

Der Handelsregisterführer und die Lex Friedrich

Lic.iur.HSG **Christof Bläsi**, Rechtsanwalt

Vorsteher des Handelsregisteramtes des Kantons Appenzell A.Rh. *

Ausgangspunkt dieses Aufsatzes ist das Informationsschreiben des Bundesamtes für Justiz vom 21. Dezember 1993 an die kantonalen Bewilligungsbehörden i.S. Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Grundbuchverwalter und Handelsregisterführer. Die beschwerdeberechtigten kantonalen Behörden wurden im Begleitbrief zu diesem Schreiben gebeten, die Informationsschrift an die zuständigen Behörden, u.a. an den Handelsregisterführer, zu verteilen. Das Bundesamt für Justiz informiert die kantonalen Behörden über zwei Anwendungsbereiche der Lex Friedrich: Berücksichtigung der Aktionäre ohne Stimmrecht und der Partizipanten bei der Feststellung der ausländischen Beherrschung einer Aktiengesellschaft; Veräusserungspflicht für eine Hauptwohnung, die nicht mehr als solche verwendet wird. Dem Schreibenden ist beim Studium des Informationsschreibens nicht klar geworden, welche Bedeutung er als Handelsregisterführer dieser Schrift beimessen soll. Dies hat ihn veranlasst, einige Überlegungen zur Prüfungspflicht des Handelsregisterführers gemäss Art. 18 BewG¹ anzustellen.

* Der Schreibende betreut zusätzlich den Rechtsdienst der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Appenzell A.Rh. Die Volkswirtschaftsdirektion ist gemäss kantonalem Gesetz vom 26. April 1987 über die Einführung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (EG zum BewG; bGS 213.121) die kantonale Bewilligungsbehörde, die über die Bewilligungspflicht, die Bewilligung und den Widerruf einer Bewilligung oder Auflage entscheidet.

¹ Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 (BewG; SR 211.412.41; Lex Friedrich), dazu die Verordnung vom 1. Oktober 1984 (BewV; SR 211.412.411).

I. Die Prüfungspflicht des Handelsregisterführers gemäss der Bundesgesetzgebung

Gemäss Art. 18 BewG hat der Handelsregisterführer in Ergänzung von Art. 936 ff. OR und Art. 21 HRegV die Pflicht, vor einer Eintragung in das Handelsregister abzuklären, ob die Vorschriften des BewG eingehalten wurden. Kann der Handelsregisterführer die Bewilligungspflicht nicht ohne weiteres ausschliessen, so setzt er das Verfahren aus und räumt dem Erwerber eine Frist von 30 Tagen ein, um die Bewilligung oder die Feststellung, dass er keiner Bewilligung bedarf, einzuholen. Der Handelsregisterführer weist die Anmeldung ab, wenn der Erwerber nicht fristgerecht handelt oder die Bewilligung verweigert wird². Der Handelsregisterführer überlasst eine nähere Prüfung der Bewilligungspflicht und gegebenenfalls die Beweiserhebung darüber der Bewilligungsbehörde, an die er den Erwerber verweist³.

Bei der Anmeldung einer Eintragung hat der Handelsregisterführer im Zusammenhang mit dem BewG die Möglichkeit der Eintragung, der Abweisung oder der Aussetzung des Verfahrens und Verweisung an die Bewilligungsbehörde⁴. Der Entscheid hängt von der Sachlage ab. Eine Eintragung darf nur vorgenommen werden, wenn sich die Bewilligungspflicht ohne weiteres ausschliessen lässt⁵. Diese Voraussetzung ist insbesondere dann erfüllt, wenn eine Feststellungsverfügung über die Nichtbewilligungspflicht vorliegt⁶. Ist die Bewilligungspflicht offensichtlich gegeben, liegt jedoch keine Bewilligung vor, hat der Handelsregisterführer die Anmeldung abzuweisen⁷. In denjenigen Fällen, in welchen Zweifel über die Eintragung oder

2 Art. 18 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 18 Abs. 1 BewG.

3 Art. 18 Abs. 1 BewV.

4 Mühlebach U./Geissmann Hp., Lex F., Kommentar zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Brugg/Baden 1986, N. 2 zu Art. 18, S. 293.

5 Die Bewilligungspflicht kann ausgeschlossen werden, wenn der Erwerber offensichtlich keine Person im Ausland ist; wenn das Erwerbsgeschäft offensichtlich nicht bewilligungspflichtig ist; wenn klarerweise eine Ausnahme von der Bewilligungspflicht vorliegt: Mühlebach U./Geissmann Hp., a.a.O., N. 3 zu Art. 18, S. 293.

6 ZBGR 66/1985 S.184.

7 Mühlebach U./Geissmann Hp., a.a.O., N. 5 zu Art. 18, S. 295 mit Hinweisen.

Abweisung bestehen, hat der Handelsregisterführer gemäss Art. 18 Abs. 1 BewG die nähere Prüfung der Bewilligungspflicht und die Beweiserhebung darüber nicht selbst vorzunehmen, sondern der kantonalen Bewilligungsbehörde zu überlassen. Das Verfahren ist auszusetzen und der Erwerber an die Bewilligungsbehörde zu verweisen⁸. Der Handelsregisterführer setzt dem Antragsteller eine Frist von 30 Tagen, um bei der Bewilligungsbehörde entweder die Bewilligung zu erwirken oder die Feststellung einzuholen, dass eine Bewilligung nicht notwendig ist. Wird dieses Verfahren nicht fristgerecht eingeleitet, muss der Handelsregisterführer die Eintragung verweigern. Eine Verweisung nimmt der Handelsregisterführer bei einer Sitzverlegung einer Gesellschaft ins Ausland in jedem Fall vor der Löschung im Register vor⁹.

Der Handelsregisterführer hat bei den folgenden, nur summarisch aufgeführten Rechtsgeschäften zu prüfen, ob er die Eintragung einer diesbezüglichen Anmeldung vornehmen darf oder ob er das Geschäft an die Bewilligungsbehörde verweisen muss¹⁰: Personengesellschaften (Neueintragung, Eintragung eines neuen Gesellschafters, Kapitalerhöhung, Zweckänderung, Sitzverlegung ins Ausland), juristische Personen (Neueintragung, Eintragung von neuen Gesellschaftern/Verwaltungsräten, Kapitalerhöhung, Kapitalherabsetzung, Zweckänderung, Sitzverlegung ins Ausland), Geschäftsübernahmen und Fusionen sowie Umwandlungen und Aufspaltungen von Gesellschaften.

Die Prüfungspflicht des Handelsregisterführers wurde erstmals im Bundesbeschluss über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland eingeführt¹¹. Der Handelsregi-

8 Mühlebach U. /Geissmann Hp., a.a.O., N. 7 zu Art. 18, S. 296.

9 Art. 18 Abs. 2 Satz 2 BewG.

10 Vgl. Richtlinien des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister an die kantonalen Handelsregisterämter über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 12. April 1985 (sechs Seiten), in: Der bernische Notar 46/1985, S. 144 ff.

Vgl. Bomio G., Das Feststellungsverfahren bei der AG gemäss dem Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Diss. Basel 1990, S. 131 - 141.

Vgl. Plüss A., Der Handelsregisterführer und die "LEX FRIEDRICH", in: Jahrbuch des Handelsregisters 1993, Zürich 1993, S. 80 ff.

11 Art. 21 Bundesbeschluss über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 21. März 1973 (Bewilligungsbeschluss; BewB; AS 1974, S. 90): Bekannt unter den Namen "Lex Furgler". Diese wurde am 1. Januar 1985 durch die Lex Friedrich abgelöst ersetzt und die Prüfungspflicht des Handelsregisterführers unverändert in Art. 18 BewG übernommen (Botschaft vom 16. September 1981 zu Art. 15 des Entwurfes: BBl 1981 II 631).

sterführer darf danach einer Anmeldung keine Folge leisten und hat den Anmeldenden an die Bewilligungsbehörde zu verweisen, wenn über die Bewilligungspflicht keine Gewissheit besteht. Die Botschaft zur Lex Furgler führt dazu aus, dass sich der Handelsregisterführer früher um die Gründungen und Kapitalerhöhungen von Immobiliengesellschaften nicht habe zu kümmern brauchen und ganz allgemein im Raume der Bewilligungspflicht jenseits von Gut und Böse schwebte¹². Er dürfe einer Anmeldung keine Folge leisten, wenn sich die Bewilligungspflicht nach den Beweismitteln, deren Erhebung der Bundesrat ihm vorschreiben werde, und nach seiner übrigen Kenntnis der Dinge nicht mit Gewissheit ausschliessen lasse. Auch nur der geringste Zweifel berechtige und verpflichte ihn, der Anmeldung keine Folge zu leisten. Gebe er einer als dubios erkennbaren Anmeldung vorsätzlich oder fahrlässig Folge, so leiste er einer strafbaren Widerhandlung¹³ Vorschub¹⁴. In den Beratungen des Nationalrates zur Lex Furgler wurde gesagt, dass jede Aktiengesellschaft potentiell eine Immobiliengesellschaft sei. Hier müsse man argwöhnisch sein und den Argwohn gewissermassen auf den Handelsregisterführer übertragen¹⁵.

2. Die Prüfungspflicht gemäss den Richtlinien des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister

Über das Vorgehen des Handelsregisterführers besteht eine "klare und eindeutige"¹⁶ höchstbehördliche Weisung¹⁷. Diese wendet "sich an den Praktiker" und enthält "klare Richtlinien,

12 BBI 1972 II 1264.

13 Art. 14 Abs. 1, 2 und 6 des Entwurfes zur Lex Furgler: rechtswidriger Vollzug des Rechtsgeschäftes ohne rechtskräftige Bewilligung.

Heute: Art. 28 BewG (Umgehung der Bewilligungspflicht).

14 BBI 1972 II 1264.

15 Amtl. Bulletin NR 1972 IV, S. 2222.

16 Mühlebach U. /Geissmann Hp., a.a.O., N. 1 zu Art. 18, S. 292.

17 Richtlinien des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister an die kantonalen Handelsregisterämter betreffend die Anwendung der Gesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 12. April 1985; in: Der bernische Notar 46/1985 S. 144 ff.

wie in einem konkreten Fall vorgegangen werden soll"¹⁸. Grundsätzlich hat der Handelsregisterführer die Prüfungspflicht auszuüben bei der Eintragung einer Kollektivgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft, einer Aktiengesellschaft, einer Kommanditaktiengesellschaft, einer GmbH oder einer Genossenschaft mit Anteilscheinen; bei der Eintragung von neuen Gesellschaftern resp. Verwaltungsräten; bei der Eintragung einer neuen Kommanditsumme, der Erhöhung der Kommanditsumme, der Erhöhung des Grundkapitals einer Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft oder GmbH, der Übertragung von Stammeinlagen einer GmbH, der Schaffung eines Genossenschaftskapitals durch Anteilscheine, der Erhöhung des Nennwertes solcher Anteilscheine oder der Erhöhung der Mindestzahl der von den Genossenschaftern zu übernehmenden Anteilscheinen sowie bei Kapitalherabsetzungen, Geschäftsübernahmen und Fusionen, Umwandlungen und Aufspaltungen von Gesellschaften, Zweckänderungen und bei Stiftungen und Vereinen.

Die Richtlinien¹⁹ statuieren eine Abweisungspflicht, wenn die Bewilligungspflicht offenkundig ist und keine gültige Bewilligung vorliegt. Zum Vorgehen bei der Verweisung an die kantonale Bewilligungsbehörde wird dargelegt, dass der Handelsregisterführer das Eintragungsverfahren auszusetzen habe, wenn er Zweifel hegt, ob die Bewilligungspflicht besteht. Als Zweifelsfälle werden genannt: Zweifel in tatsächlicher Hinsicht, z.B. wegen fehlender Angaben und Unterlagen, oder Zweifel hinsichtlich der rechtlichen Würdigung, namentlich bezüglich der ausländischen Beherrschung oder des Charakters einer Immobiliengesellschaft. Die Richtlinien werden in der Literatur zum einen als "klar und eindeutig"²⁰ bezeichnet, zum anderen sind sie zu kurz abgefasst, um auf die Tragweite der Verweisungsproblematik durch den Handelsregisterführer genügend hinzuweisen²¹.

18 Mühlebach U. /Geissmann Hp., a.a.O., N. 1 zu Art. 18, S. 293.

19 Richtlinien des EHRA, a.a.O., S. 5.

20 Mühlebach U. /Geissmann Hp., a.a.O., N. 1 zu Art. 18, S. 292.

21 Bomio G., a.a.O., S. 144: "Gerade weil im Zusammenhang mit dem Erwerb von Aktien bei der Gründung, der Kapitalerhöhung oder dem Erwerb von Aktien durch einen Verwaltungsrat Umgehungsgeschäfte des BewG möglich sind, wäre es wünschenswert gewesen, dass die Richtlinien detaillierter ausgefallen wären".

3. Die Prüfungspflicht gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Dem Handelsregisterführer steht nach den Prinzipien des schweizerischen Gesellschaftsrechtes nur eine beschränkte Prüfungsbefugnis über die materiellen Voraussetzungen einer Eintragung zu. Er kann die Eintragung in das Handelsregister nur im Falle einer offensichtlichen und unzweideutigen Verletzung einer zwingenden Gesetzesvorschrift²², welche zur Wahrung öffentlicher Interessen oder im Interesse Dritter aufgestellt worden ist, ablehnen²³. Der Bundesgesetzgeber hat jedoch in Spezialgesetzen besondere Vorschriften über die Eintragung von Gesellschaften, welche der Bewilligungspflicht unterworfen sind, aufgestellt, z.B. im BewG, und so eine besondere zusätzliche Prüfungspflicht des Handelsregisterführers begründet.

Das Bundesgericht hat in BGE 114 Ib 261 ff. im Zusammenhang mit der Gründung einer Immobilien-Aktiengesellschaft an einer strengen Verweisungspraxis festgehalten: Der Handelsregisterführer darf die Eintragung einer Immobiliengesellschaft erst vornehmen, wenn die Bewilligungspflicht zum vorneherein ohne weiteres auszuschliessen ist. Diese Voraussetzung ist insbesondere dann erfüllt, wenn eine Feststellungsverfügung über die Nichtbewilligungspflicht vorliegt²⁴. Ist die Bewilligungspflicht ohne nähere Prüfung nicht auszuschliessen, bestehen Zweifel²⁵, Bedenken²⁶ oder Ungewissheit²⁷, ob die Bewilligungspflicht besteht, ist der Handelsregisterführer verpflichtet, das Eintragungsverfahren auszusetzen und den Antragsteller an die Bewilligungsbehörde zu verweisen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat der Handelsregisterführer somit jedes Rechtsgeschäft an die Bewilligungsbehörde zu verweisen, wenn er die Bewilligungspflicht der Gesellschaft zum vorneherein nicht mit Sicherheit ausschliessen kann. Der Handelsregisterführer hat das Verfahren gemäss Art. 18 BewG durchzuführen, wenn er feststellt, dass z.B. bei der Gründung

22 Im vorliegenden Fall einer Vorschrift des OR betreffend das Aktienrecht und Handelsregister.

23 BGE 117 II 186 ff.

24 ZBGR 66/1985, S. 184.

25 BGE 109 Ib 109.

26 BGE 109 Ib 101.

27 BGE 114 Ib 264.

einer Aktiengesellschaft die Tätigkeit von Immobiliengeschäften nicht auszuschliessen ist, weil der statutarische Zweck²⁸ der Gesellschaft solche Aktivitäten zulässt. Verschiedene Handelsregisterführer sind erwartungsgemäss vom Bundesgericht wegen ihrer zu wenig strikten Verweisungspraxis getadelt worden²⁹.

Die Eintragung einer Aktiengesellschaft in das Handelsregister kann indessen nicht annulliert werden, selbst wenn sie unter offensichtlicher Verletzung der bundesrechtlichen Vorschriften über den Grunderwerb durch Personen im Ausland vorgenommen worden ist³⁰. Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers ist rechtlich und - vor allem - tatsächlich beschränkt, so dass von einer durch die Kontrolle gewährleisteten Ordnungs- und Gesetzesmässigkeit der Gründung nicht gesprochen werden kann³¹. Um berechtigten Interessen Dritter willen und wegen des Prinzips von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr wendet das Bundesgericht seit 1889³² die sogenannte Heilungstheorie an,

28 Bei neu gegründeten Gesellschaften ist der Zweck der Gesellschaft in erster Linie anhand der Statuten zu beurteilen. Beispiel einer statutarischen Zweckumschreibung: Die Gesellschaft ist berechtigt, Grundstücke, Guthaben, Patente, Marken, Aktien, Beteiligungen an andern Gesellschaften jeder Art mit irgendeiner Zwecksetzung zu kaufen, zu halten, zu verkaufen, zu verwalten und kaufmännisch zu nutzen (BGE 114 Ib 261).

29 Vgl. BGE 109 Ib 95 ff.: Die Eintragung einer Aktiengesellschaft „hätte das Handelsregisteramt (...) nicht ohne weiteres vornehmen dürfen“.

Vgl. BGE 109 Ib 101 ff.: "Unter diesen Umständen ist es erstaunlich, dass weder der Notar noch der Handelsregisterführer noch das Eidgenössische Amt für das Handelsregister von vornherein festgestellt haben, dass die (...) AG nicht in das Handelsregister eingetragen werden - und damit das Recht der Persönlichkeit nach Art. 643 OR nicht erlangen - konnte, solange der ausländische Zeichner die erforderliche Bewilligung nicht besass".

Vgl. BGE 113 Ib 289 ff.: "Dennoch könnte zunächst die Vorfrage aufgeworfen werden, ob der Handelsregisterführer (...) zu Recht die Eintragung einer Firma vornahm, deren Gesellschaftszweck ausdrücklich im Kauf und Verkauf von Liegenschaften und Wertschriften bestehen sollte und ob diese Eintragung nicht im Grunde genommen in Verletzung geltenden Rechts geschehen war. Diese Rechtslage ist zweifellos heikel".

30 BGE 109 Ib 109.

31 Lüthi G., Anwendungsprobleme in der Bundesgesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Diss. Zürich 1987, S.104.

32 BGE 15, S. 619 ff.

wonach die Aktiengesellschaft trotz Mängel im Gründungsverfahren durch Eintragung im Handelsregister nicht nichtig ist³³.

4. Die Prüfungspflicht in der Literatur

Die Stellungnahmen in der Literatur zum Umfang der Prüfungspflicht fallen unterschiedlich aus. REIZE tendiert dazu, die auf Sicherheit bedachte, vom Bundesgericht festgelegte Prüfungspflicht³⁴ zu relativieren. Es soll nicht so sein, dass juristische Personen und Gesellschaften ohne juristische Persönlichkeit vom Handelsregisterführer praktisch in jedem Fall an die Bewilligungsbehörde verwiesen werden, sondern im Gegenteil darf und soll eine summarische Prüfung stattfinden³⁵. Erst wenn Zweifel oder Unklarheiten bestehen oder wenn der Handelsregisterführer aufgrund der Grösse eines Geschäftes überfordert ist, soll die Verweisung an die Bewilligungsbehörde stattfinden³⁶. Nach BOMIO ist vom Handelsregisterführer eine "erste summarische"³⁷ Prüfung durchzuführen, allenfalls unter Rücksprache mit dem Grundbuchverwalter und der Bewilligungsbehörde. BOMIO findet jedoch, dass die Richtlinien des EHRA zu kurz abgefasst sind, um auf die Tragweite der Verweisungsproblematik genügend hinzuweisen³⁸.

LUSSY gibt zu beachten, dass auch dann an die Bewilligungsbehörde zu verweisen ist, wenn die Vermutung besteht, eine "befugte" Person handle treuhänderisch für eine

33 Lüthi G. a.a.O., S. 104. Siehe auch Art. 643 Abs. 3 OR.

34 Vgl. Wegleitung des Eidgenössischen Grundbuchamtes für die Grundbuchverwalter betreffend Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 29. Januar 1985, in: ZBGR 66/1985, Ziffer III 2.36, S. 188.

35 Reize E., Das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Februar 1983. Allgemeine Bemerkungen und erste Erfahrungen; in: ZBGR 66/1985 S. 322 f.

36 Mühlebach U./Geissmann Hp., a.a.O., N. 3 zu Art. 18, S. 294.

37 Bomio G., a.a.O., S. 132.

Vgl. Bernheim M., Die Finanzierung von Grundstückkäufen durch Personen im Ausland unter besonderer Berücksichtigung der Stellung der Auslandsbanken, Diss. Zürich 1993, S. 147.

38 Bomio G., a.a.O., S. 144.

U.E. widerspricht sich hier BOMIO selbst, wenn er für eine erste (nur) summarische Prüfung durch den Handelsregisterführer (S. 132) (noch) detailliertere Richtlinien des EHRA verlangt (S. 144).

Person im Ausland³⁹. Solche verdeckte Ausländerbeteiligungen sind nur bei sehr übersichtlichen Verhältnissen auszuschliessen. Daher ist praktisch bei allen Gründungen von Gesellschaften, bei denen eine qualifizierte Gründung mit Immobilien oder ein statutarischer Immobilienzweck vorliegt, vom Registerführer an die Bewilligungsbehörde zu verweisen⁴⁰.

Gemäss PLÜSS "steht der Handelsregisterführer (nur) vor der Frage, ob er Anmeldungen ins Handelsregister eintragen darf", weitergehende gestalterische Aufgaben sehe das BewG nicht vor⁴¹.

Nach BÖCKLI hat Art. 18 BewG für das Verfahren der Eintragung in das Handelsregister unverändert grosse Bedeutung⁴². Wird ein Zusammenhang mit einem Grundstückserwerb angenommen, so löst dies das "hochnotpeinliche" Ausforschungs-, Freistellungs- oder Bewilligungsverfahren aus⁴³.

Die hervorragenden Handbücher für das Handelsregister⁴⁴ sprechen sich leider über die Lex Friedrich-Erklärung als Handelsregister-Anmeldungsbeleg nicht aus.

39 Art. 5 Abs. 1 lit. d BewG.

40 Lussy W., Aktuelle Fragen des Handelsregisterrechts, in: Der bernische Notar 47/1986 22.

41 Plüss A., a.a.O., S. 82.

Der Schreibende erkennt die Bedeutung der Klammern um das Wort "nur" nicht. Würden die Handelsregisterführer auch nur im entferntesten ihrer Prüfungspflicht im Sinne des BewG nachkommen, geschweige denn weitergehende gestalterische Aufgaben wahrnehmen, müsste wohl mit einem heftigen Aufschrei der Anwaltschaft gerechnet werden (vgl. Kritik an der zu extensiv ausgeübten beschränkten Prüfungsbefugnis des Handelsregisterführers).

42 Böckli P., Das neue Aktienrecht. Darstellung für den Praktiker, Zürich 1992, S.40.

43 Böckli P., a.a.O., S. 41.

44 Vgl. Küng M./Meisterhaus C., Handbuch für das Handelsregister, Band I, Einführung, Einzel-firma, Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Kriegstetten 1993; Küng M., Handbuch für das Handelsregister, Band II, Aktiengesellschaft, Kriegstetten 1993; Küng M./ Meisterhans C./Zenger U., Handbuch für das Handelsregister, Band III, GmbH, Genossenschaft, Kriegstetten 1993; Küng M./Meisterhans C., Handbuch für das Handelsregister, Band IV, Verein, Stiftung, Kriegstetten 1993.

5. Die Prüfungspflicht in der Praxis

Gemäss der strengen bundesgerichtlichen Verweisungspraxis dürfte der Handelsregisterführer eine Vielzahl von Anmeldungen für das Handelsregister nicht in das Tagebuch eintragen, sondern müsste diese an die Bewilligungsbehörde verweisen und während der Dauer des Bewilligungs- oder Feststellungsverfahrens pendent halten. Nur so wäre sichergestellt, dass die Eintragung erst nach Vorliegen aller (spezial-)gesetzlichen Erfordernisse vorgenommen wird. Die Verweisung an die Bewilligungsbehörde kommt jedoch in der Praxis praktisch kaum vor. Gemäss Auskunft des Bundesamtes für Justiz, Sektion Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, werden sehr selten Entscheide kantonaler Bewilligungsbehörden überprüft⁴⁵, die aufgrund einer Verweisung durch den Handelsregisterführer an die Bewilligungsbehörde gelangten. Der Handelsregisterführer hält sich somit nicht an die strenge Verweisungspraxis des Bundesgerichtes^{46 47}. Das BewG wird durch den Handelsregisterführer nur unvollständig vollzogen (Vollzugsdefizit)⁴⁸. Dies mag seine Gründe in der komplexen Regelungsmaterie des BewG⁴⁹ haben und im Umstand begründet sein, dass der Handelsregisterführer oft davon ausgeht, dass eine Verweisung von Gesellschaften im Zuge eines noch folgenden Grundstückerwerbes durch den Grundbuchverwalter erfolgt⁵⁰.

45 Art. 17 Abs. 1 BewV: Die kantonalen Behörden eröffnen dem Bundesamt für Justiz als beschwerdeberechtigte Bundesbehörde die Verfügungen der Bewilligungsbehörde.

46 Vgl. Bomio G., a.a.O., S. 146.

47 Es ist seltsam, dass das Bundesgericht dem Handelsregisterführer im Kernbereich seiner Tätigkeit nur eine beschränkte Prüfungsbefugnis zu gesteht (Die rechtliche Prüfung erstreckt sich nur darauf, ob qualifiziert zwingende Vorschriften verletzt sind, d.h. solche, die im öffentlichen Interesse oder um Schutz Dritter aufgestellt sind, und ob dies offensichtlich und unzweideutig so ist: Böckli P., a.a.O., S. 40), in Spezialgesetzen den Handelsregisterführer jedoch zu voller Prüfung verpflichtet.

48 Bomio G., a.a.O., S. 146 und 357.

49 Dem Handelsregisterführer fehlen im BewG klare Anweisungen, wie er seiner Prüfungspflicht nachkommen soll. Die gesetzgeberische Vorstellung der Verweisungspflicht durch den Handelsregisterführers erweist sich in der Praxis als nicht zweckmässig.

50 Bomio G., a.a.O., S. 146.

In der Praxis werden von den Handelsregisterämtern zur Abklärung, ob eine Verweisung an die Bewilligungsbehörde erfolgen muss, verschiedene Formulare⁵¹ verwendet. Diese Formulare, welche sich an eine Vorlage des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister⁵² halten, stellen eine Ergänzung zur gebräuchlichen Stampa-Erklärung⁵³ dar. Die Formulare behandeln die Beteiligung von Personen im Ausland an der betreffenden Gesellschaft und den bereits vorhandenen Besitz sowie den beabsichtigten Erwerb von Grundstücken in der Schweiz. Sie decken jedoch nur die Eintragungstatbestände der Gründung, Kapitalerhöhung und nachträglichen Leistung von Einlagen bei der Aktiengesellschaft, GmbH, Kommanditaktiengesellschaft und Genossenschaft und damit nur einen Teil des gesamten Prüfungsgebietes ab. Bei den übrigen Handelsregisteranmeldungen muss im Einzelfall aufgrund der Umstände entschieden werden, ob ein Formular verlangt wird oder nicht.

Die Handelsregisterverordnung sagt in den Checklisten von Art. 78 HRegV (Gründung der Aktiengesellschaft), Art. 80 HRegV (Ordentliche Kapitalerhöhung), Art. 81b HRegV (Genehmigte Kapitalerhöhung) und Art. 83 (Nachträgliche Liberierung) nichts aus über die Einreichung einer besonderen Erklärung durch die Anmeldenden betreffend Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland.

6. Anregungen de lege ferenda

Die Praxis zeigt, dass hinsichtlich des Verweisungsverfahrens durch den Handelsregisterführer ein Regelungsbedarf besteht⁵⁴. Der Umstand, dass in gewissen Kantonen keine Verweisungen durch den Handelsregisterführer vorgenommen werden, lässt darauf schliessen, dass ein Vollzugsdefizit besteht. Eine Straffung des Verweisungsverfahrens, d.h. Vereinfachung und Ver-

51 Teils sind es eigenständige Formulare (Lex Friedrich-Erklärung, Erklärung II, Negativbescheinigung II, Erklärung zur Anmeldung), teils ist die Erklärung betreffend BewG in der Stampa-Erklärung integriert.

52 Vgl. Rundschreiben des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister betreffend die Anwendung des Bundesbeschlusses über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 1. Dezember 1978, Ziffer 1.4, S. 2.

53 Art. 78 Abs. 1 lit. g und Art. 80 Abs. 1 lit. d HRegV.

54 Bomio G., a.a.O., S. 357.

kürzung, und eine Vereinheitlichung der Rechtsanwendung, insbesondere hinsichtlich der Gründung und Kapitalerhöhung von Gesellschaften, ist notwendig, um die erforderliche Rechtssicherheit gerade im Rahmen des BewG hinreichend zu gewährleisten⁵⁵. Dies beinhaltet, dass unnötige Verweisungen, die ein förmliches und teils zeitaufwendiges Feststellungsverfahren durch die Bewilligungsbehörde auslösen, vermieden werden.

Gemäss Art. 18 Abs. 2 BewG hat der Handelsregisterführer bei der Prüfung von Rechtsgeschäften, die beim Handelsregister angemeldet werden, die gleichen Untersuchungen vorzunehmen wie der Grundbuchverwalter⁵⁶. Diese Gleichstellung von Handelsregisterführer und Grundbuchverwalter muss als ungeschickte Gesetzesredaktion der Lex Furgler bezeichnet werden. Der Grundbuchverwalter hat im Zusammenhang mit Grundstücksgeschäften ganz andere Möglichkeiten zur Prüfung der Verweisungspflicht als der Handelsregisterführer. Er legt sein besonderes Augenmerk auf die Personen des Gläubigers, die Höhe des Kaufpreises bzw. der dem Schuldner zur Verfügung gestellten Fremdmittel (Darlehensgewährung) unter Berücksichtigung des Verkehrswertes des Grundstückes sowie auf die Höhe der Belastung des Grundstückes mit Pfandrechten⁵⁷. Der Handelsregisterführer hat lediglich Kenntnis vom statutarischen Zweck einer juristischen Person und von der Nationalität der Aktienzeichner anlässlich der Gründung resp. Kapitalerhöhung einer juristischen Personen. Auf weitere Indizien für eine allfällige ausländische Beherrschung der juristischen Person kann er nicht zurückgreifen. Die Finanzierung des Kaufes oder der Überbauung eines Grundstückes ist kein Rechtsgeschäft, welches dem Handelsregisterführer in irgendeiner Form vorgelegt werden muss⁵⁸.

Im Vorentwurf zur Teilrevision des BewG⁵⁹ werden Art. 18 Abs. 1 und 2 leider unverändert beibehalten. Dem Art. 18 BewG wird ein 5. Absatz angefügt, wonach der Bundesrat die Belege bestimmen kann, "gestützt auf die der Grundbuch-

55 Bernheim M., a.a.O., S. 271.

56 Vgl. Bomio G., a.a.O., S. 131.

57 Bernheim M., a.a.O., S. 147 f.

58 Bernheim M., a.a.O., S. 148.

59 Vorentwurf des EJPD zur Teilrevision des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 6. Dezember 1993 (zitiert: VE-BewG).

verwalter oder der Handelsregisterführer die Prüfung darüber vornimmt, ob der Erwerber der Bewilligungspflicht unterliegt". Im Bericht zum Vorentwurf wird zu Art. 18 Abs. 5 VE-BewG ausgeführt, dass der Handelsregisterführer, um unnötige Feststellungsverfahren durch die Bewilligungsbehörde zu vermeiden, in der Regel anhand der ihm vorgelegten Belege den Eintrag in das Handelsregister in den meisten Fällen sollte vornehmen können, ohne den Erwerber vorgängig an die Bewilligungsbehörde zu verweisen. Gestützt auf diese Belege sollte der Handelsregisterführer "eine (beschränkte) Prüfung der Bewilligungspflicht" vornehmen⁶⁰. Die Regelung im Vorentwurf ist wohl ein Schritt in die richtige Richtung, doch geht er u.E. zu wenig weit.

Ausgehend vom eigentlichen Zweck des BewG⁶¹ sollte der Handelsregisterführer die Eintragung einer Immobiliengesellschaft i.e.S.⁶² mit Personen im Ausland nicht in das Tagebuch eintragen und den Erwerber an die Bewilligungsbehörde verweisen. Verwiesen würden die Tatbestände der Gründung einer Immobiliengesellschaft i.e.S. sowie deren Kapitalerhöhung.

60 Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Bern 1993, S. 25.

61 Der Bericht zum Vorentwurf (S. 5) spricht vom "harten Kern" der Lex Friedrich. Danach sollen nur noch Personen im Ausland der Bewilligungspflicht unterworfen werden, sofern sie ein Grundstück einzig mit dem Ziel erwerben, eine Kapitalanlage zu tätigen, Handel mit Grundstücken zu betreiben oder es als Ferienwohnung zu benutzen

62 Als Immobiliengesellschaften i.e.S. oder Immobiliengesellschaften *stricto sensu* gelten gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG diejenigen juristischen Personen, deren tatsächlicher Zweck der Erwerb von Grundstücken ist. Der einzige oder der Hauptzweck einer solchen Gesellschaft muss für eine diesbezügliche Qualifizierung m.a.W. im Erwerb und Halten bzw. Verwalten von Grundstücken liegen: Mühlebach./Geissmann Hp., a.a.O., N. 32 zu Art. 4, S. 46.

Vgl. Eichenberger R., Die Behandlung des Aktienerwerbes in der Lex Friedrich, Diss. Zürich 1992, S. 78 mit Hinweisen.

Als Immobiliengesellschaften gelten gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. d VE BewG juristische Personen, deren tatsächlicher Zweck, der gewerbsmässige Handel mit Grundstücken ist und deren Aktiven nach ihrem tatsächlichen Wert zu mehr als einem Drittel aus Grundstücken in der Schweiz bestehen, sofern Personen im Ausland dadurch eine beherrschende Stellung erhalten oder verstärken. Personen im Ausland können somit eine Minderheitsbeteiligung am Kapital einer Immobiliengesellschaft bewilligungsfrei erwerben. Die Unterscheidung zwischen Immobiliengesellschaften i.e.S. und i.w.S. fällt in der Teilrevision des BewG weg.

Gründungen von Gesellschaften, deren Haupt- oder einziger Zweck in diesem Zeitpunkt nicht im Grundstückerwerb liegt und die erst durch einen allfälligen späteren Erwerb von Grundstücken zu einer Immobiliengesellschaft (i.e.S. oder i.w.S.⁶³) werden könnten, müssen in jedem Fall bewilligungsfrei möglich sein⁶⁴. Die entsprechenden Anmeldungen solcher Gesellschaften sind ohne weitere Prüfung durch den Handelsregisterführer in das Tagebuch einzutragen. Die Frage der Unterstellung unter die Bewilligungspflicht gemäss BewG kann später beim eigentlichen Grundstückerwerb geklärt werden⁶⁵. Der Eintrag in das Tagebuch sollte somit immer verfolgen, auch wenn die Vermutung einer eventuellen Bewilligungspflicht besteht. Die Verweisung an die Bewilligungsbehörde wird nur bei sicherer Annahme der Bewilligungspflicht⁶⁶ vorgenommen.

Wir schlagen vor, dass Art. 18 Abs. 2 Satz 2 VE-BewG wie folgt geändert wird: "Der Handelsregisterführer verweist die Eintragung einer juristischen Person, die als statutarischen Zweck den Kauf, den Verkauf, die Vermietung und Verpachtung sowie die Überbauung von bebauten oder unbebauten Grundstücken im In- und Ausland bezweckt und an deren Gründung oder Kapitalerhöhungen Personen im Ausland beteiligt sind, an die Bewilligungsbehörde. In allen übrigen Fällen trägt der Handelsregisterführer die Anmeldung in das Tagebuch ein". Jede Übertragung von Anteilen an Immobiliengesellschaften an

63 Als Immobiliengesellschaften i.w.S. gelten gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. d BewG diejenigen juristischen Personen, deren Aktiven nach ihrem tatsächlichen Wert zu mehr als einem Drittel aus Grundstücken in der Schweiz bestehen. Diese Regelung bezieht sich auf Handelsgesellschaften sowie gewerbliche oder industriell tätige Gesellschaften, die den Erwerb von Grundstücken zwar nicht als Hauptzweck anstreben, die ohne den Grundstückerwerb jedoch nicht in der Lage wäre, ihre Haupttätigkeit auszuüben: Eichenberger R., a.a.O., S. 58 mit Hinweisen.

Art. 4 Abs. 1 lit. d BewG wird im Vorentwurf ersatzlos gestrichen. Betriebsstätten (Handels-, Industrie-, Finanz-, Fabrikations- und Dienstleistungsunternehmungen, Handwerksbetriebe oder in freien Berufen Tätige) werden nicht mehr der Bewilligungspflicht unterstellt, sofern sie ein Grundstück für die Ausübung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit erwerben.

64 Eichenberger R., a.a.O., S. 40.

65 Vgl. BGE 113 Ib 289. Eichenberger R., a.a.O., S. 39.

66 Vorliegen einer Gründung oder Kapitalerhöhung einer Immobiliengesellschaft.

Ausländer⁶⁷ sollte ohne weitere Prüfung durch den Handelsregisterführer an die Bewilligungsbehörde verweisen werden⁶⁸ und nicht erst dann, wenn Personen im Ausland in dieser Gesellschaft eine beherrschende Stellung einnehmen (Art. 4 Abs. 1 lit. e VE-BewG), was den Handelsregisterführer zu zusätzlichen, nicht wünschbaren Abklärungen zwingen würde. Der Bundesrat muss daher nur noch diejenigen Belege bestimmen, gestützt auf die der Grundbuchverwalter die Prüfung darüber vornimmt, ob der Erwerber der Bewilligungspflicht unterliegt⁶⁹. Der Grundbuchverwalter soll seine Kompetenzen ausschöpfen und den Mut haben, aufgrund eigener Abklärungen unmittelbar den Grundbucheintrag vorzunehmen.

-
- 67 Gemäss heutiger Praxis wird bei der Gründung und Kapitalerhöhung einer Immobiliengesellschaft i.e.S. keine Verweisung vorgenommen, wenn die Aktien von natürlichen Personen schweizerischer Nationalität gezeichnet werden: Bomio G., a.a.O., S. 147.
- 68 Bomio G., a.a.O., S. 119. BOMIO verlangt von den Grundbuchverwaltern eine rigorose Verweisungspraxis bei Immobiliengesellschaften i.e.S., welche noch nie auf die Nichtbewilligungspflicht überprüft worden sind, egal ob die Aktionäre alle Schweizer Bürger sind.
- 69 Vgl. Art. 18 Abs. 5 VE-BewG.

Der Autor ist Rechtsanwalt und Urkundsperson sowie Systemischer Coach und Trainer in St. Gallen.

Erschienen in: Jahrbuch des Handelsregisters 1994

Zitiervorschlag: Bläsi, Christof: Der Handelsregisterführer und die Lex Friedrich, in: Jahrbuch des Handelsregisters 1994, Zürich 1995, S. 159-173.

Christof Bläsi

Rechtsanwalt und Urkundsperson

Systemischer Coach und Trainer

Am Bohl 2

CH- 9004 St. Gallen

Tel. 0041 (0)71 230 34 65

Fax 0041 (0)71 230 34 66

www.chblaw.ch

E-Mail christof.blaesi@chblaw.ch