

3738

KR-Nr. 407/1997

**Bericht und Antrag
des Regierungsrates an den Kantonsrat
zum Postulat KR-Nr. 407/1997
betreffend Effizienzverbesserung
der Kontrolltätigkeiten beim Handelsregisteramt**

(vom 27. Oktober 1999)

Der Kantonsrat hat dem Regierungsrat am 4. Mai 1998 folgendes am 1. Dezember 1997 von Kantonsrat Hans-Peter Portmann, Zürich, eingereichte Postulat zur Prüfung überwiesen:

Der Regierungsrat wird eingeladen, die Kontrolltätigkeiten beim Handelsregisteramt zu überprüfen und insbesondere bei Verfahrensabläufen, wo andere kantonale Ämter miteinbezogen sind, allenfalls neue Weisungen zu erlassen.

Der Regierungsrat erstattet hierzu folgenden Bericht:

Das Postulat setzt in seiner Begründung im Wesentlichen bei der öffentlichen Beurkundung von gesellschaftsrechtlichen Akten durch die Notariate an und beanstandet, dass durch die Prüfung der zu beurkundenden Unterlagen durch die Notariate einerseits und durch diejenige des Handelsregisteramtes im Vorfeld der Eintragungen anderseits Doppelspurigkeiten entstehen, die sich als ineffizient und kundenunfreundlich erweisen. Zur Effizienzsteigerung wird deshalb vorgeschlagen, das Handelsregisteramt direkt auf die den Anmeldungen beigelegten Unterlagen abstellen zu lassen oder auch eine direkte Eintragungsveranlassung durch die Notariate vorzusehen. Vor diesem Hintergrund hat der Regierungsrat im Einvernehmen mit dem Obergericht als Oberaufsichtsbehörde über das Notariatswesen eine Arbeitsgruppe aus Vertretern des Handelsregisteramtes, des Notariatsinspektorates, der Notariate und der Direktion der Justiz und des Innern eingesetzt, um die Verfahrensabläufe, die massgeblichen Rechtsgrundlagen und allfällige Schnittstellenprobleme einer näheren Prüfung zu unterziehen. Der vorliegende Bericht und Antrag erfolgt

auf der Grundlage der von dieser Arbeitsgruppe, beruhend auf im ganzen Kanton durchgeführten Erhebungen, erarbeiteten Erkenntnisse und der von dieser bereits ergriffenen Massnahmen.

1. Rechtsgrundlagen und Umfang der handelsregisterlichen Prüfung

Gemäss Art. 64 der Bundesverfassung (Art. 120 der neuen Bundesverfassung), konkretisiert durch die Art. 927 ff. Obligationenrecht (OR, SR 220), ist das Handelsregisteramt eine bündesrechtliche Institution, dessen Aufgaben und Kompetenzen grundsätzlich durch das Bundesrecht geregelt werden. Demgegenüber kommt dem kantonalen Recht auf dem Gebiete des Handelsregisters weitestgehend nur eine beamtenrechtliche Funktion zu. Wie in Art. 929 Abs. 1 OR vorgesehen, hat der Bundesrat in einer Handelsregisterverordnung (HRegV, SR 221.411) Vorschriften über die Aufgaben und Verfahren der in den Kantonen ansässigen Handelsregisterämter erlassen.

Die zentralen Kompetenznormen für die Prüfung von eingereichten Unterlagen durch die Handelsregisterämter finden sich in Art. 940 OR und Art. 21 HRegV, die den Handelsregisterführer verpflichten, das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für eine Eintragung im Handelsregister zu prüfen. Die Wirkung, die dieser Prüfung letztlich zukommen soll, besteht in der Gewährleistung der Wahrheit des Inhalts des Handelsregisters und der Sicherstellung der gesetzlichen Anforderungen an die unternehmerischen Grundlagen (Kapitalausstattung, Statuteninhalt usw.). Art. 38 HRegV sieht hierfür ausdrücklich vor, dass sämtliche Eintragungen im Handelsregister wahr sein müssen, zu keinen Täuschungen Anlass geben dürfen und keinem öffentlichen Interesse widersprechen dürfen. Zentral für die Frage der Kognitionsbefugnis der Handelsregisterämter im Vorfeld von gesellschaftsrechtlichen Eintragungen ist nun der Umstand, dass die Handelsregisterführer persönlich für allen Schaden haften, den sie im Zusammenhang mit unkorrekten Registereinträgen schuldhaft verursachen (Art. 928 OR). Sie haben mit anderen Worten die Gesetzmässigkeit der von ihnen vorgenommenen Registereinträge persönlich zu gewährleisten und tragen die Verantwortung dafür, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Eintragung erfüllt sind.

Als Gegenstück zu dieser Verantwortung steht dem Registerführer im Bereich der hier interessierenden Prüfung der registerrechtlichen Eintragungsvoraussetzungen, insbesondere der Vollständigkeit und der formellen Korrektheit der einzureichenden Belege, unbestrittenmassen eine unbeschränkte Prüfungsbefugnis zu. Herrschende Lehre und Praxis stimmen zudem darin überein, dass Recht und Pflicht zur Kognition deckungsgleich sind, es sich als mithin nicht nur um ein

Prüfungsrecht, sondern auch um eine eigentliche Prüfungspflicht im Bereich der umfassenden Prüfungsbefugnis des Registerführers handelt. In Bezug auf die Prüfungspflicht von öffentlichen Urkunden hat der Bundesgesetzgeber denn auch ausdrückliche Vorschriften erlassen (vgl. Art. 739 ff. OR), und es steht nicht im Belieben der Kantone, hierfür eine andere Ordnung vorzusehen.

2. Fehlende Delegationsmöglichkeit der Prüfungsbefugnis an die Notariate

Gemäss Art. 927 Abs. 3 OR und Art. 1 HRegV bestimmen die Kantone die Amtsstelle, konkret die Beamten und deren Stellvertreter, denen die Führung des Handelsregisters auf ihrem Hoheitsgebiet obliegen soll. Es stellt sich mithin die Frage, ob die Notariate diesbezüglich als Stellvertreter der Handelsregisterführer in Frage kommen. Die Notariate sind organisatorisch und verantwortungsmässig nicht in die Handelsregisterbehörden und ihre Abläufe integriert und können insofern nur als externe Hilfspersonen in Frage kommen. Für die vorliegende Fragestellung ist mit anderen Worten nur eine Substituierung, also eine selbstständige und weisungsbundene Delegation der Aufgabe an die Notariate denkbar. Insofern muss zunächst anhand der Regelung von Art. 398 Abs. 3 OR geprüft werden, ob die Voraussetzungen für eine entsprechende Substitution erfüllt wären. Eine solche Substitution würde jedoch eine rechtsgenügende Ermächtigung erfordern, die in öffentlichrechtlichen Verhältnissen jedenfalls auf einer (bundes)gesetzlichen Grundlage beruhen müsste. Als einzige Ermächtigungsnorm käme hier die HRegV selbst in Frage. Die Erwähnung des ansonsten nicht näher umschriebenen Begriffs des Stellvertreters in Art. 1 Abs. 3 HRegV genügt den Ansprüchen an eine Ermächtigung jedoch keinesfalls. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass der Handelsregisterführer nur solche Personen als Stellvertreter bestellen darf, die dem schuldrechtlichen Erfüllungsgehilfen entsprechen, also vollumfänglich seiner Leitung und Aufsicht unterstehen. Unter diesen Umständen fällt eine Stellvertretung durch die Notariate ausser Betracht.

3. Rechtsgrundlagen und Umfang der notariellen Prüfung

Gemäss § 93 der Zürcher Notariatsverordnung (NotV, LS 242.2) hat die Urkundsperson bei einer Gesellschaftsgründung zu prüfen, ob die ihr vorgelegten Belege wenigstens ihrem äusseren Aussehen nach formell in Ordnung sind, sie die vom Gesetz verlangten Angaben ent-

halten und ob ihr Inhalt mit den von ihm zu beurkundenden Feststellung der Gründer übereinstimmt. Dem Notar obliegt es hingegen nicht, das Bestehen der in den Belegen dargelegten Rechtsverhältnisse zu überprüfen (§ 93 Abs. 1 NotV). Da auch Art. 631 OR, auf den § 93 NotV verweist, keine entsprechende Prüfungspflicht der Urkundsperson festlegt, ist davon auszugehen, dass § 93 der NotV den Notariaten zwar eine formelle Prüfungspflicht auferlegt, diese jedoch keinen Einfluss auf die bundesrechtlich geregelte Prüfungskompetenz und -pflicht der Handelsregisterbehörden hat. Kommt hinzu, dass der Zweck der Prüfung des Handelsregisterführers darin besteht, die Gesetzmässigkeit des Registerinhaltes zu gewährleisten, während die notarielle Prüfung nur bezweckt, die formelle Korrektheit und Vollständigkeit der Belege und deren inhaltliche Übereinstimmung mit den zu beurkundenden Feststellungen der Gründer zu beurteilen. Nachdem das Notariat aber eine materielle Prüfung der Wahrheit der ihm gegenüber abgegebenen Erklärungen gerade nicht vornehmen kann und muss, genügt seine Prüfungsbefugnis für die Sicherstellung der Rechtmässigkeit des Registerinhaltes nicht.

Auf Grund dieser Ordnung ergibt sich zusammenfassend, dass die Prüfungsbefugnisse der Notariate und der Handelsregisterämter inhaltlich nicht deckungsgleich sind und die Handelsregisterämter ihre Prüfungspflichten nicht an die Notariate delegieren können, mit anderen Worten also zwingend die notariell bereits unter formalen Gesichtspunkten geprüften Urkunden im Hinblick auf die Gewährleistung der Wahrheit des Registereintrags erneut prüfen müssen. Auf Grund dieser bundesrechtlichen Zuständigkeitsaufteilung zwischen den Urkundspersonen und den Handelsregisterämtern und auf Grund des Umstandes, dass die direkte Eintragungsveranlassung durch die Notariate zwar nicht durch die Notariatsgesetzgebung, wohl aber durch das handelsregisterrechtliche Anmeldeprinzip, also die Pflicht des Gesellschafters, die eintragungspflichtigen Vorgänge selbst anzumelden (Art. 22 HRegV), ausgeschlossen ist, fällt die vorgeschlagene direkte Eintragungsveranlassung durch die Notariate von vornherein ausser Betracht.

4. Reibungsverluste und Optimierungsmöglichkeiten in der Praxis

Bei der Analyse der Prozessabläufe und der Rahmenbedingungen hat die Arbeitsgruppe zunächst festgestellt, dass es bereits heute der üblichen Praxis des Handelsregisteramtes entspricht, sich mit in notariellen Urkunden eingebundenen Kopien der beurkundeten Originaldokumente zu begnügen. Sodann hat sich ergeben, dass das Handelsregisteramt von den jährlich durchschnittlich bis zu 10 000

beurkundeten gesellschaftsrechtlichen Rechtsgeschäften, die zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden, nur rund 7% an die Notariate zur Korrektur zurückweisen muss. Vielfach beruhen die Beanstandungen auf materiellen Fehlern, welche die betroffenen Gesellschaftsträger selbst zu verantworten haben. Hinzu treten mitunter formelle Mängel in der Abfassung von Urkunden durch die Notariate. Aus solchen Rückweisungen ergeben sich vereinzelt eigentliche Neubeurkundungen, meistens aber die eintragungsrechtlich, vor allem hinsichtlich der zu leistenden Gebühren privilegierten Nachtragsbeurkundungen. Im Übrigen hat sich die nach der Revision des Aktienrechts im Jahre 1992 vorübergehend angestiegene Zahl der Beanstandungen, die vor allem auf die durch die Revision ausgelöste Verdopplung der Beurkundungsvorfälle mit entsprechendem Zeitdruck zurückzuführen war, auf Grund der inzwischen gesammelten Erfahrungen bereits wieder merklich gesenkt.

Vor diesem Hintergrund hat die Arbeitsgruppe drei Varianten zur Optimierung des Eintragungsverfahrens unter Senkung der Rückweisungsquote erwogen:

- a) Die Notariate leiten die Unterlagen nach einer vertieften Prüfung analog dem Baubewilligungsverfahren direkt an das HRA weiter und unterstützen ihre Kunden aktiv beim Eintragungsverfahren.

Wie sich aus der Analyse der Kompetenzabgrenzung bereits ergeben hat, ist eine direkte Anmeldung der Eintragung durch die Notariate bereits von Gesetzes wegen ausgeschlossen. Auch wenn sich eine entsprechende Kompetenz aus dem Handelsregisterrecht ableiten liesse, erschiene eine solche Aufgabe im Tätigkeitsbereich der zürcherischen Notariate als Fremdkörper und würde zudem die Gefahr von Zielkonflikten bergen. Konkret würde eine entsprechende Erweiterung der Notariatsbefugnisse ein komplexes Dreiecksverhältnis zwischen Gesellschaftern, Notariaten und Handelsregisteramt entstehen lassen, bei denen namentlich in komplexen Einzelfällen nicht nur die Weitergabe des für die vertiefte Prüfung nötige Fachwissen von den Handelsregisterämtern an die Notariate mit übermässigem Aufwand verbunden wäre, sondern zudem auf Seiten der Notariate noch eine unerwünschte Haftungsgefahr für die Eintragungsgebühren entstünde (BGE 115 II 93 ff.). Die Erstellung von Belegen durch die Notariate selbst würde zudem das Risiko bergen, dass der Notar seine Kunden nicht nur berät, sondern seine eigenen Vorstellungen an die Stelle des Willens der Gesellschafter treten lassen könnte. Die Dienstleistungsbereitschaft der Notariate im Kanton Zürich bei der Erstellung von Statuten und Belegen hat sich im Übrigen als recht unterschiedlich erwiesen.

- b) Das Handelsregisteramt wird mit notariellen Befugnissen im gesellschaftsrechtlichen Bereich ausgestattet.

Diese Lösungsvariante – unabhängig davon, ob die Notariate für diesen Geschäftsbereich in das Handelsregisteramt integriert oder ob eine ausschliessliche Zuständigkeit der Handelsregisterämter angestrebt würde – würde in jedem Fall eine Personalunion zwischen Handelsregisterführer und Urkundsperson voraussetzen, was grundsätzlich nur gestützt auf eine entsprechende Gesetzesänderung denkbar wäre. Aus der Sicht der Kundinnen und Kunden hätte eine solche Konzentration der Zuständigkeit zwar eine gewisse Vereinfachung zur Folge, doch würden solche Vorteile im Gegenzug durch absehbare personelle und kapazitätsmässige Engpässe aufgewogen werden. Bedenklich wären zudem auch die Folgen der damit verbundenen Spaltung und Entwertung der Notariatsfunktionen. Aufsichtsrechtliche Doppelspurigkeiten wären damit geradezu vorprogrammiert und auch die Frage der Beurkundungszuständigkeit im interkantonalen Verhältnis müsste ausdrücklich geregelt werden. Im Gesamtvergleich innerhalb der Schweiz erweist sich sodann, dass eine personelle Funktionstrennung zwischen der Beurkundung der Rechtsgrundlagen und der registerrechtlichen Eintragung von gesellschaftsrechtlichen Akten die Regel bildet und sich eine Personalunion grundsätzlich nur in Kantonen mit einfacheren Verhältnissen bewährt. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die im Rahmen des Postulates KR-Nr. 3/1995 geforderte Übertragung von Beurkundungsbefugnissen im gesellschaftsrechtlichen Bereich – damals an freischaffende Anwälte und Notare – vom Kantonsrat am 27. November 1995 abgelehnt wurde. Am 4. Oktober 1999 hat der Kantonsrat sodann die Motion KR-Nr. 325/1997 abgelehnt, mit der die Privatisierung des zürcherischen Notariatswesen zur Diskussion gestellt wurde.

- c) Die Zusammenarbeit und Kommunikation zwischen Handelsregisteramt und Notariaten wird verbessert und intensiviert.

Vorteil dieser Lösungsvariante liegt in der sofortigen Umsetzbarkeit ohne die Notwendigkeit gesetzgeberischen Tätigwerdens und grundlegender Änderungen der bewährten Abläufe. Im Vordergrund der Optimierungsbemühungen stünde die Aufbereitung und der Austausch von Fachwissen. Diese könnten unter anderem in der Erweiterung von Standardisierungen, der laufenden Aktualisierung von Mustersammlungen, in Korrekturhilfen bei Rückweisungen und in der Etablierung von Informationsstrukturen bestehen.

5. Bereits umgesetzte Sofortmassnahmen

Auf Grund der Vorprüfung der Realisierbarkeit der denkbaren Lösungsvarianten hat sich die Arbeitsgruppe entschieden, die im Sinne der Variante 3 möglichen Massnahmen direkt zu evaluieren und umzusetzen. Bereits die flächendeckende Umfrage bei den Notariaten im Kanton Zürich hat die Amtsstellen auf einzelne Fehler aufmerksam gemacht und eine Senkung der Fehlerquote herbeigeführt. Die Erarbeitung von Standardisierungen, Musterdokumentationen und Checklisten, die u. a. der Optimierung der Kundennähe und der Verkürzung der Durchlaufszeiten dienen sollen, ist derzeit im Gange und teilweise bereits abgeschlossen. Gleiches gilt für die Durchführung von Erhebungen zur Erkennung und Beseitigung von Mängeln. Weiter hat das Handelsregisteramt für dringende handelsregisterrechtliche Fragen der Notariate eine Hotline eingerichtet und wird den Kunden bei Beanstandungen vermehrt Lösungsvorschläge unterbreiten. Im Rahmen einer von verschiedenen Handelsregisterbehörden neu herausgegebenen Zeitschrift werden zukünftig auch beurkundungsrechtliche Probleme erörtert. Und schliesslich haben Handelsregisteramt und Vertreter der Notariate beschlossen, zukünftig in regelmässigen Abständen fachspezifische Seminare abzuhalten, an denen u. a. die aktuelle beurkundungs- und registerrechtliche Praxis vertieft dargelegt und ausgetauscht werden soll. Eine erste Veranstaltung dieser Art wurde im April 1999 bereits zur Zufriedenheit aller Teilnehmenden durchgeführt.

6. Zusammenfassung und Antrag

Auf Grund der derzeitigen Rechtslage bestehen im Zusammenhang mit gesellschaftsrechtlichen Akten gewisse Parallelitäten bei den Prüfungspflichten der Urkundspersonen und der Handelsregisterführer, die allerdings inhaltlich und hinsichtlich ihrer Zweckbestimmung nicht deckungsgleich sind. Eine Delegation der handelsregisterrechtlichen Prüfungspflichten an die Notariate ist mangels Ermächtigung nicht möglich. Ebenso fehlt es an der gesetzlichen Grundlage für eine Übertragung der Beurkundungsbefugnisse an das Handelsregisteramt. Eine direkte Eintragungsveranlassung durch die Notariate erweist sich von Gesetzes wegen von vornherein als unzulässig und erscheint zur Effizienzsteigerung auch auf Grund unerwünschter Nebeneffekte ungeeignet. Angesichts des vergleichsweise bescheidenen Umfangs festgestellter Reibungsverluste wurde deshalb darauf verzichtet, eine Kompetenzverlagerung mit den erforderlichen Gesetzesrevisionen anzustreben. Hingegen wurde bei der Bearbeitung des

Postulats ein Optimierungsbedarf bei der Kooperation und Kommunikation zwischen Handelsregisteramt und Notariaten festgestellt. Die im Vordergrund stehenden Sofortmassnahmen zur Beseitigung vorhandener Unzulänglichkeiten wurden bereits umgesetzt. Mit diesen Massnahmen wurde dem Anliegen des Postulats soweit Rechnung getragen, als dies heute auf Grund der Rechtslage möglich und organisatorisch sinnvoll ist.

Gestützt auf diesen Bericht beantragt der Regierungsrat dem Kantonsrat, das Postulat KR-Nr. 407/1997 als erledigt abzuschreiben.

Im Namen des Regierungsrates

Die Präsidentin: Der Staatsschreiber:
Diener Husi