

Rolf H. Weber | Walter A. Stoffel |
Jean-Luc Chenaux | Rolf Sethe (Hrsg.)

Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts

Festschrift für Hans Caspar von der Crone
zum 60. Geburtstag

Rolf H. Weber | Walter A. Stoffel | Jean-Luc Chenaux |
Rolf Sethe (Hrsg.)

Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts

Festschrift für Hans Caspar von der Crone
zum 60. Geburtstag

Schulthess § 2017

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2017
ISBN 978-3-7255-7474-2

www.schulthess.com

Vorwort

Professor HANS CASPAR VON DER CRONE, Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, feiert am 18. Januar 2017 seinen 60. Geburtstag. Seine Freunde, Fachkollegen und Weggefährten freuen sich, ihm zu diesem besonderen Tag die vorliegende Festschrift überreichen zu können.

HANS CASPAR VON DER CRONE hat in Zürich die Volksschule und das Gymnasium (mit Abschluss Matura Typus B im Jahre 1976) besucht. Sein Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich schloss er sechs Jahre später mit dem Lizentiat ab. Während seiner Zeit als Assistent bei Professor MEIER-HAYOZ verfasste er seine Dissertation sowie das – heute noch als Standardwerk geltende – Lehrbuch «Wertpapierrecht» (in Co-Autorschaft mit ARTHUR MEIER-HAYOZ); im Jahre 1988 hat er dann den Doktor der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich und ebenso das Zürcher Anwaltspatent erworben. Kurz nach Beginn der Anwaltstätigkeit in Zürich ist HANS CASPAR VON DER CRONE indessen an die Yale Law School, New Haven CT, gegangen, um erfolgreich einen Master of Laws (LL.M.) zu absolvieren. Nach der Rückkehr in die Schweiz hat er seine Anwaltskarriere fortgesetzt und gleichzeitig eine Habilitationsschrift zum Thema «Rahmenverträge» verfasst, aus welcher sein Interesse am Zusammenspiel von Ökonomie und Recht deutlich hervorgeht. Auf deren Abnahme an der Universität Zürich folgte die Ernennung zum Privatdozenten für Zivil-, Handels- und Kapitalmarktrecht im Jahre 1992.

Im Jahre 1995 berief die Universität Zürich HANS CASPAR VON DER CRONE zum Extraordinarius, hernach 1997 zum Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht. Seit gut 20 Jahren liegen seine hauptsächlichen Lehr- und Forschungsinteressen im Bereich des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts, doch hat er auch das Vertragsrecht regelmässig weiter betreut; didaktisch gute Lehre ist ihm immer ein grosses Anliegen gewesen. Kennzeichnend für ihn ist weiter die grosse Affinität zu den neuen Medien: Seine Internet-Kolloquien – jährlich angeboten sowohl im Obligationenrecht Allgemeiner Teil wie im Handels- und Wirtschaftsrecht – gehören zu den beliebtesten Veranstaltungen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät; das von ihm ins Leben gerufene virtuelle Projekt «RechtEck» (www.rechteck.uzh.ch) ermöglicht sodann auch die von ihm stets gepflegte Zusammenarbeit mit der Romandie.

HANS CASPAR VON DER CRONE hat ebenso aktiv an der universitären Selbstverwaltung mitgewirkt: Als Mitglied der Universitätsleitung war er von 2002-2006 Prorektor Planung, von 2007-2008 Prorektor Rechts- und Wirtschaftswissenschaften. Sein Interesse an der Mitwirkung in rechtsgestaltenden Gremien zeigt sich auch darin, dass HANS CASPAR VON DER CRONE von 1999-2005 Präsident der Schweizerischen Übernahmekommission sowie 2009-2010 Mitglied der Expertenkommission des Schweizerischen Bundesrates zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen (Expertenkommission «too big to fail» bzw. «Systemically Important Financial Institutions») gewesen ist. Am erfolgreichen Aufbau des Universitären Forschungsschwerpunkts (UFSP) «Finanzmarktregulierung» (ab 2013) hat er massgeblich mitgewirkt; weiterhin ist er als Mitglied des Leitungsgremiums im UFSP engagiert.

Bereits seit 1993 trägt HANS CASPAR VON DER CRONE als Mitglied des Herausgeberkollegiums der Schweizerischen Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) eine Mitverantwortung für die hohe wissenschaftliche Qualität dieser Zeitschrift; seit 2015 ist er nun Vorsitzender dieses Kollegiums. Grosse Bedeutung haben in diesem Kontext die seit 2002 sechsmal im Jahr erscheinenden Besprechungen wichtiger (Bundesgerichts-)Entscheide erlangt. Daneben ist HANS CASPAR VON DER CRONE weiterhin forensisch in der von ihm vor 20 Jahren gegründeten Anwaltskanzlei von der Crone Rechtsanwälte AG in Zürich aktiv und amtet darüber hinaus regelmässig als Schiedsrichter in nationalen und internationalen Verfahren.

Das wissenschaftliche Oeuvre von HANS CASPAR VON DER CRONE ist beeindruckend: Seine bevorzugten Tätigkeitsgebiete sind das Gesellschafts- und Firmenrecht, das Banken- und Kapitalmarktrecht, sowie das Vertragsrecht. Seine Schriften zeichnen sich durch wissenschaftliche Strenge, Offenheit gegenüber Neuem, dem Suchen nach überzeugenden Lösungen sowie grosse Praxisrelevanz aus.

Die Festschrift widerspiegelt diese breite wissenschaftliche Arbeiten des Jubilars: Schwerpunkte bilden das Gesellschaftsrecht und das Kapitalmarktrecht, doch fehlen auch die weiteren Rechtsgebiete nicht. Innerhalb der beiden Hauptteile ist die Festschrift nach Themen (z.B. Corporate Governance, Konzern, Verantwortlichkeit, Gesetzgebungsvorhaben) und von allgemeinen Überlegungen zu spezifischen Themenstellungen geordnet.

Über seine vielfältigen beruflichen Tätigkeiten hinaus zeigt sich der breite Horizont, über den HANS CASPAR VON DER CRONE verfügt, auch in seinen weiteren Interessen, neben der Freude am Reisen ins Ausland insbesondere in der Nähe zu kulturellen Ereignissen; die Stichworte Fotografie, Film und Theater sind ein Zeichen für seine diesbezüglichen Affinitäten.

Die Herausgeber hätten ohne mannigfaltige Unterstützung diese Festschrift nicht rechtzeitig erstellen können. OLIVIER BAUM hat das Projekt von Beginn weg bis zur Drucklegung umsichtig und mit grossem Einsatz betreut; bei der Organisation wurde er von FELIX BUFF, beim Lektorieren der Texte von LUCA ANGSTMANN und LINUS CATHOMAS unterstützt. Weiter hat BRIGITTE VON DER CRONE im Hintergrund wesentlich zur Realisierung des Projektes beigetragen. Zu Dank verpflichtet sind die Herausgeber auch dem Schulthess Verlag für die zuvorkommende und effiziente Zusammenarbeit.

Die Herausgeber und alle Mitwirkenden an der Festschrift wünschen HANS CASPAR VON DER CRONE von Herzen alles Gute für die kommenden Jahre. Die Freude an der weiteren Zusammenarbeit verbindet sich mit dem Wunsch, dass auch inskünftig weiterhin die privaten Interessen im Leben einen ausreichenden Platz einnehmen können.

ROLF H. WEBER

WALTER STOFFEL

JEAN-LUC CHENAUX

ROLF SETHE

Inhaltsverzeichnis

Teil I: Gesellschaftsrecht

a) *Corporate Governance*

From Profit to People and Planet: Rethinking the Purpose of the Corporation	3
--	---

CHRISTINE KAUFMANN

Prof. Dr. iur., Ordinaria für Staats- und Verwaltungsrecht, Völker- und Europa-recht an der Universität Zürich

Aktienrecht als «Lebenslüge» – Eine gesellschaftsrechtliche Medi-tation	21
--	----

JEAN NICOLAS DRUEY

Prof. Dr. iur., em. Professor der Universität St. Gallen

Le représentant de l’Etat au conseil d’administration	39
--	----

JEAN-LUC CHENAUX

Prof. Dr. iur., Avocat, Professeur ordinaire à l’Université de Lausanne, Keller-hals Carrard, Lausanne

FRÉDÉRIC ROCHAT

Dr. iur., LL.M., Avocat, Kellerhals Carrard, Lausanne

Corporate Governance in Sanierungsfällen – Der Einfluss der Gläubiger: Chancen und Risiken	65
---	----

URS SCHENKER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Handels- und Wirt-schaftsrecht an der Universität St. Gallen, Walder Wyss, Zürich

Revisionsstelle und «Corporate Governance»	91
---	----

URS BERTSCHINGER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschafts-recht an der Universität St. Gallen, Prager Dreifuss, Zürich

**Sonderuntersuchung statt Sonderprüfung – Hundertmetersprint
statt Hürdenlauf?** 111

RETO HEIZMANN

PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Privatdozent für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Europarecht an der Universität Zürich, Vizepräsident des Kantonsgerichts Schwyz

**Anfechtbarkeit und Nichtigkeit als Folgen mangelhafter General-
versammlungsbeschlüsse** 131

CLAIRE HUGUENIN

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Ordinaria für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich

BRUNO MAHLER

Stud. iur., Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich

b) Konzernrecht

**Informationsversorgung im Konzern – Rechtliche Rahmenbe-
dingungen für den Austausch von Finanzinformationen zwischen
Mutter- und Tochtergesellschaft** 153

CHRISTOPH B. BÜHLER

Prof. Dr. iur., LL.M., Advokat, Titularprofessor für schweizerisches und internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, böckli bühler partner, Basel

**«Anerkennung des Gruppeninteresses»: Initiativen der EU aus
Schweizer Sicht** 177

PETER BÖCKLI

Prof. Dr. iur., Advokat, em. Professor der Universität Basel, böckli bühler partner, Basel

Unionskonzernrecht als *lex parsimoniae* 197

MARC AMSTUTZ

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Ordinarius für Handels und Wirtschaftsrecht an der Universität Freiburg i.Ue.

c) Verantwortlichkeitsrecht

Rechtsfolgen einer mangelhaften Delegation von Geschäftsführungsaufgaben in einer Verantwortlichkeitsklage 221

PETER R. ISLER

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter für Gesellschafts- und Handelsrecht an der Universität Zürich, Niederer Kraft & Frey, Zürich

MIRJAM VÖGELI

Lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Niederer Kraft & Frey, Zürich

Wie weiter nach der Mündigkeit im Verantwortlichkeitsrecht? 239

WALTER A. STOFFEL

Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinarius für Wirtschaftsrecht und internationales Privatrecht an der Universität Freiburg i.Ue.

Ereignisse nach dem Bilanzstichtag 257

LUKAS GLANZMANN

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Baker & McKenzie, Zürich

d) Laufende und abgeschlossene Gesetzgebungsprojekte

Die «Lex Minder» – ein Schuss in den Ofen? 273

PETER FORSTMOSER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, em. Professor für Privat-, Handels- und Kapitalmarktrecht an der Universität Zürich, Niederer Kraft & Frey, Zürich

Genehmigung und Offenlegung der Vergütung von gekündigten Mitgliedern der Geschäftsleitung börsenkotierter Unternehmen 297

ROLF WATTER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Bär & Karrer, Zürich

KATJA ROTH PELLANDA

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Head of Corporate Law bei Novartis International, Basel

**Regulierungsfolgenabschätzung am Beispiel der «grossen»
Aktienrechtsreform** 313

DIETER GERICKE

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Homburger, Zürich

NATASSIA GILI

MLaw, Homburger, Zürich

**Irrungen und Wirrungen der geplanten Revision des Handelsre-
gisterrechts** 337

PETER JUNG

Prof. Dr. iur., Maître en droit, Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel

Teil II: Finanzmarktrecht

a) Finanzmarktregulierung

Banking Regulation and Financial Stability 359

KERN ALEXANDER

Prof. Dr. iur., Professor of Law and Finance at the University of Zurich

Countercyclical Capital Buffers: A Regulatory Challenge 379

JEAN-CHARLES ROCHET

Prof. Ph.D., Professor of Banking at the University of Zurich

Extraterritoriality in Financial Regulation 391

SUSAN EMMENEGGER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Ordinaria für Privat- und Bankrecht an der Universität Bern

**Systemstabilität: Neue Herausforderungen durch die Digitalisie-
rung der Geschäftsmodelle** 405

ROLF H. WEBER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, em. Professor für Privat-, Wirtschafts- und Europa-
recht an der Universität Zürich, Bratschi Wiederkehr & Buob, Zürich

Technologie und Finanzmarktregulierung: Narrative von Interdependenz und Co-Evolution	421
FRANCA CONTRATTO	
Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Assistenzprofessorin für Finanzmarktrecht an der Universität Zürich	
Die internationale Durchsetzung von Insolvenzmassnahmen bei Banken – eine Bestandsaufnahme	441
RETO SCHILTKNECHT	
Dr. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen, Leiter Internationales und Policy, Geschäftsbereich Recovery und Resolution, Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA	
DAVID BILLETER	
M.A. HSG, Rechtsanwalt, Specialist, Geschäftsbereich Recovery und Resolution, Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA	
Servicegesellschaften – eine Antwort auf «Too-Big-To-Fail» bei Finanz- und Versicherungsgruppen?	471
PETER CH. HSU	
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Bär & Karrer, Zürich	
Neues Prospektrecht gemäss E-FIDLEG: Schnittstellen – Gereimtes und Ungereimtes – Verpasste Chancen	495
RENÉ BÖSCH	
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Homburger, Zürich	
Neupositionierung der Selbstregulierung der Börse im FinfraG	515
RODOLFO STRAUB	
Lic. iur., Head SIX Exchange Regulation, SIX Swiss Exchange, Zürich	
Versicherungsaufsicht im Fürstentum Liechtenstein	525
ANTON K. SCHNYDER	
Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich, Ersatzrichter beim Obersten Gerichtshof des Fürstentums Liechtenstein	

b) Zusammenspiel von Aufsichtsrecht & Privatrecht

Unternehmenskommunikation am Kapitalmarkt: Ein Balanceakt zwischen Reputation und Recht 535

DANIEL DAENIKER

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Homburger, Zürich

Privatrechtliche Haftung für die Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften 555

BENEDIKT MAURENBRECHER

Dr. iur., MBA, Rechtsanwalt, Homburger, Zürich

Die Bestimmung der Angemessenheit und der Geeignetheit von Finanzdienstleistungen und Finanzinstrumenten 589

THORSTEN HENS

Prof. Dr. rer. oec., Ordinarius für Finanzmarktökonomie an der Universität Zürich

ROLF SETHE

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Niederer Kraft & Frey, Zürich

Haftung als Regulierungsinstrument im Finanzmarktrecht? – Am Beispiel der Ad-hoc-Publizität 619

DANIEL DEDEYAN

PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Privatdozent für Privat- und Wirtschaftsrecht, Rechtstheorie und Methodenlehre an der Universität Zürich, Walder Wyss, Zürich

Der arme Bankaktionär 637

PETER NOBEL

Prof. Dr. rer. publ., Rechtsanwalt, em. Professor ad personam für schweizerisches und internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, em. Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Nobel & Hug Rechtsanwälte, Zürich

c) Übernahmerecht

Put-up or Shut-up (PUSU) 657

RUDOLF TSCHÄNI

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lenz & Staehelin, Zürich

Unwiderrufliche Andienungsverpflichtungen («Irrevocables») und Vertragsfreiheit 671

DANIEL M. HÄUSERMANN

PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Privatdozent für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Homburger, Zürich

De la compatibilité des OPA obligatoires avec des conditions relevant du droit de la concurrence 687

HENRY PETER

Prof. Dr. iur., LL.M., Professeur ordinaire à l'Université de Genève

PASCAL BOVEY

Lic. iur., LL.M., Avocat, conseiller juridique de la Commission des OPA

Le squeeze-out d'actionnaires lors d'une fusion et d'une offre publique d'acquisition 707

OLIVIER HARI

Prof. Dr. iur., Avocat, Chaire de droit des sociétés et de l'entreprise, Université de Neuchâtel, Of Counsel, Schellenberg Wittmer, Genève/Zürich

d) Steuerfragen

Transfer und Auszahlung von potentiell fiskaldeliktischen Kundengeldern – ein Update 729

CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT

PD Dr. iur., Rechtsanwältin, Privatdozentin für Zivil- und Zivilverfahrensrecht, Finanzmarktrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich

Unversteuerte Bankkundengelder – was tun? 743

URS ZULAUF

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Adjunct Professor Universität Genf und Cornell Law School, Head Client Tax Policy Credit Suisse Group, Zürich

URS ROHNER

Lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Chairman of the Board Credit Suisse Group, Zürich

ROMEO CERUTTI

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, General Counsel Credit Suisse Group, Zürich

Teil III: Weitere Rechtsgebiete

Zum Konsenserfordernis bei der *societas* – methodische Bemerkungen zu einem altbekannten Problem 767

ULRIKE BABUSIAUX

Prof. Dr. iur., Ordinaria für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich

Der Kooperationsvertrag (*in a nutshell*) 785

FLORENT THOUVENIN

Prof. Dr. iur., Extraordinarius für Informations- und Kommunikationsrecht an der Universität Zürich

Verabsolutierte Abstraktheit oder relativierte Kausalität? – Zur Rechtsnatur der Forderungsabtretung 807

HARALD BÄRTSCHI

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Leiter der Fachstelle für Unternehmens- und Steuerrecht der ZHAW School of Management and Law, Winterthur, Bärtschi Rechtsanwälte, Wallisellen

Fragen rund um die Beendigung von Vertriebsverträgen 827

PETER BRATSCHI

Dr. iur., Rechtsanwalt, Bratschi Wiederkehr & Buob, Zürich

PASCAL RÜEDI

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Bratschi Wiederkehr & Buob, Zürich

***Mala futura, securitas* und «Spekulation»: Rechtskulturen des Risikos im historischen Wandel** 845

ANDREAS THIER

Prof. Dr. iur., M.A., Ordinarius für Rechtsgeschichte, Kirchenrecht, Rechtstheorie und Privatrecht an der Universität Zürich

Der «Nemo-tenetur-Grundsatz» im Strafverfahren gegen Unternehmen – insbesondere unter Berücksichtigung der Kombination von Verwaltungs- und Strafverfahren 863

ANDREAS DONATSCH

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich

JASMINA SMOKVINA

Lic. iur., Rechtsanwältin, Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich

Six megatrends that shape the legal services industry – or remembering Andy Grove 879

PETER KURER

Dr. iur., LL.M., Partner bei der Private Equity Firma BLR und Verwaltungsratspräsident u.a. bei Sunrise

Irrungen und Wirrungen der geplanten Revision des Handelsregisterrechts

PETER JUNG

I.	Einführung	337
II.	Begriff und Funktionen des Handelsregisters	338
1.	Inhaltsleere Begriffsdefinition	338
2.	Unvollständige Funktionsbeschreibung	340
III.	Publizitätsfunktion des Handelsregisters	341
1.	Pflicht zur Publizität	341
a)	Eintragungspflicht von Einzelunternehmern	341
b)	Eintragungspflicht von Personengesellschaften und Vereinen	343
c)	Eintragungspflicht von Zweigniederlassungen	344
2.	Öffentlichkeit des Handelsregisters	346
3.	Materielle Publizität des Handelsregisters	347
a)	Positive Handelsregisterpublizität	347
b)	Negative Handelsregisterpublizität	348
c)	Öffentlicher Glaube des Handelsregisters	348
IV.	Rechtsdurchsetzungsfunktion des Handelsregisters	349
1.	Durchsetzung der Eintragungspflichten	349
2.	Kognition der Handelsregisterämter	351
a)	Prüfung von Tatsachen	351
b)	Prüfung rechtlicher Vorgaben	352
V.	Fazit	355

I. Einführung

Die Handelsregisterführung und das Handelsregisterrecht befinden sich seit geraumer Zeit im Umbruch. Nachdem bereits die Handelsregisterverordnung (HRegV) zum 1. Januar 2008¹ grundlegend und zum 1. Januar 2012² teilrevidiert wurde, soll nun auf

¹ Dazu nur HARALD BÄRTSCHI, Revidiertes Handelsregisterrecht, GesKR 1|2008, 61 ff.

Gesetzesstufe ein Teil dessen nachgeholt werden, was vor zehn Jahren und aufgrund des vorläufigen Scheiterns der «grossen» Aktienrechtsrevision³ versäumt wurde. Für die Praxis der Registerführung mögen insbesondere die mit dem Entwurf des Bundesrats vom 15. April 2015⁴ zur Modernisierung des Handelsregisters geplanten Änderungen betreffend die zentrale Personenidentifikation und den Verzicht auf die separate Stampa-Erklärung wichtige Änderungen bedeuten, ein Unternehmensrechtler wie der Jubilar wird sich jedoch mehr für das sich hinter dem Titel «Stärkung der Gesetzmässigkeit, Rechtsgleichheit und Übersichtlichkeit» verbergende Sammelsurium teils grundlegender Neuerungen interessieren. So soll es auch in diesem Beitrag nicht um die durchaus wichtigen technischen Details, sondern um die Funktionen des Handelsregisters und die Frage gehen, ob das vorgeschlagene Recht diesen gerecht wird.

II. Begriff und Funktionen des Handelsregisters

Entsprechend dem Stil der neueren Gesetzgebung soll auch der dreissigste Titel des Obligationenrechts mit den gesetzlichen Regelungen über das Handelsregister mit einem Definitions- und Zweckartikel eingeleitet werden (Art. 927 E-OR). Der Gesetzgebungsvorschlag orientiert sich dabei am aktuellen Art. 1 HRegV sowie an der durch schlichte Aufzählung erfolgenden Definition des Begriffs der Rechtseinheit in Art. 2 lit. a HRegV. Neu sind neben rein sprachlichen Änderungen die Definition des Handelsregisters und die nicht abschliessende («namentlich») Beschränkung auf die «Erfassung und die Offenlegung rechtlich relevanter Tatsachen über Rechtseinheiten», welche «der Rechtssicherheit sowie dem Schutz Dritter» dienen sollen.

1. Inhaltsleere Begriffsdefinition

Die Definition des Handelsregisters als «Verbund staatlich geführter Datenbanken» bringt keinen Gewinn. Sie verweist mit dem Wort «Verbund» allenfalls nochmals auf die Niederlage, welche der Bund mit dem Scheitern seines Vorschlags⁵ einer zentralen

² Zu dieser vor allem die elektronische Registerführung und die Identifizierung natürlicher Personen betreffende Revision nur CHRISTIAN CHAMPEAUX, Einige Erläuterungen zur Teilrevision der Handelsregisterverordnung vom 23. September 2011, REPRAX 4/2011, 1 ff.

³ Dazu MICHAEL GWELESSIANI, Das Handelsregister in der Revisionsvorlage – Welche Neuerungen enthält die Gesetzesvorlage (wirklich), in: GesKR Sondernummer 2008, 159 ff.; CLEMENS MEISTERHANS, Auswirkungen der Aktienrechtsrevision auf das Handelsregister – Weitere Mosaiksteine für den Umbau des Handelsregisters, in: Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision – Eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich 2010, 325 ff.

⁴ BBl 2015 3661; zum Vorentwurf vom 19. Dezember 2012 FLORIAN ZIHLER/LUKAS BERGER, Vorentwurf zur Modernisierung des Handelsregisters und der damit verbundenen KMU-Erleichterungen, REPRAX 1/2013, 1 ff.

⁵ Art. 928 VE-OR; zum bereits zuvor erfolgten Verzicht auf ein Bundeshandelsregisteramt ZIHLER/BERGER (Fn. 4), 3 f.

nationalen Infrastruktur für die kantonale Registerführung im Vernehmlassungsverfahren⁶ erlitten hat. So bleibt die einigermaßen eingespielte dezentrale kantonale und allenfalls kantonsübergreifende Handelsregisterführung unter der Oberaufsicht des Bundes (EHRA), ergänzt um zentrale (Zugangs-)Datenbanken⁷, erhalten (Art. 928–928b E-OR).⁸ Immerhin wird auch mit dem Hinweis auf die staatliche Führung deutlich, dass Pflichtverletzungen bei der Registerführung zu einer im Entwurf nicht mehr speziell für das Handelsregisterrecht erwähnten Staatshaftung führen können und dass das Handelsregister ein «öffentliches Register» i.S.v. Art. 9 ZGB ist. Der Begriff der Datenbank wird aber ebenso wenig erläutert⁹ wie vor allem dasjenige abstrakt eingegrenzt wird, was sich in dieser Datenbank an Daten befinden soll. Das erschliesst sich allenfalls aus dem Zweck der Datenbank, nämlich «rechtlich relevante Tatsachen über Rechtseinheiten» zu erfassen und offenzulegen. Insofern krankt die Definition dann aber an der lediglich am Ist-Zustand orientierten aufzählenden Umschreibung des «zentralen» Begriffs der Rechtseinheit. Im Handelsregister soll also das stehen, was jeweils aktuell kraft gesetzlicher Anordnung (warum auch immer) in ihm steht. So bleibt der Bundesrat mit dem von ihm vorgeschlagenen Definitions- und Zweckartikel etwa die Antwort auf die Frage schuldig, warum die einfache Gesellschaft keine Rechtseinheit ist¹⁰ und daher rechtlich relevante Tatsachen betreffend einfache Gesellschaften vom Handelsregister nicht erfasst und offengelegt werden, dies bei der rechtlich ebenfalls nicht verselbständigten Zweigniederlassung aber der Fall sein soll. Es wird auch nicht deutlich, warum sog. Einzelunternehmen und Personenhandelsgesellschaften zwar zu den Rechtseinheiten zählen (Art. 927 Abs. 2 Ziff. 1–3 E-OR), es in der Praxis aber zahlreiche solche ausserhalb des Registers entstandene Rechtseinheiten gibt, über die sich keine einzige relevante Tatsache aus dem Register entnehmen lässt. Hier (und nicht nur hier) rächt sich die schon zum 1. Januar 2008 erfolgte Preisgabe der (in der aufgehobenen Fassung freilich wenig geglückten) Definition des Begriffs des kaufmännischen Gewerbes (Art. 52 ff. aHRegV) als der für das Handelsrecht und damit auch das Handelsregister zentralen Bezugsgrösse. Wer nicht gewillt ist, zunächst zwischen den Begriffen des Unternehmens (mit seiner allfälligen Untergliederung in

⁶ Siehe etwa die Kritik der Konferenz der Kantonalen Handelsregisterbehörden, Stellungnahme vom 25. Februar 2013 im Vernehmlassungsverfahren zum VE-OR vom 19. Dezember 2012, 2 ff.

⁷ Künftig: Zentrale Datenbank Rechtseinheiten und zentrale Datenbank Personen.

⁸ Zu einer Zusammenstellung der Vorteile der dezentralen Registerführung EDGAR PHILIPPIN, Stellungnahme vom 2. April 2013 im Vernehmlassungsverfahren zum VE-OR vom 19. Dezember 2012, 3 f.

⁹ In Art. 3 lit. g DSGVO wird lediglich der Begriff der (personenbezogenen) «Datensammlung» definiert als «jeder Bestand von Personendaten, der so aufgebaut ist, dass die Daten nach betroffenen Personen erschliessbar sind».

¹⁰ Vgl. dazu auch die Forderung der Schweizerischen Bankiervereinigung im Vernehmlassungsverfahren zum VE-OR vom 19. Dezember 2012, wonach die (kaufmännischen) einfachen Gesellschaften in den Kreis der Rechtseinheiten aufzunehmen seien (Stellungnahme vom 5. April 2013, 8).

Betriebsstätten und Niederlassungen) und des Unternehmensträgers (natürliche Einzelperson oder auch Einzelunternehmer, juristische Person, Rechtsgemeinschaft) sowie sodann allenfalls zwischen verschiedenen Arten von Unternehmen wie freiberuflichen, land- und forstwirtschaftlichen bzw. gewerblichen Unternehmen zu unterscheiden,¹¹ muss sich in einen inhaltsleeren Sammelbegriff wie den der Rechtseinheit flüchten¹² und insbesondere bei der Regelung der Eintragungspflicht scheitern.¹³

2. Unvollständige Funktionsbeschreibung

Bei der neuen Umschreibung der Aufgaben des Handelsregisters fällt zunächst die bewusste Beschränkung auf dessen Publizitätsfunktion¹⁴ auf. Die in Art. 1 HRegV ausdrücklich genannte sog. Konstituierungs- oder Anknüpfungsfunktion sowie die sog. Rechtsdurchsetzungs- oder Kontrollfunktion des Registers werden zwar nicht preisgegeben, jedoch wegen ihres engeren Bezugs zur Tätigkeit der Mitarbeitenden der Handelsregisterbehörden nur noch als immanenter Teil der Prüfungspflicht des Handelsregisteramts nach Art. 937 E-OR betrachtet und deshalb in der einleitenden Zweckbestimmung nicht mehr ausdrücklich erwähnt.¹⁵ Das korrespondiert zunächst mit dem Ziel der Revision, die Publizität auszubauen und effektiver auszugestalten.¹⁶ Auch im Schrifttum werden die «primäre» Publizitätsfunktion des Handelsregisters in den Vordergrund gerückt und die Anknüpfungs- sowie die Rechtsdurchsetzungsfunktion lediglich als «Nebenzwecke» bezeichnet.¹⁷ Die Zurücksetzung der für die nichtkaufmännischen Personenhandelsgesellschaften, die Kapitalgesellschaften und die Genossenschaft im sog. System der Normativbestimmungen bedeutsamen Konstituierungsfunktion sowie generell der Kontrollfunktion des Handelsregisters spiegelt aber auch eine bedenkliche Entwicklung wider: Die Durchsetzung von Eintragungspflichten und die präventive Rechtmässigkeitskontrolle verlieren, wenn auch nicht aufgrund geänderter gesetzlicher Vorgaben, so aber doch vor dem Hintergrund unklarer Kognitionsbefug-

¹¹ Dazu näher PETER JUNG, in: Jung/Kunz/Bärtschi, Gesellschaftsrecht, § 4 N 3 ff.

¹² Weniger krit. PHILIPPIN (Fn. 8), 2 («on peut pragmatiquement se rallier au maintien de cette terminologie»).

¹³ Siehe noch eingehend krit. zu Art. 931 E-OR unter III.1.

¹⁴ Näher zu dieser CHRISTIAN MEIER-SCHATZ, Funktion und Recht des Handelsregisters als wirtschaftsrechtliches Problem, ZSR 108 (1989), 433, 435 ff.

¹⁵ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht) vom 15. April 2015 (15.034), BBl 2015 3617, 3633; krit. dazu bereits im Vernehmlassungsverfahren die Konferenz der Kantonalen Handelsregisterbehörden (Fn. 6), 2.

¹⁶ Botschaft (Fn. 15), 3632 f. *et passim*.

¹⁷ PETER FORSTMOSER, Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers – Geltende Praxis, Kritik und Lösungsvorschläge, REPRAX 2/1999, 1, 11; so auch PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 1 N 564 f.

nisse, einer als Standortfaktor betrachteten «pragmatischen» Registerführung und einer (befürchteten) Überlastung der Ämter in der Praxis an Bedeutung.¹⁸

Mit der Zurücksetzung der Konstituierungs- und Rechtsdurchsetzungsfunktion wird in der Botschaft auch nicht hinreichend die Bedeutung gewürdigt, welche die vor der Eintragung und Bekanntmachung erfolgende Prüfung der zur Eintragung angemeldeten Tatsachen für die Publizitätsfunktionen hat. Der neu in Art. 936b Abs. 3 E-OR festgeschriebene öffentliche Glaube der Registereintragungen¹⁹ und die Beweiswirkung nach Art. 9 ZGB (vgl. auch Art. 179 ZPO)²⁰ rechtfertigen sich nämlich gerade auch vor dem Hintergrund einer sorgfältigen Prüfung der zur Eintragung angemeldeten Tatsachen und möglichst auch einer Gewährleistung ihrer fortdauernden Richtigkeit.²¹

III. Publizitätsfunktion des Handelsregisters

1. Pflicht zur Publizität

a) Eintragungspflicht von Einzelunternehmern

Die Pflicht und die Möglichkeit zur Eintragung in das Handelsregister werden nach dem Entwurf völlig unzureichend geregelt (Art. 931 f. E-OR). Der geltende und allgemein («Wer») formulierte Art. 934 OR findet sich nur noch bezogen auf Einzelunternehmen (besser generell Einzelunternehmer²²) in Art. 931 Abs. 1 und Abs. 3 Var. 1 E-OR wieder. Wenigstens wird damit im Vergleich zu der derzeit unklaren Regelung von Art. 36 HRegV²³ deutlich, welche Kriterien das Unternehmen eines Einzelunternehmers zum kaufmännischen Unternehmen und damit seinen Betreiber zum eintragungspflichtigen Einzelkaufmann werden lassen. Es sind dies die Eigenschaft des Unternehmens als Gewerbe und ein Mindestumsatzerlös von 100'000 Franken. Die geplante

¹⁸ Dazu noch näher unter IV.

¹⁹ Zum Zusammenhang zwischen Kognitionsbefugnis und öffentlichem Glauben CLEMENS MEISTERHANS, Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, Diss. Zürich 1996, 58 f.; zu Art. 936b Abs. 3 E-OR hinten unter III.3.3.

²⁰ CHK-GÖKSU, N 1 zu Art. 9 ZGB.

²¹ Teilweise a. A. GUILLAUME VIANIN, La procédure d'inscription: propositions d'aménagement à la lumière des effets de l'inscription, REPRAX 3/2001, 61, 69 f. und PHILIPPIN (Fn. 8), 9, die meinen, dass der öffentliche Glaube des Handelsregisters eine Herabsetzung des Kontrollmassstabs ermögliche bzw. rechtfertige, weil sie den Eingetragenen dazu anhalte, die Richtigkeit der Eintragung selbst zu prüfen.

²² Entgegen verbreiteter Auffassung ist mit der Verwendung des Begriffs Einzelunternehmer oder Einzelkaufmann kein «Systemwechsel» (so aber die Konferenz der Kantonalen Handelsregisterbehörden [Fn. 6], 12), sondern nur die sprachlich zutreffende Betonung des geltenden Unterschieds zwischen Rechtssubjekt (natürlicher Einzelunternehmer/-kaufmann als Unternehmensträger) und Rechtsobjekt (Unternehmen) verbunden.

²³ Zur Kritik siehe JUNG (Fn. 11), § 4 N 15.

Neuregelung beachtet damit zumindest das systematische Verhältnis zwischen dem weit gefassten Begriff des Gewerbes als einer selbständigen, auf dauernden Erwerb gerichteten wirtschaftlichen Tätigkeit (vgl. Art. 2 lit. b HRegV) und dem engeren Begriff des eintragungspflichtigen kaufmännischen Gewerbes mit einem Mindestumsatzerlös von 100'000 Franken.

Kritisieren muss man insoweit allerdings zunächst, dass der Gesetzgeber nicht auch noch – im Zuge des von ihm allgemein verfolgten Trends – den Begriff des Gewerbes auf formell-gesetzlicher Stufe definiert hat und dass er überhaupt noch an diesem unternehmensrechtlich überholten Begriff festgehalten hat. Für die in der Botschaft als freiberufliche Gewerbe bezeichneten Unternehmen²⁴ und sicherlich auch für die in der Botschaft nicht erwähnten künstlerischen, land-²⁵ und forstwirtschaftlichen Unternehmen bleibt damit die Unsicherheit bestehen, wann diese Tätigkeiten als «wirtschaftlich» i.S.v. Art. 2 lit. b HRegV betrachtet werden können.²⁶ In Anlehnung an die ständige Rechtsprechung²⁷ soll dies zumindest bei den freiberuflichen Gewerben der Fall sein, «wenn das Streben nach Wirtschaftlichkeit gegenüber der persönlichen Beziehung zum Patienten oder Klienten in den Vordergrund tritt». Damit bleibt es bei der unnötigen und rechtsunsicheren Sonderbehandlung der genannten Tätigkeiten und dem insoweit zu vermutenden Leerlaufen der Mindestumsatzschwelle, weil nach der Rechtsprechung eine freiberufliche etc. Tätigkeit erst oberhalb eines Umsatzerlöses von 100'000 Franken als «wirtschaftlich» qualifiziert werden dürfte. Vorzugswürdig wäre es daher auch insoweit gewesen, jede auf eine gewisse Dauer angelegte entgeltliche Tätigkeit auf einem Güter- oder Dienstleistungsmarkt (unternehmerische Tätigkeit) zu erfassen und darauf aufbauend die Kriterien für die Eintragungspflicht einheitlich zu definieren.

Man mag auch die Festlegung auf das eine quantitative Kriterium des Mindestumsatzerlöses in Höhe von 100'000 Franken kritisieren. Die geplante Regelung bietet insoweit aber etwa gegenüber der typologischen Betrachtung des deutschen Rechts mit ihrem offenen und in einer wertenden Gesamtbetrachtung zu gewichtenden Strauss an Kriterien den im massenhaften Eintragungsverfahren nicht zu unterschätzenden Vorteil

²⁴ Dazu näher ANNINA MENGELT, Freie Berufe und deren Eintragung ins Handelsregister – (K)eine Sonderbehandlung, REPRAX 4/2009, 18 ff.

²⁵ Zur Problematik siehe BGE 135 III 304, E. 5 (dazu FLORIAN ZIHLER, Praxisänderung des Bundesgerichts bei der handelsregisterrechtlichen Eintragungspflicht landwirtschaftlicher Einzelunternehmen, REPRAX 3/2009, 48 ff.); BGE 124 III 363, E. II.2b; BGer 4A_526/2008 vom 21. Januar 2009, E. 4.2, und BGE 130 III 707, E. 4.2; der Schweizerische Bauernverband hat im Vernehmlassungsverfahren zum VE-OR vom 19. Dezember 2012 allerdings den Verlust des Landwirtschaftsprivilegs und eine unterschiedslose Anwendung der Mindestumsatzschwelle befürchtet (Stellungnahme vom 27. März 2013, 1).

²⁶ Generell dazu JUNG (Fn. 11), § 4 N 19.

²⁷ Zitiert werden in der Botschaft BGE 124 III 363, E. II.2b; BGer 4A_526/2008 vom 21. Januar 2009, E. 4.2 und BGE 130 III 707, E. 4.2.

der Einfachheit und Rechtssicherheit. Die Handelsregisterverordnung wird allerdings noch zu bestimmen haben, wie mit der Umsatzerlösschwelle bei neu gegründeten oder über keine geordnete Buchführung und Rechnungslegung verfügenden Unternehmen, bei um die Schwelle schwankenden Umsatzerlösen sowie beim Betrieb mehrerer Unternehmen durch eine natürliche Person umzugehen ist.²⁸ Fragen könnte man sich auch, ob es notwendig ist, für die Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister (Art. 931 Abs. 1 E-OR) und die Mehrwertsteuerpflicht (Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a MWSTG) einerseits und für die Pflicht zur kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung (Art. 957 Abs. 1 Ziff. 1 OR) andererseits unterschiedliche Umsatzerlösschwellen zu verlangen.²⁹ Gesetzlich zu präzisieren wäre schliesslich noch, dass mit der Eintragung des Einzelunternehmens «am Ort der Niederlassung» bei mehreren Niederlassungen des Einzelunternehmens dessen Hauptniederlassung gemeint ist.³⁰

b) Eintragungspflicht von Personengesellschaften und Vereinen

Ein dem Bundesrat sogar bewusstes und daher völlig unverständliches Versäumnis stellt die schon aus der bestehenden Handelsregisterverordnung bekannte Nichtregelung der Eintragungspflicht für Personengesellschaften und Vereine dar. So ergibt sich aus Art. 552 Abs. 2 OR bzw. Art. 594 Abs. 3 OR bzw. Art. 61 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB sowie aus Art. 927 Abs. 2 Ziff. 2, 3 und 8 E-OR nur, dass Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sowie Vereine i.S.v. Art. 552 Abs. 1 OR bzw. Art. 594 Abs. 1 und Abs. 2 OR bzw. Art. 61 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden sind. Die Frage, wann eine Personengesellschaft mit natürlichen Personen als persönlich und unbeschränkt haftenden Gesellschaftern bzw. ein Verein jedoch «ein Handels-, ein Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe» betreibt und allein hierdurch eintragungspflichtig wird, lässt der Gesetzgeber hingegen offen. Die Botschaft des Bundesrates spricht sich entgegen einer verbreiteten Lehrmeinung³¹ sogar ausdrücklich gegen die Übertragung der für Einzelunternehmer festgelegten Mindestumsatzschwelle von 100'000 Franken auf Personengesellschaften und Vereine aus.³² Kann man die Beschränkung des bis 31. Dezember 2007 generell gefassten Art. 54 aHRegV auf Einzelunternehmen derzeit noch als gesetzgeberisches

²⁸ Vgl. dazu heute schon teilweise Art. 36 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 HRegV; auf Art. 36 Abs. 1 S. 2 HRegV verweist auch die Botschaft (Fn. 15), 3641.

²⁹ So hat etwa auch der Schweizerische Bauernverband im Vernehmlassungsverfahren zum VE-OR vom 19. Dezember 2012 die Anhebung der Mindestumsatzschwelle auf 500'000 Franken gefordert (Stellungnahme vom 27. März 2013, 1 und 3); für eine Koordination der unterschiedlichen Schwellenwerte auch der Regierungsrat des Kantons Thurgau, Stellungnahme vom 19. März 2013 im Vernehmlassungsverfahren zum VE-OR vom 19. Dezember 2012, S. 2.

³⁰ Nach Art. 931 Abs. 1 E-OR ergibt sich dies allenfalls aus der Verwendung des Singulars.

³¹ So etwa schon ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht,

³² 11. Aufl., Zürich 2012, § 4 N 45 f.

Versehen betrachten und die vermeintlich planwidrige Regelungslücke in Art. 36 HRegV mit einer analogen Anwendung dieser Vorschrift auf Personengesellschaften und Vereine schliessen, wäre dieser Weg künftig verschlossen. Damit werden zahlreiche Gesellschaften und Vereine sowie der Rechts-, Register- und Prozessverkehr nicht nur mit dem Zweifel über ihre Eintragungspflicht, sondern über ihre Unterstellung unter weitere handelsrechtliche Sonderregelungen mit Ausnahme der klar geregelten Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht belastet. Das sollte dringend geändert werden.

c) Eintragungspflicht von Zweigniederlassungen

Ausgesprochen kritikwürdig ist auch die mit Art. 931 Abs. 2 und Abs. 3 E-OR vorgeschlagene Regelung betreffend die Eintragung von Zweigniederlassungen. Während Art. 931 Abs. 2 E-OR zunächst suggeriert, dass für Zweigniederlassungen generell eine Eintragungspflicht besteht, ist dies nach Abs. 3 offenbar nicht bei allen Zweigniederlassungen der Fall, ohne dass ein Kriterium für die Unterscheidung zwischen der obligatorischen und der fakultativen Eintragung von Zweigniederlassungen genannt werden würde. Auch der Begriff der Zweigniederlassung selbst wird nicht definiert, was im Vergleich zur derzeitigen Rechtslage besonders deshalb negativ zu Buche schlägt, weil auch die Botschaft des Bundesrats insoweit mehr Verwirrung als Nutzen stiftet.

Bislang geht man davon aus, dass ein einziges Unternehmen von seinem Träger an verschiedenen Orten (Produktionsstätten, Büros, Ladengeschäfte, Lager etc.) betrieben werden kann. Soweit die Unternehmenstätigkeit an einem dieser Orte eine gewisse Stabilität erreicht (z.B. Montagestelle von mindestens zwölf Monaten Dauer), spricht man zumindest im Steuerrecht von einer Betriebsstätte, d. h. einer festen Geschäftseinrichtung, in der die Geschäftstätigkeit eines Unternehmens ganz oder teilweise ausgeübt wird (z.B. Art. 4 Abs. 2, 51 Abs. 2 DBG). Nicht alle diese Betriebsstätten sind jedoch bereits (Zweig-)Niederlassungen im privatrechtlichen Sinne (z.B. Art. 934 f. OR, Art. 21 Abs. 4 IPRG). Von einer Niederlassung kann erst gesprochen werden, wenn von dem betreffenden Ort aus das Unternehmen insgesamt und rechtlich (Hauptniederlassung) oder in Teilen und wirtschaftlich (Zweigniederlassung) eigenständig geführt wird oder wenn die Betriebsstätte als Zweigniederlassung in das Handelsregister eingetragen ist.³³ Eine Eintragungspflicht besteht nach Art. 935 OR nur für die wirtschaftlich gegenüber der Hauptniederlassung in gewisser Weise (z.B. durch eine eigene Finanz- und Personalverantwortung) verselbständigte Zweigniederlassung.³⁴

³³ Näher CONRADIN CRAMER, Zweigniederlassungen in der Schweiz, GesKR 2015, 243, 244 f.

³⁴ Siehe nur BGE 89 I 407, E. 6b; BGE 108 II 122, E. 1; BSK OR II-ECKERT, 4. Aufl., Basel 2012, N 1 f. zu Art. 935; abweichend und eine Eintragungspflicht für die Zweigniederlassungen schweizerischer Unternehmen verneinend CRAMER (Fn. 33), 248 ff.

Demgegenüber spricht die Botschaft zu Art. 931 E-OR³⁵ zunächst von der «Niederlassung», die sie allgemein und sehr weit definiert als den «Ort, von dem aus die wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet wird». Aus der vorangegangenen Berufung auf das Bundesgericht³⁶ und KÜNG³⁷ ergibt sich jedoch auch noch, dass eine Niederlassung nur ein «Geschäftsbetrieb [...], der auf längere Zeit besteht» sein kann. Auch die Nennung einiger typischer Betriebsstätten³⁸ legt nahe, dass damit der Begriff der Niederlassung augenscheinlich demjenigen der (steuerrechtlichen) Betriebsstätte (auch Zweigbetrieb³⁹) entspricht, welche sich durch eine gewisse Dauerhaftigkeit auszeichnet. Offenbar soll sich dann die Zweigniederlassung von der Hauptniederlassung durch ihre fehlende rechtliche Unabhängigkeit und von der (einfachen) Niederlassung durch «eine gewisse wirtschaftliche sowie geschäftliche Unabhängigkeit beziehungsweise Eigenständigkeit» gegenüber der Hauptniederlassung unterscheiden.⁴⁰ Das entspräche dann mit Ausnahme der verwirrenden inhaltlichen Gleichsetzung von Niederlassung und Betriebsstätte dem tradierten Begriffsverständnis der Zweigniederlassung⁴¹, auf dessen notwendige Weiterentwicklung durch Rechtsprechung und Lehre der Bundesrat verweist. Dieser Verweis kann den Gesetzgeber jedoch nicht von dem Vorwurf entlasten, dem Rechtsanwender nicht ein einziges Kriterium (z.B. ein Grössenkriterium, Unternehmensträgerin mit Sitz im Inland/Ausland) für die notwendige Unterscheidung zwischen eintragungspflichtigen und lediglich eintragungsfähigen Zweigniederlassungen an die Hand gegeben zu haben. Insofern wird den Gerichten nichts anderes übrig bleiben, als zwischen (wie dann auch immer umschriebenen) kleineren/weniger bedeutsamen und grösseren/bedeutsamen Zweigniederlassungen zu unterscheiden oder (besser) zur bisherigen Unterscheidung zwischen eintragungsfähigen blossen Betriebsstätten und den durch eine gewisse wirtschaftliche Eigenständigkeit gekennzeichneten eintragungspflichtigen («echten») Zweigniederlassungen zurückzukehren.

Die fehlende und in der Botschaft auch noch verwirrende Umschreibung des Begriffs der (eintragungspflichtigen) Zweigniederlassung hat nicht nur Bedeutung für die Eintragungspflicht, sondern das gesamte Unternehmensrecht. So kann zunächst am Ort der Haupt- oder einer Zweigniederlassung ein Erfüllungsort⁴² oder ein alternativer Gerichtsstand (Art. 5 Ziff. 5 LugÜ, Art. 112 Abs. 2 IPRG, Art. 12 ZPO) begründet sein.

³⁵ Botschaft (Fn. 15), 3641.

³⁶ BGE 103 II 199, E. 3a (in der Entscheidung wird auf die gängige Definition der Zweigniederlassung – «succursale» – Bezug genommen).

³⁷ BK-KÜNG, N 31 zu Art. 934 OR.

³⁸ Genannt werden «Büro, Labor, Laden, Lager, Lokal, Praxis und Werkstatt».

³⁹ Zu diesem Begriff etwa PETER GAUCH, Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht mit Einschluss des Prozess- und Zwangsvollstreckungsrechts, Habil. Freiburg, Zürich 1974, N 46 ff.

⁴⁰ Botschaft (Fn. 15), 3641 unter Hinweis auf BGE 117 II 87; BGE 108 II 124; BGE 89 I 413; BGE 81 I 154, E. 3 und BGE 68 I 113.

⁴¹ Dazu etwa GAUCH (Fn. 39), N 185 ff.

⁴² Siehe dazu nur KuKo OR-GROSS, N 8 zu Art. 74.

Die Vertretungsmacht von Prokuristen (Art. 460 Abs. 1 OR), von Leitungsorganmitgliedern einer Körperschaft (Art. 718a Abs. 2, 814 Abs. 4, 899 Abs. 2 OR) und (analog) die Vertretungsmacht der unbeschränkt haftenden Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft⁴³ können ebenfalls auf den Bereich der Haupt- oder einer Zweigniederlassung beschränkt werden. Die Unternehmensträgerin hat für eine Zweigniederlassung schliesslich zwar dieselbe Firma wie für die Hauptniederlassung zu führen, kann insoweit aber besondere Zusätze beifügen, die nur für die Zweigniederlassung zutreffen (Art. 952 Abs. 1 OR).

2. Öffentlichkeit des Handelsregisters

Die Publizitätsfunktion des Handelsregisters wurde in den letzten beiden Jahrzehnten vor allem durch erhebliche Erleichterungen beim Zugang zu den Registerdaten gestärkt. Man muss sogar davon sprechen, dass die Handelsregisterpublizität durch die bequeme Einsehbarkeit und Erschliessung der Eintragungen über das Internet eine ganz andere Qualität erhalten hat. Das hat nicht nur Auswirkungen auf Fragen des Datenschutzes⁴⁴ und der Verhältnismässigkeit von Eintragungs- und Bekanntmachungspflichten (vgl. Art. 936 Abs. 2 E-OR), sondern ist auch bei der Anwendung der Regeln zum Verkehrsschutz (sog. materielle Handelsregisterpublizität) zu berücksichtigen.⁴⁵

Nach Art. 936 Abs. 1 S. 2 E-OR (derzeit Art. 930 OR und Art. 10 ff. HRegV) umfasst die Öffentlichkeit des Handelsregisters nicht nur die Einträge, sondern auch die Anmeldungen und Belege. Richtigerweise differenziert Art. 936 Abs. 2 E-OR nunmehr auch auf Gesetzesstufe hinsichtlich der Zugänglichmachung, so dass nur die Einträge, Statuten und Stiftungsurkunden über das Internet gebührenfrei abrufbar sein sollen.⁴⁶ Weitere Belege sowie Anmeldungen sollen nur vor Ort einsehbar oder auf Anfrage und gegen Gebühr erhältlich sein.⁴⁷

Art. 936 Abs. 4 E-OR sieht zudem ausdrücklich vor, dass Änderungen auch im elektronisch geführten Handelsregister chronologisch nachvollziehbar bleiben müssen. Das mit Art. 936 Abs. 5 VE-OR ohnehin nur für die Löschung von Rechtseinheiten und nicht generell für gelöschte Einträge vorgesehene sog. «Recht auf Vergessen» nach

⁴³ Zur Möglichkeit der Beschränkung der Vertretungsmacht der Gesellschafter im Recht der Personenhandelsgesellschaften siehe ZK-HANDSCHIN/CHOU, N 60 ff. zu Art. 554–556 OR.

⁴⁴ Siehe dazu etwa die Tätigkeitsberichte des EDÖB 2012/2013 (Ziffer 1.8.4), 2013/2014 (Ziffer 1.8.4) und 2014/2015 (Ziffer 1.1.3).

⁴⁵ Dazu noch unter III.3.

⁴⁶ Im Rahmen der Diskussion um die «grosse» Aktienrechtsrevision (08.011) wurde die bereits seinerzeit vom Bundesrat geplante Offenlegung der Statuten und Stiftungsurkunden noch spontan im Ständerat (Sitzung vom 11. Juni 2009) verworfen (dazu AB 2009, 714 f.).

⁴⁷ Botschaft (Fn. 15), 3645 f.

Ablauf von zehn Jahren findet sich hingegen nicht mehr im Entwurf des Bundesrats.⁴⁸ Illustrativ ist hierzu ein kürzlich vom deutschen Bundesgerichtshof entschiedener Fall, in dem es um das Begehren einer transsexuell veranlagten Person ging, einen ursprünglich zutreffenden Vornamenseintrag zu korrigieren. Der BGH räumte ganz im Sinne von Art. 936 Abs. 4 E-OR der chronologischen Nachvollziehbarkeit der Handelsregistereinträge den Vorrang vor einer rückwirkenden Korrektur des mit Hilfe eines historischen Auszugs noch einsehbaren früheren Handelsregistereintrags ein.⁴⁹

3. Materielle Publizität des Handelsregisters

a) Positive Handelsregisterpublizität

Nach dem Entwurf des Bundesrats bleibt die derzeit in Art. 933 Abs. 1 OR geregelte positive Handelsregisterpublizität unverändert erhalten (Art. 936b Abs. 1 E-OR). Damit wird sich eine Unternehmensträgerin auch künftig auf eine im Handelsregister zutreffend eingetragene und ordnungsgemäss im SHAB veröffentlichte eintragungsfähige Tatsache auch dann berufen können, wenn ein Dritter gutgläubig auf einen abweichenden Rechtsschein vertrauen sollte. Die Revision könnte hier allenfalls noch zu Klarstellungen genutzt werden. So könnte es im Tatbestand genauer heissen: «Wurde eine *eintragungsfähige* Tatsache *zutreffend* in das Handelsregister eingetragen *und ordnungsgemäss bekanntgemacht* [...]». Auf diese Weise würde deutlich, dass Dritten wahre Tatsachen nur insoweit entgegengehalten werden können als Register- und Bekanntmachungsinhalt sich in jeder Hinsicht mit der Wahrheit decken, damit Dritte sich entweder mit der physischen oder elektronischen Einsichtnahme in das Register oder das SHAB begnügen können.⁵⁰ Auf der Rechtsfolgenseite könnte die Rechtsprechung, wonach sich in Einzelfällen ein sondergesetzlich anerkannter (z.B. Art. 997 OR⁵¹) oder sonst besonders starker und zurechenbarer Rechtsschein⁵² gegen die positive Publizität nach Art. 933 Abs. 1 OR durchsetzt, noch Eingang in das Gesetz finden: «so kann niemand einwenden, sie hätten sie nicht gekannt, *sofern die Berufung auf die Eintragung oder Bekanntmachung nicht gegen Treu und Glauben verstösst*».

Was die zuletzt erwähnte richterrechtliche Einschränkung der positiven Registerpublizität anbetrifft, ist noch auf die folgenden tatsächlichen und rechtlichen Änderungen

⁴⁸ Krit. dazu der Tätigkeitsbericht des EDÖB 2013/2014 Ziff. 1.8.4.

⁴⁹ BGH NJW 2015, 2116 ff.

⁵⁰ Vgl. *de lege lata* zum Wahlrecht des Dritten VIANIN (Fn. 21), 66 f. unter teilweise (für die physische Einsichtnahme) Hinweis auf GÉRARD WYSSA, *Les effets externes de l'inscription au registre du commerce*, Montreux 1950, 43.

⁵¹ BGE 99 Ia 1, E. 2a.

⁵² BGE 106 II 346, E. 4a (Erfordernis eines gesonderten Hinweises auf das Ausscheiden eines Vorstandspräsidenten, auf dessen gute Bankkontakte man zu Beginn von Vertragsverhandlungen Bezug genommen hatte).

hinzuweisen: So soll die in den Rechten der EU-Mitgliedstaaten um 15 Tage nach der Bekanntmachung⁵³ und im schweizerischen Recht bislang einen Werktag nach der Bekanntmachung hinausgeschobene positive Publizitätswirkung künftig unmittelbar mit der Veröffentlichung im SHAB eintreten (Art. 936a Abs. 1 S. 2 E-OR).⁵⁴ Damit kann es in der Zeit unmittelbar nach der Veröffentlichung noch geringfügig häufiger zur zulässigen Berufung auf einen gegenteiligen Rechtsschein kommen. Auf der anderen Seite wird diese Möglichkeit aber auch immer seltener anzutreffen sein, weil die Einsicht in den Register- und Bekanntmachungsinhalt seit geraumer Zeit gebührenfrei über das Internet und damit sehr einfach möglich ist (vgl. auch Art. 928b Abs. 2 S. 2 E-OR). Ausserdem hat der Gesetzgeber kürzlich im Zuge der Revision des Firmenrechts Art. 607 aOR gestrichen und damit deutlich gemacht, dass auch die Aufnahme des Namens eines Kommanditärs in die Firma einer Kommanditgesellschaft nicht mehr einen besonderen Rechtsschein darstellt, der sich nach altem Recht allenfalls⁵⁵ gegen die Eintragung des Kommanditärs und seine damit verbundene Haftungsbeschränkung durchgesetzt hätte.

b) Negative Handelsregisterpublizität

Wie der geltende Art. 933 Abs. 2 OR stellt auch Art. 936b Abs. 2 E-OR für die Beendigung der negativen Publizitätswirkung allein auf die Eintragung im Handelsregister und nicht auch auf die Bekanntmachung ab. Da aber auch nach dem Entwurf Eintragungen Dritten gegenüber erst mit der Bekanntmachung im SHAB (wenn auch nach Art. 936a Abs. 1 S. 2 E-OR sofort) wirksam werden sollen, sollte eine Berufung auf das Schweigen des Registers über eine eintragungspflichtige Tatsache noch bis zu deren Bekanntmachung möglich sein. Das wäre im Gesetzestext wie folgt zum Ausdruck zu bringen: «Wurde eine Tatsache, deren Eintragung vorgeschrieben ist, nicht eingetragen *und bekanntgemacht*, so kann sie einem Dritten nur entgegengehalten werden, wenn bewiesen wird, dass sie diesem bekannt war».

c) Öffentlicher Glaube des Handelsregisters

Die rechtlich bedeutsamste Neuerung wird vom Bundesrat mit Art. 936b Abs. 3 E-OR vorgeschlagen. Danach ist derjenige, der «sich gutgläubig auf eine eingetragene Tatsache verlassen hat, [...] in seinem guten Glauben zu schützen, wenn dem keine überwiegenden Interessen entgegenstehen». Damit soll ein seit langem geführter Mei-

⁵³ Siehe dazu in Umsetzung von Art. 3 Abs. 5 S. 2 Richtlinie 68/151/EWG (jetzt Art. 3 Abs. 6 S. 2 Richtlinie 2009/101/EG) etwa § 15 Abs. 2 S. 2 dtHGB.

⁵⁴ Zu den Hintergründen der prinzipiell zu begrüßenden Änderung PHILIPPIN (Fn. 8), 8.

⁵⁵ Siehe zu der nach früherem Recht umstrittenen Frage des Verhältnisses von Art. 607 aOR zu Art. 933 Abs. 1 OR PETER JUNG, Haftung der Personengesellschafter für gesellschaftsbezogene Schulden, in: Kunz/Jörg/Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, 107, 135 f.

nungsstreit⁵⁶ vom Gesetzgeber im Interesse des Verkehrsschutzes entschieden werden. Das ist zu begrüßen. Auch hier sollte freilich noch alternativ auf die gedruckte oder elektronische Bekanntmachung abgestellt werden.⁵⁷ Die gebotenen Einschränkungen des öffentlichen Glaubens dürften sämtlich unter die mit Recht in den Entwurf aufgenommene Ausnahme der dem Gutgläubensschutz entgegenstehenden überwiegenden Interessen subsumiert werden können. Da Art. 936b Abs. 3 E-OR einen Sonderfall der Rechtsscheinhaftung darstellt, erscheint der Drittschutz nämlich zunächst aus überwiegenden Interessen der eingetragenen bzw. bekanntgemachten Person dann nicht gerechtfertigt, wenn diesem die Eintragung bzw. Bekanntmachung nicht zugerechnet werden kann, weil er an ihr entweder überhaupt nicht durch eine Anmeldung beteiligt war (irrtümliche Eintragungen von Amtes wegen) oder als handlungsunfähige Person (vgl. Art. 17 ff. ZGB) für die Anmeldung nicht verantwortlich gemacht werden kann. Ausserdem können die überwiegenden Interessen anderer Dritter⁵⁸ oder öffentliche Interessen⁵⁹ zu berücksichtigen sein.

IV. Rechtsdurchsetzungsfunktion des Handelsregisters

1. Durchsetzung der Eintragungspflichten

Zur Durchsetzung der Eintragungspflichten stehen den Handelsregisterämtern auch nach der geplanten Revision die notwendigen Mittel zur Verfügung.⁶⁰ Durch die eigene Tätigkeit (Art. 928a Abs. 1 E-OR), die Meldungen anderer Behörden wie insbesondere der Steuerbehörden (Art. 928a Abs. 2 E-OR) und die mindestens alle drei Jahre bei anderen Behörden erfolgenden Ersuchen (Art. 157 Abs. 4 HRegV) können entspre-

⁵⁶ Nach der Rechtsprechung (BGE 78 III 33, E. 9; OGer ZG SJZ [82] 1986, 300 f. Nr. 47; implizit ablehnend BGE 121 V 80, E. 4 und E. 6b; als «umstritten» bezeichnet die Frage BGE 111 II 480, E.2) und vor allem einigen älteren Lehrmeinungen (siehe dazu die Nachweise bei ROLF BÄR, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Bern 1979, 131 ff.) kommt dem Handelsregister kein öffentlicher Glaube zu (a. A. die heute wohl h. L.; siehe etwa BÄR, (Fn. 56), 131 ff.; HANS-UELI VOGT, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, Diss. Zürich 2003, 773 ff.; obiter und ohne Begründung auch BGE 104 Ib 321, E. 2a und E. 3b).

⁵⁷ Möglicher Wortlaut: «Wer sich gutgläubig auf eine eingetragene *oder bekanntgemachte* Tatsache verlassen hat, [...]».

⁵⁸ Siehe dazu das in der Botschaft (Fn. 15), 3648 gegebene Beispiel der Genossenschaftler, die anlässlich ihrer Beitrittserklärung nicht über ihre ausnahmsweise bestehende persönliche Haftung aufgeklärt wurden.

⁵⁹ Sofern nach Art. 52 Abs. 3 ZGB Personenverbindungen und Anstalten zu unsittlichen oder widerrechtlichen Zwecken auch durch die Eintragung in das Handelsregister die Rechtspersönlichkeit nicht erlangen sollten, stünde der Berufung auf den Registerinhalt ein überwiegendes öffentliches Interesse entgegen.

⁶⁰ Botschaft (Fn. 15), 3643; zum Zwangseintragungsverfahren bereits näher THOMAS KOCH, Das Zwangsverfahren des Handelsregisterführers, Diss. Zürich, Basel 1997.

chende Kenntnisse erlangt werden. Anschliessend besteht auch weiterhin die Möglichkeit, die nach Art. 17 HRegV jeweils verantwortlichen Personen zur fristgerechten Erfüllung der Eintragungspflicht aufzufordern und notfalls die Eintragung von Amtes wegen vorzunehmen (Art. 938 E-OR). Sofern dies zuvor angedroht wurde, können die säumigen Anmeldepflichtigen zudem vom Handelsregisteramt mit einer Ordnungsbusse von bis zu 5'000 Franken bestraft werden. Das gilt entsprechend für die nach Art. 933 E-OR auch weiterhin bestehende Pflicht, jede Änderung einer im Handelsregister eingetragenen Tatsache im Handelsregister einzutragen. Kommen die nach Art. 17 HRegV jeweils zuständigen Personen der Pflicht zur Anmeldung von Änderungen nicht nach, hat das Handelsregisteramt die Eintragung der Änderung zudem von Amtes wegen vorzunehmen (vgl. Art. 152 ff. HRegV). Das bei personenbezogenen Änderungen zur effektiven und raschen Korrektur des Registers beitragende Recht der Betroffenen, die Mutation selbst beim Handelsregisteramt anzumelden (Art. 938b Abs. 2 und Abs. 3 OR), soll künftig zwar nicht mehr formell-gesetzlich geregelt werden, wird aber wenigstens auf Verordnungsstufe erhalten bleiben (derzeit Art. 17 Abs. 2 HRegV).⁶¹

Nicht erforderlich erscheint die Vielzahl der der Durchsetzung von Eintragungspflichten an verschiedenen Stellen des Entwurfs gewidmeten Bestimmungen (Art. 929 Abs. 3, 934, 934a, 938, 940 E-OR). Es würde genügen und die Regelung vereinfachen, wenn die Fragen des Zwangseintragungsverfahrens in einer einzigen Regelung (vgl. z.B. aktuell Art. 152 HRegV) zusammengeführt würden, die prinzipiell sowohl für zwangsweise Neueinträge wie zwangsweise Änderungs- und Löschungseinträge gelten könnte. Lediglich für den Fall der Löschung wären zusätzliche Bestimmungen vorzusehen (vgl. z.B. Art. 938a OR, Art. 155 HRegV). Details könnte die HRegV enthalten.

Fraglich ist, wie das aktuell bestehende Defizit im Vollzug der Eintragungspflichten z.B. bei Anwaltskanzleien, Zweigniederlassungen und Prokuren verringert werden könnte. Der Gesetzgeber hat hier nicht allzu viele Möglichkeiten. Allenfalls könnte er die aktuell in Art. 157 HRegV enthaltene ausdrückliche Ermittlungsaufforderung an die Handelsregisterämter auf die formell-gesetzliche Ebene heben und ihr dadurch unter Umständen mehr Gewicht verleihen. Letztlich geht es aber um praktische Grenzen der Ermittlung und die Scheu, der Eintragungspflicht Nachachtung zu verschaffen, wenn ein Fall rechtlich (z.B. kleinere und mittlere Anwaltskanzleien⁶²) bzw. tatsächlich (z.B. organisatorische Verselbständigung einer Zweigniederlassung⁶³) nicht vollends geklärt ist oder die Überlastung der Ämter bzw. die Abwanderung betroffener Rechtseinheiten befürchtet wird. Speziell beim Verzicht auf die Eintragung der Erteilung und des Widerrufs von Prokuren durch die Träger grosser Unternehmen kommt es zu ei-

⁶¹ Botschaft (Fn. 15), 3643.

⁶² Dazu unter III.1.1.

⁶³ Zur Nichtbeachtung der Eintragungspflicht nach Art. 935 Abs. 1 OR in der Praxis CRAMER (Fn. 33), 249.

nem pragmatischen stillschweigenden Einverständnis zwischen Ämtern und Anmeldepflichtigen. Insofern ist aber auch noch darauf hinzuweisen, dass die weiterhin bestehende negative Handelsregisterpublizität (Art. 936b Abs. 2 E-OR) einen teilweise sehr effektiven privatrechtlichen Mechanismus zur Durchsetzung von Eintragungspflichten bietet, indem sie dem Eintragungspflichtigen verwehrt, sich zu seinen Gunsten gegenüber gutgläubigen Dritten auf eine nicht eingetragene Tatsache zu berufen.⁶⁴

2. Kognition der Handelsregisterämter

Die Verbannung der Konstituierungs- und der Rechtsdurchsetzungsfunktion des Handelsregisters aus der Zweckbestimmung von Art. 927 Abs. 1 S. 2 E-OR⁶⁵ ist kennzeichnend für die nicht hinreichende bzw. unklare Berücksichtigung von Kognitionsfragen im Revisionsentwurf. Gestärkt wird die Prüfungsfunktion immerhin durch die bessere Identifizierung von natürlichen Personen mit Hilfe der geplanten systematischen Verwendung der AHV-Versichertennummer (Art. 928c Abs. 1 E-OR). Das gilt auch für die Klarstellung, dass sich die formelle Prüfung der Handelsregisterbehörden rechtsformneutral auf alle «rechtlichen Voraussetzungen» und nicht etwa nur auf in formellen Gesetzen aufgestellte Voraussetzungen und die Statuten beziehen soll.⁶⁶ Unklar bleibt jedoch weiterhin die Reichweite der materiellen Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht.

a) Prüfung von Tatsachen

Was zunächst die Prüfung der den Anmeldungen und Belegen zugrundeliegenden Tatsachen anbetrifft, spricht die inhaltlich unveränderte Übernahme des geltenden Art. 26 HRegV in das Gesetz (Art. 929 Abs. 1 E-OR) für eine Beibehaltung der bisherigen Praxis, wonach die Handelsregisterämter aufgrund ihrer rein tatsächlich beschränkten Möglichkeiten nur bei offensichtlich unwahren oder irreführenden Erklärungen bzw. bei erheblichen Zweifeln eigene Nachprüfungen vornehmen, Ergänzungen verlangen oder gar die Eintragung endgültig verweigern.⁶⁷ Es bestünde mit der Revision aber

⁶⁴ Dazu auch noch unter III.3.2.

⁶⁵ Dazu schon unter II.2.

⁶⁶ Siehe dazu die Botschaft (Fn. 15), 3649, obwohl die vom Bundesrat befürchteten Einschränkungen des geltenden Art. 940 OR (vgl. auch noch Art. 28 HRegV) – soweit ersichtlich – nicht praktiziert wurden und auch nicht ernstlich drohen sollten, da «gesetzlich» auch als materiell gesetzlich (vgl. auch Art. 940 Abs. 2 OR: «Vorschriften») verstanden werden kann und die Nennung der Statuten in Art. 940 Abs. 2 OR nicht abschliessend gemeint ist («insbesondere»).

⁶⁷ Zu dieser Praxis näher FLORIAN ZIHLER, in: Siffert/Turin (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013, N 5 zu Art. 26 HRegV, wonach die Ämter zudem insoweit nur «sekundäre Adressaten des Wahrheitsgebots» seien.

auch die Möglichkeit, diese praktizierte Einschränkung auf Gesetzesstufe festzuschreiben.⁶⁸

b) Prüfung rechtlicher Vorgaben

Im Hinblick auf die rechtliche Kognition soll mit der Revision zunächst klargestellt werden, dass sich die Prüfungsbefugnis nicht allein auf formell-gesetzliche Regelungen, sondern auch auf die sich aus anderen Rechtsquellen (insbesondere Verordnungen) ergebenden Voraussetzungen erstreckt. Das ist ebenso wenig umstritten wie die allerdings im Gegensatz zum Vorentwurf (Art. 930 Abs. 3 S. 1 und 937 VE-OR) nicht mehr gesondert erwähnte sog. formelle Kognition im Hinblick auf die eigene Zuständigkeit, die Kompetenz der Anmeldenden und die formelle Ordnungsmässigkeit der Anmeldung.

Im Übrigen bleibt es bei den bestehenden Unsicherheiten. So ist in Art. 937 E-OR zunächst ganz generell von einer Prüfung der «rechtlichen Voraussetzungen für eine Eintragung» die Rede. Das kann man entweder als weitgehend inhaltsleeren Verweis auf die Existenz von wie auch immer gearteten und durch die Praxis konkretisierten rechtlichen Voraussetzungen der Eintragung und die diesbezügliche Prüfungsbefugnis oder aber als Ermächtigung zu einer umfassenden Rechtmässigkeitsprüfung verstehen, die sich lediglich «insbesondere» auf die Einhaltung von «zwingenden Vorschriften» und die Übereinstimmung mit dem «rechtlich vorgeschriebenen Inhalt» erstreckt. Der Hinweis in der Botschaft auf die sog. Kognitionsformel des Bundesgerichts⁶⁹ und deren allfällige Weiterentwicklung, der man durch eine gesetzliche Festschreibung nicht im Wege stehen wolle,⁷⁰ spricht für die erste, der Wortlaut und die Systematik der Vorschrift für die zweite Auslegungsvariante. Unklar ist, was insoweit die Änderungen gegenüber dem Vorentwurf zu bedeuten haben. Während im Vorentwurf die Anmeldung und die Belege noch generell «inhaltlich [...] den rechtlichen Anforderungen» zu entsprechen hatten (Art. 930 Abs. 3 S. 1 und 937 VE-OR), soll das Handelsregisteramt nach dem Entwurf des Bundesrates nur noch prüfen, ob diese «den rechtlich vorgeschriebenen Inhalt aufweisen». Aus dem Kontext ergibt sich, dass damit nur die formelle inhaltliche Vollständigkeit wie z.B. die Überprüfung des notwendigen Statuteninhalts gemeint ist. Allerdings ist diese Einschränkung nicht abschliessend zu verstehen («insbesondere»), so dass nach dem Entwurf durchaus eine Prüfung möglich ist, welche über die Kontrolle der formellen Ordnungsmässigkeit, der formellen und inhaltli-

⁶⁸ Denkbar wäre etwa die Beifügung eines zweiten Satzes in Art. 929 Abs. 1 E-OR mit folgendem Wortlaut: «Die Handelsregisterbehörden prüfen den Wahrheitsgehalt der angemeldeten Eintragungen nur bei erheblichen Zweifeln».

⁶⁹ Siehe dazu nur BGE 121 III 368, E. 2a; BGE 125 III 18, E. 3b; BGer 4A.4/2006 vom 20. April 2006, E. 2.1.

⁷⁰ Botschaft (Fn. 15), 3648.

chen Vollständigkeit, das Täuschungsverbot und die Wahrung öffentlicher Interessen hinausreicht.

Es handelt sich um eine schwer zu lösende Problematik⁷¹ und insofern mag der Verweis auf die Rechtsprechung und Abwägungslösungen im Einzelfall weise sein, es wird damit aber erneut die Chance zu möglichen Verbesserungen der aktuell für alle Beteiligten unbefriedigenden Situation vertan. Es werden nämlich immer wieder Kompetenzüberschreitungen der Handelsregisterämter, die mangelnde Praktikabilität der bundesgerichtlichen Kognitionsformel und die Uneinheitlichkeit der kantonalen Behördenpraxis sowie ein unzureichender Rechtsschutz beklagt.⁷² Aufgrund von gesetzlichen Sonderregelungen und einer inkohärenten Rechtsprechung kommt es zudem zu einer von Prüfpunkt zu Prüfpunkt variierenden Kontrolldichte. So werden etwa Fragen der Firmenwahrheit und -klarheit im Eintragungsverfahren von Amtes wegen ausgesprochen penibel geprüft,⁷³ während die Verwechselbarkeit einer Firma nur dann ein Eintragungshindernis bilden soll, wenn die Eintragung einer identischen oder fast identischen Firma beantragt wird.⁷⁴ Begründet wird dieser Unterschied damit, dass das Gebot der Firmenwahrheit und -klarheit sowie das Verbot identischer Firmen im öffentlichen Interesse lägen. Das Verbot verwechslungsfähiger Firmen bestehe hingegen nur im Interesse des vorberechtigten Inhabers, um ihn vor lästigen und schädlichen Verwechslungen zu schützen. Daher könne es nur von dem Betroffenen selbst und nicht von Amtes wegen durchgesetzt werden.⁷⁵ Diese nicht einleuchtende und auch in Art. 955 OR nicht angelegte Differenzierung führt zum Rückzug aus einem wichtigen Teil der präventiven Firmenkontrolle, der sich nicht nur zu Lasten der Inhaber vorbestehender Firmen, sondern auch des Rechtsverkehrs, der Gerichte und des von einem Prozess bedrohten Zweitnutzers selbst auswirkt.⁷⁶

Insofern wäre es schon einmal eine Hilfe, wenn das Gesetz in seinen Formulierungen klar zwischen formeller und materieller (tatsächlicher und rechtlicher) Kognition unterscheiden und die Prüfpunkte zumindest auf Verordnungsebene möglichst genau umschreiben würde.⁷⁷ Es sollten nicht nur (eher historisch zufällig und zu eng) die Statu-

⁷¹ Näher FORSTMOSER (Fn. 17), 1 ff., und ROLF BÄR, Die Kognition des Handelsregisterführers, REPRAX 1/2000, 53 ff., jeweils m.w.N.

⁷² FORSTMOSER (Fn. 17), 13 ff.

⁷³ Siehe dazu insbesondere die EHRA-Weisung an die Handelsregisterbehörden für die Prüfung von Firmen und Namen vom 1. April 2009.

⁷⁴ EHRA-Weisung Prüfung der Firmenidentität, Ziff. 6 f.; BGE 101 Ib 361, E. 5; BGE 117 II 575, E. 5b/aa; BGE 123 III 220, E. 4b.

⁷⁵ ROLAND BÜHLER, Grundlagen des materiellen Firmenrechts, 1991, 99 f.

⁷⁶ Näher zur Kritik JUNG (Fn. 11), § 5 N 71.

⁷⁷ Vgl. dazu auch die im Vernehmlassungsverfahren zum VE-OR vom 19. Dezember 2012 erhobene Forderung des SAV nach einer Erläuterung des Begriffs des öffentlichen Interesses (Stellungnahme vom 5. April 2013, 3).

ten (Art. 940 Abs. 2 OR), die Firmenbildung (Art. 955 OR) sowie die Zulassung und die Unabhängigkeit der Revisionsstelle (Art. 61 Abs. 2 und Abs. 3 HRegV) oder ganz generell die Anmeldung und die Belege (Art. 28, 32 Abs. 3 HRegV, Art. 937 E-OR), sondern weitere vom Gesetz- oder Verordnungsgeber als wichtig angesehene Prüfpunkte in nicht abschliessender Form konkret benannt werden.⁷⁸ Wichtig sind präventive Rechtmässigkeitskontrollen insbesondere dort, wo konstitutive Eintragungen kaum noch oder nur innerhalb einer kurzen Frist rückgängig gemacht werden können und zahlreiche Dritte in bedeutenden Interessen betroffen sind (z.B. Art. 21 FusG⁷⁹ und Art. 643 OR).⁸⁰ Bei der Auswahl der Mindestprüfpunkte wäre der zu erwartende Nutzen gegen den für die Ämter mit der Prüfung verbundenen Aufwand abzuwägen. So wäre es aber beispielsweise einerseits wichtig, dass die Vertretungsverhältnisse bei einer Aktiengesellschaft zuverlässig aus dem Handelsregister zu entnehmen sind, und andererseits nicht mit zu grossem Aufwand verbunden, sich vor der Eintragung eines Direktors das für die Wirksamkeit seiner Bestellung notwendige Organisationsreglement vorlegen zu lassen, womit zugleich den in der Praxis häufigen Verstössen gegen Art. 716b OR entgegengewirkt würde.

Darüber hinaus könnte der materiellrechtliche Kontrollmassstab im Vergleich zur Kognitionsformel des Bundesgerichts präzisiert werden,⁸¹ auch wenn in diesem Punkt naturgemäss keine völlige Klarheit und Rechtssicherheit herstellbar ist. Wichtig ist ein

⁷⁸ Eine freilich abschliessend gedachte Liste von Prüfpunkten hat die Arbeitsgruppe GmbH-Revision des Bundesamtes für Justiz (PETER BÖCKLI, PETER FORSTMOSER, JEAN-MARC RAPP) 1997 jedoch als nicht praktikabel verworfen (dazu FORSTMOSER [Fn. 17], 16 f.).

⁷⁹ Daher sah beispielsweise Art. 88 VE-FusG auch noch eine Sonderbestimmung zur erweiterten Kognition vor; siehe auch BGE 125 III 18, E. 3.

⁸⁰ In diesem Zusammenhang sei noch einmal an den nach EUGEN BUCHER für das Handelsrecht charakteristischen pragmatischen Auslegungsmassstab «ob etwas passieren kann» erinnert (EUGEN BUCHER, Der Gegensatz von Zivilrecht und Handelsrecht; Bemerkungen zur Geschichte und heutigen Bedeutung der dogmatischen Unterscheidung, in: FS Meier-Hayoz, Zürich 1972, 1, 12 f.; für eine volle Kognition im Interesse des Minderheitenschutzes plädiert ALEXANDER DE BEER, Minderheitenschutz durch erweiterte Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, ZSR 114 (1995), 81, 82 und 114; in BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 2 wurde eine umfassende Kognitionsbefugnis für Grundfragen des Gesellschaftsrechts angenommen.

⁸¹ Siehe dazu etwa die Vorschläge der Arbeitsgruppe GmbH-Revision des Bundesamtes für Justiz (PETER BÖCKLI, PETER FORSTMOSER, JEAN-MARC RAPP) von 1997 (dazu FORSTMOSER [Fn. 17], 17), wonach eine offensichtliche Rechtsverletzung gegeben ist, «wenn ein Antrag gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes verstösst und nicht ein gesetzgeberisches Versehen vorliegt» oder «wenn sie der veröffentlichten Rechtsprechung des Bundesgerichts [...] widerspricht», während sie insbesondere dann nicht offensichtlich wäre, «wenn eine Frage in der Rechtsprechung oder in der Lehre umstritten ist und dem Gesuch kein veröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts [...] entgegensteht»; krit. BÄR (Fn. 71), 62 f., der stattdessen in Anlehnung an die Beschlussmängel-dogmatik zwischen nichtigen und lediglich anfechtbaren Eintragungsinhalten unterscheiden möchte (a.a.O., 54 ff.).

ausgewogener und praktikabler Kompromiss zwischen den konträren Zielsetzungen, einerseits zur Rechtsdurchsetzung und zur Entlastung der Gerichte möglichst viele Fragen bereits durch die spezialisierten Handelsregisterämter klären zu lassen und andererseits die strittigen Rechts- und Wertungsfragen der Klärung durch die Gerichte zu überantworten.

Schliesslich sollte den Handelsregisterbehörden ausdrücklich auch das Recht eingeräumt werden, versehentlich erfolgte offensichtlich⁸² unrechtmässige Eintragungen mit Wirkung für die Zukunft von Amtes wegen zu korrigieren. Die Hinweise auf die fehlende Heilungswirkung der Eintragung und die Pflicht der verantwortlichen Organe zur Herstellung rechtmässiger Verhältnisse⁸³ haben sich in der Praxis als unzureichend erwiesen, da es an effektiven Sanktionsmechanismen fehlt. Nach dem Gesetzentwurf sollen die Ämter zwar die Möglichkeit behalten, auf die Behebung von Mängeln in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation von bestimmten Rechtseinheiten zu drängen und die Angelegenheit bei Nichtbehebung einem Gericht zu überweisen (Art. 939 E-OR, Art. 154 HRegV).⁸⁴ Doch diese Kompetenz betrifft nur einen Teil möglicher gesellschaftsrechtlicher Mängel. Ausserdem ist nicht einzusehen, warum das Handelsregisteramt beispielsweise die offensichtlich unrichtige Eintragung des Direktors einer Aktiengesellschaft, der wegen eines fehlenden Organisationsreglements ersichtlich nicht wirksam ernannt wurde und nur faktisch amtiert, nicht von Amtes wegen löschen können soll, wenn das erforderliche Organisationsreglement nicht fristgerecht nachgereicht wird, sondern hierzu erst ein Gericht bemüht werden muss. Entsprechendes könnte für die irrtümliche Löschung einer Rechtseinheit gelten, zu deren nunmehr auf Gesetzesstufe geregelter Korrektur durch Wiedereintragung nach wie vor auch in offensichtlichen und einfachen Fällen ein Gerichtsverfahren erforderlich ist (Art. 935 E-OR).

V. Fazit

Die Modernisierung des Handelsregisters darf sich nicht auf technische Fragen beschränken. Die geplante Totalrevision der Art. 927 ff. OR sollte auch dazu genutzt werden, sich sämtlicher Funktionen des Handelsregisters zu besinnen und es als das für den Rechtsverkehr zentrale Instrument der Publizität kaufmännischer Unternehmen zu stärken. Das kann nur gelingen, wenn sich der Gesetzgeber in Fragen der Eintragungspflicht wieder an der bis Ende 2007 geltenden unternehmensrechtlichen Systematik

⁸² Es sollten spiegelbildlich die Grenzen der Kognitionsbefugnis zur Anwendung gelangen.

⁸³ Siehe dazu nur ZK-MABILLARD, N 43 f. zu Art. 643 OR (m.w.N.) und BÖCKLI (Fn. 17), § 1 N 586.

⁸⁴ Dazu näher FLORIAN ZIHLER, Aufforderung des Handelsregisteramts zur Behebung von Mängeln in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation (Art. 154 HRegV), REPRAX 2/2011, 43 ff.

orientiert und lediglich die überholte Unterscheidung zwischen Handels-, Fabrikations- und sonstigen kaufmännischen Gewerben sowie die traditionelle Privilegierung insbesondere der freiberuflichen und landwirtschaftlichen Unternehmen aufgibt. Im Bereich der materiellen Publizität sollte nicht allein auf die Eintragung, sondern auch auf deren (elektronische) Bekanntmachung abgestellt werden. Die Rechtsdurchsetzungsfunktion des Registers wäre nicht nur durch eine Bekämpfung von registereigenen Vollzugsdefiziten, sondern auch durch Präzisierungen im Bereich der materiellen Kognition auszubauen. In der vorgelegten Form darf der Entwurf keinesfalls Gesetz werden.