S. 386 / Nr. 60 Registersachen (d)

BGE 60 I 386

60. Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. Dezember 1934 i. S. Memmel & Cie, A. G. gegen Eidgen. Amt für das Handelsregister.

Regeste:

Zulässigkeit der Eintragung einer sag. halbseitigen Prokura.

A. - Die Kollektivgesellschaft Memmel & Cie., die in Basel seit mehreren Jahrzehnten eine Stempelfabrik betrieben hat, wurde im Jahre 1931 in eine Aktiengesellschaft umgewandelt. In dieser führten zunächst die beiden früheren Teilhaber, Frau Memmel und Hans Haueter, Einzelunterschrift. Nach dem Tode der Frau Memmel im Jahre 1932 blieb Hans Haueter zunächst allein unterschriftsberechtigt. In seiner Sitzung vom 18. April 1934 ernannte der Verwaltungsrat den Angestellten Hermann Stebler zum Prokuristen mit Kollektivunterschrift zusammen mit dem zur Einzelunterschrift berechtigten Hans Haueter. Diese Prokura wurde am 24. September 1934 beim Handelsregister Basel-Stadt angemeldet. Dieses nahm die Anmeldung entgegen; das eidgenössische Amt für das Handelsregister jedoch lehnte am 5. Oktober 1934 die Genehmigung dieser Anmeldung ab unter Bezugnahme auf eine Meinungsäusserung des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes vom 30. August 1928 (ihrem wesentlichen Inhalt nach abgedruckt in der Zeitschr. des

Seite: 387

bernischen Juristenvereins Band 65, S. 378 ff.), worin ausgeführt wird:

«Gemäss Art. 460 OR kann die Prokura «mehreren Personen zu gemeinsamer Unterschrift erteilt werden (Kollektiv-Prokura), mit der Wirkung, dass die Unterschrift des Einzelnen ohne die vorgeschriebene Mitwirkung der übrigen nicht verbindlich ist». Man kann nun allerdings zur Not die Auffassung vertreten, dass auch die «halbseitige Kollektiv-Prokura» in dieser Gesetzesbestimmung inbegriffen sei, indem auch hier neben die eine Unterschrift die andere treten muss. Immerhin trifft dies nur für den einen Zeichnungsberechtigten zu, während der andere, der mit jenem zeichnet, auch allein verbindliche Unterschrift besitzt. Deshalb liegt es näher, unter Kollektivprokura eine Vertretung von gleichberechtigten Personen zu verstehen, die nur bei gegenseitiger Unterschrift zu zeichnen imstande sind; nur so kann auch richtigerweise für beide von einer vorgeschriebenen Mitwirkung die Rede sein, während andernfalls die der Unterschrift des Vollprokuristen beigesetzte Unterschrift wegbleiben kann, ohne dass dies für die Rechtswirkung nach aussen von Belang wäre.

»Für diese strengere Auslegung des Gesetzes spricht auch der Absatz 3 des zitierten Art. 460 OR, der für alle andern, als die im Gesetze erwähnten Beschränkungen der Prokura die rechtliche Wirkung gegenüber Dritten ablehnt, und damit die Beschränkung ihrer Erscheinungsformen zum Ausdruck bringt.

»Das Kreisschreiben des Bundesrates vom 11. März 1887 (BBl. 1887, I, 419 und SIEGMUND, Handbuch für Handelsregisterführer, S. 436/437) fällt dagegen beim Entscheid der vorliegenden Frage nicht in Betracht; denn soweit es sich überhaupt mit den Möglichkeiten des Zusammenwirkens mehrerer Zeichnungsberechtigter befasst, schliesst es nur die Abstufung der Zeichnungsberechtigung einer und derselben Person nach verschiedenen Arten von Geschäften in Einzel- und Kollektivunterschrift aus. Nach

Seite: 388

bisheriger Praxis hat in der Tat die Erteilung «halbseitiger Kollektiv-Prokura» im Handelsregister, abgesehen von verschwindenden, offenbar versehentlich zugelassenen Ausnahmen, nicht Aufnahme gefunden.

»Die deutsche Praxis kann für uns nicht ohne weiteres wegleitend sein. Denn abgesehen davon, dass dort erst in neuerer Zeit (RGE 1917, Bd. XC, S. 21) die Zulässigkeit der Verbindung von Einzel- und Kollektivvertretung anerkannt worden ist, und in der Literatur hiefür verschiedene Auffassungen vertreten werden (vgl. Karl WIELAND, Handbuch Bd. I, S. 364, und die dort (Anmerkung 42) zitierte Literatur), ist nicht zu übersehen, dass das schweizerische Recht eine Bestimmung, wie jene des § 125 Abs. 2 Satz 3 des DHGB, die eine extensive Interpretation des Begriffes der Kollektivprokura eher zulässt, nicht kennt.

»Bei dieser Rechtslage hätten wir nur dann Veranlassung, die «halbseitige Kollektivprokura» auch bei uns einzuführen, wenn die Bedürfnisse des Geschäftslebens dies dringend nahelegen und den bisherigen Zustand als unbefriedigend erweisen würden. Nun wird aber im Gegenteil die Frage des praktischen Bedürfnisses von den zuständigen Kreisen von Handel und Industrie ganz überwiegend

verneint. Eine Umfrage bei einer grossen Zahl von Handelskammern hat zu diesem Ergebnis geführt. Sehr ablehnend verhält sich auch die Bankenwelt gegenüber der angeregten Neuerung, und in ähnlicher Weise hat sich ferner der Verband konzessionierter schweizerischer Versicherungsgesellschaften ausgesprochen. Es liegen derart zur vorliegenden Frage die Ansichtsäusserungen gerade jener Interessenverbände vor, denen auf diesem Gebiete am meisten Erfahrung zukommt, und für die die Gestaltung der verschiedenen Möglichkeiten der Zeichnungsberechtigung in erster Linie von Wichtigkeit sein muss. Deshalb ist es angebracht, wenn die Ablehnung der Eintragung einer «halbseitigen Kollektivprokura» in das Handelsregister aufrechterhalten bleibt.»

Von dieser Praxis erklärt das eidgenössische Amt nur

Seite: 389

abweichen zu wollen, wenn das Bundesgericht sich der Stellungnahme des Departementes nicht anschliesse.

B. - Gegen diese Verfügung hat die Memmel & Cie. A.-G. rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die verwaltungsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und das eidgenössische Amt für das Handelsregister sei anzuweisen, die angemeldete Prokura des Hermann Stebler zu genehmigen.

Die Begründung verweist in erster Linie auf den neuesten Entscheid des Bundesgerichtes vom 27. März 1934 in Sachen Fridolin Schwitter A.-G. gegen das eidgenössische Amt für das Handelsregister (BGE 60 I S. 55), und stellt im Anschluss an denselben fest, dass die zur Eintragung angemeldete Tatsache

- a) wahr sei, indem dem Herrn Hermann Stebler wirklich die genannte Kollektivprokura erteilt wurde,
- b) zu keinen Täuschungen Anlass geben könne, und endlich
- c) nicht einzusehen sei, wieso die Eintragung einem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen sollte.

Sie hebt hervor, in Wirklichkeit handle es sich eben bei der Zulassung der «halbseitigen Prokura» um eine Frage des materiellen Rechtes, was auch daraus hervorgehe, dass in der angeführten Zuschrift des eidgenössischen Justizdepartementes vom 30. August 1928 nicht etwa auf Grund der VO über das Handelsregister entschieden werde, sondern auf Grund des Art. 460 Abs. 3 des OR.

Zu der aufgeworfenen Bedürfnisfrage und deren Beantwortung durch grosse Interessenverbände bemerkt die Beschwerdeschrift, dass diese an der Frage der halbseitigen Prokura wenig interessiert seien, dagegen haben kleinere Unternehmungen ein durchaus schutzwürdiges Interesse daran, auch dann eine Kollektivprokura eintragen zu können, wenn keine zweite Kollektivprokura, sondern nur eine Einzelunterschrift besteht:

- a) Zunächst einmal sei die Verleihung der Prokura eine

Seite: 390

Auszeichnung für den Angestellten selbst, und darum ein wichtiges Hilfsmittel der Betriebsführung; sodann

b) sage die Verleihung der Prokura Dritten, dass die eigene Firma dem betreffenden Angestellten ein höheres Mass von Vertrauen entgegenbringt. Auch wenn er nur Kollektivprokura habe, so sei er eben doch zur Verhandlung mit Dritten besser geeignet, der Dritte lege auf seine Zusagen mit Recht grösseren Wert, als auf diejenigen eines gewöhnlichen Angestellten. Gerade in dieser Hinsicht spiele es gar keine Rolle, ob die Unterschrift des Kollektivprokuristen nachher ergänzt wird durch die weitere Unterschrift eines Kollektivprokuristen oder durch die Unterschrift eines Einzel-Zeichnungsberechtigten. - Die meisten grösseren Betriebe, beispielsweise alle Grossbanken, kennen heute überhaupt nur noch Kollektivunterschrift, und trotzdem sei es nicht üblich, dass immer zwei Direktoren oder zwei Prokuristen mit dem Vertragsgegner verhandeln, sondern es sei üblich, dass einer verhandelt. Was dann dieser eine Vertreter abgemacht hat, gelte als abgemacht, auch wenn zum formellen Abschluss des Geschäftes eine zweite Unterschrift erforderlich ist, und ob nun diese zweite Unterschrift eine Einzelunterschrift, oder eine Kollektivunterschrift ist, sei für den Geschäftsverkehr völlig gleichgültig.

Für den Dritten sei wichtig, dass er mit einem Angehörigen des Geschäftes verhandelt habe, auf dessen Zusagen und Abmachungen zufolge seiner Stellung im Geschäft gebaut werden dürfe. Auch die Beschwerdeführerin, die durch den Herrn Haueter allein gültig verpflichtet werden könne, habe doch das Bedürfnis nach einem weiteren Angestellten, der zufolge seiner Stellung im Geschäft mit Dritten massgebend verhandeln könne, so dass also auch praktische Gründe durchaus für die Zulassung der sog. halbseitigen Prokura sprächen.

C. - Das eidgenössische Amt für das Handelsregister hat die Abweisung der Beschwerde beantragt, indem es sich im wesentlichen auf die bereits in dem zitierten Schreiben des eidgenössischen Justizdepartementes vom

Seite: 391

30. August 1928 enthaltenen Erwägungen stützt. Für den Fall der Gutheissung der Beschwerde hat es ersucht, von der in verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten gesetzlich nicht zu rechtfertigenden Auferlegung von Kosten Umgang zu nehmen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Die Beschwerdeschrift hebt mit Recht hervor, dass die angefochtene Verfügung im Kernpunkt nicht sowohl in der Anwendung des spezifischen Registerrechtes, sondern des materiellen Prokurarechtes, OR Art. 460 Abs. 2, liegt. Denn das eidgenössische Amt stellt sich ja selbst nicht etwa auf den Standpunkt, dass die Eintragung einer sog. halbseitigen Prokura unter allen Umständen schlechthin unzulässig sei, auch dann, wenn Art. 460 Abs. 2 OR die Erteilung einer solchen Prokura an sich gestatten sollte, sondern es begründet die Unzulässigkeit der Eintragung einzig damit, dass eine solche Prokura überhaupt nicht erteilt werden könne (bezw. nicht zu gestatten sei), welche Frage aber eben vom materiellen Recht beherrscht wird, und wofür die zitierte Bestimmung des OR Art. 460 zweites Alinea, massgebend ist. Auch vom Standpunkt des eidgenössischen Amtes (und des eidgenössischen Justizdepartementes in seinem mehrzitierten Schreiben vom 30. August 1928) aus versteht es sich demnach von selbst, dass die Eintragung der halbseitigen Kollektivprokura dann nicht verweigert werden darf, wenn diese rechtmässig erteilt worden ist, bezw. also, wenn Art. 460 Abs. 2 OR dem Geschäftsinhaber gestattet, eine Prokura in dieser Form zu erteilen.

2.- Nun hat das Bundesgericht in seinem Urteil vom 27. März 1934 (BGE 60 I S. 55 ff.) in Sachen Fridolin Schwitter A.-G. gegen das eidgenössische Amt für das Handelsregister, in grundsätzlicher Entscheidung den Rahmen festgesetzt, innerhalb dessen sich die Kognition der Registerbehörde bei der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgabe zu halten hat und darauf hingewiesen, derselbe

Seite: 392

sei durch Art. 1 der rev. VO II von 1918 bestimmt, welcher den Grundsatz aufstellt, dass die Eintragungen im Handelsregister wahr sein müssen, zu keinen Täuschungen Anlass geben und keinem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen dürfen. Im Bereiche dieser drei Punkte habe die Registerbehörde die Rechtsakte, um deren Eintragung sie angegangen wird, sowohl nach der formellen wie nach der materiellen Seite zu überprüfen; darüber hinaus sei sie aber nicht befugt, über die von den Vertragsparteien begründeten Rechtsverhältnisse irgendwelche Entscheidungen zu treffen, sondern dies sei gegebenenfalls Sache der zivilen Gerichtsbarkeit.

In der Beschwerdeantwort gibt das eidgenössische Amt unumwunden zu, dass in casu keiner dieser drei der Kognition der Verwaltungsbehörde vorbehaltenen Punkte zutreffe; «denn», so sagt es selber, «die Eintragung des zur Kollektivzeichnung befugten Prokuristen Hermann Stebler, mit der Ermächtigung, gemeinsam mit dem einzelunterschriftsberechtigten einzigen Verwaltungsrat Hans Haueter-Seeger zu zeichnen, widerspricht weder der Wahrheit, noch gibt sie zu Täuschungen Anlass, noch widerspricht sie einem öffentlichen Interesse». Aber das eidgenössische Amt scheint, nach der Antwortschrift zu schliessen, von der Notwendigkeit der im BGE 60 I S. 57 hervorgehobenen Gewaltentrennung zwischen der Verwaltungs- und der Zivilrechtspflege immer noch nicht restlos überzeugt zu sein, und doch liegt dieselbe bei einigem Besinnen klar zutage, wie die folgenden wenigen Erwägungen zeigen:

3.- Es ist nicht streitig, dass es sich um das Dilemma handelt, ob nach dem schweizerischen Recht eine sog. «halbseitige Kollektivprokura», wie sie hier vorliegt, zulässig sei oder nicht.

Das eidgenössische Amt beurteilt die Frage im wesentlichen de lege ferenda, während der allgemeinen Regel nach, und insbesondere nach der in Art. 1 ZGB enthaltenen

Seite: 393

Vorschrift vor allen Dingen auf die lex lata abzustellen ist, und dagegen die Regel, die der Richter «als Gesetzgeber» aufstellen würde, erst in letzter Linie an die Reihe kommt, d. h. erst dann, wenn es im Gesetz an einer einschlägigen Bestimmung fehlt.

Einschlägige gesetzliche Bestimmungen haben wir nun aber, und zwar in OR Art. 458 Abs. 1 und 460 Abs. 2, welche über die Prokura verordnen:

Art. 458 Abs. 1: Wer vom Inhaber eines Handels-, Fabrikations- oder eines andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes ausdrücklich oder stillschweigend ermächtigt ist, für ihn das Gewerbe zu betreiben und «per procura» die Firma zu zeichnen, sei Prokurist, und

Art. 460 Abs. 2: «Sie (d. h. die Prokura) kann mehreren Personen zu gemeinsamer Unterschrift erteilt werden (Kollektivprokura), mit der Wirkung, dass die Unterschrift des Einzelnen ohne die vorgeschriebene Mitwirkung der übrigen nicht verbindlich ist».

Was nun zunächst den Rechtsbestand der Prokura anbelangt, so ist hier klar und deutlich ausgesprochen, dass er nicht auf behördlicher Verleihung, sondern auf privater Autonomie beruht: Es ist der Geschäftsinhaber, welcher sie ins Leben ruft, und zwar durch Vollmachterteilung an die von ihm zum Prokuristen bestimmte Person, also durch einen, in seiner Befugnis stehenden

privatrechtlichen einseitigen Rechtsakt. Eine bestimmte Form ist für die Vornahme dieses Rechtsaktes nicht vorgeschrieben; denn diese Vollmachterteilung geschieht durch einfache Willenserklärung seinerseits («Ausdrückliche oder stillschweigende» Ermächtigung) Art. 458 Abs. 1. Die Ansicht, als ob etwa die Prokura erst durch deren Eintragung im Handelsregister entstände und rechtskräftig würde, ist zum vorneherein durch Art. 458 Abs. 2 widerlegt; und es ist zum Überfluss auch allgemein anerkannt, dass dieser Eintragung bei dem Rechtsgebilde der Prokura (im Gegensatz z. B. zu gewissen

Seite: 394

Gesellschaftsformen) nicht konstitutive Wirkung zukommt. Die Pflicht zur Anmeldung zur Eintragung (Art. 458 Abs. 2) ist lediglich Ordnungsvorschrift.

4.- Hängt also die Rechtsbeständigkeit einer erteilten Prokura nicht von der Eintragung ins Handelsregister ab, und genügt dazu eine formlos erteilte Ermächtigung des Geschäftsherrn, so folgt hieraus, dass auch die Kundgebung dieser Ermächtigung nach aussen nicht auf die Publikation des Handelsregistereintrages beschränkt ist, sondern in beliebiger Weise durch anderweitige Kommunikation erfolgen kann, z. B. durch Zirkulare an Geschäftsfreunde, Annonce in der Zeitung usw. In Anbetracht dessen ist durchaus mit der Möglichkeit zu rechnen, dass vor geschehener Eintragung ins Handelsregister von der einmal erteilten Prokura Gebrauch gemacht worden ist und noch weiterhin Gebrauch gemacht wird, - dass sie also bereits im Verkehr wirksam geworden ist. Diesen Fall sieht das OR in Art. 458 Abs. 2 ausdrücklich vor und knüpft daran die Haftbarkeit des Geschäftsherrn. Je nach den Umständen kann hierüber Streit entstehen mit dem Dritten, der «durch die Handlungen des Prokuristen» berührt worden ist, und dieser Streit wird dann zweifellos ein zivilrechtlicher sein und demnach der zivilen Gerichtsbarkeit unterliegen. Der Zivilrichter aber wird die Zulässigkeit der angewandten Form der Prokura auf deren gesetzliche Grundlagen hin untersuchen, und dabei nicht in erster Linie Betrachtungen darüber anzustellen haben, ob diese Form «wünschbar» sei oder nicht, ob sie «überflüssig» sei oder nicht, sondern prüfen, ob das Gesetz sie gestatte oder ob sie etwa mit diesem in Widerspruch stehe. Bei dieser Prüfung wird der Zivilrichter genau feststellen, was wirklich vom Gesetz verboten sei, und was nicht, und nicht Etwas schon um deswillen als unzulässig und verboten erklären, weil es vielleicht besser verboten sein sollte. Bei dieser in der Zivilrechtspflege üblichen (und wie gesagt vom ZGB in Art. 1 noch ausdrücklich vorgeschriebenen) Methode der

Seite: 395

Rechtsfindung kann aber ein begründeter Zweifel daran nicht bestehen, dass der Zivilrichter die angefochtene sog. «halbseitige Kollektivprokura» als nach OR Art. 460 Abs. 2 nicht ausgeschlossen, sondern gesetzlich zulässig wird anerkennen müssen. Statt aller weitläufigen Erörterungen hierüber dürfte es genügen, auf die Ausführungen von K. WIELAND, Das Handelsrecht, I Seite 364, spez. Anm. 42 und die dort verzeichnete deutsche Literatur und Praxis (RG. 90, 21) zu verweisen.

Die Behauptung des eidgenössischen Justizdepartementes in seinem Schreiben vom 30. August 1928, «es liege näher», unter Kollektivprokura eine Vertretung von «gleichberechtigten Personen» zu verstehen, die nur bei gegenseitiger Unterschrift verbindlich zu zeichnen imstande sind, enthält eine durchaus willkürliche Beschränkung des Begriffes der Kollektivprokura, für welche der Gesetzestext, Art. 460 Abs. 2 gar keinen Anhaltspunkt bietet; sie wird in dem genannten Schreiben denn auch nur mit der Erwägung begründet, nur so könne «auf richtige Weise für beide von einer vorgeschriebenen Mitwirkung die Rede sein, während andernfalls die der Unterschrift des Vollprokuristen beigesetzte Unterschrift wegbleiben könne, ohne dass dies für die Rechtswirkung nach aussen von Belang wäre». Diese Begründung, welche auf die Verneinung eines praktischen Bedürfnisses hinausläuft, dürfte kaum als durchschlagend gelten, wenn man mit der Beschwerdeschrift das Bestehen eines praktischen Bedürfnisses, speziell in casu, nicht schlechtweg verneint; sie ist aber insofern falsch, als sie die sog. passive Vertretungsmacht vollständig ignoriert (v. TUHR, OR I. Bd. S. 304 Anm. 117; STAUB, HGB zu § 48 Anm. 9; BRAND, HGB zu § 48 Anm. 6 d).

5.- Wenn nun in einem solchen Streit, den der Geschäftsinhaber mit einem Dritten möglicherweise zu führen hat, der Zivilrichter die Zulässigkeit der sog. halbseitigen Kollektivprokura bejaht, so wird dann die Registerbehörde auch in einem Fall, wo der Geschäftsinhaber nicht etwa

Seite: 396

schon von sich aus die Prokura zur Eintragung angemeldet hat, diesen von sich aus hiezu anzuhalten haben, und nötigenfalls die Eintragung von Amtes wegen vorzunehmen, ungeachtet aller der Bedenken, welche sie gegen die Zulässigkeit heute vorbringt und möglicherweise auch noch weiterhin hegen mag. (Vergl. über die Gebundenheit der Registerbehörde an Entscheide des Prozessrichters: K. WIELAND, HR I S. 225, Anm. 33.)

Die Beschwerde ist aus diesem Grunde gutzuheissen.

6.- Was die Kostenfrage anbetrifft, so kann sie im vorliegenden Fall nicht wohl anders geregelt werden, als wie in der Entscheidung vom 27. März dieses Jahres in Sachen Fridolin Schwitter gegen das eidgenössische Amt für das Handelsregister, BGE 60 I S. 59 Erw. 3. Die beschwerdebeklagte Behörde übersieht, dass unter den Bestimmungen des OG für die staatsrechtliche Beschwerde, welche nach Art. 13 des Bundesgesetzes über die Verwaltungsrechtspflege auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren anzuwenden sind, ausdrücklich auch Art. 221 des OG genannt ist. Die Anwendung dieser Bestimmung des OG ist daher im verwaltungsrechtlichen Verfahren keineswegs gesetzlich nicht zu rechtfertigen, sondern gesetzlich vorgeschrieben, und sie hat auch im vorliegenden Falle in gleicher Weise zu erfolgen, wie in der zitierten Entscheidung vom 27. März 1934.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

- 1.- Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung des eidgenössischen Amtes für das Handelsregister vom 5. Oktober 1934 aufgehoben.
- 2.- Von der Auferlegung von Kosten wird Umgang genommen. - Das eidgenössische Amt für das Handelsregister hat die Beschwerdeführerin mit 100 Fr. ausserrechtlich zu entschädigen