

Von der Eintragung im Handelsregister, ihren Wirkungen und der negativen Publizitätswirkung

Prof. Dr. Peter Gauch, Universität Freiburg (Schweiz)

Der nachstehende Beitrag enthält eine theoretisch-systematische Darstellung des Handelsregisterrechts. Besonderes Gewicht legt der Autor dabei auf die Behandlung der Wirkungen der Eintragung im Handelsregister und der negativen Publizitätswirkung. Zw

Inhalt

- I. Von der Eintragung im allgemeinen
 1. Eintragungsvorgang
 2. Vollendete Eintragung
 3. Eintragungs-Gegenstand
 - A. Grundsachverhalte
 - B. Folgetatsachen
- II. Von den Wirkungen der Eintragung
 1. Deklaratorische Wirkung
 2. Konstitutive Wirkung
 3. Heilende Wirkung
 4. Positive Publizitätswirkung
 5. Beweisverstärkende Wirkung
 6. Negative Registerstands- und Beendigungswirkung
 7. Keine schützende Wirkung
- III. Von der negativen Publizitätswirkung
 1. Art. 933 Abs. 2 OR im allgemeinen
 2. Anwendung des Art. 933 Abs. 2 OR zu Gunsten Dritter, die auf den Bestand eines eingetragenen Sachverhaltes vertrauen
- IV. Eintragung und Zweck der Registerführung

Das Handelsregisterrecht ist ein Rechtsgebiet, das auf weite Strecken hin durch die Praxis beherrscht wird. Trotzdem möchte ich einen theoretisch-systematischen Beitrag versuchen¹. *Schwerpunkte* des Beitrages bilden einerseits die Wirkungen der Eintragung, andererseits die negative Publizitätswirkung. Die Behandlung dieser Wirkungen setzt voraus, dass vorerst einige Grundfragen der Eintragung geklärt werden. Deshalb spreche ich einleitend von der Eintragung im allgemeinen. Erst darauf handle ich von den Eintragungswirkungen und der negativen Publizitätswirkung. Das Ganze schliesse ich dadurch ab, dass ich die Eintragung in Verbindung bringe mit dem Zweck der Registerführung.

¹ Dies gestützt auf meine Darstellung des schweizerischen Handelsregisterrechts, enthalten in: Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht, Zürich 1974. Dort enthaltene Ausführungen werden hier zum Teil übernommen.

I. Von der Eintragung im allgemeinen

Das Wort «Eintragung» wird im positiven Handelsregisterrecht in verschiedenen Bedeutungen verwendet, namentlich in folgenden drei: In einer ersten Bedeutung bezeichnet es den Eintragungsvorgang (z.B. Art. 935 Abs. 1, 940 Abs. 1 OR), in einer zweiten und dritten Bedeutung die vollendete Eintragung (z.B. Art. 932 Abs. 2 OR) und den Eintragungs-Gegenstand (z.B. Art. 60 Abs. 1 HRegV). Diese dreifache Sinnbedeutung des Wortes lege ich den nachstehenden Ausführungen als Einteilungskriterium zugrunde. Zunächst spreche ich vom Eintragungsvorgang:

1. Eintragungsvorgang

Der Eintragungsvorgang besteht darin, dass der Registerführer bestimmte Sachverhalte in «sein» Handelsregister (Art. 927 Abs. 1 OR) einträgt². Dieser Vorgang ist zweistufig. Zuerst werden die Sachverhalte ins Tagebuch eingetragen, dann ins Hauptregister (Art. 11 HRegV). Mit vollzogener Eintragung im Hauptregister ist der Eintragungsvorgang abgeschlossen: die Eintragung ist vollendet.

Bevor der Registerführer den Eintragungsvorgang einleitet, hat er zu prüfen (und zu entscheiden), ob die Voraussetzungen der Eintragung nach Gesetz und Verordnung gegeben sind (Art. 940 OR; Art. 21 HRegV; BGE 91 I 361 f.)³. Diese Prüfung des Registerführers wird ergänzt durch eine *Nachprüfung* beim eidgenössischen Amt für das Handelsregister:

Das eidgenössische Amt für das Handelsregister prüft, ob die Eintragungen «den Vorschriften entsprechen» (Art. 115 Abs. 1 HRegV)⁴. Trifft dies im Einzelfall zu, so genehmigt es die Eintragung (Art. 115 Abs. 2 HRegV) und veranlasst (soweit Gesetz und Verordnung nicht etwas anderes vorsehen) die Publikation der Eintragung

² Mit «Handelsregister» ist eines der kantonal geführten Register im Sinne des Art. 927 OR gemeint, nicht das Zentralregister des Art. 119 Abs. 1 HRegV.

³ Hinsichtlich der zivilrechtlichen Voraussetzungen ist die Kognitionsbefugnis des Registerführers jedoch beschränkt, indem er dem materiellen Privatrecht von sich aus nur dort Nachachtung zu verschaffen hat, wo es «offensichtlich und unzweideutig» verletzt ist (vgl. z.B. BGE 67 I 345; 75 I 325; 78 I 450; 85 I 64; 86 I 107; 100 Ib 38). Liegt keine derartige Verletzung vor, so bleibt der Entscheid der materiellrechtlichen Frage dem Zivilrichter vorbehalten, der auf Klage hin tätig wird (vgl. BGE 67 I 345). Der angerufene Zivilrichter kann die Eintragung gegebenenfalls durch vorsorgliche Verfügung untersagen (Art. 32 Abs. 2 HRegV).

⁴ Die Prüfungsbefugnis dieses Amtes ist in gleicher Weise beschränkt wie jene des Registerführers

im Schweizerischen Handelsamtsblatt (Art. 931 OR; Art. 115 Abs. 1 HRegV)⁶. Durch die Publikation wird die Genehmigung nach aussen bekanntgegeben; zwar nicht ausdrücklich, aber doch *implicite*, weil nur genehmigte Eintragungen zur Publikation gelangen. Möglich ist allerdings auch, dass die Genehmigung vorzeitig bekannt wird: dann, wenn das eidgenössische Amt dem zuständigen Registerführer ausnahmsweise bestätigt, «dass eine noch nicht veröffentlichte Eintragung genehmigt worden ist»⁶, und der Registerführer gestützt auf diese Bestätigung (noch vor der Publikation) Registerauszüge erstellt.

Nachprüfung, Genehmigung und Publikation im Handelsamtsblatt erfolgen frühestens nach vollzogener Eintragung im Tagebuch.

In der Praxis verfährt der Registerführer normalerweise nach Art. 11 HRegV. Alsdann prüft und genehmigt das eidgenössische Amt eine im Hauptregister geplante, noch nicht vollzogene, Eintragung (*vorausgehende Genehmigung*). In diesem *Normalfall* erfolgt die Eintragung in das Hauptregister erst nach der Publikation im Handelsamtsblatt; die Publikation erfolgt also vor Abschluss des Eintragungsvorganges⁷.

Ist indessen der Registerführer «seiner Sache sicher», so kann er nach vollzogener Eintragung im Tagebuch unmittelbar zur Eintragung in das Hauptregister schreiben (Kreisschreiben des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vom 7. Juni 1937, BBl. 1937 II, S. 814).

Alsdann prüft und genehmigt das eidgenössische Amt eine im Hauptregister vollzogene (somit vollendete) Eintragung (*nachträgliche Genehmigung*); und die Publikation erfolgt nach Abschluss des Eintragungsvorganges.

Der zuletzt genannte Fall einer nachträglichen Genehmigung dürfte zwar äusserst selten vorkommen. Dass er aber rechtlich nicht ausgeschlossen ist, ergibt sich aus dem zitierten Kreisschreiben und wird ausserdem durch Art. 117 Abs. 2 HRegV bestätigt. Danach müssen «Eintragungen, die nicht genehmigt werden können, ... gestrichen werden. Im Tagebuch ist die Streichung vorzumerken». Diese Bestimmung setzt tatbestandsmässig voraus, dass die Eintragung ins Hauptregister der Genehmigung zeitlich vorausgeht.

2. Vollendete Eintragung

Die vollendete Eintragung besteht im fortdauernden *Ergebnis des Eintragungsvorganges*: darin, dass bestimmte Sachverhalte im Hauptregister eingetragen sind. Rechtliche Bedeutung erlangt diese Eintragung durch die Genehmigung des eidgenössischen Amtes für das Handelsregister. Denn:

Die vorausgehende oder nachträgliche Genehmigung bewirkt, dass die vollendete Eintragung nicht nur tatsächlich besteht, sondern auch im Rechtssinne: dass sie *rechtserheblich* ist und daher «wirksam» sein kann (Art. 115 Abs. 2 HRegV). Erfolgt die Genehmigung vor Abschluss des Eintragungsvorganges (Normalfall), so ist die Eintragung sogleich mit ihrer Vollendung rechtserheblich. Erfolgt sie nach Abschluss des Eintragungsvorganges, so wird die vollendete Eintragung nachträglich rechtserheblich.

Die Rechtswirkungen, die das Gesetz mit einer Eintragung verbindet, setzen als Rechtsgrund eine vollendete und rechtserhebliche Eintragung voraus. Damit soll weder etwas über den Zeitpunkt gesagt sein, an dem die Wirkung der Eintragung beginnt (dazu Art. 932 OR). Noch soll etwas gesagt sein über den Zeitpunkt, an dem die Eintragung in dem Sinne «perfekt ist» (SAG 38, 1966, S. 29), dass der Fortgang des Eintragungsverfahrens und damit eine vollendete und rechtserhebliche Eintragung nicht mehr verhindert werden kann.

3. Eintragungs-Gegenstand

Gegenstand der Eintragung sind nach dem Gesagten: *Sachverhalte*. Es sind tatsächliche oder rechtliche Sachverhalte, die über bestimmte natürliche Personen oder

⁶ Ausnahmsweise entfällt eine Publikation (Art. 113 Abs. 2 HRegV); oder sie erfasst nur einen Teil des Eintragungs-Gegenstandes (Art. 931 OR; Art. 93 Abs. 2 HRegV); oder sie geschieht durch ein kantonales Publikationsorgan, nicht durch das Schweizerische Handelsamtsblatt (Art. 108 Abs. 1, 113 Abs. 2 HRegV).

⁶ Gebührentarif für das Handelsregister, Art. 15 Ziff. 3. Die dort «tariferte» Bestätigung hat sich in der Praxis entwickelt, ohne ausdrückliche Grundlage in Gesetz oder Handelsregisterverordnung. In der rechtlichen Umgangssprache wird die (jeweils telegraphisch erteilte) Bestätigung auch als «Ermächtigung» bezeichnet. Gemeint ist: Telegraphisch erteilte Ermächtigung an den Registerführer zur Ausstellung von Registerauszügen.

⁷ Das trifft in der Praxis selbst dann zu, wenn das eidgenössische Amt dem zuständigen Registerführer die Genehmigung einer noch nicht veröffentlichten Eintragung bestätigt. Trotz dieser Bestätigung pflegt der Registerführer mit der Eintragung ins Hauptregister zuzuwarten, bis die Publikation im Handelsamtsblatt erschienen ist. Die Registerauszüge, die er in der Zwischenzeit ausstellt, erstellt er aus dem Tagebuch. Diese Praxis erweckt Bedenken. Denn Registerauszüge sind aus dem Hauptregister zu erstellen, nicht aus dem Tagebuch. – Die Hinweise auf die Praxis verdanke ich dem Vorsteher des eidg. Amtes für das Handelsregister.

über Verbände⁸ eingetragen werden. Entweder sind es Grundsachverhalte oder Folgetatsachen.

A. Grundsachverhalte

Mit dem Eintragen von Grundsachverhalten wird im Hauptregister ein neues Registerblatt⁹ für eine natürliche Person oder einen Verband eröffnet. Ihre Eintragung heisst daher *Neueintragung* (vgl. z.B. Art. 49 Abs. 1 HRegV).

Die Grundsachverhalte, welche Gegenstand dieser Neueintragung bilden, sind Lebensverhältnisse tatsächlicher oder rechtlicher Art, namentlich Haftungs- und Vertretungsverhältnisse. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie jeweils zusammen mit andern Grundsachverhalten eingetragen werden; derart, dass sich die Neueintragung auf ein ganzes Sachverbandsbündel bezieht (vgl. z.B. Art. 641 OR).

B. Folgetatsachen

Während durch die Eintragung von Grundsachverhalten ein neues Registerblatt im Hauptregister eröffnet wird, gelangen die Folgetatsachen nachträglich («in der Folge») zur Eintragung: auf einem früher eröffneten Hauptregister-Blatt. Sie bilden Gegenstand einer Änderungs- oder Löschungs-Eintragung.

Die Folgetatsachen, die durch *Änderungs-Eintragung* aufgezeichnet werden, kommen in verschiedenen Erscheinungsformen vor. Im Vordergrund steht gewiss die «Änderung» des Art. 937 OR: die nachträgliche Veränderung eines (ursprünglich wahrheitsgemäss) eingetragenen Sachverhaltes. Doch bildet diese «Änderung» nicht den einzig möglichen Gegenstand der Änderungs-Eintragung. Vielmehr kann sich die Änderungs-Eintragung auch auf andere Folgetatsachen beziehen. Derartige Folgetatsachen, die nicht in nachträglichen Veränderungen eingetragener Sachverhalte bestehen, sind z.B.: 1. Die Auflösung einer Gesellschaft oder Genossenschaft, die nach Art. 33 Abs. 1 HRegV als «Änderung» zu behandeln ist. 2. Die Eröffnung des Konkurses (Art. 64 Abs. 1 HRegV) bzw. der Abschluss eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung (Art. 64 Abs. 2

HRegV). 3. Der Nicht-Bestand eines zum vorneherein wahrheitswidrig eingetragenen Sachverhaltes. Er bildet Gegenstand einer Änderungs-Eintragung nach Art. 38 Abs. 2 HRegV, sofern nicht der Tatbestand des Art. 8 Abs. 3 HRegV vorliegt.

Den Änderungs-Eintragungen nach Art. 38 Abs. 2 HRegV und 937 OR ist gemeinsam, dass sie sich auf einen bereits eingetragenen Sachverhalt beziehen, der mit der Wirklichkeit nicht (mehr) übereinstimmt. Sie greifen nur dann Platz, wenn im Einzelfall kein Grund für eine Löschungs-Eintragung vorliegt. Sie bewirken (unter anderem) immer auch, dass der bisher eingetragene (unwahre) Sachverhalt nicht mehr eingetragen ist. Mit Rücksicht darauf werden sie bisweilen als «Löschung» bezeichnet (vgl. z.B. Art. 461 Abs. 2 und 939 Abs. 2 OR). Diese Bezeichnung ist aber untechnisch.

Gegenstand der *Löschungs-Eintragung* im technischen Sinne (z.B. Art. 589, 938, 939 Abs. 3 OR) bildet die Folgetatsache, dass sämtliche Sachverhalte, die bisher auf dem Hauptregister-Blatt einer natürlichen Person oder eines Verbandes eingetragen waren, auf dem betreffenden Blatte nicht mehr eingetragen sind. Auf dem Hauptregister-Blatt gelangt diese Folgetatsache dadurch zur Eintragung, dass der bisherige Gesamteintrag mit roter Tinte schräg durchstrichen und mit einem schwarzen Horizontal-Strich abgeschlossen wird (Art. 12 Abs. 3 HRegV). Durch akzessorische Aufzeichnung, die zur Löschungs-Eintragung hinzutritt, weist der Registerführer auf den Lösungsgrund hin und gegebenenfalls «auf die Nachfolge und den Übergang von Aktiven und Passiven» (Art. 12 Abs. 3 HRegV).

Die Löschungs-Eintragung wird verkürzt als *Löschung* bezeichnet (vgl. z.B. Art. 589 OR). Sie drückt nach dem Gesagten nur *den* Gedanken aus, dass die bisher eingetragenen Sachverhalte nicht mehr eingetragen sind; *nicht* auch den Gedanken, dass diese Sachverhalte nicht (mehr) bestehen¹⁰. Der Nicht- (mehr-) Bestand eines eingetragenen Sachverhaltes kann Lösungsgrund oder Rechtsfolge der Löschung sein. Gegenstand der Lösungs-Eintragung bildet er aber nicht. Wäre dem anders, so dürfte mit Rücksicht auf das Wahrheitsprinzip (Art. 38 Abs. 1 HRegV) eine Lösungs-Eintragung immer nur dann Platz greifen, wenn alle bisher eingetragenen Sachverhalte entweder

⁸ Das Wort «Verband» wird hier im weitesten Sinne verstanden, der z.B. auch die Stiftung umfasst (vgl. dazu *Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1 OR, N 81 und 116).

⁹ Das Hauptregister-Blatt besteht entweder im Blatt eines Buches oder in einer Registerkarte, je nachdem, ob das Hauptregister als Buch oder als Kartothek geführt wird (Art. 15 Abs. 2 HRegV).

¹⁰ Anderer Ansicht z.B. *His*, der die «Löschung eines Geschäftes, das tatsächlich weiterbetrieben wird», als «Eintragung einer unwahren Tatsache» auffasst (Berner-Kommentar, N 10 zu Art. 932 OR); deshalb, weil die Löschung nach seiner Ansicht besagt, «dass ein Geschäft zu bestehen aufgehört habe» (N 7 zu Art. 938 OR).

weggefallen wären oder gerade durch die Löschung weggefallen würden. Demnach wäre zum Beispiel die fakultative Löschung einer nach Art. 934 Abs. 2 OR vollzogenen Geschäftseintragung ausgeschlossen¹¹.

II. Von den Wirkungen der Eintragung

Bei der Frage nach den Wirkungen verstehe ich die Eintragung im Sinne einer *vollendeten* Eintragung. Mit ihr können sich verschiedenartige Wirkungen verbinden:

1. Deklaratorische Wirkung

Die deklaratorische Wirkung ist die *Hauptwirkung* jeder vollendeten Eintragung, gleichgültig, ob es sich um eine Neu-, Änderungs- oder Löschungs-Eintragung handelt. Die Wirkung besteht darin, dass die im Hauptregister eingetragenen Sachverhalte sowie der Umstand, dass sie eingetragen sind, dem Publikum dauernd kundgegeben («dekklariert») werden.

Diese *Kundgabe*, welche Gegenstand der deklaratorischen Wirkung bildet, wird (im Regelfall) ergänzt durch eine Publikation im Handelsamtsblatt. Die Kundgabe geschieht in zweifacher Weise:

- Einmal durch die im Hauptregister vollzogene Eintragung selbst. Denn das Hauptregister bildet Bestandteil des Handelsregisters, das jedermann zur Einsicht offen steht (Art. 930 OR; Art. 9 Abs. 1 und 2 HRegV). Wer immer Einsicht nimmt, dem werden die eingetragenen Sachverhalte und deren Eingetragen-sein kundgegeben.
- Sodann geschieht die Kundgabe durch den Registerführer, der auf Verlangen Registerauszüge auszustellen und damit die eingetragenen Sachverhalte bekanntzugeben hat (Art. 9 Abs. 2 HRegV). Die Bekanntgabe durch Registerauszüge setzt voraus, dass die Eintragung vom eidgenössischen Amt für das Handelsregister genehmigt ist (Art. 115 Abs. 2 HRegV).

Durch die deklaratorische Wirkung erfüllt die vollendete Eintragung den *Hauptzweck der Registerführung*:

¹¹ Das in Art. 934 Abs. 2 OR umschriebene «Recht auf Eintragung umfasst gleichzeitig das Recht, das Gewerbe jederzeit im Handelsregister löschen zu lassen» (R. Patry, in Schweizerisches Privatrecht VIII/1, Basel Stuttgart 1976, S. 132). Inkonsistent: *His*, der diese fakultative Löschung (bei fortbestehendem Geschäft) als zulässig erklärt (N 139 zu Art. 934 und N 46 zu Art. 938 OR), obwohl die Löschung nach seiner Ansicht besagt, dass das «Geschäft zu bestehen aufgehört habe» (Anm. 10).

Sie dient der öffentlichen Klarstellung von Verhältnissen, deren Kenntnis für die am Rechtsverkehr Beteiligten bedeutsam ist (vgl. unten IV.).

Dass die Eintragung deklaratorisch wirkt, schliesst andere Wirkungen nicht aus. *Vielmehr kann ein und dieselbe Eintragung zugleich mit der deklaratorischen Wirkung jede andere Eintragungswirkung entfalten*, namentlich auch eine konstitutive oder heilende. Das ist deswegen festzuhalten, weil die deklaratorische Wirkung bisweilen in einem engeren Sinne aufgefasst wird: im «exklusiven» Sinne, wonach eine bestimmte Eintragung «nur» deklaratorisch wirkt, nicht auch konstitutiv oder heilend¹².

2. Konstitutive Wirkung

Die konstitutive Wirkung ist eine *rechtserzeugende und -erhaltende Wirkung*, die sich mit der Eintragung eines Sachverhaltes (oder Sachverhaltsbündels) verbinden kann.

Wirkt eine Eintragung konstitutiv, so hat sie zur Rechtsfolge, dass bestimmte rechtliche Verhältnisse (oder Fähigkeiten) entstehen und fortbestehen, zum *Beispiel*: ein nicht-kaufmännisches Prokuraverhältnis (Art. 458 Abs. 3 OR)¹³, eine nicht-kaufmännische Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft (Art. 553 und 595 OR)¹⁴, die Rechtspersönlichkeit einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft (Art. 643 Abs. 1, 764 Abs. 2, 783 Abs. 1, 838 Abs. 1 OR)¹⁵, ein bundesrechtlicher

¹² Vgl. z. B. BGE 100 III 23; *Guhl/Merz/Kummer*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Auflage, Zürich 1972, S. 536; *His*, Berner-Kommentar, N 13 zu Art. 933 OR; *Oser/Schönenberger*, N 25 zu Art. 458 OR.

¹³ Es kann «nur durch Eintragung in das Handelsregister» begründet werden (Art. 458 Abs. 3 OR); dies im Unterschied zur kaufmännischen Prokura (Art. 458 Abs. 1 und 2 OR), die unabhängig von der Eintragung besteht (statt vieler: BGE 60 I 393 f.; 96 II 442).

¹⁴ Sie entsteht (als Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft) «erst, wenn sie sich in das Handelsregister eintragen lässt» (Art. 553 und 595 OR). Demgegenüber wirkt die Eintragung einer kaufmännischen Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft (Art. 552 und 594 OR) nicht konstitutiv für deren Bestand (statt vieler: BGE 73 I 315; 81 II 361). Somit ist diese Gesellschaft (anders als die nicht-kaufmännische) auch bei fehlender Eintragung rechts- und parteifähig im Sinne des Art. 562/602 OR.

¹⁵ Kapitalgesellschaften (AG, Kommandit-AG, GmbH) und Genossenschaft erwerben nach dem Wortlaut der zitierten Bestimmungen «das Recht der Persönlichkeit erst durch die Eintragung». Anders verhält es sich mit dem Verein. Er erlangt die Persönlichkeit unabhängig von der Eintragung (Art. 60 Abs. 1 ZGB), auch wenn er für seinen Zweck ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt (Art. 61 Abs. 2 ZGB).

Gerichtsstand am Orte der Zweigniederlassung (Art. 642 Abs. 3, 764 Abs. 2, 782 Abs. 3, 837 Abs. 3 OR¹⁶), die Konkursfähigkeit eines Schuldners (Art. 39 SchKG), der firmenrechtliche Schutz einer Geschäftsfirma (Art. 946, 951, 956 OR), die Wirksamkeit einer Statutenänderung (Art. 647, 785 OR)¹⁷.

Als Rechtswirkung knüpft sich die konstitutive Wirkung an eine *vollendete und rechtserhebliche* Eintragung. Doch bildet die Eintragung nicht den einzigen (für sich allein genügenden) Grund für die Rechtsfolge, die aus der konstitutiven Wirkung fließt. Vielmehr hängt die Rechtsfolge in aller Regel von weiteren (materiellen) Voraussetzungen ab. So setzt zum Beispiel der Bestand eines nicht-kaufmännischen Prokuraverhältnisses nebst seiner Eintragung voraus, dass die Vollmacht gültig erteilt wurde und noch nicht erloschen ist. Und der bundesrechtliche Gerichtsstand am Orte der Zweigniederlassung setzt voraus, dass die Zweigniederlassung nicht nur eingetragen ist (Anm. 16), sondern tatsächlich (noch) besteht¹⁸. Mit Rücksicht darauf kann gesagt werden, die Eintragung bilde nur (aber immerhin) eine formelle Voraussetzung der bewirkten Rechtsfolge: ein konstitutives Formerfordernis.

Obwohl die konstitutive Wirkung eine vollendete und rechtserhebliche Eintragung voraussetzt, fällt der *Beginn der Wirksamkeit* nicht mit dem Eintritt dieser Voraussetzung zusammen. Vielmehr wird er in Anwendung des Art. 932 OR auf einen andern Zeitpunkt bezogen:

¹⁶ Nach diesen Gesetzesbestimmungen hat die Eintragung einer Zweigniederlassung, die von einer schweizerischen Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft betrieben wird, gerichtstands begründende Wirkung: «Die Eintragung begründet ... einen Gerichtsstand am Ort der Zweigniederlassung für Klagen aus ihrem Geschäftsbetrieb» (im einzelnen: P. Gauch, Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht, Zürich 1974, Nr. 1040 ff. und 1960 ff.). – Dieser Gerichtsstand beruht auf Bundesrecht, ist also zu unterscheiden vom Gerichtsstand am Sitz-Ort einer Zweigniederlassung kraft kantonalem Prozessrecht (BGE 101 Ia 40 ff.; Gauch, Nr. 1964 ff.). Nach unzweideutiger Gesetzesvorschrift bildet er die Folge einer Eintragung und damit Gegenstand konstitutiver Eintragungswirkung (anders die herrschende Lehrmeinung; dazu Gauch, Nr. 1042; offengelassen: BGE 98 Ib 104). In analoger Anwendung der (im Text) zitierten Bestimmungen rechtfertigt es sich, die gerichtstands begründende Wirkung auch mit der Eintragung von Zweigniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften und Genossenschaften zu verbinden (Gauch, Nr. 1043; vgl. z.B. BGE 90 II 197; 98 Ib 103 f.).

¹⁷ Dazu grundlegend: BGE 84 II 38 ff.; Kritik des Entscheides bei W. v. Steiger, ZbJV 96, 1960, S. 7 ff., der (im Unterschied zum Bundesgericht) die konstitutive Wirkung für das Innenverhältnis ablehnt.

¹⁸ Vgl. Gauch, zit. in Anm. 16, Nr. 1042.

– *Gegenüber den an der Eintragung Beteiligten* wird er zurückbezogen¹⁹, und zwar auf einen Zeitpunkt vor Abschluss des Eintragungsvorganges: auf den Augenblick (Tag, Stunde, Minute: StenBull. NR 1934, S. 782), an dem die Eintragung in das Tagebuch («die Einschreibung der Anmeldung»: Art. 932 Abs. 1 OR) stattgefunden hat. Dieser Augenblick gilt als Zeitpunkt «der Eintragung in das Handelsregister» (Art. 932 Abs. 1 OR). Er bestimmt den Beginn der Eintragungswirkung (Marginale zu Art. 932 OR) für die an der Eintragung Beteiligten, im Unterschied zu den «Dritten» (Art. 932 Abs. 2 OR).

– *Dritten gegenüber* beginnt die Wirkung am ersten Werktag nach der Publikation der Eintragung im Handelsamtsblatt (Art. 932 Abs. 2 OR), sofern das Gesetz nicht etwas anderes bestimmt (Art. 932 Abs. 3 OR²⁰). Erfolgt die Publikation vor Abschluss des Eintragungsvorganges (Normalfall), so rechtfertigt es sich, den Beginn der konstitutiven Wirkung auf den entsprechenden Zeitpunkt zurückzubeziehen, weil Eintragung und Eintragungs-Gegenstand schon mit dieser Publikation öffentlich bekannt wurden.

Als rechtserzeugende und -erhaltende Wirkung ist die konstitutive Wirkung zu unterscheiden von der *fristauflösenden Wirkung*, die sich mit der Eintragung oder ihrer Publikation im Handelsamtsblatt verbinden kann. Diese Wirkung besteht darin, dass eine gesetzliche Frist zu laufen beginnt. *Beispiele*: Art. 591 Abs. 1, 643 Abs. 4, 645 Abs. 2, 687 Abs. 2 OR. Zu Art. 591 Abs. 1 OR vgl. BGE 83 II 48, wonach der Beginn des Fristenlaufs «ausser der Veröffentlichung eine gültige Eintragung im Handelsregister» voraussetzt.

3. Heilende Wirkung

Wie die konstitutive, so ist auch die heilende Wirkung eine Rechtswirkung, die als *Rechtsgrund* eine vollendete und rechtserhebliche Eintragung voraussetzt. Zeitlich fällt sie wiederum nicht zusammen mit dem Eintritt dieser Voraussetzung. Vielmehr wird auch ihr Beginn in Anwendung des Art. 932 OR auf einen andern Zeitpunkt bezogen.

¹⁹ Der zeitliche Rückbezug einer Eintragungswirkung ist keine Besonderheit des Handelsregisterrechts. Vielmehr bestimmt auch Art. 972 ZGB, dass die dinglichen Rechte zwar «durch die Eintragung in das Hauptbuch» entstehen (Abs. 1); dass aber diese Wirkung der Eintragung grundsätzlich «auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch zurückbezogen» wird (Abs. 2).

²⁰ Vorbehalten bleiben danach «die besonders gesetzlichen Vorschriften, nach denen unmittelbar mit der Eintragung» ins Tagebuch «auch Dritten gegenüber Rechtswirkungen verbunden sind». Beispiel: Art. 647 Abs. 3 OR.

Wirkt eine Eintragung heilend, so hat sie zur *Folge*, dass sich bestimmte Rechtsmängel nicht auswirken: Die Rechtsmangelfolgen, die ordentlicherweise eintreten würden, entfallen ohne weiteres und gegenüber jedermann, nicht nur gegenüber gutgläubigen Dritten²¹.

Diese heilende Wirkung tritt nur in wenigen Fällen ein (BGE 96 II 279), in denen sie durch die Bedürfnisse der Verkehrssicherheit zwingend geboten ist (vgl. BGE 64 II 281; 96 II 280). Nachfolgend sollen die Fälle nicht abschliessend aufgezählt werden. Vielmehr will ich mich mit einigen Hinweisen begnügen:

1. Ausdrücklich vorgesehen wird eine heilende Wirkung in Art. 643 Abs. 2 OR. Danach erwirbt die *Aktiengesellschaft* durch Eintragung in das Handelsregister das Recht der Persönlichkeit selbst dann, «wenn die Voraussetzungen der Eintragung nicht vorhanden waren». Das bedeutet, dass allfällige Gründungsmängel (BGE 64 II 281), die dem Erwerb der Rechtspersönlichkeit an sich entgegenstehen würden²², durch die Eintragung geheilt werden; derart, dass die Gesellschaft trotz der Mängel mit juristischer Persönlichkeit ausgestattet wird, die Rechtsmangelfolgen also insofern entfallen.

Die heilende Wirkung des Art. 643 Abs. 2 OR ist in zweifacher Hinsicht beschränkt. Einmal haben Gläubiger und Aktionäre unter den Bedingungen des Art. 643 Abs. 3 und 4 OR ein Recht, die richterliche Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Sodann tritt die Wirkung überhaupt nicht ein, wenn die Mängel so wesentlich sind, dass es an einer absolut unentbehrlichen Voraussetzung für den Erwerb der Rechtspersönlichkeit fehlt (BGE 96 II 279): wenn z.B. der Gesellschaftszweck widerrechtlich oder unsittlich ist (Art. 52 Abs. 3 ZGB) oder «gar nichts Materielles da ist, was auch nur vorübergehend und nach gewissen Richtungen als juristische Person behandelt werden könnte»²³.

2. Art. 643 Abs. 2 OR gilt nach Art. 764 Abs. 2 OR auch für die *Kommanditaktiengesellschaft* (BGE 96 II 279). Auf die *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* und die *Genossenschaft* ist er nach herrschender Mei-

nung analog anwendbar²⁴. Dagegen hat das Bundesgericht mit Bezug auf die *Stiftung* eine heilende Eintragungswirkung für Fälle verneint, in denen das Stiftungsgeschäft als solches nichtig oder die Stiftungsurkunde formungültig ist (BGE 96 II 280f.).

Soweit Art. 643 Abs. 2 OR auf andere Verbände (als auf Aktiengesellschaften) analog angewendet wird, ist die heilende Wirkung in gleicher Weise beschränkt wie für die Aktiengesellschaft²⁵.

3. Die Fälle, in denen ein Verband trotz allfälliger Gründungsmängel das Recht der Persönlichkeit erwirbt, sind zwar die wichtigsten Anwendungsfälle der heilenden Eintragungswirkung. Doch sind es nach der Rechtsprechung nicht die einzigen. Als Beispiel verweise ich auf BGE 68 III 149ff., der sich mit dem *Betriebort des Art. 50 Abs. 1 SchKG* befasst.

Dieser Betriebort verbindet sich, unter bestimmten Voraussetzungen, mit dem Bestand einer schweizerischen Geschäftsniederlassung. Er ist die Rechtsfolge der betreffenden Niederlassung, nicht ihrer Eintragung. Ist die Geschäftsniederlassung indessen im Handelsregister eingetragen (z.B. als Zweigniederlassung), so fällt der Betriebort nach BGE 68 III 150 «bei Aufgabe des betreffenden Geschäftsbetriebes nicht ohne weiteres dahin. Er bleibt bestehen, wenn und solange die Geschäftsniederlassung im Handelsregister eingetragen ist ...». Mit andern Worten: die Eintragung wirkt heilend²⁶.

4. Positive Publizitätswirkung (Art. 933 Abs. 1 OR)

Art 933 Abs. 1 OR umschreibt eine Eintragungswirkung, die allgemein als positive Publizitätswirkung bezeichnet wird.²⁷

²⁴ *GmbH*: BGE 96 II 279; *Guhl/Merz/Kummer*, 6. Aufl. S. 671; *Janggen/Becker*, Berner-Kommentar, N 11/12 zu Art. 783 OR; *W. v. Steiger*, Zürcher-Kommentar, N 4 zu Art. 783 OR; ZR 48, 1949, S. 213. *Genossenschaft*: BGE 34 II 672; *Forstmoser*, Berner-Kommentar, N 18 zu Art. 838 OR.

²⁵ Unrichtig *Guhl/Merz/Kummer*, wonach trotz analoger Anwendung des Art. 643 Abs. 2 OR, die «gerichtliche Anfechtung und Auflösung, wie sie im Aktienrecht besteht, ... für die GmbH nicht vorgesehen» sind (6. Aufl., S. 671).

²⁶ Der Rechtsmangel (fehlende Geschäftsniederlassung) wirkt sich nicht aus. Die Rechtsmangelfolge (fehlender Betriebort) entfällt. Und zwar entfällt sie ohne weiteres, ohne dass sich Dritte, die den Inhaber der angeblichen Niederlassung betreiben, auf ihren guten Glauben berufen müssen. Der gute Glaube bildet nach BGE 68 III 150f. keine Voraussetzung der umschriebenen Wirkung. BGE 68 III 151 nimmt zu Unrecht auf BGE 62 I 18 Bezug, wo es nicht um eine heilende Wirkung geht, sondern um Gutgläubensschutz.

²⁷ Abweichende Terminologie: BGE 78 III 45.

²¹ Die heilende Wirkung hat somit nichts zu tun mit Gutgläubensschutz. Das wird gelegentlich übersehen (vgl. z.B. *His*, Berner-Kommentar, N 37 zu Art. 933 OR).

²² Z.B. ein Verstoß gegen die Vorschrift der Mindestliberierung (BGE 33 II 161; 41 II 590).

²³ *Siegwart*, Zürcher-Kommentar, N 7 zu Art. 643 OR, zitiert in BGE 96 II 280.

Art. 933 Abs. 1 OR bestimmt: «Die Einwendung, dass jemand eine Dritten gegenüber wirksam gewordene Eintragung nicht gekannt habe, ist ausgeschlossen». Zum richtigen Verständnis dieser Bestimmung weise ich auf vier Punkte hin:

1. Das Wort «Eintragung» hat in Art. 933 Abs. 1 OR einen *Doppelsinn*. Es bezeichnet zunächst den Gegenstand einer im Hauptregister vollzogenen Eintragung: die eingetragenen Sachverhalte; ausserdem bezeichnet es auch den Umstand, dass diese Sachverhalte eingetragen sind. In Anwendung des Art. 933 Abs. 1 OR kann somit weder die Unkenntnis der im Hauptregister rechtserheblich eingetragenen Sachverhalte eingewendet werden, noch die Unkenntnis ihres Eingetragenseins.

Was die eingetragenen *Sachverhalte* betrifft, so setzt Art. 933 Abs. 1 OR voraus, dass sie der Wirklichkeit entsprechen, also «wahr» sind. Doch macht es nach Art. 933 Abs. 1 OR keinen Unterschied, ob es sich um tatsächliche oder rechtliche Sachverhalte handelt. So sind zum *Beispiel* von der Einwendung der Unkenntnis ausgeschlossen: der eingetragene Gesellschaftszweck (BGE 95 II 455; 96 II 439 ff.), die eingetragene Auflösung einer Gesellschaft (BGE 91 I 445), die eingetragene Befugnis zur Vertretung einer Aktiengesellschaft (BGE 98 II 215), die eingetragene Beschränkung einer Vertretungsbefugnis (z.B. Art. 460, 555, 596 Abs. 2 Ziff. 5, 718 Abs. 2, 899 Abs. 2 OR; Art. 71 lit. f HRegV), die eingetragene Beschränkung der Vertretungsmacht auf einen oder einzelne Kollektivgesellschaftler (Art. 554 Abs. 2 Ziff. 4, 555 OR), die durch Löschungs-Eintragung aufgezeichnete Folgetatsache, dass die bisher eingetragenen Sachverhalte nicht mehr eingetragen sind (I. Ziff. 3, B); *nicht* aber die Handlungsunfähigkeit eines eingetragenen Firmeninhabers, da die Handlungsfähigkeit «keine durch das Handelsregister auszuweisende Tatsache» ist (BGE 66 III 28).

Dass Art 933 Abs. 1 OR nicht nur die eingetragenen Sachverhalte von der Einwendung der Unkenntnis ausschliesst, sondern auch die *Tatsache ihres Eingetragenseins*, hat vor allem Bedeutung mit Rücksicht auf die konstitutive Wirkung, die sich mit der Eintragung der Sachverhalte verbinden kann. Art. 933 Abs. 1 OR verwehrt den Einwand, die bewirkten Rechtsfolgen (z.B. die Rechtspersönlichkeit einer Gesellschaft oder den firmenrechtlichen Schutz einer Geschäftsfirma) nicht gekannt zu haben, soweit die behauptete Unkenntnis mit der Unkenntnis der Eintragung begründet wird.

2. Der Ausdruck «eine Dritten gegenüber wirksam gewordene Eintragung» verweist auf Art. 932 Abs. 2 OR. Inhaltlich besagt er ein Dreifaches:

- Die Einwendung des Art. 933 Abs. 1 OR ist zu Lasten Dritter ausgeschlossen. *Dritte* können sich nicht auf ihre Unkenntnis berufen, auch nicht gegenüber andern Dritten. Mit Rücksicht darauf wird etwa gesagt, es werde «von Gesetzes wegen fingiert..., dass Dritte die Eintragungen kennen»²⁸.
- Der Ausschluss der Einwendung beschlägt nur solche Eintragungen, die im Handelsamtsblatt *publiziert* wurden²⁹.
- Die Einwendung ist ausgeschlossen für die Zeit, die der Publikation im Handelsamtsblatt folgt. *Dies a quo* bildet der erste Werktag nach der Publikation. Das gilt auch dann, wenn die Publikation vor Abschluss des Eintragungsvorganges erfolgt. In diesem (Normal-) Fall wird der Beginn der positiven Publizitätswirkung zurückbezogen auf einen Zeitpunkt, da die Eintragung noch nicht vollendet ist. Zur Präzisierung ist beizufügen:
Der Vorbehalt des Art. 932 Abs. 3 OR spielt im Bereiche des Art. 933 OR nicht. Soweit besondere gesetzliche Vorschriften Rechtswirkungen auch Dritten gegenüber «unmittelbar mit der Eintragung» ins Tagebuch verbinden, bleibt die positive Publizitätswirkung ausgenommen³⁰. Denn sachlich ist es erst dann gerechtfertigt, Dritte von der Einwendung der Unkenntnis auszuschliessen, wenn sie durch die Publikation im Handelsamtsblatt auf die Eintragung hingewiesen wurden.

3. Der *Ausschluss der Einwendung*, eine bestimmte Eintragung nicht gekannt zu haben (Art. 933 Abs. 1 OR), bedeutet nichts anderes als *Ausschluss des Gutgläubensschutzes*³¹. Die positive Publizitätswirkung des

²⁸ M. Guldener, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954, S. 13; vgl. auch R. Patry, zit. in Anm. 11 S. 142.

²⁹ Immerhin ist das Folgende zu beachten: Wird die Eintragung in einem kantonalen Amtsblatt veröffentlicht (Anm. 5), so tritt die kantonale Publikation an die Stelle der Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt. Bei bloss auszugsweiser Veröffentlichung (Anm. 5) erfasst die positive Publizitätswirkung dennoch die ganze Eintragung. G. Wyssa, Les effets externes de l'inscription au registre du commerce, Diss. Lausanne 1950, S. 47 und 48.

³⁰ Anderer Ansicht z.B. W. v. Steiger, Zürcher-Kommentar, N 7 zu Art. 785 OR; R. Patry, zit. in Anm. 11, S. 153.

³¹ Jäggi, Berner-Kommentar, N 144f. zu Art. 3 ZGB. Anderer Ansicht z.B. G. Wyssa, zit. in Anm. 29, S. 62f.

Art. 933 Abs. 1 OR lässt sich daher auch wie folgt umschreiben:

Die Eintragung eines Sachverhaltes (oder Sachverhaltsbündels) bewirkt, im Zusammenspiel mit der Publikation im Handelsamtsblatt, dass Dritte sich nicht auf ihren guten Glauben³² berufen können, wenn sie in Unkenntnis des betreffenden Sachverhaltes oder seiner Eintragung mangelhafte Rechtshandlungen vorgenommen haben.

Zum Beispiel können sich Dritte nicht auf ihren guten Glauben berufen, wenn sie die eingetragene Beschränkung einer gesetzlich umschriebenen Vertretungsbefugnis nicht gekannt haben. Das ergibt sich nach dem Gesagten schon aus Art. 933 Abs. 1 OR, wird aber in den Artikeln 718 Abs. 2 und 899 Abs. 2 OR für die Befugnis zur Vertretung einer Aktiengesellschaft und Genossenschaft wiederholt. Soweit diese beiden Bestimmungen den Schutz des guten Glaubens ausschliessen, bringen sie Art. 933 Abs. 1 OR auf spezielle Tatbestände zur Anwendung und setzen, obwohl nicht ausdrücklich gesagt, «eine Dritten gegenüber wirksam gewordene Eintragung» voraus. Dasselbe gilt für Art. 563 OR, wonach bei «entgegenstehenden Eintragungen» gutgläubige Dritte nicht «zu der Annahme berechtigt» sind, es sei jeder einzelne Gesellschafter der Kollektivgesellschaft zur Vertretung ermächtigt.

4. Da die positive Publizitätswirkung des Art. 933 Abs. 1 OR im Ausschluss des Gutglaubensschutzes besteht, beschränkt sich ihre *Bedeutung* auf solche Fälle, in denen 1. ein Dritter tatsächlich gutgläubig war, weil er eingetragene Sachverhalte oder die Tatsache ihrer Eintragung nicht kannte, und 2. dieser gute Glaube von Gesetzes wegen grundsätzlich geschützt wird³³. Fehlt es am guten Glauben oder an einer gesetzlichen Regel, die ihn schützt, so ist «die Einwendung, eine

Dritten gegenüber wirksam gewordene Eintragung nicht gekannt zu haben», schon deswegen (zum vorneherein) ausgeschlossen. Art. 933 Abs. 1 OR kommt nicht zum Tragen.

Die positive *Publizitätswirkung des Art. 933 Abs. 1 OR macht den Rechtsgenossen die Kenntnis der im Handelsamtsblatt publizierten Eintragungen zur Obliegenheit*. Die Rechtsgenossen sind gehalten, diese Eintragungen (die eingetragenen Sachverhalte und die Tatsache ihres Eingetragenseins) zur Kenntnis zu nehmen und zu kennen (vgl. BGE 95 II 455). Wer die Eintragungen nicht kennt, der lässt es an der gebotenen Aufmerksamkeit (Art. 3 Abs. 2 ZGB) fehlen und hat den in Art. 933 Abs. 1 OR statuierten Rechtsnachteil zu tragen (vgl. BGE 96 II 444), wonach er sich auf die Unkenntnis der Eintragung (und damit auf seinen guten Glauben) nicht berufen kann. Einschränkend ist allerdings beizufügen:

Die positive Publizitätswirkung greift nicht in allen Fällen Platz. Einmal besteht sie nicht zu Gunsten desjenigen, der zum guten Glauben eines andern Anlass gegeben hat³⁴, z. B. mit Bezug auf eine von der Registereintragung abweichende Vertreterbefugnis (statt vieler: BGE 60 II 254). Sodann entfällt sie insoweit, als Art. 933 Abs. 1 OR durch abweichende Gesetzesbestimmungen derogiert wird. Beispiel: BGE 99 Ia 5, wonach «Art. 997 OR im Interesse der Umlaufsfähigkeit des Wechsels und des Schutzes des Verkehrs gegenüber Art. 933 OR vorgeht».

5. Beweisverstärkende Wirkung (Art. 9 ZGB)

Nach Art. 9 ZGB erbringen öffentliche Register und öffentliche Urkunden für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist. Dies entspricht einer gesetzlichen Vermutung für den Bestand der genannten Tatsachen³⁵.

Das Hauptregister, das einen Teil des Handelsregisters bildet, ist ein öffentliches Register im Sinne des Art. 9 ZGB. Es erbringt den in Art. 9 ZGB umschriebenen Beweis für die durch das Register «bezeugten» Tatsachen.

Durch das Hauptregister «bezeugt» werden rechtserheblich eingetragene Sachverhalte³⁶. Die rechtserhebliche *Eintragung eines Sachverhaltes bewirkt* danach, dass

³² Der «Gute Glaube» wird im vorliegenden Artikel so verstanden, wie ihn *Jäggi* im Berner-Kommentar, N 16 ff. zu Art. 3 ZGB, treffend umschreibt. Gutgläubig ist danach auch derjenige, der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht berechtigt ist, sich auf den guten Glauben zu berufen (*Jäggi*, N 104 ff. zu Art. 3 ZGB). Wie *Jäggi* übrigens auch: *H. Deschenaux*, in *Schweizerisches Privatrecht II*, Basel und Stuttgart, 1967, S. 209 ff.; *Tuor/Schnyder*, 9. Aufl., Zürich 1975, S. 57.

³³ «Das Gesetz kennt keinen umfassenden Gutglaubensschutz», sondern nur Einzelvorschriften, welche «Rechtswirkungen an den guten Glauben einer Person» (Art. 3 Abs. 1 ZGB) knüpfen. «Jede Einzelvorschrift kann zwar einen Analogieschluss von beschränkter Tragweite erlauben. Alle zusammen gestatten aber nicht den Schluss, der gute Glaube sei in jedem Falle geschützt» (*Jäggi*, Berner-Kommentar, N 11 und 12 zu Art. 3 ZGB).

³⁴ *Jäggi*, Berner-Kommentar, N 145 zu Art. 3 ZGB und dort Zitierte.

³⁵ Vgl. *Kummer*, Berner-Kommentar, N 38 zu Art. 9 ZGB.

³⁶ Nicht nur Erklärungen an den Registerführer, wonach diese Sachverhalte bestehen (analog: BGE 81 IV 243).

dessen Bestand vermutet wird. Ist allerdings ein rechtlicher Sachverhalt eingetragen, so sind es nach *H. Deschenaux* die tatsächlichen (nicht eingetragenen) Sachverhalte, «welche hinter der begrifflichen Einordnung 'vermutet' werden»³⁷. Im Ergebnis führt auch dies – mittelbar – zu einer Vermutung der eingetragenen rechtlichen Verhältnisse. In diesem (weiteren) Sinne kann gesagt werden, dass auch ihre Eintragung eine Vermutung für ihren Bestand begründet.

Die Vermutung, die sich an die Eintragung knüpft, ist widerlegbar (Art. 9 ZGB). Sie nützt jedermann, auch dem Bösgläubigen. Eine Publikation im Handelsamtsblatt setzt sie nicht voraus. Erfolgt aber eine Publikation vor Abschluss des Eintragungsvorganges (Normalfall), so rechtfertigt es sich, die beweisverstärkende Wirkung Dritten gegenüber auf den ersten Werktag nach der Publikation (Art. 932 Abs. 2 OR) zurückzubeziehen; derart, dass die Vermutung von diesem Zeitpunkt an sowohl für als auch gegen Dritte spielt.

6. Negative Registerstands- und Beendigungswirkung

Diese beiden Wirkungen hängen miteinander zusammen, weshalb ich sie gemeinsam behandle. Es sind Wirkungen, die vor allem durch die Löschungs-Eintragung ausgelöst werden:

Mit vollendeter *Löschungs-Eintragung* findet sich auf einem bestimmten Hauptregister-Blatt³⁸ die Folgetatsache eingetragen, dass sämtliche Sachverhalte, die auf dem betreffenden Blatt bisher eingetragen waren, nicht mehr eingetragen sind (I. Ziff. 3, B). Diese Folgetatsache bildet den Gegenstand der Löschungs-Eintragung; sie wird mit der Löschungs-Eintragung aufgezeichnet, zugleich aber auch hervorgebracht. Die vollendete Löschungs-Eintragung bewirkt somit, dass die bisher eingetragenen Sachverhalte nicht mehr eingetragen sind. Darin besteht die *negative Registerstandswirkung* der Löschungs-Eintragung.

Aus der negativen Registerstandswirkung leitet sich die *Beendigungswirkung* ab. Durch die Löschungs-Eintragung beendet, und zwar ex nunc, werden die andauernden Rechtswirkungen, die sich mit dem Eingetragensein der bisher eingetragenen Sachverhalte (kurz: mit der *bisherigen Eintragung*) verknüpft hatten. Beendet werden insbesondere die positive Publizitätswirkung (Art. 933 Abs. 1 OR) sowie die beweisverstärkende Wirkung (Art. 9 ZGB) der bisherigen Eintragung. Eine

Berufung auf diese Wirkungen ist für die Zukunft, nicht aber für die Vergangenheit ausgeschlossen.

Soweit die bisherige Eintragung eine konstitutive oder heilende Wirkung entfaltet hat, beendet die Löschungs-Eintragung auch diese Wirkung, sofern sie bei der Löschung noch besteht. Von Bedeutung ist dies namentlich mit Bezug auf die konstitutive Wirkung:

Durch die Löschungs-Eintragung entfallen die Rechtsfolgen, welche die bisherige Eintragung kraft konstitutiver Wirkung hervorgebracht hatte. So entfallen zum *Beispiel*, bei entsprechender Löschung: die nicht-kaufmännische Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft (Art. 553/595 OR)³⁹, die Rechtspersönlichkeit einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft⁴⁰, der bundesrechtli-

³⁹ Durch die Löschung ihrer Eintragung geht sie in ihrer Eigenschaft als (rechts- und parteifähige, Art. 562/602 OR) Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft unter, nicht aber als Gesellschaft. Anders verhält es sich mit der kaufmännischen Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft (Art. 552/594 OR), die in dieser Eigenschaft unabhängig von ihrer Eintragung besteht (Anm. 14). Die Löschung hat keinen Einfluss auf ihren Fortbestand (BGE 39 II 738; 59 II 58f.; 81 II 361). Solange sie nicht liquidiert ist, besteht sie – trotz Löschung – mit der in Art. 562/602 OR umschriebenen Rechts- und Parteifähigkeit fort.

⁴⁰ Kapitalgesellschaften (AG, Kommandit-AG, GmbH) und Genossenschaften verlieren ihre Rechtspersönlichkeit mit der Löschung ihrer Eintragung (BGE 42 III 40; 73 III 62). Die Löschungs-Eintragung «vernichtet» die Rechtspersönlichkeit, selbst wenn der Auflösungsbeschluss nichtig war (BGE 64 II 153) oder die Liquidation noch nicht vollständig durchgeführt ist (*Gutzwiller*, Zürcher-Kommentar, N 2 zu Art. 912 OR). Ist die Löschung zu Unrecht erfolgt, so kann bei gegebenen Voraussetzungen die Wiedereintragung verlangt werden (vgl. z.B. BGE 57 I 42; 100 Ib 37ff.), womit die Rechtspersönlichkeit erneut auflebt. Nach anderer Auffassung wird (bei Auflösung durch Liquidation) die Rechtspersönlichkeit nicht durch die Löschung aufgehoben, sondern durch die Liquidation; solange die Liquidation nicht vollständig durchgeführt ist, behält die Gesellschaft (oder Genossenschaft) das Recht der Persönlichkeit trotz erfolgter Löschung bei (so z.B. *Bürgi*, Zürcher-Kommentar, N 6ff. zu Art. 746 OR; *Schucany*, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960, N 2 zu Art. 746 OR; *F. v. Steiger*, Das Recht der Aktiengesellschaft, 4. Aufl., Zürich 1970, S. 340; *Schaub*, SAG 32, 1959/60, S. 186). Richtig an dieser andern Auffassung ist, dass die Gesellschaft das Recht der Persönlichkeit mit durchgeführter Liquidation verliert. Und zwar verliert sie die Rechtspersönlichkeit, noch bevor die Eintragung gelöscht ist. Denn von jetzt an ist «nichts Materielles» mehr da, was «als juristische Person behandelt werden könnte», sodass auch die heilende Wirkung der Eintragung nicht durchzugreifen vermag (Text II. Ziff. 3).

Unrichtig dagegen ist die Meinung, dass die Rechtspersönlichkeit trotz erfolgter Löschung fortbesteht, wenn die Liquidation nicht vollendet ist. Erfolgt die Löschungs-Eintragung vor der Liquidation, so lässt sie das Recht der

³⁷ *H. Deschenaux*, zit. in Anm. 32, S. 277.

³⁸ Dazu Anm. 9.

che Gerichtsstand am Orte der Zweigniederlassung⁴¹, die Konkursfähigkeit eines eingetragenen Schuldners (Art. 40 SchKG), der firmenrechtliche Schutz einer Geschäftsfirma. Vorausgesetzt ist immer, dass diese Folgen der bisherigen Eintragung nicht bereits aus einem andern Grunde weggefallen sind: die Rechtspersönlichkeit einer Gesellschaft z.B. infolge durchgeführter Liquidation⁴², der bundesrechtliche Gerichtsstand am Orte der Zweigniederlassung infolge Aufgabe ihres Geschäftsbetriebes.

Beendet die Löschung eine konstitutive Wirkung, so wird diese Beendigungswirkung bisweilen ihrerseits als konstitutive Wirkung bezeichnet⁴³. Die Bezeichnung ist ungenau und deswegen zu vermeiden.

Die Beendigungswirkung ist nach dem Gesagten eine «rechtsvernichtende» Wirkung. Sie wird zwar vor allem durch die Lösungs-Eintragung ausgelöst, beschränkt sich aber nicht auf diese. Vielmehr verbindet sie sich auch mit den *Änderungs-Eintragungen* nach Art. 937 OR und Art. 38 Abs. 2 HRegV.

Beide *Änderungs-Eintragungen* bewirken (unter anderem), dass ein bisher eingetragener Sachverhalt nicht mehr eingetragen ist (I. Ziff. 3, B) und entfalten in diesem (beschränkten) Sinne eine *negative Registerstandswirkung*. Damit erlöschen die Rechtswirkungen, die mit dem Eingetragensein des betreffenden Sachverhaltes bis anhin verbunden waren. Insofern eignet auch

Persönlichkeit untergehen. Darin besteht der Grund, weshalb eine «gelöschte Gesellschaft» (*Bürgi*, N 8 zu Art. 746 OR) nicht mehr parteifähig ist.

Demgegenüber wird die Ansicht vertreten, dass eine «gelöschte Gesellschaft» deswegen nicht mehr parteifähig sei, weil sie kraft der Lösungs-Eintragung nach Art. 9 ZGB «offensichtlich für Dritte nicht mehr» bestehe (*Bürgi*, N 8 zu Art. 746 OR). Wäre aber eine «gelöschte Gesellschaft» weiterhin Rechtsperson, so könnte aus Art. 9 ZGB nichts gegen ihre Parteifähigkeit abgeleitet werden. Denn durch die Lösungs-Eintragung wird lediglich die Folgetatsache eingetragen, dass die bisher eingetragenen Sachverhalte nicht mehr eingetragen sind (Text I. Ziff. 3, B). Der Wegfall der Gesellschaft oder ihrer Rechtspersönlichkeit ist somit nicht Gegenstand der Lösungs-Eintragung und daher auch nicht Gegenstand der Vermutung des Art. 9 ZGB; er wird durch das Handelsregister nicht «bezeugt». Abgesehen davon wäre diese Vermutung – wenn sie tatsächlich spielen würde – widerlegbar.

⁴¹ Er entfällt mit der «Löschung der Zweigniederlassung», da deren Eintragung gerichtsstands begründende Wirkung hatte (Anm. 16). Nach Auffassung des Bundesgerichtes entfällt er allerdings nicht für solche Forderungen, die vor der Löschung begründet wurden; vielmehr überdauert er für diese Forderungen die «Löschung der Zweigniederlassung» (BGE 98 Ib 104; kritisch ablehnend: *Gauch*, zit. in Anm. 16, Nr. 1282).

⁴² Vgl. Anm. 40.

⁴³ So z.B. BGE 39 II 738; *Schucany* und *F. v. Steiger*, beide zitiert in Anm. 40.

den genannten *Änderungs-Eintragungen* eine *Beendigungswirkung*, gleich wie der Lösungs-Eintragung.

Rechtsgrund der umschriebenen Beendigungswirkung bildet eine vollendete und rechtserhebliche Lösungs- oder *Änderungs-Eintragung*, im Zusammenspiel mit der negativen Registerstandswirkung. Der *Zeitpunkt ihres Eintrittes* bestimmt sich nach Art. 932 OR. Was hierüber bei der konstitutiven Wirkung gesagt wurde, trifft sinngemäss auch für die Beendigungswirkung zu. Eine Sonderregel gilt hinsichtlich der Konkursfähigkeit. Sie entfällt erst sechs Monate nach der Veröffentlichung der entsprechenden Lösungs- oder *Änderungs-Eintragung* im Handelsamtsblatt (Art. 40 SchKG)⁴⁴; vorausgesetzt, dass der betreffende Schuldner überhaupt als parteifähiges Rechtssubjekt fortbesteht.

7. Keine schützende Wirkung

Wie bereits ausgeführt, streitet für den Bestand eingetragener Sachverhalte die widerlegbare Vermutung des Art. 9 ZGB. Wird die Vermutung entkräftet, so aktualisiert sich für Dritte, die im Vertrauen auf den eingetragenen Sachverhalt mangelhafte Rechtshandlungen vorgenommen haben, die Frage nach dem Gutgläubensschutz.

Auf die Frage, ob und inwieweit der gute Glaube⁴⁵ Dritter an den Bestand der im Hauptregister eingetragenen Sachverhalte geschützt wird, finden sich in der Lehre verschiedene Antworten⁴⁶. Das Bundesgericht hat den Gutgläubensschutz in einzelnen Entscheiden bejaht (vgl. z.B. BGE 19 672; 45 II 270 ff.; 49 II 395; 57 I 321; 62 I 18; 66 III 28; 78 III 45 f.). Das positive Handelsregisterrecht aber enthält (anders als das Grundbuchrecht, Art. 973 ZGB) *keine Bestimmung, wonach sich mit der Eintragung eines Sachverhaltes eine schützende Wirkung verbindet*: in dem Sinne, dass die Eintragung

⁴⁴ Aus der Tatsache, dass die Konkursfähigkeit nach Art. 40 SchKG während sechs Monaten fort dauert, kann nicht auf den Fortbestand auch eines schweizerischen Betreibungs-ortes geschlossen werden (vgl. BGE 39 I 424; 79 III 16). Denn die Konkursfähigkeit besagt nur, dass der betreffende Schuldner, wenn er in der Schweiz betrieben wird, grundsätzlich auf dem Wege des Konkurses betrieben werden kann und muss. Über den Bestand eines Betreibungs-ortes besagt sie indessen nichts.

⁴⁵ Anm. 32.

⁴⁶ Vgl. z.B. *Forstmoser*, Berner-Kommentar, N 11 zu Art. 838 OR; *His*, Berner-Kommentar, N 36 zu Art. 933 OR; *Eugen Huber*, Drei Vorträge zum schweizerischen Sachenrecht, Bern 1914, S. 114 ff.; *R. Patry*, zit. in Anm. 11, S. 144 ff.; *Siegwart*, Zürcher-Kommentar, N 2 zu Art. 641 OR; *W. Schmid*, SJZ 49, 1953, S. 92 und ZSR 73, 1954, S. 463 ff.; *G. Wyssa*, zit. in Anm. 29, S. 75 ff.; *Zimmermann*, SJZ 70, 1974, S. 54.

Rechtsgrund des Gutglaubensschutzes wäre⁴⁷. Wer eine schützende Wirkung der Eintragung anerkennt, kann dies nur in Anwendung des Art. 1 Abs. 2 ZGB tun: durch Ausfüllen einer Gesetzeslücke (*praeter legem*)⁴⁸.

Eine Gesetzeslücke besteht dann, wenn eine *erforderliche* Bestimmung fehlt. Das ist vorliegend nicht der Fall. Zwar rechtfertigt sich der Schutz gutgläubiger Dritter, die auf den Bestand eingetragener Sachverhalte vertrauen, schon im Hinblick auf die Verkehrssicherheit; dann aber auch mit Rücksicht auf die positive Publizitätswirkung (Art. 933 Abs. 1 OR), die den Rechtsgegnossen die Kenntnis der eingetragenen Sachverhalte zur Obliegenheit macht (vgl. BGE 62 I 18). Doch wird dieser Gutglaubensschutz, wie ich nachfolgend (III. Ziff. 2) zeigen werde, durch Art. 933 Abs. 2 OR in genügendem Masse gewährleistet. Es ist dies ein Gutglaubensschutz, der seinen Rechtsgrund in einer unterbliebenen Änderungs- oder Löschungs-Eintragung hat. Die Anerkennung einer schützenden Eintragungswirkung erübrigt sich daneben.

III. Von der negativen Publizitätswirkung

(Art. 933 Abs. 2 OR)

Die negative Publizitätswirkung hat zum Gegenstand: den *Schutz gutgläubiger Dritter*. Sie knüpft sich an das vorschriftswidrige Nicht-Eingetragensein eines Sachverhaltes, ist also keine *Eintragungswirkung*, sondern die Wirkung einer *Nicht-Eintragung*. Umschrieben wird sie in Art. 933 Abs. 2 OR, der sie systematisch falsch unter den Wirkungen der Eintragung behandelt.

Nachfolgend bespreche ich zunächst Art. 933 Abs. 2 OR im allgemeinen; dann spreche ich von seiner Anwendung zu Gunsten Dritter, die auf den Bestand eines eingetragenen Sachverhaltes vertrauen.

1. Art. 933 Abs. 2 OR im allgemeinen

Art. 933 Abs. 2 OR umschreibt die *negative Publizitätswirkung* wie folgt:

«Wurde eine Tatsache, deren Eintragung vorgeschrieben ist, nicht eingetragen, so kann sie einem Dritten nur ent-

⁴⁷ Unrichtig: Zimmermann, nach dessen Meinung die schützende Eintragungswirkung «aus Art. 9 i.V. Art. 3 ZGB» resultieren soll (SJZ 70, 1974, S. 54). Art. 9 ZGB befasst sich nicht mit Gutglaubensschutz; solange seine Vermutung spielt, stellt sich die Frage des Gutglaubensschutzes überhaupt nicht. Und Art. 3 ZGB verweist, was die Fälle des Gutglaubensschutzes betrifft, auf das «Gesetz»; selber enthält er eine Beweisregel (Abs. 1) und schliesst den Unaufmerksamen vom Gutglaubensschutz aus (Abs. 2). Aus Art. 9 und 3 ZGB lässt sich daher weder je allein noch «in Verbindung» eine schützende Wirkung der Eintragung ableiten.

⁴⁸ Vgl. z.B. G. Wyssa, zit. in Anm. 29, S. 82.

gegengehalten werden, wenn bewiesen wird, dass sie diesem bekannt war». Daraus ergibt sich ein Vierfaches:

1. Ein eintragungsbedürftiger⁴⁹, aber nicht eingetragener Sachverhalt (z.B. die nicht eingetragene Auflösung einer Gesellschaft: BGE 65 II 85ff.; 91 I 445) kann einem Dritten, dem der Sachverhalt unbekannt war, nicht entgegengehalten werden. Oder anders ausgedrückt: Der gute Glaube⁵⁰ eines Dritten, der im Vertrauen auf den Nicht-Bestand des betreffenden Sachverhaltes Rechtshandlungen vornimmt, wird geschützt. Vgl. z.B. ZR 43, 1944, S. 86, wonach die Unterlassung der nach Art. 740 Abs. 2 OR vorgeschriebenen Eintragung zur Folge hat, dass «die Tatsache der Liquidatorenernennung gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden kann».

Dieser Gutglaubensschutz entfällt mit der Eintragung des eintragungsbedürftigen Sachverhaltes. Und zwar entfällt er, sobald die Eintragung Dritten gegenüber wirksam wird (Art. 932 Abs. 2 OR). Denn in diesem Zeitpunkt beginnt die positive Publizitätswirkung der Eintragung (Art. 933 Abs. 1 OR), wonach Dritte von der Einwendung ausgeschlossen sind, dass sie den eingetragenen Sachverhalt nicht gekannt haben (II. Ziff. 4).

2. Art. 933 Abs. 2 OR schützt den gutgläubigen Dritten selbst dann, wenn er den Bestand des nicht eingetragenen Sachverhaltes hätte kennen können. Die Unkenntnis eines nicht eingetragenen (aber eintragungsbedürftigen) Sachverhaltes ist somit stets entschuldbar⁵¹; die für Dritte gebotene Aufmerksamkeit (Art. 3 Abs. 2 ZGB) besteht einzig in der Einsichtnahme in das Handelsregister⁵²; eine weitere «Erkundigungs-

⁴⁹ Eintragungsbedürftige Sachverhalte *müssen* eingetragen werden, im Unterschied zu den bloss eintragungsfähigen. Ihre Eintragung ist, wie das Gesetz sagt, «vorgeschrieben» (Art. 933 Abs. 2 OR). Von der so verstandenen Eintragungsbedürftigkeit zu unterscheiden ist die konstitutive Wirkung, die sich mit der vollendeten Eintragung bestimmter Sachverhalte verbindet. Die Abhängigkeit dieser Wirkung von der vollendeten Eintragung macht – für sich genommen – die betreffenden Sachverhalte nicht eintragungsbedürftig. Sachverhalte, deren Eintragung konstitutiv wirkt, können (müssen aber nicht) eintragungsbedürftig sein. Als bloss eintragungsfähig werden z.B. die Grundsachverhalte betrachtet, durch deren Eintragung die nicht-kaufmännischen Kollektiv- und Kommanditgesellschaften (in dieser Eigenschaft) entstehen oder die Kapitalgesellschaften und Genossenschaften ihre Rechtspersönlichkeit erwerben (vgl. z.B. Patry, zit. in Anm. 11, S. 132, Anm. 8).

⁵⁰ Anm. 32.

⁵¹ Wieland, Handelsrecht I, 1921, S. 230.

⁵² Vgl. Jäggi, Berner-Kommentar, N 148 zu Art. 3 ZGB.

pflicht» hinsichtlich eintragungsbedürftiger Sachverhalte besteht nicht (BGE 65 II 88).

3. Der gute Glaube wird, wie es der allgemeinen Regel des Art. 3 Abs. 1 ZGB entspricht, nach Art. 933 Abs. 2 OR vermutet. Der Beweis des bösen Glaubens obliegt dem Gegeninteressenten.

Der Gegeninteressent hat nachzuweisen, dass der Dritte den nicht eingetragenen Sachverhalt *kannte*. Gelingt dieser Nachweis, so steht fest, dass der Dritte bösgläubig war. Alsdann kann ihm der eintragungsbedürftige Sachverhalt trotz fehlender Eintragung entgegeng gehalten werden.

4. Der blosse Nachweis, dass der Dritte den nicht eingetragenen Sachverhalt hätte kennen können, hilft dem Gegeninteressenten nicht⁵³. Denn Art. 933 Abs. 2 OR schützt, wie gesagt, den gutgläubigen Dritten auch in diesem Falle.

Von der negativen Publizitätswirkung *zu unterscheiden* ist der Umstand, dass rechtliche Verhältnisse, die kraft konstitutiver Wirkung einer bestimmten Eintragung entstehen (z.B. die Rechtspersönlichkeit einer Kapitalgesellschaft), bei fehlender Eintragung überhaupt niemandem entgegeng gehalten werden können. Dieser Umstand hat nichts zu tun mit Gutgläubensschutz. Er gründet schlicht in der Tatsache, dass die betreffenden Verhältnisse nicht bestehen. Demgegenüber setzt die negative Publizitätswirkung voraus, dass ein Sachverhalt zwar nicht eingetragen ist, in Wirklichkeit aber doch besteht.

2. Anwendung des Art. 933 Abs. 2 OR zu Gunsten Dritter, die auf den Bestand eines eingetragenen Sachverhaltes vertrauen

Die fehlende Eintragung eines eintragungsbedürftigen Sachverhaltes entfaltet nach dem Gesagten eine schützende Wirkung. Geschützt werden gutgläubige Dritte, die sich auf den *Nicht-Bestand* eines eintragungsbedürftigen, aber nicht eingetragenen Sachverhaltes verlassen.

Diese negative Publizitätswirkung des Art. 933 Abs. 2 OR hat mittelbar zur Folge, dass auch gutgläubige

Dritte geschützt werden, die auf den *Bestand* eines eingetragenen Sachverhaltes (z.B. einer eingetragenen Vertretungsbefugnis) vertrauen, der in Wirklichkeit nicht besteht. Das soll nachstehend gezeigt werden. Zu unterscheiden sind *drei mögliche Fälle*:

– *Fall 1*: Im Hauptregister eingetragen ist ein Sachverhalt, der nicht mehr besteht, weil er sich nach seiner Eintragung verändert hat. Die «Änderung» wurde, obwohl nach Art. 937 OR vorgeschrieben, nicht eingetragen. Nach Art. 933 Abs. 2 OR kann daher einem gutgläubigen Dritten nicht entgegeng gehalten werden, dass der eingetragene Sachverhalt nicht mehr besteht. Das bedeutet, positiv ausgedrückt, dass der gute Glaube des Dritten an den (unveränderten) Bestand des eingetragenen Sachverhaltes geschützt wird.

– *Fall 2*: Im Hauptregister eingetragen ist ein Sachverhalt, der zum vorneherein (schon als er eingetragen wurde) nicht bestanden hat. Die nach Art. 38 Abs. 2 HRegV vorgeschriebene Änderungs-Eintragung wurde nicht vorgenommen, sodass der Nicht-Bestand des eingetragenen Sachverhaltes vorschriftswidrig nicht eingetragen ist. Nach Art. 933 Abs. 2 OR kann daher einem gutgläubigen Dritten nicht entgegeng gehalten werden, dass der eingetragene Sachverhalt nicht besteht. Das bedeutet wiederum, positiv ausgedrückt: Der gute Glaube des Dritten an den eingetragenen Sachverhalt wird geschützt.

– *Fall 3*: Dieser Fall hat mit den ersten beiden Fällen gemeinsam, dass im Hauptregister ein Sachverhalt eingetragen ist, der entweder nicht mehr besteht oder zum vorneherein nicht bestanden hat. Von Fall 1 und 2 unterscheidet er sich jedoch dadurch, dass ein Lösungsgrund vorliegt. Vorschriftswidrig unterblieben ist deshalb nicht eine Änderungs-Eintragung, sondern die erforderliche Eintragung einer Löschung. Mit der Lösungs-Eintragung aufgezeichnet wird lediglich die Tatsache, dass die bisher eingetragenen Sachverhalte nicht mehr eingetragen sind; nicht: dass sie nicht mehr bestehen (I. Ziff. 3, B). Daraus folgt: Der Umstand, dass der eingetragene Sachverhalt nicht (mehr) besteht, ist im dritten Fall keine Tatsache, die vorschriftswidrig nicht eingetragen wurde. Nach dem Wortlaut des Art. 933 Abs. 2 OR findet daher der gutgläubige Dritte, dem dieser Umstand unbekannt ist, keinen Schutz.

Indessen rechtfertigt es sich, Art. 933 Abs. 2 OR sinngemäss anzuwenden und den gutgläubigen Dritten auch hier zu schützen; derart, dass ihm gegenüber die Einwendung ausgeschlossen ist, der eingetragene

⁵³ Mit Rücksicht darauf wird in der Literatur und Rechtsprechung bisweilen gesagt, dass der Beweis des bösen Glaubens (des fehlenden guten Glaubens) nicht genüge (z.B. R. Patry, zit. in Anm. 11, S. 144; BGE 65 II 88). Hinter dieser Aussage steckt die unrichtige Auffassung, dass bösgläubig nicht nur derjenige sei, der einen Rechtsmangel kannte, sondern auch derjenige, der ihn hätte kennen können (Art. 3 Abs. 2 ZGB; vgl. Jäggi, N 107 zu Art. 3 ZGB).

Sachverhalt bestehe nicht oder nicht mehr. Das bedeutet, positiv ausgedrückt, dass der gute Glaube des Dritten an den Bestand des eingetragenen Sachverhaltes wiederum geschützt wird. Wollte man den Gutgläubensschutz ausschliessen, so würde der dritte Fall anders behandelt als die zwei ersten Fälle, obgleich für eine verschiedene Behandlung kein sachlicher Grund vorliegt.

In allen drei Fällen werden gutgläubige Dritte geschützt. Geschützt werden sie in ihrem Vertrauen darauf, dass der eingetragene Sachverhalt nicht «nicht (mehr) besteht». Oder positiv ausgedrückt: dass er besteht (vgl. z.B. Art. 461 Abs. 2 OR). Dieser Gutgläubensschutz, der sich aus Art. 933 Abs. 2 OR ergibt, ist keine *Eintragungs-Wirkung*, sondern die Wirkung einer rechtswidrig unterbliebenen Änderungs- oder Löschungs-Eintragung. Sie greift nach Art. 933 Abs. 2 OR auch dann Platz, wenn der Dritte den Nicht- (mehr-) Bestand des eingetragenen Sachverhaltes hätte erkennen können.

IV. Eintragung und Zweck der Registerführung

Nachdem ich von der Eintragung, ihren Wirkungen und der negativen Publizitätswirkung gesprochen habe, will ich abschliessend das Gesagte in einen grösseren Zusammenhang stellen: in der Weise, dass ich die Eintragung mit dem Zweck der (Handels-) Registerführung in Verbindung bringe.

Der **Hauptzweck** der Registerführung besteht in der öffentlichen *Klarstellung* von Verhältnissen, deren Kenntnis für die am rechtsgeschäftlichen Verkehr Beteiligten bedeutsam sind. Zu diesen Verhältnissen gehören:

- Einerseits die nach Gesetz und Handelsregisterverordnung *eintragbaren Sachverhalte* (Art. 10 und 20 HRegV). Sie werden durch ihre vollendete Eintragung kundgegeben (deklaratorische Wirkung) und insofern klargestellt. Das setzt allerdings voraus, dass sie erst zur Eintragung gelangen. Damit dies geschieht, haben Gesetz und Verordnung in verschiedener Weise Vorsorge getroffen. So dient der Vorteil der positiven Publizitätswirkung (Art. 933 Abs. 1 OR) als Anreiz, die Sachverhalte beim Registerführer zur Eintragung anzumelden⁵⁴. Dasselbe kann für die konstitutive Wirkung zutreffen, indem z.B. eine mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete Aktiengesellschaft nur über den Weg der Eintragung eines ganzen Sachverhaltsbündels (Art. 641 OR) erreicht werden kann (Art. 643 OR). Bestimmte Sachverhalte sind ausserdem ein-

tragungsbedürftig. Alsdann werden sie entweder zum vorneherein von Amtes wegen eingetragen (z.B. Art. 64-66 HRegV). Oder sie bilden zumindest Gegenstand einer Anmeldepflicht, für deren Erfüllung der Registerführer zu sorgen hat (Art. 941 OR; 63 Abs. 1 HRegV) und deren Verletzung nicht nur durch Busse und Schadenersatzpflicht sanktioniert ist (Art. 942f. OR), sondern auch durch den Nachteil der negativen Publizitätswirkung (Art. 933 Abs. 2 OR)⁵⁵.

- Andererseits die *Rechtsfolgen, welche Gegenstand der konstitutiven Eintragungswirkung bilden* (z.B. Rechtspersönlichkeit einer AG, Konkursfähigkeit eines Schuldners). Auch sie werden durch die vollendete Eintragung kundgegeben und damit klargestellt, wenn auch nur mittelbar: durch die Kundgabe des Umstandes, dass jene Sachverhalte eingetragen sind, an deren Eintragung sie sich knüpfen (deklaratorische Wirkung). Wer immer diesen Umstand kennt, kann auch die Rechtsfolgen erkennen, die sich mit der Eintragung verbinden.

Der umschriebene Klarstellungszweck ist nicht der einzige Zweck der Registerführung. Hinzu treten *weitere Zwecke*, insbesondere:

- Der *Anknüpfungszweck*. Er richtet sich auf die Schaffung eines Tatbestandes, mit dem das Gesetz bestimmte Rechtswirkungen verbinden kann. Als Anknüpfungstatbestand dient die vollendete (und rechtserhebliche) Eintragung. Sie ist dazu geeignet, Rechtsgrund für irgendwelche Rechtsfolgen zu sein, die das Gesetz mit ihr verbindet: z.B. für den Bestand einer nicht-kaufmännischen Kollektivgesellschaft oder einer juristischen Person, für den firmenrechtlichen Schutz einer Geschäftsfirma usw.
- Der *Rechtsdurchsetzungszweck*. Er richtet sich darauf, die am Geschäftsverkehr Beteiligten zu einer rechtmässigen Gestaltung ihrer geschäftlichen Lebensverhältnisse anzuhalten. Diesem Zweck dient die Registerführung insofern, als nur rechtmässige Sachverhalte eingetragen werden dürfen. Da die Prüfungspflicht des Registerführers diesbezüglich beschränkt ist (Anm. 3), wird der Rechtsdurchsetzungszweck nur bedingt erreicht. Immerhin hat eine ordnungsgemässe Führung des Handelsregisters zur Folge, dass z.B. bloss «solche Handelsgesellschaften gegründet werden, welche wenigstens äusserlich einer im Gesetz geregelten Gesellschaftsart entsprechen» (Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, N 134).

⁵⁴ Schmid, ZSR 73, 1954, S. 466f.

⁵⁵ Vgl. G. Wyssa, zit. in Anm. 29, S. 27. Ludwig, ZSR 44, 1925, S. 92a;