



Rathaus, Marktplatz 9
CH-4001 Basel

Tel: +41 61 267 80 54
Fax: +41 61 267 85 72
E-Mail: staatskanzlei@bs.ch
www.regierungsrat.bs.ch

Bundesamt für Justiz BJ
Eidg. Amt für das Handelsregister EHRA
Bundesrain 20
3003 Bern

Basel, 27. März 2013

Regierungsratsbeschluss vom 26. März 2013

P122150

Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht und Anpassungen im Aktien-, GmbH- und Genossenschaftsrecht) sowie des Revisionsaufsichtsrechts

Stellungnahme des Justiz- und Sicherheitsdepartements

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Kanton Basel-Stadt bedankt sich für die Zustellung der Unterlagen zum Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht und Anpassungen im Aktien-, GmbH- und Genossenschaftsrecht) sowie des Revisionsaufsichtsrechts und nimmt dazu gerne folgendermassen Stellung:

Art. 461 VE OR

Der 2. Satz des 2. Absatzes ist ersatzlos zu streichen. In einem Register kann nur gelöscht werden, was früher einmal darin aufgenommen worden ist. Wenn eine Prokura – pflichtwidrig – gar nicht in das Handelsregister eingetragen worden ist, dann kann sie auch nicht wieder aus dem Register gelöscht werden. Für die Bekanntmachung des Widerrufs einer nicht im Handelsregister eingetragenen Prokura bedarf es daher keiner Involvierung der Handelsregisterbehörden. Nötig und genügend ist bzw. wäre die Möglichkeit der Publikation des Widerrufs z.B. im Schweizerischen Handelsamtsblatt durch den Geschäftsherrn selber.

Aufhebung Art. 462 OR

Wir teilen die Auffassung, dass kein schützenswertes Interesse am weiteren Erhalt der Handlungsvollmacht als Rechtsinstitut besteht.

Art. 627 Ziff. 15 und 16 VE OR

Mit Ziff. 16 wird der in Art. 627 Ziff. 10 enthaltene Passus „die Beschränkung des Stimmrechts“ obsolet.

Art. 629 Abs. 2 Ziff. 4 VE OR

Wir teilen die Auffassung, dass der bislang nur in der Handelsregisterverordnung geregelte Inhalt der sog. Stampa-Erklärung ins Gesetz überführt und in den zwingenden Mindestinhalt des Errichtungsaktes aufgenommen wird.

Art. 629 Abs. 3 VE OR

Die Vorlage sieht den Verzicht auf die Pflicht zur öffentlichen Beurkundung des Errichtungsaktes vor, sofern die Einlagen in bar geleistet werden und sich die Statuten auf den gesetzlich vorgeschriebenen Mindestinhalt beschränken. Vereinfachungen beim Gründungsverfahren anzustreben, ist grundsätzlich begrüssenswert. Abzulehnen sind sie jedoch, wenn sie auf Kosten der Rechtssicherheit für Dritte gehen. Gemäss Bundesgericht dient die öffentliche Beurkundung nämlich *nicht* dem Schutz der Gründer. Damit sollen vielmehr unlautere Machenschaften verhindert, die gesetzeskonforme Abwicklung des Gründungsvorganges gewährleistet und verlässliche Beweise gesichert werden. Die Pflicht zur öffentlichen Beurkundung verfolgt also vor allem objektive Zwecke zum Schutze Dritter, mögen die Beteiligten daran auch selber interessiert sein (vgl. BGE 102 II 424). Die Pflicht zur öffentlichen Beurkundung bezweckt im Wesentlichen die richtige und wahrheitsgetreue Fassung und Aufzeichnung der Beschlüsse, die saubere und einwandfreie Durchführung der Versammlung und Beschlussfassung sowie die Beschaffung einer sicheren Grundlage für die Eintragung im Handelsregister (Schenker, in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 4. Auflage, N1 zu Art. 629 OR mit Verweis). Eine Abschaffung der Beurkundungspflicht ohne gleichzeitige Einführung gleichwertiger Vorkehrungen für die Gewährleistung einer sicheren Grundlage für die Eintragung ins Handelsregister (und damit für alle sich auf das Register verlassenden Beteiligten am Wirtschaftsleben) ist daher abzulehnen.

Ein weiterer gegen die ersatzlose Abschaffung der Beurkundungspflicht sprechender Punkt ist die Gefahr der Überforderung von Laien mit dem doch komplexen Gesellschafts- und Handelsregisterrecht. Bei der 2008 in Kraft getretenen Revision des GmbH-Rechts wurde die Pflicht zur öffentlichen Beurkundung der Stammanteilabtretung abgeschafft, gleichzeitig aber die Voraussetzungen an den Mindestinhalt der Übertragungsverträge sogar noch deutlich erhöht. Die gemachten Erfahrungen zeigen, dass die Unternehmen bei der Erstellung der Belege trotz Bereitstellung von Mustervorlagen völlig überfordert sind. Die Gründung einer AG oder GmbH ist nochmals deutlich komplexer, die Überforderung von Laien ist noch evidenter.

Eine denkbare Lösung, welche das Interesse der Gründer an einer unkomplizierten, raschen und kostengünstigen Gründung eines Unternehmens, für dessen Schulden sie nicht persönlich haften müssen, als auch dasjenige der Öffentlichkeit an Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr mit einem solchen Unternehmen miteinander kombinieren könnte, wäre z.B. die Schaffung einer eigenständigen, neuen Rechtsform in der Art einer „*Light-Variante*“ von AG oder GmbH, bei welcher alle Organisationsmerkmale mit Ausnahme von Firma, Sitz, und Zweck bereits von Gesetzes wegen abschliessend vorgegeben wären und welche über ein fixes, voll liberiertes Kapital ohne Möglichkeit nachträglicher Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen verfügen würde. Dem Publikum würde so deutlich gemacht, worauf es sich bei einer solchen Rechtsform einlässt. Eine derart eng normierte Standard-Lösung könnte unter Nachweis der nötigen Kapitalaufbringung wie eine Kollektiv- und Kommanditgesellschaft direkt beim Handelsregisteramt gegründet werden.

Art. 632 VE OR

Die hinter dieser Bestimmung stehende Absicht der zwingenden Vollüberlieferung der Aktien ist zu begrüßen. Falsch ist jedoch die gewählte Formulierung, da sie den *Mindestausgabebetrag* und nicht die *Mindestüberlieferung* der Aktien regelt. Erstere ist aber bereits in Art. 624 OR festgehalten. Die Bestimmung ist analog Art. 777c Abs. 1 OR z.B. wie folgt zu formulieren: „Bei der Gründung muss für jede Aktie eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage vollständig geleistet werden.“

Art. 647, Art. 650 Abs. 4, Art. 652g Abs. 4, Art. 777 Abs. 3, Art. 780 Abs. 2, Art. 830 Abs. 2 und Art. 888 Abs. 4 OR VE OR

Betreffend Verzicht auf die öffentliche Beurkundung vgl. Ausführungen zu Art. 629 Abs. 3 VE OR.

Art. 731b VE OR

Es ist sehr zu begrüßen, dass das Fehlen eines Rechtsdomizils am Gesellschaftssitz neu auch als Mangel in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation qualifiziert wird und dadurch das amtliche Verfahren zur zwangsweisen Behebung dieses Mangels an das Mängelbeseitigungsverfahren bei Vorliegen der anderen Organisationsmängel angeglichen werden kann. Weiterer Vorteil der Angleichung ist auf jeden Fall, dass nun auch bei wegen Domizilverlust aufgelösten Gesellschaften deren Liquidation nach den Regeln des Konkurses veranlasst werden kann, was eine saubere und effiziente amtliche Abwicklung von ansonsten im Handelsregister eingetragen bleibenden „Registerleichen“ gewährleistet.

Art. 830 Abs. 1 VE OR

Wir teilen die Auffassung, dass sich hinsichtlich der Formerfordernisse von Gesellschaftsbeschlüssen (einfache Schriftlichkeit oder öffentliche Beurkundung) eine Unterscheidung zwischen AG und GmbH einerseits und der Genossenschaft nicht rechtfertigen lässt. Bei allen drei Rechtsformen sollten vergleichbare Beschlussfassungen den gleichen Formvorschriften unterliegen.

Art. 830 Abs. 2 VE OR

Der Verzicht auf die Notwendigkeit der öffentlichen Beurkundung bei Leistung der Einlagen in Geld ist nicht kompatibel mit dem Verzicht der Notwendigkeit der öffentlichen Beurkundung bei Beschränkung des Statuteninhalts – nur – „auf die Angaben gemäss Artikel 832“, da Einlagen nur geleistet werden müssen, wenn die Statuten Anteilscheine tatsächlich vorsehen. Dieser lediglich bedingt notwendige Statuteninhalt hat seine Grundlage aber nicht in Art. 832 VE OR, sondern in Art. 833 VE OR.

Art. 834 Abs. 2 VE OR

Soll die Genossenschaft schon hinsichtlich der Formerfordernisse von Gesellschaftsbeschlüssen der AG und GmbH angeglichen werden, dann wäre das auch hinsichtlich der Frage der Prüfung des Gründungsberichts durch einen zugelassenen Revisor angezeigt (vgl. Art. 635a OR).

Art. 888 Abs. 3 VE OR

Der Passus „oder der Verwaltung“ ist ersatzlos zu streichen, da das Genossenschaftsrecht keine Kompetenz der Verwaltung zu Statutenänderungen enthält.

Art. 888 Abs. 4 Ziff. 2 VE OR

Die Bestimmung ist ersatzlos zu streichen. Da das Genossenschaftsrecht kein zum voraus bestimmtes Genossenschaftskapital kennt, sind auch keine Beschlüsse zur Erhöhung desselben denkbar.

Art. 927 VE OR

Die – in der aktuellen Gesetzesfassung fehlende – Umschreibung des Zwecks des Handelsregisters auf Gesetzesstufe ist zu begrüssen.

Art. 928 VE OR

Gemäss Absatz 1 soll der Bund „die nationale Infrastruktur des Handelsregisters“ bereit stellen. Diese Umschreibung wie auch der erläuternde Bericht lassen leider offen, was genau darunter zu verstehen sein soll. Das elektronische Handelsregister besteht nicht nur aus der eigentlichen Datenbank, in der das Hauptregister elektronisch dargestellt werden kann, sondern auch aus der diese speisenden Betriebssoftware und einer Vielzahl weiterer daran angeschlossener Hilfsapplikationen wie insbesondere Textverarbeitungs-, Scanning- und Buchhaltungs-Software. Es wird nicht klar, ob der Bund zukünftig für die Betriebssoftware und die nationale Datenbank oder nur für die nationale Datenbank zuständig sein soll. Absatz 1 ist daher entsprechend zu präzisieren.

Materiell gesehen wäre die Zusammenführung der bisher dezentral bei den einzelnen Kantonen geführten Datenbanken beim Bund zu begrüssen. In einem gesamtschweizerischen Handelsregister könnten Daten sachimmanent einfacher und nach einheitlicheren Kriterien gepflegt und damit schlussendlich auch genauer abgefragt werden. Ebenso würde die Zusammenführung eine effektivere und effizientere Umsetzung des schweizerischen Gesellschafts- und Handelsregisterrechts ermöglichen. Indem die Datenfelder der Datenbank nur noch ganz bestimmte Eintragungen zulassen, könnte sodann auch die Lesbarkeit und die interkantonale Vergleichbarkeit der Handelsregistereinträge verbessert werden. Auf jeden Fall erforderlich ist bzw. wäre, dass eine Einheitslösung eine Softwarearchitektur aufweist, welche mit vertretbarem (Kosten-)Aufwand in die kantonalen Softwareumgebungen und Workflows, welche unterschiedlicher nicht sein könnten, eingebettet werden kann. Diese Voraussetzung lässt sich nur durch ein Mitspracherecht der Kantone bei der Systemkonzeption realisieren.

Art. 928a Abs. 2 VE OR

Der Informationsaustausch mit den Handelsregisterbehörden muss in Übereinstimmung mit dem aktuellen Art. 157 Abs. 2 HRegV eine Amtspflicht und nicht eine blosser Kann-Möglichkeit darstellen. Nur eine Amtspflicht kann die tatsächliche Weitergabe von vorhandenen Informationen über Falsch- oder fehlende Einträge im Handelsregister an die Handelsregisterämter gewährleisten. Ebenfalls in Anlehnung an den aktuellen Art. 157 Abs. 2 HRegV ist die Unentgeltlichkeit nicht nur für die von den Handelsregisterbehörden gelieferten, sondern auch für die von denselben bezogenen Amtshilfeleistungen vorzusehen. Eine unterschiedliche Behandlung der Gebührenpflicht bzw. -befreiung für Bezug und Lieferung ist nicht gerechtfertigt.

Art. 928a Abs. 3 VE OR

Nachdem die Handelsregisterämter diverser Kantone Scans von allen oder zumindest von einem Teil der bei ihnen hinterlegten Belege zum kostenlosen Abruf über Internet anbieten, wäre es gerechtfertigt, die Kostenfreiheit auf die Zustellung jener Akten zu beschränken, die nicht über Internet zugänglich sind, oder nach Massgabe von Art. 167 HRegV zwingend im Original bezogen werden müssen.

Art. 928b und Art. 928c VE OR

Die systematische Verwendung der AHVN13 als Referenznummer für die Personenidentifikation im Handelsregister und der Aufbau eines mit der Unique Identification Database (UPI) der Zentralen Ausgleichsstelle AHV/IV verbundenen zentralen Personenregisters sind begrüssenswert. Schlussendlich kann nur die systematische Verwendung der Versichertennummer der AHV und die Verbindung mit der UPI die für ein öffentliches Register nötige Qualität und Aktualität der darin enthaltenen Personendaten ermöglichen. Sodann stellt nur ein zentrales Personenregister eine schweizweit einheitliche Erfassung der Angaben über die gleichen natürlichen Personen sicher. Dass die in mehr als einem kantonalen Handelsregister eingetragenen Personen nur noch einmal (und nicht von allen betroffenen Handelsregisterämtern wieder neu) erfasst werden müssten, würde eine willkommene Ausräumung von Doppelspurigkeiten darstellen.

Art. 930 Abs. 4 VE OR

Dass Anmeldungen und Belege zwingend nur noch in elektronischer Form eingereicht werden können sollen, ist nicht sachgerecht. Solange die dem Handelsregisteramt einzureichenden Belege wie z.B. Protokolle oder Statuten im Original in Papierform erstellt werden dürfen (was zu ändern nicht beabsichtigt ist), ist nicht einzusehen, wieso sie dann nicht auch in dieser Form dem Handelsregisteramt eingereicht werden dürfen sollen.

Art. 936 Abs. 3 VE OR

Gemäss Begleitbericht scheint der Vorentwurf die in Absatz 1 statuierte Öffentlichkeit der Handelsregisterbelege bei Einsichtnahme über Internet neu auf Statuten und Stiftungsurkunden beschränken zu wollen. Die Einführung von verschiedenen künstlichen Kreisen von Öffentlichkeit (Internet-Öffentlichkeit gegenüber Schalteröffentlichkeit) ein und derselben Belege wäre aber strikte abzulehnen. Die Abrufbarkeit der beim Handelsregisteramt hinterlegten öffentlichen Belege über Internet führt nämlich nicht zu einer quantitativen Ausweitung des Informationsangebotes des Handelsregisters, sondern lediglich zu einer Vereinfachung des Zuganges dazu. Diese qualitative Ausweitung entspricht jedoch genau der Intention des Gesetzgebers, durch eine möglichst leichte Zugänglichkeit der Handelsregisterdaten den Geschäftsverkehr informationell zu erleichtern (vgl. Urteil BVGer A-4086/2007 vom 26.02.2008, E. 5.2.3). Denn nur so kann die gesetzliche Fiktion aufrecht erhalten werden, dass die Handelsregisterdaten im Rechtsverkehr als bekannt gelten (vgl. Art. 933 Abs. 1 OR bzw. Art. 936a Abs. 2 VE OR).

Die von den Handelsregisterämtern der Kantone Basel-Stadt und Zürich seit Mitte 2012 angebotene Möglichkeit der kostenlosen Einsicht in alle bei diesen Ämtern hinterlegten öffentlichen Belege über das Internet wird jedenfalls sehr intensiv genutzt und entspricht damit offensichtlich einem grossen Bedürfnis der Wirtschaftswelt. Ein Verbot dieses Angebots wäre in der heutigen Zeit der Digitalisierung, von e-government und allgemeiner Zugänglichkeit von Informationen und Rechtsdaten daher schlicht nicht zeitgemäss.

Art. 936 Abs. 5 VE OR

Wie bei der Frage, welche Belege auf welche Art öffentlich einsehbar sein sollen (vgl. Ausführungen zu Art. 936 Abs. 3 VE OR), ist auch bei derjenigen nach der Befristung deren Einsehbarkeit auf eine künstliche Schaffung verschiedener Kreise von Öffentlichkeit (Internet-Öffentlichkeit gegenüber Schalteröffentlichkeit) ein und derselben Belege zu verzichten.

Art. 937b VE OR (und Art. 69c Abs. 1 VE ZGB)

Die Ausdehnung der Berechtigung zur Stellung eines Antrags auf gerichtliche Ergreifung der erforderlichen Massnahmen bei Fehlen eines der vorgeschriebenen Vereinsorgane auf das Handelsregisteramt ist zu begrüssen. Die im aktuellen Recht enthaltene Beschränkung des Antragsrechts auf Vereinsmitglieder und Gläubiger hat zur unbefriedigenden Situation geführt, dass Vereine, welche keine Organe mehr aufweisen, nicht abgewickelt werden können, wenn die Vereinsmitglieder und Gläubiger keinen entsprechenden Antrag beim Gericht stellen, wozu sie gesetzlich nicht verpflichtet sind.

Zu überdenken ist jedoch, ob Organisationsmängelverfahren überhaupt über das Gericht abgewickelt werden sollen oder ob nicht eine Erledigung durch die Handelsregisterbehörden alleine genügen würde. Im Gegensatz zum Schluss im erläuternden Bericht, wonach sich der bisherige Art. 941a OR in der Praxis bewährt habe, führt die aktuelle zweigleisige Verfahrensführung (wonach die Gerichte zwar Frist und Art der zu treffenden Massnahmen zur Beseitigung von bestehenden Organisationsmängeln anzuordnen haben, die Erfüllung dieser Anordnungen aber von den Handelsregisterbehörden in eigener Kognition zu prüfen ist), in Tat und Wahrheit zu kosten- und zeitintensiven Doppelspurigkeiten, welche weder für die Allgemeinheit noch für die mangelhaft organisierten Gesellschaften in einem erkennbaren Mehr an Rechtsschutz resultieren.

Die Gesetzesvorlage sollte deshalb so ausgestaltet werden, dass nur in strittigen Fällen das Verfahren vor dem Gericht durchgeführt wird. Dies entspräche einer sinnvollen Aufgabenteilung zwischen den Handelsregisterämtern und den Gerichten. Demgemäss sollte bei der vorliegenden Revision unbedingt vorgesehen werden, dass die Handelsregisterbehörden generell bei allen Organisationsmängeln rechtsmittelfähige Verfügungen erlassen und die Auflösung mangelhaft organisierter Gesellschaften nach den Vorschriften über den Konkurs in Eigenregie veranlassen können sollten. Es wäre ebenfalls ein rechtsstaatlich einwandfreies Verfahren mit Rechtsschutzgarantien, verbunden mit dem Vorteil der administrativen Verfahrensvereinfachung und Entlastung der Gerichte von nur in den allerseltensten Fällen überhaupt umstrittenen Massengeschäften.

Art. 939 Abs. 1 VE OR

Die Umschreibung des Kreises der Kostentragungspflichtigen ist enger als diejenige im aktuellen Art. 21 Abs. 1 GebT (Gebührentarif, SR 221.411.1), was dazu führt, dass sich der Umfang der von der Staatskasse zu tragenden Gebührenauffälle erhöhen würde. Das ist entschieden abzulehnen. Sodann fehlt in dieser Bestimmung eine Grundlage für die Weiterverrechnung von nicht durch die Gebühren abgedeckten *Auslagen* für zusätzlich generierten Aufwand wie Korrespondenz, Porti, Telefon etc.

Art. 940 Abs. 2 Ziff. 6 VE OR

Der Umfang der Öffentlichkeit des Handelsregisters muss wie bisher abschliessend und auf Gesetzesstufe geregelt werden. Lediglich auf Verordnungsstufe geregelte Einschränkungen oder Ausdehnungen der Öffentlichkeit öffnen Tür und Tor für unnötige Konflikte mit der Datenschutzgesetzgebung. Der Passus „*Öffentlichkeit und*“ ist daher zu streichen.

Aufhebung Art. 336-348 ZGB

Wir teilen die Auffassung, dass die Gemeinderschaft als Rechtsinstitut veraltet ist und kein schützenswertes Interesse an ihrem weiteren Erhalt besteht.

Art. 2 lit. c Ziffer 2 VE RAG

Gemäss erläuterndem Bericht S. 59 soll die Regelung auch Gesellschaften betreffen, die zur Erstellung einer Konzernrechnung verpflichtet sind. Richtig müsste es also heissen: „2. Gesellschaften nach Artikel 727 Absatz 1 Ziffer 2 und 3 OR.“

Soweit unsere Bemerkungen zur geplanten Revision. Die nicht angesprochenen Bestimmungen geben uns zu keinen grundsätzlichen Bemerkungen Anlass. Für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Vorentwurf danken wir Ihnen bestens und hoffen, dass Sie unseren Einwänden und Anregungen Rechnung tragen werden.

Mit freundlichen Grüssen

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Dr. Guy Morin
Präsident



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatschreiberin