ist die Eintragung nur dann abzulehnen, wenn

⁵¹ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.1.2.

⁵² In der Wirtschaftsrealität können rechtlich fragwürdige Kognitionsentscheide *faktisch gerichtlich kaum je überprüft* werden (FORSTMOSER, Kognitionsbefugnis, S. 13: „von den Betroffenen zähneknirschend hingenommen“; ausserdem: FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER, Rz. 14), weil die betroffene Gesellschaft, nolens volens, den Entscheid des HR akzeptiert und entsprechende Anpassungen vornimmt, damit eine *Eintragung möglichst bald* doch noch möglich wird; im Versteckten mag es sich vereinzelt sogar um „Machtpolitik“ handeln, zumindest sind die HR immer „am längeren Hebel“ (der Hinweis auf „*Willkürpotential*“ bei HR scheint nicht übertrieben: KUNZ, Rundflug, S. 28 Fn 111).

⁵³ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.

⁵⁴ Es handelt sich um eine ständige Praxis: BGE 107 II 247 ff. Erw. 1.; BGE 114 II 69 ff. Erw. 2.; BGE 117 II 188 Erw. 1.; BGE 119 II 465 Erw. 2.b.; BGE 121 III 369 ff. Erw. 2.; BGE 125 III 21 Erw. 3.b.; jüngst: BGer, Urteil vom 28. April 2014 (4A_363/2013), Erw. 2.; Hinweise: KUNZ, Rundflug, S. 27; BÖCKLI, § 1 N 559 ff.; FORSTMOSER, Kognitionsbefugnis, S. 4 ff.

⁵⁵ Diese Metapher stammt aus einer Zeit, als noch *trübe Milchgläser* bekannt und verbreitet waren; wer durch solche Gläser schaute, konnte zwar keine Details, aber zumindest – im besten Fall – grobe Umrisse von deutlichen Änderungen wahrnehmen; die vorliegende Referenz versucht anzudeuten, dass der HR wirklich *nur in „echt krassen Fällen“ intervenieren* soll bzw. darf; es geht m.a.W. einzig um „klare Fälle“: DRUEY, § 23 N 31.

⁵⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.1.3; Übersicht: BÖCKLI, § 1 N 559 ff.

sie *offensichtlich* und *unzweideutig* dem Recht widerspricht, nicht aber, wenn sie auf einer ebenfalls vertretbaren Gesetzesauslegung beruht, deren Beurteilung dem Zivilgericht überlassen bleiben muss (...)“⁵⁷.

Die einschränkende Praxis des Bundesgerichts zur Kognitionsbefugnis der HR hat sich schon seit Jahren nicht wirklich verändert⁵⁸, obwohl „niemals eine überzeugende juristische Begründung“ hierfür abgegeben wurde⁵⁹. Nichtsdestotrotz will der Bundesrat, notabene ganz bewusst, diese ständige und sicherlich bewährte Kognitionsformel *nicht normativ festschreiben*, damit mögliche „Weiterentwicklungen“ der Rechtsprechung möglich bleiben⁶⁰. Diese rechtspolitische „Black Box“ vermag Praktiker-Nerven kaum zu beruhigen.

2.3.1.3 Kriterienkatalog

Die Praxis sieht drei Kriterien vor, damit das HR intervenieren und eine Eintragung verweigern kann⁶¹. *Erstens* darf *nicht dispositives* Recht betroffen sein, d.h., es muss um zwingendes Recht gehen, das mit dem GV-Beschluss verletzt wurde⁶². Dass angebliche „Verstösse“ gegen eine dispositive Regelung nicht überprüft werden dürfen, erscheint aus Gründen der Eigenverantwortlichkeit der Gesellschafter als „konsequent“⁶³.

Doch nicht jede zwingende Bestimmung muss (oder darf) vom HR „verteidigt“ werden – es gilt, weitere Hürden zu überwinden. *Zweitens* ist nämlich nur bei *qualifizierten zwingenden* Normen⁶⁴ (und deren Verletzung durch Beschlussfassungen) eine Intervention mittels Eintragungsrückweisung angebracht. Massgeblich sind einzig zwingende Normen, die

⁵⁷ BGE 132 III 672 Erw. 3.2.; Hervorhebungen hinzugefügt.

⁵⁸ Es handelt sich geradezu um ein „Bollwerk“: KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 242; zur Entwicklung der Praxis: MEISTERHANS, S. 103 ff.; DE BEER, S. 83 ff.

⁵⁹ KUNZ, Handelsregisterrecht, S. 152.

⁶⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.2; das rechtspolitische Argument des Bundesrats bleibt auf *Gerichte beschränkt* („Damit wird den kantonalen Gerichten als auch dem Bundesgericht ermöglicht, die Rechtsprechung weiterzuentwickeln“) und meint *nicht* die möglichen Praxisentwicklungen der HR.

⁶¹ Übersicht zu den Kriterien: KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 243 ff. m.w.H. (auf diverse BGE); KUNZ, Handelsregisterrecht, S. 152.

⁶² Statt aller: ZIHLER, N 35 ff. zu Art. 28 HRegV; ob eine Norm als dispositiv oder als zwingend qualifiziert wird, hängt meist von *Interpretationen* ab; z.T. ergibt sich die Qualifikation indes aus der Normordnung selber (z.B. im Vereinsrecht: Art. 64 Abs. 2/Abs. 3 ZGB sowie Art. 67 Abs. 2/Abs. 3 ZGB etc.).

⁶³ KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 245.

⁶⁴ KUNZ, Handelsregisterrecht, S. 152 Fn 146.

entweder im *öffentlichen Interesse* oder zum *Schutz von Dritten* erlassen worden sind⁶⁵.

Unter Juristen besteht bekanntlich kaum jemals Einigkeit oder Einmütigkeit in Bezug auf Interpretationen, was nicht zuletzt für qualifiziertes zwingendes Recht gilt. *Drittens* darf nur bei *offensichtlichen* und *eindeutigen* Verstössen gegen das Recht eine Eintragung verweigert werden⁶⁶. Prinzipiell besteht zwar keine richterliche Abhängigkeit von der Lehre, doch dürfte dieses Kriterium im Wesentlichen eine Art von „*unité de doctrine*“ verlangen⁶⁷.

2.3.2 Rechtspolitische Änderungen?

Seit Jahren wird darüber diskutiert, das *Handelsregisterrecht* (mehr oder weniger) *umfassend zu revidieren*, etwa im Rahmen der „grossen“ Aktienrechtsrevision⁶⁸. Gegenstand einer solchen Revision müsste wohl ebenfalls die Kognition der HR sein. Bei der vor einigen Jahren erfolgten *Totalrevision der HRegV* wurde darauf bewusst verzichtet⁶⁹. Im Rahmen der „grossen“ Aktienrechtsrevision wurde (und wird) die Thematik stetig ausgeblendet⁷⁰.

Im Hinblick auf die Revision des GmbH-Rechts wurden zwar Vorschläge zur Kognition gemacht, die in der Folge indes nicht weiterverfolgt wurden⁷¹. Im Jahr 2012 legte der Bundesrat ein Legislativprojekt zur „Modernisierung des Handelsregisters und damit verbundener KMU-Erleichterungen“ (zentrales Stichwort: Elektronisierungen) vor. Voraus-

⁶⁵ Zum *Schutz von Dritten*: ZIHLER, N 39 ff. zu Art. 28 HRegV; *zwingendes Recht* setzt eigentlich generell ein öffentliches Interesse voraus, so dass m.E. von einer Vermutung auszugehen ist (immerhin bleibt der *Beweis des Gegenteils* möglich, dass eine konkrete zwingende Norm *nicht im öffentlichen Interesse* steht).

⁶⁶ Hierzu: ZIHLER, N 71 ff. zu Art. 28 HRegV.

⁶⁷ Das Kriterium der „*unité de doctrine*“ bezieht sich m.E. indes nicht allein auf die *wissenschaftliche Doktrin*, sondern ebenfalls auf die *Praxis der HR*.

⁶⁸ Statt aller: KUNZ, *Handelsregisterrecht*, S. 143 ff.

⁶⁹ KUNZ, *Handelsregisterrecht*, S. 153 m.w.H. in Fn 151; generell: BÄRTSCHI, *passim*; GLANZMANN, *passim*.

⁷⁰ Dies traf bereits auf den *ersten Anlauf* einer „grossen“ Aktienrechtsrevision zu, die im Jahr 2005 gestartet und als Folge der „Abzocker“-Debatte verzögert wurde; beim *zweiten Anlauf* mit einem Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), der am 28. November 2014 in die Vernehmlassung geschickt wurde, ändert sich erneut nichts; zudem generell: GWELESSIANI, S. 159 ff.; KUNZ, *Handelsregisterrecht*, S. 143 ff.; KUNZ, *Statuten*, S. 58.

⁷¹ Hinweise: FORSTMOSER, *Kognitionsbefugnis*, S. 15 ff.

sichtlich wird sich weiterhin *nichts ändern* mit Bezug auf die Kognitionsthematik, die nur, aber immerhin am legislativen Rande angesprochen wurde⁷². Ohnehin scheint der Bundesrat überhaupt keine Probleme in diesem Zusammenhang zu erkennen⁷³ – oder sie zu ignorieren.

Zwar besteht tatsächlich kein dringender rechtspolitischer Handlungsbedarf. Nichtsdestotrotz sollte m.E. eine *Revision ernsthaft erwogen* werden⁷⁴. Auf der einen Seite sollte die aktuelle Praxis der HR aus rechtsstaatlichen Gründen auf Gesetzesstufe *präzisiert* werden⁷⁵, und andererseits könnte die Kognitionsbefugnis (z.B. aus Gründen des Minderheitenschutzes)⁷⁶ *ausgebaut* werden⁷⁷, sofern diese Änderung „verfahrensmässig unterstützt“ würde⁷⁸.

⁷² Auffällig erscheint, dass im *Vorentwurf* vom 19. Dezember 2012 zur Modernisierung des Handelsregisters mit Art. 937 VE-OR eine Verweisung auf zwingendes Recht gestrichen wurde, wobei offen ist, ob damit eine inhaltliche Änderung beabsichtigt ist (der Bundesrat begründet dies mit einer Verweisung auf Art. 930 Abs. 3 VE-OR: Erläuternder Bericht, S. 35); in der in den Jahren 2012/2013 erfolgten Vernehmlassung wurde kritisiert, dass die Neufassung „sprachlich ungenau“ sei, und ein Teilnehmer hielt fest, „dass die Prüfungspflicht des Handelsregisterführers durch die Neuformulierung nicht vergrößert werden dürfe“ (Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse: 13/30).

⁷³ Erläuternder Bericht vom 19. Dezember 2012: „Auf die *gesetzliche, wortgetreue Verankerung* der langjährigen Kognitionsformel des Bundesgerichts, die zur Prüfungspflicht des Registerführers gemäss Artikel 940 OR entstanden ist, wird *bewusst verzichtet*. Damit wird den kantonalen Gerichten als auch dem Bundesgericht ermöglicht, die Rechtsprechung weiterzuentwickeln. In der Handelsregisterpraxis führt die Prüfungspflicht gemäss Artikel 940 OR heute zu *keinen nennenswerten Problemen*, da sich bei vielen Handelsregisterämtern eine umfassende ‚Dienstleistungserbringerm mentalität‘ [sic!] entwickelt hat. Zudem lassen sich viele juristische Probleme bereits *im Vorfeld einer Anmeldung* für alle Beteiligten zufriedenstellend lösen“ (S. 35 ad Art. 937 E-OR); Hervorhebungen hinzugefügt.

⁷⁴ Rechtspolitische Anregungen: BÖCKLI, § 1 N 568 ff.

⁷⁵ Zum Präzisierungsbedarf: KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 241.

⁷⁶ Mit dieser Argumentation: DE BEER, S. 114 („Minderheitenschutz durch Registerrecht“); HR nehmen eine „*Wächterfunktion*“ für die Gesellschafter wahr: KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 239.

⁷⁷ Grundlegend für eine Erweiterung: BÄR, S. 410 ff.; zudem: MEISTERHANS, S. 116 ff.; MEIER-SCHATZ, S. 448; KÜNG, S. 41 ff. und v.a. S. 45 ff.; de lege lata ist dies jedoch heute (noch) nicht der Fall: DE BEER, *passim*.

⁷⁸ KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 254/N 258 a.E.

3. Ausgewählte Beispiele

3.1 Fundamentale Gesellschaftsrechtsfragen

Was *materiellrechtliche* Themen⁷⁹ sind, die von den HR mit *umfassender* Kognition geprüft werden müssen, kann im Einzelfall durchaus umstritten sein; immerhin wird als Leitlinie festgehalten: „Das Bundesgericht hat in Fällen, die jeweils *fundamentale Fragen des Gesellschaftsrechts* betrafen, die *freie* Prüfungsbefugnis des Registerführers bejaht“⁸⁰. Beispielsweise würde ein allfälliger Antrag auf Eintragung einer *gesetzlich nicht vorgesehenen Gesellschaftsform* vom HR umfassend und nicht eingeschränkt geprüft⁸¹.

Das Bundesgericht führte im Jahr 2014 für die Kognition in materiellrechtlichen Fragen eine *neue Oberkategorie* der „fundamentalen Fragen des Gesellschaftsrechts“ ein, die – zumindest gefühlsmässig – die Einschränkung auf „krasse Fälle“ treffend umschreibt. Doch leider hat Wirtschaftsjuristerei selten mit Gefühlen zu tun, und „fundamentale Fragen“ (als Blankettbegrifflichkeit) ist auslegungsbedürftig, und es mangelt an Rechtssicherheit.

Im Aktienrecht wird *Art. 680 Abs. 1 OR*, durch den – prinzipiell – *Aktionärspflichten untersagt* werden⁸², zu den „Grundstrukturen“ gezählt, deren Missachtung die Beschlussfassungen nichtig macht (Art. 706b Ziff. 3 OR). Da diese zwingende Norm im öffentlichen Interesse liegt und eine „*unité de doctrine*“ besteht, müssen HR etwa *statutarische Haftungen* oder *statutarische Nachschusspflichten* verweigern⁸³. Umstritten ist, wie

⁷⁹ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.2.

⁸⁰ BGer, Urteil vom 28. April 2014 (4A_363/2013), Erw. 2.2. a.A.; Hervorhebungen hinzugefügt; skeptisch zu diesem Ansatz: FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER, Rz. 14.

⁸¹ BGer, Urteil vom 28. April 2014 (4A_363/2013), Erw. 2.2. sowie Erw. 2.3. a.A.; damit wird das gesellschaftsrechtliche *Fundamentalprinzip des Numerus Clausus* (BÜHLER, S. 542) gesichert, d.h., „Innominatsgesellschaften“ sind in der Schweiz strikte unzulässig, die Verkehrssicherheit stellt das öffentliche Interesse dar, aufgrund dessen eine umfassende Kognition von HR (und EHRA) als angebracht erscheint; ebenfalls – als weiteres Beispiel – von HR nicht akzeptiert werden dürfen *GV-Zirkularbeschlüsse von Aktionären*, die bei AG de lege lata unzulässig sind: DRUEY, § 23 N 31 i.V.m. § 12 N 40; m.E. gleich entschieden werden müsste für Statuten von AG, die eine *Kooption* des VR vorsehen.

⁸² Art. 680 Abs. 1 OR: „Der Aktionär kann auch durch die Statuten nicht verpflichtet werden, mehr zu leisten als den für den Bezug einer Aktie bei ihrer Ausgabe festgesetzten Betrag“ (sc. Liberierungspflicht).

⁸³ KUNZ, Statuten, S. 71.

es sich bei Erwerbsrechten auf Statutenbasis (z.B. bei Vorkaufsrechten) verhält⁸⁴.

M.E. lässt Art. 680 Abs. 1 OR hingegen *statutarische Unterlassungspflichten* von Aktionären durchaus zu (Beispiele: Konkurrenzverbote, Schweigepflichten oder Ausstandspflichten)⁸⁵; zumindest dürften nicht die HR bei entsprechenden GV-Beschlüssen intervenieren, und zwar mangels „*unité de doctrine*“⁸⁶. Als weitere Praxisbeispiele können erwähnt werden:

Wenn eine nicht ordnungsgemäss einberufene und zusammengesetzte *Universalversammlung* (Art. 701 OR) ihre Beschlüsse als gültig ausweist, dürfen deren Eintragungen vom HR grundsätzlich nicht verweigert werden (BGE 114 II 68)⁸⁷, d.h., nach aktuellem Recht wäre über ein privates Nichtigkeitsverfahren im Rahmen von Art. 706b OR vorzugehen. Wenn Statuten die *Einberufungsfrist* von sechs Monaten gemäss Art. 699 Abs. 2 OR ignorieren, darf das HR eine solche privatautonome Ordnung nicht eintragen (BGE 107 II 246).

Im Jahr 2014 hatte sich das Bundesgericht u.a. mit Nichtigkeitsfragen im Zusammenhang mit Statuten zu befassen, die vom zuständigen HR bereits eingetragen worden waren (konkret: BGE 140 III 349)⁸⁸. Das höchste Gericht erachtete, sozusagen vorfrageweise, eine Statutenbestimmung als nichtig, die eine *stillschweigende Verlängerung eines VR-Mandats* nach korrekter GV-Wahl, bei der indes ein notwendiges Quorum nicht erreicht wurde, vorsah⁸⁹; die HR-Eintragung war hingegen richtigerweise vorgenommen worden⁹⁰.

⁸⁴ Verschiedene HR verweigern die Eintragung von *statutarischen Erwerbsrechten*, womit m.E. ihre Kognitionsbefugnisse überschritten werden: KUNZ, Statuten, S. 71 ad Fn 112.

⁸⁵ Im Detail: KUNZ, Minderheitenschutz, § 8 N 35 ff.; KUNZ, Statuten, S. 71.

⁸⁶ Wenn *unterschiedliche* Meinungsäusserungen in der *Lehre* vorkommen, schliesst dies meist aus, dass eine bestimmte Rechtsauslegung als offensichtliche und eindeutige Rechtsverletzung qualifiziert werden kann; massgeblich erscheint m.E. jedoch nicht die Zahl der „anderen Meinungen“, sondern deren *wissenschaftliche Gewichtigkeit* und *argumentative Stärke*.

⁸⁷ Hierzu: DRUEY, § 23 N 31 ad Fn 11.

⁸⁸ Besprechung: VISCHER/HOHLER/ECKERT, *passim*.

⁸⁹ VISCHER/HOHLER/ECKERT, S. 409 f. begrüsst den Entscheid.

⁹⁰ Im vorliegenden Entscheid war die *Kognition* eben gerade *nicht Streitgegenstand* des Verfahrens, d.h., das Urteil wird primär zur Illustration erwähnt, dass trotz HR-Eintragung eine Nichtigkeit der Statutenbestimmung möglich ist, und zwar *handelsregisterrechtlich korrekt*.

3.2 Vergütungsordnung bei Publikumsgesellschaften

Die VegüV ist innert Frist von schweizerischen Gesellschaften (konkret: AG) mit kotierten Beteiligungspapieren meist durch Beschlüsse der GV umzusetzen; beispielsweise müssen durch die Unternehmen die *Statuten angepasst* werden (Art. 12 VegüV). Das EHRA hat am 20. November 2013 die Praxismitteilung EHRA 3/13 publiziert, um in erster Linie „aufzuzeigen, wie sich die VegüV auf die Prüfungspflicht des Handelsregisteramts auswirkt“⁹¹.

Das EHRA hält fest, dass sich – im Grossen und Ganzen – *nichts ändern* soll, und die Kognitionsformel wird bestätigt⁹². Insbesondere haben die HR nicht von Amtes wegen aktiv zu werden, um die Übereinstimmung der bisherigen Statuten mit der VegüV zu kontrollieren⁹³, d.h., die Kognition beginnt erst, wenn Anmeldungen vorgelegt werden. Ausserdem werden *Praxistauglichkeit* oder eine *moderne Corporate Governance nicht* überprüft⁹⁴.

Die *fehlende Rechtseinheitlichkeit* der HR-Praxis würde bei Publikumsgesellschaften noch grössere Probleme mit sich bringen als bei privaten Unternehmungen. Erwähnt werden kann z.B. die Regelung *zusätzlicher Mandate ausserhalb des Konzerns*, und zwar mit einer Konzernformulierung wie „Mandate, die der gleichen Gruppe angehören, gelten als ein Mandat“⁹⁵; es besteht somit ein Spannungsverhältnis zur „Abzocker“-Ordnung⁹⁶.

⁹¹ Praxismitteilung EHRA 3/13: 1/6.

⁹² Praxismitteilung EHRA 3/13: 2/6.

⁹³ Dies entspricht dem *generellen* Prinzip, dass HR *keine routinemässige Nachprüfung* vorzunehmen haben, sondern einzig bei Anmeldungen aktiv werden; allg.: ZIHLER, N 6 zu Art. 28 HRegV.

⁹⁴ Praxismitteilung EHRA 3/13: 3/6 f.; aber: „Die Erwähnung einer konsultativen Wirkung der Abstimmungen müsste jedoch vom Handelsregisteramt zurückgewiesen werden“ (a.a.O.).

⁹⁵ Es kommt – je nach Konzernpraxis – immer wieder vor, dass ein (konzernfremder) VR nicht nur in einer einzigen Unternehmung der Gruppe, sondern in mehreren Gruppengesellschaften als VR-Mitglied eingesetzt wird; einen Konzernstandard gibt es in diesem Zusammenhang nicht.

⁹⁶ Beispielsweise muss die Mandatsanzahl in (anderen) Konzernen *quantitativ bestimmt* bzw. *bestimmbar* sein: „Die Statuten müssen Bestimmungen enthalten über: 1. die Anzahl der zulässigen Tätigkeiten der Mitglieder [u.a. des VR] in den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen von Rechtseinheiten, (...) die nicht durch die Gesellschaft kontrolliert werden oder die Gesellschaft nicht kontrollieren“ (Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 VegüV); generell: WATTER/GRUNDLER, N 4 ff. zu Art. 12 VegüV.

In einem konkreten, nicht publiquen Fall gab es unterschiedliche Ansichten⁹⁷. Der „Konflikt“ konnte in der Folge durch „Mediation“ des EHRA gelöst werden⁹⁸. M.E. stellt indes eine solche Statutenbestimmung keinen materiellrechtlichen Aspekt dar, der in den Kognitionsbereich von HR fällt, denn es geht um eine *beschränkte* Kognition. Zur Wehr setzen könnten sich nur, aber immerhin die Publikumsaktionäre (z.B. mittels Art. 706 f. OR).

3.3 Partizipationsscheine bei Genossenschaften

Das Bundesgericht hat im Jahr 2014 im Zusammenhang mit dem Bankengossenschaftskonzern „Raiffeisen“ festgestellt, dass bei *Genossenschaften keine Partizipationsscheine* (PS) geschaffen werden dürfen, weil die Genossenschaftsrechtsordnung *de lege lata* ein solches Eigenkapitalinstrument nicht vorsieht, aber trotzdem keine echte Lücke besteht (BGE 140 III 206)⁹⁹. Einleitend waren einige *Kognitionsfragen* zu beantworten:

Eine Genossenschaft des Konzerns stellte beim EHRA ein *Feststellungsgesuch*, wonach die Schaffung von PS möglich sein soll, was das EHRA ablehnte. Auf Beschwerde hin gab das *Bundesverwaltungsgericht* der Gesuchstellerin recht und hielt u.a. fest, dass das EHRA die Angelegenheit mit beschränkter Kognition hätte prüfen müssen. Das *Bundesgericht* widersprach, und zwar nicht zuletzt im Hinblick auf die Kognitionsbefugnisse¹⁰⁰.

Das höchste Gericht bestätigte und wiederholte die *ständige Praxis* zur Unterscheidung von umfassender sowie von beschränkter Kognitionsbefugnis der HR bzw. des EHRA¹⁰¹. Ominös hielt es zu Art. 940 Abs. 1 OR fest: „Diese Bestimmung schliesst eine Prüfung der Begründetheit der

⁹⁷ Eine identische Statutenordnung wurde – im Widerspruch zur „Tradition“ – vom HR Zürich liberal akzeptiert, aber vom HR Zug ursprünglich in Frage gestellt; allg.: WATTER/GRUNDLER, *passim*.

⁹⁸ Es setzte sich eine *liberale* Auslegung durch.

⁹⁹ Kritisch: FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER, *passim*; amtlich publiziert wurde – aus leider nicht bekannten Gründen – einzig Erw. 3., hingegen nicht Erw. 2., in der sich das Bundesgericht mit *Kognitionsfragen* beschäftigt; auf diese zusätzlichen Aspekte von BGE 4A_363/2013 vom 28. April 2014 wird im vorliegenden Beitrag hingewiesen.

¹⁰⁰ Hierzu: FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER, Rz. 13 ff.; der Sachverhalt sowie die Verfahrenshistorie werden wiedergegeben in BGer, Urteil vom 28. April 2014 (4A_363/2013), Sachverhalt A. – C.

¹⁰¹ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2; hierzu BGer, Urteil vom 28. April 2014 (4A_363/2013), Erw. 2.1.

verlangten Eintragung nicht aus¹⁰²; damit kann jedoch weder die *sachliche Korrektheit* noch die *Angemessenheit* von GV-Beschlüssen gemeint sein¹⁰³.

M.E. überrascht¹⁰⁴, dass das Bundesgericht im *vorliegenden Fall* eine „fundamentale Frage des Gesellschaftsrechts“ angenommen hat, die mit offener Kognition geprüft wurde. Im Wesentlichen ging es um die Frage, ob eine echte Gesetzeslücke vorliegt, und dazu können *unterschiedliche Rechtsansichten* vertreten werden. Sollte keine „*unité de doctrine*“ gegeben sein¹⁰⁵, dürfen HR bzw. EHRA (und das Bundesgericht) nicht intervenieren¹⁰⁶.

4. Schlussbemerkungen

Inhalt, Umfang und Begründung der *Kognitionsbefugnis* der HR (sowie des EHRA) zu materiellrechtlichen Themen stellen seit knapp vier Jahrzehnten¹⁰⁷ einen der umstrittensten gesellschaftsrechtlichen „Kampfplatz“ dar, auf dem – teils in übertriebener Manier – heftig gefochten wird. Zu bedauern ist, dass keine empirischen Daten vorliegen und die Praxis der HR in diesem Bereich nicht wirklich erschlossen ist – auch nicht beim EHRA.

Die Kognitionspraxis der HR¹⁰⁸ stellt momentan (noch) *kein gravierendes Rechtsproblem* dar. Dies könnte sich mittelfristig allenfalls ändern, sofern die bisherige Flexibilität des Gesellschaftsrechts durch immer neue *zwingende Regelungen eingeschränkt* wird – notabene eine legislative

¹⁰² BGer, Urteil vom 28. April 2014 (4A_363/2013), Erw. 2.1. a.A.; diese Aussage wurde ebenfalls in früheren Urteilen gemacht, nämlich etwa: BGE 114 II 69 Erw. 2. sowie BGer, Urteil vom 20. April 2006 (4A.4/2006), Erw. 2.1.

¹⁰³ Die HR überprüfen zwar (gewisse) *Aspekte der Legalität*, m.E. sicherlich aber *nicht die „Begründetheit“ i.e.S.* von Beschlussfassungen bei Gesellschaften.

¹⁰⁴ Möglicherweise war das Bundesgericht selber von seiner Argumentation in diesem Bereich *nicht gänzlich überzeugt*, so dass diese Erwägung *nicht amtlich publiziert* wurde.

¹⁰⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.1.3.

¹⁰⁶ Tatsächlich hinterlässt die Lektüre von BGer, Urteil vom 28. April 2014 (4A_363/2013), Erw. 2., einen (*zu*) *interventionistischen Anschein*, der – hoffentlich – trägt; eine Kognitionserweiterung kann m.E. zwar *de lege ferenda*, aber kaum *de lege lata* ernstlich debattiert werden; wohl gl.M.: FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER, Rz. 14 („ausgehöhlt“).

¹⁰⁷ Grundlegend der Doktorvater des Unterzeichners: BÄR, *passim*; wie so oft in seinem Leben als „*great dissenter*“ (und damit mein Vorbild!) bezeichnet: FORSTMOSER, *Kognitionsbefugnis*, S. 7.

¹⁰⁸ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2/2.3.

Tendenz, die heute bereits absehbar erscheint. Vieles wird davon abhängen, wie interventionistisch die HR ihre Kompetenzen *in Zukunft auslegen* werden.

Die heutige Praxis der kantonalen HR muss, nach Aussagen von Praktikern, als „*nicht einheitlich*“ qualifiziert werden, was angesichts der Bundeskompetenz (sc. OR sowie HRegV) nicht angängig erscheint. Es wäre aus Gründen der Rechtssicherheit¹⁰⁹ sowie der Rechtsstaatlichkeit zu wünschen, dass seitens des EHRA *vermehrte Standardisierungen* angestrebt würden¹¹⁰, und zwar nicht ausschliesslich im Bereich der VegüV¹¹¹.

Den „Stab zu brechen“ über die kantonalen HR und das EHRA, dürfte heutzutage nicht angebracht sein. Die Augen vor realen Problemen in der Praxis zu verschliessen, wäre jedoch ebenfalls naiv und grobfahrlässig. Zumindest scheint die vom Bundesrat behauptete „Dienstleistungserbringer-Mentalität“ der HR¹¹² nicht allzu weitverbreitet.

Die aktuelle Gerichtspraxis schränkt die an sich schrankenlosen Rechtsgrundlagen¹¹³ ein, wobei die HR solche Vorgaben – angesichts der faktischen Monopolstellung: ohne Gefahr einer richterlichen Kontrolle – immer wieder *ignorieren* können. Es überrascht, dass die Kognitionsthematik bei Revisionen bzw. Revisionsvorhaben des OR oder der HRegV bewusst ausgeblendet wird. Ein Handlungsbedarf *de lege ferenda* scheint ausgewiesen¹¹⁴.

¹⁰⁹ Die aktuellen HR-Praxis ist nicht zuletzt unter diesem Aspekt problematisch: KUNZ, Rundflug, S. 28; KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 258; KUNZ, Handelsregisterrecht, S. 153.

¹¹⁰ Für eine „einheitliche Registerpraxis“ bereits: FORSTMOSER, Kognitionsbefugnis, S. 15; allg.: BÖCKLI, § 1 N 572.

¹¹¹ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.

¹¹² Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.2.

¹¹³ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.

¹¹⁴ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.2.

Literaturverzeichnis

- BÄR, ROLF: Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterführers, BN 1978, S. 410.
- BÄRTSCHI, HARALD: Revidiertes Handelsregisterrecht, GesKR 2008, S. 61.
- BECK, PETER: Die Kognition des Handelsregisterführers im Rechte der Aktiengesellschaft, Diss., Zürich 1953.
- BLÄTTLER, LUKAS: Von den Mühen mit den Mühen – oder: Was Parkinsons Gesetz mit der Kognition des Handelsregisterführers zu tun haben könnte, in: ZINDEL, GAUDENZ G./PEYER, PATRIK R./SCHOTT, BERTRAND (Hrsg.): Wirtschaftsrecht in Bewegung, Zürich/St. Gallen 2008, S. 217.
- BÖCKLI, PETER: Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.
- BÜHLER, CHRISTOPH B.: Zwingendes Aktienrecht: Rechtfertigungsgründe und Alternativen, GesKR 2013, S. 541.
- DE BEER, ALEXANDER: Minderheitenschutz durch erweiterte Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, ZSR 114 I (1995) S. 81.
- DRUEY, JEAN NICOLAS: Gesellschafts- und Handelsrecht, 10. Aufl., Zürich 2010.
- FORSTMOSER, PETER (Gestaltungsfreiheit): Gestaltungsfreiheit im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Sonderheft 13, Berlin/New York 1997, S. 254.
- FORSTMOSER, PETER (Kognitionsbefugnis): Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, REPRAX 2/1999, S. 1.
- FORSTMOSER, PETER/TAISCH, FRANCO/TROXLER, TIZIAN: Unzulässigkeit von Beteiligungsscheinen bei Genossenschaften, Jusletter vom 14. Juli 2014.
- GLANZMANN, LUKAS: Die kleine Aktienrechtsrevision unter Berücksichtigung der Revision der HRegV, in: KUNZ, PETER V./JÖRG, FLORIAN S./ARTER, OLIVER (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III, Bern 2008, S. 119.
- GWELESSIANI, MICHAEL: Das Handelsregister in der Revisionsvorlage, GesKR/Sondernummer Aktienrecht 2008, S. 159.
- KOCH, THOMAS: Das Zwangsverfahren des Handelsregisterführers, Diss., Zürich 1997.
- KRÄHENBÜHL, SAMUEL: Einstufiger kantonaler Instanzenzug der Handelsregisterverordnung vom Bundesgericht bestätigt (...), REPRAX 2/2011, S. 39.
- KÜNG, MANFRED: Die Prüfungspflicht des Handelsregisterführers in materiellrechtlichen Fragen, SZW 62 (1990) S. 41.
- KUNZ, PETER V. (Minderheitenschutz): Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil., Bern 2001.
- KUNZ, PETER V. (Basisrecht): Gesellschaftsrecht als Basisrecht für Notare und andere öffentliche Urkundspersonen, in: STIFTUNG SCHWEIZERISCHES NOTARIAT (Hrsg.): Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsrecht, Zürich 2007, S. 169.
- KUNZ, PETER V. (Handelsregisterrecht): Herausforderungen zum Handelsregisterrecht in der Gegenwart und in der Zukunft (...), REPRAX 2/3/2008, S. 138.
- KUNZ, PETER V. (Statuten): Statuten – Grundbaustein der Aktiengesellschaften, in: Die „grosse“ Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich/St. Gallen 2010, S. 55.
- KUNZ, PETER V. (Rundflug): Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Bern 2012.

- MAUCH, CHRISTIAN: Vorsorgende Rechtspflege in Europa am Beispiel der GmbH – Lateinisches Notariat und seine Entsprechungen im common law, *ZVglRWiss* 106 (2007) S. 272.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSE, PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012.
- MEIER-SCHATZ, CHRISTIAN J.: Funktion und Recht des Handelsregisters als wirtschaftsrechtliches Problem, *ZSR* 108 I (1989) S. 433.
- MEISTERHANS, CLEMENS: Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, Diss., Zürich 1996.
- VISCHER, MARKUS/HOHLER, DOMINIK/ECKERT, FABRICE: Organisationsmangel nach Nichtwahl des Verwaltungsrats, *GesKR* 2014, S. 405.
- WATTER, ROLF/GRUNDLER, JVO: Kommentar zu Art. 12 VegüV, in: GERHARD, FRANK/MAIZAR, KARIM/SPILLMANN, TILL/WOLF, MATTHIAS (Hrsg.): Vergütungsrecht der Schweizer Publikumsgesellschaften – Kommentar VegüV, Zürich/St. Gallen 2014.
- ZIHLER, FLORIAN: Handkommentar – Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013.

