

Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers

Geltende Praxis, Kritik und Lösungsvorschläge

Inhaltsübersicht

- | | |
|--|---|
| I. Die Ausgangslage | VI. Argumente zur Stützung der herkömmlichen Lehre und Praxis |
| II. Eingrenzung der Streitfrage | VII. Unbehagen gegenüber der heutigen Ordnung |
| III. Die herkömmliche Bundesgerichtspraxis und Lehre | VIII. Ein Lösungsvorschlag |
| IV. Kritik an der herkömmlichen Lehre und Praxis | IX. Für eine Gesetzesreform |
| V. Tendenzwende beim Bundesgericht? | |

Die *Kognitionsbefugnis* – und mit ihr identisch: die *Kognitionspflicht* – des Handelsregisterführers ist spätestens seit 1978, als Rolf Bär seine Breitseite gegen die vorher kaum in Frage gestellte Praxis des Bundesgerichts abgefeuert hat² – umstritten. Verschiedene Autoren haben mit sachlich wie qualitativ unterschiedlichen Argumenten gegen die vom Bundesgericht verordnete beschränkte Kognitionsbefugnis angekämpft, andere haben die bundesgerichtliche Praxis verteidigt. Und die Hauptakteure – die Registerführer – haben die Anweisungen des Bundesgerichts mehrheitlich mehr oder weniger lustlos vollzogen, zum Teil aber auch unbekümmert negiert.

Die folgenden Ausführungen gehen von der gesetzlichen Ausgangslage aus (Ziff. I), und sie wollen zunächst die Streitfrage eingrenzen (Ziff. II). Alsdann werden die herkömmliche Praxis und die wohl noch immer herrschende Lehre skizziert (Ziff. III). Darauf folgt eine Zusammenfassung der Kritik (Ziff. IV). Sodann wird hinterfragt, ob die bundesgerichtliche Praxis wirklich dermassen in Stein gemeisselt ist, wie sie nach dem Wortlaut der einschlägigen Entscheide erscheint (Ziff. V). Daran schliesst eine Verteidigung der traditionellen Lehre und Praxis an³ (Ziff. VI), aber auch ein Eingeständnis des Unbehagens, das sich beim Autor als einem Vertreter dieser Auffassung eingenistet hat (Ziff. VII). Den Abschluss bilden Anregungen für eine Neuordnung, die der geltenden Praxis und

¹ Erweiterte Fassung eines am 25.5.1999 an einer Tagung des Europa Instituts Zürich und des Handelsregisteramtes des Kantons Zürich gehaltenen Referats.

² ROLF BÄR: Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterführers, *Der Bernische Notar* (BN) 1978 410 ff.

³ Der Autor stand seit jeher im Lager der Traditionalisten, vgl. etwa ARTHUR MEIER-HAYOZ/

PETER FORSTMOSER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht (8. A. Bern 1998) § 6 N 34 ff. (im gleichen Sinne auch schon die Voraufgaben); FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL: Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996) § 16 N 32 ff.; PETER FORSTMOSER: Die Rückgängigmachung von Eintragungen im Aktienbuch – problemlos oder unzweideutig rechtswidrig?, *SAG* 61 (1989) 173 ff. insb. 178 ff.

herrschenden Lehre, aber auch der berechtigten Kritik Rechnung tragen, vor allem aber den Anliegen aller Beteiligten – der Eintragungswilligen, der Registerbehörden und der Allgemeinheit – genügen soll (Ziff. VIII und IX)⁴.

I. Die Ausgangslage

- a) OR 940 I hält – scheinbar, aber eben nur scheinbar – eindeutig Folgendes fest:

«Der Registerführer hat zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind.»

Nach Abs. II. des zitierten Artikels soll bei der Eintragung juristischer Personen insbesondere geprüft werden,

«ob die Statuten keinen zwingenden Vorschriften widersprechen und den vom Gesetz verlangten Inhalt aufweisen.»

Das Gesetz verpflichtet also die Handelsregisterbehörden, Anmeldungen nicht blindlings einzutragen, sondern die Eintragungsbegehren vorab einer *Überprüfung auf ihre Rechtmässigkeit hin* zu unterziehen.

Die Handelsregisterverordnung⁵ wiederholt diese Prüfungspflicht, ohne zusätzliche Informationen beizusteuern, vgl. HRegV 21 I:

«Bevor der Registerführer eine Eintragung vornimmt, hat er zu prüfen, ob hiefür die Voraussetzungen nach Gesetz und Verordnung erfüllt sind.»

HRegV 21 II stimmt sodann wörtlich mit OR 940 II überein.

- b) Das *Bundesgericht* hat diese Prüfungspflicht – und -befugnis – in konstanter Praxis stark *eingegrenzt*, die *Lehre* hat diese Einschränkung mehrheitlich begrüsst, zum Teil aber auch massiv kritisiert.
- c) Für die *Praxis* – und damit letztlich für die schweizerische Wirtschaft, denn Handelsregisterrecht ist Wirtschaftsrecht – ist eine Begrenzung des Kognitionsverfahrens von grundlegender Bedeutung: Wohl stehen gegen Fehlentscheide von Registerführern umfassende – nach Ansicht des Autors und vieler Praktiker sogar *allzu* umfassende⁶ – Rechtsbehelfe zur Verfügung. Dem Eintragungswilligen hilft dies jedoch wenig: Sein Ziel ist es nicht, in einem langwierigen Rechtsstreit zur Fortentwicklung des schweizerischen Unternehmensrechts beizutragen. Vielmehr will er in aller Regel möglichst rasch mit einer neu gegründeten Gesellschaft operativ tätig werden oder die Statutenänderung einer bestehenden Gesellschaft in Rechtskraft erwachsen lassen⁷.

⁴ Vielerlei Anregung für die folgenden Ausführungen und vor allem für die rechtspolitischen Vorschläge verdanke ich meinem ehemaligen Assistenten, Herrn RA lic. iur. Hans-Ueli Vogt. Ich schätze seine Unterstützung umso mehr, als er sich mit meinen Auffassungen nicht in allen Punkten identifizieren konnte. – Für wertvolle Hinweise danke ich auch Herrn Dr. Hanspeter Kläy, Eidg. Amt für das Handelsregister.

⁵ SR 221.411.

⁶ Dazu hinten bei Anm. 72.

⁷ Weit überwiegend wird denn auch die Eintragung im Handelsregister auf dem schnellen, sog. «telegrafischen» Weg verlangt (bei welchem die Übermittlung heute freilich nicht mehr telegrafisch, sondern per Internet oder Telefax erfolgt).

- d) Der Hürde, die es auf dem Weg zur Eintragung wegen der Kognition des Registerführers zu nehmen gilt, kommt daher grosse theoretische wie praktische Bedeutung zu.

II. Eingrenzung der Streitfrage

- a) Festzuhalten ist vorab, dass bezüglich der Kognition in mehreren Punkten eine «Unité» nicht nur «de doctrine», sondern auch der Praxis besteht⁸:
- b) Unbestritten ist zunächst, dass den Handelsregisterbehörden in *formell-rechtlichen, registerrechtlichen* Fragen eine *umfassende Kognitionsbefugnis* zukommt: Ist ein Sachverhalt nicht eintragungsfähig⁹, ist das betreffende Amt örtlich nicht zuständig, fehlt ein gesetzlich verlangter Beleg oder sind Belege wegen Formmängeln oder Unvollständigkeit bzw. Unklarheit nicht in Ordnung, ist die anmeldende Person zur Anmeldung nicht befugt¹⁰ oder hat eine einzutragende Person ihrer Wahl (noch) nicht zugestimmt¹¹, dann darf und muss der Registerführer das Eintragungsgesuch abweisen.
- c) Einig ist man sich sodann, dass der Registerführer trotz der Bestimmung von HRegV 38 I, wonach Eintragungen «wahr sein [müssen], ... zu keinen Täuschungen Anlass geben und keinem öffentlichen Interesse widersprechen» dürfen, ohne besondere Veranlassung oder auf blosser unbelegte Vermutungen hin *weder verpflichtet noch auch nur berechtigt* ist, eine Anmeldung zu beanstanden und *den Nachweis der Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen zu verlangen*¹². Die Prüfung der *Wahrheit* der gemachten Angaben beschränkt sich daher darauf, dass der Registerführer die Eintragung *notorisch unwahrer Tatsachen* verweigert¹³.
- d) Auch in der Wahrung *öffentlicher Interessen* hat der Registerführer zurückhaltend zu sein¹⁴. Er ist nicht verpflichtet oder auch nur berechtigt, sich von allgemeinen volkswirtschaftlichen oder fiskalischen Gesichtspunkten leiten zu lassen.
- e) Umgekehrt besteht sodann Einigkeit darüber, dass – gestützt auf OR 955 – eine erweiterte Kognitionsbefugnis und -pflicht hinsichtlich der *Firmenbildung* besteht¹⁵.

⁸ Vgl. statt vieler die Übersicht bei MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (zit. Anm. 3) § 6 N 30 ff. Umfassend CLEMENS MEISTERHANS: Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde (Diss. Zürich 1996 = Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht 175) 216 ff.

⁹ Z.B. eine einfache Gesellschaft: BGE 79 I 179.

¹⁰ Etwa, weil sie dem Verwaltungsrat der anmeldenden AG nicht angehört.

¹¹ Vgl. BGE 105 II 132.

¹² Vgl. SAG 17 (1944/45) 78 f.

¹³ Vgl. etwa BGE 113 II 280 ff.: Ablehnung der Eintragung eines ausländischen Dokortitels, wenn die Gleichwertigkeit mit einem entsprechenden schweizerischen Titel als höchst fragwürdig erscheint. Zur stark eingeschränkten materiellen Prüfung durch den Registerführer vgl. auch BGE 102 I b 41 ff. E 2.

¹⁴ BGE 55 I 335, 60 I 55.

¹⁵ Vgl. etwa BGE 106 II 58 ff.: Danach hat sich das Amt im Zweifel durch eigene Nachforschungen zu vergewissern, ob bei einer in mehreren Sprachen eingetragenen Firma alle Fassungen inhaltlich übereinstimmen.

- f) Besondere – und soweit ersichtlich unbestrittene – Regeln bestehen ferner für Einzelfragen:
- Aus HRegV 86a I ergibt sich eine spezifische – freilich auf Offenkundigkeit beschränkte – Prüfung des Registerführers bezüglich der Unabhängigkeit der Revisionsstelle¹⁶.
 - Und gemäss Art. 18 der «Lex Friedrich»¹⁷ soll der Registerführer die Eintragung einer Gesellschaft nur vornehmen, wenn eine Bewilligungspflicht nach diesem Gesetz ohne weiteres auszuschliessen ist. In allen übrigen Fällen hat eine Verweisung an die Bewilligungsbehörde zu erfolgen¹⁸.
- g) Schliesslich hat der Registerführer auf *privatrechtlichen Einspruch* hin nur einzugreifen, wenn die Verletzung von Vorschriften geltend gemacht wird, die er von Amtes wegen zu beachten hat¹⁹. Im übrigen hat er aufgrund privatrechtlicher Einsprüche
- bei schon vollzogener Eintragung den Einsprecher an den Richter zu verweisen²⁰ und
 - bei nicht vollzogener Eintragung dieselbe auszusetzen und dem Einsprecher eine Frist zum Erwirken einer vorsorglichen richterlichen Verfügung einzuräumen²¹.
- h) Die Geister scheiden sich damit nur (aber immerhin) bei *einer* Frage: Inwieweit darf und soll der Registerführer ein Eintragungsbegehren ablehnen und den Anmeldenden auf den beschwerlichen Rechtsweg verweisen, wenn seines Erachtens *materiellrechtliche Voraussetzungen* für die Eintragung nicht erfüllt sind bzw. nicht erfüllt sein könnten?
- Darauf ist nun näher einzugehen:

III. Die herkömmliche Bundesgerichtspraxis und Lehre

1. Die Bundesgerichtspraxis

- a) Das Bundesgericht hat sich in konstanter Praxis für eine *enge Umschreibung der Kognitionsbefugnis und -pflicht* der Registerbehörden ausgesprochen²². Danach darf und soll der Registerführer ein Eintragungsbegehren wegen eines Verstosses gegen materielles Recht dann und nur dann abweisen, wenn *kumulativ* die folgenden *drei Voraussetzungen* erfüllt sind²³:
- Das Begehren verstösst gegen eindeutig *zwingendes Recht*²⁴.

¹⁶ Vgl. dazu BGE 123 III 31 ff.; implizit bestätigt in BGE 4 A.2/1997/odi vom 11.7.1997, nicht publiziert.

¹⁷ BG über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, SR 211.412.41.

¹⁸ Vgl. BGE 114 I b 261 ff.

¹⁹ HRegV 32 I.

²⁰ HRegV 32 I.

²¹ HRegV 32 II, vgl. als Beispiel SZW 66 (1994) 300 r 130.

²² Vgl. aus neuerer Zeit BGE 114 II 68 ff., 117 II 186 ff., 121 II 386 ff., 125 III 18 ff.

²³ Vgl. letztmals BGE 125 II 21.

²⁴ Ergänzend hält die bundesgerichtliche Formel fest, dass das Eintragungsbegehren die gesetzlich erforderlichen Elemente enthalten muss (BGE 125 III 21), ein Erfordernis, das als überwiegend formell einzustufen ist.

- Der Gesetzesverstoss ist *offensichtlich und unzweideutig*. In allen Zweifelsfällen muss daher eingetragen und die Angelegenheit der richterlichen Entscheidung überlassen werden²⁵.
 - Aber auch eine noch so eindeutige Rechtsverletzung genügt für sich allein nicht: Vielmehr muss die verletzte Rechtsnorm der Wahrung *öffentlicher Interessen* oder von *Interessen Dritter* dienen, nicht bloss von Interessen der direkt Beteiligten²⁶.
- b) Es ist zu erwarten, dass das Bundesgericht an dieser Praxis festhält²⁷. Ein Indiz dafür liegt darin, dass es auf die in der Lehre wiederholt geäusserte Kritik kaum eingegangen ist und dass es sich auch in einem neuesten Entscheid geweigert hat, seine Position auch nur zu hinterfragen: Im Verfahren, das in BGE 123 III 473 ff. seinen Abschluss fand, hat das Eidg. Amt für das Handelsregister in einer ausführlichen Stellungnahme zuhanden des Bundesgerichts gebeten, die Frage der Kognitionsbefugnis neu zu überdenken. Das Bundesgericht ging darauf nicht ein, und es hielt es nicht einmal für erforderlich, die für seine Weigerung einschlägigen Passagen des Entscheides in der Amtlichen Sammlung abzudrucken²⁸.
- c) Dem Bundesgericht wird gelegentlich vorgeworfen, es liefere keine Begründung für seine teleologische Reduktion der Prüfungspflicht nach OR 940. Dies trifft nicht zu, ergibt sich doch die Eingrenzung aus der Kognitionsformel des Bundesgerichts selbst, vgl. etwa BGE 117 II 188:
- «Da die Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann, ist die Eintragung nur dann abzulehnen, 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 ...».*

Der registerrechtlichen Kognition soll mithin nach Ansicht des Bundesgerichts nur die Aufgabe einer *groben Triage* zukommen; die Feinarbeit ist durch den Richter zu leisten.

2. Die herrschende Lehre

Die *Mehrheitslehre* hat der bundesgerichtlichen Praxis zugestimmt. Es trifft dies insbesondere für die Standardwerke zum schweizerischen Gesellschafts- und speziell zum Aktienrecht zu:

- a) Nach PETER BÖCKLI²⁹ ist die Prüfungsbefugnis des Handelsregisterführers «eindeutig konzentriert auf das Formelle». Die Prüfung habe «sich auf die äusserliche Einhaltung der Voraussetzungen einer Eintragung nach Gesetz und Verordnung zu konzentrieren. Der Handelsregisterführer ist nicht Richter, auch nicht summarisch urteilender Richter.» Daher solle sich die rechtliche Prü-

²⁵ Vgl. etwa BGE 86 I 107, 114 II 70, 125 III 21.

²⁶ Vgl. BGE 125 III 21, 114 II 70, 91 I 362.

²⁷ So auch MEISTERHANS (zit. Anm. 8) 462.

²⁸ Diese finden sich bei PETER FORSTMOSER:

Widerrufbarkeit des Auflösungsbeschlusses einer Aktiengesellschaft, SZW 70 (1998) 150 ff., 154.

²⁹ Schweizer Aktienrecht (2. A. Zürich 1996) Rz. 129 f.

fung nur darauf erstrecken, «ob *qualifizierte zwingende Vorschriften* verletzt sind, d.h. solche, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter aufgestellt sind, und ob dies offensichtlich und unzweideutig so ist.» Der Registerführer solle «[in] seiner formalen Prüfung ... nicht persönliche Rechtsauffassungen durchsetzen oder Ermessensentscheide der anmeldungspflichtigen Personen bzw. Gesellschaften durch sein eigenes Ermessen ersetzen. Überall dort, wo keine offensichtliche Verletzung zwingenden, im öffentlichen Interesse erlassenen Rechts zu Tage tritt, muss er im Zweifel eintragen und die Auseinandersetzung ... den interessierten Parteien und den ordentlichen Gerichten überlassen.»

- b) MARTIN ECKERT³⁰ räumt – trotz persönlicher Vorbehalte – ein: «Für die bundesgerichtliche Praxis spricht das *Verhältnismässigkeitsprinzip*. Die Anmeldenden werden durch eine Abweisung ... unmittelbar und einschneidend betroffen, während die Verletzung Dritter hypothetisch ist ... Eine Abweisung ist deshalb nur dann verhältnismässig, wenn *klares Recht verletzt* wird.»
- c) FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL³¹ teilen die Auffassung des Bundesgerichts, ebenso MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER³².
- d) GUHL/KUMMER/DRUEY³³ pflichten der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ebenfalls bei. Sie betonen, es dürfe der Registerführer nicht mit einer Funktion betraut werden, «wie sie der durch ein kontradiktorisches Verfahren unterstützte Zivilrichter in der Beurteilung von Rechtsfragen zu erfüllen mag.»
- e) Auch in den älteren Monografien und Aufsätzen wird diese Ansicht durchwegs vertreten³⁴.

IV. Kritik an der herkömmlichen Lehre und Praxis

Nicht zu verkennen ist andererseits, dass diejenigen, die sich in neuerer Zeit ausführlich mit der Kognition des Registerführers auseinandergesetzt haben, die geltende Lehre und Mehrheitspraxis überwiegend kritisiert haben:

- a) Der prominenteste Vertreter einer erweiterten Kognitionsbefugnis der Registerbehörden auch in Fragen des materiellen Rechts ist zweifellos ROLF BÄR,

³⁰ In: HEINRICH HONSELL et al. [Hrsg.]: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Basel 1994) Art. 940 N 23.

³¹ Zit. Anm. 3, § 16 N 30 ff.

³² Zit. Anm. 3, § 6 N 34 ff. Vgl. in diesem Sinne auch FORSTMOSER, Rückgängigmachung (zit. Anm. 3) 178 ff.

³³ Das Schweizerische Obligationenrecht (8. A. Zürich 1991) 769 f.

³⁴ Vgl. etwa PETER BECK: Die Kognition des Handelsregisterführers im Rechte der AG (Diss. Zürich 1953); THOMAS SCHNEIDER: Der

Rechtsschutz in Handelsregistersachen und die Entscheidungskompetenz der Handelsregisterbehörden (Diss. Zürich 1959) und FRITZ VON STEIGER: Prüfung und Eintragung der Aktiengesellschaft beim Handelsregister (Zürich 1937); vgl. ferner FORSTMOSER, Rückgängigmachung (zit. Anm. 3) 178 ff. Eine umfassende Übersicht über die Lehrmeinungen – auch die gegenüber der Bundesgerichtspraxis kritischen – findet sich bei MEISTERHANS (zit. Anm. 8) 81 ff.

- der «great dissenter» in der schweizerischen Rechtslandschaft. Er hat seine Auffassung bereits vor mehr als zwanzig Jahren umfassend begründet³⁵.
- b) In den Fussstapfen BÄRS hat sich KATHARINA SCHOOP für eine weitergehende materiellrechtliche Prüfungsbefugnis und -pflicht eingesetzt³⁶.
- c) CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ kommt in seiner Abhandlung³⁷ zum Schluss, dass die klassischen Auslegungselemente keine klare Antwort auf die Frage nach dem Umfang der Kognition ergeben. Aufgrund einer wirtschaftsrechtlichen, funktionalen Betrachtung müsse jedoch verlangt werden, dass der Registerführer «von Amtes wegen Wahrheit und Rechtmässigkeit der zum Eintrag eingereichten Tatsachen bzw. Rechtsverhältnisse nachprüfen» können müsse.
- d) MANFRED KÜNG³⁸ kritisiert zunächst, dass die bundesgerichtliche Kognitionsformel «kein praxisnahes Instrument» und dass sie «zu absolut formuliert» sei. Auch halte sich das Bundesgericht selbst nicht an seine eigene Kognitionsformel³⁹.
- e) ALEXANDER I. DE BEER⁴⁰ schlägt eine starke Erweiterung der Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers vor, freilich spezifisch für börsenkotierte Aktiengesellschaften. Bei diesen verlange die volkswirtschaftliche Bedeutung eine umfassende Überprüfung der Gesetzmässigkeit⁴¹.
- f) Umfassend und aufgrund praktischer Erfahrung hat sich sodann CLEMENS MEISTERHANS mit der bundesgerichtlichen Kognitionsformel auseinandergesetzt⁴². Die bundesgerichtliche Kognitionsformel finde im Gesetz keine Stütze, und der Begriff der «Offensichtlichkeit» der Rechtsverletzung⁴³ sei für den Alltag nicht brauchbar. Leitgedanke des Gesetzes sei es, «dass der Registerführer unwahre und unrechtmässige Eintragungen verhindert.» Damit sei eine Kognitionsbeschränkung in der vom Bundesgericht vorgeschriebenen Art nicht vereinbar.
- g) HANSPETER KLÄY⁴⁴ ist ebenfalls der Auffassung, es lasse sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung «mit der gesetzlichen Regelung kaum vereinbaren». Die Kognitionsformel des Bundesgerichts sei wenig überzeugend.

³⁵ Vgl. Anm. 2.

³⁶ Die Haftung für die Überbewertung von Sacheinlagen ... (Diss. Bern 1981 = SSHW 52) 92.

³⁷ Funktion und Recht des Handelsregisters als wirtschaftsrechtliches Problem, ZSR 1989 I 433 ff.

³⁸ Die Prüfungspflicht des Handelsregisterführers in materiellrechtlichen Fragen, SZW 61 (1989) 41 ff.

³⁹ Das Bundesgericht hat dem freilich in BGE 117 II 188 widersprochen.

⁴⁰ Minderheitenschutz durch erweiterte Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, ZSR 1995 I 81 ff.

⁴¹ DE BEER postuliert überdies eine zentralisierte Prüfung beim Eid, Handelsregisteramt, eine Anregung, die sich auch in dieser Skizze findet (vgl. hinten Ziff. VIII. 2.).

⁴² Vgl. Anm. 8, 116 ff., 458 ff.

⁴³ Verbunden mit der Frage, ob eine Gesetzesauslegung «denkbar» sei.

⁴⁴ Die Vinkulierung (Diss. Basel 1997, im Buchhandel); vgl. auch derselbe: Statutengestaltung bei der Vinkulierung nicht kotierter Aktien, Der Bernische Notar (BN) 1997 49 ff.

- h) Die *Kritikpunkte* lassen sich – vereinfacht – wie folgt *zusammenfassen*:
- Die bundesgerichtliche Formel und insbesondere das Kriterium eines «*offensichtlichen und unzweideutigen*» Rechtsverstosses seien in der Praxis kaum zu handhaben.
 - Die Publizitätsfunktion des Registers verlange die Richtigkeit der Eintragung.
 - Handelsregisterbehörden stünden in ihrem juristischen Sachverstand den Zivilgerichten grundsätzlich nicht nach.
 - Und schliesslich – eine Rüge, die freilich nicht zutrifft⁴⁵ – begründe das Bundesgericht seine Ansicht nicht.

V. Tendenzwende beim Bundesgericht?

Das Bundesgericht hat sich in seiner Haltung durch die in der Lehre geäusserte Kritik nicht beirren lassen. Es wiederholt bis in die neuesten Entscheide hinein⁴⁶ mehr oder weniger stereotyp seine klassische Kognitionsformel.

Betrachtet man die neuesten Urteile näher, dann drängt sich freilich die Frage auf, ob das, was das Bundesgericht *sagt*, mit dem übereinstimmt, was es *tut*. Einige Hinweise aus den letzten Jahren:

- a) Im Entscheid 123 III 473 ff. (1997) hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob der Auflösungsbeschluss einer AG unter gewissen Voraussetzungen rückgängig gemacht werden könne oder ob die Auflösung unwiderruflich sei und zwangsläufig zur Liquidation führen müsse. Die Registerbehörden hielten sich aufgrund eines Bundesgerichtsentscheides von 1965 gezwungen, die Anmeldung zur Eintragung des Widerrufsbeschlusses abzuweisen. Sie taten dies widerwillig, aber unter Berufung auf die Bindung an die bundesgerichtliche Praxis.

Eine – im bundesgerichtlichen Entscheid erwähnte – ausführliche Stellungnahme des Eidg. Handelsregisteramtes zuhanden des Bundesgerichts ist in zwei Punkten erwähnenswert: Zum einen beantragte das Eidg. Handelsregisteramt, es sei die Verfügung des kantonalen Amtes – obschon diese im Lichte der bisherigen Bundesgerichtspraxis richtig sei – aufzuheben, die Beschwerde mithin gutzuheissen. Und zum zweiten ersuchte das Amt, es solle das Bundesgericht seine Praxis zur Kognition überdenken und ändern.

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut, was im Hinblick auf die eindeutige Haltung der Lehre, aber auch aufgrund des Antrages des Eidg. Handelsregisteramtes nicht gross erstaunt. Bemerkenswert ist dagegen die *Begründung*:

- Auf die auch vom Eidg. Handelsregisteramt geäusserte Kritik an seiner Kognitionspraxis ging das Bundesgericht nur insoweit ein, als es diese einmal mehr bestätigte und überdies erklärte, nach dieser Praxis hätte der

⁴⁵ Vgl. vorn bei Anm. 28.

⁴⁶ Vgl. BGE 125 III 21.

kantonale Handelsregisterführer die Eintragung des Widerrufsbeschlusses nicht ablehnen dürfen⁴⁷.

- In seiner Auseinandersetzung mit der Rechtsfrage hat sich das Bundesgericht aber *keineswegs nach seiner bisherigen Praxis verhalten*: Vielmehr hat es ohne Vorbehalt und umfassend die Gründe, die für eine Widerrufbarkeit des Auflösungsbeschlusses (und die Schranken einer solchen Widerrufbarkeit) sprechen, behandelt. Das Bundesgericht ging mithin so vor, wie es dies bei *unbeschränkter Kognition* hätte tun müssen. Statt sich die Sache leicht zu machen und sich auf eine Überprüfung mit beschränkter Kognition⁴⁸ zu konzentrieren, hat sich das Bundesgericht also von dieser beschränkten Kognitionsbefugnis im Rahmen handelsregisterrechtlicher Verfahren gelöst.

- b) In einem nicht publizierten Urteil vom 12.2.1998⁴⁹ hatte das Bundesgericht über eine – von der Generalversammlung *einstimmig* beschlossene – Aktienstückelung zu befinden, durch die neben bereits bestehenden neue Stimmrechtsaktien geschaffen werden sollten, deren Stimmenprivileg gegen die Begrenzung dieses Privilegs nach neuem Aktienrecht versties. Zwar war die Verletzung des revidierten Rechts offenkundig, umstritten (und diskutabel) aber war, was nach dem Übergangsrecht, das die Beibehaltung bestehender Stimmrechtsprivilegien vorsieht, bei bereits vorbestehenden Stimmrechtsprivilegien gelten solle.

Das Bundesgericht entschied diese – nach Auffassung des Referenten der NZZ *heikle* – Frage dahingehend, das Registeramt habe die Eintragung der Statutenänderung zu Recht verweigert. Es tat dies unter Berufung auf die vorstehend⁵⁰ umschriebene Kognitionsformel, was in zwei Punkten fragwürdig ist:

- Zum einen ist eine von mehreren denkbaren Antworten auf eine als «heikel» eingestufte Frage wohl kaum «offensichtlich rechtswidrig».
- Und zum zweiten fragt es sich auch, ob eine Stimmrechtsprivilegierung die Interessen «Dritter» im Sinne der bisherigen Bundesgerichtspraxis beeinträchtigt: Das Privileg spielt nur für die Meinungsbildung *innerhalb* der Gesellschaft eine Rolle. Dritte sind davon ausschliesslich in ihrer Eigenschaft als *potentielle künftige Aktionäre* betroffen. Ob das Bundesgericht bisher solche *künftigen Mitgliedschaftsinteressen* als *Drittinteressen* eingestuft hätte, ist fraglich⁵¹.

⁴⁷ Vgl. die einschlägige Passage, zitiert bei FORSTMOSER (zit. Anm. 28) 154.

⁴⁸ Vgl. vorn bei Anm. 22 ff.

⁴⁹ Urteil 4 A. 12/1997, referiert in NZZ vom 14.5.1998 S. 25 und in Finanz und Wirtschaft vom 13.5.1998 S. 25.

⁵⁰ Vgl. bei Anm. 22 ff.

⁵¹ Mit der Begründung, eine gesellschaftsinterne Regelung binde auch künftige Aktionä-

re, also Personen, die heute (noch) Dritte sind, könnte letztlich jede gesellschaftsinterne Regelung als eine solche, die Drittinteressen tangiert, qualifiziert werden, womit die dritte Kognitionsschranke des Bundesgerichts – Beschränkung der Prüfung auf Rechtsnormen, die der Wahrung der Interessen Dritter dienen – gegenstandslos würde.

- c) In einem neuesten Entscheid vom 20.11.1998 – BGE 125 III 18 ff. – wiederholt das Bundesgericht einmal mehr stereotyp seine Kognitionsformel⁵². Seinen Entscheid hätte das Bundesgericht gestützt auf diese Formel problemlos begründen können: Es ging darum, ob die im Gesetz vorgesehenen Formen des Rechtskleidwechsels abschliessend zu verstehen seien oder ob auch weitere, gesetzlich nicht vorgesehene Möglichkeiten – im konkreten Fall die Umwandlung einer GmbH in eine AG – zuzulassen seien. Letzteres ist von der Lehre in neuerer Zeit verschiedentlich behauptet und ausführlich begründet worden⁵³, so dass das Bundesgericht sich hätte darauf beschränken können festzuhalten, ein Rechtskleidwechsel ausserhalb der gesetzlich vorgesehenen Formen sei nicht offensichtlich rechtswidrig.

Das Bundesgericht hat diese weit offene Tür zugeschlagen und erklärt, bei der zu beantwortenden Frage der «inscription de la transformation d'une société sur le registre du commerce» handle es sich um einen «cas particulier»⁵⁴. Begründet wird dies mit der Tragweite⁵⁵ der Entscheidung, obwohl die – theoretische oder praktische – Bedeutung einer Rechtsfrage weder aufgrund der herkömmlichen Kriterien noch gestützt auf dogmatische Erwägungen eine Rolle für den Kognitionsumfang spielen kann. Und daran anschliessend erklärt das Bundesgericht unbekümmert, es genüge nicht, dass die im Streit stehende Rechtsfrage «soit admise par une large part de la doctrine récente», während doch nach herkömmlicher Lehre und Bundesgerichtspraxis schon eine – ernst zu nehmende – Minderheitslehre genügt hätte, um die Eintragung zu rechtfertigen. Daraus zieht das Bundesgericht den Schluss, alle Beteiligten – der Registerführer, die kantonale Aufsichtsbehörde wie auch das Bundesgericht – dürften nicht

«se fonder sur une interprétation plausible, mais doivent, au bénéfice d'un libre pouvoir d'examen, examiner si la transformation repose, le cas échéant, sur une interprétation correcte de la loi.»

In der Folge kommt dann das Bundesgericht aufgrund einer umfassenden Auslegung zum Schluss, die Umwandlung einer GmbH in eine AG müsse trotz des Schweigens des Gesetzes zulässig sein.

Schliesst man aus, dass sich das Bundesgericht das Leben unnötig schwer machen wollte, dann gibt es für diesen Umweg zu einem Ziel, das aufgrund der herkömmlichen Kognitionsformel auch direkt hätte erreicht werden können, nur einen Grund: Das Bundesgericht hat sich von seiner bisherigen Kognitionspraxis entfernt.

- d) CLEMENS MEISTERHANS hat 1996 in seiner Monografie zur Kognition der Handelsregisterbehörden resigniert festgestellt, es werde das Bundesgericht «ohne Gesetzesänderung wohl kaum seine bisherige Praxis revidieren.»⁵⁶ Er könnte sich geirrt haben: Zwar hat sich das Bundesgericht bisher konsequent – und nach Ansicht des Autors durchaus zu Recht! – geweigert, von seiner

⁵² Vgl. a.a.O. 21 lit. b.

⁵³ Der Autor hat freilich noch immer Mühe, sich diesen Ansichten angesichts der klaren gesetzlichen Regelungen anzuschliessen.

⁵⁴ A.a.O. 21.

⁵⁵ «Vu sa portée», a.a.O.

⁵⁶ Zit. Anm. 8, 462.

bisherigen Kognitionsformel abzugehen. In seiner Praxis aber scheint es neuerdings nur noch die *Parole hochzuhalten, ohne auch danach zu leben*.

VI. Argumente zur Stützung der herkömmlichen Lehre und Praxis

Sollte sich das Bundesgericht in der Tat heimlich von seiner bisherigen Rechtsprechung verabschiedet haben, wäre dies nach Auffassung des Autors zu bedauern. Zwar hat auch er Zweifel daran, dass die herkömmliche Lehre und Praxis die beste aller Welten gewährt⁵⁷, doch hält er die bisherige Ordnung den Vorschlägen ihrer Kritiker noch immer klar überlegen. Eine neue Ära müsste seines Erachtens durch den *Gesetzgeber* inauguriert werden⁵⁸.

Zur Begründung der herkömmlichen Lehre und Praxis nur Folgendes:

1. Der Zweck des Handelsregisters

- a) Den Zweck des Handelsregisters umschreibt das Bundesgericht treffend wie folgt:

«Le but du registre du commerce est de faire connaître au public et aux créanciers, de manière claire, la situation et le régime de responsabilité de maisons de commerce soumises à l'inscription à ce registre ...».⁵⁹

Die primäre Aufgabe des Handelsregisters ist es also, *für Publizität zu sorgen*. Daneben sind mit der Institution des Handelsregisters weitere Zwecke verbunden: An den Eintrag knüpfen bestimmte *Rechtsfolgen* an, und es dient das Handelsregister auch der *Rechtsdurchsetzung*. Es handelt sich dabei aber um Nebenzwecke, die dem *Zweck der Publizität* nachstehen.

Für die *Rechtmässigkeitsprüfung* – ein Ausfluss des Rechtsdurchsetzungszwecks – ergibt sich daraus, dass diese *nicht eine Hauptaufgabe des Registerführers* sein kann. Vielmehr ist es systemkonform, dass *bei Gelegenheit der Eintragung* lediglich eine grobe Kontrolle erfolgt, die dafür sorgen soll, dass das Handelsregister nicht «zur Bekanntgabe von Rechtsverhältnissen missbraucht werde, die vom ordentlichen Richter unmöglich geschützt werden könnten»⁶⁰. In erster Linie geht es eben darum, «Vorgänge offenkundig zu machen», und zwar auch dann, wenn sich «über deren Zulässigkeit ... streiten lässt. Solche Streitigkeiten zu entscheiden, ist Sache des ordentlichen Richters.»⁶¹

- b) Diese Ausrichtung auf *Publizität*, verbunden mit einer eingeschränkten Rechtmässigkeitsprüfung, die krasse Rechtswidrigkeiten verhindern soll, entspricht dem, was auch für andere öffentliche Register vorgesehen ist. So führt das Bundesgericht zum Grundbuch aus:

«Es ist nicht Aufgabe des Grundbuchverwalters, beim Rechtstitel eigens nach einem Nichtigkeitsgrund zu suchen oder an Stelle einer Partei auf einen Willens-

⁵⁷ Dazu nachstehend Ziff. VII.

⁵⁸ Dazu nachstehend Ziff. VIII und IX.

⁵⁹ BGE 108 II 129.

⁶⁰ BGE 86 I 107.

⁶¹ BGE, a.a.O.

mangel hinzuweisen. Vorbehalten bleiben besonders krasse Mängel. Stützt sich das Eintragungsbegehren auf einen offensichtlich nichtigen Rechtstitel, so ist das Eintragungsbegehren abzuweisen.»⁶².

2. Das Zweiparteienverfahren als Garant einer besseren Lösung

Der Registerführer, der über ein Eintragungsbegehren zu befinden hat, ist – untechnisch gesprochen – *Richter und Partei in einer Person*: Er ist «Gegenpartei» des Antragstellers im Eintragungsgeschäft und steht zugleich über diesem, indem er über den Antrag entscheidet.

Nach allgemeiner Erfahrung ist aber ein Verfahren, in welchem ein Beteiligter zwei verschiedene Hüte trägt, weniger geeignet, eine Rechtsfrage objektiv und unter Würdigung aller wesentlichen Argumente und Tatsachen zu beurteilen als ein *Zweiparteienverfahren*, in welchem jede Seite die für sie sprechenden Argumente vortragen kann⁶³.

Dass es gegen den Entscheid des Registerführers Rechtsmittel gibt und dadurch ein Zweiparteienverfahren vor einem Gericht erzwungen werden kann, ist aus praktischer Sicht kein Gegenargument. Rechtsmittel werden nämlich gegen Verfügungen der Registerämter kaum je ergriffen, auch dann nicht, wenn die Beschreitung des Rechtsweges durchaus erfolgversprechend wäre:

3. Der Zeitfaktor

In seinem Aufsatz über die Kognitionsbefugnisse zitiert ROLF BÄR folgenden Satz aus der 1976 erschienenen zweiten Auflage des Gesellschaftsrechts von MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER:

«Manche Registerführer haben Mühe, diese engen Schranken ihrer Kognitionsbefugnisse einzuhalten; Kompetenzüberschreitungen sind in der Praxis relativ häufig.»

Und BÄR fährt fort:

«Ich möchte sagen: Glücklicherweise! Dies schon aus wissenschaftlichem Interesse, denn anders gäbe es keine Judikatur. Wo die Registerbehörden ängstlich sind, fehlen unzufriedene Beschwerdelegitimierte.»

Den Eintragungswilligen fehlt aber in aller Regel der wissenschaftliche Impetus, sie haben – anders als der Wissenschaftler – *keinerlei Interesse daran, Judikatur zu schaffen und Präjudizien zu erkämpfen*, sondern sie wollen möglichst rasch und mit geringem Aufwand den Eintragungsvorgang abschliessen können. Auf Kompetenzüberschreitungen und Fehlentscheide von Registerbehörden reagieren sie daher in der Regel nicht mit dem Gang zum Richter, sondern damit, dass sie sich – die Faust im Sack – mit der Situation arrangieren.

⁶² BGE 114 II 131.

⁶³ Vgl. spezifisch für das Verfahren vor dem Handelsregisteramt FORSTMOSER (zit. Anm. 3) 180. Nicht ohne Grund sind denn auch in den letzten Jahrzehnten verwaltungsinterne Instanzenzüge konsequent durch die Möglichkeit, an

ein unabhängiges Gericht gelangen zu können, ersetzt worden. Diese Entwicklung ist in den letzten Jahren auch im Handelsregisterrecht vollzogen worden, hier freilich kaum zum Vorteil des Rechtsuchenden, vgl. dazu hinten bei Anm. 72.

Wie in so vielen Lebenslagen ist eben auch hier der *Zeitfaktor* entscheidend.

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER haben denn auch ihre Kritik in späteren Auflagen nicht nur beibehalten, sondern noch ergänzt durch die Feststellung, dass in der Praxis Kompetenzüberschreitungen «bis hin zur Verweigerung der Eintragung von Statutenbestimmungen, die nach allgemeiner Ansicht nicht zu beanstanden sind», vorkämen.

VII. Unbehagen gegenüber der heutigen Ordnung

Auch wenn damit nach Ansicht des Autors die herkömmliche Auffassung derjenigen ihrer Kritiker überlegen ist – zum einen aus dogmatischen Gründen, vor allem aber, weil sie zu angemesseneren Resultaten führt –, lässt sich ein Unbehagen nicht verdrängen: Wirklich zufriedenstellend ist die heutige Ordnung nicht, weder für die Registerführer noch für die Anmeldenden.

Zu den wichtigsten Mängeln:

1. Gehorsamsverweigerungen der Registerämter

Es wurde erwähnt: Nach den Erfahrungen von Praktikern kommen Kompetenzüberschreitungen der Registerämter relativ häufig vor⁶⁴.

Illustrativ war etwa die Auseinandersetzung zur – heute in OR 686a explizit geregelten – Frage, ob im Falle vinkulierter Aktien die Anerkennung eines Aktienerwerbers durch die Gesellschaft rückgängig gemacht werden könne, wenn sie durch falsche Angaben erschlichen worden war. Das Bundesgericht hat zunächst die vom Zürcher Handelsregisteramt als «undenkbar» eingestufte Rechtsauffassung als im Rahmen der beschränkten Kognition zumindest *vertretbar* bezeichnet⁶⁵. Wenige Monate später hatte es Gelegenheit zur Überprüfung bei voller Kognition, und es bestätigte nun auch die *objektive Richtigkeit* dieser «undenkbaren» Ansicht⁶⁶.

Weitere publizierte Beispiele von Kognitionsüberschreitungen finden sich in BGE 123 III 473 ff., 114 II 68 ff. und 113 II 528 ff. Doch ist die *Judikatur* zum Kognitionsrecht mit Bezug auf die Häufigkeit von Kompetenzüberschreitungen *nicht repräsentativ*, ist es doch wie erwähnt die Regel, dass Verletzungen der Kompetenzordnung durch die Handelsregisterbehörden von den Betroffenen zähneknirschend hingenommen werden, weil die Beschreitung des Rechtsweges allzu zeitraubend wäre.

⁶⁴ Nicht zuletzt hängt dies zusammen mit der – an sich zu begrüssenden – Tendenz von Registerjuristen, sich publizistisch zu profilieren: Es fällt eben schwer, in der wissenschaftlichen Diskussion eine Ansicht engagiert zu ver-

treten und anschliessend – in der Funktion der Amtsperson – zu akzeptieren, dass auch Gegenmeinungen vertretbar sind.

⁶⁵ BGE 117 II 189 f.

⁶⁶ BGE 117 II 308 ff.

2. Fehlende Praktikabilität

Registerjuristen weisen immer wieder darauf hin, dass die bundesgerichtliche Kognitionsformel für sie kaum praktikabel sei⁶⁷. Ob eine Rechtsverletzung als «offensichtlich» eingestuft werde, hänge stark vom subjektiven Empfinden ab, und das Element der «denkbaren Gesetzesauslegung» sei äusserst weit gefasst⁶⁸. Viele der erwähnten Kompetenzüberschreitungen dürften mit der Unbestimmtheit der Messlatte zu erklären sein.

3. Uneinheitlichkeit der Praxis

Nicht selten kommt es sodann vor, dass eine Frage von den Registerämtern je nach Kanton unterschiedlich beantwortet wird. Gelegentlich zeugt auch die Gerichtspraxis von dieser *ungleichen Anwendung einheitlichen schweizerischen Rechts* je nach Kanton:

- Die in BGE 117 II 186 ff. zur Diskussion stehende Statutenbestimmung war nach Ansicht des Zürcher Handelsregisteramtes abzulehnen, während sich alle übrigen kantonalen Ämter, die damit befasst waren, wie auch das Eidgenössische Amt für die Zulässigkeit aussprachen⁶⁹.
- In BGE 124 III 21 wird darauf hingewiesen, dass mehrere kantonale Registerämter wie auch das Eidgenössische Amt die Umwandlung einer GmbH in eine AG eintragen, während ein waadtländischer Registerführer diese Eintragung abgelehnt hatte.

Das Eidg. Handelsregisteramt ist nicht in der Lage, eine einheitliche Praxis zu erzwingen, kann es doch nach heutigem Recht zwar eine vom kantonalen Registeramt zugelassene Eintragung untersagen, nicht aber die abweisende Verfügung eines kantonalen Registerführers durch eine zustimmende ersetzen⁷⁰.

4. Nochmals: der Faktor Zeit

- a) Lässt sich ein abgewiesener Antragsteller auf den Rechtsweg ein, dann steht er vor einer *mehrjährigen Auseinandersetzung*.

Ein Beispiel: Im in BGE 123 III 473 ff. entschiedenen Verfahren musste die Beschwerdeführerin mehr als drei Jahre warten, bis sie wusste, ob der von ihr beschlossene Widerruf der Auflösung einer AG rechtens sei⁷¹. (Dies, obwohl das Eidg. Handelsregisteramt beantragt hatte, es sei die Beschwerde zu schützen.) Während dieser ganzen Zeit war für die Beschwerdeführerin ungewiss, ob sie sich zu liquidieren habe oder ob sie wieder einer aktiven Tätigkeit nachgehen dürfe.

Nicht nur, aber gerade auch im Wirtschaftsrecht ist der Zeitfaktor oft wichtiger als die Chance, ein Verfahren zu gewinnen: Ein Prozessgewinn nach mehr-

⁶⁷ Vgl. statt vieler MEISTERHANS (zit. Anm. 8) 114, 116 f., 121, 460; vgl. auch KÜNG (zit. Anm. 38) 42 ff.

⁶⁸ MEISTERHANS, a.a.O. 121.

⁶⁹ Vgl. den Hinweis bei ROLAND BÜHLER:

Amtspraxis zum Handelsregisterrecht aus dem Jahre 1989, SZW 62 (1990) 238 ff., 242 f.

⁷⁰ Vgl. hinten bei Anm. 82.

⁷¹ Vgl. FORSTMOSER, Widerrufbarkeit (zit. Anm. 28) 156.

jährigem Streit ist zumeist ein Pyrrhussieg, den anzustreben sich nicht lohnt. Faktisch kommt daher die zeitliche Verzögerung der Durchsetzbarkeit eines Rechts nicht selten seiner Verweigerung gleich.

- b) «Das Gegenteil von <gut> ist <gut gemeint>»: Paradoxerweise hat die Absicht des Gesetzgebers, den Rechtsschutz in Verwaltungssachen zu verbessern, faktisch zu einer weiteren Verschlechterung der Position von Eintragungswilligen geführt:

Durch die Revision des Bundesrechtspflegegesetzes⁷² von 1991 wurde den Kantonen auch für Handelsregistersachen zwingend eine gerichtliche Kontrolle vorgeschrieben⁷³. In Kantonen, in denen ein Beschwerderecht an die kantonale Aufsichtsbehörde über das Handelsregister trotz der Neueinführung einer Gerichtsinstanz weiterbesteht, führt dies zu einem *zweistufigen Instanzenzug* auf kantonaler Ebene und damit zu einer *weiteren Verlängerung des Verfahrens*. Das Bundesgericht hat eine kantonale Rechtsmittelordnung, die einen solchen zweistufigen – zunächst administrativen und sodann gerichtlichen – Rechtsschutz vorsieht, als bundesrechtskonform beurteilt⁷⁴, ein Entscheid, der wegen seiner praktischen Konsequenzen von einem Kritiker mit dem Ausspruch «Fiat justitia pereat mundus» quittiert wurde⁷⁵.

5. Fazit: Es besteht Regelungsbedarf

Die skizzierten Mängel zeigen einen Regelungsbedarf in dreierlei Hinsicht auf:

- Der Prüfungsauftrag an den Registerführer ist *präziser* und für die Praxis *leichter handhabbar* zu umschreiben.
- Es ist gesamtschweizerisch eine *einheitliche Registerpraxis* sicherzustellen.
- Das *Rechtsmittelverfahren* muss *vereinfacht*, die *Verfahrensdauer verkürzt* werden.

VIII. Ein Lösungsvorschlag

Eine Vorbemerkung: 1997 hat das Bundesamt für Justiz eine Arbeitsgruppe – bestehend aus Peter Böckli, Jean-Marc Rapp und dem Autor⁷⁶ – beauftragt, sich im Rahmen einer Reform des Rechts der GmbH unter anderem auch mit der Frage der Kognition der Handelsregisterbehörden auseinanderzusetzen. Die Experten haben Vorschläge unterbreitet, die jedoch vorderhand nicht in die Vernehmlassung gegeben werden sollen⁷⁷. Dem Autor wurde gestattet, die Überlegungen, welche die Arbeitsgruppe angestellt hat, in allgemeinen Zügen vorzustellen. Dies geschieht

⁷² OG, SR 173.110.

⁷³ OG 98a, umgesetzt in HRegV 3 IVbis.

⁷⁴ BGE 124 III 259 ff.

⁷⁵ MAX BAUMANN in SJZ 95 (1999) 188 ff.

⁷⁶ Sekretär war RA lic. iur. HANS-UELI VOGT, vgl. dazu vorn Anm. 4.

⁷⁷ Das im April 1999 eingeleitete Vernehmlassungsverfahren beschränkt sich auf die Vorschläge der Arbeitsgruppe für eine Reform des Rechts der GmbH.

im Folgenden, womit auch klargestellt ist, dass für die nun vorgetragenen Ideen die Arbeitsgruppe als ganzes die Autorschaft beanspruchen kann⁷⁸.

1. Präzisierung der Kognitionsformel

- a) Aus Gründen der Praktikabilität, aber auch, um Kompetenzüberschreitungen zu verhindern, ist der Kognitionsumfang des Registerführers auf Gesetzes- und Verordnungsstufe festzulegen – nach Ansicht des Autors im Sinne der herkömmlichen Lehre und Praxis.
- b) Problemlos ist dies zunächst hinsichtlich der Prüfung der *formellrechtlichen Voraussetzungen*: Der Registerführer soll *umfassend* prüfen, ob sämtliche formellen Voraussetzungen für eine Eintragung erfüllt sind und ob das Eintragungsgesuch mit seinen Beilagen vollständig und klar ist. Dies ist auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe festzuhalten.
- c) Eine Klarstellung entsprechend der unbestrittenen Lehre und Praxis ist auch hinsichtlich der Prüfung der *Wahrheit* der von den Gesuchstellern gemachten Angaben vorzunehmen:
Bekanntlich erklärt die HRegV in Art. 38 I lapidar, es müssten die Eintragungen in das Handelsregister «wahr» sein. Damit werden beim unbefangenen Leser Erwartungen geweckt, die das Register nicht erfüllen kann und nicht erfüllen soll.
Richtiger wäre es, in der Verordnung klarzustellen, dass der Registerführer von der Wahrheit der ihm unterbreitenden Angaben auszugehen hat, wenn die Unrichtigkeit nicht offenkundig ist⁷⁹.
Auch daraus ergeben sich kaum Probleme.
- d) Die pièce de résistance bildet zweifellos die *Umschreibung der materiellrechtlichen Kognition*. Diesbezüglich sollte meines Erachtens zunächst die Rechtslage geklärt werden, indem die *bundesgerichtliche Kognitionsformel gesetzlich festgeschrieben* wird. Dies genügt freilich nicht. Die Formel ist vielmehr so zu präzisieren, dass dem Registerführer möglichst eindeutige Beurteilungskriterien in die Hand gegeben werden. Darin liegt die Crux einer Neuordnung. Welche Möglichkeiten bestehen?
 - aa) In der Diskussion mit Registerämtern wurde zunächst versucht, eine *abschliessende Aufzählung der zu prüfenden Punkte*, die als Checkliste dienen könnte, zu entwickeln. Der Weg hat sich als *nicht gangbar* erwiesen, da bei jeder einzelnen Position noch immer die Frage bleibt, ob eine bestimmte Lösung rechtens, vertretbar oder aber offenkundig rechtswidrig ist.

⁷⁸ Intensiv bei der Suche nach einer besseren Lösung haben auch verschiedene Registerführer mitgewirkt. Dafür sei ihnen auch an dieser Stelle gedankt.

⁷⁹ Dies unter dem Vorbehalt abweichender gesetzlicher Bestimmungen, wie sie namentlich in der Lex Friedrich vorgesehen sind, vgl. vorn bei Anm. 18.

- bb) Erfolgversprechender erscheint es, die «offensichtliche Rechtsverletzung» positiv wie auch negativ zu umschreiben und nach Möglichkeit an formale Kriterien zu knüpfen⁸⁰:
- Eine offensichtliche Rechtsverletzung wäre danach dann gegeben, wenn ein Antrag *gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes verstösst und nicht ein gesetzgeberisches Versehen vorliegt*.
 - Offensichtlich wäre eine Rechtsverletzung sodann auch, wenn sie der *veröffentlichten Rechtsprechung* des Bundesgerichts oder der Rekurskommission für das Handelsregister (von der sogleich die Rede sein wird) *widerspricht*⁸¹.
 - Umgekehrt soll eine offensichtliche Rechtsverletzung *insbesondere dann nicht vorliegen*, wenn eine Frage in der Rechtsprechung oder in der Lehre *umstritten* ist und dem Gesuch kein veröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts oder der Rekurskommission entgegensteht.

Der Autor gibt sich nicht der Illusion hin, dass mit diesen Regeln *sämtliche Fragen*, die sich dem Registerführer in seiner Praxis stellen, zu beantworten sind. In der grossen Mehrzahl der Fälle wird der Registerführer – und werden die Gesuchsteller – aber anhand dieser Kriterien eine klare Antwort finden können.

2. Gesamtschweizerische Vereinheitlichung der Praxis

- a) Nach geltendem Handelsregisterrecht⁸² kann das Eidg. Amt für das Handelsregister zwar der gutheissenden Verfügung eines kantonalen Amtes die *Genehmigung verweigern, nicht dagegen eine Eintragung entgegen dem Entscheid einer kantonalen Behörde anordnen*. Für einheitliches Recht kann daher nur *negativ* – im Sinne einer Unterbindung gewisser Einträge – gesorgt werden, *nicht dagegen positiv* durch Anordnung der gesamtschweizerischen Zulässigkeit. Die Konsequenz ist eine in verschiedenen wesentlichen Fragen *uneinheitliche Praxis* zwischen den Kantonen⁸³ und gelegentlich gar ein unwürdiges «Forum Shopping»: Auf die Restriktionen eines Kantons wird dadurch reagiert, dass der Eintragungsvorgang in einen anderen, liberaleren Kanton verlegt wird. Nach erfolgtem Eintrag kann dann durch eine Sitzverlegung der erwünschte Zustand im erwünschten Kanton erlangt werden.
- b) Der fehlenden Einheitlichkeit kann dadurch abgeholfen werden, dass das Eidg. Handelsregisteramt künftig nicht nur gutheissende Verfügungen genehmigen oder ihnen die Genehmigung verweigern können soll, sondern dass es

⁸⁰ Vollständig wird dies nie gelingen, da jede inhaltliche Prüfung einen Ermessensspielraum belässt. Für die Grosszahl der zu beurteilenden Fälle erscheint aber eine weitgehend formalisierte Prüfung möglich.

⁸¹ Erwähnt sei an dieser Stelle, dass die Bindung an den klaren Gesetzeswortlaut und die veröffentlichte höchstrichterliche Rechtsprechung keineswegs stets zu einer Beschränkung

der Kognitionsbefugnisse führen muss. Vielmehr kann die Abstützung auf den klaren Wortlaut und die dazu ergangene Praxis allenfalls auch Erweiterungen mit sich bringen. Der Fortschritt gegenüber der heutigen Ordnung liegt in der besseren Vorhersehbarkeit der Registerpraxis.

⁸² HRegV 117.

⁸³ Vgl. vorn vor Anm. 70.

auch hinsichtlich abweisender Verfügungen entscheiden kann, sei es im Sinne ihrer Bestätigung, sei es durch eine Verweigerung der Bestätigung und – damit verbunden – die *Anordnung einer Eintragung entgegen der kantonalen Verfügung*.

- c) Damit würde auch der Rechtsweg vereinheitlicht: Er führte konsequent über das Eidg. Handelsregisteramt.

3. Verkürzung der Verfahrensdauer

- a) Die Konzentration der Entscheidungskompetenz beim Eidgenössischen Amt würde das Verfahren verkürzen, entfielen doch der allfällige kantonale Rechtsmittelweg bei abweisenden Verfügungen eines kantonalen Amtes. Für die *Qualität des Registerrechts* dürfte es überdies – dies sei nebenbei bemerkt – vorteilhaft sein, wenn die gesellschafts- und unternehmensrechtlichen Fragen, die sich im Zusammenhang mit Eintragungsbegehren stellen, nicht von kantonalen Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsinstanzen beurteilt werden, sondern von einer spezialisierten eidgenössischen Behörde.

- b) Eine weitere Beschleunigung könnte im Ergebnis dadurch erreicht werden, dass der Beschwerdeweg gegen Entscheide des Eidgenössischen Amtes nicht direkt an das Bundesgericht ginge, sondern an eine neu zu schaffende *Eidgenössische Rekurskommission für das Handelsregister*. Dieser könnte durch das Gesetz auferlegt werden, in der Regel in bestimmter, kurzer Frist (z.B. innert zweier Monate) zu entscheiden.

Mit dem Entscheid der spezialisierten Kommission dürften sich die Parteien in der Regel zufrieden geben. Nur ausnahmsweise dürfte noch ein Weiterzug an das Bundesgericht erfolgen. Auch in diesen Ausnahmefällen würde das Verfahren durch die Zwischenschaltung einer Rekurskommission nicht notwendigerweise verlängert, da das Bundesgericht die von der Rekurskommission aufbereiteten Fälle schneller entscheiden könnte als dies im heutigen Verfahren möglich ist⁸⁴.

IX. Für eine Gesetzesreform

Eine Präzisierung der Kognitionsformel, wie sie hier vorgeschlagen wird, könnte allenfalls durch blosse Revision der Handelsregisterverordnung eingeführt werden.

⁸⁴ Im mehrfach erwähnten BGE 123 II 473 ff. reichte die Beschwerdeführerin die Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht Ende Mai 1995 ein. Ende November 1995 lagen die von der Vorinstanz und dem Eidg. Amt für das Handelsregister eingeholten Vernehm-

lassungen und damit alle für die Entscheidungsfindung relevanten Unterlagen vor. Dennoch dauerte es noch 19 Monate, bis der Entscheid gefällt wurde, und mehr als zwei Jahre, bis die schriftliche Begründung vorlag.

Die übrigen Reformpostulate dagegen machen eine *Gesetzesreform* – konkret wohl: eine Ergänzung der organisatorischen Vorschriften über das Handelsregister in OR 927 ff. – *unumgänglich*:

- Nur durch eine Änderung auf Gesetzesstufe könnte dem Eidgenössischen Handelsregisteramt die Kompetenz eingeräumt werden, entgegen Entscheidungen der kantonalen Ämter eine Eintragung zu veranlassen.
- Und nur durch eine Gesetzesreform könnten eine Rekurskommission in Handelsregistersachen eingesetzt und der Rechtsmittelweg neu geordnet werden.

Die Reform des Handelsregisterrechts auch auf Gesetzesstufe sollte daher an die Hand genommen werden.

Résumé

Le pouvoir d'examen du préposé au registre du commerce

Pratique actuelle, critiques et propositions

Le pouvoir et le devoir d'examen du préposé au registre du commerce sont contestés depuis 1978 au moins. Les opinions les plus diverses ont été émises à ce sujet¹. En outre, les préposés au registre du commerce, qui sont les principaux intéressés, ont respectés les directives du Tribunal fédéral avec plus ou moins d'entrain; ils ont même parfois refusé d'en appliquer l'une ou l'autre avec une certaine insouciance.

I. Situation initiale

L'art. 940, al. 1, CO semble disposer de manière univoque que «le préposé

au registre du commerce doit vérifier si les conditions légales requises pour l'inscription sont remplies». Selon l'al. 2 de la même disposition (cf. aussi art. 21, al. 2, ORC), «il recherche en particulier, lors de l'inscription de personnes morales, si les statuts ne dérogent pas à des dispositions légales de caractère impératif et s'ils contiennent les clauses exigées par la loi». Le préposé n'inscrit donc pas les faits à l'aveugle au registre du commerce. Il contrôle au préalable leur conformité à la loi.

Dans une pratique constante, le Tribunal fédéral a très fortement limité ce pouvoir et devoir d'examen. La doctrine a majoritairement salué cette restriction mais elle l'a aussi parfois critiquée.

En pratique, une limitation du pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce est d'une importance

¹ Cf. notamment ROLF BÄR, Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterführers in: Le notaire bernois 1978 p. 410 ss; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8ème éd. Berne 1998 § 6

N 34 ss; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996 § 16 N 32 ss et les références citées.

capitale. En effet, bien que des voies de droit soient ouvertes contre les décisions des autorités du registre du commerce, il s'agit le plus souvent, pour une société nouvellement constituée, de pouvoir être opérationnelle le plus rapidement possible et non pas de contribuer au développement du droit suisse des sociétés!

II. Limitation du sujet

Sur un bon nombre de points, la doctrine et la pratique sont unanimes²:

- Les autorités du registre du commerce examinent avec un plein pouvoir d'examen l'ensemble des conditions formelles et relevant du droit du registre du commerce (p. ex. réquisition d'inscription d'une société simple, office incompetent, pièce justificative non présentée).
- Bien que l'art. 38, al. 1, ORC exige que «toutes les inscriptions au registre du commerce doivent être conformes à la vérité et ne rien contenir qui soit de nature à induire en erreur ou contraire à un intérêt public», le préposé n'est pas tenu et ne peut exiger que le requérant apporte la preuve de la conformité des faits dont l'inscription est requise. Son pouvoir d'examen se limite à cet égard au refus de faits dont la non-conformité à la vérité est notoire³.
- Le préposé doit également faire preuve de retenue quant à la protection

d'intérêts publics (p. ex: politique économique, fiscalité)⁴.

- L'art. 955 CO donne au préposé un plein pouvoir d'examen quant à la formation des raisons de commerce⁵.
- Le préposé bénéficie d'un pouvoir d'examen spécifique et limité quant à l'indépendance du réviseur (art. 86a, al. 1, ORC); il faut que le manque d'indépendance soit notoire pour que le préposé puisse refuser de procéder à son inscription⁶.
- Le préposé ne procède à l'inscription d'une société que s'il peut d'emblée exclure qu'elle est soumise à autorisation selon la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (art. 18 LFAIE; RS 211.412.41); dans les autres cas, il doit renvoyer la société à l'autorité compétente pour octroyer l'autorisation.
- Le préposé n'entre en matière sur les oppositions de droit privé que si les tiers invoquent des dispositions que les autorités du registre du commerce doivent appliquer d'office. Dans les autres cas, il renvoie au juge (art. 32 ORC)⁷.

Un seul point prête donc à discussion: dans quelle mesure les autorités du registre du commerce peuvent-elles et doivent-elles refuser une réquisition lorsque les conditions matérielles liées à l'inscription ne sont pas remplies ou pourraient ne pas l'être?

² Cf. notamment ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8ème éd. Berne 1998 § 6 N 30 ss pour un survol; pour un examen plus approfondi, cf. CLEMENS MEISTERHANS, *Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde*, thèse Zurich 1996 p. 216 ss.

³ Cf. ATF 113 II 280; 102 Ib 41 ss, cons. 2.

⁴ Cf. ATF 60 I 55; 55 I 335.

⁵ Cf. ATF 106 II 58 ss.

⁶ Cf. ATF 123 III 31 ss.

⁷ Cf. RSDA 1994 p. 300.

III. La pratique du Tribunal fédéral et la doctrine traditionnelles

La pratique constante de notre Haute Cour a toujours conféré un pouvoir d'examen limité aux autorités du registre du commerce quant au respect des conditions matérielles d'une inscription. Le préposé ne peut refuser d'y procéder que si les trois conditions suivantes sont cumulativement réunies:

- La réquisition d'inscription déroge manifestement à une disposition légale de caractère impératif⁸.
- L'inscription est manifestement et indiscutablement contraire au droit; il doit renvoyer à agir devant le juge civil les justiciables qui invoquent du droit dispositif ou ne concernant que des intérêts privés⁹.
- La disposition dont la violation est invoquée est édictée dans l'intérêt public ou en vue de la protection de tiers¹⁰.

⁸ Cf. ATF 125 III 18, spéc. p. 21.

⁹ Cf. ATF 125 III 18, spéc. p. 21; 114 II 70; 86 I 107.

¹⁰ Cf. ATF 125 III 18, spéc. 21; 114 II 70; 91 I 362.

¹¹ Selon PETER BÖCKLI, in: Schweizer Aktienrecht, 2ème éd. Zurich 1996 N 129 s, le pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce se limite clairement aux aspects formels. En cas de doute, le préposé doit procéder à l'inscription et laisser le soin aux parties de saisir le juge.

MARTIN ECKERT, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1994 Art. 940 N 23, émet quelques réserves mais admet que le principe de la proportionnalité plaide en faveur de la solution adoptée par le Tribunal fédéral. Les requérants sont immédiatement touchés de manière conséquente par un refus alors que la lésion des droits des tiers n'est qu'hypothétique. Un refus n'est donc proportionnel que lorsqu'une violation d'un texte clair est constatée».

Il faut s'attendre à ce que le Tribunal fédéral maintienne cette pratique. Il n'est en effet jamais entré en matière sur les critiques formulées et s'est refusé à remettre sa position en question dans ses décisions les plus récentes (cf. ATF 123 III 473 ss, lors duquel l'Office fédéral du registre du commerce [ci-après OFRC] avait expressément requis le Tribunal fédéral de réexaminer la question du pouvoir d'examen).

On reproche parfois au Tribunal fédéral de ne pas motiver sa limitation téléologique du pouvoir d'examen au sens de l'art. 940 CO. Cet argument n'est pas pertinent car la limite découlée de la formule du Tribunal fédéral quant au pouvoir d'examen: «l'inscription ne peut être refusée que si elle est manifestement et indiscutablement contraire au droit et non pas si elle se fonde sur une interprétation plausible de la loi, que seul le juge est à même de trancher».

La doctrine dominante se rallie à la pratique du Tribunal fédéral¹¹.

PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, op. cit., § 16 N 30 ss et ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, op. cit., § 6 N 43 ss suivent l'opinion du Tribunal fédéral.

THEO GUHL/MAX KUMMER/JEAN-NICOLAS DRUEY, in: Das Schweizerische Obligationenrecht, 8ème éd. Zurich 1991 p. 769 s. approuvent la pratique du Tribunal fédéral. Ils soulignent qu'il n'est pas convenable de confier au préposé des fonctions telles que celles que le juge civil doit remplir dans le cadre d'une procédure en contradictoire.

Voir également PETER BECK, Die Kognition des Handelsregisterführers im Rechte der AG, thèse Zurich 1953; THOMAS SCHNEIDER, Der Rechtsschutz in Handelsregistersachen und die Entscheidungskompetenz der Handelsregisterbehörden, thèse Zurich 1959; FRITZ VON STEIGER, Prüfung und Eintragung der Aktiengesellschaft beim Handelsregister, Zurich 1937; CLEMENS MEISTERHANS, op. cit. et les références citées

IV. Critique

De nombreux auteurs ont récemment critiqué la formule du Tribunal fédéral quant au pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce¹². De manière simplifiée, leurs objections peuvent être résumées de la manière suivante:

- Le critère d'une violation «manifeste et indiscutable» de la loi est impossible à mettre en pratique.
- La fonction de publicité liée au registre du commerce implique nécessairement la conformité des inscriptions à la loi.
- Les préposés au registre du commerce n'ont rien à envier au juge civil quant à leur appréciation juridique des faits.
- Le Tribunal fédéral ne motive pas sa position.

V. Changement de pratique du Tribunal fédéral?

Le Tribunal fédéral ne s'est pas laissé tromper par les critiques formulées. Dans ses décisions les plus récentes, il répète de manière stéréotypée sa formule classique.

A l'ATF 123 III 473, le Tribunal fédéral devait juger de l'admissibilité de la révocation d'une décision de dissolution d'une société anonyme prise par l'assemblée générale. Liée par la

jurisprudence fédérale de 1965, l'autorité cantonale n'avait pas procédé à l'inscription de la révocation de la décision de dissolution. La prise de position de l'OFRC dont l'arrêt fait état mérite d'être mentionnée car elle prie le Tribunal fédéral de réexaminer et de changer sa pratique quant au pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce. Le Tribunal fédéral a admis le recours. Au vu des avis exprimés, cela n'a rien d'étonnant; en revanche, la motivation de notre Haute Cour est bien plus intéressante:

- Malgré les critiques de l'OFRC, le Tribunal fédéral maintient et confirme sa pratique; il explique que les autorités du registre du commerce auraient pu et dû procéder à l'inscription tout en respectant la pratique actuelle¹³.
- Dans ses considérants cependant, le Tribunal fédéral lui-même ne s'est pas tenu à sa pratique restrictive; il a examiné sans réserve et de manière approfondie tous les motifs qui justifiaient l'admissibilité de la révocation d'une décision de dissolution. Le Tribunal fédéral s'octroie donc un pouvoir d'examen illimité alors même qu'il traite d'une inscription au registre du commerce, pour laquelle son pouvoir d'examen est limité.

¹² Cf. ROLF BÄR, op. cit.; KATHARINA SCHOOP, Die Haftung für die Überbewertung von Sacheinlagen, thèse Berne 1981 p. 92; CHRISTIAN J. MEIJER-SCHATZ, Funktion und Recht des Handelsregisters als wirtschaftliches Problem, in: RDS 1989 I p. 433 ss; MANFRED KÜNG, Die Prüfungspflicht des Handelsregisterführers in materiellrechtlichen Fragen in: RSDA 1989 p. 41 ss; ALEXANDER I. DE BEER, Minderheitenschutz durch erweiterte Kognitionsbefugnis

des Handelsregisterführers in: RDS 1995 I p. 81 ss; CLEMENS MEISTERHANS, op. cit., p. 116 ss, 458 ss; HANSPETER KLÄY, Die Vinkulierung, thèse Bâle 1997; le même auteur, Statutengestaltung bei der Vinkulierung nicht kotierter Aktien in: Le notaire bernois 1997 p. 49 ss.

¹³ Cf. notamment les considérants repris dans PETER FORSTMOSER, Widerrufbarkeit des Auflösungsbeschlusses einer Aktiengesellschaft in: RSDA 1998 p. 150 ss, 154.

Dans un arrêt non-publié du 12 février 1998¹⁴, le Tribunal fédéral devait se prononcer sur la validité d'une décision unanime de l'assemblée générale d'une société anonyme, prévoyant une division des actions allant au-delà de la règle de l'art. 693, al. 2, CO. La violation du droit révisé de la société anonyme était manifeste alors que la violation du droit transitoire en la matière était discutée ou à tout le moins discutée. Tout en se référant à sa pratique constante relative au pouvoir d'examen, le Tribunal fédéral a considéré que c'était à bon droit que le préposé avait refusé de procéder à l'inscription. Cette façon de procéder est douteuse à deux égards:

- Une réponse possible à une question «délicate» ne saurait être «manifestement contraire au droit».
- Le privilège lié au droit de vote met-il véritablement en péril les droits des tiers au sens de la pratique du Tribunal fédéral? Le privilège ne joue un rôle qu'au sein de la société. Les tiers ne sont touchés qu'en tant que futurs actionnaires potentiels. Il est dès lors douteux que le Tribunal fédéral considère les intérêts de futurs membres comme des intérêts de tiers.

Dans l'ATF 125 III 18 (arrêt Beaugard, relatif à la transformation par changement de la forme juridique d'une société à responsabilité limitée en société anonyme), le Tribunal fédéral reprend encore une fois machinalement sa formule consacrée¹⁵. Il aurait très

bien pu fonder sa décision en respectant la formule qu'il avait élaborée, en admettant que la transformation par simple changement de la forme juridique n'était pas manifestement contraire au droit. Notre Haute Cour a cependant considéré qu'en l'occurrence, il s'agissait d'un cas particulier, dont la portée était importante, bien que cette dernière n'exerce aucune influence sur le pouvoir d'examen.

Aux yeux du Tribunal fédéral, «il ne suffit pas que la transformation en cause soit admise par une large part de la doctrine récente ainsi que dans la pratique de l'OFRC et de plusieurs registres du commerce cantonaux pour que le préposé se voie contraint d'accepter son inscription sans plus ample examen» alors que, selon sa pratique constante et la doctrine dominante, il aurait suffi qu'une partie minoritaire de la doctrine approuve l'opération pour que le préposé soit contraint d'y procéder.

Le Tribunal fédéral se prononce ensuite longuement sur la question de la transformation envisagée avant de l'admettre. Dans la mesure où il aurait pu aboutir au même résultat en respectant sa pratique actuelle, les considérations qu'il a faites ne peuvent avoir qu'un fondement: le Tribunal fédéral s'est éloigné de sa pratique constante relative au pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce. Notre Haute Cour clame donc haut et fort que la pratique constante est maintenue mais elle s'en écarte elle-même dans ses décisions récentes.

¹⁴ Arrêt 4.A 12 / 1997, mentionné dans la NZZ du 14 mai 1998 p. 25.

¹⁵ Cf. ATF 125 III 18, spéc. p. 21 lit. b.

VI. Justification de la pratique et de la doctrine traditionnelles

Il serait regrettable que le Tribunal fédéral se soit distancé de sa jurisprudence constante. C'est au législateur qu'il appartient d'ouvrir une ère nouvelle. A l'appui de la pratique et de la doctrine traditionnelles, il est possible de faire valoir les arguments suivants:

- Le but du registre du commerce est de faire connaître au public et aux créanciers, de manière claire, la situation et le régime de responsabilité d'entreprises soumises à l'inscription dans ce registre¹⁶. Le registre du commerce a donc avant tout une fonction de publicité, à laquelle sont liées les conséquences juridiques d'une inscription et la correcte application du droit. L'examen de la conformité au droit n'est donc pas une tâche essentielle des autorités du registre du commerce. Dans le cadre d'une procédure d'inscription, seul un contrôle grossier doit être effectué, visant à éviter de rendre public des faits que le juge civil ne pourrai protéger¹⁷. Cette conception de la publicité correspond d'ailleurs à celle qui prévaut pour les autres registres publics¹⁸;
- La procédure en contradictoire est garante d'une meilleure solution. Dans la procédure d'inscription, le préposé est en effet juge et partie.

Une procédure lors de laquelle l'un des protagonistes «porte plusieurs casquettes» est par expérience moins adaptée pour trancher une question juridique en tenant compte de l'ensemble des éléments essentiels qu'une procédure en contradictoire¹⁹.

En pratique, l'argument selon lequel une procédure en contradictoire est ouverte au requérant contre une décision du préposé n'est pas pertinent.

- Le but unique du requérant est en effet de pouvoir clore la procédure d'inscription au plus vite et à moindres frais. Contrairement au théoricien, il n'a aucun intérêt à provoquer une décision judiciaire dans le cadre d'une procédure d'inscription au registre du commerce. Il ne recourra pas au juge si le préposé outrepassé son pouvoir d'examen ou rend une fausse décision; il «fera son poing dans la poche» et s'accommodera de la situation. Le facteur temps est donc décisif.

VII. Malaise résultant de la réglementation actuelle

La réglementation actuelle n'est cependant pas satisfaisante, que ce soit pour le préposé ou pour le requérant.

- Les préposés au registre du commerce ne s'en tiennent pas à la formule traditionnelle et outrepassent parfois leurs compétences²⁰.

¹⁶ Cf. notamment ATF 108 II 129.

¹⁷ Cf. ATF 86 I 107.

¹⁸ Cf. ATF 114 II 131 pour le registre foncier.

¹⁹ Cf. PETER FORSTMOSER, Die Rückgängigmachung von Eintragungen im Aktienbuch – problemlos oder unzweideutig rechtswidrig? in: SAS 1989 p. 173 ss, spéc. 178 ss.

²⁰ Nous mentionnerons à cet égard l'ancienne querelle – aujourd'hui réglée par l'art. 686a

CO – liée à la possibilité pour une société de revenir sur sa décision d'accepter un acquéreur d'actions nominatives liées lorsque ce dernier a fourni de faux renseignements. Le Tribunal fédéral a d'abord reconnu que l'opinion exprimée par le registre du commerce de Zurich, selon laquelle une telle opération était impensable, était soutenable, dans le cadre de son pouvoir d'examen limité. Quelques mois plus

- Les spécialistes du droit du registre du commerce soulignent toujours que la formule du Tribunal fédéral quant au pouvoir d'examen est impraticable. Savoir si une violation est «manifeste» fait appel à des critères subjectifs; le critère de «l'interprétation conforme de la loi» est conçu de manière trop large.
- La pratique des autorités du registre du commerce n'est pas uniforme²¹. L'OFRC n'est pas en mesure d'instaurer une pratique uniforme, dans la mesure où son pouvoir d'examen est négatif: il peut refuser la publication d'une inscription mais ne peut contraindre un préposé cantonal à procéder à une inscription que ce dernier a refusée.
- La procédure judiciaire liée à un refus de procéder à une inscription dure plusieurs années²². En droit économique cependant, le facteur temps est souvent plus important que les chances de succès dans une procédure pendante.

De ce fait, une réglementation nouvelle s'impose à trois égards:

- Le devoir d'examen du préposé doit être défini de manière plus précise; il doit être plus aisé pour les praticiens;
- Il faut assurer une pratique uniforme sur l'ensemble du territoire suisse.
- La procédure judiciaire doit être simplifiée et sa durée raccourcie.

tard, au bénéfice d'un plein pouvoir d'examen, le Tribunal fédéral s'est penché sur la même question et a confirmé l'exactitude objective de cette opinion «impensable»! Cf. ATF 123 III 473; 117 II 308 ss; 117 II 189 s; 114 II 68 ss; 113 II 528 ss.

VIII. Propositions

Ces propositions sont celles que le groupe de travail Sàrl a formulées suite au mandat que lui a conféré l'Office fédéral de la justice en 1997 dans le cadre de la révision du droit de la société à responsabilité limitée. Elles n'ont pas encore fait l'objet d'une procédure de consultation. L'auteur est cependant autorisé à en faire part de manière générale.

1. Précision du pouvoir d'examen

- Pour des motifs pratiques et afin d'éviter que le préposé outre passe ses compétences, il convient de régler au niveau de la loi et de l'ordonnance l'étendue du pouvoir d'examen du préposé; il faut s'en tenir à la doctrine et à la pratique traditionnelles.
- Le préposé doit pouvoir contrôler le respect des conditions formelles (conditions liées à l'inscription, requête complète, pièces justificatives déposées) avec un plein pouvoir d'examen. Il faut le préciser dans la loi et dans l'ordonnance.
- Il convient également de clarifier le pouvoir d'examen du préposé quant à la conformité des inscriptions à la vérité. Il faudrait préciser dans l'ordonnance que le préposé doit partir du principe que les données qui lui sont fournies sont conformes à la vérité, pour autant que leur inexactitude ne soit pas manifeste.

²¹ Cf. notamment ATF 125 III 18, spéc. 21; 117 II 186 ss.

²² Cf. notamment ATF 123 III 473 ss; PETER FORSTMOSER, op. cit., p. 156.

- La délimitation du pouvoir d'examen matériel est la question la plus problématique. La formule actuelle du Tribunal fédéral doit être ancrée dans la loi. Cela ne suffit néanmoins pas. Il faut la préciser en fixant des critères d'appréciation à l'attention du préposé. A cet égard, plusieurs solutions ont été discutées:
 - Une liste exhaustive des points à examiner pourrait être établie (check-list). Cette solution n'est pas praticable dans la mesure où, sur chaque point, la solution proposée peut être conforme au droit, soutenable ou manifestement contraire au droit.
 - La violation manifeste de la loi peut être définie de manière positive et négative et liée à des critères formels. Il y aurait violation manifeste de la loi lorsqu'une réquisition contredit le texte clair de la loi et qu'aucune méprise du législateur ne peut être retenue. La violation est également manifeste si elle contredit la jurisprudence publiée du Tribunal fédéral ou de la commission fédérale de recours pour le registre du commerce, à constituer (cf. ch. 3 ci-dessous). En revanche, si une question est discutée dans la doctrine et la jurisprudence et qu'aucune décision du Tribunal fédéral ne s'y oppose, il n'y a alors pas violation manifeste de la loi.

Ces règles ne répondent pas à toutes les questions pratiques qui se posent au préposé. Dans la plupart des cas cependant, il pourra trouver une réponse claire sur la base de ces critères.

2. Unification de la pratique au niveau national

De lege lata, l'OFRC peut refuser de procéder à la publication d'une inscription; en revanche, il ne peut pas ordonner une inscription, nonobstant la décision négative d'une autorité cantonale. Afin de garantir une application uniforme du droit, l'OFRC n'a donc qu'un pouvoir d'examen négatif et non pas positif. Il en résulte une pratique qui n'est pas uniforme entre les cantons et une sorte de «forum shopping» entre ces derniers, selon que leur pratique est sévère ou au contraire trop libérale.

Il est possible de remédier à ce défaut en conférant à l'OFRC non seulement le pouvoir d'accepter ou de refuser la publication d'une inscription mais aussi en lui donnant la possibilité de trancher les décisions de refus cantonales, en les confirmant ou en ordonnant une inscription contre l'avis du préposé cantonal. Ainsi, l'application uniforme du droit serait assurée par l'OFRC.

3. Réduction de la durée de la procédure

Une concentration des compétences au niveau de l'OFRC raccourcirait sensiblement la durée de la procédure mais supprimerait les voies de droit cantonales éventuelles. Pour assurer la qualité du droit du registre du commerce, il conviendrait de transférer les compétences à une autorité fédérale spécialisée. Il serait également envisageable de créer une nouvelle voie de recours contre les décisions de l'OFRC, qui seraient soumises à une commission fédérale de recours pour le registre du commerce, et non plus directement au

Tribunal fédéral. La plupart des parties se contenteraient d'une décision de la commission fédérale de recours. Seuls quelques cas exceptionnels seraient soumis au Tribunal fédéral, qui pourrait trancher plus rapidement qu'aujourd'hui²³.

IX. Pour une révision de la loi

Une précision du pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce, telle qu'elle est exposée ci-dessus, pourrait sans doute être introduite par une simple révision de l'ordonnance sur le registre du commerce. En revanche, les

autres propositions de réforme nécessitent inévitablement une modification et un complément des dispositions actuelles des art. 927 ss CO relatives à l'organisation du registre du commerce. Il en irait ainsi des compétences étendues de l'OFRC (pouvoir de cognition positif) et de la création d'une commission fédérale de recours pour le registre du commerce.

Il faut donc entreprendre une révision du droit du registre du commerce au niveau de la loi.

Résumé: Nicolas Duc, Office fédéral du registre du commerce

²³ Cf. ATF 123 III 473 pour un exemple; plus que deux ans se sont écoulés entre le dépôt du

recours et la réception d'une décision motivée.

Die Praxis: eine Bilanz wird eingereicht

Dem Handelsregisteramt wird eine Kapitalerhöhung mittels Verrechnung zur Eintragung angemeldet. Sämtliche notwendigen Belege, insbesondere die Prüfungsbestätigung der Revisionsstelle, sind vorhanden. Unter dem Gesichtspunkt der formellen Kognition kann alles für in Ordnung befunden werden. Macht man eine kurze Bilanzanalyse – *was man ja eigentlich unter dem Gesichtspunkt der beschränkten materiellrechtlichen Kognitionsbefugnis gar nicht tun dürfte* –, ergibt sich, vereinfacht, folgendes Bild: Auf der Aktivseite (linke Seite) sind Mittel von 4 Mio. sowie ein Verlustvortrag von 14 Mio. ausgewiesen. Dem stehen auf der rechten Seite (Passiven) Kreditoren von 1 Mio., ein Aktionärsdarlehen (Passivdarlehen) von 12 Mio. sowie das Eigenkapital von 5 Mio. gegenüber. Obwohl der Verlustvortrag auf der linken Seite der Bilanz steht, ist er nicht als Aktivum zu betrachten, sondern bloss als rechnerische Grösse.⁴ Man müsste den Verlust eigentlich vom Eigenkapital abziehen. Ergebnis: Die Gesellschaft ist hoffnungslos überschuldet (Art. 725 OR) und muss den Gang zum Richter antreten. Selbst wenn die Kapitalerhöhung i.S. einer Sanierungsmassnahme verstanden würde, läge dennoch eine Unterbilanz und somit ein Kapitalverlust (Art. 725 Abs. 1 OR) vor.

Kognition: Prüfung der Belege

Generalversammlung, Verwaltungsrat und Revisionsstelle verletzen in casu eindeutig zwingende gesetzliche Vorschriften. Diese Gesetzesverletzung kann der Registerführer gar nicht feststellen, wenn er nur nach formellen Kriterien prüfen würde. *Er muss daher zuerst eine «materielle» Auswertung vornehmen und anhand des Ergebnisses prüfen, ob nun in dieser Rechtsfrage Kognition besteht oder nicht.* In casu muss die Bilanz hinsichtlich der Bestimmungen über den Kapitalschutz und Überschuldung überprüft werden. Der Handelsregisterführer muss – gleich einem Richter – die Bilanz nicht nur lesen, sondern interpretieren, verstehen und auswerten. Kommt man zum Ergebnis, dass die Interessen Dritter und Gläubiger verletzt sind, muss zurückgewiesen werden.

Aus diesem Beispiel erhellt, dass die gängige Kognitionsformel des Bundesgerichts in ihrer praktischen Handhabung umständlich und zum Teil nicht ganz logisch ist. Schliesslich sind noch viele andere Fälle denkbar, in welchen sich gleiche oder ähnliche Probleme stellen.⁵

⁴ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl. N. 908a.

⁵ d.h. erst auf Grund einer «materiellen Analyse» zum Ergebnis gelangen zu können, dass

zwar eine Verletzung des Gesetzes vorliegt, diese aber nicht beanstandet werden darf, da bloss anfechtbare Normen betroffen sind (z.B. Art. 700 Abs. 1 OR, Art. 709 Abs. 1 OR, usw.).

Ein historischer Rückblick

Besinnen wir uns zurück auf die Anfänge des Handelsverkehrs. Von dem Zeitpunkt an, wo der Mensch die Befriedigung seiner Bedürfnisse – aus welchen Gründen auch immer – nicht mehr selber sicherstellen wollte oder konnte, entstand der Gütertausch. Der Private betraute einen Dritten mit der Ausführung von Geschäften, die er sonst selbst vorgenommen hätte. Naturgemäss beauftragte man damit nur Personen, deren Loyalität und Gewissenhaftigkeit man sich sicher war. Mit der Zunahme des Handels vom Mittelalter bis heute trat die soziale Kontrolle des «Händlers» immer mehr in den Hintergrund. Als Ausweis tüchtiger Geschäftsgesinnung galt zunehmend nicht mehr die persönliche Bekanntschaft, sondern die Registrierung in einem amtlichen Register.^{6,7}

Der Gesuchsteller musste – meistens persönlich – beim zuständigen Beamten vorsprechen und seine Gründe offenlegen. Wenn alles «in Ordnung war», wurde er registriert, öffentlich angeschlagen und konnte endlich seine Handelstätigkeit aufnehmen. Die Einschreibung jedes beliebigen Halunken in das öffentliche Register wurde – allein schon durch diese Ordnung – vermieden. Die damalige «Kognition» war sicher allumfassend oder wie wir heute sagen würden – *ganzheitlich*.

Die 1937 anlässlich der Einführung des Obligationenrechts entbrannte Kontroverse bezüglich Kognition wurde m.E. klar und logischerweise z.G. einer umfangreichen Prüfungspflicht des Registerführers entschieden⁸.

Das Handelsregister als Diener der Wirtschaft?⁹

Das Handelsregister ist ein Wirtschaftsinformationsregister. Täglich verlangen Wirtschaft und Private tausende von Auskünften. Man *will* sich auf eine eingetragene Tatsache verlassen können, und die Gewissheit der Richtigkeit haben.¹⁰ Nichts gesetzwidriges darf ins Handelsregister eingetragen werden. Dies folgt aus der positiven Publizitätswirkung des Handelsregistereintrags. Wenn ein Gläubiger Einsicht z.B. in die Statuten verlangt, darf er doch davon ausgehen, dass diese Gesetz und Verordnung entsprechen¹¹. Eine staatliche Institution hat die Belege ja entgegengenommen und registriert. Also können und dürfen sie grundsätzlich nicht falsch sein.¹² Nicht jeder am Wirtschaftsleben Teilnehmende ist Jurist und Bü-

⁶ vgl. dazu den geschichtlichen Abriss bei MEISTERHANS, 2 ff., insbesondere FN 6.

⁷ Manchmal erfolgte die Registrierung im Rationenbuch auch nur aus dem Grunde «damit man wisse, von wem man Steuern erhebe» (MICHAEL GWELESSIANI, Handelsregisterführer Kt. Zürich).

⁸ MEISTERHANS, S 4, insbesondere FN 18 mit Verweis auf Sten. Bull. Ständerat.

⁹ CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, versteht das Handelsregisterrecht als Wirtschaftsrecht: ZSR 108 (1989), S. 434 ff. insbesondere S. 442 ff.

¹⁰ KARL REBSAMEN, Das Handelsregister 1999, N5 S. 2; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, ZSR 108 (1989), S. 450.

¹¹ KLÄY, S. 333: «...entspricht eine Präventivkontrolle des Statuteninhalts letztlich auch den wohlverstandenen Interessen der Gesellschaft selbst».

¹² Es ist hingegen eine andere Frage, ob der Inhalt der Belege wirklich der materiellen Rechtslage entspricht. Diese Frage zu beurteilen obliegt einzig dem Zivilrichter.

cherexperte zugleich, dem Ungereimtheiten sofort auffallen. Der *Handelsregister* eintrag muss daher m.E. eben Gewähr für die Rechtmässigkeit der Eintragungen wie z.B. statutarischer Bestimmungen bieten¹³. Nur so ist der Gläubiger, Aktionär, Genossenschafter, usw. vor unliebsamen Überraschungen geschützt, die u.U. erst Jahre später zum Vorschein kommen.¹⁴ Würde das Handelsregisteramt – mit Verweis auf fehlende Kognition und öffentlichen Glaubens – z.B. die «verrücktesten» Bilanzen unbesehen als Belege entgegennehmen, müsste ich mich als Gläubiger schon fragen, was die ganzen gesetzlichen Normierungen eigentlich sollen, wenn sie ohnehin niemand beachtet.¹⁵ Den «kleinen Aktionär» immer auf den ordentlichen Prozessweg zu verweisen und ihm eine Verantwortlichkeitsklage gegen Verwaltungsrat und Revisionsstelle aufzubürden, wollte der Gesetzgeber bestimmt nicht, als er sich entschloss, ein Handelsregisteramt zu schaffen.¹⁶

Das Handelsregister als Diener der Wirtschaft verlangt geradezu die Bejahung des öffentlichen Glaubens der Handelsregisterdaten.¹⁷ E contrario würde das Handelsregister seines Sinnes als öffentliches Haftungsregister beraubt, wenn z.B. der Gläubiger nie sicher sein könnte, dass die Liberierung des Aktienkapitals auch wirklich erfolgt war¹⁸.

Lösungsansatz

Da sich der Dritte auf die eingetragenen Daten verlassen will, diese täglich benutzt und die praktische Handhabung der gängigen Kognitionsformel umständlich ist¹⁹, muss sie verändert werden. Die von MEISTERHANS²⁰ gezeigten Vorschläge bedingen allesamt eine Gesetzesänderung und scheiden daher für die tägliche, praktische Handhabung vorerst aus. Ebenso sind Art. 88 Abs. 1 lit. e VE FusG und die erweiterte Kognition gemäss BGE 125 III 18 ff. m.E. nur auf Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen anwendbar.²¹ Es ist daher immer noch nicht ganz

¹³ a.M.: ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. 1998, § 6 N 38 a.E.

¹⁴ ROLF BÄR, Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterführers, in: der bernische Notar 4/1978, [BÄR] S. 432 oben und insbesondere S. 418 f.; KLÄY, S 333.

¹⁵ MARTIN ECKERT, Obligationenrecht II, 1993, Art. 940 OR N 9.

¹⁶ vgl. dazu auch THOMAS KOCH, Das Zwangsverfahren des Handelsregisterführers, Diss. 1997, S. 112, mit Verweis auf nicht publizierten BGE: «Wo nicht damit zu rechnen sei, dass eine Anfechtungsklage gegen rechtswidrige Statutenbestimmungen ergriffen werde, sei der Handelsregisterführer in erhöhtem Masse zur Eintragungsverweigerung berufen, weil sonst

die Gefahr bestünde, dass zwingendes Recht aufgehoben würde.»

¹⁷ Bejahung des öffentlichen Glaubens des Handelsregisters bei BÄR, S. 436, ECKERT, Obligationenrecht II, 1993, Art. 933 OR N 10 f., ausführlich dazu auch MEISTERHANS, S. 54 ff. und insbesondere das Beispiel S. 70f., a.M. His, Art. 933 N 20 a.E.

¹⁸ Selbstverständlich gilt Art. 9 ZGB gleichwohl: Die Einträge im Handelsregister gelten bis zum Beweise des Gegenteils als wahr.

¹⁹ BEGLEITBERICHT FUSIONSGESETZ S. 64/65 oben.

²⁰ MEISTERHANS, S. 463 ff.

²¹ a.M.:ROLAND VON BÜREN/JOHANNES BÜRGL, in REPRAX 1/99, S. 18 und m.w.V.

klar, wie sich der Registerführer in den übrigen Fällen verhalten soll. Der Autor tritt für eine einfachere Kognitionsformel ein. Der Handelsregisterführer hätte lediglich zwei Grundsätze zu beachten:

- a) *Stellt der Handelsregisterführer in den eingereichten Belegen eine Gesetzesverletzung oder einen Widerspruch fest, hat er diese zu beanstanden.* Das ergibt sich m.E. aus dem klaren Wortlaut des Art. 940 Abs. 1 OR.^{22, 23} HIS²⁴ erwähnt, der Registerführer habe diejenigen zivilrechtlichen Voraussetzungen am strengsten und sorgfältigsten zu prüfen, welche zwingendes Zivilrecht seien. Er führt weiter aus, dass der Registerführer alle Rechtswidrigkeiten, die er bemerkt, zu beanstanden habe. Interessant ist, dass dabei keine Differenzierung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Gesetzesnormen gemacht wird. Die Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und blosser Anfechtbarkeit von Gesetzesbestimmungen betrachte ich nämlich im Falle der handelsregisterrechtlichen Kognitionsfrage von bloss akademischer Relevanz. Sie ist m.E. gar nicht nötig.²⁵ BUCHER²⁶ erkennt, dass in der praktischen Handhabung der Gegensatz zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit nicht so grundlegend ist, wie es scheinen möchte. Die Ausklammerung der Frage Anfechtbarkeit/Nichtigkeit²⁷ würde im handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfahren dreierlei bedeuten: a) Die Eintragung im Handelsregister untersteht bekanntlich nie der Rechtskraft, eine Berichtigung ist jederzeit möglich.²⁸ Ob anlässlich einer Berichtigung verletzte Normen durch richterliches Urteil korrigiert werden, die anfechtbar oder nichtig sind, ist einerlei. b) Eine möglichst frühzeitige Feststellung einer Gesetzesverletzung dient dem Interesse aller. Wenn z.B. eine Statutenbestimmung zweifelsfrei anfechtbar ist, soll der Registerführer einschreiten, denn sie ist gleichwohl «gesetzwidrig»^{29, 30} und verstösst damit i.S. von Art. 940 Abs. 2 OR gegen zwingendes Recht³¹. c) Weil Handelsregistereintragungen und die dazu notwendigen Be-

²² BÄR formuliert es S. 428 so: «Der Handelsregisterführer hat das Gesetz auszulegen und die seiner Auffassung entsprechende Auslegung zur Grundlage seiner Verfügung zu machen, worauf der Beschwerdeweg offensteht».

²³ dazu eingehend KLÄY, S. 330; vgl. auch BGE 125 III 18 ff. E3b am Anfang.

²⁴ Art. 940 N. 27.

²⁵ a.M. BÄR: S. 433 oben.

²⁶ EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., S. 144 N 10.

²⁷ vgl. dazu eingehend ALEXANDER I. DE BEER, ZSR 114 (1995) S. 99 ff. und 103 ff. mit Verweisen auf das deutsche Recht: Dieser Autor tritt als einziger m.E. überzeugend für die Aufhebung der Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit und somit für eine umfassendere Kognition ein, allerdings nur in den Fällen, wo börsennotierte Gesellschaften betroffen sind (vgl. die Kritik dazu bei MEIS-

TERHANS, S. 464f. in Bezug auf die Einschränkung betreffend börsenkotierter Gesellschaften).

²⁸ hier ist dann Raum um zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit zu unterscheiden.

²⁹ aus diesem Grunde macht vermutlich auch WERNER VON STEIGER in seiner Kritik zu BGE 91 I 360 ff. (ZbjV 1967, S. 116 ff. und m.w.V.) keine Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

³⁰ Es erscheint mir eine Selbstverständlichkeit, dass der Registerführer nicht einschreiten darf, wenn Gesetzesnormen dispositiver Natur betroffen sind. Aus Art. 940 Abs. 2 OR ergibt sich nicht, dass im Falle von Abgrenzungsproblemen zwischen zwingenden, anfechtbaren oder dispositiven Normen der Registerführer sich einer Stellungnahme enthalten muss.

³¹ so wohl auch EDUARD HIS, Berner Kommentar, 1940, [His] Art. 940 OR N. 33: His