

Die Rückgängigmachung von Eintragungen im Aktienbuch — problemlos oder unzweideutig rechtswidrig?

Zugleich ein Hinweis zur Kognitionsbefugnis der Handelsregisterführer

von Prof. Dr. Peter Forstmoser, Rechtsanwalt (Zürich)

Il est possible de radier du registre des actions un actionnaire déjà inscrit, en application des règles du Code des obligations sur les vices du consentement. Il n'est pas nécessaire que les statuts contiennent une réserve spéciale à cet égard. Les offices du registre du commerce ont souvent de la peine à tenir les limites étroites que la jurisprudence du Tribunal fédéral a fixées à leur pouvoir de cognition.

Inhalt

- I. Der Sachverhalt
- II. Die vertretenen Auffassungen im Überblick
- III. Rechtliche Beurteilung
- IV. Abweichende Ansichten
- V. Exkurs: Zum Umfang der Kognitionsbefugnis der Registerbehörden

Dieser Beitrag verfolgt zwei Ziele:

- Zunächst und in erster Linie soll Stellung bezogen werden zur Frage, ob – und allenfalls unter welchen Voraussetzungen – es einer Aktiengesellschaft gestattet ist, einen im Aktienbuch eingetragenen wieder zu streichen und damit seine Mitgliedschaft abzuerkennen.
- Zugleich soll hingewiesen werden auf die nach Ansicht des Verfassers problematische Ausweitung der Kognitionsbefugnis durch die Praxis verschiedener Handelsregisterbehörden.

I. Der Sachverhalt

a) Im Zuge der Abwehr unfreundlicher Übernahmeveruche sind in den letzten Jahren verschiedene Publikumsgesellschaften¹ dazu übergegangen, *Aktienerwerber*, die ihren *Eintrag* im Aktienbuch auf

grund falscher Angaben erlangt hatten², *nachträglich* wieder im Aktienbuch zu *streichen*. Damit sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass der Betreffende nicht (mehr) als Aktionär zu betrachten sei³. Eine besondere statutarische Grundlage für dieses Vorgehen bestand jeweils nicht.

b) Inzwischen haben zahlreiche Gesellschaften begonnen, in den *Formularen für Eintragungsgesuche von Aktienerwerbern* ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass sich der Verwaltungsrat das Recht vorbehalte, Eintragungen, die aufgrund falscher Angaben erfolgten, mit Rückwirkung auf das Datum der Eintragung im Aktienbuch rückgängig zu machen.

c) Schliesslich haben verschiedene Publikumsgesellschaften entsprechende Bestimmungen in die *Statuten aufgenommen*⁴.

d) Ist eine solche *Streichung* eingetragener Aktionäre – generell oder gestützt auf eine entsprechende statutarische Basis – *zulässig*? Oder verstösst sie gegen zwingende rechtliche Vorschriften, namentlich das Verbot, Aktionäre aus der Gesellschaft auszuschliessen?

Die Beantwortung dieser Frage ist von erheblicher praktischer Bedeutung, da bei Übernahmeversuchen – und solche sind seit einigen Jahren auch in der Schweiz in Mode gekommen – der «Angreifer» regelmässig danach trachtet, sich, für ihn tätige Treuhänder und verbündete Dritte möglichst unbemerkt mit einer grösseren Anzahl Aktien im Register eintragen zu lassen.

² Namentlich durch unrichtige Aussagen über die Finanzierung ihrer Investition oder durch Verschweigen einer treuhänderischen Tätigkeit.

³ Genau besehen haben freilich weder der Registereintrag noch dessen Rückgängigmachung einen Einfluss auf die Aktionärsstellung, kommt doch dem Eintrag im Aktienbuch lediglich *deklaratorische Bedeutung* zu, vgl. *Ulrich Benz: Aktienbuch und Aktionärswechsel* (Diss. Zürich 1981 – SSW 63) 116 ff. und neuerdings etwa ZR 87 (1988) Nr. 95 S. 226. In der Praxis wird jedoch die Eintragung im Aktienbuch als Ausdruck der Anerkennung eines Erwerbers als Aktionär verstanden, die Streichung demzufolge als Zeichen für die Beendigung der Aktionärsstellung.

⁴ So etwa die Aargauische Hypotheken- & Handelsbank, die Gewerbebank Baden und die Helvetia Schweizerische Versicherungsgesellschaft, St. Gallen.

¹ So etwa Sulzer und die Usego Trimerco Holding.

II. Die vertretenen Auffassungen im Überblick

1. Fehlen von Judikatur

Gerichtsentscheide sind – soweit ersichtlich – zu dieser Frage bisher nicht gefällt worden⁵. Die von Streichungen betroffenen Inhaber von Namenaktien haben den Entscheid der Verwaltung jeweils – manchmal freilich grollend – akzeptiert. Einschlägige Statutenbestimmungen sind – mit einer Ausnahme⁶ – nicht angefochten worden.

2. Literatur

Dagegen finden sich in der Literatur einige – wenn auch knappe – Hinweise:

a) *Bürgi*⁷ hält dafür, es sei die Streichung einer Eintragung «nur im Einverständnis mit dem Eingetragenen oder auf Grund einer richterlichen Anordnung möglich». Ein selbständiges *Berichtigungsrecht der Gesellschaft bestehe nicht*. In ähnlichem Sinne erklären *Guhl/Merz/Kummer*⁸, es werde eine Zustimmung der Verwaltung zur Übertragung vinkulierter Namenaktien «freilich nicht mehr rückgängig zu machen sein».

b) *Gegenteilig* äussern sich neuere Monographien: So führt *Peter Lutz*⁹ aus, ein die Aktienübertragung genehmigender Entscheid der Gesellschaft könne, wenn er auf einem Irrtum oder anderen Willensmängeln beruhe, «nach Massgabe der Bestimmungen von OR 23ff. angefochten werden». Die gleiche Auffas-

sung wird vertreten in einer soeben erschienenen Zürcher Dissertation von *Daniel Würsch*¹⁰; ebenso bereits früher in der Dissertation von *Ulrich Benz*^{10a}.

c) In der *deutschen Literatur* ist – soweit ersichtlich – unbestritten, dass Zustimmung und Verweigerung zu Aktienübertragungen den allgemeinen Regeln über Willenserklärungen unterliegen und daher anfechtbar sind¹¹.

3. Registerpraxis

Uneinheitlich ist die Praxis der Handelsregisterämter: Während in mehreren Kantonen entsprechende statutarische Bestimmungen anstandslos zugelassen wurden^{11a}, hat das Handelsregisteramt des Kantons Zürich solche Normen als «offensichtlich rechtswidrig» zurückgewiesen^{12, 13}.

4. Künftiges Aktienrecht

Erwähnt werden mag noch, dass im künftigen Aktienrecht die Möglichkeit, ein Streichungsrecht statu-

⁵ Eine Ausnahme bildet ein noch nicht rechtskräftiger Entscheid, den der Präsident des Bezirksgerichts Vevey im summarischen Verfahren am 9.6.1989 in Sachen A.C. gegen N. getroffen hat. Darin wird ausgeführt: «La possibilité pour le conseil d'administration d'annuler avec effet rétroactif l'inscription d'actionnaires . . . n'est . . . qu'un cas d'application des principes généraux du droit en matière d'erreur ou de dol.»

⁶ Vgl. Anm. 5. In jenem – noch hängigen – Verfahren sind eine Vielzahl statutenändernder Beschlüsse global angefochten worden, worunter – mehr zufällig – auch eine Bestimmung ähnlich der hier besprochenen.

⁷ *F. Wolfhart Bürgi*: Zürcher Kommentar zum Aktienrecht Art. 660–697 (Zürich 1957) Art. 685 N 9.

⁸ Das Schweizerische Obligationenrecht (7. A. Zürich 1980) 633.

⁹ Vinkulierte Namenaktien (Diss. Zürich 1988 = SSHW 110) 79.

¹⁰ Der Aktionär als Konkurrent der Gesellschaft (Diss. Zürich 1989 = SSHW 124) 124: Die Genehmigungserklärung sei zwar grundsätzlich als Gestaltungserklärung unwiderruflich. «Als Willenserklärung kann sie jedoch bei Vorliegen eines Willensmangels gemäss den Art. 23 ff. OR angefochten werden. In Frage kommt namentlich die Anfechtung wegen absichtlicher Täuschung gemäss Art. 28 OR, wenn der Erwerber eine Konkurrentztätigkeit vor der Gesellschaft verheimlichte, um die Übertragungsgenehmigung zu erwirken, allenfalls, wenn nachgewiesen werden kann, dass der Erwerber nur als Strohmännchen für einen Konkurrenten auftritt (Art. 28 Abs. 2 OR). Zudem ist die Berufung auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR (Grundlagenirrtum) möglich.»

^{10a} Zit. N 3, 103, mit verschiedenen bestätigenden Literaturhinweisen in Anm. 20.

¹¹ Vgl. etwa *Hefermehl/Bungeroth*: Kommentar zum Aktiengesetz Bd. I, §§ 1–75 (München 1984) § 68 N 135; *C. H. Barz*: Grosskommentar zum Aktiengesetz (3. A. Berlin/New York 1973) § 68 Anm. 7; *Marcus Lutter*: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz Bd. I (2. A. Köln/Berlin/Bonn/München 1988) § 68 N 35.

^{11a} So in den Kantonen Aargau, St. Gallen, Waadt, Zug.

¹² Zur Begründung vgl. nachstehend Ziff. IV.2.

¹³ Dass in dieser Frage – wie in nicht wenigen anderen – eine uneinheitliche Registerpraxis besteht, ist an sich schon bedauerlich. Durch eine vermehrte Kontaktnahme mit dem Eidg. Amt für das Handelsregister als Genehmigungsinstanz könnten solche Ungereimtheiten vermieden werden.

tarisch vorzusehen, ausdrücklich erwähnt werden soll¹⁴.

III. Rechtliche Beurteilung

Damit ergibt sich ein heterogenes Bild: Streichungen von Buchaktionären, die ihre Position aufgrund falscher Angaben erwirkt haben, kommen in der Praxis vor, und die Möglichkeit wird in Statuten neuerdings auch ausdrücklich erwähnt. In der Literatur äussern sich zwei Standardwerke ohne Begründung gegen ein Streichungsrecht¹⁵, eine neuere und zwei neue Monographien dagegen mit knapper Erklärung dafür. Die Registerämter – soweit sie überhaupt mit der Frage konfrontiert worden sind – sehen eine statutarische Streichungsklausel mehrheitlich als unproblematisch an, halten sie aber vereinzelt für offensichtlich widerrechtlich. Das künftige Aktienrecht endlich nimmt auf statutarische Streichungsklauseln ausdrücklich Bezug, wobei unklar bleibt, ob damit neues Recht geschaffen oder nur der bestehende Zustand niedergeschrieben werden soll.

Bei dieser Ausgangslage ist die Antwort in grundsätzlichen Erwägungen zu suchen:

1. Kein Recht, Aktionäre aus einer Gesellschaft auszuschliessen

a) In der schweizerischen Lehre und Praxis ist unbestritten, dass es – jedenfalls ohne besondere statutarische Grundlage – einen *Ausschluss* aus der Aktiengesellschaft¹⁶ *nicht gibt*¹⁷. Vielmehr behält der einmal als Aktionär Anerkannte seine Rechtsstellung, auch wenn sich bei ihm in der Folge Umstände erge-

ben, die seine Ablehnung als Aktionär im Zeitpunkt des Zulassungsgesuches gerechtfertigt oder gar geboten hätten.

b) Damit ist aber für die hier interessierende Frage *nichts entschieden*: Voraussetzung dafür, dass ein rechtswidriger Ausschluss überhaupt zur Diskussion stehen kann, ist die vorgängige *gültige und mängelfreie Zulassung* des Betroffenen als Aktionär. Soweit über die Zulassung eines Aktienerwerbers nicht gültig und endgültig entschieden worden ist, befindet sich das Zulassungsverfahren in der Schwebe und stellt die nachfolgende Ablehnung keinen Ausschluss dar. Daran ändert auch die Eintragung im Aktienbuch nichts: Eine «heilende Wirkung» des – deklaratorischen – Aktienregistereintrages gibt es nicht.

c) Mithin bleibt zu prüfen, ob der Entscheid über die Anerkennung eines Aktienerwerbers als Aktionär unter gewissen Voraussetzungen für die Gesellschaft einseitig unverbindlich bleibt. Zu klären ist insbesondere, ob diesbezüglich die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des OR anzuwenden sind.

2. Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts?

a) Gemäss ZGB 7 sind die «allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Entstehung . . . der Verträge» auch auf andere zivilrechtliche Verhältnisse anwendbar. Zu diesen anderen zivilrechtlichen Verhältnissen gehört insbesondere auch das Gesellschafts- und – enger – das Aktienrecht¹⁸.

83) § 39 N 6 ff. Immerhin wurden schon in der älteren Literatur Ausnahmen genannt, so etwa für den Fall, dass bereits eingetragene Aktionäre eine verlangte Sicherstellung nicht leisten, vgl. *Bürgi*, a.a.O. Art. 681 f. N 24, und *Fritz von Steiger*: Das Recht der AG in der Schweiz (4. A. Zürich 1970) 167. Weitergehend wird in neuerer Zeit von *Peider Mengiardi* (Statutarische Auflösungsgründe im Recht der Aktiengesellschaft . . ., in: FS *Bürgi* [Zürich 1971] 265 ff., 280 f.) und *Hans-Joachim Pfitzmann* (Ausschluss und Austritt aus der personalistischen Kapitalgesellschaft [Diss. Bern 1971] 145 ff., 154 ff., 167 ff.) die Ansicht vertreten, es sei auch im Aktienrecht die Einführung zusätzlicher statutarischer Ausschlussgründe zulässig.

¹⁸ Vgl. etwa *Henri Deschenaux*: Der Einleitungstitel, in: Schweiz. Privatrecht II (Basel/Stuttgart 1967) 1 ff., insb. 64 f. und die Aufzählung ebenda S. 56; ferner *Eric Homburger/Susy Moser*: Willensmängel bei der Beschlussfassung der Generalversammlung der Aktionäre, FS Engel (Lausanne 1989) 145 ff., 146.

¹⁴ Vgl. Art. 685c Abs. 1^{bis} in der Version des Ständerates: «Die Statuten können die Gesellschaft ermächtigen, Eintragungen im Aktienbuch zu streichen, wenn diese durch falsche Angaben des Erwerbers zustande gekommen sind.» Der Nationalrat hat über diese Bestimmung noch nicht entschieden.

¹⁵ Das eine mit dem Vorbehalt einer entsprechenden richterlichen Anordnung.

¹⁶ Mit Ausnahme der hier nicht zur Diskussion stehenden Kaduzierung, OR 681 f.

¹⁷ Inwieweit statutarisch Ausschlussgründe vorgesehen werden können, ist umstritten. Die herrschende Lehre verneint diese Möglichkeit, vgl. etwa *Bürgi* (zit. Anm. 7) Art. 681 f. N 24; *Forstmoser/Meier-Hayoz*: Einführung in das Schweiz. Aktienrecht (2./3. A. Bern 1980/

Dabei ist freilich im Einzelfall zu prüfen, inwieweit die *Besonderheiten* des Gesellschaftsrechts *Abweichungen* verlangen¹⁹. Für das Aktienrecht bedeutet dies insofern eine starke Einschränkung, als häufig *Drittinteressen* – in erster Linie solche von Gläubigern, aber allenfalls auch von Mitgesellschaftern – zu beachten sind²⁰. Der Allgemeine Teil des OR aber ist auf Schuldverträge und mithin auf Rechtsbeziehungen ausgerichtet, bei denen nur die *Interessen der Parteien des Rechtsverhältnisses zu berücksichtigen sind*.

Der Vorgang der *Zulassung als Aktionär* weist nun aber durchaus die *Charakteristik des Schuldvertrags* auf: Beteiligt sind zwei «Parteien», die AG und der Aktienerwerber, und auf Drittinteressen braucht grundsätzlich keine Rücksicht genommen zu werden²¹. Daher finden auf den Eintragungsvorgang die *Bestimmungen des Allgemeinen Teils* grundsätzlich *Anwendung*.

b) Gemäss OR 24 I Ziff. 4 ist ein Vertrag wegen Grundlagenirrtums einseitig – für den Irrenden – unverbindlich. Nach OR 28 I ist sodann ein Vertrag dann einseitig unverbindlich, wenn «ein Vertragsschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des andern zu dem Vertragsabschlusse verleitet worden» ist.

Diese Ordnung lässt sich ohne weiteres auf den Eintragungsvorgang bei der AG übertragen: «Getäuschter Vertragsschliessender» ist die AG, Täuschender derjenige, der bei der Eintragung falsche Angaben gemacht hat. Für die getäuschte AG ist daher der Entscheid über die *Eintragung einseitig unverbindlich*, und es kann diese unter Berufung auf absichtliche Täuschung rückgängig gemacht werden.

Diese Folgerungen werden denn auch in den drei Monographien, die sich mit dem Problem auseinandergesetzt haben, gezogen²², ebenso in der deutschen Literatur²³.

¹⁹ Dazu auch *Hans-Peter Friedrich: Kommentar zu ZGB 7* in: *Berner Kommentar zum ZGB, Einleitungsband* (Bern 1962/66) insb. N 50 ff., ferner *Deschenaux* (zit. Anm. 18) 61 f.

²⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang von *Tuhr/Peter: Allgemeiner Teil des Schweiz. OR Bd I* (3. A. Zürich 1979) 301, wo für Handelsgesellschaften erklärt wird: «Die Kreditunterlage solcher Gesellschaften darf nicht erschüttert werden durch Berufung auf Willensmängel, die den Beitritt eines Gesellschafters veranlasst haben.» (Mit Literaturhinweisen).

²¹ Anders als etwa bei der Gründung oder der Kapitalerhöhung, wo die Sicherstellung der Kreditbasis in Frage steht, vgl. von *Tuhr/Peter* (zit. Anm. 20) a.a.O.

²² Vgl. vorn bei Anm. 9, 10 und 10a.

²³ Vgl. vorn bei Anm. 11.

3. Konkretisierung

a) Ein Recht zur Löschung von Einträgen, die aufgrund täuschender Angaben vorgenommen worden sind, besteht damit für die AG *aufgrund allgemeiner obligationenrechtlicher Bestimmungen*.

Dabei ist freilich zu verlangen, dass auch die *übrigen gesetzlichen Voraussetzungen für eine Berufung auf absichtliche Täuschung erfüllt* sind: Gemäss OR 31 darf der Vertrag nicht in Kenntnis der Täuschung «genehmigt» worden sein, darf also die AG nicht die Anerkennung des Täuschenden als Aktionär trotz Kenntnis der Täuschung bestätigt haben. Sodann ist die Jahresfrist gemäss OR 31 I zu beachten: Die Rückgängigmachung der Eintragung muss innert einem Jahr seit der Entdeckung der Täuschung oder des Irrtums erfolgen.

b) Zu betonen ist, dass das Recht, sich auf die einseitige Unverbindlichkeit der Anerkennung eines Aktienerwerbers als Aktionär zu berufen, *unabhängig von einer statutarischen Bestimmung* besteht. Eine solche Bestimmung dient daher nur der Klarstellung der Sachlage und der «Warnung». Ebensovienig bedarf es einer «Vorwarnung» im Anmeldeformular, doch ist eine solche wiederum zu begrüssen, da sie klärend und präventiv wirken kann.

IV. Abweichende Ansichten

1. Literatur

Auf die Ansicht von *Guhl/Merz/Kummer*, die Zustimmung der Verwaltung zur Übertragung vinkulierter Namenaktien könne nicht mehr rückgängig gemacht werden²⁴, ist – da sie nicht begründet wird – nicht einzutreten. Auch ist die Tragweite dieser Aussage nicht klar: Es kann damit durchaus die *mängel freie Zustimmung* gemeint und die Möglichkeit, sich auf Willensmängel zu berufen, als Selbstverständlichkeit nicht eigens genannt sein.

Kurz Stellung zu nehmen ist dagegen zur Auffassung von *Bürgi*, es sei für die Streichung einer Eintragung im Aktienbuch eine *richterliche Anordnung* nötig²⁵.

Diese Ansicht ist m. E. *unzutreffend*, weil damit für die AG die allgemeinen (und nicht verzichtbaren)

²⁴ Vgl. vorn bei Anm. 8.

²⁵ Vgl. vorn bei Anm. 7.

Bestimmungen des OR über die Geltendmachung von Willensmängeln wegbedungen würden. Ein richterlicher Entscheid ist für die Geltendmachung von Willensmängeln nicht verlangt: Vielmehr genügt es, dass der Getäuschte erklärt, sich nicht an den Vertrag halten zu wollen bzw. – im Falle der Eintragung im Aktienregister – dass die getäuschte Gesellschaft erklärt, die Anerkennung des Täuschenden als Aktionär nicht aufrechterhalten zu wollen²⁶.

Nur am Rande sei ergänzt, dass ein Richterspruch um so weniger zu verlangen ist, als dem Registereintrag nur *deklaratorische Bedeutung* zukommt²⁷. Für die Korrektur eines für die Rechtsausübung letztlich nicht entscheidenden privaten Verzeichnisses²⁸ einen Richterspruch zu verlangen, wäre völlig verfehlt. Es würde damit übrigens auch der (täuschende) Aktien-erwerber nicht geschützt, hat es doch die Gesellschaft in der Hand, nötigenfalls auch den Eingetragenen als Aktionär abzulehnen²⁹. Der Vorbehalt eines richterlichen Entscheides hätte damit nur zur Folge, dass ein *falscher Eintrag aufrechterhalten* bleiben müsste, bis ein Richter entschieden hat³⁰.

2. Registerpraxis

Das Zürcher Handelsregisteramt – soweit ersichtlich das einzige, das die Rückgängigmachung einer aufgrund einer Täuschung erwirkten Anerkennung als Aktionär für widerrechtlich hält und demzufolge eine entsprechende statutarische Bestimmung als

rechtswidrig ablehnt – begründet seine Haltung einerseits mit materiellen, andererseits mit formalen Einwänden³¹, zu denen wie folgt Stellung zu beziehen ist:

a) *Materiell* werden vom Amt die folgenden Argumente vorgebracht:

– Die *Mitgliedschaft* bei der AG sei *unentziehbar*. Dies ist trivial, aber für die vorliegend zu entscheidende Frage bedeutungslos: Nur bei der *rechtmässig erlangten* Mitgliedschaft stellt sich die Frage der Entziehbarkeit, und zu prüfen ist gerade, ob eine aufgrund einer Täuschung erlangte Anerkennung als Aktionär «rechtmässig» und verbindlich oder aber einseitig unverbindlich ist.

– Eine nachträgliche Streichung würde das unverzichtbare *Stimmrecht tangieren*, und es gehe auch nicht an, dass der Verwaltungsrat auf diese Weise in die Stimmverhältnisse eingreife. Wiederum ist zum ersten zu erwähnen, dass es nur darum gehen kann, das *gültig erlangte* Stimmrecht zu schützen. Zum zweiten ist zu entgegnen, dass durch die Rückgängigmachung der Anerkennung keineswegs Stimmrechte «neutralisiert» werden, sondern dass vielmehr einfach die Stimmrechte der Veräusserer wieder aufleben³². Zum dritten ist anzumerken, dass eben bei vinkulierten Namenaktien dem Verwaltungsrat regelmässig statutarisch diese Möglichkeit eingeräumt wird, die Zusammensetzung der Generalversammlung zu beeinflussen³³. Wieso diese Beeinflussung dann nicht mehr zulässig sein soll, wenn es gelungen ist, den Verwaltungsrat durch falsche Angaben zu täuschen, ist nicht erfindlich.

– Weiter wird geltend gemacht, die Eintragung eines Aktionärs sei *keineswegs ein rein zweiseitiges Geschäft*. Wo aber die rechtlich relevanten Unterschiede zu einem solchen liegen sollten – Unterschiede, die eine Anwendung des Allgemeinen Teils des OR verbieten würden – wird nicht gesagt.

²⁶ Vgl. zur analogen Problematik bei der Erteilung der Décharge aufgrund eines Willensmangels *Peter Forstmoser: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit* (2. A. Zürich 1987) N 468 und Anm. 920 sowie N 481 und Anm. 947; *Homburger/Moser* (zit. Anm. 18) 155 f. Wenn *Homburger/Moser* a.a.O. 150, bei Stimmabgabe in der Generalversammlung aufgrund eines Irrtums die Anfechtung mittels Klage verlangen, so deshalb, weil OR 706 «diesbezüglich gegenüber den schuldrechtlichen Vorschriften als *lex specialis* gelten muss.» Dies drängt sich insbesondere wegen der Folgen der Ungültigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen auch für Dritte auf.

²⁷ Vgl. vorn Anm. 3.

²⁸ *Bürgi* (zit. Anm. 7) Art. 685 N 8.

²⁹ Vgl. *Benz* (zit. Anm. 3) 120 f: «Sie [die Eintragung im Aktienbuch] ist ein besonderes Legitimationsmittel, das ohne weiteres durch andere Formen der Legitimation ersetzt werden und in keiner Art und Weise die materielle Rechtslage derogieren kann.»

³⁰ In der Praxis würden die Gesellschaften wohl einfach auf die Anfechtung beim Richter verzichten, da der Entscheid die materielle Rechtslage ja nicht beeinflusst.

³¹ So in einer Verfügung vom 20.3.1989 in Sachen C. Dieser Entscheid bildete den unmittelbaren Anlass für die vorliegenden Ausführungen.

³² BGE 114 II 57 ff.

³³ Indem er Aktienerwerber, die den statutarischen Bedingungen nicht genügen, ablehnt oder indem er eine Ablehnung «ohne Angabe von Gründen» vornimmt. – Sollte der Verwaltungsrat seine Kompetenz missbrauchen – bei der Ablehnung oder bei der Streichung –, so würde dies zur persönlichen Verantwortlichkeit der handelnden Organpersonen führen.

- Ferner wird darauf hingewiesen, dass der *Aktienzeichner* sich auch *nicht auf Willensmängel* berufen könne. Auch dies ist zwar zutreffend, aber belanglos: Der Aktienzeichner kann sich – wenn die Gesellschaft einmal eingetragen ist – nicht auf Willensmängel berufen, weil Drittinteressen – besonders solche von Gläubigern – im Spiele sind, die eine Berufung auf Willensmängel untersagen³⁴.
- Einverstanden scheint das Zürcher Handelsregisteramt mit einer entsprechenden statutarischen Bestimmung dann, wenn ausdrücklich der *Vorbehalt eines richterlichen Entscheides in die Statuten aufgenommen* wird. Dass ein solcher nicht erforderlich ist, wurde bereits dargetan³⁵: Eine entsprechende Statutenbestimmung ist nicht nur nicht notwendig, sie wäre geradezu falsch: Aufgrund einer analogen Anwendung von OR 28 besteht ein Streichungsrecht bei Täuschung ohne vorgängige richterliche Anordnung und kann dieses Recht selbst durch eine statutarische Bestimmung nicht wegbedungen werden. Durch den Vorbehalt eines Richterspruchs würde damit eine *materiell unrichtige Aussage* gemacht. Auch hätte der Vorbehalt – wenn ihm nachgelebt würde – zur Folge, dass ein falscher Eintrag aufrechterhalten bleiben müsste, bis ein Richter nach längerer Zeit entschieden hätte, eine Konsequenz, die zweifellos nicht im Interesse der Klarheit der Verhältnisse läge.

b) *Formell* und vor allem wird argumentiert, bei der Aussage, dass eine Streichung im Aktienregister ohne gerichtliche Anordnung nicht möglich sei, handle es sich um eine *unbestrittene Lehrmeinung* anerkannter Autoren, an die sich der Handelsregisterführer zu halten habe. Eine *bloße «anwaltliche Anfechtung»* könne dagegen nicht aufkommen.

Inhaltlich ist die Behauptung einer unbestrittenen Lehrmeinung wie gezeigt unrichtig: Die Monographien, die sich mit der Frage befasst haben, nehmen durchwegs im gegenteiligen Sinne Stellung.

³⁴ Vgl. von Tuhr/Peter (zit. Anm. 20) a.a.O. sowie etwa Peter Forstmoser: Schweiz. Aktienrecht I/1 (Zürich 1981) § 12 N 111 ff. Dass es nur diese Drittinteressen sind, die eine Berufung auf Willensmängel ausschliessen, zeigt sich daran, dass sich der Aktienzeichner im Gründungsstadium ohne weiteres auf Irrtum, Täuschung und Drohung berufen kann, vgl. Forstmoser, a.a.O. § 12 N 107 ff. und die dort Anm. 169 zit. Lit.

³⁵ Vgl. vorn bei Anm. 25–30.

Problematisch erscheint aber auch die vom Handelsregisteramt aufgestellte Regel: Sie müsste konsequenterweise dazu führen, dass auch falsche Lehrmeinungen verbindlich sind und Argumenten dann kein Gewicht zukommt, wenn sie «nur» von Anwälten stammen. Richtigerweise müsste aber auch in einer bloss summarischen Prüfung das *Gewicht der Argumente und nicht nur deren Herkunft* gewürdigt werden.

c) Die in der Zürcher Registerpraxis vorgelegten Einwände sind damit durchwegs unzutreffend. Ihre *Konsequenzen* sind freilich *gering*: Da – wie ausführlich gezeigt – die Geltendmachung von Willensmängeln seitens der Gesellschaft auch ohne statutarische Grundlage zuzulassen ist, hat die Verweigerung des Eintrags eines entsprechenden statutarischen Hinweises keine materiellen Auswirkungen. Wohl aber vereitelt sie eine erwünschte Klarstellung der Rechtslage und läuft sie damit dem Sinn des Handelsregisters zuwider.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass das Registeramt des Kantons Zürich eine unhaltbare Rechtsauffassung zum Ausgangspunkt für eine Eintragungsverweigerung gemacht hat. Dies gibt Anlass zu einigen allgemeinen Hinweisen betreffend die Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörden und ihre Schranken:

V. Exkurs: Zum Umfang der Kognitionsbefugnis der Registerbehörden

Nach OR 940³⁶ hat der Registerführer zu prüfen, «ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind». Bei juristischen Personen ist «insbesondere zu prüfen, ob die Statuten keinen zwingenden Vorschriften widersprechen . . .». Zur Tragweite und den Schranken dieser Kognitionsbefugnis und -pflicht im Rahmen der materiellrechtlichen Voraussetzungen³⁷ folgendes:

1. Präzisierungen durch die bundesgerichtliche Praxis

Das Bundesgericht hat sich mehrfach und eindeutig zum Umfang der Kognition geäußert und klargestellt,

³⁶ Wiederholt in HRV 21.

³⁷ Zur Prüfung der registerrechtlichen Voraussetzungen vgl. Forstmoser (zit. Anm. 34) § 11 N 57 ff.

dass es sich dabei nur um eine *grobe Triage* handeln kann: Nach feststehender bundesgerichtlicher Praxis beschränkt sich die Befugnis der Registerbehörden darauf, diejenigen «zwingenden Gesetzesbestimmungen» durchzusetzen, «die im öffentlichen Interesse und zum Schutze Dritter aufgestellt sind . . .», wobei «die Eintragung nur dann abzulehnen [ist], wenn sie offensichtlich und unzweideutig dem Recht widerspricht, nicht dagegen, falls sie auf einer ebenfalls denkbaren Gesetzesauslegung beruht, deren Beurteilung dem Richter überlassen bleiben muss»³⁸. Ausserdem beschränkt sich die Kognitionsbefugnis nach der Praxis des Bundesgerichts auf eine Überprüfung qualifizierter Rechtsnormen, nämlich solcher, die zur Wahrung öffentlicher Interessen oder im Interesse Dritter statuiert worden sind und nicht bloss die direkt Beteiligten betreffen³⁹.

2. Lehrmeinungen

Die herrschende Lehre folgt der bundesgerichtlichen Praxis⁴⁰.

Dagegen hat sich *Rolf Bär*⁴¹ mit eingehender Begründung für eine weitergehende materiellrechtliche Prüfungsbefugnis und -pflicht eingesetzt. Der Ansicht von Bär ist *Katharina Schoop*⁴² gefolgt. Diese abweichende Lehrmeinung hatte jedoch keine praktischen Konsequenzen: In Entscheiden, die nach der Veröffentlichung der Auffassungen von Bär gefällt wurden⁴³, hat das Bundesgericht seine bisherige Praxis wiederholt bestätigt, ohne auf die Kritik einzutreten⁴⁴.

³⁸ BGE 114 II 70, 107 II 247 f., mit weiteren Hinweisen.

³⁹ BGE 114 II 70, 107 II 247, 91 I 362; vgl. auch *Forstmoser* (zit. Anm. 34) § 11 N 69 ff.

⁴⁰ Vgl. die bei *Forstmoser* (zit. Anm. 34) § 11 N 68 ff. und Anm. 108 ff. aufgeführte Literatur, ferner *Meier-Hayoz/Forstmoser: Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts* (6. A. Bern 1989) § 5 N 32.

⁴¹ Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterführers, *Der Bernische Notar*, Nr. 4/1978, 410 ff., 414 ff. und insb. 426 ff.

⁴² Die Haftung für die Überbewertung von Sacheinlagen . . . (Diss. Bern 1981 = SSW 52) 92 f.

⁴³ BGE 107 II 246 ff., 114 II 68 ff.

⁴⁴ Für eine vertiefte Kognition tritt neustens – unter Berufung auf die Funktion des Handelsregisters, (richtige) Informationen zu vermitteln – *Christian J. Meier-Schatz* ein: Funktion und Recht des Handelsregisters als wirtschaftsrechtliches Problem, *ZSR* 108 (1989) I 433 ff., 447 f., 450 ff.

3. Die Registerpraxis

a) An die bundesgerichtlich auferlegten Schranken hat sich das Zürcher Handelsregisteramt nicht gehalten. Vielmehr hat es seine Kompetenzen massiv überschritten und zu Fragen Stellung genommen, deren Entscheidung in die Hand des Richters gehört.

Der geschilderte Entscheid ist *kein Einzelfall*: Vielmehr haben Registerführer nicht selten Mühe, die engen Schranken ihrer Kognitionsbefugnis einzuhalten und sind Kompetenzüberschreitungen relativ häufig⁴⁵. Die Judikatur zum Kognitionsrecht ist mit Bezug auf die Zahl solcher Fälle nicht repräsentativ⁴⁶, ist es doch die Regel, dass solche Verletzungen der Kompetenzordnung von den Betroffenen hingenommen werden, weil die Beschreitung des Rechtsweges als zwar erfolgversprechend, aber zu zeitraubend erscheint⁴⁷.

b) Die extensive Praxis von Registerbehörden verstösst aber nicht nur gegen die eindeutige Stellungnahme des Bundesgerichts, sie ist auch *sachlich problematisch*: Wohl gibt es Rechtsmittel gegen Verfügungen der Registerämter, doch kommt eine Beschreitung des Rechtsweges in aller Regel aus Zeitgründen nicht in Betracht. Damit entscheiden die Registerbehörden in vielen Fällen *faktisch definitiv*, und hierfür ist das registeramtliche Prüfungsverfahren

⁴⁵ Dies, obwohl die Registerführer im Hinblick auf ihre Verantwortlichkeit Anlass zur Zurückhaltung hätten.

⁴⁶ Immerhin finden sich verschiedene neuere Bundesgerichtsentscheide, in welchen Kompetenzüberschreitungen von Handelsregisterbehörden gerügt wurden, vgl. etwa BGE 114 II 68 ff. (der zugrundeliegende Tatbestand geht freilich aus der publizierten Fassung des Entscheides nur unvollständig hervor); 113 II 528 ff. (das Bundesgericht beschränkte sich in diesem Entscheid nicht darauf zu überprüfen, ob eine Überschreitung der Kognitionsbefugnis vorlag, sondern es stellte aufgrund einer umfassenden Abklärung fest, die Ansicht des Registeramtes sei unrichtig); 112 II 59 ff. (Ermessensüberschreitung im Rahmen des Firmenrechts, in welchem den Registerbehörden eine erweiterte Kognitionsbefugnis zusteht). Eine Überschreitung der Kognitionsbefugnisse wird dagegen verneint in BGE 107 II 246 ff. Die dort in Frage stehende Statutenbestimmung widersprach dem klaren Wortlaut des Gesetzes, und es spielten Drittinteressen eine Rolle.

⁴⁷ Vereinzelt sind dem Verfasser auch Fälle bekanntgeworden, in welchen ein ablehnender Entscheid von Registerbehörden damit beantwortet wurde, dass die Gründung in einen anderen Kanton mit liberalerer Praxis verlegt wurde.

und sind die dabei angewendeten weitgehend formalistischen Kriterien ungeeignet⁴⁸.

Hinzuweisen ist auch darauf, dass interessierte Dritte ohne weiteres die Möglichkeit haben, Einspruch gegen die Eintragung rechtswidriger Bestimmungen zu erheben⁴⁹. Aufgrund von Einsprachen und anschließender richterlicher Verfügungen wird der Eintrag von Bestimmungen, deren Gültigkeit zweifelhaft ist, verwehrt. Damit wird legitimen Interessen ausreichend Rechnung getragen.

c) Das Vorgehen verschiedener Registerämter steht damit nicht nur im Gegensatz zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung, es ist auch *im Ergebnis unerwünscht*.

⁴⁸ Es bestätigt sich einmal mehr die allgemeine Erfahrung, dass ein Zweiparteienverfahren unumgänglich ist, wenn eine Rechtsfrage objektiv und unter Beachtung der für beide Seiten sprechenden Argumente geklärt werden soll.

⁴⁹ Vgl. HRV 32.

4. Überlegung *de lege ferenda*

Rechtspolitisch kann man für eine Erweiterung der Prüfungsbefugnisse der Handelsregisterbehörden Sympathien haben⁵⁰. Eine solche Erweiterung würde aber eine grundlegende *Änderung des Verfahrens* voraussetzen: Insbesondere müsste die Möglichkeit bestehen, in einem raschen Verfahren den Entscheid einer umfassend prüfenden, unparteiischen Gerichtsinstanz zu erwirken. Nur so liesse sich vermeiden, dass eine extensive Prüfung im Ergebnis zu Rechtsverweigerungen führt, wie sie in diesem Aufsatz an einem Beispiel geschildert worden sind.

⁵⁰ Vgl. die an sich durchaus überzeugenden Hinweise bei Bär (zit. Anm. 41) und Meier-Schatz (zit. Anm. 44).