



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Bruno Mahler

Die öffentliche Beurkundung im Aktienrecht
unter besonderer Berücksichtigung der
Aktienrechtsrevision 2020

Die öffentliche Beurkundung im Aktienrecht

unter besonderer Berücksichtigung der
Aktienrechtsrevision 2020

Dissertation
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Bruno Mahler
von Escholz matt-Marbach LU

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone
und
Prof. Dr. Ruth Arnet

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich gestattet hierdurch die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 21. Mai 2025

Der Dekan: Prof. Dr. Thomas Gächter



Die öffentliche Beurkundung im Aktienrecht Copyright © by Bruno Mahler is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/), except where otherwise noted.

© 2025 – CC BY-NC-ND

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch), Bellerivestrasse 49, 8008 Zürich,
eizpublishing@europa-institut.ch

Autor: Bruno Mahler

ISBN:

978-3-03994-033-2 (Print – Softcover)

978-3-03994-034-9 (Print – Hardcover)

978-3-03994-035-6 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/6GTK-6DSH>

Version: 1.01 – 20250911

Die Dissertation wurde publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Die vorliegende Dissertation wurde von Bruno Mahler eingereicht und am 21. Mai 2025 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich auf Antrag von Herrn Professor Dr. Hans Caspar von der Crone (erster Referent) und Frau Professorin Dr. Ruth Arnet (zweite Referentin) genehmigt.

Dieses Werk ist als gedrucktes Buch sowie als E-Book (open access) in verschiedenen Formaten verfügbar. Weitere Informationen finden Sie unter der URL: <https://eizpublishing.ch/publikationen/die-oeffentliche-beurkundung-im-aktienrecht/>.

Vorwort

Grösster Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone für die umsichtige Betreuung der Arbeit sowie die äusserst anregende und lehrreiche Assistenzzeit, die ich an seinem Lehrstuhl verbringen durfte. Bedanken möchte ich mich sodann bei Prof. Dr. Ruth Arnet für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und die wertvollen Hinweise aus beurkundungsrechtlicher Optik.

Weiter bedanke ich mich bei meinen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl für die anregenden Diskussionen und die ausgezeichnete Zusammenarbeit. Besonderer Dank gilt Keivan Mohasseb, der mir während der Entstehung der Arbeit stets mit Rat und Tat zur Seite stand und das Manuskript kritisch durchsah.

Bei der Universität Zürich bedanke ich mich für die Förderung durch den mir gewährten UZH Candoc Grant (Verfügung Nr. FK 22-010), der es mir ermöglichte, mich voll auf die Erstellung der Dissertation zu konzentrieren. Beim Schweizerischen Nationalfonds bedanke ich mich für die Übernahme der Kosten der Open-Access-Publikation.

Ein herzlicher Dank gebührt schliesslich meiner Familie und all jenen Personen, die mich in meiner Ausbildung stets vorbehaltlos unterstützt haben. Ihnen allen sei diese Arbeit gewidmet.

Literatur, Rechtsprechung und Materialien sind bis Ende Februar 2025 berücksichtigt.

Zürich, im August 2025

Bruno Mahler

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	VIII
Abkürzungsverzeichnis	XIV
Verzeichnis der kantonalen Erlasse	XXI
Literaturverzeichnis	XXV
Materialienverzeichnis	XL
Einleitung	1
Erster Teil: Die öffentliche Beurkundung in der Schweiz – eine Bestandesaufnahme	3
§ 1: Ursprünge und Organisation des Notariats in der Schweiz	5
§ 2: Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Recht	18
§ 3: Beurkundungsverfahren	23
§ 4: Entwicklungstendenzen	48
Zweiter Teil: Präventive Rechtsdurchsetzung im Aktienrecht	67
§ 5: Entstehungsgeschichte und Entwicklung des Beurkundungszwangs	69
§ 6: Beurkundungsgeschäfte im revidierten Aktienrecht 2020	75
§ 7: Funktionen der öffentlichen Beurkundung im Aktienrecht	77
§ 8: Verhältnis zur Kognition der Handelsregisterbehörden	91
Dritter Teil: Beurkundungsbedürftige Geschäfte des Aktienrechts im Einzelnen	105
§ 9: Beurkundung des Errichtungsakts	107
§ 10: Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen	159
§ 11: Beurkundung von Verwaltungsratsbeschlüssen	242
Zusammenfassung	261
Lebenslauf	267

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	VIII
Abkürzungsverzeichnis	XIV
Verzeichnis der kantonalen Erlasse	XXI
Literaturverzeichnis	XXV
Materialienverzeichnis	XL
Einleitung	1
I. Ausgangslage und Zielsetzung	1
II. Vorgehensweise	2
 Erster Teil: Die öffentliche Beurkundung in der Schweiz – eine Bestandesaufnahme	 3
§ 1: Ursprünge und Organisation des Notariats in der Schweiz	5
I. Vom spätrömischen Tabellionat zum öffentlichen Notariat der Frühen Neuzeit	5
II. Einfluss des französischen Notariatsrechts von 1791/1803	9
III. Heutige Organisation des Notariats in der Schweiz	11
1. Überblick	11
2. Freiberufliches Notariat	13
3. Gemischte Systeme	15
4. Zürcher Amtsnotariat	16
5. Schaffhausen	17
 § 2: Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Recht	 18
I. Überblick	18
II. Organisation des Beurkundungswesens	19
III. Beurkundungsverfahrensrecht	20
1. Grundsatz: Regelungskompetenz der Kantone	20
2. Bundesrechtliche Grenzen der kantonalen Normierungsfreiheit	21
 § 3: Beurkundungsverfahren	 23
I. Zuständigkeit	23
1. Sachliche Zuständigkeit	23
2. Örtliche Zuständigkeit	24
II. Gegenstand der Beurkundung	27
III. Verfahrensablauf	30
IV. Pflichten der Urkundsperson	34
1. Beurkundungspflicht, Ablehnungspflicht und Ablehnungsrecht	34
2. Wahrheitspflicht	35
2.1 Ermittlungspflicht	36

2.2	Redaktionspflicht	38
3.	Prüfungspflicht	39
4.	Interessenwahrungspflicht	41
5.	Sorgfaltspflicht	44
V.	Folgen von Verfahrensfehlern	45
§ 4: Entwicklungstendenzen		48
I.	Elektronische öffentliche Urkunden	48
1.	Elektronische Ausfertigungen gemäss Art. 55a SchlT ZGB	48
2.	Weg zur Neuregelung im DNG	49
3.	Inhalt der Neuregelung	50
3.1	Elektronische Originale öffentlicher Urkunden	50
3.2	Elektronisches Urkundenregister	52
II.	Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens	53
III.	Fernbeurkundung	55
1.	Von der verpönten «Abwesenheitsbeurkundung» zur Beurkundung mittels Videokonferenz	55
2.	Geltendes Recht	56
2.1	Fernbeurkundung von Willenserklärungen	56
2.2	Fernbeurkundung von übrigen Tatsachen	58
3.	DNG und Fernbeurkundung	59
4.	Rechtsvergleichende Hinweise	61
IV.	Würdigung und Ausblick	63
Zweiter Teil: Präventive Rechtsdurchsetzung im Aktienrecht		67
§ 5: Entstehungsgeschichte und Entwicklung des Beurkundungszwangs		69
I.	Ursprünge im Code de Commerce 1807	69
II.	Entwicklung bis zum Obligationenrecht 1881	70
III.	Bundesratsbeschluss von 1919 und Revision des Gesellschaftsrechts 1936	71
IV.	Aktienrechtsrevision 1991 und Fusionsgesetz (2003)	72
V.	Aktienrechtsrevision 2020	73
§ 6: Beurkundungsgeschäfte im revidierten Aktienrecht 2020		75
§ 7: Funktionen der öffentlichen Beurkundung im Aktienrecht		77
I.	Herkömmliche Dreiteilung der Beurkundungszwecke	77
II.	Ausgangspunkt: Leitentscheid BGE 102 II 420	79
1.	Sachverhalt	79
2.	Erwägungen	79
3.	Schlussfolgerungen	80
III.	Belegfunktion	82
IV.	Verfahrenskontrolle	83
1.	Vollständige und richtige Dokumentation	83
2.	Einhaltung der gesetzlichen und statutarischen Verfahrensregeln	85
V.	Inhaltskontrolle	86
VI.	Ergebnis: Präventive Rechtsdurchsetzung als Primärfunktion	89

§ 8: Verhältnis zur Kognition der Handelsregisterbehörden	91
I. <u>Zweck und Funktionen des Handelsregisters</u>	91
1. <u>Publizitätsfunktion</u>	91
2. <u>Anknüpfungsfunktion</u>	92
3. <u>Rechtsdurchsetzungsfunktion</u>	92
II. <u>Wirkungen der Handelsregistereintragung</u>	92
1. <u>Konstitutive Wirkung</u>	92
2. <u>Heilende Wirkung bei Gründungsmängeln</u>	93
3. <u>Publizitätswirkung und öffentlicher Glaube</u>	94
III. <u>Prüfungspflicht der Handelsregisterbehörden</u>	95
1. <u>Prüfung auf Gesetzmässigkeit</u>	95
1.1 <u>Formelle und registerrechtliche Fragen</u>	96
1.2 <u>Materiell-rechtliche Fragen</u>	97
2. <u>Grundsätzlich keine Prüfung auf Richtigkeit</u>	98
3. <u>Vergleich mit der Wahrheits- und Prüfungspflicht der Urkundsperson</u>	99
IV. <u>Rechtsvergleichende Hinweise</u>	101
V. <u>Würdigung</u>	102

Dritter Teil: Beurkundungsbedürftige Geschäfte des Aktienrechts im Einzelnen

105

§ 9: Beurkundung des Errichtungsakts	107
I. <u>Gegenstand der Beurkundung</u>	107
II. <u>Gründer</u>	110
1. <u>Personen oder Handelsgesellschaften</u>	110
2. <u>Zahl der Gründer</u>	111
3. <u>Identifikation</u>	113
3.1 <u>Natürliche Personen</u>	114
3.2 <u>Juristische Personen und Handelsgesellschaften</u>	115
4. <u>Handlungsfähigkeit</u>	116
5. <u>Direkte Stellvertretung</u>	117
5.1 <u>Insichgeschäfte</u>	118
5.2 <u>Form der Bevollmächtigung</u>	118
5.3 <u>Identifikation der vertretenen Gründer</u>	119
6. <u>Fiduziarische Gründung (indirekte Stellvertretung)</u>	120
III. <u>Elemente des Errichtungsakts</u>	122
1. <u>Gründungserklärung</u>	122
2. <u>Festlegung der Statuten</u>	122
3. <u>Bestellung der Organe</u>	123
4. <u>Zeichnung der Aktien</u>	125
5. <u>Feststellungen der Gründer</u>	127
5.1 <u>Zeichnung und versprochene Einlagen</u>	128
5.2 <u>Liberierung</u>	128
a <u>Geldeinlagen</u>	129
b <u>Sacheinlagen</u>	131
c <u>Verrechnung</u>	132

5.3	Keine weiteren Sacheinlagen, Verrechnungstatbestände oder besonderen Vorteile	133
IV.	Statuten	133
1.	Relevanz der Statuten für die öffentliche Beurkundung	133
2.	Mindestinhalt	134
2.1	Firma	135
2.2	Sitz	137
2.3	Zweck	139
2.4	Aktienkapital und Liberierung	141
2.5	Aktien	142
a	Anzahl, Nennwert und Art	142
b	Aktienkategorien	143
c	Vinkulierung	145
d	Ausgabeform	146
2.6	Weitere Inhalte	147
3.	Formelle Anforderungen	148
V.	Weitere Belege	148
1.	Kapitaleinzahlungsbestätigung	149
2.	Belege bei qualifizierter Liberierung	151
2.1	Gründungsbericht	151
2.2	Prüfungsbestätigung	152
2.3	Sacheinlageverträge	153
3.	Annahmeerklärungen der bestellten Organpersonen	154
VI.	Beurkundungsvorgang (Hauptverfahren)	155
VII.	Nachverfahren	156
	§ 10: Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen	159
I.	Gegenstand der Beurkundung	159
II.	Leitung der Generalversammlung	160
1.	Person des Vorsitzenden	161
2.	Identifikation des Vorsitzenden	163
3.	Ausstand	164
III.	Datum, Zeit, Art und Ort der Generalversammlung	165
1.	Durchführungsart	166
1.1	Universalversammlung	166
1.2	Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren	169
1.3	Generalversammlung mit elektronischer Teilnahmemöglichkeit (hybride Generalversammlung)	171
2.	Tagungsort	174
2.1	Generalversammlung mit mehreren Tagungsorten (multilokale Generalversammlung)	175
2.2	Generalversammlung ohne Tagungsort (virtuelle Generalversammlung)	176
a	Zulässigkeit und Voraussetzungen	176
b	Kantonales Beurkundungsrecht	177
c	Bundesrechtlicher Rahmen	180

IV.	Feststellungen des Vorsitzenden zu Versammlungsbeginn	183
1.	Einberufung	184
1.1	Einberufungsberechtigte Personen	185
1.2	Form und Inhalt der Einberufung	186
1.3	Einberufungsfrist	186
2.	Teilnahme	188
2.1	Aktionäre und ihre Vertreter	188
a	Legitimationsprüfung	188
b	Stellvertretung	189
c	Überprüfung durch die Urkundsperson	191
2.2	Weitere Personen	196
3.	Beschlussfähigkeit	197
4.	Besonderheiten im schriftlichen Verfahren	198
V.	Beschlussfassung	199
1.	Verhandlungsgegenstände und Anträge	199
2.	Abstimmung	202
3.	Ergebnisermittlung	205
3.1	Stimmrechtsausschlüsse und -beschränkungen	206
3.2	Beschlussquoten	207
3.3	Stichentscheid	209
4.	Beschlussverkündung	210
5.	Besonderheiten im schriftlichen Verfahren	211
VI.	Beurkundungsbedürftige Beschlüsse	212
1.	Kapitalveränderungen	213
1.1	Ordentliche Kapitalerhöhung	213
a	Erhöhungsbeschluss der Generalversammlung	213
b	Nenn- und Ausgabebetrag sowie neue Aktien	214
c	Liberierung	216
d	Bezugsrechte	218
e	Durchführungsfrist	218
1.2	Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital	219
a	Erhöhungsbeschluss der Generalversammlung	219
b	Inhalt der Statutenbestimmung	220
1.3	Kapitalherabsetzung und Kapitalschnitt	222
a	Ordentliche Kapitalherabsetzung	222
b	Kapitalherabsetzung bei Unterbilanz	224
c	Kapitalschnitt	226
1.4	Kapitalband	227
a	Ermächtigungsbeschluss der Generalversammlung	227
b	Inhalt der Statutenbestimmung	228
c	Verhältnis zum bedingten Kapital	231
2.	Statutenänderungen	231
3.	Auflösung	234
4.	Generalversammlungsbeschlüsse nach Fusionsgesetz	236
4.1	Fusionsbeschluss	236
4.2	Spaltungsbeschluss	239

§ 11: Beurkundung von Verwaltungsratsbeschlüssen	242
I. <u>Gegenstand der Beurkundung</u>	<u>242</u>
1. <u>Sachbeurkundung</u>	<u>242</u>
2. <u>Anwendbare Verfahrensregeln</u>	<u>242</u>
3. <u>Inhalt der öffentlichen Urkunde</u>	<u>244</u>
II. <u>Sitzungsleitung</u>	<u>244</u>
III. <u>Durchführungsarten</u>	<u>245</u>
1. <u>Hybride und virtuelle Verwaltungsratssitzung</u>	<u>245</u>
2. <u>Zirkularbeschlüsse</u>	<u>248</u>
IV. <u>Feststellungen des Vorsitzenden zu Beginn der Sitzung</u>	<u>250</u>
1. <u>Einberufung</u>	<u>250</u>
2. <u>Teilnahme</u>	<u>251</u>
3. <u>Beschlussfähigkeit</u>	<u>251</u>
V. <u>Beschlussfassung</u>	<u>251</u>
VI. <u>Beurkundungsbedürftige Beschlüsse</u>	<u>252</u>
1. <u>Ordentliche Kapitalerhöhung</u>	<u>252</u>
2. <u>Kapitalerhöhung im Kapitalband</u>	<u>255</u>
3. <u>Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital</u>	<u>255</u>
4. <u>Ordentliche Kapitalherabsetzung</u>	<u>257</u>
5. <u>Kapitalherabsetzung im Kapitalband</u>	<u>258</u>
6. <u>Nachliberierung</u>	<u>259</u>
<u>Zusammenfassung</u>	<u>261</u>
<u>Lebenslauf</u>	<u>267</u>

Abkürzungsverzeichnis

a	alt
a.a.O.	am angeführten Ort
AB	Amtliches Bulletin
Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (nicht mehr in Kraft)
a.E.	am Ende
aEÖBV	Verordnung vom 23. September 2011 über die elektronische öffentliche Beurkundung (nicht mehr in Kraft)
AG	Aargau (Kanton)
AG	Aktiengesellschaft
AI	Appenzell Innerrhoden (Kanton)
AISUF	Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg
AktG/D	Aktengesetz vom 6. September 1965 (Deutschland)
a.M.	anderer Meinung
aOR 1881	Bundesgesetz vom 14. Brachmonat 1881 über das Obligationenrecht (nicht mehr in Kraft)
aOR 1936	OR in der Fassung vom 18. Dezember 1936
aOR 1991	OR in der Fassung vom 4. Oktober 1991
AR	Appenzell Ausserrhoden (Kanton)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
BankG	Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz; SR 952.0)
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BE	Bern (Kanton)
BeurkG	Beurkundungsgesetz (siehe Verzeichnis der kantonalen Erlasse)
BeurkG/D	Beurkundungsgesetz vom 28. August 1969 (Deutschland)

BewG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (SR 211.412.41)
BGBL	Bundesgesetzblatt (Deutschland bzw. Österreich)
BGBM	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz; SR 943.02)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGBM	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz; SR 943.02)
BGEID	Bundesgesetz vom 20. Dezember 2024 über den elektronischen Identitätsnachweis und andere elektronische Nachweise (E-ID-Gesetz; BBl 2025 20)
BGFA	Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz; SR 935.61)
bGS	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Appenzell Ausserrhoden
BGS/SO	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Solothurn
BGS/ZG	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Zug
BJ	Bundesamt für Justiz
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BL	Basel-Landschaft
BN	Der bernische Notar
BNotO/D	Bundesnotarordnung vom 24. Februar 1961 (Deutschland)
BR	Bündner Rechtsbuch
BRB	Bundesratsbeschluss
BS	Basel-Stadt
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken

CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CO	Code des obligations (OR)
CR	Commentaire romand
DBG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (SR 642.11)
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DNG	Bundesgesetz vom 16. Juni 2023 über die Digitalisierung im Notariat (BBl 2023 1523)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
E	Entwurf
E.	Erwägung
EG	Einführungsgesetz
EHRA	Eidgenössisches Amt für das Handelsregister
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EÖBG	Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (Vorentwurf; siehe Materialienverzeichnis)
EÖBV	Verordnung vom 8. Dezember 2017 über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (SR 211.435.1)
et al.	et alii
EU	Europäische Union
f./ff.	und folgende
FinfraG	Bundesgesetz vom 19. Juni 2015 über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastukturgesetz; SR 958.1)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
Fn.	Fussnote
FR	Freiburg (Kanton)
FusG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; SR 221.301)
GDB	Gesetzesdatenbank des Kantons Obwalden
XVI	

GE	Genf (Kanton)
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen
GesRZ	Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GL	Glarus (Kanton)
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG/A	Gesetz vom 6. März 1906 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Österreich)
GmbHG/D	Gesetz vom 20. April 1892 betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Deutschland)
GR	Graubünden (Kanton)
GS/AI	Gesetzessammlung des Kantons Appenzell Innerrhoden
GS/GL	Gesetzessammlung des Kantons Glarus
GS/NW	Gesetzessammlung des Kantons Nidwalden
GVP/ZG	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug
Habil.	Habilitationsschrift
HdB	Handbuch
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (SR 221.411)
Hrsg.	Herausgeber
HWP	Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung
INR	Institut für Notariatsrecht und notarielle Praxis an der Universität Bern
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
i.S.	im Sinne
i.V.	in Verbindung
JU	Jura (Kanton)
JZ	Juristenzeitung
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KNB	Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern
lit.	litera

LN	loi sur le notariat, legge sul notariato (siehe Verzeichnis der kantonalen Erlasse)
LS	Zürcher Loseblattsammlung
LU	Luzern (Kanton)
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note, Randnote
NE	Neuenburg (Kanton)
NG	Notariatsgesetz (siehe Verzeichnis der kantonalen Erlasse)
NO/A	Notariatsordnung vom 25. Juli 1871 (Österreich)
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NV	Notariatsverordnung (siehe Verzeichnis der kantonalen Erlasse)
NW	Nidwalden (Kanton)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
OW	Obwalden (Kanton)
ParLG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz; SR 171.10)
publ.	publiziert
RAB	Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde
RAG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz; SR 221.302)
RB/TG	Rechtsbuch des Kantons Thurgau
RB/UR	Rechtsbuch des Kantons Uri
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
REPRAX	Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht
RL	Richtlinie
RLT	Raccolta delle leggi del Cantone Ticino
rsGE	Recueil systématique de la législation genevoise

RSJU	Recueil systématique de la législation jurassienne
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RSV	Recueil systématique de la législation vaudoise
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft (seit 1990: SZW)
SAR	Systematische Sammlung des aargauischen Rechts
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SchlT	Schlusstitel
SG	St. Gallen (Kanton)
SGF	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Freiburg
SGFM	St. Galler Schriften zum Finanzmarktrecht
sGS	Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen
SGS/BS	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt
SGS/VS	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Wallis
SH	Schaffhausen (Kanton)
SHK	Stämpflis Handkommentar
SHR	Schaffhauser Rechtsbuch
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SO	Solothurn (Kanton)
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
SRSZ	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Schwyz
SSFm	Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht
SSHw	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht
ST	Schweizer Treuhänder
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StHG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (Steuerharmonisierungsgesetz; SR 642.14)
StR	Ständerat
SZ	Schwyz (Kanton)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht

TG	Thurgau (Kanton)
TI	Tessin (Kanton)
u.a.	unter anderem
UPReg	Schweizerisches Register der Urkundspersonen
UR	Uri (Kanton)
VD	Waadt (Kanton)
VE	Vorentwurf
VS	Wallis (Kanton)
vgl.	vergleiche
WEKO	Eidgenössische Wettbewerbskommission
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZG	Zug (Kanton)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Zürich (Kanton)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZSP	Zürcher Studien zum Privatrecht
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Verzeichnis der kantonalen Erlasse

Aargau:

BeurkG/AG Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetz vom 30. August 2011
(SAR 295.200)

BeurkV/AG Beurkundungs- und Beglaubigungsverordnung vom 4. Juli 2012
(SAR 295.211)

Appenzell Ausserrhoden:

BeurkG/AR Beurkundungsgesetz vom 26. Oktober 2009 (bGS 211.2)

Appenzell Innerrhoden:

BeurkV/AI Verordnung vom 1. Juni 1951 über die öffentliche Beurkundung (GS/
AI 178.710)

Basel-Landschaft:

NG/BL Notariatsgesetz vom 22. März 2012 (SGS/BL 217)

Basel-Stadt:

NG/BS Notariatsgesetz vom 18. Januar 2006 (SGS/BS 292.100)

Bern:

NG/BE Notariatsgesetz vom 22. November 2005 (BSG 169.11)

NV/BE Notariatsverordnung vom 26. April 2006 (BSG 169.112)

Freiburg:

NG/FR Gesetz vom 20. September 1967 über das Notariat (SGF 261.1)

Genf:

LN/GE Loi du 25 novembre 1988 sur le notariat (rsGE E 6 05)

Glarus:

BeurkG/GL Gesetz vom 6. Mai 2007 über Beurkundung und Beglaubigung
(Beurkundungsgesetz; GS/GL III B/3/1)

Graubünden:

NG/GR Notariatsgesetz vom 18. Oktober 2004 (BR 210.300)

Jura:

LN/JU Loi du 9 novembre 1978 sur le notariat (RSJU 189.11)

Luzern:

BeurkG/LU Gesetz vom 18. September 1973 über die öffentlichen
Beurkundungen (Beurkundungsgesetz; SRL 255)

BeurkV/LU Verordnung vom 24. November 1973 über die öffentlichen
Beurkundungen (Beurkundungsverordnung; SRL 256)

Neuenburg:

LN/NE Loi du 26 août 1996 sur le notariat (RSN 166.10)

Nidwalden:

BeurkG/NW Gesetz vom 27. April 1969 über die öffentlichen Beurkundungen
(Beurkundungsgesetz; GS/NW 268.1)

BeurkV/NW Vollziehungsverordnung vom 9. November 1974 zum Gesetz über
die öffentliche Beurkundung (Beurkundungsverordnung; GS/
NW 268.11)

Obwalden:

BeurkG/OW Gesetz vom 30. November 1980 über die öffentliche Beurkundung
(Beurkundungsgesetz; GDB 210.3)

Schaffhausen:

EG ZGB/SH Gesetz vom 27. Juni 1911 über die Einführung des Schweizerischen
Zivilgesetzbuches (SHR 210.100)

Schwyz:

EG ZGB/SZ Einführungsgesetz vom 14. September 1978 zum Schweizerischen
Zivilgesetzbuch (SRSZ 210.100)

BeurkG/SZ Gesetz vom 24. Mai 2000 über die Beurkundung und Beglaubigung
(SRSZ 210.210)

AnwR/SZ Anwaltsreglement des Kantons Schwyz vom 14. Januar 2003
(SRSZ 280.211)

St. Gallen:

EG ZGB/SG Einführungsgesetz vom 3. Juli 1911 zum Schweizerischen
Zivilgesetzbuch (SGS 911.1)

BeurkV/SG	Verordnung vom 2. November 2005 über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung (sGS 151.51)
PBR/SG	Prüfungs- und Bewilligungsreglement vom 22. April 1994 für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (sGS 963.73)
Solothurn:	
EG ZGB/SO	Gesetz vom 4. April 1954 über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (BGS/SO 211.1)
JPV/SO	Juristische Prüfungsverordnung vom 4. Juli 2000 (BGS/SO 128.213)
Tessin:	
LN/TI	Legge del 26 novembre 2013 sul notariato (RLT 952.100)
Thurgau:	
EG ZGB/TG	Einführungsgesetz vom 3. Juli 1991 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (RB/TG 210.1)
Uri:	
NV/UR	Verordnung vom 9. Oktober 1911 über das Notariat (RB/UR 9.2311)
Waadt:	
LN/VD	Loi du 29 juin 2004 sur le notariat (RSV 178.11)
Wallis:	
NG/VS	Notariatsgesetz vom 15. Dezember 2004 (SGS/VS 178.1)
Zug:	
BeurkG/ZG	Gesetz vom 3. Juni 1946 über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung in Zivilsachen (Beurkundungsgesetz; BGS/ZG 223.1)
APV/ZG	Verordnung vom 12. November 2021 über die Fähigkeitsprüfung für den Anwaltsberuf und die Beurkundungsprüfung für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Anwaltsprüfungsverordnung; BGS/ZG 163.2)
Zürich:	
EG ZGB/ZH	Einführungsgesetz vom 2. April 1911 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (LS 230)
NG/ZH	Notariatsgesetz vom 9. Juni 1985 (LS 242)

NV/ZH	Verordnung des Obergerichtes vom 23. November 1960 über die Geschäftsführung der Notariate (Notariatsverordnung; LS 242.2)
-------	---

Literaturverzeichnis

- AMSTUTZ MARC/ARNET RUTH/ATAMER YESIM/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HOCHSTRASSER MICHAEL/HUBER-PURTSCHERT TINA/JUNGO ALEXANDRA/MAISSEN EVA/ROBERTO VITO/RODRIGUEZ RODRIGO/SEILER BENEDIKT/SUTTER-SOMM THOMAS/TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023 (zit. CHK-BEARBEITER)
- ARNET RUTH, Öffentliche Beurkundung im Aktienrecht – Wegmarke zu einem bundesrechtlichen Beurkundungsverfahren? Gedanken zu den beurkundungsrechtlichen Aspekten des revidierten Aktienrechts, in: Hürlimann-Kaup Bettina/Jungo Alexandra/Stöckli Hubert/Emmenegger Susan/Krauskopf Frédéric (Hrsg.), Recht suchen, Liber comitum für Jörg Schmid, Zürich/Genf 2024, 1 ff. (zit. ARNET, Aktienrecht)
- ARNET RUTH, Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz von Bund und Kantonen im Bereich des Beurkundungsrechts, Bericht zuhanden der Sitzung der Groupe de Réflexion zum Beurkundungsrecht, 26. November 2018, abgedruckt als Anhang 3 zu Bericht Groupe de réflexion (siehe Materialienverzeichnis; zit. ARNET, Gesetzgebungskompetenz)
- ARNET RUTH, «Form folgt Funktion» – Zur Bedeutung der öffentlichen Beurkundung im Immobiliarsachenrecht, ZBJV 2013, 391 ff. (zit. ARNET, Immobiliarsachenrecht)
- AUS DER AU ROMAN, Die Verrechnungsliberierung bei der AG – Die Leistung der Einlage durch Verrechnung mit einer Forderung nach dem revidierten Aktienrecht, Diss. Zürich 2021 = SSHW Bd. 354
- BALLMER DAVID/FISCHER JOEL, Die hybride und virtuelle Generalversammlung, Kommentierung ausgewählter Streit- und Anwendungsfragen, GesKR 2023, 172 ff.
- BÄR ROLF, Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterführers, BN 1978, 410 ff.
- BERNET SANDRO, Das Kapitalband als Instrument der Unternehmensfinanzierung, Ermächtigung und Kontrolle des Verwaltungsrats mit besonderem Fokus auf Kapitalmarkttransaktionen, Diss. Zürich 2023 = ZSP Bd. 314
- BERTHEL RETO, Der Verkehr mit dem Handelsregisteramt – Fallstricke für den Notar, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Notar, Zürich/Basel/Genf 2016, 361 ff.
- BERTSCHINGER URS, Aktienrecht im digitalen Zeitalter, in: Gschwend Lukas/Hettich Peter/Müller-Chen Markus/Schindler Benjamin/Wildhaber Isabelle (Hrsg.), Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2015, 165 ff.
- BERWEGER MARTIN/MAHLER BRUNO/BAUMGARTNER LORIS, Notarielle Beglaubigungen, AJP 2020, 1135 ff.

- BIBER RENÉ/WATTER ROLF, Notariatspraxis bei Gründung und ordentlicher Kapitalerhöhung, AJP 1992, 701 ff.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2022 (zit. BÖCKLI, Aktienrecht)
- BÖCKLI PETER, Kritischer Blick auf die Botschaft und den Entwurf zur Aktienrechtsrevision 2016, GesKR 2017, 133 ff. (zit. BÖCKLI, kritischer Blick)
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. BÖCKLI, Aktienrecht 2009)
- BÖCKLI PETER, Leitungsbefugnisse des Präsidenten in der Generalversammlung, in: Druey Jean Nicolas/Forstmoser Peter (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, 47 ff. (zit. BÖCKLI, Leitungsbefugnisse)
- BOHRER ANDREAS/KUMMER ANGELA, Kommentar zu Art. 689–695 OR, in: Handschin Lukas/Jung Peter (Hrsg.), Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Art. 660–697m OR – Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, 2. Aufl., Zürich 2021 (zit. ZK-BOHRER/KUMMER)
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Vereinheitlichung des notariellen Beurkundungsverfahrens, in: Schweizerischer Notarenverband (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis – 4. Schweizerischer Notariatskongress, Bern 2018, 59 ff. (zit. BRÜCKNER, Vereinheitlichung)
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Öffentliche Beurkundung von Urabstimmungen und Zirkularbeschlüssen, SJZ 1998, 33 ff. (zit. BRÜCKNER, Zirkularbeschlüsse)
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993 (zit. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht)
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988
- BÜCHLER BENJAMIN, Das Kapitalband, Diss. Zürich 2012 = ZSP Bd. 242
- BÜHLER CHRISTOPH B., Kommentar zu Art. 707–722 und 726 OR, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Art. 698–726 und 731b OR – Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. ZK-BÜHLER)
- BÜHLER ROLAND, Öffentliche Urkunden des Aktienrechts als Handelsregisterbelege, ZBGR 1982, 321 ff. (zit. ROLAND BÜHLER)
- BÜHLER THEODOR, Geschichte des Aktienrechts in der Schweiz 1863–1991, Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. THEODOR BÜHLER)
- CANNATA CARLO AUGUSTO, Aperçu historique du notariat européen, ZBGR 1986, 193 ff.
- CARLEN LOUIS, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976
- CHAPUIS OLIVIER/CHAMPEAUX CHRISTIAN, Fusionsgesetz – Ausgewählte Fragestellungen, REPRAX 2/2005, 29 ff.

- CRAMER CONRADIN, Zwischen Pragmatismus und Zahlenmagie – Die zwingende Zahl der Gründer und Gesellschafter im schweizerischen Gesellschaftsrecht, in: Jung Peter/Krauskopf Frédéric/Cramer Conradin (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts – Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich/Basel/Genf 2020, 103 ff. (zit. CRAMER, Pragmatismus und Zahlenmagie)
- CRAMER CONRADIN, Die Form der Vollmacht für öffentlich zu beurkundende Verträge, AJP 2018, 281 ff. (zit. CRAMER, Form der Vollmacht)
- CRAMER CONRADIN, Kommentar zu Art. 626–642 und 647–653i OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Art. 620–659b OR – Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. ZK-CRAMER)
- DALLA PALMA OLIVER/MAHLER BRUNO/VON DER CRONE HANS CASPAR, Ruhen der Stimmrechte und positive Beschlussfeststellungsklage, SZW 2021, 760 ff.
- DÉPRAZ ALEX, La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé, Diss. Lausanne 2002
- DRUEY JEAN NICOLAS/DRUEY JUST EVA/GLANZMANN LUKAS, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021
- DUBS DIETER, Kommentar zu Art. 698–706b OR, in: Nobel Peter/Müller Christoph (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Das Aktienrecht: Kommentar der ersten Stunde, Bern 2023 (zit. BK-DUBS)
- EGGIMANN STEPHANIE/HÄCKI KATHRIN C./ZYSSET PASCAL, Schriftliche Beschlüsse der Generalversammlung – überfällige Gesetzesrevision oder toter Buchstabe, REPRAX 2020, 295 ff.
- EICHENBERGER CHRISTIAN, Die Wahrheitspflicht der an der öffentlichen Beurkundung Beteiligten im Spannungsfeld zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht, Diss. Bern 2009 = Schriften INR Bd. 10
- ERNST WOLFGANG, Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren, recht 2020, 168 ff. (zit. ERNST, Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren)
- ERNST WOLFGANG, Zu einigen Fragen des Abstimmungsdesigns im Privatrecht: Stimmverbot – Blockabstimmung – Stichentscheid – Subtraktionsmethode, in: Boele-Woelki Katharina/Faust Florian/Jacobs Matthias/Kuntz Thilo/Röthel Anne/Thorn Karsten/Weitemeyer Birgit (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag, Bd. I, München 2019, 261 ff. (zit. ERNST, Abstimmungsdesign)
- ERNST WOLFGANG, Der Beschluss als Organakt, in: Häublein Martin/Utz Stephen (Hrsg.), Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, Liber amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag am 4. August 2012, Berlin/Boston 2012, 1 ff. (zit. ERNST, Beschluss)
- ERNST WOLFGANG, Kleine Abstimmungsfibel, Leitfaden für die Versammlung, Zürich 2011 (zit. ERNST, Abstimmungsfibel)

- EXPERTsuisse – Schweizer Expertenverband für Wirtschaftsprüfung, Steuern und Treuhand (Hrsg.), Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Betriebswirtschaftliche Prüfungen und verwandte Dienstleistungen», Zürich 2024 (zit. HWP)
- FISCHER DAMIAN A., Neues Aktienrecht – Ready for Take-off?, AJP 2023, 3 ff.
- FORSTMOSER PETER, Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers – Geltende Praxis, Kritik und Lösungsvorschläge, REPRAX 2/1999, 1 ff. (zit. FORSTMOSER, Kognitionsbefugnis)
- FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Bern 2021 (zit. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020)
- FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Aktionärbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge)
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996
- FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI, Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung: eine zulässige Form der Sanierung einer überschuldeten Gesellschaft?, ZSR 2003 I, 531 ff.
- GABERTHÜEL TINO/EHR SAM SIMONE, Praktische Umsetzung der Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung nach der ersten Generalversammlungssaison seit Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts, GesKR 2023, 232 ff.
- GAUCH PETER, Von der Eintragung im Handelsregister, ihren Wirkungen und der negativen Publizitätswirkung, SAG 1976, 139 ff.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020
- GEISER THOMAS/FOUNTOLAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER)
- GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK ZGB II-BEARBEITER)
- GERICKE DIETER/LAMBERT CLAUDE, Kommentar zu Art. 650–656b und 659–659b OR, in: Nobel Peter/Müller Christoph (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Das Aktienrecht: Kommentar der ersten Stunde, Bern 2023 (zit. BK-GERICKE/LAMBERT)
- GLANZMANN LUKAS, Wandel des Gesellschaftsrechts in der Schweiz – Die Rolle der Gerichte und Handelsregisterämter, in: Vogg Hans-Ueli/Fleischer Holger/Kalss Susanne (Hrsg.), Protagonisten im Gesellschaftsrecht, Zehntes deutsch-österreichisch-schweizerisches Symposium, Zürich, 6–7. Juni 2019, Tübingen 2020, 45 ff. (zit. GLANZMANN, Wandel)

- GLANZMANN LUKAS, Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 4. Aufl., Bern 2024 (zit. GLANZMANN, Umstrukturierungen)
- GLANZMANN LUKAS, Fallstricke bei Gründung und Kapitalerhöhung, in: Kunz Peter V./Arter Oliver/Jörg Florian S. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI, Bern 2011, 19 ff. (zit. GLANZMANN, Fallstricke)
- GLANZMANN LUKAS/WALZ CLAUDIA, Gesellschaftsrecht und Notar – Entwicklungen und Tendenzen, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Notar, Zürich/Basel/Genf 2016, 1 ff.
- GULDENER MAX, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020
- HANDSCHIN LUKAS/CRAMER CONRADIN, Gründung und Kapital bei AG und GmbH – ausgewählte Fragen, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Notar, Zürich/Basel/Genf 2016, 39 ff.
- HÄUSERMANN DANIEL, Aktionärsrechte und Generalversammlung, Expert Focus 2021, 305 ff.
- HECKSCHEN HERIBERT/HERRLER SEBASTIAN/MÜNCH CHRISTOF (Hrsg.), Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl., München 2019 (zit. BeckNotar-HdB-BEARBEITER)
- HEILMEIER MATTHIAS, Der Notar im Aktienrecht – Zugleich ein Beitrag zur Geschichte des Aktienrechts, Diss. Würzburg 2019 = Studien zum Gesellschaftsrecht Bd. 12
- HUBER HANS, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechts, ZBJV 1967, 249 ff. (mit Anpassungen auch veröffentlicht in ZBGR 1988, 228 ff.)
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl, Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. HUGUENIN, Obligationenrecht)
- HUGUENIN CLAIRE, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Habil. Zürich 1994 (zit. HUGUENIN, Gleichbehandlungsprinzip)
- HUGUENIN CLAIRE/MAHLER BRUNO, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit als Folgen mangelhafter Generalversammlungsbeschlüsse, in: Weber Rolf H./Stoffel Walter A./Chenau Jean-Luc/Sethe Rolf (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts – Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2017, 131 ff.
- ISENSCHMID RENÉ W., Sinn und Zweck der öffentlichen Beurkundung, in: Schlupe Walter R./Isler Peter R. (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht – zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, 305 ff.
- JEANDIN ETIENNE, La profession de notaire, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023
- JENTSCH VALENTIN, Die Entstehungs- und Revisionsgeschichte des schweizerischen Aktienrechts – Eine rechtshistorische Kontextualisierung, ZBJV 2023, 1 ff.

- JUNG PETER, Irrungen und Wirrungen der geplanten Revision des Handelsregisterrechts, in: Weber Rolf H./Stoffel Walter A./Chenau Jean-Luc/Sethe Rolf (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts – Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2017, 337 ff. (zit. JUNG, Revision)
- JUNG PETER, Kommentar zu Art. 620–625 OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Art. 620–659b OR – Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. ZK-JUNG)
- JUNG PETER, Paradigmenwechsel im EG-Gesellschaftsrecht – Der Vorschlag der EU-Kommission für ein Statut der Societas Privata Europaea, in: ders. (Hrsg.), Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb, Tübingen 2011, 49 ff. (zit. JUNG, Paradigmenwechsel)
- JUTZI THOMAS/HERZOG MARTINA, Kommentar zu Art. 620–647 OR, in: Nobel Peter/Müller Christoph (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Das Aktienrecht: Kommentar der ersten Stunde, Bern 2023 (zit. BK-JUTZI/HERZOG)
- KNIEPER ROLF, Eine ökonomische Analyse des Notariats, München 2010
- KNOBLOCH STEFAN, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich 2011
- KOLLER ALFRED, Vom Formmangel und seinen Folgen, Der formungültige Grundstückkauf, in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2017, 81 ff.
- KRAMER ERNST A., Anmerkungen zur Publizität des Handelsregisters (aus Anlass der Neuregelung in Art. 936b OR), in: Jung Peter/Krauskopf Frédéric/Cramer Conradin (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts – Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich/Basel/Genf 2020, 405 ff.
- KUNZ PETER V., Beurkundungstatbestände nach «neuem» Aktienrecht, in: Verband Solothurnischer Notare (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband Solothurnischer Notare, Solothurn 2022, 155 ff. (zit. KUNZ, Beurkundungstatbestände)
- KUNZ PETER V., Generalversammlungen von AG: «Landsgemeinden» oder «Chatrooms»? , SZW 2020, 297 ff. (zit. KUNZ, Generalversammlungen)
- KUNZ PETER V., Kognition der Handelsregisterämter bei Eintragungen von Generalversammlungsbeschlüssen, in: Kunz Peter V./Arter Oliver/Jörg Florian S. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, 111 ff. (zit. KUNZ, Kognition)
- KUNZ PETER V., Statuten – Grundbaustein der Aktiengesellschaften, in: Watter Rolf (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich/St. Gallen 2010, 55 ff. (zit. KUNZ, Statuten)
- KUNZ PETER V., Gesellschaftsrecht als Basisrecht für Notare und andere öffentliche Urkundspersonen, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2007, 169 ff. (zit. KUNZ, Basisrecht)

- LAMBERT CLAUDE, Die Durchführung einer Generalversammlung an zwei verschiedenen Tagungsorten, REPRAX 2/2000, 36 ff.
- LUMINATI MICHELE, Geschichte des Notariats auf dem Gebiet der Schweiz, in: Schmoekel Mathias/Schubert Werner (Hrsg.), Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen, Baden-Baden 2009, 279 ff.
- MAHLER BRUNO, BGer 4A_39/2021: Anspruch des Aktionärs auf Verbriefung der Mitgliedschaft, AJP 2021, 1521 ff.
- MALAVET PEDRO A., Counsel for the Situation: The Latin Notary, a Historical and Comparative Model, Hastings International and Comparative Law Review 1996, 389 ff.
- MANKOWSKI PETER, Formzwecke, JZ 2010, 662 ff.
- MARTI HANS, Notariatsprozess – Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz, Bern 1989
- MAUCH CHRISTIAN, Vorsorgende Rechtspflege in Europa am Beispiel der GmbH, ZVglRWiss 2007, 272 ff.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Bemerkungen zur Form der Gesellschaftsgründung, in: Travaux de la 5ème Semaine Juridique Turco-Suisse: La forme dans les actes juridiques (Journées d'Istanbul, 13–20 avril 1975), Istanbul 1976, 347 ff. (zit. MEIER-HAYOZ, Form der Gesellschaftsgründung)
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Grundeigentum I: Art. 655–679 ZGB, 3. Aufl., Bern 1964 (zit. BK-MEIER-HAYOZ)
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., Bern 2022
- MEISTERHANS CLEMENS, Aktienrechtsrevision und Handelsregister, SZW 2022, 430 ff. (zit. MEISTERHANS, Aktienrechtsrevision)
- MEISTERHANS CLEMENS, Erste Erfahrungen mit der revidierten Handelsregisterverordnung, SJZ 2021, 1107 ff. (zit. MEISTERHANS, Revidierte Handelsregisterverordnung)
- MEISTERHANS CLEMENS, Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, Diss. Zürich 1996 = SSHW Bd. 175 (zit. MEISTERHANS, Prüfungspflicht)
- MEISTERHANS CLEMENS/GWELESSIANI MICHAEL, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021
- MEYER MANUEL, Die Sacheinlage im Aktienrecht, Diss. Freiburg 2015 = SSHW Bd. 328 (zit. MANUEL MEYER)
- MEYER RICHARD M., Der Verwässerungsschutz bei aktienrechtlichen Kapitalerhöhungen, Diss. Zürich 2021 = SSFM Bd. 138 (zit. RICHARD M. MEYER)
- MOOSER MICHEL, Le droit notarial en Suisse, 3. Aufl., Bern 2025

- MOSCH MAXIMILIAN, Die Online-Gründung von Kapitalgesellschaften in Deutschland und Österreich, Diss. Heidelberg 2022 = Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht Bd. 108
- MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018 (zit. BK-MÜLLER)
- MÜLLER KEVIN J., Die Einheit der Materie bei Generalversammlungsbeschlüssen, Diss. St. Gallen 2021 = SGFM Bd. 19
- MÜLLER LUKAS, Digitales Notariat, elektronische öffentliche Beurkundung und digitale Gründung, GesKR 2022, 60 ff. (zit. LUKAS MÜLLER, Digitales Notariat)
- MÜLLER LUKAS, Die Online-Gründung der Aktiengesellschaft, SJZ 2020, 555 ff. (zit. LUKAS MÜLLER, Online-Gründung)
- MÜLLER LUKAS/KAISER PHILIPPE J. A./BENZ DIEGO, Öffentliche Beurkundung von virtuellen Generalversammlungsbeschlüssen nach neuem Aktienrecht, ZBGR 2023, 65 ff. (zit. MÜLLER/KAISER/BENZ, Öffentliche Beurkundung 2023)
- MÜLLER LUKAS/KAISER PHILIPPE J. A./BENZ DIEGO, Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen, RE-PRAX 2020, 217 ff. (zit. MÜLLER/KAISER/BENZ, Öffentliche Beurkundung 2020)
- MÜLLER LUKAS/PAFUMI LARA, Die digitale öffentliche Urkunde im Kontext der AG, RE-PRAX 2020, 45 ff.
- MÜLLER LUKAS/STOLTZ THOMAS/KALLENBACH TOBIAS A., Liberierung des Aktienkapitals mittels Kryptowährung: Eignen sich Bitcoins und andere Kryptowährungen zur Kapitalaufbringung, AJP 2017, 1318 ff.
- MÜLLER ROLAND/HORBER FELIX, Neues Aktienrecht: Verwendung elektronischer Mittel in der Generalversammlung, SJZ 2023, 43 ff.
- MÜLLER-SMIT MARKUS, Aktienrechtliche Notariatspraxis: Frequently Asked Questions – Stellung und Funktion des Notars bei Generalversammlungen, SZW 2016, 495 ff.
- MUNZINGER WALTHER, Entwurf schweizerisches Obligationenrecht, Bern 1871 (zit. MUNZINGER, Entwurf 1871)
- MUNZINGER WALTHER, Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechtes, Bern 1865 (zit. MUNZINGER, Motive)
- MUNZINGER WALTHER, Entwurf schweizerisches Handelsrecht, Bern 1864 (zit. MUNZINGER, Entwurf 1864)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht – Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB-BEARBEITER)
- NOBEL PETER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, Bern 2017 (zit. BK-NOBEL)

- NOBEL PETER, Gesellschaftsrecht, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, Zürich/Basel/Genf 2006, 195 ff. (zit. NOBEL, Gesellschaftsrecht)
- OECD (Hrsg.), OECD Competition Assessment Reviews: Portugal, Volume II – Self-Regulated Professions, Paris 2018 (zit. OECD 2018)
- PATAK SASCHA DANIEL, Die virtuelle Generalversammlung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Luzern 2005 = SSW Bd. 239
- PERRET CHARLES, Die öffentliche Beurkundung im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Diss. Bern 1926
- PERRIN ANTOINE, La forme authentique dans le nouveau droit de la société anonyme : étude de droit fédéral et de droit vaudois, Diss. Lausanne 1996
- PIOTET DENIS, L'avant-projet de révision des art. 55 à 55t du titre final du Code civil, in: Schweizerischer Notarenverband (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis 3. Schweizerischer Notariatskongress, Bern 2015, 79 ff. (zit. PIOTET, L'avant-projet)
- PIOTET DENIS, L'acte authentique cantonal et le registre foncier fédéral, ZBGR 2003, 130 ff. (zit. PIOTET, L'acte authentique)
- PIOTET DENIS, La notion fédérale de l'acte authentique à l'épreuve de la doctrine, in: Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Neuchâtel (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Basel 1992, 19 ff. (zit. PIOTET, La notion fédérale)
- PLÜSS ADRIAN, Kommentar zu Art. 707–722 und 726 OR, in: Nobel Peter/Müller Christoph (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Das Aktienrecht: Kommentar der ersten Stunde, Bern 2023 (zit. BK-PLÜSS)
- POGGIO-WIDMER KARIN, Notariatsrelevante Aspekte der Aktienrechtsrevision, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das neue Aktienrecht – insbesondere Aspekte aus der notariellen Praxis, Bern 2023, 85 ff.
- PÖSCHEL INES, Generalversammlung und Internet: Versuch einer Ent-Täuschung, in: Watter Rolf (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich/St. Gallen 2010, 223 ff.
- RAMPINI CORRADO, Handänderung von Immobilien durch Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz, ST 2006, 164 ff.
- REISER NINA, Digitale Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen, SZW 2022, 401 ff.
- REISER NINA/EGLI VIVIANE, Digitale Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen: erste Erfahrungen und Empfehlungen, SZW 2025, 120 ff.
- REITHMANN CHRISTOPH, Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte, Köln 1989

- RIEMER HANS MICHAEL, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht (AG, GmbH, Genossenschaft, Verein, Stockwerkeigentümergeinschaft), Eine materiell- und prozessrechtliche Darstellung, Bern 1998
- ROUMY FRANCK, Histoire du notariat et du droit notarial en France, in: Schmoeckel Mathias/Schubert Werner (Hrsg.), Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen, Baden-Baden 2009, 125 ff.
- RUF PETER, Die Gründungsbeurkundung einer Aktiengesellschaft, in: von Büren Roland (Hrsg.), Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz – zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 321 ff. (zit. RUF, Gründungsbeurkundung)
- RUF PETER, Notariatsrecht, Langenthal 1995 (zit. RUF, Notariatsrecht)
- RUF PETER, Gründung und Kapitalerhöhung im neuen Aktienrecht, BN 1992, 351 ff. (zit. RUF, Gründung und Kapitalerhöhung)
- RUF PETER/JEITZINER ROLAND, Verfahrensrechtliche Vereinfachungen für Umstrukturierungstatbestände – Einbrüche in die kantonale Beurkundungszuständigkeit, ST 2004, 915 ff.
- SCHAUB MARC-ANTOINE, L'acte constitutif d'une société anonyme et ses annexes, ZBGR 1992, 265 ff.
- SCHENKER URS/SCHENKER OLIVIER, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, Über-sichten, Gestaltungshinweise und Handlungsempfehlungen, Bern 2023
- SCHISTER ROMAN/WALKER MARISA, Virtuelle Generalversammlung – Zulässigkeit, Chancen und Risiken einer Modernisierung, in Brändli Sandra/Schister Roman/Tamò Aurelia (Hrsg.), Multinationale Unternehmen und Institutionen im Wandel – Herausforderungen für Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Bern 2013, 1 ff.
- SCHLUMPF DIETER, Zur Geschichte des Basler Notariats, BJM 1981, 169 ff.
- SCHMID JÖRG, Grundlagen zum Beurkundungsverfahren, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2007, 1 ff. (zit. JÖRG SCHMID, Beurkundungsverfahren)
- SCHMID JÖRG, Grundlagen zur notariellen Belehrungs- und Beratungspflicht, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, Zürich/Basel/Genf 2006, 3 ff. (zit. JÖRG SCHMID, Belehrungs- und Beratungspflicht)
- SCHMID JÖRG, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Diss. Freiburg 1988 = AISUF Bd. 83 (zit. JÖRG SCHMID, Öffentliche Beurkundung)
- SCHMID JÖRG/WOLFISBERG JONAS, Auf dem Weg zur Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrensrechts, ZBJV 2022, 1 ff.
- SCHMID JÜRG, Die Fernbeurkundung, in: Schweizerischer Notarenverband (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis – 4. Schweizerischer Notariatskongress, Bern 2018, 231 ff. (zit. JÜRG SCHMID, Fernbeurkundung)

- SCHMID JÜRG, Elektronische öffentliche Urkunden im Verkehr mit den Registerbehörden, ZBGR 2008, 257 ff. (zit. JÜRG SCHMID, Elektronische öffentliche Urkunden)
- SCHMIDT KARSTEN, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 2002
- SCHOTT BERTRAND G., Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Diss. Zürich 2009 = SSHW Bd. 285
- SCHUBERT WERNER, Geschichte des Notariats und Notariatsrechts in Deutschland, in: Schmoeckel Mathias/Schubert Werner (Hrsg.), Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen, Baden-Baden 2009, 203 ff. (zit. SCHUBERT, Geschichte des Notariats)
- SCHUBERT WERNER, 200 Jahre französisches Notariat, DNotZ 2003, 181 ff. (zit. SCHUBERT, Französisches Notariat)
- SCHWENZER INGEBORG/FOUNTOLAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020
- SEMI MELDA/MÜLLER LUKAS, Das neue Aktienrecht vom 19. Juni 2020 aus Sicht des Beurkundungsrechts, ZBGR 2022, 329 ff.
- SETHE ROLF/CETINKAYA MELTEM, Sinn und Unsinn von Formerleichterungen im geplanten Aktienrecht, REPRAX 2018, 153 ff.
- SIFFERT RINO, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Das Handelsregister, Art. 927–943 OR, Bern 2021 (zit. BK-SIFFERT)
- SIFFERT RINO, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Die Geschäftsfirmen, Art. 944–956 OR, Bern 2017 (zit. BK-SIFFERT)
- SIFFERT RINO/TURIN NICHOLAS (Hrsg.), Stämplis Handkommentar, Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013 (zit. SHK HRegV-BEARBEITER)
- STOFFEL WALTER, Kommentar zu Art. 736–747 OR, in: Nobel Peter/Müller Christoph (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Das Aktienrecht: Kommentar der ersten Stunde, Bern 2023 (zit. BK-STOFFEL)
- STOFFEL WALTER, L'instrumentation des actes authentiques en droit de sociétés, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2007, 197 ff. (zit. STOFFEL, L'instrumentation)
- TAGMANN ADRIAN/ZIHLER FLORIAN, Sitz, Rechtsdomizil und weitere Adresse – Kritik an einem Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 27. März 2012, REPRAX 2/2012, 48 ff.
- TANNER BRIGITTE, Moderne Formen der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht 2020, SZW 2021, 589 ff. (zit. TANNER, Moderne Formen der Generalversammlung)

- TANNER BRIGITTE, Der Stichentscheid des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft – eine Standortbestimmung, in: Jung Peter/Krauskopf Frédéric/Cramer Conradin (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts – Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich/Basel/Genf 2020, 653 ff. (zit. TANNER, Stichentscheid)
- TANNER BRIGITTE, Kommentar zu Art. 698–706b OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Art. 698–726 und 731b OR – Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. ZK-TANNER)
- TANNER BRIGITTE, Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1987 = SSHW Bd. 100 (zit. TANNER, Quoren)
- TERCIER PIERRE/AMSTUTZ MARC/TRIGO TRINDADE RITA (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations II, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. CR CO II-BEARBEITER)
- THALMANN PAUL/BENNINGER NORA, Bares ist Wahres, Zur Liberierung in Fremdwährungen nach schweizerischem Aktienrecht, REPRAX 4/2003, 19 ff.
- THEILER KASPAR, Gedanken zur Zulässigkeit und Durchführbarkeit der virtuellen Generalversammlung de lege lata, AJP 2012, 69 ff.
- TRAUTMANN MATTHIAS/VON DER CRONE HANS CASPAR, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 2012, 461 ff.
- TRIGO TRINDADE RITA/GRIESSEN COTTI ANNIE, Application en droit des sociétés, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, Zürich/Basel/Genf 2006, 217 ff.
- UTZ TREMP KATHRIN/PRÊTRE ALAIN, Notariat, in: Historisches Lexikon der Schweiz, Version vom 9. September 2010, abrufbar unter <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/009640/2010-09-09>>
- VIANIN GUILLAUME, L'inscription au registre du commerce et ses effets, Diss. Freiburg 2000 = AISUF Bd. 194
- VIONNET-RIEDERER FLURIN, Revision des Handelsregisterrechts, Jusletter 29. Juni 2020
- VISCHER MARKUS, Schafft das neue Aktienrecht die Sachübernahmenvorschriften wirklich ab?, SJZ 2022, 172 ff. (zit. VISCHER, Sachübernahmenvorschriften)
- VISCHER MARKUS, Der Zeichnungs- bzw. Sacheinlagevertrag bei der AG, SJZ 2014, 537 ff. (zit. VISCHER, Zeichnungs- und Sacheinlagevertrag)
- VISCHER MARKUS, Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlage und Übertragungsverträgen über Unternehmen, SJZ 2004, 105 ff. (zit. VISCHER, Rechts- und Sachgewährleistung)
- VOGT HANS-UELI, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, Diss. Zürich 2003 = SSHW Bd. 220

- VON BÜREN ROLAND/STOFFEL WALTER A./WEBER ROLF H., Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. VON DER CRONE, Aktienrecht)
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, Bern 2014 (zit. VON DER CRONE, Aktienrecht 2014)
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Das Aktienrecht nach dem Privatrechtlichen Gesetzbuch von Johann Caspar Bluntschli, Zürich 2010 (zit. VON DER CRONE, Privatrechtliches Gesetzbuch)
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Die Internet-Generalversammlung, in: von der Crone Hans Caspar/Weber Rolf H./Zäch Roger/Zobl Dieter (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht – Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 155 ff. (zit. VON DER CRONE, Internet-Generalversammlung)
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien, REPRAX 1/2002, 1 ff. (zit. VON DER CRONE, Bericht 2002)
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Kapitalerhöhungen mit Maximalbetrag, REPRAX 1/2000, 1 ff. (zit. VON DER CRONE, Maximalbetrag)
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Lösung von Pattsituationen bei Zweimanngesellschaften, SJZ 1993, 37 ff. (zit. VON DER CRONE, Pattsituationen)
- VON DER CRONE HANS CASPAR/AREF MAGDA, Die Abschaffung der Sachübernahmeverordnungen im neuen Aktienrecht, SZW 2021, 253 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/BERNET SANDRO, Der Tagungsort der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht, in: Müller Matthias P. A./Forrer Lucas/Zuur Floris (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, 259 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/CATHOMAS LINUS, Das Aktienkapital im Entwurf zur Aktienrechtsrevision, SZW 2017, 586 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/DAZIO GIOVANNI, Das Kapitalband im neuen Aktienrecht – Flexibilisierung der Kapitalveränderung durch Art. 653s–653v revOR, SZW 2020, 505 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/GERSBACH ANDREAS/KESSLER FRANZ J./VON DER CRONE BRIGITTE/INGBER KARIN, Das Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. VON DER CRONE et al.)
- VON DER CRONE HANS CASPAR/GROB THOMAS, Die virtuelle Generalversammlung, SZW 2018, 5 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/KESSLER FRANZ J., Die Leitung der Generalversammlung, SZW 2004, 2 ff.

- VON DER CRONE HANS CASPAR/MOHASSEB KEIVAN, Stand der Aktienrechtsrevision – Zehn Kernpunkte der ständerätlichen Debatte, AJP 2019, 781 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/MONSCH MARTIN/MEISSER LUZIUS, Aktien-Token, Eine privatrechtliche Analyse der Möglichkeit des Gebrauchs von DLT-Systemen zur Abbildung und Übertragung von Aktien, GesKR 2019, 1 ff.
- VON GREYERZ CHRISTOPH, Die Aktiengesellschaft, SPR Bd. VIII/2, Basel/Frankfurt am Main, 1982
- VON STEIGER FRITZ, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. Aufl., Zürich 1970
- VOSER PETER, Notarielle Pflichten bei gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Notar, Zürich/Basel/Genf 2016, 107 ff.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITER)
- WATTER ROLF/VOGT HANS-UELI (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK OR II-BEARBEITER)
- WATTER ROLF/VOGT NEDIM PETER/TSCHÄNI RUDOLF/DAENIKER DANIEL (Hrsg.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK FusG-BEARBEITER)
- WENGER CHRISTIAN C., Das bedingte Kapital im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1995 = SSHW Bd. 165
- WIDMER CHRISTOPH K., Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1998 = SSHW Bd. 184
- WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK OR I-BEARBEITER)
- WOLF STEPHAN, Zu den kantonalen Beurkundungsverfahren als Ausgangslage für einen bundesrechtlichen Notariatsprozess und zugleich zu den Schwierigkeiten einer Vereinheitlichung des materiellen Notariatsrechts – eine Standortbestimmung, in: Schweizerischer Notarenverband (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis – 4. Schweizerischer Notariatskongress, Bern 2018, 23 ff. (zit. WOLF, Beurkundungsverfahren)
- WOLF STEPHAN, Öffentliche Beurkundung und Behebung von Fehlern – ausgewählte Einzelfragen, REPRAX 3/2014, 27 ff. (zit. WOLF, Einzelfragen)
- WOLF STEPHAN, Kommentar zu Art. 9 ZGB, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-WOLF)
- WOLF STEPHAN (Hrsg.), Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009 (zit. KNB-BEARBEITER)
- WOLF STEPHAN/PFEUTI ANJA/MINNIG YANNICK, Zur Zukunft des Notariats in der Schweiz, Jusletter 28. Oktober 2013

- ZÄCH ROGER/KÜNZLER ADRIAN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Stellvertretung, Art. 32–40 OR, 2. Aufl., Bern 2014 (zit. BK-ZÄCH/KÜNZLER)
- ZIEGER LEA/DORALT WALTER, Notariatsakt und materielle Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts auf dem Prüfstand, Empirische Grundlagen für die Reform des Gesellschaftsrechts, GesRZ 2022, 250 ff.
- ZIHLER FLORIAN, Zweckumschreibung bei Dienstleistungserbringern, REPRAX 1/2009, 56 ff.
- ZINDEL GAUDENZ G./WEBER DANIEL S./PHILIPPE ARNAUD F., Zeitpunkt der Wirksamkeit statutenändernder Generalversammlungs- und Verwaltungsratsbeschlüsse, REPRAX 2-3/2008, 36 ff.
- ZYSSET PASCAL, Geplante Formerleichterungen für einfach strukturierte Gesellschaften, REPRAX 2018, 53 ff.

Materialienverzeichnis

Botschaft des Bundesrathes an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf, enthaltend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht vom 27. November 1879, BBl 1880 I 149 ff. (zit. Botschaft OR 1879)

Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 745 ff. (zit. Botschaft OR 1983)

Botschaft zum Bundesgesetz über den elektronischen Identitätsnachweis und andere elektronische Nachweise vom 22. November 2023, BBl 2023 2842 (zit. Botschaft BGEID 2023)

Botschaft zum Bundesgesetz über die Digitalisierung im Notariat vom 17. Dezember 2021, BBl 2022 143 (zit. Botschaft DNG)

Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBl 2000 4337 ff. (zit. Botschaft FusG)

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399 ff. (zit. Botschaft OR 2016)

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589 ff. (zit. Botschaft OR 2007)

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht) vom 15. April 2015, BBl 2015 3617 ff. (zit. Botschaft OR 2015)

Botschaft zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, BBl 2007 5283 ff. (zit. Botschaft ZGB 2007)

Bundesamt für Justiz, Gutachten vom 13. September 2018 betreffend Bundeskompetenz zur Regelung des Beurkundungsverfahrens, abgedruckt als Anhang 2 zu Bericht Groupe de réflexion (siehe Materialienverzeichnis; zit. Gutachten BJ vom 13. September 2018)

Bundesamt für Justiz, Zusammensetzung und Mandat der Groupe de réflexion zum «einheitlichen Beurkundungsverfahren in der Schweiz», 7. August 2018, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/beurkundungsverfahren.html>> (zit. Mandat Groupe de réflexion)

Bundesrat, Bericht vom 20. August 1919 über den Bundesratsbeschluss vom 8. Juli 1919 betreffend die Änderung und Ergänzung des schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 in bezug auf Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften und Genossenschaften, BBl 1919 IV 503 ff. (zit. Bericht zu BRB vom 8. Juli 1919)

- Eidgenössische Wettbewerbskommission, Empfehlung 614-0002 vom 23. September 2013 zuhanden der Kantone und des Bundesrats betreffend Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden (zit. WEKO-Empfehlung vom 23. September 2013)
- Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Anleitung und Weisung an die Handelsregisterbehörden für die Bildung und Prüfung von Firmen und Namen vom 1. April 2021, abrufbar unter <<https://ehra.fenceit.ch/de/firmenrecht/>> (zit. EHRA-Weisung vom 1. April 2021)
- Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Die Praxis des Eidg. Amts für das Handelsregister, REPRAX 2/2002, 46 ff. (zit. EHRA-Praxis 2002)
- Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Interne Weisung zur Prüfung der Firmenidentität vom 1. April 2021, abrufbar unter <<https://ehra.fenceit.ch/de/firmenrecht/>> (zit. EHRA-Interne Weisung vom 1. April 2021)
- Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Praxismitteilung EHRA 2/23 vom 6. Juni 2023 (zit. EHRA-Praxismitteilung 2/23)
- Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Praxismitteilung EHRA 1/23 vom 21. März 2023 (zit. EHRA-Praxismitteilung 1/23)
- Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Praxismitteilung EHRA 3/22 vom 19. Dezember 2022 (zit. EHRA-Praxismitteilung 3/22)
- Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Praxismitteilung EHRA 1/21 vom 10. Februar 2021 (zit. EHRA-Praxismitteilung 1/21)
- Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Praxismitteilung EHRA 2/15 vom 30. November 2015 (zit. EHRA-Praxismitteilung 2/15)
- Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Medienmitteilung vom 20. Oktober 2021, Bundesrat stellt Möglichkeit eines einheitlichen Beurkundungsverfahrens zur Diskussion, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-85516.html>> (zit. Medienmitteilung EJPD vom 20. Oktober 2021)
- Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBG), Erläuternder Bericht vom 11. Dezember 2018, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2019/2019-01-300.html>> (zit. Erläuternder Bericht EÖBG)
- Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht sowie Anpassungen im Aktien-, GmbH- und Genossenschaftsrecht) sowie des Revisionsaufsichtsrechts, Modernisierung des Handelsregisters und damit verbundene KMU-Erleichterungen, Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse, August 2013, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/handelsregister.html>> (zit. Vernehmlassung OR 2013)

- Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Änderung betreffend öffentliche Beurkundung), Vorentwurf vom Dezember 2012, Zusammenfassung der Vernehmlassungen, Dezember 2013, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/beurkundungsverfahren.html>> (zit. Vernehmlassung SchlT ZGB)
- Entwurf zum Bundesgesetz über den elektronischen Identitätsnachweis und andere elektronische Nachweise vom 22. November 2023, BBl 2023 2843 (zit. E-BGEID)
- Entwurf zum Bundesgesetz über die Digitalisierung im Notariat vom 17. Dezember 2021, BBl 2022 144 (zit. E-DNG)
- Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 683 ff. (zit. E-OR 2016)
- Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen vom 11. Dezember 2018, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/e-beurkundungen.html>> (zit. Erläuternder Bericht EÖBG)
- Erläuternder Bericht zur Änderung der Handelsregisterverordnung vom 17. Februar 2021, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision14.html>> (zit. Erläuternder Bericht HRegV)
- Erläuternder Bericht zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Öffentliche Beurkundung) vom 13. Dezember 2012, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/beurkundungsverfahren.html>> (zit. Erläuternder Bericht SchlT ZGB)
- Groupe de réflexion: Einheitliches Beurkundungsverfahren in der Schweiz, Leitsätze und Erläuterungen, Bericht vom 18. August 2021, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/beurkundungsverfahren.html>> (zit. Bericht Groupe de réflexion)
- Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (zit. RL 2017/1132)
- Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht (zit. RL 2019/1151)
- Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen vom 11. Dezember 2018, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/e-beurkundungen.html>> (zit.: VE-EÖBG)
- Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014, abrufbar unter <<https://www.ejpd.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision14.html>> (zit. VE-OR 2014)

Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht sowie Anpassungen im Aktien-, GmbH- und Genossenschaftsrecht) vom 19. Dezember 2012, abrufbar unter <<https://bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/handelsregister.html>> (zit. VE-OR 2012)

Vorentwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Öffentliche Beurkundung) vom 13. Dezember 2012, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/beurkundungsverfahren.html>> (zit. VE-SchlT ZGB)

Einleitung

I. Ausgangslage und Zielsetzung

Die vorliegende Dissertation befasst sich mit der öffentlichen Beurkundung im schweizerischen Aktienrecht. Ein besonderer Fokus liegt auf der im Juni 2020 verabschiedeten Aktienrechtsrevision. Traditionell spielt die öffentliche Beurkundung im Aktienrecht eine prominente Rolle. Das Gesetz unterwirft eine Vielzahl bedeutender gesellschaftsrechtlicher Vorgänge dem Beurkundungszwang. Hieran wird mit der Aktienrechtsrevision 2020 festgehalten. Vorschläge zu einer partiellen Lockerung der Formvorschriften hat der Gesetzgeber nicht übernommen. Die öffentliche Beurkundung wird auch künftig an allen entscheidenden Stationen im Lebenszyklus einer Aktiengesellschaft anzutreffen sein. So kann ohne Mitwirkung einer Urkundsperson keine Aktiengesellschaft gegründet oder liquidiert und keine Kapitalveränderung durchgeführt werden.

Im Kontrast zu ihrer praktischen Bedeutung¹ ist die notarielle Mitwirkung im Gesellschaftsrecht aktuell wissenschaftlich kaum durchdrungen.² Ziel der Dissertation ist es, diese Lücke zu schliessen und die Schnittstelle zwischen Notariatsrecht und Aktienrecht systematisch aufzuarbeiten. Das Aufgabenspektrum und die Prüfpflichten der Urkundsperson sollen anhand der einzelnen Beurkundungsgeschäfte konkretisiert werden. Ein besonderer Fokus liegt dabei auf den mit der Aktienrechtsrevision geänderten Bestimmungen. Einbezogen werden überdies aktuelle Entwicklungstendenzen im Notariatsrecht. Von Interesse sind in diesem Zusammenhang namentlich das am 16. Juni 2023 verabschiedete Bundesgesetz über die Digitalisierung im Notariat (DNG) und die laufenden Bestrebungen zu einer bundesrechtlichen Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens.

¹ Siehe dazu etwa Botschaft DNG, 6.

² Eine Ausnahme bildet die Gesamtdarstellung des Beurkundungsrechts von BRÜCKNER (1993), die sich ausführlich mit den gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen befasst (siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, insb. N 2689 ff. und 2963 ff.).

II. Vorgehensweise

- 3 Vorab werden im ersten Teil der Dissertation die notariatsrechtlichen Grundlagen erarbeitet. Ausgehend von einem Überblick über die historische Entwicklung und die Organisation des Notariats in der Schweiz (§1) werden das Zusammenspiel von Bundesrecht und kantonalem Recht (§2) sowie wesentliche Aspekte des Beurkundungsverfahrens *de lege lata* beschrieben (§3). Es folgen eine Darstellung und Würdigung kürzlich abgeschlossener oder im Gang befindlicher Gesetzgebungsvorhaben in diesem Bereich (§4). Sodann ist im zweiten Teil der Arbeit die öffentliche Beurkundung im spezifisch aktienrechtlichen Kontext zu betrachten. In einem ersten Schritt wird dabei auf die Entwicklung des aktienrechtlichen Beurkundungszwangs bis zur Revision 2020 eingegangen (§5 f.). Gestützt auf die Erkenntnisse aus dem ersten Teil der Arbeit soll in einem nächsten Schritt herausgearbeitet werden, was die öffentliche Beurkundung im Aktienrecht leisten kann und was nicht (§7). Diese funktionale Analyse des Beurkundungszwangs führt zur These, dass die öffentliche Beurkundung im Aktienrecht in erster Linie eine präventive Rechtskontrolle durch die Urkundsperson bezweckt. In dieser Funktion tritt die Urkundsperson neben die Handelsregisterbehörde als weitere Kontrollinstanz. Zur Überprüfung der These sind daher die Kontrollfunktionen der beiden Akteure miteinander in Bezug zu setzen (§8). Im dritten Teil der Arbeit wird auf die einzelnen Beurkundungsgeschäfte des Aktienrechts aus Sicht der Urkundsperson eingegangen. Gegliedert wird dieser Teil der Untersuchung nach dem Gegenstand der Beurkundung. Dabei werden zunächst der Errichtungsakt (§9), dann die Generalversammlungs- (§10) und Verwaltungsratsbeschlüsse (§11) betrachtet. Abgerundet wird die Arbeit durch eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.

Erster Teil:

**Die öffentliche Beurkundung in der
Schweiz – eine Bestandesaufnahme**

§ 1: Ursprünge und Organisation des Notariats in der Schweiz

I. Vom spätrömischen Tabellionat zum öffentlichen Notariat der Frühen Neuzeit

Die Wurzeln des kontinentaleuropäischen Notariats werden gemeinhin auf das Tabellionat der römischen Kaiserzeit zurückgeführt.³ Die *tabelliones* waren freiberufliche Urkundenschreiber, die seit dem 3. Jahrhundert dokumentiert sind und deren Tätigkeit im 6. Jahrhundert unter Justinian I. eingehend geregelt wurde.⁴ Die Aufgabe dieser Schreiber bestand darin, wichtige Geschäfte für ihre Auftraggeber zu verurkunden. Dies entsprach einem zunehmenden Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach Schriftlichkeit, die in der bisherigen Entwicklung des römischen Rechts kaum eine Rolle gespielt hatte.⁵ Doch in seiner Funktion unterschied sich das spätrömische Tabellionat wesentlich vom modernen Notariat: Der *tabellio* errichtete lediglich Privaturkunden, welche die von den Parteien erzielte Vereinbarung klar und in dauerhafter Form festhalten sollten. Eigentliche Rechtsfolgen hatte die Mitwirkung des Schreibers nicht. Sie verlieh dem Urkundeninhalt an sich weder erhöhte Beweiskraft noch erleichterte Durchsetzbarkeit.⁶

Die langobardischen, burgundischen und alemannischen Stammesrechte, die sich auf dem Gebiet des untergegangenen weströmischen Reichs entwickelten, standen in der Tradition des Tabellionats.⁷ Kanzleibeamte (*cancellarii*) und Notare (*notarii*) übten zugleich die Funktion des Gerichtsschreibers und der Urkundsperson aus.⁸ Auch in den fränkischen Verwaltungszentren hatten die Notare eine gefestigte Stellung. Im Bestreben, das Notariat im ganzen Fran-

³ Siehe z.B. CANNATA, 198: «Le *tabellio* du bas-empire romain [...] constitue le prototype du notaire moderne.» Vgl. JEANDIN, 5; MOOSER, N 18; RUF, Notariatsrecht, N 39.

⁴ CARLEN, 2; MALAVET, 410 f.; RUF, Notariatsrecht, N 28 ff. m.w.H.; siehe auch SCHLUMPF, 169 f.

⁵ Die Formalgeschäfte des klassischen römischen Rechts (darunter etwa der Verbalvertrag) kamen durch sakral geprägte Spruchformeln (und allenfalls weitere Formalakte) zustande. Der Vertragsschluss erfolgte durch den Austausch dieser inhaltlich genau festgelegten Formeln und damit mündlich (siehe RUF, Notariatsrecht, N 15 f.).

⁶ JEANDIN, 5; MALAVET, 411; ROUMY, 125 f.; RUF, Notariatsrecht, N 23. Gleichwohl massen die Gerichte den Urkunden dann eine besondere Glaubwürdigkeit bei, wenn der *tabellio* vor Gericht bezeugte, sie verfasst zu haben (eingehend MALAVET, 410 f.; vgl. SCHLUMPF, 170).

⁷ Dazu ausführlich RUF, Notariatsrecht, N 44 f. m.w.H.

⁸ CARLEN, 1; SCHLUMPF, 170 f.

kenreich zu verbreiten und auszubauen, verpflichtete Karl der Grosse zu Beginn des 9. Jahrhunderts jeden Bischof, Abt und Grafen, mindestens einen Notar beizuziehen.⁹

- 6 Aus diesem frühen Schreiberwesen begann sich im 11. Jahrhundert in Oberitalien das öffentliche Notariat zu entwickeln. Seit dieser Zeit wurde der notariellen Urkunde als *instrumentum publicum* eine verstärkte Beweiskraft zuerkannt. Es war nunmehr die Urkunde selbst, die vollen Beweis für die Richtigkeit ihres Inhalts erbrachte.¹⁰ Die im römischen Recht in jedem Fall erforderliche Befragung von Zeugen (oder des Urkundenschreibers) wurde entbehrlich.¹¹ Damit war der Schritt von der Privaturkunde zur öffentlichen Urkunde gemacht. Die Notariatsurkunde genoss öffentlichen Glauben (*publica fides*), da sie vom Notar (einer *persona publica*) unter Einhaltung der erforderlichen Formalitäten errichtet worden war.¹²
- 7 Ab dem 12. Jahrhundert wurde an den oberitalienischen Universitäten in der *ars notariae*, der Notariatslehre, unterrichtet.¹³ Das Beurkundungsrecht bildete damit erstmals auch Gegenstand wissenschaftlicher Aufarbeitung. Die *publica fides* der Notariatsurkunden wurde unter Kaiser Friedrich I. (Barbarossa) und Papst Alexander III. anerkannt.¹⁴ Dies schuf die Grundlage für die weitere Verbreitung des öffentlichen Notariats.
- 8 Zu unterscheiden ist die Notariatsurkunde von der bisher geläufigen Siegelurkunde.¹⁵ Der Beweiswert der Siegelurkunde hing von der Qualität der Siegel ab, welche die Parteien sowie Zeugen des verurkundeten Geschäfts an ihr angebracht hatten. Die Person des Urkundenerstellers war nicht von Bedeutung. Gingen die Siegel mit der Zeit verloren, so war die Urkunde nicht länger beweiskräftig.¹⁶ Dagegen schöpfte die Notariatsurkunde ihre erhöhte Glaubwürdigkeit aus der Mitwirkung des Notars. Alexander III. ordnete in einer Dekretale an, dass der Notariatsurkunde auch nach dem Tod der darin genannten

⁹ CANNATA, 200; CARLEN, 1; RUF, Notariatsrecht, N 49.

¹⁰ Ausführlich SCHLUMPF, 171 f. m.w.H.

¹¹ Vgl. MALAVET, 415: «[...] the Germanic law's commingling of the limited notarial function with the judicial publica fides filled the only void that separated the Roman officials from the contemporary notary.»

¹² CARLEN, 17; RUF, Notariatsrecht, N 50.

¹³ Siehe zur Entwicklung der *ars notariae* an der Rechtsschule in Bologna CANNATA, 200 ff.; CARLEN, 3 f.; MALAVET, 418 f.; SCHLUMPF, 171 ff.

¹⁴ CARLEN, 3; SCHLUMPF, 172 f.

¹⁵ Siehe zur Siegelurkunde CARLEN, 16 f.; RUF, Notariatsrecht, N 59 und 68 ff.

¹⁶ RUF, Notariatsrecht, N 68 m.w.H.

Zeugen volle Beweiskraft zukommen solle, gleich wie einer mit authentischen Siegeln versehenen Urkunde.¹⁷

Für die Errichtung einer öffentlichen Urkunde waren nach italienischer Notariatslehre gewisse Verfahrensschritte zu beachten. Am Anfang stand das förmliche Begehren an den Notar, die Urkunde zu errichten.¹⁸ Der Notar eruierte zunächst den Parteiwillen und fasste ihn in einen Entwurf (*notula*), bevor er das finale Urkundenexemplar auf Pergament erstellte. Anschliessend unterzeichnete der Notar die Urkunde und versah sie mit seinem Signet, einer Art Erkennungszeichen.¹⁹ Unterschriften oder Siegel der Parteien waren nicht erforderlich. Den wesentlichen Inhalt des Geschäfts vermerkte der Notar später in seinem Protokollbuch, der sog. Imbreviatur.²⁰ Bei Bedarf konnte der Notar jederzeit gestützt auf die Imbreviatur Ausfertigungen der öffentlichen Urkunde erstellen, denen ihrerseits volle Beweiskraft zukam.²¹ Dies hatte den entscheidenden Vorteil, dass die verurkundeten Erklärungen losgelöst von der Urkunde galten und den Verlust oder Untergang des Pergaments überdauerten. Auch konnte man die Behauptung, eine Urkunde sei nachträglich verfälscht worden, durch den Beizug der Imbreviatur auf einfache Weise überprüfen.

Ab etwa 1200 hielt das öffentliche Notariat italienischer Prägung auf dem Gebiet der heutigen Schweiz Einzug. Die Rezeption begann (ausgehend von Norditalien) im Tessin und in den südlichen Bündner Tälern.²² Über Savoyen breitete sich das Notariat dann in der Westschweiz aus, später auch in Bern und Basel.²³ Die Einführung des öffentlichen Notariats stand in engem Zusammenhang mit der Gerichtsbarkeit der bischöflichen Offizialate. An diesen kirchlichen Gerichten amtierten Notare als Gerichtsschreiber und Urkunds-

¹⁷ Liber Extra 2.22.2: «Scripta vero authentica, si testes inscripti decesserint, nisi forte per manum publicam [d.h. durch Mitwirkung des Notars] facta fuerint [...] aut authenticum sigillum habuerint [...] non videntur nobis alicuius firmitatis robur habere.» Vgl. CARLEN, 3 und 17; ROUMY, 127; SCHLUMPF, 172.

¹⁸ Siehe MALAVET, 419.

¹⁹ Siehe zu den Notarsignetten CARLEN, 18; LUMINATI, 283 f.

²⁰ CARLEN, 17; SCHLUMPF, 186; SCHUBERT, Geschichte des Notariats, 204; vgl. MALAVET, 420 f.

²¹ Im späteren Verlauf entwickelte sich die Praxis, dass die Parteien (aus Kostengründen) auf die Ausstellung einer Pergamenturkunde ganz verzichteten und sich mit einem Auszug aus der Imbreviatur begnügten (siehe SCHLUMPF, 186).

²² Ausführlich zur Entwicklung des öffentlichen Notariats in den südalpinen Gebieten LUMINATI, 286 ff.

²³ CARLEN, 6 ff.; dazu im Einzelnen LUMINATI, 290 f. In der Stadt Genf wurde das öffentliche Notariat von Südfrankreich her rezipiert. Ins Wallis gelangte es nach aktuellem Forschungsstand nicht (direkt) von Italien her, sondern rhoneaufwärts über die Westschweiz (LUMINATI, 289 m.w.H.).

personen. Die Rezeption des kanonischen Rechts schuf so gewissermassen die Grundlage für die Übernahme des italienischen Notariatsmodells.²⁴ Nur zögerlich drang das öffentliche Notariat in die deutschsprachigen Gebiete der Nord- und Ostschweiz vor. Hier blieb die Siegelurkunde dominant.²⁵ Häufig anzutreffen sind Mischformen zwischen Siegel- und Notariatsurkunde, deren Verfasser in der Regel entweder öffentliche Notare²⁶ oder Amtsschreiber weltlicher oder kirchlicher Autoritäten waren.²⁷

- 11 In der Deutschschweiz erhielten im Spätmittelalter vielerorts die Stadt- bzw. Landschreiber das ausschliessliche Recht zur Errichtung von Urkunden.²⁸ Damit setzte sich hier das Amtsnotariat gegenüber dem freien Berufsnotariat, das in den übrigen Landesteilen vorherrschend blieb, grösstenteils durch.²⁹ In der Frühen Neuzeit verdrängte eine zunehmende regionale Rechtsetzung das gemeinrechtliche Notariat. Es gab Bestrebungen, die Ausübung des Berufsnotariats verstärkt zu reglementieren (z.B. in Bern ab 1523 und in Genf ab 1536).³⁰ Die Reichsnotariatsordnung von 1512, mit der insbesondere Missstände im Notariatswesen bekämpft werden sollten,³¹ konnte sich auf dem Gebiet der Schweiz (mit Ausnahme von Basel) nicht durchsetzen.³²

²⁴ CARLEN, 4 f.; LUMINATI, 285 und 291 f. m.w.H.; UTZ TREMP/PRÊTRE; zur Bedeutung des bischöflichen Offizialats in Basel SCHLUMPF, 174 ff.

²⁵ Siehe die Hinweise bei CARLEN, 8 f.; LUMINATI, 291 ff.

²⁶ Im (Spät-)Mittelalter wurden die Notare durch den Papst oder den Kaiser ernannt. Ab dem 15. Jahrhundert verlagerte sich die Ernennungskompetenz schrittweise auf die Landesherren und Bischöfe. Eine besondere Rolle spielten dabei in der Frühen Neuzeit die kaiserlichen Hofpalzgrafen (*comites palatini*), die (namentlich in Basel) zahlreiche Notare ernannten (siehe CARLEN, 10 ff.; SCHLUMPF, 183 ff.; UTZ TREMP/PRÊTRE).

²⁷ Siehe zu diesen Mischformen LUMINATI, 282.

²⁸ CARLEN, 8; LUMINATI, 293 f.; RUF, Notariatsrecht, N 86 f.

²⁹ Ausführlich LUMINATI, 295 ff., der von einem «Siegeszug des Amtsnotariats» spricht.

³⁰ LUMINATI, 296 ff.; UTZ TREMP/PRÊTRE; zur Entwicklung in Bern RUF, Notariatsrecht, N 109 ff.

³¹ Siehe zur Entstehungsgeschichte und zum Inhalt der Reichsnotariatsordnung von 1512 SCHUBERT, Geschichte des Notariats, 205 ff.

³² LUMINATI, 295 m.w.H.; vgl. SCHLUMPF, 184 f.

II. Einfluss des französischen Notariatsrechts von 1791/1803

Von entscheidender Bedeutung für die weitere Entwicklung des kontinental-europäischen Notariats war die Gesetzgebung im revolutionären Frankreich, die das Notariatswesen grundlegend modernisierte.³³

Das französische Notariat des *Ancien Régime* war bereits weit entwickelt. Es reichte zurück auf das 12. Jahrhundert, als das italienische Notariatsmodell in Südfrankreich rezipiert wurde.³⁴ Am Ausgang des Mittelalters war das Notariat in Frankreich noch stark zersplittert und in eine Vielzahl verschiedener Funktionen und Berufstitel gegliedert. Die Monarchie bemühte sich in der Frühen Neuzeit mit einigem Erfolg um die Vereinheitlichung und Straffung des Notariatswesens,³⁵ sodass zu Beginn der Revolution im Wesentlichen noch zwei Kategorien von Notaren existierten: die *notaires royaux*, deren Amt vererblich und verkäuflich war, und die mit beschränkten Beurkundungsbefugnissen ausgestatteten *notaires seigneuriaux*.³⁶

Fortgeführt wurde die Vereinheitlichung der Notariatsorganisation durch ein Dekret der Nationalversammlung von 1791.³⁷ Die bisherigen Ämter der Notare wurden abgeschafft und ersetzt durch das Amt des *notaire public*, eines auf Lebenszeit ernannten Berufsnotars. Die Verkäuflichkeit und Vererblichkeit der Notarämter wurden aufgehoben.³⁸

Das Beurkundungsverfahren wurde im Dekret von 1791 nicht eingehend geregelt; es blieb bei den uneinheitlichen Praktiken aus der Zeit des *Ancien Régime*. Im Hinblick auf den Erlass des *Code civil* (1804) drängte sich eine umfassende Neuordnung auf. Diese erfolgte mit einem Gesetz, das am 25. ventôse XI

³³ Siehe nur MALAVET, 423; zum Einfluss der französischen Notariatsordnung von 1791/1803 auf die Rechtsentwicklung in Deutschland eingehend SCHUBERT, *Französisches Notariat*, 191 ff.

³⁴ Das öffentliche Notariat drang zunächst in die Regionen Frankreichs ein, in denen sich das *ius commune* als primäre Rechtsquelle etablierte (sog. *Pays de droit écrit*). In Zentral- und Nordfrankreich (*Pays de droit coutumier*) entwickelten sich bis im Spätmittelalter andere Formen der Beurkundung von Rechtsakten (siehe dazu ROUMY, 127 f., 137 ff.).

³⁵ Zu dieser Entwicklung ausführlich ROUMY, 145 ff.

³⁶ ROUMY, 154 mit Fn. 164; vgl. SCHUBERT, *Französisches Notariat*, 183.

³⁷ Décret des 29 septembre – 6 octobre 1791 sur la nouvelle organisation du notariat et sur le remboursement des offices de notaires.

³⁸ Siehe zum Dekret von 1791 ROUMY, 155 ff. m.w.H.; SCHUBERT, *Französisches Notariat*, 183 f.

(16. März 1803) vom *Corps législatif* verabschiedet wurde (*ventôse*-Gesetz).³⁹ Dieses Gesetz, das teilweise bis heute in Kraft ist, ersetzte das Dekret von 1791.

- 16 Das *ventôse*-Gesetz definierte die Funktion und Stellung der Notare wie folgt (Art. 1):

«Les notaires sont les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer les grosses et expéditions.»

- 17 Damit umschreibt das Gesetz treffend die Funktion der modernen Urkundsperson:⁴⁰ Sie ist rechtskundige Trägerin einer staatlichen Aufgabe und errichtet im Auftrag privater Parteien Urkunden, deren Inhalt (als Folge der staatlichen Mitwirkung) erhöhte Glaubwürdigkeit und Durchsetzungskraft genießt.⁴¹ Im Übrigen sorgt sie dafür, dass der Urkundeninhalt dauerhaft und fälschungssicher konserviert wird.⁴²
- 18 Das *ventôse*-Gesetz enthielt in 69 Artikeln eine umfassende Regelung des Notariatswesens, die das Beurkundungsverfahren einschloss. Der Notarberuf wurde für unvereinbar erklärt mit der Tätigkeit als Richter, Staatsanwalt, Gerichtsschreiber (*greffier*), beratender Anwalt (*avoué*), Vollstreckungsbeamter (*huissier*) oder Polizeikommissar.⁴³ Damit verankerte das Gesetz erstmals eine strikte Trennung zwischen der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit.⁴⁴ Zur Sicherung allfälliger Haftungsansprüche aus der Berufsausübung wurden die Notare verpflichtet, eine von der Regierung festzusetzende Kaution zu hinterlegen.⁴⁵ Die Aufsicht über die Berufsausübung sollten die Notare in Selbstverwaltung wahrnehmen. Dazu sah das neue Recht die Schaffung regionaler Notarkammern (*chambres de notaires*) vor, welche die Disziplinar Gewalt innehatten.⁴⁶ Diese Regelungen zeigen, dass dem französischen Notariatsrecht das Leitbild eines Notars zugrunde liegt, der ein öffentliches Amt

³⁹ Loi contenant organisation du notariat (loi 25 ventôse an XI); zur Entstehungsgeschichte ROUMY, 157 ff.; SCHUBERT, Französisches Notariat, 184 ff.

⁴⁰ Ebenso JEANDIN, 2 f.

⁴¹ Vgl. Art. 19 *ventôse*-Gesetz: «Tous actes notariés feront foi en justice, et seront exécutoires dans toute l'étendue de la République. [...]»

⁴² Zu den Funktionen der öffentlichen Beurkundung im heutigen Recht siehe hinten [N 152 ff.](#)

⁴³ Art. 7 *ventôse*-Gesetz; vgl. CARLEN, 20; SCHUBERT, Französisches Notariat, 186.

⁴⁴ Siehe SCHUBERT, Französisches Notariat, 187.

⁴⁵ Art. 33 f. *ventôse*-Gesetz.

⁴⁶ Die Errichtung und Organisation der Notarkammern wurde in einer Verordnung (*arrêté*) vom 2. nivôse XII (24. Dezember 1803) geregelt; siehe dazu ROUMY, 159.

ausübt, zugleich aber freiberuflich (d.h. auf eigene Rechnung und eigenes Risiko) tätig ist.⁴⁷

Die Neuordnung des Notariats in Frankreich hatte einen massgeblichen Einfluss auf die Entwicklung des Notariatsrechts in der Schweiz, namentlich in der West- und Südschweiz.⁴⁸ Die mit der Mediationsakte (1803) neu geschaffenen Kantone Tessin und Waadt erliessen bereits im Juni 1803 Notariatsgesetze nach französischem Muster.⁴⁹ Stark vom französischen Recht beeinflusst waren sodann Genf, das Wallis und Neuenburg, die bis 1814 zeitweise unter der Herrschaft Frankreichs standen. Später ordneten auch die Kantone Freiburg (ab 1809) und Bern (ab 1832) ihr Notariat nach dem Vorbild des französischen *notaire public*.⁵⁰ Demgegenüber blieb in weiten Teilen der Deutschschweiz im 19. Jahrhundert das Amtsnotariat vorherrschend, das auch hier zunehmend in Gesetzen und Verordnungen kodifiziert wurde.⁵¹

19

III. Heutige Organisation des Notariats in der Schweiz

1. Überblick

Das Inkrafttreten des ZGB am 1. Januar 1912 führte zwar dazu, dass die Kantone ihr Beurkundungsrecht auf das Bundeszivilrecht abstimmen mussten.⁵² Die Regelung des Notariatswesens blieb aber weiterhin Sache der Kantone (Art. 55 SchlT ZGB),⁵³ die an ihren historisch gewachsenen Strukturen oftmals festhielten. Als Folge gibt es bis heute schweizweit erhebliche regionale Unterschiede in der Notariatsorganisation.

20

⁴⁷ Dieses Konzept des Notariats als «*liberal profession performing a public function*» (MALAVET, 434) ist in den kontinentaleuropäischen Jurisdiktionen vorherrschend (siehe hinten [N 21 f.](#) mit Fn. 58 und 60).

⁴⁸ Dazu ausführlich CARLEN, 19 ff.; LUMINATI, 299 f.

⁴⁹ Siehe die Hinweise bei CARLEN, 21 Fn. 11 und 12.

⁵⁰ Siehe CARLEN, 21; LUMINATI, 300.

⁵¹ Anders verlief die Entwicklung in Basel, wo ein gemeinrechtlich geprägtes freies Privatnotariat die Französische Revolution überdauerte; die Notariatsordnung von 1765 wurde erst 1868 durch ein neues Notariatsgesetz abgelöst (LUMINATI, 301; vgl. auch CARLEN, 22; SCHLUMPF, 189 f.). Ein Überblick über die Notariatsgesetzgebung im 19. Jahrhundert findet sich bei CARLEN, 21 ff.

⁵² Die Kantone setzten dies in ihren Einführungsgesetzen zum ZGB um oder erliessen Notariats- oder Beurkundungsgesetze (LUMINATI, 302 f.; Übersicht bei CARLEN, 26 ff.).

⁵³ Siehe dazu im Einzelnen hinten [N 34 ff.](#)

- 21 Im Vergleich zu anderen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen weisen die gängigen Notariatsmodelle der Kantone gewisse Eigenheiten auf. Eine erste Besonderheit ist das hierzulande weit verbreitete Anwaltsnotariat. Kombiniert werden damit zwei Berufe, die sich im Kern unterscheiden: Anwälte sind in erster Linie Vertreter von Parteiinteressen, während die Notare als unparteiliche Berater und Urkundenverfasser den Interessen der Beteiligten gleichmässig zur Geltung verhelfen müssen.⁵⁴ Die gleichzeitige Ausübung des Anwalts- und Notarberufs bringt besondere Herausforderungen mit sich. Im Einzelfall kann etwa unklar sein, ob der Anwaltsnotar für bestimmte Handlungen dem Berufsrecht der Notare oder jenem der Anwälte untersteht.⁵⁵ Umgekehrt hat diese Organisationsform aber auch Vorteile. So bietet sie Gewähr für eine hochwertige Ausbildung und einen breiten juristischen Erfahrungshorizont der Notare.⁵⁶ Im europäischen Vergleich bildet das Anwaltsnotariat eine Ausnahmeerscheinung.⁵⁷ Ausserhalb der Schweiz ist es in den deutschen Bundesländern Berlin, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein und in Teilen Nordrhein-Westfalens anzutreffen.⁵⁸ In der Schweiz gibt es in den meisten Kantonen Anwälte, die zugleich als Urkundspersonen tätig sind. Lediglich in den Kantonen Genf (Art. 4 Abs. 1 LN/GE) und Waadt (Art. 5 Abs. 1 LN/VD) ist die gleichzeitige Berufsausübung als Notar und Anwalt untersagt. In manchen Kantonen der Deutschschweiz ist die Registrierung als Rechtsanwalt dagegen gar Voraussetzung für die freiberufliche Beurkundungstätigkeit.⁵⁹
- 22 Eine weitere Eigenheit der Notariatsorganisation in der Schweiz ist die Zuweisung der öffentlichen Beurkundung an verwaltungsinterne Stellen.⁶⁰ Eigentli-

⁵⁴ Daher gebietet die Interessenwahrungspflicht, dass der Anwaltsnotar in einer Streitigkeit, die eine zuvor von ihm selbst errichtete öffentliche Urkunde betrifft, keine der Parteien vertritt (siehe BGer 2C_407/2008 vom 23. Oktober 2008, E. 3.3).

⁵⁵ Siehe zu dieser Problematik MOOSER, N 208.

⁵⁶ Vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 345.

⁵⁷ Vgl. JEANDIN, 52, der von einer «*particularité bien helvétique*» spricht.

⁵⁸ Siehe BeckNotar-HdB-BREMKAMP, § 32 N 8 ff.; das Anwaltsnotariat in Deutschland geht zurück auf die preussische Notarordnung von 1771 (dazu ausführlich SCHUBERT, Geschichte des Notariats, 209 ff. und 219 ff.).

⁵⁹ Dies ist der Fall in den Kantonen Appenzell Ausserrhodens (Art. 2 Abs. 2 BeurkG/AR), Appenzell Innerrhodens (Art. 1a BeurkV/Al), Glarus (Art. 4 Abs. 1 BeurkG/GL), Luzern (§ 5 Abs. 1 BeurkG/LU), Nidwalden (Art. 2 Abs. 1 Ziff. 5 BeurkG/NW), Schwyz (§ 10 lit. b EG ZGB/SZ), St. Gallen (Art. 15 Abs. 1 lit. b EG ZGB/SG), Thurgau (§ 8a EG ZGB/TG) und Zug (§ 1 f. BeurkG/ZG).

⁶⁰ Im europäischen Ausland war das Amtsnotariat in Portugal und in Baden-Württemberg traditionell verankert. In Portugal setzten 2004 erste Privatisierungsschritte ein (OECD 2018, 132 m.w.H.). Baden-Württemberg schaffte das Amtsnotariat auf Ende 2017 ab und ersetzte es durch ein freiberufliches Nur-Notariat (siehe § 114 BNotO/D).

che Amtsnotariate mit umfassender Beurkundungsbefugnis kennen die Kantone Schwyz, Thurgau und Zürich.⁶¹ Häufiger betrauen die kantonalen Regelungen verschiedene Amtsstellen (z.B. die Grundbuchverwalter und Gemeindeschreiber) mit der öffentlichen Beurkundung, wobei die Beurkundungsbefugnis regelmässig auf bestimmte Sachbereiche beschränkt ist. Diese Form der Notariatsorganisation ist – historisch bedingt – praktisch ausschliesslich in der Deutschschweiz (insbesondere in der Zentral- und Nordostschweiz) anzutreffen. Insgesamt ist eine Tendenz zur Liberalisierung des Notariatswesens feststellbar. So schaffte der Kanton Basel-Landschaft im Jahr 2012 sein Amtsnotariat ab und wechselte zum freiberuflichen Notariat.⁶² In Appenzell Ausserrhoden (seit 2010) und im Thurgau (seit 2013) dürfen neuerdings neben den zur Beurkundung befugten Amtsstellen auch die im kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Rechtsanwälte öffentlich beurkunden.⁶³

Die kantonalen Regelungen des Notariatswesens lassen sich grob in drei Gruppen einteilen: erstens das freiberufliche Notariat französischer Prägung, zweitens gemischte Systeme mit Elementen des freiberuflichen und des Amtsnotariats sowie drittens Systeme, welche die öffentliche Beurkundung staatlichen Stellen vorbehalten. Innerhalb der letzten Gruppe ist zu unterscheiden zwischen dem Zürcher Amtsnotariat und dem schaffhausischen Recht, das kein eigentliches Notariat kennt.

23

2. Freiberufliches Notariat

Die Kantone mit freiberuflichem Notariat überlassen die öffentliche Beurkundung ausschliesslich privaten Berufsnotaren. Mit dem Notariatspatent überträgt der Staat eine öffentliche Aufgabe und damit einen Teil seiner hoheitlichen Befugnisse auf einen Privaten.⁶⁴ Darin unterscheidet sich das Notariats- vom Anwaltpatent, das eine blosser Polizeibewilligung ist.

24

⁶¹ Auch im Kanton St. Gallen gibt es Amtsnotariate; ihre Beurkundungsbefugnis ist indes beschränkt, indem die Grundbuchsachen dem Grundbuchverwalter ausschliesslich zugewiesen sind (Art. 15 Abs. 1 lit. a und c EG ZGB/SG).

⁶² Siehe WOLF/PFEUTI/MINNIG, N 23.

⁶³ Siehe § 8a EG ZGB/TG; Art. 2 Abs. 2 BeurkG/AR.

⁶⁴ Verwaltungsrechtlich handelt es sich um eine sog. Beleihung des Privaten mit einer Staatsaufgabe (siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1821 ff.). Bisweilen ist (etwas missverständlich) auch von einer Konzession (des öffentlichen Dienstes) die Rede (so z.B. MARTI, 56).

- 25 Die Notare werden in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung tätig.⁶⁵ Sie haften ihren Klienten für die pflichtgemässe Ausübung des Beurkundungsmandats⁶⁶ und sind verpflichtet, zur Deckung allfälliger Schadenersatzansprüche eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschliessen.⁶⁷ Im Rahmen der kantonalen Vorschriften können die Notare ihre Berufsausübung frei gestalten. Zu beachten sind namentlich die Anforderungen an eine unabhängige Berufsausübung sowie die Unvereinbarkeiten mit anderen Berufen.⁶⁸ Für die Zulassung als Notar wird ein abgeschlossenes Studium der Rechtswissenschaft, ein durchlaufenes Praktikum und eine bestandene Notariatsprüfung vorausgesetzt.⁶⁹ Die freiberuflichen Notare unterstehen einer disziplinarischen Aufsicht durch den Staat.⁷⁰
- 26 Über ein freiberufliches Notariat verfügen sämtliche Kantone der Westschweiz (Freiburg, Genf, Jura, Neuenburg, Waadt und Wallis), das Tessin sowie die Kantone Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Bern und Uri. Ausser in Genf und in der Waadt kann der Notarberuf mit der Tätigkeit als Anwalt kombiniert werden. Während die Vereinbarkeit der beiden Berufe in den Kantonen mit französisch geprägtem Notariat häufig explizit im Gesetz festgehalten wird,⁷¹ setzt dies das Recht des Kantons Basel-Stadt, wo das Anwaltsnotariat eine lange Tradition hat,⁷² als selbstverständlich voraus. Einen *numerus clausus* im Notariatswesen kennt einzig der Kanton Freiburg. Hier dürfen höchst-

⁶⁵ Siehe z.B. Art. 1 Abs. 2 LN/NE: «Il exerce une profession libérale, de manière indépendante et sous sa propre responsabilité.»

⁶⁶ Das Rechtsverhältnis zwischen dem freiberuflichen Notar und seinen Klienten ist öffentlich-rechtlicher Natur (statt vieler BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 488 ff.).

⁶⁷ Z.B. § 4 BeurkG/AG; § 7 Abs. 1 NG/BS; Art. 57 ff. NG/BE; Art. 45 LN/GE; Art. 7 Abs. 2 Ziff. 1 LN/JU; Art. 38 ff. LN/NE;

⁶⁸ Der Notarberuf wird regelmässig für unvereinbar erklärt mit der Anstellung bei der Verwaltung, mit der Liegenschaftsvermittlung oder der Ausübung anderer kaufmännischer Gewerbe (siehe z.B. § 7 Abs. 2 NG/BS; Art. 20 f. NG/VS; Art. 4 f. NG/BE). Zulässig ist die Organisation des Notariatsbüros als AG oder GmbH, sofern eine unabhängige Berufsausübung durch die angestellten Notare gewährleistet ist (siehe § 7 Abs. 3 BeurkG/AG; Art. 3 Abs. 2–5 NG/BE; einzig das waadtländische Recht sieht ein entsprechendes Verbot vor [Art. 9 Abs. 2 LN/VD]).

⁶⁹ Z.B. § 3 f. NG/BS; Art. 5 Abs. 1 und 2 NG/BE; Art. 40 f. LN/GE; Art. 11 NG/VS. Als Ausnahme verlangt der Kanton Uri weder ein Rechtsstudium noch ein absolviertes Praktikum; es genügt das Bestehen der Notariatsprüfung (Art. 3 Ziff. 3 NV/UR).

⁷⁰ Die Oberaufsicht nimmt in der Regel die Kantonsregierung wahr; als untere Aufsichtsbehörden fungieren je nach kantonomer Regelung das Justizdepartement, die Justizdirektion oder eine spezifisch damit befassete Notariatskommission oder Notarkammer (ausführlich MOOSER, N 189 ff.).

⁷¹ Siehe z.B. Art. 4 Abs. 4 NG/BE; Art. 5 Abs. 1 lit. a LN/NE.

⁷² Siehe dazu LUMINATI, 301; SCHLUMPF, 191.

tens 55 Notare gleichzeitig zur Berufsausübung zugelassen werden (Art. 2 NG/FR).

3. Gemischte Systeme

In den Kantonen, die ihr Beurkundungswesen als gemischtes System organisiert haben, sind freiberufliche (Anwalts-)Notare parallel neben Amtsnotariaten oder anderen Amtsstellen zur Beurkundung befugt. Die Zuweisung der Beurkundungszuständigkeit gestaltet sich von Kanton zu Kanton unterschiedlich.

Das luzernische Recht kommt dem System des freiberuflichen Notariats sehr nahe.⁷³ Als Notare praktizieren dürfen Anwälte, die im Kanton Luzern ein Anwaltsbüro führen oder ständig in einem solchen tätig sind, sowie patentierte, im Amt stehende Gemeindeschreiber (und ihre Substituten). Die Ernennung als Notar setzt das Bestehen einer Prüfung voraus (§ 5 BeurkG/LU). Die Notare verfügen über eine grundsätzlich umfassende Beurkundungsbefugnis (§ 4 Abs. 1 BeurkG/LU). Eine Einschränkung gilt indes für Notare, die bei der Verwaltung angestellt sind (§ 18 BeurkG/LU): So dürfen erstens der Handelsregisterführer und sein Stellvertreter (auch wenn sie Notare sind) keine Rechtsgeschäfte beurkunden, die im Handelsregister eingetragen werden müssen.⁷⁴ Zweitens dürfen bei der Grundbuchverwaltung beschäftigte Notare keine Urkunden über Grundstücksgeschäfte errichten.

Ähnlich ist das Notariat im Kanton Graubünden organisiert. Neben den freiberuflichen («patentierten») Notaren, die das Anwaltspatent erworben und eine Notariatsprüfung bestanden haben müssen, verfügen die beamteten Regionalnotare über eine sachlich unbeschränkte Beurkundungsbefugnis (Art. 2 Abs. 1 und 2 NG/GR). Parallel sind die Grundbuchverwalter zuständig für die Beurkundung von Grundstücksgeschäften in ihrem Grundbuchkreis (Art. 2 Abs. 3 NG/GR). Anders als im luzernischen Recht darf der Grundbuchverwalter in Graubünden also Geschäfte selber beurkunden, deren anschliessende Eintragung in seinen Amtsbereich fällt.

Über ein in den wesentlichen Zügen vergleichbares Beurkundungswesen verfügen die Kantone Glarus, Nidwalden und Obwalden. Die freiberuflichen Urkundspersonen sind befugt, Urkunden über sämtliche beurkundungsbedürfti-

⁷³ Dennoch wird es gemeinhin den gemischten Systemen zugerechnet (siehe BGer vom 9. Mai 1994, ZBGR 1996, 110 ff., E. 3).

⁷⁴ Eine ähnliche Einschränkung kennt das Recht des Kantons Nidwalden (§ 13 Abs. 1 BeurkV/NW).

gen Geschäfte (einschliesslich Grundbuchsachen) zu errichten.⁷⁵ Sie müssen eine Prüfung über die Kenntnis des Beurkundungsrechts erfolgreich absolviert haben.⁷⁶ Neben den freiberuflichen Urkundspersonen haben auch gewisse Amtspersonen Beurkundungsbefugnisse.⁷⁷

- 31 Für die Beurkundung von Rechtsgeschäften über Grundstücke sind in den Kantonen Schwyz, Solothurn, St. Gallen und Zug gesetzlich bezeichnete Amtsstellen ausschliesslich zuständig.⁷⁸ Die sachliche Zuständigkeit der freiberuflichen Urkundspersonen beschränkt sich auf die übrigen Beurkundungsgeschäfte. Diese beschränkte Beurkundungsbefugnis wird bisweilen auch als «kleines Notariat» bezeichnet. Während Solothurn eine separate Notariatsprüfung kennt, ist in Schwyz, St. Gallen und Zug (wo nur Rechtsanwälte als freiberufliche Urkundspersonen zugelassen werden) das Beurkundungsrecht Gegenstand der Anwaltsprüfung.⁷⁹ In den Kantonen Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerrhoden und Thurgau dürfen Rechtsanwälte, die im kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, im Rahmen des «kleinen Notariats» öffentlich beurkunden.⁸⁰ Ein Nachweis beurkundungsspezifischer Fachkenntnisse wird hier nicht verlangt.⁸¹

4. Zürcher Amtsnotariat

- 32 Seit Anfang 2013, als der Kanton Thurgau zu einem gemischten System überging,⁸² ist Zürich der einzige Kanton mit einem Amtsnotariat, das umfassend und ausschliesslich für die öffentliche Beurkundung auf seinem Kantonsgebiet zuständig ist. Der Kanton ist in 44 Notariatskreise eingeteilt, in denen je ein

⁷⁵ Siehe Art. 5 Abs. 1 BeurkG/GL; § 6 Ziff. 5 i.V.m. §§ 12 f. BeurkV/NW; Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 BeurkG/OW (ausgenommen wird der Wechselprotest).

⁷⁶ Siehe Art. 3 BeurkG/GL; § 7 BeurkV/NW; Art. 5 lit. a BeurkG/OW. Im Kanton Glarus kann die Eignungsprüfung separat oder zusammen mit der Anwaltsprüfung abgelegt werden (Art. 3 Abs. 2 BeurkG/GL).

⁷⁷ Siehe § 6 Ziff. 1–4 i.V.m. §§ 12 f. BeurkV/NW; Art. 2 i.V.m. Art. 4 Abs. 2–4 BeurkG/OW; Art. 4 f. BeurkG/GL.

⁷⁸ In Schwyz die Amtsnotariate (§ 10 lit. a EG ZGB/SZ), in Solothurn die Amtsschreiber (§ 5 Abs. 1 EG ZGB/SO), in St. Gallen die Grundbuchverwalter (Art. 15 Abs. 1 EG ZGB/SG) und in Zug sowohl die Gemeindeschreiber (und ihre Stellvertreter) wie auch die Grundbuchverwalter (§§ 4 ff. BeurkG/ZG).

⁷⁹ Siehe § 4 JPV/SO; § 8 Abs. 2 lit. e AnwR/SZ; Art. 6 Abs. 3 PBR/SG; §§ 3 und 5 APV/ZG.

⁸⁰ Die Grundstücksgeschäfte bleiben wiederum verschiedenen Amtsstellen vorbehalten (siehe Art. 1d BeurkV/AI; Art. 2 Abs. 1 und 2 BeurkG/AR; §§ 7 ff. EG ZGB/TG).

⁸¹ Vgl. immerhin Art. 1a Abs. 2 BeurkV/AI mit Bezug auf Anwälte mit ausserkantonomalem Patent.

⁸² Siehe vorne [N 22](#).

Notar und ein (oder mehrere) Notar-Stellvertreter tätig sind.⁸³ Neben der öffentlichen Beurkundung obliegen den Notariaten die Aufgaben des Grundbuch- und des Konkursamts (§ 1 NG/ZH). Sowohl die Notare wie auch die Notar-Stellvertreter sind befugt, im Kanton Zürich sämtliche öffentlichen Beurkundungen vorzunehmen (§ 237 Abs. 1 EG ZGB/ZH).⁸⁴ Grundstücksgeschäfte müssen indes zwingend durch das Notariat des Amtskreises beurkundet werden, in dem das Grundstück liegt (§ 237 Abs. 2 EG ZGB/ZH). Die Notare und ihre Mitarbeiter unterstehen dem öffentlichen Personalrecht des Kantons (§ 18 NG/ZH). Die Ausbildung zum Notar erfolgt entweder über eine kaufmännische Lehre (oder Mittelschule) mit einem anschliessenden Teilstudium an einer schweizerischen Hochschule oder über ein Studium der Rechtswissenschaft. In beiden Fällen wird für die Zulassung zur Fähigkeitsprüfung eine mehrjährige praktische Tätigkeit auf einem zürcherischen Notariat verlangt (§ 6 f. NG/ZH).

5. Schaffhausen

Der Kanton Schaffhausen nimmt insofern eine Sonderstellung ein, als er weder freiberufliche Urkundspersonen einsetzt noch über ein auf die Beurkundung spezialisiertes Amtsnotariat verfügt. Vielmehr weist das kantonale Recht die öffentliche Beurkundung jenen Ämtern zu, in deren Fachbereich das jeweilige Beurkundungsgeschäft fällt (Art. 21 EG ZGB/SH). Für die Stiftungserrichtung und die gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen ist das Handelsregisteramt zuständig. Eheverträge und weitere familienrechtliche Geschäfte, Erbverträge sowie öffentliche letztwillige Verfügungen sind durch den Schreiber der Erbschaftsbehörde oder das Amt für Justiz zu beurkunden. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ist für die Beurkundung von Vorsorgeaufträgen zuständig. Das Grundbuchamt ist mit der Errichtung von Urkunden über Grundstücksgeschäfte befasst. Es beurkundet überdies jene Geschäfte, die nicht einer anderen Stelle zugewiesen sind (Art. 23 Abs. 1 EG ZGB/SH).

33

⁸³ Siehe §§ 2, 10 ff. und 36 Abs. 2 NG/ZH; Beschluss des Kantonsrates des Kantons Zürich vom 7. November 1988 über die Notariatskreise und den Sitz der Notariate (LS 242.5).

⁸⁴ Vgl. aber § 4 NV/ZH, wonach sich der Notar «nach Möglichkeit» auf Vorgänge und Rechtsgeschäfte mit Bezug zu seinem Amtskreis beschränken soll.

§ 2: Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Recht

I. Überblick

- 34 Das Beurkundungsrecht ist geprägt von einer Überlagerung von kantonalem Recht und Bundesrecht. Art. 122 Abs. 1 BV weist die Rechtsetzungskompetenz auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts dem Bund zu. Ob das Beurkundungsrecht eher dem Zivil- oder dem Zivilprozessrecht zuzurechnen ist, wird uneinheitlich beantwortet.⁸⁵ Seit der Bund auch zur Regelung des Zivilprozessrechts kompetent ist, hat die Frage indes ihre Bedeutung verloren. Art. 122 Abs. 1 BV begründet nach zutreffender Ansicht eine genügende Grundlage für den Bund, im Bereich des Beurkundungsrechts zu legitimieren.⁸⁶
- 35 Das Bundesrecht regelt abschliessend, welche Geschäfte öffentlich beurkundet werden müssen⁸⁷ und welche Elemente des jeweiligen Geschäfts formbedürftig sind (Umfang des Formzwangs).⁸⁸ Überdies ergeben sich die materiellrechtlichen Folgen des Nichtbeachtens der Form abschliessend aus dem Bundesrecht (vgl. Art. 11 Abs. 2 OR).⁸⁹
- 36 Diesem sog. materiellen Beurkundungsrecht⁹⁰ steht das formelle Beurkundungsrecht gegenüber, das der Bund den Kantonen zur Regelung vorbehalten

⁸⁵ Für die Zuordnung zum Zivilrecht ARNET, Gesetzgebungskompetenz, 3 f.; die Frage offenlassend Gutachten BJ vom 13. September 2018, 9 f.; grundlegend anders PIOTET, *L'acte authentique*, 136 f., der das Beurkundungsrecht dem öffentlichen Recht zuschlägt, das in die originäre Zuständigkeit der Kantons falle.

⁸⁶ Eingehend ARNET, Gesetzgebungskompetenz, 1 ff.; Gutachten BJ vom 13. September 2018, 4 ff. Jedenfalls seitdem die Gesetzgebung im Bereich des Zivilprozessrechts dem Bund zugewiesen ist, handelt es sich bei Art. 55 SchlT ZGB somit um einen sog. echten Vorbehalt: Der Bundesgesetzgeber delegiert einen Teil seiner Rechtsetzungsbefugnis zurück an die Kantone (wie hier BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 5 mit Fn. 9).

⁸⁷ Siehe etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 492; CHK-KUT/BAUER, N 13 zu Art. 11 OR; BK-MÜLLER, N 26 zu Art. 11 OR; JÖRG SCHMID, *Öffentliche Beurkundung*, N 71 ff.

⁸⁸ Siehe dazu im Einzelnen BGE 117 II 259, E. 2b; BGE 113 II 402, E. 2a; BUCHER, 163 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 535a ff.; HUGUENIN, *Obligationenrecht*, N 364 ff; CHK-KUT/BAUER, N 14 f. zu Art. 11 OR.

⁸⁹ Letzteres ist umstritten (siehe hinten [N 90 ff.](#)).

⁹⁰ Andere Terminologie bei WOLF, *Beurkundungsverfahren*, 28 und *passim*, der unter dem «materiellen Notariatsrecht» das Organisationsrecht versteht.

hat.⁹¹ Nach Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB bestimmen die Kantone, «in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird». Zum formellen Beurkundungsrecht gehören die Organisation des Beurkundungswesens und das Beurkundungsverfahrenrecht.⁹²

Massgeblich eingeschränkt wird die kantonale Autonomie im Bereich des formellen Beurkundungsrechts durch die Bundesverfassung. An die verfassungsrechtlichen Anforderungen (insbesondere die Grundrechte) ist zunächst der kantonale Gesetzgeber gebunden, wenn er das Organisations- und das Verfahrensrecht erlässt. Zur Wahrung der Grundrechte sind sodann die einzelnen Urkundspersonen bei der Ausübung ihres Amtes verpflichtet. Das gilt nicht nur für die beim Staat angestellten Amtsnotare, sondern auch für die freiberuflichen Urkundspersonen, die (wie bereits ausgeführt) als Private eine staatliche Aufgabe wahrnehmen.⁹³ Die Bundesverfassung ordnet ausdrücklich an, dass sie damit unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind (Art. 35 Abs. 2 BV). Verfahrensbeteiligte können sich gegenüber der Urkundsperson etwa auf ihr Recht auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV) oder auf die Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) berufen.⁹⁴

37

II. Organisation des Beurkundungswesens

Es wurde bereits aufgezeigt, dass die Kantone zur Regelung der Notariatsorganisation befugt sind und dabei eine grosse Gestaltungsfreiheit haben. Die Kantone sind frei darin, zu entscheiden, ob sie ein freiberufliches Notariat, die öffentliche Beurkundung durch Amtsstellen oder ein gemischtes System vorsehen wollen.⁹⁵ Auch andere organisatorische Belange wie die Ausbildung der Urkundspersonen oder die Unvereinbarkeiten mit anderen Funktionen liegen in der kantonalen Regelungszuständigkeit. Wie soeben ausgeführt hat sich der kantonale Gesetzgeber dabei an das (Bundes-)Verfassungsrecht zu halten

38

Einen Streitpunkt bildeten wiederholt kantonale Bestimmungen, welche die Urkundspersonen verpflichten, ihren Wohnsitz im Kanton zu haben.⁹⁶ Solche

39

⁹¹ BSK ZGB II-SCHMID/ARNET, N 1 f. zu Art. 55 SchlT ZGB.

⁹² Siehe sogleich [N 38 ff.](#)

⁹³ Siehe allgemein HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1854 ff.; BSK BV-WALDMANN, N 19 zu Art. 35.

⁹⁴ So kann eine freiberufliche Urkundsperson nicht etwa ohne sachliche Rechtfertigung gewisse Beurkundungsbegehren annehmen und andere ablehnen (siehe hinten [N 68](#)); eingehend DÉPRAZ, N 262 ff.

⁹⁵ Siehe vorne [N 20 ff.](#)

⁹⁶ Solche Regelungen sind in den Kantonen verbreitet, siehe z.B. Art. 3 LN/GE; Art. 22 Abs. 2 lit. a LN/TI; Art. 3 Ziff. 4 NV/UR; § 2 Abs. 1 und 3 BeurkG/ZG.

Wohnsitzerfordernisse tangieren die Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV).⁹⁷ Zunächst erkannte das Bundesgericht, dass ein öffentliches Interesse an einem Wohnsitzerfordernis bestehen könne, weil die Urkundsperson eine hoheitliche Tätigkeit ausübe und dabei weitgehend weisungsunabhängig agiere.⁹⁸ Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung (Art. 36 Abs. 3 BV) bleiben aber die Umstände des konkreten Falls vorbehalten.⁹⁹ So beurteilte das Bundesgericht in einem jüngeren Urteil die Anwendung des Wohnsitzerfordernisses gemäss Art. 12 lit. c NG/GR als unverhältnismässig, nachdem der Beschwerdeführer die bündnerische Notariatsprüfung abgelegt habe und im Kanton als Rechtsanwalt arbeite. Die Aufsichtstätigkeit werde durch den ausserkantonalen Wohnsitz nicht beeinträchtigt und die erhöhte Präsenz bzw. Disponibilität im Kanton vermöge die Wohnsitzpflicht nicht zu rechtfertigen.¹⁰⁰ Mit dieser Argumentation schränkt das Bundesgericht den Spielraum der Kantone zur Durchsetzung von Wohnsitzerfordernissen für Urkundspersonen erheblich ein.¹⁰¹

III. Beurkundungsverfahrensrecht

1. Grundsatz: Regelungskompetenz der Kantone

- 40 Das Verfahren der öffentlichen Beurkundung wird grundsätzlich durch das kantonale Recht geregelt.¹⁰² Einzig für die öffentliche letztwillige Verfügung (Art. 499 ff. ZGB) und den Erbvertrag (Art. 512 ZGB) schreibt das Bundesrecht ausdrücklich vor, wie die Beurkundung vorzunehmen ist.¹⁰³ Darin unterschei-

⁹⁷ Eingehend BSK BV-RUDIN, N 36 ff. zu Art. 24.

⁹⁸ BGE 128 I 280, E. 4. In diesem Urteil erachtete das Bundesgericht die Wohnsitzpflicht für Urkundspersonen des Kantons Appenzell Innerrhoden als verfassungskonform.

⁹⁹ So bereits BGE 128 I 280, E. 4.5, wo von «überwiegenden Gründen» die Rede ist, die «im konkreten Fall eine Ausnahme von der Wohnsitzpflicht gebieten würden».

¹⁰⁰ BGer 2C_335/2013 vom 11. Mai 2015, E. 3.6.2 und 3.6.3.

¹⁰¹ In Zug sah die Aufsichtsbehörde im Jahr 2015 unter Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung von der Anwendung des Wohnsitzerfordernisses gemäss § 2 Abs. 1 und 3 BeurkG/ZG ab (Präsidialverfügung vom 31. Juli 2015, GVP/ZG 2015, 1.1.1.1), obwohl der Gesetzgeber im Vorjahr im Rahmen einer Revision des Beurkundungsrechts explizit daran festgehalten hatte. Der luzernerische Gesetzgeber gab das Erfordernis des Wohnsitzes im Kanton 2021 auf; verlangt wird nunmehr lediglich, dass die Notare Wohnsitz in der Schweiz haben (vgl. § 5 Abs. 2 lit. d BeurkG/LU).

¹⁰² Siehe z.B. BSK ZGB II-SCHMID/ARNET, N 2 zu Art. 55 SchlIT ZGB.

¹⁰³ Darüber hinaus gibt es im Bundesrecht vereinzelte Anordnungen, die sich auf das Beurkundungsverfahren beziehen (z.B. für den Wechselprotest in Art. 1034 ff. OR, für den Sach-

det sich das Beurkundungsrecht der Schweiz namentlich von jenem Deutschlands, wo (trotz föderaler Unterschiede in der Notariatsorganisation) eine einheitliche Verfahrensordnung existiert.¹⁰⁴ Dies hat zur Konsequenz, dass in der Schweiz 26 verschiedene Beurkundungsverfahren angewendet werden. Zu beachten sind die Regeln des Kantons, in dem die Beurkundung stattfindet (*locus regit actum*).¹⁰⁵

Immerhin weichen die Regelungen der Kantone in den wesentlichen Punkten nicht sonderlich stark voneinander ab. Die kantonalen Gesetzgeber orientieren sich regelmässig an Verfahrensvorschriften, die sich in anderen Kantonen bewährt haben.¹⁰⁶ So kommt es faktisch zu einer zunehmenden Konvergenz der kantonalen Rechte.

41

2. Bundesrechtliche Grenzen der kantonalen Normierungsfreiheit

Trotz kantonaler Kompetenz zur Regelung des Verfahrens ist die öffentliche Beurkundung ein Institut des Bundesrechts.¹⁰⁷ Die Freiheit der Kantone, das Beurkundungsverfahren zu ordnen, ist limitiert durch den Zweck, den der Bundesgesetzgeber mit der Anordnung des Formzwangs verfolgt. Einerseits hat das kantonale Verfahren gewissen Mindestanforderungen zu genügen, die das Bundesrecht implizit an die Form der öffentlichen Beurkundung stellt. Andererseits darf das kantonale Recht mit seinen Verfahrensvorschriften die privatrechtliche Ordnung des Bundes nicht ungebührlich erschweren.¹⁰⁸ Mit anderen Worten ergibt sich aus ungeschriebenem Bundesrecht ein Kern an Verfahrensregeln, den die Kantone zwingend beachten müssen. Es liegt in ihrer Kompetenz, weitergehende Vorschriften zu erlassen. Diese Vorschriften dürfen aber nicht so weit gehen, dass sie der Verwirklichung des (materiellen)

42

einlagevertrag in Art. 634 Abs. 3 OR oder für die Vermögensübertragung in Art. 70 Abs. 2 FusG).

¹⁰⁴ In Deutschland ist das Beurkundungsverfahren im Beurkundungsgesetz von 1969 (BeurkG/D) geregelt.

¹⁰⁵ Siehe etwa RUF/JEITZINER, 921 f.

¹⁰⁶ Siehe dazu SCHMID/WOLFSBERG, 12 f. m.w.H.; differenzierend WOLF, Beurkundungsverfahren, 47 ff.

¹⁰⁷ Die Lehre war seit jeher der Ansicht, die öffentliche Beurkundung sei ein Begriff des Bundesrechts (siehe die Hinweise bei HUBER, 251 f.; ferner BK-MEIER-HAYOZ, N 92 zu Art. 657 ZGB; BUCHER, 167; kritisch PIOTET, La notion fédérale, 19 ff.). Das Bundesgericht bekennt sich seit BGE 84 II 636 zu dieser Sichtweise (E. 1).

¹⁰⁸ Statt vieler BGE 99 II 159, E. 2a; BSK ZGB II-SCHMID/ARNET, N 7 zu Art. 55 SchlT ZGB m.w.H.; eingehend JÖRG SCHMID, Öffentliche Beurkundung, N 216 ff.

Bundesrechts im Wege stehen. Diese Grundsätze sind in Lehre und Rechtsprechung seit langem gefestigt.¹⁰⁹

- 43 Die kantonale Normierungsfreiheit bewegt sich demnach in Schranken: Sie ist nach unten begrenzt durch das bundesrechtliche Minimum und nach oben durch die Anforderung, das materielle Recht nicht zu behindern. Verschiedentlich ist das kantonale Recht inhaltlich deckungsgleich mit dem ungeschriebenen bundesrechtlichen Minimum. Seine Bedeutung beschränkt sich dann auf die Regelung von Detailspekten.¹¹⁰ Der kantonale Gesetzgeber schöpft die ihm vorbehaltene Gesetzgebungskompetenz nur insoweit voll aus, als er Recht setzt, das sich oberhalb des bundesrechtlichen Minimums bewegt. Dieses eigenständige kantonale Recht muss die obere Grenze respektieren, darf also das materielle Bundesrecht nicht behindern.
- 44 Im Verfahren vor Bundesgericht besteht freie Kognition in Bezug darauf, ob sich das konkret durchgeführte Beurkundungsverfahren und die anwendbaren kantonalen Vorschriften an die bundesrechtlichen Schranken halten (Art. 95 lit. a BGG). Die Einhaltung des kantonalen Rechts überprüft das Bundesgericht dagegen nur auf Willkür hin.¹¹¹
- 45 Kantonales Recht, das sich nicht an den bundesrechtlichen Rahmen hält, sei es, weil es die Mindestanforderungen unterschreitet oder die Verwirklichung des Bundesprivatrechts behindert, wird durch das (ungeschriebene) Bundesrecht derogiert und ist nicht zu beachten (Art. 49 Abs. 1 BV).¹¹²

¹⁰⁹ Grundlegend die Untersuchung von HUBER, 249 ff.; aus der Rechtsprechung BGE 106 II 147, E. 1; BGE 99 II 159, E. 2a; BGE 90 II 274, E. 5.

¹¹⁰ So ist beispielsweise die Wahrheitspflicht der Urkundsperson von Bundesrechts wegen vorgegeben (BGE 90 II 274, E. 6; eingehend hinten [N 71 ff.](#)). In die kantonale Kompetenz fällt es, Regeln aufzustellen, wie die Urkundsperson bei der Wahrheitsermittlung genau vorzugehen hat (z.B. die Vorgabe, dass Vollmachten beglaubigt sein müssen [siehe dazu hinten [N 253 f.](#)]). Dabei handelt es sich um kantonale Ordnungsvorschriften (vgl. BGE 99 II 159, E. 2b).

¹¹¹ Statt vieler BSK BV-SEFEROVIC, N 37 zu Art. 189 m.w.H.

¹¹² Sog. derogatorische Kraft des Bundesrechts (eingehend BSK BV-WALDMANN, N 21 ff. zu Art. 49).

§ 3: Beurkundungsverfahren

Das Bundesgericht definiert die öffentliche Beurkundung als «die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staate geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren».¹¹³ Bevor im zweiten und dritten Teil der Arbeit auf spezifisch aktienrechtliche Aspekte eingegangen wird, sollen im Folgenden Kernelemente dieses Verfahrens skizziert werden, wie sie sich aus dem geschilderten Zusammenspiel von Bundesrecht und kantonalen Rechten ergeben.¹¹⁴

46

I. Zuständigkeit

1. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit betrifft die Frage, wer welche Geschäfte öffentlich beurkunden darf.¹¹⁵ Sie ergibt sich aus dem kantonalen Organisationsrecht. Es ist bereits aufgezeigt worden, dass in den Kantonen mit freiberuflichem Notariat die Berufsnotare und im Kanton Zürich die Amtsnotariate umfassend und ausschliesslich für die öffentliche Beurkundung zuständig sind.¹¹⁶ Dies gilt auch für die Beurkundungen im Bereich des Gesellschaftsrechts. In den Kantonen mit einem gemischten System sind sowohl die freiberuflichen Urkundspersonen wie auch gewisse Amtsstellen (Amtsnotariate, Gemeindeschreiber etc.) zur Beurkundung befugt.¹¹⁷

47

Einzig in den Kantonen der Nordostschweiz errichtet (auch) das Handelsregisteramt öffentliche Urkunden über gesellschaftsrechtliche Vorgänge. In Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerrhoden, St. Gallen und im Thurgau ist es hierfür neben anderen Urkundspersonen zuständig.¹¹⁸ Im Kanton Schaffhausen ist das Handelsregisteramt alleine mit den gesellschaftsrechtlichen Beur-

48

¹¹³ BGE 99 II 159, E. 2a.

¹¹⁴ Siehe vorne [N 40 ff.](#)

¹¹⁵ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 689 ff.; JÖRG SCHMID, Öffentliche Beurkundung, N 276.

¹¹⁶ Siehe vorne [N 24 f.](#) und [32.](#)

¹¹⁷ Siehe vorne [N 27 ff.](#)

¹¹⁸ Siehe Art. 2 Abs. 1 und 2 BeurkG/AR; Art. 1d BeurkV/AI; Art. 15 EG ZGB/SG; § 10 Abs. 2 EG ZGB/TG.

kundungen betraut.¹¹⁹ Wie im zweiten Teil der Arbeit aufgezeigt wird, ist die doppelte Vorkontrolle (durch die Urkundsperson und die Handelsregisterbehörde) eine wichtige Funktion des aktienrechtlichen Beurkundungszwangs.¹²⁰ Vor diesem Hintergrund sind die genannten Zuständigkeitsregelungen¹²¹ problematisch. Es ist in diesen Fällen sicherzustellen, dass das Geschäft amtsintern durch zwei Stellen überprüft wird (Vier-Augen-Prinzip). Sollte dieselbe Person Geschäfte handelsregisterrechtlich prüfen und eintragen, die sie zuvor selbst beurkundet hat, wäre die bundesrechtlich vorgesehene Doppelkontrolle nicht mehr gegeben.

- 49 Nicht mit der sachlichen Zuständigkeit zu verwechseln ist die Frage, welche Geschäfte für ihre Gültigkeit öffentlich beurkundet werden müssen.¹²² Diese Frage wird wie ausgeführt abschliessend durch das Bundesrecht geregelt. Die sachliche Zuständigkeit der Urkundsperson ist nicht auf diese Geschäfte begrenzt. Die Parteien können auch Rechtsgeschäfte oder Tatsachen öffentlich beurkunden lassen, für die das Bundesrecht diese Form nicht vorschreibt. Hierauf ist im Zusammenhang mit dem Gegenstand der öffentlichen Beurkundung näher einzugehen.¹²³

2. Örtliche Zuständigkeit

- 50 Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich im interkantonalen Verhältnis nach dem Beurkundungsort.¹²⁴ Örtlich zuständig sind die Urkundspersonen des Kantons, in dem die öffentliche Beurkundung durchgeführt wird. Als Trägerin kantonomer Befugnisse darf die Urkundsperson nicht jenseits der Kantonsgrenzen hoheitlich tätig werden.¹²⁵

¹¹⁹ Siehe vorne [N 33](#).

¹²⁰ Dazu eingehend hinten [N 208 ff.](#)

¹²¹ Eine ähnliche Ausgangslage besteht in manchen Kantonen bei den Grundstücksgeschäften. So ist etwa in den Kantonen Graubünden (Grundbuchverwalter; Art. 2 Abs. 3 NG/GR), St. Gallen (Grundbuchverwalter; Art. 15 Abs. 1 EG/ZGB) und Zürich (Amtsnotariat; § 1 Abs. 1 lit. b NG/ZH) dieselbe Amtsstelle sowohl für die öffentliche Beurkundung wie auch die Grundbucheintragung zuständig.

¹²² Vgl. aber CARLEN, 78 ff., sowie MARTI, 42 ff., die diese Frage als Aspekt der sachlichen Zuständigkeit behandeln.

¹²³ Siehe hinten [N 56 ff.](#)

¹²⁴ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 695 ff.; MARTI, 45.

¹²⁵ Diese Einschränkung gilt von Bundesrechts wegen (BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 700; GULDENER, 21). Die Kantone können die örtliche Zuständigkeit ihrer Urkundspersonen nicht einseitig erweitern (bundesrechtswidrig ist daher etwa Art. 4 Abs. 4 NG/VS). Denkbar ist allenfalls die Regelung grenzüberschreitender Sachverhalte durch interkantonale

Angeknüpft wird an die Durchführung des Hauptverfahrens.¹²⁶ Bei Willensbeurkundungen ist demnach der Ort massgeblich, wo die Parteien in Gegenwart der Urkundsperson den Urkundeninhalt zur Kenntnis nehmen und genehmigen. Sachbeurkundungen gelten dort als durchgeführt, wo die Urkundsperson in amtlicher Funktion die zu beurkundenden Tatsachen wahrnimmt.¹²⁷ Ferner handelt es sich bei der Unterzeichnung und Siegelung der Urkunde um hoheitliche Handlungen, welche die Urkundsperson nur in ihrem örtlichen Tätigkeitsgebiet vornehmen darf.¹²⁸

51

Bei Liegenschaftsgeschäften tritt zum Beurkundungsort regelmässig ein weiterer Anknüpfungspunkt für die örtliche Zuständigkeit hinzu: Die Beurkundung ist von einer Urkundsperson des Kantons vorzunehmen, in dem das Grundstück liegt. Die meisten Kantone versagen ausserkantonale errichteten Urkunden über Grundstücke in ihrem Hoheitsgebiet die Anerkennung.¹²⁹ Das Bundesgericht hat diese kantonalen Regelungen – trotz verbreiteter Kritik in der Lehre¹³⁰ – bisher geschützt.¹³¹ Aus dem Bundesrecht lässt sich nach dieser Lesart keine landesweite Freizügigkeit öffentlicher Urkunden über Liegenschaftsgeschäfte herleiten. Wer ein solches Geschäft abschliessen will, muss sich in den Kanton der gelegenen Sache begeben oder einen Vertreter dorthin entsenden.

52

Sollen Grundstücke als Sacheinlage in eine Aktiengesellschaft eingebracht werden, gilt die Anknüpfung der Zuständigkeit an den Ort der gelegenen Sache für die Beurkundung des Sacheinlagevertrags (nicht aber der übrigen Belege zur Gründung bzw. Kapitalerhöhung).¹³² Ergänzend ordnet Art. 634 Abs. 3 OR an, dass eine einzige öffentliche Urkunde über den Sacheinlagevertrag auch dann genügt, wenn die Sacheinlage Grundstücke in verschiedenen Kantonen umfasst. Das Bundesrecht erklärt für diesen Fall die Urkundsperson am Sitz der Gesell-

53

Vereinbarungen (siehe die Hinweise bei MARTI, 48 mit Fn. 18; a.M. BK-MEIER-HAYOZ, N 105 zu Art. 657 ZGB).

¹²⁶ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 703 ff.; MARTI, 45; RUF, Notariatsrecht, N 520 ff.

¹²⁷ Siehe im Einzelnen hinten [N 63 ff.](#)

¹²⁸ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 703 m.w.H.

¹²⁹ So z.B. § 5 BeurkG/AG; Art. 21 Abs. 3 NG/BE; § 2 Abs. 3 NG/BS; Art. 18 Abs. 2 NG/FR; § 3 Abs. 2 BeurkG/LU.

¹³⁰ Mit jeweils ausführlicher Begründung BK-MEIER-HAYOZ, N 101 ff. zu Art. 657 ZGB; JÖRG SCHMID, Öffentliche Beurkundung, N 255 ff.

¹³¹ BGE 113 II 501, E. 3b; BGE 47 II 383, insb. E. 6.

¹³² Siehe Botschaft AR 2016, 491; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2985; MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 227. Der Sacheinlagevertrag ist nur öffentlich zu beurkunden, wenn diese Form für den einzubringenden Gegenstand vorgeschrieben ist; ansonsten genügt einfache Schriftlichkeit (Art. 634 Abs. 2 OR).

schaft für zuständig. Die Regel entspricht inhaltlich Art. 70 Abs. 2 FusG, der sich mit der Form des (Vermögens-)Übertragungsvertrags befasst. Sie möchte den administrativen Aufwand senken, indem sie eine alternative örtliche Zuständigkeit im Sitzkanton eröffnet, wenn die Anknüpfung an den Ort der gelegenen Sache die Beteiligten zwingen würde, öffentliche Urkunden bei verschiedenen Stellen einzuholen.¹³³ Die Zuständigkeit der Urkundspersonen im Kanton der gelegenen Sache wird damit nicht beschränkt.¹³⁴ Den Parteien steht es weiterhin offen, über den Sacheinlagevertrag (statt einer einzigen Urkunde im Sitzkanton) mehrere Urkunden in den einzelnen Belegenheitskantonen errichten zu lassen.¹³⁵ Im Übrigen regelt Art. 634 Abs. 3 OR (wie auch Art. 70 Abs. 2 FusG) nur die interkantonale Zuständigkeit.¹³⁶ Innerkantonale ergibt sich die örtliche Zuständigkeit aus den Vorschriften des Sitzkantons,¹³⁷ wobei das kantonale Recht eine einheitliche Zuständigkeit gewährleisten muss.

- 54 Vom Sacheinlagevertrag abgesehen können öffentliche Urkunden des Aktienrechts überall in der Schweiz errichtet werden. Beizuziehen ist die Urkundsperson am Ort, wo die fragliche Gründung, Generalversammlung oder Verwaltungsratssitzung stattfinden soll. Das Handelsregisteramt des Kantons, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat, muss ausserkantonale Urkunden anerkennen, wenn sie von einer am Beurkundungsort zuständigen Urkundsperson errichtet worden sind.¹³⁸ Anders als bei den Grundstücksgeschäften ist hier also die interkantonale Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden gewährleistet.

¹³³ Siehe MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 612; POGGIO-WIDMER, 100 f.; WOLF, Einzelfragen, 32; kritisch zum Regelungsansatz von Art. 70 Abs. 2 FusG RUF/JEITZNER, 922 f.

¹³⁴ So nun ausdrücklich Botschaft AR 2016, 491. Art. 70 Abs. 2 FusG wurde bisweilen dahingehend (miss-)verstanden, dass er eine zwingende Zuständigkeit für die Beurkundung des Übertragungsvertrags am Gesellschaftssitz anordne und die Zuständigkeit der Urkundspersonen am Ort der gelegenen Sache ausschliesse (in diesem Sinn RAMPINI, 165).

¹³⁵ Ebenso WOLF, Einzelfragen, 32.

¹³⁶ Zutreffend ARNET, Aktienrecht, 6; a.M. (mit Bezug auf Art. 70 Abs. 2 FusG) VON DER CRONE et al., N 870 mit Fn. 1662.

¹³⁷ Siehe sogleich [N 55](#). Laut Botschaft AR 2016, 492, sollen in Kantonen mit verschiedenen Beurkundungskreisen ohne Weiteres (nur) die Urkundspersonen des Kreises zuständig sein, in dem der Sitz liegt. Richtigerweise ist zu prüfen, ob das massgebliche kantonale Recht die Beschränkung der Zuständigkeit auf den fraglichen Kreis verlangt. Je nach Sachlage und kantonaler Regelung können die Urkundspersonen mehrerer Kreise (siehe z.B. § 6 NV/ZH) oder im ganzen Kanton (siehe z.B. § 7 Abs. 2 BeurkG/ZG) örtlich zuständig sein.

¹³⁸ Das gilt selbst für Urkunden, die nicht in einer Amtssprache des Sitzkantons verfasst sind, wobei das Handelsregisteramt in diesem Fall unter Umständen eine Übersetzung verlangen kann (siehe Art. 20 Abs. 4 HRegV; dazu MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 110 ff.).

Die Kantone können die örtliche Zuständigkeit ihrer Urkundspersonen innerkantonale beschränken.¹³⁹ Regelmässig finden sich kantonale Regelungen, welche die Befugnis von Amtsstellen zur Beurkundung von Grundstücksgeschäften auf Liegenschaften im jeweiligen Amtskreis beschränken.¹⁴⁰ Ausserhalb der Grundstücksgeschäfte bestehen nur ausnahmsweise entsprechende Einschränkungen.¹⁴¹ Freiberufliche Urkundspersonen sind typischerweise für Beurkundungen im ganzen Kantonsgebiet zuständig, unabhängig davon, ob sich die Beurkundung auf Grundstücke bezieht oder nicht.¹⁴²

55

II. Gegenstand der Beurkundung

Gegenstand der öffentlichen Beurkundung sind Erklärungen und andere rechtserhebliche Tatsachen, an deren Beurkundung die Parteien ein schützenswertes Interesse haben und die ihrer Natur nach durch die Urkundsperson ermittelt und dokumentiert werden können.¹⁴³ Der Beurkundungsgegenstand beeinflusst das einzuhaltende Verfahren und die Pflichten der Urkundsperson. Nach ihrem Gegenstand lässt sich die öffentliche Beurkundung im Wesentlichen in zwei Kategorien einteilen.¹⁴⁴

56

Eine erste Kategorie bildet die Beurkundung von (rechtsgeschäftlichen) Willenserklärungen (sog. Willensbeurkundung).¹⁴⁵ Eine Willensbeurkundung ist durchzuführen, wenn entweder das materielle Recht für das fragliche Rechtsgeschäft (sei es ein- oder mehrseitig) die öffentliche Beurkundung vorschreibt (Art. 11 OR) oder die Parteien diese Form übereinstimmend wünschen (Art. 16 OR). Die Urkunde enthält den durch notarielle Belehrung und Beratung «bereinigten» Parteiwillen,¹⁴⁶ insoweit er für das abzuschliessende Geschäft rele-

57

¹³⁹ CARLEN, 67; MARTI, 47; BK-MEIER-HAYOZ, N 96 zu Art. 657 ZGB

¹⁴⁰ So z.B. Art. 2 Abs. 2 und 3 NG/GR; § 10 lit. a EG ZGB/SZ; § 237 Abs. 2 EG ZGB/ZH.

¹⁴¹ Vgl. etwa Art. 2 Abs. 2 NG/GR, wonach die Bündner Regionalnotare Geschäfte, die nicht Grundstücke betreffen, nur beurkunden dürfen, wenn eine Urkundspartei in ihrem Zuständigkeitsbereich wohnhaft ist oder ihren Sitz hat.

¹⁴² Siehe z.B. § 4 Abs. 2 BeurkG/AG; Art. 22 Abs. 1 NG/BE; Art. 4 Abs. 2 NG/VS.

¹⁴³ Vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 687.

¹⁴⁴ In diesem Sinn (jeweils mit gewissen Abweichungen) die herrschende Lehre (siehe JEANDIN, 170 f.; MARTI, 25 ff.; MOOSER, N 721 ff.; RUF, Notariatsrecht, N 474 ff.; KNB-WOLF/PFAMMATTER, N 6 ff. zu Art. 21 NG/BE). Eine andere Unterteilung nimmt BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 57 ff., vor, der zwischen der Beurkundung von «Erklärungen zu Urkund», «Erklärungen zu Protokoll» und «bestehenden Tatsachen» unterscheidet.

¹⁴⁵ Siehe dazu MOOSER, N 723; KNB-WOLF/PFAMMATTER, N 6 f. zu Art. 21.

¹⁴⁶ Zur Belehrungs- und Beratungspflicht der Urkundsperson siehe hinten [N 86](#).

vant ist.¹⁴⁷ Mit anderen Worten zielt die notarielle Mitwirkung auf die Übereinstimmung des Urkundeninhalts mit dem inneren Willen der Parteien.¹⁴⁸

- 58 Neben die Willensbeurkundungen treten (als zweite Kategorie) die sog. Sachbeurkundungen.¹⁴⁹ Die Urkunde enthält die Feststellungen der Urkundsperson über einen bestimmten Sachverhalt. Diese Feststellungen trifft die Urkundsperson selbst, ohne beim Beurkundungsakt mit den Parteien zu interagieren.¹⁵⁰ Die Urkunde soll die tatsächlichen Wahrnehmungen der Urkundsperson möglichst präzise wiedergeben. Die Lehre unterteilt den Gegenstand der Sachbeurkundungen wiederum in Zustände und Vorgänge. Zustände sind statisch; ihre Feststellung durch die Urkundsperson ist gewissermassen eine «Momentaufnahme»¹⁵¹, z.B. von Schäden in einer Mietwohnung oder der Übereinstimmung einer Kopie mit dem Original.¹⁵² Dagegen bestehen Vorgänge (dynamisch) aus einer zusammenhängenden Folge von Ereignissen, die von der Urkundsperson protokolliert wird; Beispiele sind der Ablauf einer öffentlichen Versteigerung¹⁵³ oder einer Generalversammlung.¹⁵⁴ Die Sachbeurkundung kann gesetzlich vorgeschrieben sein¹⁵⁵ oder vom Wunsch der Parteien ausgehen, einen bestimmten Sachverhalt mit verstärkter Beweiskraft (Art. 179 ZPO¹⁵⁶) festzuhalten.¹⁵⁷

¹⁴⁷ Prägnant MARTI, 26: «Der Notar gibt in der Urkunde nicht die ihm abgegebenen Erklärungen möglichst wortgetreu wieder, sondern er «übersetzt» sie in jene klare und rechtlich zutreffende Sprache, welche für die Streitvermeidende Funktion der öffentlichen Urkunde unerlässlich ist.»

¹⁴⁸ Vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 59.

¹⁴⁹ Bisweilen ist auch von sog. Feststellungsurkunden (*actes de constatation*) die Rede. In den kantonalen Erlassen werden die Sachbeurkundungen verschiedentlich komplementär zu den Willensbeurkundungen als «die Errichtung anderer öffentlicher Urkunden» (Titel vor § 35 NV/ZH) oder als «weitere Beurkundungsfälle» (§ 32 EG ZGB/TG) bezeichnet (vgl. auch § 21 BeurkG/ZG).

¹⁵⁰ Siehe hinten [N 65](#).

¹⁵¹ MARTI, 27.

¹⁵² Weitere Beispiele bei KNB-WOLF/PFAMMATTER, N 13 zu Art. 21 NG/BE.

¹⁵³ In manchen Kantonen (z.B. in Bern; siehe Art. 59 ff. NV/BE) sind die Urkundspersonen mit der Leitung und Protokollierung freiwilliger öffentlicher Versteigerungen (Art. 229 ff. OR) betraut (zur Beurkundung des Steigerungsprotokolls siehe MOOSER, N 1208 ff.).

¹⁵⁴ Siehe MOOSER, N 727; KNB-WOLF/PFAMMATTER, N 15 f. zu Art. 21 NG/BE.

¹⁵⁵ Siehe z.B. Art. 647 OR oder Art. 20 Abs. 1 FusG.

¹⁵⁶ Die wortgleiche Vorschrift von Art. 9 Abs. 1 ZGB erfasst nur öffentliche Register und Urkunden des Bundeszivilrechts. Dagegen ist Art. 179 ZPO auf alle öffentlichen Register und Urkunden anwendbar, also auch auf jene des kantonalen Rechts. Seit Inkrafttreten der ZPO verbleibt nur ein kleiner Anwendungsbereich, in dem Art. 9 Abs. 1 ZGB seine eigenständige Bedeutung behält (siehe zum Verhältnis der beiden Bestimmungen zueinander BK-WOLF, N 14 f. zu Art. 9 ZGB).

¹⁵⁷ Art. 179 ZPO (bzw. Art. 9 Abs. 1 ZGB) gilt auch für öffentliche Urkunden, welche die Parteien freiwillig (ohne Formvorschrift) errichten liessen (BK-WOLF, N 9 und 35 zu Art. 9

Eine Sonderstellung zwischen den beiden Kategorien nimmt die Beurkundung von Wissenserklärungen der Parteien ein. In einer Wissenserklärung äussert sich der Erklärende über tatsächliche Verhältnisse. Die Erklärung enthält sein faktisches Wissen.¹⁵⁸ Wissenserklärungen können im Rahmen einer Sach- oder Willensbeurkundung abgegeben werden, z.B. indem sich der Testator in seiner letztwilligen Verfügung über ausgerichtete Vorempfänge äussert.¹⁵⁹ Sie können aber auch Gegenstand einer eigenen öffentlichen Urkunde sein, etwa in Form einer eidesstattlichen Erklärung oder eines *affidavit* nach angloamerikanischem Recht.¹⁶⁰ Die Urkundsperson hat die Wissenserklärungen (soweit rechtserheblich) als fremde Erklärungen in die Urkunde aufzunehmen. Die Verantwortung für die Wahrhaftigkeit des Erklärten liegt primär beim Erklärenden selbst.¹⁶¹ Gleichwohl darf die Urkundsperson eine Wissenserklärung nicht «blindlings» beurkunden.¹⁶² Aufgrund ihrer Pflicht, eine inhaltlich wahre Urkunde zu erstellen (Wahrheitspflicht¹⁶³) muss sie die Erklärung im ihr zumutbaren Umfang verifizieren.¹⁶⁴ Die Richtigkeitsvermutung gemäss Art. 179 ZPO gilt nur für den Umstand, dass die Partei die Erklärung am fraglichen Datum vor der Urkundsperson abgegeben hat, nicht aber für den Erklärungsinhalt.

ZGB; missverständlich EICHENBERGER, N 273 f.). Damit tritt die Sachbeurkundung in Konkurrenz zur vorsorglichen Beweisführung durch das Gericht (Art. 158 ZPO). Dieses Konkurrenzverhältnis ist dogmatisch kaum aufgearbeitet; gemeinhin wird gesagt, die Urkundsperson dürfe nicht mehr beurkunden, sobald die Verhältnisse «streitig» seien (BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 3076 ff.), wobei unklar bleibt, wann dies der Fall sein soll (anders MARTI, 28, nach dem die beiden Institute alternativ zur Verfügung stehen; vgl. zum Ganzen BERWEGER/MAHLER/BAUMGARTNER, 1141 und 1143 f.). Das zürcherische Recht sieht für die Beweissicherung im Hinblick einen hängigen oder bevorstehenden Rechtsstreit ein besonderes Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor: die Befundaufnahme durch den Gemeindeammann (§ 43 NotV/ZH i.V.m. § 143 GOG/ZH).

¹⁵⁸ Siehe MARTI, 26 f.; MOOSER, N 724; RUF, Notariatsrecht, N 476; KNB-WOLF/PFAMMATTER, N 8 f. zu Art. 21 NG/BE.

¹⁵⁹ MARTI, 26 f.; weitere Beispiele bei MOOSER, N 724.

¹⁶⁰ Die gesetzliche Grundlage für die Errichtung solcher (dem schweizerischen Recht fremden) Urkundenformen bildet Art. 11a Abs. 3 IPRG (siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1070 ff.).

¹⁶¹ Siehe MOOSER, N 724.

¹⁶² In diesem Sinn aber MOOSER, N 724: «Le rôle du notaire se limite alors à intégrer ces déclarations dans l'acte [...] ; il n'a pas à s'assurer de l'exactitude de leur contenu ni à en attester [...]».

¹⁶³ Siehe hinten [N 71 ff.](#)

¹⁶⁴ Dazu eingehend hinten [N 430 ff.](#) (im Kontext von Generalversammlungsbeschlüssen).

III. Verfahrensablauf

- 60 Die öffentliche Beurkundung ist ein formalisiertes Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Damit eine öffentliche Urkunde entsteht, müssen bestimmte Verfahrensschritte durchlaufen werden. Die jüngere Lehre unterteilt dieses Verfahren in fünf Stadien: das Beurkundungsbegehren (Rogation), das Prüfungsverfahren, das Vorverfahren, das Hauptverfahren und das Nachverfahren.¹⁶⁵
- 61 Angestossen wird das Beurkundungsverfahren stets durch den Antrag der Urkundspartei(en). Dieses Begehren (die sog. Rogation) ist formlos an die Urkundsperson zu stellen.¹⁶⁶ Es beinhaltet den Auftrag, eine öffentliche Urkunde zu errichten. Mit dem Beurkundungsbegehren entsteht ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen der Urkundsperson und ihrem Auftraggeber. Die Urkundsperson ist sodann verpflichtet, den nächsten Verfahrensschritt, das Prüfungsverfahren, durchzuführen.¹⁶⁷ Dabei ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Errichtung einer öffentlichen Urkunde erfüllt sind, darunter die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Urkundsperson, das Rechtsschutzinteresse des Auftraggebers sowie das Fehlen von Ausstandsgründen.¹⁶⁸ Ist eine dieser Voraussetzungen nicht gegeben, muss die Urkundsperson das Beurkundungsbegehren zurückweisen.
- 62 Im Rahmen des anschliessenden Vorverfahrens ist der eigentliche Beurkundungsakt (das Hauptverfahren) vorzubereiten. Je nach Gegenstand der Beurkundung fallen im Vorverfahren unterschiedliche Arbeiten an. Die Urkundsperson hat insbesondere den Parteiwillen zu ermitteln, die Parteien bei Bedarf zu belehren,¹⁶⁹ den massgeblichen Sachverhalt abzuklären und erforderliche Bewilligungen einzuholen.¹⁷⁰ Bei Abschluss des Vorverfahrens sollte ein Entwurf zur Urkunde vorliegen, der als Grundlage für das Hauptverfahren dient.¹⁷¹

¹⁶⁵ Grundlegend MARTI, 83 ff.; siehe auch BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 15 ff.; RUF, Notariatsrecht, N 1268 ff. und 1332 ff.; WOLF, Beurkundungsverfahren, 33 f.; vgl. bereits HUBER, 260 ff., der zwischen Vorverfahren, Hauptverfahren und Nachverfahren unterscheidet.

¹⁶⁶ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 123 ff.; MARTI, 83 ff.; MOOSER, N 997 ff.

¹⁶⁷ Siehe zur Beurkundungspflicht unten [N 68 ff.](#)

¹⁶⁸ Diese Voraussetzungen müssen auch während der weiteren Verfahrensschritte stets gegeben sein; ansonsten kann die Beurkundung nicht durchgeführt werden (siehe MARTI, 95 f.).

¹⁶⁹ Zur Belehrungs- und Beratungspflicht siehe hinten [N 86.](#)

¹⁷⁰ Siehe MARTI, 100 ff.; WOLF, Beurkundungsverfahren, 38 f.; ausführlich BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 154 ff.

¹⁷¹ MARTI, 103 f.

Im Hauptverfahren wird die öffentliche Urkunde errichtet. Bei der Beurkundung von Willenserklärungen beginnt das Hauptverfahren damit, dass die Urkundsperson den Parteien den Inhalt der Urkunde zur Kenntnis bringt (sog. Lesung oder Rekognition). Dies kann auf zwei Arten geschehen: Entweder liest die Urkundsperson den Parteien den Urkundenentwurf vor (Vorlesungsverfahren) oder sie händigt den Entwurf den Parteien aus, damit sie ihn in Gegenwart der Urkundsperson selbst lesen (Selbstleseverfahren).¹⁷² Einige Kantone ordnen (wie das deutsche Recht¹⁷³) die Durchführung des Vorlesungsverfahrens an und behalten die Selbstlesung für Sonderkonstellationen (z.B. hörbehinderte Parteien) vor.¹⁷⁴ Andere kantonale Rechte sowie für die erbrechtlichen Beurkundungen das Bundesrecht betrachten die beiden Verfahren als gleichwertige Alternativen.¹⁷⁵ Auf die Lesung folgt die Genehmigung des Urkundeninhalts durch die Parteien. Sie besteht in der Regel aus einer mündlichen Erklärung gegenüber der Urkundsperson sowie der Unterzeichnung der Urkunde.¹⁷⁶ Die Urkundsperson schliesst das Hauptverfahren ab, indem sie die Urkunde (ergänzt durch ein Schlussverbal¹⁷⁷) ihrerseits unterzeichnet. Mit der Unterzeichnung durch die Urkundsperson ist die öffentliche Urkunde entstanden.¹⁷⁸

¹⁷² Siehe zur Lesung (Rekognition) BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1890 ff.; CARLEN, 92 f.; MARTI, 108 ff.; MOOSER, N 1027 ff.

¹⁷³ Siehe §§ 13 und 23 BeurkG/D.

¹⁷⁴ So namentlich das bernische Recht (Art. 46 f. NV/BE).

¹⁷⁵ Siehe zur bundesrechtlichen Regelung Art. 500 f. ZGB (Selbstleseverfahren) und Art. 502 ZGB (Vorlesungsverfahren); zur Alternativität der beiden Verfahren BGE 66 II 99, E. 2: «La loi place les deux formes sur le même pied ; le testateur peut choisir librement celle qui lui convient [...]»; aus der Literatur BSK ZGB II-JEITZNER, N 1 zu Art. 500. Diesem Ansatz (Alternativität von Vorlesung und Selbstlesung) folgen auch die meisten kantonalen Rechte (siehe z.B. § 52 Abs. 1 BeurkG/AG; § 33 Abs. 1 NG/BS; Art. 16 LN/GE; § 16 Abs. 1 BeurkG/ZG; § 240 Abs. 1 EG ZGB/ZH).

¹⁷⁶ Üblicherweise werden die mündliche Genehmigung sowie die Unterzeichnung kumulativ verlangt (siehe z.B. Art. 500 f. ZGB; § 52 Abs. 2 und 3 BeurkG/AG; § 33 Abs. 2 NG/BS; Art. 72 Abs. 2 LN/NE; § 26 f. NV/ZH). Bisweilen lässt das kantonale Recht die Unterzeichnung der Urkunde als Ausdruck der Genehmigung genügen (so etwa Art. 46 Abs. 3 NV/BE; Art. 17 LN/GE). Für das Vorlesungsverfahren nach ZGB verlangt das Bundesrecht nur die mündliche Genehmigung, nicht aber die Unterzeichnung durch den Testator bzw. die Erbvertragsparteien (Art. 502 Abs. 1 ZGB; kritisch dazu BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 43 f.; DERS., Vereinheitlichung, 79 ff.).

¹⁷⁷ Im Schlussverbal (Beurkundungsvermerk) hält die Urkundsperson fest, wie das Hauptverfahren durchgeführt wurde; sie bestätigt mit anderen Worten, dass die Parteien die Urkunde in ihrer Gegenwart zur Kenntnis genommen, genehmigt und unterzeichnet haben (siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2215 ff.; MARTI, 141 ff.; RUF, Notariatsrecht, N 1620).

¹⁷⁸ MARTI, 119 ff.

- 64 Für die Durchführung des Hauptverfahrens gilt der Grundsatz der Einheit des Beurkundungsakts: Die drei Schritte – Lesung, Genehmigung und Unterzeichnung durch die Urkundsperson – müssen ohne wesentliche Unterbrechung unter gleichzeitiger Anwesenheit aller Beteiligten durchgeführt werden.¹⁷⁹ Können die Parteien eines Vertrags aus wichtigen Gründen nicht gleichzeitig vor der Urkundsperson erscheinen, steht immerhin vielerorts die sog. Sukzessivbeurkundung offen: Die Parteien erscheinen je einzeln vor der gleichen Urkundsperson, welche den Beurkundungsakt mit jeder Partei (bezogen auf deren Willenserklärung) durchführt.¹⁸⁰ Die Sukzessivbeurkundung ist ausgeschlossen, wenn das Bundesrecht die gleichzeitige Anwesenheit der Parteien für den Vertragsschluss voraussetzt, was insbesondere beim Erbvertrag der Fall ist.¹⁸¹
- 65 Anders gestaltet sich das Hauptverfahren bei den Sachbeurkundungen. Die Parteien sind hier nicht aktiv in das Verfahren eingebunden.¹⁸² Die Beurkundung hat nicht zum Ziel, die Übereinstimmung des Urkundeninhalts mit dem Willen der Beteiligten sicherzustellen. Folglich entfallen die Rekognition und die Genehmigung. Die Urkundsperson führt das Verfahren alleine durch.¹⁸³ Die Urkunde soll die Wahrnehmungen der Urkundsperson über einen rechtserheblichen Sachverhalt möglichst präzise festhalten. Das Hauptverfahren besteht aus der Sachverhaltsermittlung (z.B. in Form eines Augenscheins oder

¹⁷⁹ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2047 ff.; CARLEN, 97 f.; JEANDIN, 179 ff.; MOOSER, N 1009 ff.; JÖRG SCHMID, Öffentliche Beurkundung, N 194 ff.; WOLF, Beurkundungsverfahren, 43 f.; zur sog. Fernbeurkundung siehe hinten [N 112 ff.](#)

¹⁸⁰ Verschiedene Kantone sehen diese Möglichkeit ausdrücklich vor (so z.B. Art. 44 Abs. 3 NV/BE; § 34 NG/BS; § 16 Abs. 2 BeurkG/ZG). Fehlt eine ausdrückliche kantonale Regelung zur Sukzessivbeurkundung, ist von deren Zulässigkeit auszugehen, sofern die Parteien aus wichtigen Gründen nicht gleichzeitig anwesend sein können (ausführlich BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2072 mit Fn. 338). Ein Verbot der Sukzessivbeurkundung kennen etwa die Kantone Luzern (§ 33 Abs. 2 BeurkG/LU) und Zürich (§ 31 NV/ZH). Ablehnend zur Sukzessivbeurkundung HUBER, 276 ff.; JÖRG SCHMID, Öffentliche Beurkundung, N 201 ff.

¹⁸¹ Siehe Art. 512 Abs. 2 ZGB, der verlangt, dass die Vertragsschliessenden *gleichzeitig* der Urkundsperson ihren Willen erklären. Die Regelung von Art. 512 Abs. 2 ZGB ist kraft Verweisung anwendbar auf den Verpfändungsvertrag (Art. 522 Abs. 1 OR) und die Schenkung auf den Todesfall (Art. 245 Abs. 2 OR). Umstritten ist, ob auch für den Abschluss des Ehevertrags die Parteien von Bundesrechts wegen gleichzeitig erscheinen müssen (zum Meinungsstand BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2074 mit Fn. 340; BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 12 zu Art. 184).

¹⁸² Bei der Beurkundung von Beschlüssen einer Generalversammlung etwa haben der Versammlungsleiter und der Protokollführer im Hauptverfahren keine Parteistellung. Gegenstand der Beurkundung ist einzig der Ablauf der Generalversammlung, wie er von der Urkundsperson wahrgenommen wird (vgl. MOOSER, N 1133).

¹⁸³ MARTI, 122.

der Teilnahme an einer Generalversammlung) und der Protokollierung durch die Urkundsperson. Der Grundsatz der Einheit des Beurkundungsakts gilt bei Sachbeurkundungen nicht.¹⁸⁴ Das Beurkundungsrecht verlangt mit anderen Worten nicht, dass sich alle Beteiligten gleichzeitig am gleichen Ort aufhalten.¹⁸⁵ Darin liegt ein wichtiger Unterschied zur Willensbeurkundung. Die Urkundsperson muss das Protokoll nicht bereits vor Ort oder unmittelbar nach der Sachverhaltsermittlung aufnehmen, sondern kann dies zu einem späteren Zeitpunkt nachholen.

In gewissen Kantonen wird nur ein Original der öffentlichen Urkunde erstellt (sog. Urschrift, *minute*), welches nicht für den Rechtsverkehr bestimmt ist und dauerhaft im Besitz der Urkundsperson verbleibt. Die Parteien und Registerämter erhalten Ausfertigungen (*expéditions*), die den Inhalt der Urschrift wortgetreu wiedergeben.¹⁸⁶ Die Ausfertigungen sind nicht bloss Kopien der Urschrift, sondern haben ihrerseits die Qualität von öffentlichen Urkunden.¹⁸⁷ Andere Kantone ermöglichen die Erstellung mehrerer Originale der öffentlichen Urkunde während des Hauptverfahrens, die den Parteien und allenfalls Dritten ausgehändigt werden (Zirkulationsurkunden). Die Urkundsperson bewahrt alsdann eines der Originale oder eine (beglaubigte) Kopie der Urkunde bei sich auf.¹⁸⁸

Im Anschluss an das Hauptverfahren ist die Beurkundung im gesetzlich vorgeschriebenen Register (Geschäftsprotokoll, *répertoire*) der Urkundsperson zu vermerken.¹⁸⁹ Überdies sind etwaige Registeranmeldungen vorzunehmen. Zuletzt erhebt die Urkundsperson oder (beim Amtsnotariat) die hierfür zuständige Stelle die Beurkundungsgebühren nach Massgabe des kantonalen Rechts.¹⁹⁰ Diese dem Hauptverfahren nachgelagerten Tätigkeiten werden unter dem Oberbegriff des Nachverfahrens zusammengefasst.¹⁹¹

¹⁸⁴ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2889 f.; MARTI, 123; MOOSER, N 1135.

¹⁸⁵ Die Notwendigkeit der gleichzeitigen Anwesenheit kann sich aber aus anderen Rechtsgrundlagen ergeben (siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2890). So müssen bei einer Präsenz-Generalversammlung die Aktionäre (oder ihre Vertreter) und die Versammlungsleitung gleichzeitig am gleichen Ort anwesend sein. Das ergibt sich aus den aktienrechtlichen Anforderungen an die Versammlungsdurchführung.

¹⁸⁶ So namentlich die Regelung in Bern (Art. 25 f. NG/BE) und in den Westschweizer Kantonen (z.B. Art. 23 f. LN/GE; Art. 77 und 81 LN/NE).

¹⁸⁷ So ausdrücklich Art. 26 Abs. 1 NG/BE; siehe MARTI, 153.

¹⁸⁸ So etwa das aargauische (§ 29 BeurkV/AG); das luzernische (§ 6 Abs. 1 lit. b BeurkV/LU) und das zugerische Recht (§ 23 Abs. 2 BeurkG/ZG); vgl. zum Ganzen BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 228 ff.

¹⁸⁹ Siehe z.B. § 27 BeurkV/AG; Art. 27 NG/BE; Art. 28 LN/GE; § 23 BeurkG/ZG.

¹⁹⁰ Siehe zu den Beurkundungsgebühren GLANZMANN/WALZ, 19 ff.

¹⁹¹ Siehe MARTI, 150 ff.

IV. Pflichten der Urkundsperson

1. Beurkundungspflicht, Ablehnungspflicht und Ablehnungsrecht

- 68 Sind die Verfahrensvoraussetzungen erfüllt, hat die Urkundsperson die öffentliche Beurkundung vorzunehmen, um die sie ersucht worden ist.¹⁹² Die Beurkundungspflicht (bisweilen ist auch von der «Urkundspflicht» die Rede) ergibt sich aus dem Verbot der Rechtsverweigerung (Art. 29 Abs. 1 BV) und dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV).¹⁹³ Als Träger einer staatlichen Aufgabe sind wie bereits ausgeführt auch die freiberuflichen Urkundspersonen unmittelbar daran gebunden.¹⁹⁴ Anders als der auftragsrechtlich tätig werdende Anwalt, der grundsätzlich frei darin ist, ein Mandat anzunehmen oder abzulehnen, kann die Urkundsperson nicht nach Belieben wählen, welche Beurkundungen sie durchführt.
- 69 Eine Pflicht, das Beurkundungsbegehren abzulehnen, besteht, wenn die Urkundsperson im Prüfungsverfahren feststellt, dass es an einer Verfahrensvoraussetzung fehlt. Betrachtet sich die Urkundsperson etwa als örtlich unzuständig, die angebehrte Beurkundung durchzuführen, darf sie auf das Begehren nicht eintreten. Fällt eine Verfahrensvoraussetzung nachträglich weg, ist die Beurkundung abzuberechnen. Ein Ablehnungsrecht steht der Urkundsperson zu, wenn sie aus wichtigen Gründen (z.B. Krankheit oder Ortsabwesenheit) an der Beurkundung verhindert ist, die Parteien ihren Mitwirkungspflichten nicht nachkommen oder einen von der Urkundsperson verlangten Kostenvorschuss nicht leisten.¹⁹⁵
- 70 Die Tragweite der Beurkundungspflicht variiert danach, wie leicht die Klientenschaft auf eine andere Urkundsperson ausweichen kann. Ist dies erschwert, weil etwa am Ort nur eine Urkundsperson tätig ist, verlangt die Beurkundungspflicht, dass die Urkundsperson bei vorübergehender Verhinderung eine Abwesenheitsvertretung sicherstellt.¹⁹⁶ Doch auch wenn weitere Urkundspersonen verfügbar sind, ist die Beurkundungspflicht von Verfassungen wegen zu

¹⁹² Siehe zur Beurkundungspflicht («Urkundspflicht») BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 835 ff.; CARLEN, 116 ff.; MARTI, 57 f.; JÖRG SCHMID, Öffentliche Beurkundung, N 165.

¹⁹³ MOOSER, N 235; KNB-WOLF/PFAMMATTER, N 5 zu Art. 30 NG/BE; vgl. auch CARLEN, 116; JÖRG SCHMID, Öffentliche Beurkundung, N 165.

¹⁹⁴ Siehe vorne [N 37](#).

¹⁹⁵ Exemplarisch Art. 31 NG/BE.

¹⁹⁶ Dazu BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 843 f.

beachten.¹⁹⁷ Die Ablehnung eines Beurkundungsmandats, weil es zu wenig rentabel erscheint oder nicht den fachlichen Präferenzen der Urkundsperson entspricht, ist unzulässig.¹⁹⁸ Dies gilt auch dann, wenn neben der angefragten freiberuflichen Urkundsperson ein Amtsnotariat zur Verfügung steht. Kantonale Bestimmungen, welche die freiberuflichen Urkundspersonen von der Beurkundungspflicht entbinden möchten,¹⁹⁹ sind bundesrechtswidrig und damit unbeachtlich.

2. Wahrheitspflicht

Die innere Rechtfertigung der erhöhten Beweiskraft öffentlicher Urkunden besteht darin, dass die Urkundsperson und weitere mitwirkende Personen unter Strafandrohung verpflichtet sind, auf die Wahrheit des Beurkundeten hinzuwirken oder jedenfalls Handlungen zu unterlassen, die zur Entstehung einer inhaltlich falschen Urkunde führen können.²⁰⁰

Die Wahrheitspflicht der Urkundsperson wird vom Bundesgericht seit BGE 90 II 274 als bundesrechtliche Minimalvorgabe an das Beurkundungsverfahren anerkannt. Das Bundesgericht führte damals aus, die Urkundsperson müsse (und dürfe) auf die Angaben der Parteien vertrauen und auf Schlussfolgerun-

¹⁹⁷ Siehe KNB-WOLF/PFAMMATTER, N 13 zu Art. 30 NG/BE, die zu Recht festhalten, dass sich der Notar nicht mit dem Hinweis, ein anderer Notar sei bereit, die Beurkundung zu übernehmen, der Beurkundungspflicht entziehen kann. Verfehlt ist aus diesem Grund der Vorschlag der *Groupe de réflexion*, wonach die Kantone die Urkundspersonen von der Beurkundungspflicht befreien können sollen, «wenn für den Beurkundungsgegenstand auch andere Urkundspersonen sachlich zuständig sind» (Bericht *Groupe de réflexion*, 40). Würde ein Kanton mit freiberuflichem Notariat eine derart weitgehende Regelung einführen, wäre nicht mehr sichergestellt, dass für die Urkundspersonen wenig lukrative Beurkundungen (z.B. Unterschriftsbeglaubigungen oder Wechselproteste) überhaupt durchgeführt werden. Damit würde der Zugang zur freiwilligen Gerichtsbarkeit übermässig erschwert.

¹⁹⁸ Vgl. MARTI, 94: «Subjektive Gründe (Abneigung gegen die Urkundspartei oder Abneigung gegen das in Frage stehende Geschäft) rechtfertigen keine Ausnahme von der Urkundspflicht.» Vorbehalten bleiben immerhin Fälle, in denen die Klientschaft missbräuchlich von der freien Notarwahl Gebrauch macht, indem sie etwa die lukrativen Geschäfte systematisch von einer anderen Urkundsperson beurkunden lässt als die weniger rentablen (BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 846 und 859).

¹⁹⁹ Siehe etwa § 2 Abs. 2 BeurkG/SZ.

²⁰⁰ Art. 317 StGB («Urkundenfälschung im Amt») erklärt die Falschbeurkundung durch Urkundspersonen für strafbar, unabhängig davon, ob sie vorsätzlich (Ziff. 1 Abs. 2) oder fahrlässig (Ziff. 2) begangen wird. Klienten, die durch Täuschung bewirken, dass eine Urkundsperson eine rechtlich erhebliche Tatsache falsch beurkundet, machen sich nach Art. 253 StGB («Erschleichung einer falschen Beurkundung») strafbar.

gen aus anderen Tatsachen abstellen, soweit sie die zu beurkundenden Tatsachen nicht unmittelbar sinnlich wahrnehmen könne. Offen liess es, inwieweit die Urkundsperson verpflichtet ist, die Parteiangaben zu überprüfen. Es vertrage sich mit dem Wesen der öffentlichen Beurkundung «doch auf jeden Fall nicht, dass die Urkundsperson in der öffentlichen Urkunde eine Feststellung trifft, von der sie weiss, dass sie nicht stimmt».²⁰¹ Das Bundesrecht verbietet indes nicht nur solche wissentlichen Falschbeurkundungen. In Art. 317 Ziff. 2 StGB stellt es auch die fahrlässige Tatbegehung unter Strafe. Daraus folgt, dass Urkundspersonen von Bundesrechts wegen verpflichtet sind, mit der gebotenen Sorgfalt auf eine inhaltlich wahre Urkunde hinzuarbeiten.²⁰²

- 73 Die Wahrheitspflicht hat zwei Teilgehalte: Erstens verlangt sie von der Urkundsperson, den massgeblichen Sachverhalt sorgfältig zu ermitteln (Ermittlungspflicht). Zweitens muss die Urkundsperson das Ermittlungsergebnis wahrheitsgetreu und klar in der Urkunde wiedergeben (Redaktionspflicht).²⁰³

2.1 Ermittlungspflicht

- 74 Bei der Sachverhaltsermittlung hat sich die Urkundsperson auf ihre eigene Wahrnehmung, auf objektiv kontrollierbare Tatsachen und Belege, auf die Regeln der Logik sowie auf ihre eigenen Kenntnisse und Erfahrungen abzustützen.²⁰⁴ Die Urkundsperson muss sich persönlich von den zu beurkundenden Tatsachen überzeugen, indem sie diese entweder unmittelbar wahrnimmt oder geeignete Beweismittel für deren Vorhandensein abnimmt und pflichtgemäss auswertet (sog. Unmittelbarkeitsprinzip).²⁰⁵ Das kantonale Recht kann (Ordnungs-)Vorschriften aufstellen, welche die notarielle Wahrheitsfindung konkretisieren.²⁰⁶ Überholt ist die Auffassung, die Urkundsperson dürfe nur beurkunden, was sie selber sinnlich wahrgenommen habe, also was sie «selber sieht, hört, riecht oder mit [ihrem] Tastsinn fühlt». ²⁰⁷ Diese Umschreibung des Unmittelbarkeitsprinzips ist zu eng und liegt nicht mehr auf der Linie der soeben skizzierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Wahrheits-

²⁰¹ BGE 90 II 274, E. 6; Übersicht über die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Wahrheitspflicht bei EICHENBERGER, N 84 ff.

²⁰² Ebenso JÖRG SCHMID, Öffentliche Beurkundung, N 170.

²⁰³ Vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1082 ff.; MARTI, 60 f.; ferner EICHENBERGER, N 116, der indes auch die Prüfungspflicht als Teilaspekt der Wahrheitspflicht betrachtet.

²⁰⁴ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 934; MOOSER, N 281.

²⁰⁵ Ausführlich und überzeugend EICHENBERGER, N 174 ff. m.w.H.

²⁰⁶ Siehe vorne Fn. 110.

²⁰⁷ So noch RUF, Notariatsrecht, N 834.

pflicht.²⁰⁸ Es liegt in der Verantwortung der Urkundsperson, die ihr im Einzelfall für eine zuverlässige Sachverhaltsermittlung geeignet erscheinenden Beweise und Indizien abzunehmen und zu würdigen.²⁰⁹

Die Wahrheitspflicht lässt nach richtiger Ansicht auch die Sachverhaltsermittlung über geeignete Kanäle der Videokommunikation zu.²¹⁰ Willensbeurkundungen sind auf diesem Weg unter geltendem Recht wohl noch nicht möglich.²¹¹ Im Bereich der Sachbeurkundungen, insbesondere auch bei der Identifikation von Personen, ist die notarielle Sachverhaltsermittlung über Videokonferenz aber durchaus denkbar. Für Beschlüsse virtueller oder multilokaler Generalversammlung ist sie gar von Bundesrechts wegen vorgeschrieben.²¹² Immerhin hat das Kommunikationsmittel gewissen Mindestanforderungen zu genügen. Darauf ist an anderer Stelle näher einzugehen.²¹³

Das Verhältnis zwischen unmittelbarer sinnlicher Wahrnehmung und dem Schluss aus anderen wahrgenommenen Tatsachen (Indizien) lässt sich am Beispiel der Willensbeurkundung veranschaulichen: Die Tatsache, dass die Parteien die Urkunde während des Hauptverfahrens gelesen, genehmigt und unterzeichnet haben, kann die Urkundsperson ohne Weiteres gestützt auf ihre eigene Wahrnehmung bescheinigen. Nicht möglich ist dies bezüglich der Frage, ob der Urkundeninhalt dem Willen der Parteien entspricht. Der Wille als innere Tatsache ist dem direkten Beweis nicht zugänglich. Seine Übereinstimmung mit der Parteierklärung ist dennoch Gegenstand der öffentlichen Urkunde.²¹⁴ Folglich hat sich die Urkundsperson auf geeignete Weise, insbesondere durch Befragung der Parteien im Vorfeld der Beurkundung, von deren Willen Kenntnis zu verschaffen.²¹⁵ Die Wahrheitspflicht wird etwa verletzt, wenn die Urkundsperson einen Grundstückkaufvertrag beurkundet, obwohl

²⁰⁸ Berechtigte Kritik bei BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 135 ff.; siehe zur Bundesgerichtspraxis vorne [N 72](#).

²⁰⁹ Eingehend EICHENBERGER, N 174 mit Fn. 420.

²¹⁰ So zutreffend DÉPRAZ, N 517; EICHENBERGER, N 181 ff.; KNB-WOLF, N 18 zu Art. 44 NV/BE, kritisch JÜRGEN SCHMID, Fernbeurkundung, 136 ff.

²¹¹ Dazu eingehend hinten [N 115 f.](#)

²¹² Siehe hinten [N 119 f.](#)

²¹³ Im Zusammenhang mit der Identifikation des Vorsitzenden einer virtuellen Generalversammlung siehe hinten [N 356 f.](#)

²¹⁴ Vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1080, wonach bezüglich des Erklärungsinhalts eine «vorbehaltlose notarielle Wahrheitsüberzeugung» nicht möglich sei. Die Wahrheitspflicht der Urkundsperson ist hier insofern relativiert, als nur nach den Umständen gebotene Sorgfalt bei der Abklärung erwartet wird. Ist diese eingehalten, verhält sich die Urkundsperson pflichtgemäss, auch wenn die Parteien in der Urkunde die Unwahrheit erklären.

²¹⁵ Dazu im Einzelnen BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1671 ff.

sie weiss oder nach dem Umständen wissen müsste, dass die Parteien eigentlich einen höheren Preis vereinbart haben als in der Urkunde angegeben (Simulation).²¹⁶

- 77 Gegenstand der Ermittlungspflicht bilden (unabhängig davon, ob es sich um eine Willens- oder Sachbeurkundung handelt) Feststellungen zu den involvierten Personen. Zu überprüfen sind die Identität und Handlungsfähigkeit der Beteiligten, die Existenz juristischer Personen, die Zeichnungsberechtigung ihrer Vertreter sowie die Vertretungsmacht gesetzlicher oder gewillkürter Stellvertreter.²¹⁷ Inhaltlich muss die Urkundsperson sodann bei Willensbeurkundungen wie erwähnt den Willen der Parteien in Bezug auf den formbedürftigen Inhalt des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts ermitteln.²¹⁸ Bei Sachbeurkundungen sind die nach Gesetz oder Instruktion der Klienten massgeblichen Sachverhaltselemente zu erheben, im Fall der Beurkundung von Beschlüssen einer Generalversammlung etwa die Feststellungen des Vorsitzenden über Einberufung, Zusammensetzung und Beschlussfähigkeit der Versammlung, die zur Abstimmung gebrachten Anträge sowie die Abstimmungsergebnisse.²¹⁹

2.2 Redaktionspflicht

- 78 Neben der vollständigen und korrekten Beurkundung des Ermittlungsergebnisses gebietet die Redaktionspflicht eine klare Formulierung der öffentlichen Urkunde.²²⁰ Mehrdeutigkeiten und nichtssagende Floskeln sind zu vermeiden, selbst wenn die Parteien sie übereinstimmend wünschen, etwa um die Tragweite des Vertrags vor Dritten zu verschleiern.²²¹ Die öffentliche Urkunde soll sodann nicht den falschen Anschein einer notariellen Bestätigung der Gültigkeit des Geschäfts erwecken.²²² Deshalb hat die Urkundsperson einen ent-

²¹⁶ Das ergibt sich direkt aus BGE 90 II 274, E. 6, auch wenn das Bundesgericht dort den Sorgfaltsmassstab offenliess. In BGE 78 IV 105, E. 2, umschrieb das Bundesgericht die Ermittlungspflicht des Notars wie folgt: «Er hat mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln zu erforschen, ob das, was die Parteien erklären, auch ihrem Willen entspricht und daher als Ausdruck des Vertragswillens hingestellt werden darf.»

²¹⁷ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 947 ff.; MOOSER, N 289 ff.

²¹⁸ Wo das Bundesrecht die öffentliche Beurkundung als Gültigkeitsform vorschreibt, legt es zugleich abschliessend fest, welche Inhalte des betreffenden Geschäfts dem Formzwang unterliegen (siehe vorne [N 35](#) mit Fn. 88).

²¹⁹ Weiterführend dazu hinten [N 404 ff.](#)

²²⁰ Ein Teil der Lehre betrachtet die «Klarheitspflicht» als eigenständige Pflicht der Urkundsperson (so etwa BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1114 ff.; MOOSER, N 326 ff.). Vorliegend wird sie als Teilaspekt der Wahrheitspflicht behandelt.

²²¹ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1115 und 1118; MOOSER, N 328.

²²² Ausführlich BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1196 ff.

sprechenden Vorbehalt anzubringen, wenn sie etwa an der Urteilsfähigkeit der Parteien oder an der Rechtmässigkeit des vereinbarten Vertragsinhalts zweifelt.²²³

3. Prüfungspflicht

In Anlehnung an BRÜCKNER wird vorliegend unter der Prüfungspflicht die Pflicht der Urkundsperson verstanden, den ermittelten Sachverhalt rechtlich zu würdigen.²²⁴ Die von dieser Pflicht geforderte notarielle Prüfung besteht mit anderen Worten in der Subsumtion des Sachverhalts unter die einschlägigen Rechtsnormen. Die Abgrenzung der Prüfungs- von der Wahrheitspflicht ist deshalb von Bedeutung, weil die verstärkte Beweiskraft gemäss Art. 179 ZPO nur für festgestellte Tatsachen (Gegenstand der Wahrheitspflicht) gilt, nicht aber für rechtliche Schlussfolgerungen wie etwa die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Geschäfts.

79

Die Prüfungspflicht ist gesetzlich nicht explizit geregelt. Die rechtliche Würdigung durch die Urkundsperson ist aber notwendige Vorbedingung für die pflichtgemässe Erfüllung der Pflicht zur Belehrung und Beratung der Parteien.²²⁵ Auch die Ermittlungspflicht²²⁶ setzt eine rechtliche Beurteilung voraus: Die Urkundsperson hat zu prüfen, welche Sachverhaltselemente rechtserheblich sind und erhoben werden müssen. Die Sachverhaltsermittlung, rechtliche Prüfung und Beratung der Parteien bilden einen iterativen Vorgang: Erst die rechtliche Würdigung schafft Klarheit, welche Sachverhaltselemente überhaupt erhoben werden müssen. Die Beratung führt unter Umständen dazu, dass die Parteien das Geschäft anders gestalten möchten, was eine Ergänzung des Sachverhalts und eine erneute rechtliche Prüfung durch die Urkundsperson erfordert.²²⁷ In diesem hermeneutischen Zirkel von Ermittlung, Prüfung und Beratung kommt es zu einer schrittweisen Annäherung an den finalen Urkundeninhalt.

80

²²³ Siehe dazu auch hinten [N 83](#).

²²⁴ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1067 ff.; siehe bereits GULDENER, 33 ff.; gleiche Terminologie bei EICHENBERGER, N 191 ff.

²²⁵ Zu dieser Pflicht siehe hinten [N 86](#).

²²⁶ Zur Ermittlungspflicht als Teil der Wahrheitspflicht siehe vorne [N 74 ff.](#)

²²⁷ Vgl. JÖRG SCHMID, Belehrungs- und Beratungspflicht, 18: «Die Belehrung über den Inhalt und die Folgen des entworfenen Rechtsgeschäfts kann Änderungswünsche und Überarbeitungen auslösen, die gegebenenfalls für einen Teil des Geschäfts wiederum eine neue Belehrung erforderlich machen.»

- 81 Die Prüfungspflicht umfasst zunächst die Voraussetzungen für die Durchführung einer öffentlichen Beurkundung. In diesem Zusammenhang hat die Urkundsperson (erstmalig im sog. Prüfungsverfahren²²⁸) umfassend zu prüfen, ob die Verfahrensvoraussetzungen erfüllt sind oder nicht. Fehlt es an einer Voraussetzung, muss die Urkundsperson das Beurkundungsbegehren ablehnen. Die Prüfungspflicht gilt nicht nur während des Prüfungsverfahrens, sondern ist auch im späteren Verlauf der öffentlichen Beurkundung zu beachten.²²⁹ Fällt eine Verfahrensvoraussetzung nachträglich weg, ist das Verfahren abzubauen.
- 82 Sodann erstreckt sich die Prüfungspflicht auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts, das in der Urkunde festgehalten werden soll – gleichgültig, ob es sich um eine Willens- oder Sachbeurkundung handelt.²³⁰ Die Urkundsperson muss prüfen, ob etwa der zu beurkundende Vertrag oder Versammlungsbeschluss rechtmässig und gültig ist. Insoweit schafft die Prüfungspflicht die Grundlage für die notarielle Belehrung und Beratung der Parteien.²³¹
- 83 Ist die Urkundsperson der Meinung, das von den Parteien beabsichtigte Geschäft sei rechtswidrig oder aus anderen Gründen ungültig (z.B. wegen Sittenwidrigkeit oder Handlungsunfähigkeit einer Partei), hat sie in zwei Schritten zu reagieren. Zunächst muss sie durch Beratung und Belehrung der Parteien auf eine mangelfreie Gestaltung hinwirken. Bestehen die Parteien auf dem (nach Einschätzung der Urkundsperson) ungültigen Rechtsgeschäft, ist die Beurkundung vorzunehmen. In der Urkunde muss die Urkundsperson ihre Zweifel an der Gültigkeit des Geschäfts dokumentieren (sog. Beurkundung unter Vorbehalt).²³² Nur wenn die Ungültigkeit des Geschäfts offensichtlich ist, hat die Urkundsperson die Beurkundung abzulehnen.²³³ Dieses Vorgehen ergibt sich aus der Kompetenzabgrenzung zwischen freiwilliger und streitiger Gerichtsbarkeit und gilt von Bundesrechts wegen: Das abschliessende Urteil über die Gültigkeit des Geschäfts obliegt dem Zivilgericht im kontradiktorischen

²²⁸ Siehe vorne [N 61](#).

²²⁹ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1069; MARTI, 95 f.

²³⁰ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1067; GULDENER, 37 ff.; ausführlich zur Tragweite der Prüfungspflicht EICHENBERGER, N 191 ff.

²³¹ Siehe dazu hinten [N 86](#).

²³² Es soll nicht der Anschein entstehen, das Geschäft sei von der Urkundsperson geprüft und «gebilligt» worden; das ergibt sich aus der sog. Redaktionspflicht (siehe vorne [N 78](#)). Eingehend zur Beurkundung unter Vorbehalt EICHENBERGER, N 290 m.w.H.; JÖRG SCHMID, Belehrungs- und Beratungspflicht, 22.

²³³ Exemplarisch das bernische Recht (Art. 31 Abs. 1 lit. b und c NG/BE); ähnlich § 9a Abs. 2 lit. b und § 13 Abs. 2 BeurkG/ZG sowie § 20 NV/ZH.

Verfahren.²³⁴ Dem soll die Urkundsperson nicht vorgreifen, indem sie die Beurkundung (und damit die Erfüllung des Formzwangs) verweigert.²³⁵ Die Ablehnung der Beurkundung ist nur in offensichtlichen Fällen gerechtfertigt, dann nämlich, wenn eine gegenteilige Beurteilung durch das Zivilgericht schlechthin ausgeschlossen ist.²³⁶ Den Parteien fehlt es an einem schutzwürdigen Interesse an der Beurkundung eines offensichtlich ungünstigen Rechtsgeschäfts.

4. Interessenwahrungspflicht

Die Urkundsperson ist verpflichtet, die Interessen ihrer Klienten zu wahren. Anders als im privatrechtlichen Mandatsverhältnis²³⁷ ist die erforderliche Interessenwahrung indes keine umfassende. Sie ist beschränkt auf jene Parteiinteressen, die durch die Formvorschrift geschützt werden sollen. Nicht darunter fällt insbesondere das Interesse der Parteien an einem wirtschaftlich vorteilhaften Geschäft.²³⁸ Die Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung ist (solange keine Übervorteilung im Raum steht²³⁹) nicht Gegenstand der notariellen Interessenwahrungspflicht.²⁴⁰

84

²³⁴ Die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) gewährt einen Anspruch auf *richterliche* Beurteilung. Dem wird nicht Genüge getan, wenn die Urkundsperson aufgrund ihrer eigenen Einschätzung der Rechtslage die Entstehung eines formgültigen Vertrags verhindert, den das Gericht anschliessend inhaltlich beurteilen könnte.

²³⁵ Pointiert EICHENBERGER, N 294 m.w.H.; vgl. MARTI, 94; RUF, Notariatsrecht, N 715. Problematisch ist aus diesem Grund der Regelungsvorschlag der *Groupe de réflexion*, wonach die Beurkundung eines unmöglichen, rechts- oder sittenwidrigen Inhalts abgelehnt werden soll – unabhängig davon, ob der Mangel offensichtlich ist oder nicht (Bericht *Groupe de réflexion*, 40).

²³⁶ In diesem Sinn auch BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 826 ff.; GULDENER, 41 und 94; MARTI, 93 f.; MOOSER, N 264; RUF, Notariatsrecht, N 280 und 715; KNB-WOLF/PFAMMATTER, N 4 zu Art. 31 NG/BE; vgl. dagegen EICHENBERGER, N 294 f., der die Urkundsperson zur Beurkundung des mangelhaften Geschäfts verpflichtet sieht und keine Ausnahme bei Offensichtlichkeit zulassen möchte.

²³⁷ Zum Umfang der Treuepflicht des Beauftragten (Art. 398 Abs. 2 OR) siehe z.B. BSK OR I-OSER/WEBER, N 24 zu Art. 398 m.w.H.

²³⁸ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 884; KNB-PFAMMATTER, N 16 zu Art. 37 NG/BE; RUF, Notariatsrecht, N 1014.

²³⁹ Dass die Urkundsperson bei einer drohenden Übervorteilung (Art. 21 OR) nicht tatenlos zusehen darf, sondern die in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigte Partei aufklären und warnen muss, ergibt sich aus ihrer Pflicht, auf die Gültigkeit des Geschäfts hinzuwirken (siehe sogleich [N 87](#)).

²⁴⁰ Siehe BGE 50 II 142, E. 3: «Ob der zur Beurkundung genannte Kaufpreis dem wirklichen Werte der Liegenschaft entspricht, hat die Urkundsperson nicht zu prüfen [...]; es ist daher

- 85 Die Interessenwahrung muss unparteilich erfolgen.²⁴¹ Die Urkundsperson hat die Interessen aller Beteiligten gleichmässig zu berücksichtigen und darf nicht eine beteiligte Partei zum Nachteil der anderen begünstigen.²⁴² Der Begriff der Beteiligten ist in diesem Kontext weit auszulegen. Erfasst werden nicht nur die ins Hauptverfahren eingebundenen (Vertrags-)Parteien, sondern alle Personen, die an der Beurkundung ein unmittelbares, rechtliches Interesse haben, so etwa bei der Beurkundung eines Generalversammlungsbeschlusses die verschiedenen Versammlungsteilnehmer.²⁴³ Umstritten ist, ob auch die Interessen von Personen, die durch das beurkundete Geschäft lediglich begünstigt werden, z.B. der eingesetzten Erben und Vermächtnisnehmer bei der Beurkundung einer letztwilligen Verfügung, massgeblich sein sollen.²⁴⁴
- 86 Als Ausfluss der Interessenwahrungspflicht hat die Urkundsperson die Beteiligten rechtlich zu belehren und (in gewissem Umfang) zu beraten.²⁴⁵ Nach herkömmlicher Terminologie meint Rechtsbelehrung (*renseignement*) die Information der Beteiligten über Inhalt und Form der Urkunde sowie die Rechtsfolgen des zu beurkundenden Geschäfts.²⁴⁶ Demgegenüber besteht die Rechtsberatung (*conseil*) aus der Erläuterung verschiedener Gestaltungsvarianten, die den Parteien offenstehen, mit ihren Vor- und Nachteilen.²⁴⁷ Die herrschende Lehre geht von einer umfassenden Rechtsbelehrungspflicht der Urkundsperson aus, wohingegen Rechtsberatung nur ausnahmsweise geschuldet sei und grundsätzlich nicht zum Pflichtenkatalog der Urkundsperson gehöre.²⁴⁸ Die Orientierung an

auch nicht Sache der Urkundsperson, zu verhüten, dass eine Liegenschaft zu billig oder zu teuer verkauft werde.»

²⁴¹ Siehe z.B. Art. 37 Abs. 1 NG/BE; § 18 Abs. 1 NG/BS; § 10a Abs. 1 BeurkG/ZG. Bei der Pflicht zur unparteilichen Interessenwahrung handelt es sich um eine bundesrechtliche Minimalanforderung an das Beurkundungsverfahren (siehe Art. 29 Abs. 1 BV; vgl. JÖRG SCHMID, Öffentliche Beurkundung, N 166).

²⁴² Hierin unterscheidet sich das Berufsbild der Urkundsperson grundsätzlich von jenem des Anwalts, der nur seinen Auftraggebern verpflichtet ist (zum Anwaltsnotar siehe vorne N 21).

²⁴³ Siehe RUF, Notariatsrecht, N 994m.w.H., der von einem «materiellen Beteiligungsbegriff» spricht; ferner BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 900; MOOSER, N 408.

²⁴⁴ Dafür KNB-PFAMMATTER, N 4 zu Art. 37 NG/BE; RUF, Notariatsrecht, N 995; dagegen BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 526 ff.; MOOSER, N 408.

²⁴⁵ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 881 und 1725 ff.; RUF, Notariatsrecht, N 876 ff.; JÖRG SCHMID, Belehrungs- und Beratungspflicht, 10 ff.; TRIGO TRINDADE/GRIESEN COTTI, 219 ff.

²⁴⁶ Siehe z.B. Art. 35 NG/BE.

²⁴⁷ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1728 f.; MOOSER, N 354; KNB-WOLF/PFAMMATTER, N 33 zu Art. 35 NG/BE.

²⁴⁸ So etwa BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1725 ff. und 1802 f.; MOOSER, N 355 m.w.H.; RUF, Notariatsrecht, N 931 ff.; KNB-WOLF/PFAMMATTER, N 34 zu Art. 35 BG/BE. Exemplarisch

den beiden Begriffen erscheint indes wenig einleuchtend, zumal in der praktischen Umsetzung Belehrung und Beratung ineinandergreifen und sich nicht trennscharf auseinanderhalten lassen.²⁴⁹ Richtigerweise ist von der Urkundsperson zu verlangen, dass sie bei den Parteien einen Kenntnisstand sicherstellt, der es ihnen erlaubt, wohlinformiert über das zu beurkundende Geschäft zu entscheiden. Dazu kann situativ auch die Erläuterung naheliegender Alternativen erforderlich sein.²⁵⁰ Der Umfang von Belehrung und Beratung hängt demnach vom fraglichen Geschäft und von den Vorkenntnissen der Beteiligten ab.²⁵¹ Stehen sich Parteien mit unterschiedlicher Geschäftsgewandtheit gegenüber, soll die Urkundsperson mit ihrer Beratung zu einer gewissen «Waffengleichheit» beitragen.²⁵² Grenze der notariellen Beratung bildet die Pflicht zur Unparteilichkeit: Die Urkundsperson darf sich nicht zur Dienerin einer Partei machen, indem sie diese informationell privilegiert.²⁵³

Zu wahren hat die Urkundsperson sodann das Interesse der Parteien an einem gültigen und eintragungsfähigen Rechtsgeschäft.²⁵⁴ Dies setzt voraus, dass erstens das Beurkundungsverfahren vorschriftsgemäss²⁵⁵ abläuft und zweitens das Geschäft materiell-rechtlich gültig ist. Bei Rechtsgeschäften, die in ein öffentliches Register (Grundbuch oder Handelsregister) einzutragen sind, müssen ergänzend die Vorschriften des massgeblichen Registerrechts beachtet werden. Die Urkundsperson hat die Parteien auf etwaige Bedenken bezüglich der Gültigkeit des geplanten Geschäfts hinzuweisen und ihnen (falls möglich) eine mangelfreie Gestaltung zu empfehlen.²⁵⁶

Urkundspersonen müssen Stillschweigen bewahren über alle Geheimnisse, die ihnen im Zusammenhang mit der Beurkundungstätigkeit anvertraut worden

das basel-städtische Recht (§ 32 NG/BS zur Rechtsbelehrung und § 31 NG/BS zur Rechtsberatung).

²⁴⁹ Gl.M. JÖRG SCHMID, Belehrungs- und Beratungspflicht, 5 mit Fn. 3; ähnlich TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, 221; vgl. auch Bericht Groupe de réflexion, 60.

²⁵⁰ So bereits MARTI, 101 f.

²⁵¹ Siehe BGer vom 7. Dezember 1998, ZBGR 2000, 58 ff., E. 3b/bb.

²⁵² Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 896; ferner RUF, Notariatsrecht, N 1011. So ausdrücklich § 17 Abs. 2 NG/BS.

²⁵³ Zum Spannungsfeld zwischen der Pflicht zur Unparteilichkeit und dem Schutz der «schwächeren» Partei vor unbedachten Vertragsschlüssen siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 895 ff.

²⁵⁴ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 908 ff.

²⁵⁵ Genauer gesagt müssen für die Einhaltung der Form jene Verfahrensaspekte beachtet worden sein, die den Charakter von Gültigkeitsvorschriften haben (siehe dazu hinten [N 90 ff.](#)).

²⁵⁶ Nur bei *offensichtlicher* Ungültigkeit des Geschäfts ist die Beurkundung abzulehnen (siehe vorne [N 83](#)).

sind.²⁵⁷ Das Berufsgeheimnis der freiberuflichen (Art. 321 StGB) und das Amtsgeheimnis der im Staatsdienst stehenden Urkundspersonen (Art. 320 StGB) sind strafrechtlich geschützt.²⁵⁸ Das StGB umschreibt richtiger Ansicht nach die Tragweite der Geheimhaltungspflicht abschliessend. Es besteht kein Raum für kantonale Erweiterungen des Geheimnisschutzes auf Tatsachen, die nicht unter den bundesrechtlichen Geheimnisbegriff²⁵⁹ fallen.²⁶⁰

5. Sorgfaltspflicht

- 89 Die Sorgfaltspflicht durchzieht alle Bereiche der notariellen Tätigkeit.²⁶¹ Vielfach wird sie daher nicht als eigenständige Pflicht der Urkundsperson gesehen, sondern als Verhaltensanforderung bei der Erfüllung der Berufspflichten.²⁶² Die Sorgfaltspflicht regelt, wie die Urkundsperson vorgehen muss, damit sie ihre gesetzlichen Pflichten richtig erfüllt. So muss die Urkundsperson bei der Annahme oder Ablehnung eines Beurkundungsbegehrens, der Ermittlung des relevanten Sachverhalts, der Redaktion der Urkunde, der rechtlichen Würdigung sowie der Belehrung und Beratung der Parteien die nach den Umständen gebotene Sorgfalt anwenden.²⁶³ Vereinzelt wird die Sorgfaltspflicht im kantonalen Recht ausdrücklich geregelt.²⁶⁴ Generell-abstrakte Umschreibungen der Sorgfaltspflicht sind indes naturgemäss schwer greifbar.²⁶⁵

²⁵⁷ Siehe BGer 1B_226/2014 vom 18. September 2014, E. 2.4, wonach sich die Rechtsprechung zum Berufsgeheimnis der Anwälte analog auf Notare übertragen lasse.

²⁵⁸ Siehe zum persönlichen Geltungsbereich des Berufs- bzw. Amtsgeheimnisses BSK StGB-OBERHOLZER, N 8 und 10 zu Art. 321.

²⁵⁹ Geheimnisse sind Tatsachen, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sind, die der Geheimnisherr geheim halten will und an deren Geheimhaltung er ein berechtigtes Interesse hat (BGer 6B_1192/2014 vom 24. April 2015, E. 4.3; siehe BSK StGB-OBERHOLZER, N 8 zu Art. 320).

²⁶⁰ Wie hier BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1137; a.M. KNB-PFAMMATTER, N 6 zu Art. 36 NG/BE.

²⁶¹ Eingehend JÖRG SCHMID, Beurkundungsverfahren, 28 ff.

²⁶² So verzichtete etwa die Groupe de réflexion zur Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens (siehe hinten [N 110 f.](#)) in ihrem Bericht darauf, einen separaten Leitsatz zur Sorgfaltspflicht aufzustellen. Vielmehr begriff sie die Sorgfaltspflicht als Teilaspekt der Wahrheitspflicht (sorgfältige Sachverhaltsermittlung) und der Interessenwahrungspflicht (sorgfältige Vorbereitung und Ausführung der Beurkundung); siehe Bericht Groupe de réflexion, 42 f.

²⁶³ Zur gebotenen Sorgfalt im Kontext der Wahrheitspflicht siehe vorne [N 72 f.](#)

²⁶⁴ Siehe etwa Art. 32 Abs. 1 NG/VS oder § 28 BeurkG/LU.

²⁶⁵ So umschreibt das Walliser Recht (Art. 32 Abs. 1 NG/VS) den Pflichtinhalt wie folgt: «Die Sorgfaltspflicht verlangt vom Notar ein bestimmtes Mass an Aufmerksamkeit gegenüber den Urkundsparteien und exakte Ausführung, um jede Nachlässigkeit, jeden Fehler oder

Welches Mass an Sorgfalt die Urkundsperson bei einer bestimmten Aufgabe beachten muss, hängt von der konkreten Berufspflicht und den Umständen des Einzelfalls ab.²⁶⁶

V. Folgen von Verfahrensfehlern

Die Regelungen über das Beurkundungsverfahren sind entweder Gültigkeits- oder Ordnungsvorschriften. Werden Gültigkeitsvorschriften missachtet, so entsteht (andere gesetzliche Anordnungen vorbehalten²⁶⁷) keine öffentliche Urkunde.²⁶⁸ Verletzt die Urkundsperson bei der Beurkundung Ordnungsvorschriften, entsteht zwar eine öffentliche Urkunde, die Urkundsperson kann aber für ihre Pflichtverletzung disziplinarisch sanktioniert werden.²⁶⁹

Was Gültigkeits- und was Ordnungsvorschriften sind, ergibt sich im Bereich der bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften²⁷⁰ abschliessend aus dem Bundesrecht.²⁷¹ Bei kantonalen Beurkundungsregeln bestimmen nach wohl überwiegender Ansicht die Kantone, ob es sich um Gültigkeits- oder Ordnungsvorschriften handelt.²⁷² Keine öffentliche Urkunde entsteht von Bundesrechts wegen etwa, wenn die Urkundsperson örtlich oder sachlich unzuständig oder aufgrund fehlender Angaben in der Urkunde nicht identifizierbar ist.²⁷³ Bundesrechtliche Gültigkeitsvorschriften sind sodann verletzt, wenn die Unterschrift der Urkundsperson fehlt, die Urkundsperson ein Geschäft beurkundet, an dem sie selbst beteiligt ist, oder grundlegende Anforderungen an das Ver-

jede Unterlassung in der Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit und unter Einhaltung der Rechtsordnung zu verhindern.»

²⁶⁶ Im dritten Teil der Arbeit soll der Sorgfaltsmassstab für die aktienrechtlichen Beurkundungen konkretisiert werden (siehe z.B. hinten [N 326, 354, 356, 358, 406, 408, 416, 430 ff., 457](#) und [558](#)).

²⁶⁷ Siehe z.B. Art. 520 Abs. 2 ZGB für die öffentliche letztwillige Verfügung.

²⁶⁸ MARTI, 79 f.; RUF, Notariatsrecht, N 147.

²⁶⁹ Je nach Pflichtverletzung kann sich die Urkundsperson auch strafbar machen (z.B. Art. 317 StGB). Entsteht den Beteiligten ein Schaden, kommt überdies eine Ersatzpflicht der Urkundsperson bzw. des Kantons in Betracht.

²⁷⁰ Gemeint sind sowohl Vorschriften des geschriebenen Bundesrechts (Art. 499 ff. ZGB) wie auch die sich aus dem Bundesrecht ergebenden (ungeschriebenen) Mindestvorgaben (siehe vorne [N 42 ff.](#)).

²⁷¹ Siehe MOOSER, N 1120; JÖRG SCHMID, Beurkundungsverfahren, 31.

²⁷² Umstritten. Wie hier das Bundesgericht und ein Teil der Lehre (BGE 106 II 146, E. 3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 526 und 549a m.w.H.; BK-MÜLLER, N 115 zu Art. 11 OR; RUF, Notariatsrecht, N 147; JÖRG SCHMID, Öffentliche Beurkundung, N 134); anders BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 30 ff.; ARNET, Gesetzgebungskompetenz, 10 ff.

²⁷³ Siehe MOOSER, N 1105; teilweise zu extensiv BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1507.

fahren (bei Willensbeurkundungen etwa die gehörige Lesung oder die Einheit des Beurkundungsakts) erkennbar nicht beachtet werden.²⁷⁴ Dagegen bilden weitere Pflichten der Urkundsperson (auch wenn sie von Bundesrechts wegen gelten) bloss Ordnungsvorschriften.²⁷⁵ Dies gilt insbesondere für die Wahrheitspflicht²⁷⁶ sowie die Pflicht zu Belehrung und Beratung. Hier ist die Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde keine angemessene Rechtsfolge, weil der Mangel für den Rechtsverkehr nicht erkennbar ist. So führt die mangelhafte Belehrung einer Partei nicht zur Formungültigkeit des Geschäfts, kann aber die disziplinarische Sanktionierung der Urkundsperson zur Folge haben.

- 92 Soweit die Kantone Verfahrensvorschriften erlassen, die über das bundesrechtliche Minimum hinausgehen, sind sie wie erwähnt frei darin, zu bestimmen, ob es sich um Gültigkeits- oder Ordnungsvorschriften handelt.²⁷⁷ Dies ergibt sich aus ihrer Kompetenz, das Beurkundungsverfahren zu regeln (Art. 55 Abs. 1 SchlT). Die Gegenansicht, welche die kantonale Kompetenz auf den Erlass von Ordnungsvorschriften begrenzt sieht,²⁷⁸ erscheint vor diesem Hintergrund als zu restriktiv.
- 93 Zu unterscheiden ist die Missachtung beurkundungsrechtlicher Gültigkeitsvorschriften von der (Form-)Ungültigkeit des Geschäfts. Durch die Qualifizierung bestimmter Verfahrensnormen als Gültigkeitsvorschriften legt das Beurkundungsrecht verfahrensmässige Minimalanforderungen fest, die eingehalten werden müssen, damit eine öffentliche Urkunde entsteht. Bei Verletzung dieser Anforderungen ist die Form der öffentlichen Beurkundung nicht erfüllt. Die Rechtsfolge hiervon bestimmt sich (auf einer zweiten Stufe) nach dem materiellen Recht.²⁷⁹ Soweit das Bundesrecht für ein Geschäft die öffentliche Beurkun-

²⁷⁴ Die genannten Gültigkeitsvorschriften dürften weitgehend mit der Auflistung in Art. 24 NG/BE übereinstimmen. Das bernische Recht wiederholt damit im Wesentlichen die Nichtentstehungsgründe, die bereits von Bundesrechts wegen gelten. Vgl. die Auflistung der Nichtentstehungsgründe in Bericht Groupe de réflexion, 77 und 81.

²⁷⁵ So zutreffend MOOSER, N 1106; anders wohl MARTI, 80.

²⁷⁶ Entgegen BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1507 und 1518, kann es nicht darauf ankommen, ob der Tatbestand von Art. 317 StGB erfüllt ist oder nicht. Verletzt die Urkundsperson die Wahrheitspflicht, entsteht dennoch eine (wirksame) öffentliche Urkunde (Ordnungsvorschrift). Die Unrichtigkeit des Urkundeninhalts muss im Sinn von Art. 179 ZPO nachgewiesen werden, damit die Urkunde ihre verstärkte Beweiskraft verliert. Vgl. Bericht Groupe de réflexion, 83, der die Wahrheitspflicht ausdrücklich den Ordnungsvorschriften zuschlägt; anders Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte/ZG, Beschluss vom 1. Oktober 2019, GVP/ZG 2019, 1.5.3.2, E. 4.4.

²⁷⁷ Siehe soeben [N 91](#) mit Fn. 272.

²⁷⁸ So BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 30 ff.; in Bezug auf die Zuständigkeit des Bundes zum Erlass von Beurkundungsverfahrenregeln ebenso ARNET, Gesetzgebungskompetenz, 10 ff.

²⁷⁹ Dazu einlässlich BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1480 ff.

dung verlangt, ist die Folge des Mangels die Formungültigkeit (Art. 11 Abs. 2 OR),²⁸⁰ die nach ständiger Rechtsprechung der Nichtigkeit des Geschäfts gleichkommt.²⁸¹ Eine Ausnahme bildet die öffentliche letztwillige Verfügung, die gemäss Art. 520 ZGB mit Klage angefochten werden muss.²⁸²

Die Regelungskompetenz der Kantone ist auf das Verfahrensrecht beschränkt (Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB).²⁸³ Es spricht daher vieles für die mittlerweile herrschende Sichtweise, dass sich die Folgen des Formmangels abschliessend aus dem Bundesrecht ergeben und die Kantone nicht befugt sind, für die Verletzung kantonaler Gültigkeitsvorschriften abweichende Rechtsfolgen (z.B. relative Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit) anzuordnen.²⁸⁴ Die in verschiedenen kantonalen Rechten vorgesehenen Anfechtungsverfahren²⁸⁵ wären damit bundesrechtswidrig.²⁸⁶ Das Bundesgericht hat freilich in einem älteren Entscheid (mit Verweis auf die damals herrschende Lehre) die gegenteilige Position vertreten.²⁸⁷ Angesichts der gewichtigen Argumente der jüngeren Lehre muss offenbleiben, wie es die Frage künftig beurteilen wird.²⁸⁸

94

²⁸⁰ Die öffentliche Beurkundung ist in aller Regel ein Gültigkeitserfordernis, weil das Gesetz im Sinne von Art. 11 Abs. 2 OR «nicht etwas anderes bestimmt».

²⁸¹ BGer 4A_29/2013 vom 6. Juni 2013, E. 3.1; BGer 4C.162/2005 vom 18. Mai 2006, E. 3.2; BGE 98 II 313, E. 2; siehe zur Kritik in der Lehre GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 558 ff. m.w.H.

²⁸² Siehe BGer 5A_702/2016 vom 28. März 2017, E. 2.1; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, N 22 f. zu Art. 519/520).

²⁸³ Siehe vorne [N 34 ff.](#)

²⁸⁴ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1490 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 549a; KOLLER, N 22; BK-MÜLLER, N 244 zu Art. 11 OR; JÖRG SCHMID, Öffentliche Beurkundung, N 133, 289 und 616.

²⁸⁵ Siehe z.B. § 9 BeurkG/ZG; Art. 85 Abs. 2 NG/VS.

²⁸⁶ Mit ausführlicher Begründung BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1496 ff. ebenso MÜLLER/PAFUMI, 75 f.

²⁸⁷ BGE 106 II 146, E. 3 m.w.H.; exemplarisch für die früher herrschende Lehrmeinung BK-MEIER-HAYOZ, N 129 zu Art. 657 ZGB.

²⁸⁸ In BGer 4A_556/2009 vom 3. Mai 2010, E. 7.1 und 7.2, musste sich das Bundesgericht mangels Entscheidrelevanz nicht mit der Frage auseinandersetzen.

§ 4: Entwicklungstendenzen

- 95 Drei aktuelle Gesetzgebungsprojekte, die unterschiedlich weit gediehen sind, prägen das Beurkundungsrecht in der Schweiz. Erstens haben die eidgenössischen Räte am 16. Juni 2023 das Bundesgesetz über die Digitalisierung im Notariat in der Schlussabstimmung verabschiedet. Zweitens laufen seit einigen Jahren Bestrebungen, das Beurkundungsverfahren (oder Teilaspekte davon) schweizweit zu vereinheitlichen. Und drittens wird diskutiert, ob und in welchen Fällen die öffentliche Beurkundung per Videokonferenz (sog. Fernbeurkundung) zugelassen werden soll. Diese Entwicklungstendenzen sind im Folgenden zu untersuchen.

I. Elektronische öffentliche Urkunden

1. Elektronische Ausfertigungen gemäss Art. 55a SchlT ZGB

- 96 Mit der Sachenrechtsnovelle von 2009²⁸⁹ wurde die Möglichkeit geschaffen, rechtswirksame Ausfertigungen²⁹⁰ öffentlicher Urkunden in elektronischer Form zu erstellen (Art. 55a SchlT ZGB).²⁹¹ Begründet wurde die Neuerung mit der gestiegenen Bedeutung des elektronischen Geschäftsverkehrs im Wirtschaftsleben. Neben den Anmeldungen sollten neu auch die öffentlichen Urkunden als Rechtsgrundaussweise elektronisch beim Grundbuch- bzw. Handelsregisteramt eingereicht werden können.²⁹²
- 97 In Ausführung des neuen Art. 55a SchlT ZGB erliess der Bundesrat eine erste Verordnung über die elektronische öffentliche Beurkundung (aEÖBV), in der er unter anderem die technischen Anforderungen und das Verfahren für die elektronische Ausfertigung öffentlicher Urkunden regelte (siehe Art. 1 aEÖBV).²⁹³ Sowohl Art. 55a SchlT ZGB wie auch die aEÖBV traten am 1. Januar 2012 in Kraft.

²⁸⁹ AS 2011 4637 ff.

²⁹⁰ Zum Begriff der Ausfertigung siehe vorne [N 66](#).

²⁹¹ AS 2011 4655.

²⁹² Siehe Botschaft ZGB 2007, 5341 f.

²⁹³ Der Bundesrat hat die Verordnung im Dezember 2017 totalrevidiert (siehe MOOSER, N 750). Die aEÖBV wurde durch die EÖBV ersetzt. Insbesondere wurde mit der Revision der Anwendungsbereich der Vorschriften auf weitere Kategorien von Urkundspersonen (etwa Mitarbeitende der Handelsregisterbehörden) ausgeweitet (siehe Art. 2 lit. a EÖBV).

Die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden ist unter dem noch geltenden Recht zwei bedeutsamen Einschränkungen unterworfen. Erstens muss das Original der öffentlichen Urkunde (die sog. Urschrift) stets zwingend in Papierform errichtet werden. Erst in einem nächsten Schritt fertigt die Urkundsperson die Urkunde elektronisch aus, indem sie das Original einliest und in einem Verbal bestätigt, dass das elektronische Dokument wortgetreu mit dem Original übereinstimmt.²⁹⁴ Zweitens liegt es im Ermessen der Kantone, ob sie ihre Urkundspersonen zur Erstellung elektronischer Ausfertigungen ermächtigen. Nur die Urkundspersonen der Kantone, die diese Ermächtigung erteilt haben, können sich (freiwillig) ins Schweizerische Register der Urkundspersonen (UPReg) eintragen lassen und nach erfolgter Eintragung ihre Urkunden elektronisch ausfertigen.²⁹⁵ Die kantonalen Gesetzgeber haben insgesamt eher zögerlich von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Bis Ende 2021 haben gerade einmal 14 Kantone ihre Urkundspersonen ermächtigt, elektronische Ausfertigungen zu erstellen.²⁹⁶

98

2. Weg zur Neuregelung im DNG

Bald nach ihrem Inkrafttreten wurde die neue Regelung für ungenügend befunden.²⁹⁷ Ein häufig vorgetragener Kritikpunkt war (und ist), dass der einzuhaltende Arbeitsablauf zu einem Medienbruch führt: Die Urkundsperson entwirft die öffentliche Urkunde elektronisch an ihrem Computer und muss sie dann einzig für den Beurkundungsakt auf Papier ausdrucken. Nach erfolgter Beurkundung ist die Urkunde wieder einzulesen, um sie in ein elektronisches Format zurückzuführen und elektronisch an die Registerbehörde zu übermitteln. Im Interesse der Effizienz wollte der Bundesrat auf dieses unnötige «Hin und Her» verzichten. Er schickte deshalb bereits im Dezember 2012 einen Vorentwurf in die Vernehmlassung, laut dem (neben anderen Anpassungen²⁹⁸) inskünftig die elektronische Erstellung des Originals zugelassen werden sollte

99

²⁹⁴ Siehe dazu Art. 10 aEÖBV bzw. Art. 11 EÖBV.

²⁹⁵ Siehe Botschaft DNG, 6 f.; Erläuternder Bericht EÖBG, 4; BSK ZGB II-ARNET/SCHMID, N 3 f. zu Art. 55a SchlT ZGB; LUKAS MÜLLER, Digitales Notariat, 64 f.; MÜLLER/PAFUMI, 60; zum UPRag siehe die Vorgaben in Art. 5 ff. EÖBV.

²⁹⁶ Siehe Botschaft DNG, 6 a.E.

²⁹⁷ Der erläuternde Bericht vom Dezember 2012 bezeichnete die Einführung von Art. 55a Abs. 1 SchlT ZGB als «Kompromisslösung, weil sie Konsequenz vermissen lässt» (Erläuternder Bericht SchlT ZGB, 6).

²⁹⁸ Vorgesehen war namentlich die Kodifizierung gewisser bundesrechtlicher Minimalanforderungen an das Beurkundungsverfahren (dazu ausführlicher hinten [N 108 f.](#)).

(Art. 55n Abs. 1 Ziff. 1 VE-SchlT ZGB).²⁹⁹ In der Vernehmlassung wurde die Erweiterung der elektronischen öffentlichen Beurkundung mehrheitlich begrüsst.³⁰⁰

- 100 Im Mai 2016, als seit der Vernehmlassung bereits längere Zeit verstrichen war, beschloss der Bundesrat zunächst, eine Botschaft auszuarbeiten. Von diesem Vorgehen ist er später wieder abgekommen. Anfangs 2019 liess der Bundesrat eine erneute Vernehmlassung durchführen, weil sich «das digitale Bewusstsein der Bevölkerung» zwischenzeitlich weiterentwickelt habe.³⁰¹ Die Materie sollte nun nicht mehr im Schlusstitel des ZGB, sondern in einem neuen Bundesgesetz «über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen» geregelt werden (VE-EÖBG). Nach einem grundsätzlich positiven Vernehmlassungsergebnis beschloss der Bundesrat, die Vorlage (umbenannt in «Bundesgesetz über die Digitalisierung im Notariat») in die parlamentarische Beratung zu geben. Der Entwurf (E-DNG) und die dazugehörige Botschaft wurden im Dezember 2021 verabschiedet.³⁰²
- 101 Der Entwurf wurde zunächst im Ständerat³⁰³ (Wintersession 2022), dann im Nationalrat³⁰⁴ (Frühjahrssession 2023) beraten. Die wenigen Differenzen wurden in der Sommersession 2023 bereinigt³⁰⁵ und bereits am 16. Juni 2023 nahmen beide Räte das DNG in der Schlussabstimmung an. Die Referendumsfrist ist am 5. Oktober 2023 unbenutzt abgelaufen. Der Bundesrat wird Einzelheiten in einer Verordnung regeln und das Inkrafttreten der Vorlage bestimmen.

3. Inhalt der Neuregelung

3.1 Elektronische Originale öffentlicher Urkunden

- 102 Als zentrale Neuerung schafft das DNG die Möglichkeit, öffentliche Urkunden im Original elektronisch zu erstellen.³⁰⁶ Die Urkundspersonen sind neu

²⁹⁹ Siehe Erläuternder Bericht SchlT ZGB, 5 ff.

³⁰⁰ Im Einzelnen siehe Vernehmlassung SchlT ZGB, 3, 6 ff. und 33 ff.; ablehnend aus der Literatur noch JÜRGEN SCHMID, Elektronische öffentliche Urkunde, 266, der sich für ein Festhalten an der Papier-Originalurkunde ausspricht.

³⁰¹ Erläuternder Bericht EÖBG, 3 f.

³⁰² Siehe Botschaft DNG, 1 ff, 11 f. und *passim*; dazu auch LUKAS MÜLLER, Digitales Notariat, 66 f.

³⁰³ Siehe AB SR 2022, 1361 ff.

³⁰⁴ Siehe AB NR 2023, 219 ff.

³⁰⁵ Siehe AB SR 2023, 446 ff. bzw. AB NR 2023, 1150 ff.

³⁰⁶ Siehe Botschaft DNG, 2 und 23 ff.

schweizweit zur Erstellung elektronischer Urkunden und Beglaubigungen berechtigt (Art. 5 Abs. 1 DNG); eine kantonale Ermächtigung ist dafür nicht mehr erforderlich. In der kantonalen Kompetenz liegt es aber, die Urkundspersonen zur Erstellung elektronischer Urkunden zu verpflichten (Art. 5 Abs. 3 DNG). Die Kantone können also entweder ein rein elektronisches System vorsehen oder neben den elektronischen Urkunden weiterhin Papierurkunden zulassen.³⁰⁷ Im letzteren Fall hat das kantonale Recht überdies zu regeln, ob die Wahl zwischen elektronischer und Papierurkunde jeweils bei der Urkundsperson oder bei den Parteien liegen soll.³⁰⁸ Vorbehalten bleibt bei alledem die Beurkundung der Verfügungen von Todes wegen: Hier darf nur mit Zustimmung der Parteien ein elektronisches Original erstellt werden (Art. 5 Abs. 2 DNG).

Der Vorgang zur Erstellung elektronischer Originale ist in den Art. 6 ff. DNG geregelt. Für Willensbeurkundungen enthält Art. 6 DNG Sondervorschriften zur Genehmigung des Urkundeninhalts durch die Parteien.³⁰⁹ Als Äquivalent zur von den kantonalen Rechten verlangten Unterzeichnung der Urkunde wäre an sich eine qualifizierte elektronische Signatur gemäss Art. 14 Abs. 2^{bis} OR erforderlich. Dieser Lösung ginge indes die Praxistauglichkeit ab, weil die meisten Privatpersonen über keine solche Signatur verfügen. Deshalb lässt das DNG (alternativ zur qualifizierten elektronischen Signatur) die grafische Erfassung der Parteiunterschriften über ein geeignetes Eingabegerät³¹⁰ (z.B. ein Grafiktablett) genügen (Art. 6 Abs. 2 DNG).³¹¹ Die grafisch erfassten Unterschriften sind auf der elektronischen Originalurkunde anzubringen (Art. 6 Abs. 1 DNG). Die Urkundsperson schliesst den Beurkundungsvorgang ab, indem sie das elektronische Original und etwaige Beilagen mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versieht (Art. 7 Abs. 1 lit. a DNG). Überdies hat sie

103

³⁰⁷ Siehe Botschaft DNG, 23; vgl. auch das Votum von Nationalrat Kamerzin in der parlamentarischen Debatte (AB NR 2023, 225 f.).

³⁰⁸ Denkbar ist, dass die Entscheidung für ein elektronisches Original entweder allein bei den Parteien liegt oder von der (kumulativen) Zustimmung der Parteien und der Urkundsperson abhängt. Die Frage allein ins Ermessen der Urkundsperson zu stellen, dürfte ausser Betracht fallen. Sind Papierurkunden im Kanton weiterhin zugelassen, sollte die Urkundsperson den Parteien das elektronische Original nicht «aufzwingen» dürfen.

³⁰⁹ Eingehend dazu Botschaft DNG, 23 f.; zur Genehmigung allgemein siehe vorne [N 63](#).

³¹⁰ Die technischen Anforderungen an die eingesetzten Eingabegeräte sind im Einzelnen auf Verordnungsstufe festzulegen (Art. 6 Abs. 4 DNG). Als Mindestanforderung verlangt das DNG, dass das Eingabegerät die zur Identifizierung nötigen biometrischen Daten der Unterschriften (z.B. Schreibgeschwindigkeit, Druckstärke) aufzeichnen kann (Art. 6 Abs. 2 DNG; dazu Botschaft DNG, 24; kritisch LUKAS MÜLLER, Digitales Notariat, 68).

³¹¹ Siehe Botschaft DNG, 24; MOOSER, N 791; überdies soll der Bundesrat auf Verordnungsstufe weitere Formen der Erfassung der Genehmigung vorsehen können (Art. 7 Abs. 4 E-DNG).

einen elektronischen Nachweis beizufügen, dass sie zur Errichtung der öffentlichen Urkunde befugt ist (Art. 7 Abs. 1 lit. b DNG).

3.2 Elektronisches Urkundenregister

- 104 Die Integrität notarieller Urkunden wird traditionell dadurch sichergestellt, dass die Urkundsperson ein Urkundenexemplar bei sich aufbewahrt. Genauso wie die Imbreviaturen der Notare des Mittelalters³¹² verfolgen die Aktensammlungen gemäss heutigem Beurkundungsrecht³¹³ den Zweck, den Urkundeninhalt dauerhaft und fälschungssicher zu dokumentieren. Bei Urkunden, die im Original elektronisch erstellt werden, nimmt die Erfassung in einem elektronischen Urkundenregister diese Funktion wahr (Art. 9 ff. DNG). An die Stelle der (dezentralen) Aufbewahrung durch die Urkundspersonen tritt das Register, welches vom Bundesamt für Justiz zentral geführt wird.³¹⁴
- 105 Die Urkundsperson ist verpflichtet, das elektronische Original unmittelbar nach Abschluss des Beurkundungsvorgangs im elektronischen Urkundenregister zu erfassen (Art. 8 Abs. 1 und Art. 10 DNG). Das erfasste Original dient dann als Referenzdokument für den Abgleich mit elektronischen Exemplaren (Art. 11 DNG). Gestützt darauf kann die Urkundsperson digitale oder physische Ausfertigungen der Urkunde erstellen (Art. 8 Abs. 2 DNG).
- 106 Der Zugriff auf das Register ist in ähnlichem Umfang beschränkt wie bisher jener auf die physischen Aktensammlungen.³¹⁵ Grundsätzlich dürfen nur Urkundspersonen auf die von ihnen selbst erstellten Urkunden zugreifen (Art. 14 Abs. 1 lit. a DNG). In gesetzlich normierten Fällen verfügen überdies die kantonalen Aufsichtsbehörden über eine Zugriffsberechtigung (Art. 14 Abs. 1 lit. b DNG).³¹⁶

³¹² Siehe vorne [N 9](#).

³¹³ Siehe vorne [N 66](#).

³¹⁴ Für ein zentrales (statt einer Mehrzahl dezentraler) Register wurde insbesondere die Datensicherheit ins Feld geführt, die sich auf diese Weise schneller und effektiver gewährleisten lasse (siehe Botschaft DNG, 27).

³¹⁵ Die Zugriffsberechtigung besteht gemäss Art. 14 Abs. 1 DNG «nach Massgabe des kantonalen Rechts». Dieser Zusatz wurde durch den Ständerat eingefügt (AB SR 2022, 1365). Es bleibt indes unklar, wo die Kantone Regelungsspielräume haben sollen, wird die Zugriffsberechtigung in Art. 14 Abs. 1 DNG doch sehr detailliert geregelt.

³¹⁶ Siehe ferner die Zugriffsberechtigung der Gerichte und Behörden gestützt auf rechtskräftige Entscheide (Art. 14 Abs. 1 lit. c DNG) sowie des Bundesamts für Justiz zur Wartung und Weiterentwicklung des Systems und bei technischen Störungen (Art. 14 Abs. 2 DNG).

II. Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens

Weniger weit fortgeschritten als das Digitalisierungsprojekt sind die Bestrebungen zu einer bundesrechtlichen Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens. 107

Eine partielle Vereinheitlichung wurde zunächst (zusammen mit den elektronischen Urkunden) im Rahmen des Vorentwurfs von 2012 diskutiert.³¹⁷ Konkret sollte der Schlusstitel zum ZGB ergänzt werden um eine bundesrechtliche Definition der öffentlichen Beurkundung (Art. 55 VE-SchlT ZGB) sowie um Bestimmungen, welche gewisse von Rechtsprechung und Lehre anerkannte bundesrechtliche Mindestanforderungen an das Beurkundungsverfahren kodifiziert hätten (Art. 55b–55l VE-SchlT ZGB). Überdies war (als echte Neuerung) vorgesehen, den Grundsatz der bundesweiten Freizügigkeit öffentlicher Urkunden auch für Liegenschaftsgeschäfte³¹⁸ zu verankern (Art. 55m VE-SchlT ZGB). Letzteres war gleichzeitig Gegenstand einer Empfehlung der WEKO vom September 2013. Die WEKO ging von der Anwendbarkeit des Binnenmarktgesetzes aus³¹⁹ und argumentierte, die Nichtanerkennung ausserkantonaler Urkunden über Liegenschaftsgeschäfte würde die Grundsätze über den freien Zugang zum Markt verletzen (Art. 2 f. BGBM).³²⁰ Dementsprechend empfahl sie dem Bundesrat und den Kantonen, die rechtlichen Grundlagen für die Anerkennung aller öffentlichen Urkunden zwischen den Kantonen zu schaffen.³²¹ 108

In der Vernehmlassung waren die Meinungen über die Vorlage geteilt. Die Bestimmungen über die bundesrechtlichen Mindestanforderungen wurden von einer knappen Mehrheit der Teilnehmenden begrüsst. Verschiedene Kantone, namentlich Bern, das Tessin und Teile der Westschweiz, lehnten das Vorhaben dagegen ab. Eine solche «Beschneidung kantonaler Kompetenzen» sei nicht notwendig, weil das kantonale Beurkundungsrecht einwandfrei funktioniere.³²² Die Ausdehnung der Freizügigkeit öffentlicher Urkunden auf Liegen- 109

³¹⁷ Siehe dazu vorne [N 99](#); eingehende Würdigung dieser Vorlage bei PIOTET, L'avant projet, 79 ff.

³¹⁸ Zum (noch) geltenden Recht siehe vorne [N 52 f.](#)

³¹⁹ Seit einer Revision von 2005 fällt jede «nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit» unter das BGBM (Art. 1 Abs. 3 BGBM). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gilt die öffentliche Beurkundung nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt bzw. hoheitliche Tätigkeit (siehe die Hinweise bei WEKO-Empfehlung vom 23. September 2013, N 45 ff.).

³²⁰ WEKO-Empfehlung vom 23. September 2013, N 84 ff.

³²¹ WEKO-Empfehlung vom 23. September 2013, N 96 und 98.

³²² Vernehmlassung SchlT ZGB, 3 ff.

schaftsgeschäfte wurde klar verworfen.³²³ Als Reaktion auf das gemischte Vernehmlassungsergebnis beschloss der Bundesrat im Mai 2016, die Vorlage vom Projekt zur elektronischen öffentlichen Beurkundung zu trennen und gesondert weiterzuverfolgen. Das EJPD wurde beauftragt, dem Bundesrat zur Umsetzung der bundesrechtlichen Mindestanforderungen und zur Freizügigkeit öffentlicher Urkunden bis Ende 2018 Bericht zu erstatten.³²⁴

- 110 Nach Gesprächen mit Vertretern des Notariats ging das EJPD dazu über, statt der Kodifizierung von Mindestanforderungen die Schaffung eines schweizweit einheitlichen Beurkundungsverfahrens zu prüfen. In der Folge setzte das Bundesamt für Justiz im August 2018 eine *Groupe de réflexion*³²⁵ ein mit dem Auftrag, die mögliche Vereinheitlichung «aus fachlicher Sicht zu vertiefen».³²⁶ Die *Groupe de réflexion* lieferte ihren Bericht am 18. August 2021 ab. Sie gelangte darin zum Ergebnis, das Beurkundungsverfahren in der Schweiz könne aus fachlicher Sicht vereinheitlicht werden, liess aber offen, wie eine solche Vereinheitlichung konkret erfolgen sollte.³²⁷ Der Bundesrat hält die Ausarbeitung einer Botschaft bei dieser Ausgangslage für verfrüht. Der Bericht der *Groupe de réflexion* könne aber als «Grundlage dienen für die Diskussion über eine allfällige Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens».³²⁸
- 111 In ihrem Bericht stellte die *Groupe de réflexion* Leitsätze auf, wie einzelne Verfahrensaspekte in einem vereinheitlichten Beurkundungsverfahren geregelt werden könnten. Diese Leitsätze werden im Bericht umfassend erläutert.³²⁹ Die Überlegungen der *Groupe de réflexion* gliedern sich grob in die Themengebiete Amt und Zuständigkeit der Urkundsperson³³⁰, Berufspflichten³³¹, Beurkundungsverfahren³³² und Folgen von Verfahrensfehlern³³³. Die *Groupe de*

³²³ Siehe Vernehmlassung SchlT ZGB, 3 und 26 ff.; vgl. zum Ganzen auch Erläuternder Bericht EÖBG, 3.

³²⁴ Erläuternder Bericht EÖBG, 3.

³²⁵ Sie setzte sich zusammen aus Vertretern des lateinischen Notariats, des Amtsnotariats, der Wissenschaft sowie des Bundesamts für Justiz. Als Vertreter der Wissenschaft wirkten die Professoren Ruth Arnet (Zürich), Denis Piotet (Lausanne) und Michel Mooser (Freiburg); siehe Mandat *Groupe de réflexion*, 1.

³²⁶ Mandat *Groupe de réflexion*, 1 f.; siehe auch Bericht *Groupe de réflexion*, 14 f.

³²⁷ Bericht *Groupe de réflexion*, 85.

³²⁸ Medienmitteilung EJPD vom 20. Oktober 2021.

³²⁹ Zum methodischen Vorgehen siehe Bericht *Groupe de réflexion*, 15 f.

³³⁰ Siehe Bericht *Groupe de réflexion*, 30 ff.

³³¹ Siehe Bericht *Groupe de réflexion*, 39 ff.

³³² Siehe Bericht *Groupe de réflexion*, 48 ff.

³³³ Siehe Bericht *Groupe de réflexion*, 77 ff.

réflexion holte zwei Gutachten³³⁴ ein, die beide zum Schluss kamen, dass Art. 122 Abs. 1 BV den Bund bereits heute ermächtige, beurkundungsrechtliche Normen zu erlassen,³³⁵ und dass damit die Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens keine Verfassungsänderung voraussetze.

III. Fernbeurkundung

Als Fernbeurkundung (*instrumentation à distance*) wird ein Beurkundungsverfahren bezeichnet, bei dem die Parteien im Hauptverfahren nicht physisch anwesend sind (Willensbeurkundung) oder die Urkundsperson eine Urkunde über Tatsachen errichtet, die sie nicht aufgrund persönlicher Anwesenheit, sondern aus der Distanz wahrgenommen hat (Sachbeurkundung).³³⁶ 112

1. Von der verpönten «Abwesenheitsbeurkundung» zur Beurkundung mittels Videokonferenz

Eine erste Form der Fernbeurkundung bildete ein früher in verschiedenen Kantonen praktiziertes und inzwischen überholtes Verfahren, das BRÜCKNER als «Abwesenheitsbeurkundung» bezeichnet.³³⁷ Die Parteien liessen der Urkundsperson den von ihnen bereits unterzeichneten Vertrag zukommen mit der Mitteilung, dass der Vertrag ihren Willen enthalte, und mit dem Ersuchen an die Urkundsperson, ihn öffentlich zu beurkunden. Die Urkundsperson beurkundete dann, dass der Vertrag «den wirklichen, übereinstimmenden Willen» der Parteien enthalte, ohne die Lesung und mündliche Genehmigung des Textes durch die Parteien selber wahrgenommen zu haben.³³⁸ Die notarielle Kontrolle musste sich im Wesentlichen auf die Vollständigkeit und Rechtmässigkeit des Vertragsinhalts beschränken.³³⁹ Ein so ausgestaltetes Beurkundungsverfahren missachtet nach heute einhelliger Lehre die bundesrechtli- 113

³³⁴ Das eine erstellte das Bundesamt für Justiz (abgedruckt als Anhang 2 zu Bericht Groupe de réflexion); das andere stammte von Professorin Ruth Arnet (siehe ARNET, Gesetzgebungs-kompetenz).

³³⁵ Diese Ansicht wird auch hier vertreten (siehe vorne N 34).

³³⁶ Definition in Anlehnung an JÜRGEN SCHMID, Fernbeurkundung, 231; siehe auch Bericht Groupe de réflexion, 68; BRÜCKNER, Vereinheitlichung, 77; MÜLLER/PAFUMI, 76.

³³⁷ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 8 ff.

³³⁸ Dazu ausführlich BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 8, 11 mit Fn. 14 und N 151 mit Fn. 133; siehe etwa die Schilderungen des Verfahrens in BGE 59 II 7, Sachverhalt; BGE 46 II 230, Sachverhalt und E. 2.

³³⁹ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 9 f.

chen Minimalanforderungen an die öffentliche Beurkundung,³⁴⁰ zu denen insbesondere die Wahrheitspflicht³⁴¹ und der Grundsatz der Einheit des Akts bei Willensbeurkundungen³⁴² zählen. Die Kantone lassen die «Abwesenheitsbeurkundung» denn auch heute nicht mehr zu.

- 114 Die Diskussion um die Zulässigkeit der Fernbeurkundung ist in jüngerer Zeit wiederbelebt worden, und zwar vor dem Hintergrund neuer Möglichkeiten der elektronischen Kommunikation. So stellt sich die Frage, ob eine Beurkundung mittels Videokonferenz nicht zugelassen werden soll in einer Zeit, in der diese Technologie erstens breit akzeptiert ist und zweitens der Urkundsperson ermöglicht, den Abschlussvorgang in qualitativ vergleichbarer Weise wahrzunehmen wie im herkömmlichen Präsenzverfahren.

2. Geltendes Recht

2.1 Fernbeurkundung von Willenserklärungen

- 115 Die traditionelle Sichtweise geht davon aus, dass die Fernbeurkundung von Willenserklärungen unter geltendem Recht ausgeschlossen ist. Argumentiert wird damit, dass sich die Parteien (oder ihre Vertreter) und die Urkundsperson während des Hauptverfahrens zwingend am gleichen Ort aufhalten müssten. Als Teilaspekt der Einheit des Beurkundungsakts sei diese «Einheit des Orts» eine Minimalvorgabe des Bundesrechts.³⁴³ Die Kantone könnten deswegen in ihrem Verfahrensrecht die Fernbeurkundung nicht zulassen; hierfür bedürfte es vielmehr einer expliziten Grundlage im Bundesrecht.³⁴⁴ Daneben ist in der Literatur auch vertreten worden, die Kantone seien angesichts des technologischen Fortschritts sehr wohl befugt, die Möglichkeit von Beurkundungen über Videokonferenz vorzusehen, um den Parteien lange Anreisen an den Beurkundungsort und die Bestellung von Vertretern zu ersparen. Nach dieser Ansicht ist die Fernbeurkundung bei gegebener Grundlage im kantonalen

³⁴⁰ Grundlegend HUBER, 266 ff. und *passim*; siehe auch bereits GULDENER, 20 f.; aus der neueren Literatur MARTI, 35 f.; PIOTET, La notion fédérale, 21 f.; das Bundesgericht musste die Frage nie entscheiden, seitdem es die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechts anerkannt hatte (siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 14).

³⁴¹ Siehe vorne [N 71 ff.](#)

³⁴² Siehe vorne [N 64.](#)

³⁴³ Zu den bundesrechtlichen Mindestanforderungen siehe vorne [N 42 ff.](#)

³⁴⁴ So namentlich JÜRG SCHMID, Fernbeurkundung, 233 und 240 f.; ähnlich MOOSER, N 1018: «[...] les actes de déclaration ne peuvent pas être passés par vidéoconférence : la partie (ou son représentant) au contrat doit être physiquement présente devant le notaire.»

Recht zulässig.³⁴⁵ Noch einen Schritt weiter geht EICHENBERGER: Um die Verwirklichung des Bundesrechts nicht zu behindern,³⁴⁶ seien die Kantone gar gehalten, die Fernbeurkundung unter Einsatz von Videokonferenzen zuzulassen und im Detail zu regeln. Andernfalls werde der Zugang zur öffentlichen Beurkundung ungebührlich erschwert.³⁴⁷ Der Autor setzt für die Fernbeurkundung immerhin voraus, dass das eingesetzte Kommunikationsmittel es der Urkundsperson ermöglicht, die Parteien zu identifizieren und unmittelbar in Bild und Ton mit ihnen zu interagieren. Ebenfalls müssten die Sicherheit und technische Verlässlichkeit der Videokonferenz gewährleistet sein.³⁴⁸

Was zu den bundesrechtlichen Minimalanforderungen an die öffentliche Beurkundung gehört, ist vom Zweck des Formerfordernisses her zu ermitteln. Bis vor einigen Jahren war es undenkbar, dass die Urkundsperson die Erklärungsabgabe der Parteien angemessen überwachen könnte, wenn nicht alle Beteiligten am gleichen Ort anwesend sind. So kann der Vertragsabschluss über eine einfache Telefonkonferenz von Bundesrechts wegen nicht öffentlich beurkundet werden (Gültigkeitsvorschrift³⁴⁹), weil die Urkundsperson die Parteien weder identifizieren noch ihren Geschäftswillen angemessen verifizieren kann.³⁵⁰

Mit der Entwicklung der Echtzeit-Videokommunikation hat sich das geändert. Die gleichzeitige Übertragung von Bild und Ton ermöglicht es, Gespräche auf Distanz in ähnlicher Qualität durchzuführen wie bei physischer Präsenz. Es geht daher nicht an, die Fernbeurkundung unter Berufung auf die «Einheit des Orts» kategorisch für unzulässig zu erklären.

Problematisch ist vielmehr, dass die Originalurkunde bis zum Inkrafttreten des DNG nur in Papierform erstellt werden kann. Die Durchführung des Hauptverfahrens per Videokonferenz ist mit einem Papier-Original nicht möglich. Zunächst scheidet die Selbstlesung³⁵¹ durch die Parteien aus. Denn sie setzt voraus, dass die Parteien das Original vor sich haben.³⁵² Denkbar wäre immerhin,

³⁴⁵ So DÉPRAZ, N 517.

³⁴⁶ Siehe allgemein vorne [N 42 ff.](#)

³⁴⁷ EICHENBERGER, N 190; ihm folgend KNB-WOLF, N 18 zu Art. 44 NV/BE, wonach die sich aus dem Grundsatz der Einheit des Akts ergebenden Anforderungen für die Fernbeurkundung «anzupassen und teilweise neu zu umschreiben» seien.

³⁴⁸ Dazu eingehend EICHENBERGER, N 182 ff.

³⁴⁹ Siehe vorne [N 91.](#)

³⁵⁰ RUF, Notariatsrecht, N 1477.

³⁵¹ Siehe vorne [N 63.](#)

³⁵² Das Ablesen einer gescannten Fassung des Papierdokuments vom Bildschirm genügt mit anderen Worten nicht (siehe MARTI, 115).

dass die Urkundsperson den Urkundentext an der Videokonferenz vorliest (Vorlesungsverfahren³⁵³). Entscheidend ist sodann, dass die Parteien anlässlich einer Videokonferenz den Urkundeninhalt nicht genehmigen können, indem sie dem Original ihre Unterschrift beifügen.³⁵⁴ Die Fernbeurkundung von Willenserklärungen wird aus diesem Grund erst mit der Zulassung der elektronischen Originalurkunde möglich und kann erst dann (sei es durch den Bund, sei es durch die Kantone) näher geregelt werden.³⁵⁵

2.2 Fernbeurkundung von übrigen Tatsachen

- 119 Weniger kontrovers ist die Frage im Bereich der Sachbeurkundungen. Für sie gilt der Grundsatz der Einheit des Akts nicht.³⁵⁶ Es liegt grundsätzlich in der Kompetenz der Kantone, zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen ihre Urkundspersonen Tatsachen beurkunden dürfen, die sie «aus der Ferne» wahrgenommen haben. Die Urkundsperson kann die Urkunde ohne Weiteres als Papier-Original errichten, weil die Mitwirkung der Parteien im Hauptverfahren entfällt. Verschiedentlich finden sich kantonale Regelungen zur sog. Fernbeglaubigung als Sonderform der Sachbeurkundung. Dabei wird eine Unterschrift als «echt» beglaubigt, obwohl der Unterzeichner sie nicht im Beisein der Urkundsperson geleistet hat.³⁵⁷ Die Fernbeglaubigung wird üblicherweise für zulässig erklärt, wenn die Urkundsperson die Unterschrift der fraglichen Person bereits früher einmal beglaubigt hat oder wenn sie die Echtheit durch Vergleich mit einer ihr vorliegenden, zweifellos echten früheren Unterschrift überprüfen kann.³⁵⁸ Weiter geht das bernische Recht, das Sachbeurkundungen über elektronische Kommunikationsmittel generell zulässt.³⁵⁹ Nach der gesetzlichen Regelung sind Berner Notare für solche Beurkundungen

³⁵³ Siehe dazu vorne [N 63](#).

³⁵⁴ Siehe zur Genehmigung des Urkundeninhalts vorne [N 63](#) a.E.

³⁵⁵ Das Inkrafttreten des DNG bedeutet umgekehrt nicht, dass die Fernbeurkundung ohne Weiteres zulässig würde. Es ist lediglich Voraussetzung für eine mögliche (aber nicht zwingende) Anpassung des kantonalen Verfahrensrechts (siehe hinten [N 121 f.](#)).

³⁵⁶ Siehe vorne [N 65](#).

³⁵⁷ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 3270 ff.; MOOSER, N 1174; ablehnend JÜRGEN SCHMID, Fernbeurkundung, 243 f. Keine Fernbeglaubigung liegt vor, wenn der Unterzeichner die Echtheit seiner Unterschrift vor der Urkundsperson anerkennt; in diesem Fall beurkundet die Urkundsperson nicht die Tatsache der Echtheit, sondern die Anerkennung als Willenserklärung des Unterzeichners (MOOSER, N 1173; KNB-PFÄFFLI, N 4 zu Art. 62 NV/BE).

³⁵⁸ Vgl. die Regelungen in § 49 BeurkV/AG; § 43 Abs. 3 NG/BS; Art. 63 Abs. 2 und 3 NG/FR; Art. 21 Abs. 2 LN/GE; § 30 Abs. 2 BeurkG/ZG.

³⁵⁹ Gesetzlich verankert ist dies in Art. 22 Abs. 3 NG/BE, der am 12. März 2020 im Rahmen einer umfassenderen Revision des Notariatsgesetzes eingeführt wurde.

örtlich zuständig, wenn sie sich bei der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts im Kanton Bern befinden (Art. 22 Abs. 3 NG/BE).

Mit dem Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision am 1. Januar 2023 kam es zu einem partiellen Eingriff in die kantonale Regelungskompetenz. Seitdem können Aktiengesellschaften ihre Generalversammlungen an verschiedenen Orten gleichzeitig (multilokale Generalversammlung; Art. 701a Abs. 3 OR³⁶⁰) oder unter Einsatz elektronischer Mittel ohne Tagungsort (virtuelle Generalversammlung; Art. 701d OR³⁶¹) durchführen. Das gilt auch dann, wenn die von der Versammlung zu fassenden Beschlüsse öffentlich beurkundet werden müssen.³⁶² Eine Fernbeurkundung ist dann jeweils unumgänglich.³⁶³ Bei der multilokalen Generalversammlung befindet sich die Urkundsperson an einem Tagungsort und nimmt die Vorgänge an den weiteren Tagungsorten aus der Distanz wahr. Im Fall der virtuellen Generalversammlung gibt es gar keinen Tagungsort, an dem die Urkundsperson physisch anwesend sein könnte.³⁶⁴ Kantonale Verfahrensregeln, die eine Fernbeurkundung in diesen Fällen explizit oder implizit ausschliessen, behindern die Verwirklichung des Bundesrechts. Sie wurden mit Inkrafttreten der Revision von der neuen Ordnung verdrängt und sind nicht mehr zu beachten (Art. 49 Abs. 1 BV).³⁶⁵ Eine Urkundsperson begeht keine Pflichtwidrigkeit, wenn sie eine Feststellungsurkunde über die Beschlüsse einer multilokalen oder virtuellen Generalversammlung errichtet.³⁶⁶

120

3. DNG und Fernbeurkundung

Wie bereits aufgezeigt lässt sich die Fernbeurkundung von Willenserklärungen nur umsetzen, wenn das Original der öffentlichen Urkunde elektronisch er-

121

³⁶⁰ Siehe hinten [N 383 f.](#)

³⁶¹ Siehe hinten [N 385 ff.](#)

³⁶² So ausdrücklich Botschaft OR 2016, 559; gemäss dem Entwurf von 2007 hätte die virtuelle Generalversammlung ausgeschlossen sein sollen, wenn über beurkundungsbedürftige Gegenstände zu beschliessen ist, weil die «Grundprinzipien der öffentlichen Beurkundung» eine Verurkundung ohne räumlichen Tagungsort nicht zulassen würden (siehe Botschaft OR 2007, 1681).

³⁶³ Siehe ARNET, Aktienrecht, 17; nicht um eine Fernbeurkundung handelt es sich dagegen, wenn die Generalversammlung zwar an einem (einzigen) Tagungsort durchgeführt wird, sich einzelne Aktionäre aber gemäss Art. 701c OR elektronisch zur Versammlung zuschalten (sog. hybride Generalversammlung; ausführlicher dazu hinten [N 374 ff.](#)).

³⁶⁴ Siehe TANNER, Moderne Formen der Generalversammlung, 603 f.; VON DER CRONE/BERNET, 265 f. und 269 f.

³⁶⁵ Siehe dazu allgemein vorne [N 45.](#)

³⁶⁶ Eingehend dazu hinten [N 385 ff.](#)

stellt werden kann.³⁶⁷ Diese Voraussetzung wird mit dem neuen DNG geschaffen.³⁶⁸ Nicht vom Gesetz geregelt wird indessen, ob die Beurkundung in Präsenz oder auf Distanz erfolgen soll. Das DNG bildet damit eine notwendige, aber gleichwohl nicht hinreichende Bedingung auf dem Weg zur Beurkundung mittels Videokonferenz. Es schafft keine bundesrechtliche Grundlage für die Fernbeurkundung.³⁶⁹ Der Gesetzgeber wollte in die kantonale Verfahrenshoheit möglichst wenig eingreifen.³⁷⁰ Folglich liegt es nach der hier vertretenen Auffassung³⁷¹ künftig in der Kompetenz der Kantone, die Fernbeurkundung von Willenserklärungen zuzulassen oder nicht (Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB).³⁷² Das Bundesrecht zwingt die Kantone nicht dazu, diesbezüglich ordnende Bestimmungen zu erlassen.³⁷³

- 122 Die kantonalen Rechte gehen derzeit im Bereich der Willenserklärungen noch ausschliesslich vom Präsenzverfahren aus.³⁷⁴ Die Parteien müssen also physisch anwesend sein, wenn sie nach Massgabe des kantonalen Rechts vom Urkundeninhalt Kenntnis nehmen (Vorlesung oder Selbstlesung). Unmittelbar anschliessend erfolgt die Genehmigung der digitalen Urkunde durch Anbringen einer qualifizierten elektronischen Signatur oder gemäss Art. 6 Abs. 2 DNG durch grafische Erfassung der eigenhändigen Unterschrift.³⁷⁵

³⁶⁷ Siehe vorne [N 118](#).

³⁶⁸ Siehe vorne [N 102 ff.](#)

³⁶⁹ Ebenso MOOSER, N 767 und 1018; anders offenbar LUKAS MÜLLER, Digitales Notariat, 68 f., allerdings noch unter Bezugnahme auf Art. 6 E-DNG, der in der parlamentarischen Beratung gestrichen wurde.

³⁷⁰ Das geht aus der parlamentarischen Debatte deutlich hervor. Art. 6 E-DNG, der die Kenntnisnahme des Urkundeninhalts durch die Parteien hätte regeln sollen, wurde gestrichen, weil man einen zu starken Eingriff in die kantonale Autonomie befürchtete. Besonders deutlich das Votum des Kommissionssprechers Nationalrat Kamberlin (AB NR 2023, 1150): «Il n'était pas question, dans cette loi, à aucun moment d'entrer et de légiférer sur le contenu et les modalités de la forme authentique, qui restent exclusivement de la compétence des cantons.» Ähnlich beurteilte Bundesrätin Baume-Schneider im Nationalrat die Debatte (a.a.O.): «[...] il ressort des débats des deux conseils qu'il est évident que les cantons doivent conserver leur souveraineté totale sur la procédure d'instrumentation de l'acte authentique [...].»

³⁷¹ Siehe vorne [N 121](#); ebenso Botschaft OR 2016, 559, wonach das kantonale Recht regelt, ob die Beurkundung von «Willensäusserungen unter Abwesenden» zulässig ist oder nicht.

³⁷² Eine abweichende Lehrmeinung verlangt dagegen eine bundesrechtliche Grundlage für die Fernbeurkundung (siehe vorne [N 115](#) mit Fn. 344).

³⁷³ Zur Gegenansicht siehe vorne [N 115](#) mit Fn. 347.

³⁷⁴ Die bestehenden Regelungen zur Fernbeurkundung gelten ausschliesslich für die Sachbeurkundung (siehe vorne [N 119](#) und hinten [N 388 ff.](#)).

³⁷⁵ Siehe vorne [N 103](#).

4. Rechtsvergleichende Hinweise

Im EU-Recht sind seit 2019 Vorgaben zur Online-Gründung von Kapitalgesellschaften verankert. Mit dem Inkrafttreten der sog. Digitalisierungsrichtlinie am 31. Juli 2019 wurden die Mitgliedstaaten verpflichtet, in ihrem nationalen Recht ein Verfahren vorzusehen, das die vollständig digitale Abwicklung der Gesellschaftsgründung ermöglicht. Das Verfahren muss so ausgestaltet sein, dass die Gründer nicht persönlich vor Behörden oder anderen zuständigen Personen oder Stellen erscheinen müssen.³⁷⁶ Davon abgesehen bleibt es den Mitgliedstaaten weiterhin gestattet, für den Errichtungsakt die öffentliche Beurkundung zu verlangen.³⁷⁷ Die Beurkundung muss dann aber ohne persönliches Erscheinen vor der Urkundsperson – das heisst als Fernbeurkundung – möglich sein.³⁷⁸ Die Digitalisierungsrichtlinie war bis am 1. August 2021 durch die Mitgliedstaaten umzusetzen.³⁷⁹ Mit anderen Worten waren die Mitgliedstaaten gehalten, bis zu diesem Datum die Online-Gründung und (sofern sie diese dem Beurkundungszwang unterwerfen) ein Verfahren der Fernbeurkundung einzuführen.

123

Deutschland setzte die Digitalisierungsrichtlinie mit einem Gesetz vom 5. Juli 2021 um.³⁸⁰ Eingeführt wurde die Möglichkeit der Online-Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung (nicht aber anderen Kapitalgesellschaften).³⁸¹ Der Gesellschaftsvertrag muss auch im neuen Online-Verfahren notariell beurkundet werden. Eigens dafür regelte der deutsche Gesetzgeber die «Beurkundung mittels Videokommunikation» als Alternative zum herkömmlichen Beurkundungsverfahren.³⁸² Ihr Anwendungsbereich ist derzeit auf die Online-Gründung beschränkt. Für die Beurkundung anderer Willenserklärungen steht sie nicht zur Verfügung.³⁸³ Die Beurkundung ist über ein gesetzlich vorgeschriebenes Videokommunikationssystem abzuwickeln, das von der Bundesnotarkammer betrieben wird.³⁸⁴ Die Urkunde wird als elektronisches

124

³⁷⁶ Art. 1 Ziff. 5 RL 2019/1151; Art. 13g Abs. 1 RL 2017/1132.

³⁷⁷ Zum Beurkundungserfordernis bei Gesellschaftsgründungen im EU-Recht ausführlicher hinten [N 212 ff.](#)

³⁷⁸ Art. 1 Ziff. 5 RL 2019/1151; Art. 13h Abs. 2 RL 2017/1132.

³⁷⁹ Art. 2 Abs. 1 RL 2019/1151.

³⁸⁰ Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie vom 5. Juli 2021 (BGBl. I 3338); zur Entstehungsgeschichte siehe MOSCH, 148 f.

³⁸¹ § 2 Abs. 3 GmbHG/D. Das EU-Recht lässt diese Beschränkung des Anwendungsbereichs ausdrücklich zu (Art. 13g Abs. 1 i.V. mit Anhang IIA RL 2017/1132).

³⁸² §§ 16a ff. BeurkG/D.

³⁸³ Zum Anwendungsbereich ausführlich MOSCH, 150 f.

³⁸⁴ § 16a Abs. 1 BeurkG/D i.V. mit § 78p BNotO/D.

Dokument errichtet (sog. elektronische Niederschrift), was sonst im deutschen Beurkundungsrecht, welches vom Papier-Original ausgeht, nicht möglich ist.³⁸⁵ Das Gesetz regelt die Genehmigung der elektronischen Niederschrift, die Identitätsfeststellung und den Nachweis der Vertretungsberechtigung im digitalen Verfahren.³⁸⁶ Ergänzend sind die Vorschriften über das Präsenzverfahren anwendbar. So muss den Parteien die elektronische Niederschrift etwa durch Vorlesen zur Kenntnis gebracht werden.³⁸⁷ Im Zug einer Revision vom 15. Juli 2022 wurde der Anwendungsbereich des Online-Verfahrens leicht ausgeweitet.³⁸⁸ Neu können neben Bargründungen auch Gründungen mit Sacheinlagen per Videokommunikation beurkundet werden.³⁸⁹ Überdies steht das elektronische Verfahren nunmehr auch für satzungsändernde Gesellschafterbeschlüsse offen, sofern sie einstimmig gefasst werden.³⁹⁰ Das revidierte Recht ist grösstenteils am 1. August 2023 in Kraft getreten.³⁹¹

- 125 Der österreichische Gesetzgeber führte die digitale Gründungsbeurkundung bereits vor Inkrafttreten der Digitalisierungsrichtlinie ein.³⁹² Seit dem 1. Januar 2019 kann der Gesellschaftsvertrag einer österreichischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter Nutzung einer elektronischen Kommunikationsmöglichkeit beurkundet werden.³⁹³ Es wird dabei (anders als in Deutschland) kein staatlich betriebenes Videokommunikationssystem vorgeschrieben. Zurückzugreifen ist auf das System einer privaten Anbieterin (z.B. Microsoft Teams oder Zoom), welches gewährleistet, dass der Notar und die Parteien ununterbrochen durch eine Zweiweg-Verbindung in Echtzeit miteinander verbunden sind.³⁹⁴ Die Auswahl des Videokommunikationssystems liegt im Ermessen des Notars.³⁹⁵ Das Original der Urkunde wird elektronisch erstellt («elektronischer Notariatsakt»). Der Urkundeninhalt wird den Parteien anlässlich der Videokonferenz vorgelesen, woraufhin sie die Urkunde elektronisch unterzeichnen. Zuletzt fügt der Notar der Urkunde seine elektronische Beur-

³⁸⁵ § 16b BeurkG/D; weiterführend dazu MOSCH, 154 ff. m.w.H.

³⁸⁶ Siehe §§ 16b ff. BeurkG/D.

³⁸⁷ § 16b Abs. 1 Satz 2 i.V. mit § 13 ff. BeurkG/D.

³⁸⁸ Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 15. Juli 2022 (BGBl. I 1146).

³⁸⁹ Siehe MOSCH, 171 f.

³⁹⁰ § 53 Abs. 3 GmbHG/D.

³⁹¹ Siehe Art. 10 des in Fn. 388 zit. Gesetzes.

³⁹² Bundesgesetz, mit dem das GmbH-Gesetz und die Notariatsordnung geändert werden (Elektronische Notariatsform-Gründungsgesetz; BGBl. I Nr. 71/2018).

³⁹³ § 4 Abs. 3 GmbHG/A.

³⁹⁴ § 69b Abs. 3 NO/A.

³⁹⁵ Eingehend MOSCH, 125 m.w.H.

kundungssignatur bei.³⁹⁶ Vor dem Beurkundungsakt hat der Notar dafür zu sorgen, dass die Identität der Parteien auf sichere und zweifelsfreie Weise festgestellt und geprüft wird.³⁹⁷ Zu diesem Zweck findet mit jeder Partei ein sog. Videoidentverfahren statt.³⁹⁸ Während der COVID-19-Pandemie dehnte der österreichische Gesetzgeber die Beurkundung unter Nutzung einer elektronischen Kommunikationsmöglichkeit auf weitere Rechtsgeschäfte aus.³⁹⁹ Diese Massnahme war zunächst bis Ende 2020 befristet, wurde dann aber noch vor Ablauf dieser Frist dauerhaft ins Gesetz übernommen.⁴⁰⁰ Seither können österreichische Notare auch Notariatsakte ausserhalb des Gesellschaftsrechts (z.B. über Grundstücksgeschäfte) auf diese Weise errichten. Ausgenommen sind lediglich Erbverträge und andere letztwillige Anordnungen, die weiterhin im Präsenzverfahren zu beurkunden sind.⁴⁰¹

IV. Würdigung und Ausblick

Die Analyse aktueller Entwicklungstendenzen im schweizerischen Beurkungsrecht zeigt ein gemischtes Bild. Einerseits sind Bestrebungen im Gang, das Verfahren zu modernisieren und an technologische Entwicklungen anzupassen. Andererseits tut man sich schwer damit, in eine traditionell kantonale Regelungsmaterie einzugreifen und Verfahrensaspekte zu vereinheitlichen.

Das von den eidgenössischen Räten am 16. Juni 2023 verabschiedete DNG erlaubt künftig die Erstellung digitaler Originalurkunden.⁴⁰² Dabei handelt es sich genau besehen aber nur um einen ersten Schritt⁴⁰³ auf dem Weg zur «Digitalisierung im Notariat», deren Regelung das Gesetz durch seine Bezeichnung vorgibt. Zur Frage, ob (und in welchen Fällen) die Parteien weiterhin physisch vor der Urkundsperson erscheinen müssen oder neu ebenfalls digital (mittels Videokonferenz) am Beurkundungsakt teilnehmen können, äussert es

³⁹⁶ § 47 Abs. 3 NO/A.

³⁹⁷ § 69b Abs. 2 NO/A.

³⁹⁸ Zum Videoidentverfahren siehe MOSCH, 126 f. und 129 f.; gestützt auf § 69b Abs. 2 NO/A hat die Bundesministerin für Justiz die Massnahmen zur Sicherstellung der Integrität dieser Identifikationsverfahren in einer Verordnung näher geregelt (Notar-E-Identifikations-Verordnung; BGBl. II Nr. 1/2019).

³⁹⁹ Siehe die Hinweise bei MOSCH, 121 ff.

⁴⁰⁰ Bundesgesetz, mit dem die Notariatsordnung, das GmbH-Gesetz, das 2. COVID-19-Justiz-Begleitgesetz und das EIRAG geändert werden (BGBl. I Nr. 157/2020).

⁴⁰¹ § 67 Abs. 1 Satz 2 NO/A.

⁴⁰² Siehe vorne [N 102 ff.](#)

⁴⁰³ So zutreffend das Votum von Nationalrätin Bellaiche in der parlamentarischen Debatte (AB NR 2023, 223).

sich nicht. Ihre Beantwortung überlässt der Bundesgesetzgeber einstweilen (bewusst) den Kantonen.⁴⁰⁴

- 128 Jedenfalls im Bereich des Gesellschaftsrechts einen Schritt weiter ist das Recht der EU, wo die vollständig digitale Gründung von Kapitalgesellschaften inzwischen verwirklicht ist. Mitgliedstaaten, die ihre Urkundspersonen in die Online-Gründung einbeziehen wollen, müssen ein Verfahren der Fernbeurkundung regeln.⁴⁰⁵ Dieses Verfahren kann entweder auf das Gesellschaftsrecht beschränkt sein (wie in Deutschland) oder auch für andere Urkunden offenstehen, wie dies das österreichische Recht vorsieht.
- 129 In der Schweiz wird *de lege ferenda* zu diskutieren sein, ob und für welche Fälle man die Beurkundung per Videokonferenz zulassen möchte. Dabei ist eine einheitliche bundesrechtliche Regelung gegenüber der Kompetenzzuweisung an die Kantone vorzugswürdig. Es wäre nicht im Sinn der Rechtssicherheit und Transparenz,⁴⁰⁶ wenn für ein bestimmtes Geschäft die Fernbeurkundung in manchen Kantonen zulässig wäre, in anderen dagegen nicht, und wenn in den Kantonen, die sie zulassen, wiederum je unterschiedliche technische Anforderungen an sie gestellt würden.
- 130 Die kantonalen Regelungen haben sich über Zeit einander angenähert⁴⁰⁷ und sind in der Regel gut auf das Bundesrecht abgestimmt. Sobald aber Reformen anstehen, drängt sich ein einheitliches Vorgehen auf. Der oft vorgebrachte Hinweis auf das «Altbewährte»⁴⁰⁸ funktioniert in diesen Fällen nicht. Insofern zeigt sich am aktuellen Beispiel der Digitalisierung deutlich, dass die Rechtszersplitterung im Bereich des Beurkundungsverfahrens grundsätzlich zu überdenken ist.⁴⁰⁹ Dass die Frage der Fernbeurkundung bei der Einführung des DNG nicht diskutiert wurde, ist zu bedauern. Denkbar ist in Zukunft, die Fernbeurkundung entweder gesondert⁴¹⁰ oder als Teil eines grösseren Vereinheitlichungspakets⁴¹¹ zu regeln. Ob der politische Wille für eine umfassendere Ver-

⁴⁰⁴ Siehe vorne [N 121](#).

⁴⁰⁵ Siehe vorne [N 123](#).

⁴⁰⁶ Diese Argumente führt auch die *Groupe de réflexion* für eine Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrensrechts an (Bericht *Groupe de réflexion*, 85; ebenso SCHMID/WOLFISBERG, 14 f.).

⁴⁰⁷ Siehe vorne [N 41](#).

⁴⁰⁸ Siehe vorne [N 109](#) mit Fn. 322.

⁴⁰⁹ Für eine Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens *de lege ferenda* SCHMID/WOLFISBERG, 14 ff. und *passim*.

⁴¹⁰ Z.B. als Teil einer Vorlage zur Ermöglichung der digitalen Unternehmensgründung (siehe sogleich [N 132](#) mit Fn 418).

⁴¹¹ Siehe vorne [N 107 ff.](#)

einheitlichung besteht, muss (auch angesichts der jüngsten Debatten im Parlament⁴¹²) indes als fraglich erscheinen.⁴¹³

Es liegt auf der Hand, dass die Fernbeurkundung nicht in allen Fällen dem Präsenzverfahren gleichwertig ist. Die Teilnahme unbefugter Personen an der Videokonferenz lässt sich technisch zwar gut ausschliessen. Indessen kann die Urkundsperson nicht abschliessend beurteilen, ob die Parteien ihren Willen frei äussern oder ob nicht doch etwa eine Drittperson im gleichen Raum anwesend ist und so Druck auf eine Partei ausübt.⁴¹⁴ Auch lässt sich die Selbstlesung nicht gleich zuverlässig überwachen wie im Präsenzverfahren: Die Urkundsperson kann zwar das elektronische Original über das Konferenzsystem teilen (sog. «screen sharing»), nicht aber sicherstellen, dass die Parteien es auch effektiv lesen.⁴¹⁵ Schliesslich bezweckt der Beurkundungszwang bisweilen gerade, den Geschäftsabschluss «unbequem» zu machen, damit sich die Parteien ihren Entschluss reiflich überlegen und seine Tragweite verstehen.⁴¹⁶ Erfolgt die Beurkundung per Videokonferenz, geht dieser Effekt ein Stück weit verloren. Das spricht alles dafür, das Distanzverfahren dort nicht zu erlauben, wo die Beurkundung vorwiegend dem Übereilungsschutz dient. Mitunter aus diesem Grund sind im österreichischen Recht die erbrechtlichen Geschäfte von der Fernbeurkundung ausgeschlossen.⁴¹⁷

Sowohl der Bundesrat wie auch das Parlament sind dem Vorschlag gewogen, die vollständig digitale Unternehmensgründung auch in der Schweiz einzuführen.⁴¹⁸ Will man dabei am Erfordernis der öffentlichen Beurkundung festhalten, ist die Fernbeurkundung ein notwendiges Mittel zur Erreichung dieses Ziels. Um ihre Eignung für die Gründungsbeurkundung zu ermitteln, müssen zunächst die spezifischen Funktionen der aktienrechtlichen Beurkundungen ermittelt werden. Dies bildet den Gegenstand des zweiten Teils dieser Arbeit.

⁴¹² Siehe vorne [N 121](#) mit Fn. 370.

⁴¹³ Siehe bereits die erheblichen Widerstände in der Vernehmlassung 2013 (vorne [N 109](#)).

⁴¹⁴ Siehe MÜLLER/KAISER/BENZ, Öffentliche Beurkundung 2021, 239, die zu Recht auf dieses Problem der Fernbeurkundung hinweisen.

⁴¹⁵ Kritisch zur Selbstlesung auf dem Bildschirm WOLF, Beurkundungsverfahren, 42 f.

⁴¹⁶ Siehe dazu hinten [N 155](#); vgl. die diesbezügliche Kritik an der Fernbeurkundung bei BRÜCKNER, Vereinheitlichung, 77 ff.

⁴¹⁷ Siehe vorne [N 125](#).

⁴¹⁸ Dies ist das Anliegen der Motion 21.3180 («Vollständig digitale Unternehmensgründung sicherstellen») von Nationalrat Silberschmidt, die von beiden Räten angenommen wurde.

Zweiter Teil:
Präventive Rechtsdurchsetzung im
Aktienrecht

§ 5: Entstehungsgeschichte und Entwicklung des Beurkundungszwangs

I. Ursprünge im Code de Commerce 1807

Die Vorläufer der modernen Aktiengesellschaften, darunter insbesondere die Seehandelskompanien des 17. und 18. Jahrhunderts, beruhten nicht auf einem privatautonomen Akt der Gründer, sondern auf einer staatlichen Ermächtigung (dem sog. *octroi*).⁴¹⁹ Der Staat setzte die Inkorporierung und die Privilegien jeweils in einer besonderen Urkunde fest, die nur für die betreffende Gesellschaft galt.⁴²⁰

133

Um den Beginn des 19. Jahrhunderts erfolgte der Übergang von der öffentlich-rechtlichen zur privatrechtlichen Körperschaft. Mit dem Code de Commerce⁴²¹ (1807) wurde die Aktiengesellschaft (*société anonyme*) erstmals gesetzlich typisiert.⁴²² Der Code de Commerce setzte für den Gründungsakt eine Genehmigung durch den Staat voraus (sog. Konzessionssystem).⁴²³ Zweck der staatlichen Bewilligung war nicht mehr die Verleihung von Sonderrechten, sondern der Schutz potenzieller Anleger vor Betrugereien und Spekulationen, die in dieser Zeit für eine Serie von Skandalen gesorgt und das Aktienwesen in Misskredit gebracht hatten.⁴²⁴

134

Ergänzend sah der Code de Commerce in Art. 40 eine Formvorschrift vor:

135

«Les sociétés anonymes ne peuvent être formées que par des actes publics.»

⁴¹⁹ Dazu ausführlich FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 4 N 13 ff.; HEILMEIER, 35 f.; BK-NOBEL, § 3 N 39 ff.; VON DER CRONE, Privatrechtliches Gesetzbuch, 35 ff. m.w.H.

⁴²⁰ Siehe MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10 N 23.

⁴²¹ 1re loi du 10 septembre 1807 portant Code de commerce; zur Entstehungsgeschichte siehe HEILMEIER, 38 ff.

⁴²² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10 N 24; weiterführend VON DER CRONE, Privatrechtliches Gesetzbuch, 40 f.

⁴²³ Der Code de Commerce in der Fassung von 1807 bestimmte in Art. 37: «La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du Gouvernement, et avec son approbation pour l'acte qui la constitue [...]»

⁴²⁴ Im Einzelnen FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 4 N 20 ff.; siehe auch VON GREYERZ, 22 f.

- 136 Das Erfordernis der öffentlichen Urkunde sollte (wie die staatliche Genehmigung) betrügerische Machenschaften der Gründer unterbinden.⁴²⁵ Der damalige Gesetzgeber hatte dabei vor allem den Schutz jener Aktionäre im Auge, die ihre Aktien nach der Festsetzung des Gründungsakts zeichneten (Sukzessivgründung). Könnten die Gründer den Gründungsakt privatschriftlich abschliessen, wurde argumentiert, so hätten sie ihn leichthin zulasten der später hinzutretenden Aktionäre abändern können.⁴²⁶ Diese Argumentation betont die Funktion der öffentlichen Urkunde, Tatsachen dauerhaft und fälschungssicher festzuhalten (Belegfunktion).⁴²⁷

II. Entwicklung bis zum Obligationenrecht 1881

- 137 Das Konzessionssystem war bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts vorherrschend. Von England ausgehend wurde es schrittweise abgelöst durch das System der Normativbestimmungen.⁴²⁸ Statt von staatlicher Genehmigung war die Gesellschaftsgründung nunmehr vom freien Entscheid der Gründer abhängig. Zum Schutz vor Missbräuchen der korporativen Form legte das Gesetz zwingende Mindestanforderungen fest, bei deren Einhaltung ein Rechtsanspruch auf Eintragung der Aktiengesellschaft bestand.
- 138 In der Schweiz setzte sich MUNZINGER für die Einführung des neuen Systems ein.⁴²⁹ In seinen Entwürfen spielte die öffentliche Beurkundung bemerkenswerterweise keine Rolle. Sowohl der Handelsrechtsentwurf von 1864 wie auch der erste Entwurf für ein gesamtschweizerisches Obligationenrecht von 1871 liessen für die Gründung der Aktiengesellschaft die Einreichung schriftlicher Statuten beim Handelsregisteramt genügen.⁴³⁰ Auch für die Beschlüsse über Statutenänderungen und die Auflösung der Gesellschaft war keine qualifizierte Form vorgesehen.⁴³¹ Es griffe deshalb zu kurz, die notarielle Mitwirkung

⁴²⁵ Siehe HEILMEIER, 40 f. mit Hinweisen auf die Materialien.

⁴²⁶ HEILMEIER, 41.

⁴²⁷ Ausführlicher hinten [N 154](#) und [171 f.](#)

⁴²⁸ Siehe zu dieser Entwicklung FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 4 N 25; VON DER CRONE, Privatrechtliches Gesetzbuch, 42.

⁴²⁹ MUNZINGER betrachtete die «Unfreiheit der Aktiengesellschaften» als eine Anomalie. Er folgte einem liberalen Ansatz: Der Rechtsverkehr sollte nicht durch ein (nach seiner Auffassung wirkungsloses) Genehmigungserfordernis geschützt werden, sondern durch Öffentlichkeit und Verantwortlichkeit. In deren Gewährleistung sah er eine Kernaufgabe des Aktienrechts (siehe die ausführliche Argumentation bei MUNZINGER, Motive, 109 ff.; vgl. dazu THEODOR BÜHLER, 34 ff.).

⁴³⁰ Siehe PERRET, 7 f.

⁴³¹ Siehe MUNZINGER, Entwurf 1864, Art. 122 ff. und 167; DERS., Entwurf 1871, Art. 634 ff. und 677.

bei der Gesellschaftsgründung als blosses «Überbleibsel» der unter dem Konzessionssystem erforderlichen staatlichen Approbation zu betrachten. Die öffentliche Beurkundung fand erst Eingang in die Gesetzgebungsarbeiten, nachdem die zuständige Kommission beschlossen hatte, die Bestimmungen zur Aktiengesellschaft möglichst eng an die deutsche Aktienrechtsnovelle von 1870 anzulehnen.⁴³² Das Erfordernis, über die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrags «eine gerichtliche oder notarielle Urkunde» aufzunehmen, wurde aus dem deutschen Recht in den Entwurf von 1875 übernommen.⁴³³ Der deutsche Gesetzgeber hatte sich dabei seinerseits an den Code de Commerce angelehnt.⁴³⁴

Die am 14. Juni 1881 von den eidgenössischen Räten verabschiedete Fassung des Obligationenrechts war im Vergleich dazu liberaler. Sie sah die öffentliche Beurkundung lediglich als eine von zwei Alternativformen vor: Statt einer öffentlichen Urkunde konnte über die Errichtung der Aktiengesellschaft und die Statuten auch «eine von sämtlichen Aktionären unterzeichnete» (Privat-)Urkunde aufgenommen werden (Art. 615 Abs. 1 aOR 1881).⁴³⁵ Entsprechendes galt für die Generalversammlungsbeschlüsse über Statutenänderungen (Art. 626 Abs. 1 aOR 1881) und die Auflösung der Gesellschaft (Art. 664 Abs. 1 Ziff. 2 aOR 1881). Hier erforderte die Variante der Privaturkunde die Unterzeichnung durch alle dem Beschluss zustimmenden Aktionäre.

139

III. Bundesratsbeschluss von 1919 und Revision des Gesellschaftsrechts 1936

Ein eigentlicher Beurkundungszwang wurde im schweizerischen Aktienrecht erst mit dem Bundesratsbeschluss vom 8. Juli 1919⁴³⁶ eingeführt. Dieser Beschluss erging gestützt auf die damals noch in Kraft stehenden ausserordentlichen Vollmachten des Bundesrats⁴³⁷ und sollte einer drohenden «Überfremdung» der Schweizer Wirtschaft entgegenwirken. Man befürchtete, die wachsende Zahl rein ausländisch beherrschter Gesellschaften mit Sitz in der

140

⁴³² Siehe Botschaft OR 1879, 166 f.; dazu JENTSCH, 3 f.

⁴³³ Siehe im Einzelnen SETHE/CETINKAYA, 162 m.w.H.; zur Entstehungsgeschichte des Formerfordernisses gemäss Aktienrechtsnovelle 1870 eingehend HEILMEIER, 221 ff.

⁴³⁴ Siehe HEILMEIER, 51 ff. und 420 f.

⁴³⁵ Siehe PERRET, 9 ff.; ferner SETHE/CETINKAYA, 163.

⁴³⁶ AS 1919 527 ff.; siehe dazu MEIER-HAYOZ, Form der Gesellschaftsgründung, 360; PERRET, 12.

⁴³⁷ Mit Bundesbeschluss vom 3. April 1919 (AS 1919 255 ff.) hatte das Parlament die Vollmachten des Bundesrats insoweit aufrechterhalten, als es sich um Massnahmen «zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen des Landes» handelte.

Schweiz könnte die Interessen schweizerischer Unternehmen im internationalen Handelsverkehr gefährden.⁴³⁸ Eine vermehrte Publizität sollte Dritten die Unterscheidung «zwischen echtschweizerischen und pseudoschweizerischen Unternehmen» erleichtern.⁴³⁹ Neben anderen Neuerungen beseitigte der Bundesratsbeschluss die Wahlmöglichkeit zwischen privater und öffentlicher Urkunde (Ziff. V). Die öffentliche Beurkundung verblieb als einzig zulässige Beurkundungsform. Der Bundesrat betrachtete die Mitwirkung der öffentlichen Urkundsperson als «eine Garantie gegen unlautere Machenschaften und gesetzwidrige Beschlüsse».⁴⁴⁰

- 141 Der Beurkundungszwang wurde sodann in die Entwürfe zu einer Revision des Obligationenrechts aufgenommen.⁴⁴¹ Das am 1. Juli 1937 in Kraft getretene revidierte Recht schrieb die öffentliche Beurkundung für die Gründung der Aktiengesellschaft (Art. 637 f. aOR 1936), für Statutenänderungen (Art. 647 Abs. 1 aOR 1936), die Feststellungen über eine durchgeführte Kapitalherabsetzung (Art. 734 aOR 1936) sowie für den Auflösungsbeschluss (Art. 736 Ziff. 2 aOR 1936) vor.

IV. Aktienrechtsrevision 1991 und Fusionsgesetz (2003)

- 142 Spätere Gesetzgebungsprojekte brachten eine Ausweitung des Formzwangs. Das 1991 revidierte Aktienrecht ordnete in Ergänzung zum bisherigen Recht an, dass der Beschluss der Generalversammlung über eine ordentliche Kapitalerhöhung öffentlich zu beurkunden ist (Art. 650 Abs. 2 aOR 1991).⁴⁴² Die Materialien begründeten dies damit, dass der Erhöhungsbeschluss «die entscheidende Richtlinie für die Kapitalerhöhung [...] enthält, somit klar und vollständig sein muss und nicht leichtin abgeändert werden darf [...]».⁴⁴³

⁴³⁸ Siehe MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10 N 36; vgl. zum Bundesratsbeschluss auch THEODOR BÜHLER, 125 ff.; JENTSCH, 5 f.; SETHE/CETINKAYA, 163.

⁴³⁹ Bericht zu BRB vom 8. Juli 1919, 508.

⁴⁴⁰ Bericht zu BRB vom 8. Juli 1919, 510; siehe dazu PERRET, 72.

⁴⁴¹ Siehe die Hinweise bei SETHE/CETINKAYA, 163 f.

⁴⁴² Der Erhöhungsbeschluss hat keine (unmittelbar) statutenändernde Wirkung. Gemäss aOR 1936 musste die Generalversammlung bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung zwei Beschlüsse fassen: den Erhöhungsbeschluss sowie den (statutenändernden) Feststellungsbeschluss (siehe Art. 650 aOR 1936, der auf die Vorschriften zur Sukzessivgründung verweist). Nur letzterer musste öffentlich beurkundet werden. Seit der Revision 1991 fallen der Feststellungsbeschluss und die Statutenänderung in die Kompetenz des Verwaltungsrats (Art. 652g aOR 1991). Seitdem sind beide Beschlüsse öffentlich zu beurkunden.

⁴⁴³ Botschaft OR 1983, 861; siehe SETHE/CETINKAYA, 164.

Das am 1. Juli 2004 in Kraft getretene Fusionsgesetz verlangt die öffentliche Beurkundung für den Fusions-, Spaltungs- und Umwandlungsbeschluss der Generalversammlung sowie für den Vermögensübertragungsvertrag betreffend Grundstücke (Art. 20, 44, 65 und 70 Abs. 2 FusG). Für den Beurkundungszwang wurde namentlich das Argument der Rechtssicherheit ins Feld geführt.⁴⁴⁴ Das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung gewährleiste, «dass sich der Zeitpunkt und der Inhalt des Fusionsbeschlusses zweifelsfrei feststellen lassen».⁴⁴⁵

143

V. Aktienrechtsrevision 2020

Ab 2012 wurde über eine partielle Lockerung des Beurkundungsobligatoriums für «einfach strukturierte» Gesellschaften diskutiert. Der Vorentwurf zu einer Revision des Handelsregisterrechts wollte die Schriftform für den Errichtungsakt sowie Beschlüsse über ordentliche Kapitalerhöhungen und Statutenänderungen genügen lassen, vorausgesetzt die Statuten hätten nur die gesetzlichen Mindestangaben umfasst und die Einlagen wären ausschliesslich in Geld geleistet worden.⁴⁴⁶ Für den Auflösungsbeschluss sollte die öffentliche Beurkundung gar ganz entfallen.⁴⁴⁷

144

Der Vorschlag stiess in der Vernehmlassung auf Ablehnung.⁴⁴⁸ Besonders die Kantone befürchteten einen Mehraufwand für die Registerbehörden durch unvollständige oder fehlerhafte Unterlagen.⁴⁴⁹ Deshalb wurde dieser Teil der Vorlage nicht in den Entwurf von 2015 übernommen.⁴⁵⁰ Bloss ein Jahr später legte der Bundesrat das Anliegen im Rahmen des Entwurfs zur Aktienrechts-

145

⁴⁴⁴ Siehe Botschaft FusG, 4419, 4457 und 4470.

⁴⁴⁵ Botschaft FusG, 4419.

⁴⁴⁶ Siehe dazu Art. 629 Abs. 2 Ziff. 4 und Abs. 3, Art. 647 Abs. 2, Art. 650 Abs. 4 sowie Art. 652g Abs. 4 VE-OR 2012.

⁴⁴⁷ Hiervon hätten also auch Gesellschaften profitiert, die nicht «einfach strukturiert» sind (siehe Art. 736 Ziff. 2 VE-OR 2012).

⁴⁴⁸ Auch die Lehre stand dem Vorschlag des Bundesrats und seiner Weiterentwicklung durch den Nationalrat (siehe sogleich [N 146](#)) tendenziell ablehnend gegenüber (mit ausführlicher Begründung SETHE/CETINKAYA, 171 ff.; kritisch auch VON DER CRONE/MOHASSEB, 789; die es für fraglich halten, ob die Lockerung der Formvorschriften den erhofften Effizienzgewinn bringen würde; vgl. ferner BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 201; DERS., kritischer Blick, 134; BK-JUTZI/HERZOG, N 151 zu Art. 620–647 OR; SCHENKER/SCHENKER, 18; ZYSSET, 67 f.; befürwortend dagegen MÜLLER/PAFUMI, 72).

⁴⁴⁹ Siehe Vernehmlassung OR 2013, 7 und 15 f.

⁴⁵⁰ Siehe Botschaft OR 2015, 3628.

revision dann doch dem Parlament zur Beratung vor.⁴⁵¹ Begründet wurde der Richtungswechsel mit der «aktuellen Wirtschaftslage», die eine nähere Prüfung des Vorschlags aufdränge.⁴⁵²

- 146 Nachdem der Nationalrat als Erstrat den geplanten Lockerungen positiv gegenüberstand und ihren Anwendungsbereich moderat ausweitete,⁴⁵³ lehnte sie der Ständerat im Sommer 2019 gesamthaft ab.⁴⁵⁴ Ausschlaggebend dürfte gewesen sein, dass sich verschiedene Kreise (namentlich die kantonalen Strafverfolgungsbehörden) in den Anhörungen vor der ständerätlichen Kommission vehement gegen eine teilweise Abschaffung des Beurkundungszwangs aussprachen. Betont wurde die Bedeutung der notariellen Kontrolle bei der Prävention von Konkursdelikten und Geldwäscherei.⁴⁵⁵ In der Differenzbereinigung schwenkte der Nationalrat dann auf den Kurs des Ständerats ein. Auch hier war in der Debatte das Argument der Kriminalitätsprävention tonangebend. Eine Lockerung des Formzwangs schaffe Anreize für «Konkursreiterei» und «Gründungsschwindel».⁴⁵⁶
- 147 Damit war die partielle Aufhebung des Beurkundungszwangs im Aktienrecht gescheitert. Das in der Schlussabstimmung am 19. Juni 2020 verabschiedete revidierte Aktienrecht hält am Erfordernis der öffentlichen Beurkundung unverändert fest.⁴⁵⁷

⁴⁵¹ Ergänzt wurde die Fassung von 2012 um die Voraussetzung, dass das Aktienkapital der fraglichen Gesellschaft auf Franken zu lauten hat (siehe Art. 629 Abs. 4, Art. 647 Abs. 2, Art. 650 Abs. 4 und Art. 652g Abs. 3 E-OR 2016).

⁴⁵² Siehe Botschaft OR 2016, 437.

⁴⁵³ Dazu im Einzelnen SETHE/CETINKAYA, 157 f.; ZYSSET, 63 ff.

⁴⁵⁴ Vgl. zum Ablauf der parlamentarischen Beratung MÜLLER/PAFUMI, 70 ff.; VON DER CRONE/MOHASSEB, 788 f.

⁴⁵⁵ Siehe das Votum des Kommissionssprechers Ständerat Cramer (AB StR 2019, 495): «*En effet, la simple exigence d'un contrôle rigoureux de l'identité des fondateurs d'une société est dissuasive pour un certain nombre de délinquants potentiels.*»

⁴⁵⁶ Votum Nationalrat Bregy (AB NR 2019, 2381).

⁴⁵⁷ Jenseits des Aktienrechts wurde der Beurkundungszwang mit der Revision gar ausgeweitet: Neu ist bei Genossenschaften die öffentliche Beurkundung für die Gründung (Art. 830 OR) und für Statutenänderungen (Art. 838a OR) vorgeschrieben.

§ 6: Beurkundungsgeschäfte im revidierten Aktienrecht 2020

Zusammenfassend schreibt das revidierte Aktienrecht die öffentliche Beurkundung für folgende Geschäfte vor:⁴⁵⁸ 148

- den Errichtungsakt (Art. 629 Abs. 1 OR);⁴⁵⁹
- den Sacheinlagevertrag bei Einbringung von Gegenständen, deren Übertragung beurkundungsbedürftig ist (Art. 634 Abs. 2 OR);⁴⁶⁰
- statutenändernde Beschlüsse der Generalversammlung oder des Verwaltungsrats (Art. 647 OR);⁴⁶¹
- den Beschluss der Generalversammlung über eine ordentliche Kapitalerhöhung (Art. 650 Abs. 2 OR);⁴⁶²
- die Beschlüsse des Verwaltungsrats über die Statutenänderung und die Feststellungen infolge einer ordentlichen Kapitalerhöhung (Art. 652g Abs. 2 OR);⁴⁶³
- die Beschlüsse des Verwaltungsrats über die Statutenänderung und die Feststellungen infolge einer Erhöhung aus bedingtem Kapital (Art. 653g Abs. 3 OR);⁴⁶⁴
- den Beschluss der Generalversammlung über eine Kapitalherabsetzung (Art. 653n OR);⁴⁶⁵
- die Beschlüsse des Verwaltungsrats über die Statutenänderung und die Feststellungen infolge einer ordentlichen Kapitalherabsetzung (Art. 653o Abs. 2 OR);⁴⁶⁶

⁴⁵⁸ Dazu umfassend KUNZ, Beurkundungstatbestände, 156 ff.

⁴⁵⁹ Siehe hinten [N 222 ff.](#)

⁴⁶⁰ Gemeint sind namentlich Grundstücke. Als in erster Linie immobilarsachenrechtliches Geschäft wird der Sacheinlagevertrag über Grundstücke vorliegend nicht näher untersucht (vgl. hinten [N 334 f.](#); zur örtlichen Zuständigkeit der Urkundsperson siehe vorne [N 52 f.](#)).

⁴⁶¹ Siehe hinten [N 530 ff.](#)

⁴⁶² Siehe hinten [N 482 ff.](#)

⁴⁶³ Siehe hinten [N 582 ff.](#)

⁴⁶⁴ Siehe hinten [N 591 ff.](#)

⁴⁶⁵ Siehe hinten [N 507 ff.](#)

⁴⁶⁶ Siehe hinten [N 596 ff.](#)

- die Beschlüsse des Verwaltungsrats über die Statutenänderung und die Feststellungen infolge einer Erhöhung oder Herabsetzung des Aktienkapitals im Rahmen des Kapitalbands (Art. 653u Abs. 4 OR),⁴⁶⁷ und
 - den Beschluss der Generalversammlung über die Auflösung der Gesellschaft (Art. 736 Abs. 1 Ziff. 2 OR).⁴⁶⁸
- 149 Sodann sieht das Fusionsgesetz folgende Beurkundungstatbestände vor:
- den Fusionsbeschluss der Generalversammlung (Art. 20 Abs. 1 FusG);⁴⁶⁹
 - den Spaltungsbeschluss der Generalversammlung (Art. 44 FusG);⁴⁷⁰
 - den Umwandlungsbeschluss der Generalversammlung (Art. 65 FusG);⁴⁷¹ und
 - den Vermögensübertragungsvertrag bei der Übertragung von Grundstücken (Art. 70 Abs. 2 FusG).⁴⁷²
- 150 Die öffentliche Beurkundung bildet in all diesen Fällen ein Gültigkeitserfordernis.⁴⁷³ Das entsprechende Geschäft erlangt nur Gültigkeit, wenn die Form der öffentlichen Beurkundung eingehalten worden ist (Art. 11 Abs. 2 OR).⁴⁷⁴
- 151 Die einzelnen Beurkundungsgeschäfte werden im dritten Teil der Arbeit eingehend betrachtet.

⁴⁶⁷ Siehe hinten [N 589 f.](#) und [600](#).

⁴⁶⁸ Siehe hinten [N 535 ff.](#)

⁴⁶⁹ Siehe hinten [N 542 ff.](#)

⁴⁷⁰ Siehe hinten [N 549 ff.](#)

⁴⁷¹ Siehe hinten [N 541](#).

⁴⁷² Als in erster Linie immobilarsachenrechtliches Geschäft wird der Vermögenübertragungsvertrag betreffend Grundstücke vorliegend nicht näher untersucht (zur örtlichen Zuständigkeit der Urkundsperson siehe vorne [N 52 f.](#)).

⁴⁷³ Siehe KUNZ, Basisrecht, 179 f.; RIEMER, N 282 ff.

⁴⁷⁴ Gemäss Art. 11 Abs. 2 OR hängt die Gültigkeit des formbedürftigen Vertrags von der Einhaltung der Form ab (sog. Gültigkeitsform), es sei denn das Gesetz ordne etwas anderes an, was bei den aktienrechtlichen Beurkundungen nicht der Fall ist (siehe allgemein HUGUENIN, Obligationenrecht, N 368).

§ 7: Funktionen der öffentlichen Beurkundung im Aktienrecht

Die Frage nach den Funktionen der öffentlichen Beurkundung ist für die vorliegende Untersuchung zentral. Die Einhaltung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form verursacht den am Rechtsgeschäft beteiligten Personen Kosten und Aufwand. Formvorschriften erhöhen die Transaktionskosten und sind damit rechtfertigungsbedürftig.⁴⁷⁵ Dies gilt in besonderem Mass für die öffentliche Beurkundung, welche den Geschäftsabschluss nicht nur massgeblich verteuert,⁴⁷⁶ sondern auch zu einem Zeitverlust führen kann. Der mit der Pflicht zur Beurkundung bezweckte Nutzen muss diese Nachteile überwiegen.⁴⁷⁷

152

I. Herkömmliche Dreiteilung der Beurkundungszwecke

Die schweizerische Lehre und Rechtsprechung rücken traditionellerweise drei Formzwecke der öffentlichen Beurkundung in den Vordergrund: erstens die Beweissicherung und Förderung der Klarheit des Rechtsgeschäfts (sog. Beweiszweck oder Belegfunktion), zweitens den Schutz der Parteien vor Übereilung (sog. Warnfunktion) und drittens die Schaffung einer sicheren Grundlage für die Eintragung in öffentliche Register (Grundbuch oder Handelsregister).⁴⁷⁸

153

Die öffentliche Urkunde soll den Parteiwillen bzw. die zu beurkundenden Tatsachen wahrheitsgetreu, klar und vollständig wiedergeben.⁴⁷⁹ Ihre Belegfunktion erfüllt die öffentliche Beurkundung dank einem auf Wahrheitsgewähr ausgerichteten Verfahren. Mit der Wahrheitspflicht sowie einer Formalisierung der Tatsachenermittlung sorgt das Beurkundungsverfahren für eine be-

154

⁴⁷⁵ Statt vieler MANKOWSKI, 662 ff.

⁴⁷⁶ Siehe die Analyse zu den Beurkundungskosten in der Schweiz bei GLANZMANN/WALZ, 19 ff.

⁴⁷⁷ Für eine ökonomische Analyse der öffentlichen Beurkundung siehe KNIEPER, insb. 38 ff.

⁴⁷⁸ BGE 99 II 159, E. 2a; ARNET, Immobiliarsachenrecht, 401; DÉPRAZ, N 105; BSK OR I-FASEL, N 2 zu Art. 216; MOOSER, N 714 ff.; JÖRG SCHMID, Öffentliche Beurkundung, N 35 ff.; vgl. dazu BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 239 ff.; CARLEN, 89; MARTI, 21 ff.

⁴⁷⁹ Siehe bereits HUBER, 263: «Hauptzweck der öffentlichen Urkunde ist die wahrheitsgetreue und unverfälschte Wiedergabe des Geschäftswillens.»

sondere Glaubwürdigkeit des Urkundeninhalts.⁴⁸⁰ Dies wiederum legitimiert die qualifizierte Beweiskraft öffentlicher Urkunden im Prozess (Art. 179 ZPO).⁴⁸¹

- 155 Im Rahmen der Warnfunktion schützt die öffentliche Beurkundung die Parteien vor unüberlegten Vertragsabschlüssen. Die Formvorschrift die Parteien dazu an, sich selber der Tragweite des Geschäfts und der Ernsthaftigkeit ihres Willensentschlusses bewusst zu werden: Der gesetzlich vorgeschriebene «Gang zum Notar» wirkt abschreckend und sorgt für eine zeitliche Verzögerung des Vertragsschlusses, die es den Parteien erlaubt, ihren Geschäftswillen zu hinterfragen.⁴⁸² Die Lesung des Urkundeninhalts⁴⁸³ soll verhindern, dass die Parteien Vertragstexte unterzeichnen, die sie tatsächlich nie zur Kenntnis genommen haben. Verstärkt wird dieser Effekt durch die notarielle Pflicht zu Belehrung und Beratung.⁴⁸⁴ Durch unparteiliche Information stellt die Urkundsperson sicher, dass sich die Parteien der rechtlichen Implikationen des Geschäfts bewusst sind.
- 156 Soweit die öffentliche Urkunde als Rechtsgrundaussweis für eine Eintragung im Grundbuch oder im Handelsregister vorgesehen ist, soll die Mitwirkung der Urkundsperson gewährleisten, dass das Geschäft eintragungsfähig ist.⁴⁸⁵ Dies liegt zwar auch im Interesse der Parteien,⁴⁸⁶ dient aber vorab dem (öffentlichen) Interesse an der Korrektheit des Registers und einer Entlastung der Registerbehörden.⁴⁸⁷
- 157 Neben diese drei können je nach Kontext weitere Beurkundungszwecke hinzutreten. Angesichts dieser Multifunktionalität⁴⁸⁸ ist jeweils für das in Frage stehende Rechtsgebiet und das beurkundungsbedürftige Geschäft zu bestimmen, welche Zwecke mit dem Formzwang verfolgt werden und wie diese Zwe-

⁴⁸⁰ Die Wahrheitsgewähr, die man sich von der Mitwirkung einer öffentlichen Urkundsperson versprach, führte bereits im Mittelalter zur *publica fides* der Notariatsurkunden (siehe dazu vorne [N 6 ff.](#)).

⁴⁸¹ Vgl. vorne [N 58](#).

⁴⁸² Siehe ARNET, Immobiliarsachenrecht, 403 f.; DÉPRAZ, N 110; MOOSER, N 718; prägnant MANKOWSKI, 665: «Die Form schützt die Privatautonomie vor sich selbst. [...] Besonnenheitsförderung arbeitet hier mit einem gewissen Abschreckungseffekt der Form [...]».

⁴⁸³ Siehe vorne [N 63](#).

⁴⁸⁴ Siehe vorne [N 86](#).

⁴⁸⁵ Siehe ARNET, Immobiliarsachenrecht, 402; DÉPRAZ, N 114; MARTI, 24; MOOSER, N 719; JÖRG SCHMID, Öffentliche Beurkundung, N 44.

⁴⁸⁶ Zur Pflicht der Urkundsperson, im Interesse der Parteien auf ein gültiges und eintragungsfähiges Geschäft hinzuwirken, siehe vorne [N 87](#).

⁴⁸⁷ Dazu eingehend hinten [N 217 ff.](#)

⁴⁸⁸ ARNET, Immobiliarsachenrecht, 401.

cke zu gewichten sind.⁴⁸⁹ Im Folgenden sollen die spezifischen Funktionen der öffentlichen Beurkundung im Aktienrecht herausgearbeitet werden.

II. Ausgangspunkt: Leitentscheid BGE 102 II 420

Mit den Formzwecken aktienrechtlicher Beurkundungen hatte sich das Bundesgericht in seinem Leitentscheid BGE 102 II 420 zu befassen. Anlass des Urteils war der Streit über einen «Zusammenschlussvertrag», mit dem sich die Parteien verpflichtet hatten, eine Aktiengesellschaft zu gründen. 158

1. Sachverhalt

Seit dem Frühjahr 1972 verhandelten Alice und Charles Bucher, die zusammen alle Aktien an der C.J. Bucher AG hielten, sowie Max Frey als Vertreter der Mehrheitsaktionäre der Jean Frey AG über eine wirtschaftliche Verbindung der beiden Gesellschaften. Im Hinblick auf die geplante Gründung einer Holdinggesellschaft liessen sie im Herbst 1972 Vertrags- und Statutenentwürfe ausarbeiten und die beiden Unternehmen durch Fachleute bewerten. Am 10. Mai 1973 unterzeichneten Alice und Charles Bucher auf der einen und Max Frey auf deren anderen Seite einen «Zusammenschlussvertrag». Darin verpflichteten sie sich unter anderem, bis spätestens am 7. Juni 1973 eine Holding gemäss den bereits angenommenen Statuten zu gründen. Für den Fall, dass eine Vertragspartei die Gründung der Holding verhindern sollte, vereinbarten sie eine Konventionalstrafe von CHF 1'000'000. 159

Am 30. Mai 1973 schrieb Max Frey an Alice und Charles Bucher, dass er die Vereinbarung wegen Irrtums und absichtlicher Täuschung als dahingefallen betrachte. Im September 1973 traten Alice und Charles Bucher ihre Rechte und Forderungen aus dem Zusammenschlussvertrag an die C.J. Bucher AG ab. Diese klagte am 18. März 1974 gegen Frey auf Zahlung von CHF 1'000'000. 160

2. Erwägungen

Der Beklagte brachte vor Bundesgericht insbesondere vor, der Zusammenschlussvertrag sei formwidrig abgeschlossen worden und damit nichtig. Es handle sich dabei um einen Vorvertrag zur Gründung der Holdinggesellschaft. 161

⁴⁸⁹ Siehe DÉPRAZ, N 106 ff.; ferner ISENSCHMID, 312.

Die Gründung einer Aktiengesellschaft bedürfe der öffentlichen Beurkundung, was nach Art. 22 Abs. 2 OR auch für den Vorvertrag gelte.

162 Das Bundesgericht referierte zunächst die unterschiedlichen Lehrmeinungen zur Frage, wie eine Vereinbarung über die Gründung einer Aktiengesellschaft zu qualifizieren sei. Ein Teil der Lehre halte eine solche Vereinbarung für einen formfreien Zusammenschluss zu einer einfachen Gesellschaft, während andere Autoren von einem formbedürftigen Vorvertrag ausgingen.⁴⁹⁰

163 In einem nächsten Schritt rief das Bundesgericht in Erinnerung, dass nach Art. 22 Abs. 2 OR eine Formvorschrift bezüglich des künftigen Vertrags nur dann auch für den Vorvertrag gelte, wenn sie «zum Schutze der Vertragsschliessenden» aufgestellt worden sei. Dies sei etwa bei Liegenschaftsgeschäften der Fall, nicht aber bei der Gründung einer Aktiengesellschaft.⁴⁹¹

«Die Formvorschriften der Art. 637 und 638 [a]OR [1936] dagegen verlangen die öffentliche Beurkundung der Beschlüsse der konstituierenden Generalversammlung bzw. des Errichtungsaktes nicht zum Schutze der Gründer. Damit sollen vielmehr unlautere Machenschaften verhindert, die gesetzeskonforme Abwicklung des Gründungsvorganges gewährleistet und verlässliche Beweise gesichert werden [...]. Die Vorschriften verfolgen also vor allem objektive Zwecke zum Schutze Dritter, mögen die Beteiligten daran auch selber interessiert sein.»

164 Somit konnte das Gericht die Frage nach der Qualifikation des Zusammenschlussvertrags offenlassen.⁴⁹² Auch wenn es sich um einen Vorvertrag gehandelt hätte, wäre er nicht öffentlich zu beurkunden gewesen.

165 Das Bundesgericht verneinte sodann einen Willensmangel des Beklagten⁴⁹³ und es stellte fest, die vereinbarte Konventionalstrafe sei nicht übermässig gewesen.⁴⁹⁴ Damit war die Klage gutzuheissen.

3. Schlussfolgerungen

166 Die bundesgerichtlichen Erwägungen sind mit Bezug auf die Funktionen der öffentlichen Beurkundung im Aktienrecht aufschlussreich. Die Warnfunktion spielt nach dem Entscheid des Bundesgerichts eine untergeordnete Rolle. Das

⁴⁹⁰ BGE 102 II 420, E. 2a.

⁴⁹¹ BGE 102 II 420, E. 2b.

⁴⁹² BGE 102 II 420, E. 2b.

⁴⁹³ BGE 102 II 420, E. 3.

⁴⁹⁴ BGE 102 II 420, E. 4.

Beurkundungserfordernis bezweckt nicht den Schutz der Gründer vor unbedachten Gesellschaftsgründungen. Diese Auffassung entspricht der in der Schweiz herrschenden Lehre.⁴⁹⁵ Gerade mit Blick auf die Entstehungsgeschichte des aktienrechtlichen Beurkundungszwangs ist ihr grundsätzlich zuzustimmen. Mit der öffentlichen Beurkundung hat der Gesetzgeber seit jeher in erster Linie den Schutz des Rechtsverkehrs vor Missbräuchen beabsichtigt.⁴⁹⁶ Bestätigt wird dies durch die Argumente, die in der parlamentarischen Beratung für die Beibehaltung der öffentlichen Beurkundung in einfachen Verhältnissen vorgebracht wurden.⁴⁹⁷

Im Fokus stehen, wie es das Bundesgericht ausdrückt, «objektive Zwecke zum Schutze Dritter».⁴⁹⁸ Dies darf gleichwohl nicht zum Schluss verleiten, die Individualinteressen der Gesellschafter seien unmassgeblich. Auch in ihrem Interesse ist die Urkundsperson verpflichtet, erkennbare Missbräuche zu unterbinden und ein korrektes Verfahren sicherzustellen.⁴⁹⁹ Ist ihr zudem im Einzelfall erkennbar, dass gewisse Gesellschafter die rechtlichen Implikationen des Geschäfts nicht richtig einzuschätzen vermögen, hat sie durch Belehrung und Beratung einzuschreiten,⁵⁰⁰ auch wenn der Gesetzgeber das Formerfordernis aus anderen Gründen aufgestellt haben mag.

Die Ausführungen des Bundesgerichts erfolgten im Zusammenhang mit der Gesellschaftsgründung. Sie gelten aber in gleicher Weise für die beurkundungsbedürftigen Organbeschlüsse.⁵⁰¹ Auch wenn sich das Verfahren zur Beurkundung von Beschlüssen (als Sachbeurkundung) von der Gründungsbeur-

167

168

⁴⁹⁵ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2978 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 14 N 75; GLANZMANN/WALZ, 10; KUNZ, Basisrecht, 176; VOSER, 117; a.M. SETHE/CETINKAYA, 166 f., wonach gesellschaftsrechtliche Beurkundungen auch den Schutz vor Unbedacht bezwecken.

⁴⁹⁶ Siehe vorne [N 133 ff.](#)

⁴⁹⁷ Siehe vorne [N 144 ff.](#)

⁴⁹⁸ BGE 102 II 420, E. 2b.

⁴⁹⁹ So zutreffend BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2979; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 14 N 75; BK-JUTZI/HERZOG, N 146 zu Art. 620–647 OR; prägnant MEIER-HAYOZ, Form der Gesellschaftsgründung, 361: «Nicht zuletzt vermag die [...] Urkundsperson den an der Gründung Beteiligten wertvollen fachmännischen Rat zu erteilen und durch ihre Präsenz – insbesondere auch im Interesse der Gründer und Zeichner – eine ordnungsgemässe Durchführung der konstituierenden GV [...] zu gewährleisten.»

⁵⁰⁰ GL.M. VOSER, 116; differenzierend ARNET, Aktienrecht, 5, die zwischen der Gründungsurkunde und den gesellschaftsrechtlichen Sachbeurkundungen unterscheidet; restriktiver KUNZ, Basisrecht, 176, wonach das Notariat im Bereich des Gesellschaftsrechts keinen Sozialschutz biete.

⁵⁰¹ So zutreffend VOSER, 117 a.E.

kundung (als Willensbeurkundung) unterscheiden mag,⁵⁰² ist der mit dem Formzwang verfolgte Zweck im Wesentlichen derselbe.

- 169 Mit der öffentlichen Beurkundung sollen laut Bundesgericht «verlässliche Be-
weise» gesichert werden.⁵⁰³ Damit ist die Belegfunktion angesprochen.⁵⁰⁴ Als
weitere Aspekte nennt das Bundesgericht die Verhinderung unlauterer Ma-
chenschaften und die Gewährleistung eines gesetzeskonformen Verfahrens.
Die Verfahrenskontrolle bildet demnach eine zweite Funktion aktienrechtli-
cher Beurkundungen.⁵⁰⁵ Im Folgenden soll überdies geklärt werden, in wel-
chem Umfang die Urkundsperson auch auf die inhaltliche Rechtmässigkeit des
zu beurkundenden Geschäfts hinwirken muss (Inhaltskontrolle).⁵⁰⁶
- 170 Um beurteilen zu können, was die öffentliche Beurkundung im Aktienrecht
leisten kann, ist auf die beurkundungsrechtlichen Verfahrensregeln und auf
die Pflichten der Urkundsperson zurückzugreifen, wie sie im ersten Teil der
Arbeit umschrieben wurden.⁵⁰⁷

III. Belegfunktion

- 171 Die öffentliche Urkunde hält die formbedürftigen gesellschaftsrechtlichen
Vorgänge dauerhaft und klar fest. Sie dokumentiert mit verstärkter Beweis-
kraft (Art. 179 ZPO), dass die Beteiligten am fraglichen Datum und Ort die be-
urkundeten Feststellungen getroffen und Erklärungen abgegeben haben.
Diese Dokumentation erhöht die Rechtssicherheit und beugt künftigen Strei-
tigkeiten vor. Was einmal förmlich festgestellt ist, kann man in Zukunft nicht
mehr leichthin bestreiten.⁵⁰⁸ Überdies erlaubt die Beurkundung die eindeutige
Abgrenzung zwischen blossen Entwürfen oder Protokollen interner Verhand-
lungen einerseits und dem rechtsverbindlichen Beschluss andererseits.⁵⁰⁹
- 172 Die öffentliche Beurkundung schafft auf diese Weise Transparenz innerhalb
der Gesellschaft und – da die öffentlichen Urkunden des Aktienrechts in der

⁵⁰² Dazu ausführlich hinten [N 222 ff.](#) und [346 ff.](#)

⁵⁰³ BGE 102 II 420, E. 2b.

⁵⁰⁴ Siehe sogleich [N 171 f.](#)

⁵⁰⁵ Siehe hinten [N 173 ff.](#)

⁵⁰⁶ Siehe hinten [N 180 ff.](#)

⁵⁰⁷ Siehe insb. vorne [N 46 ff.](#) und [68 ff.](#)

⁵⁰⁸ MANKOWSKI, 663; eingehend zur Streitvermeidenden Funktion der öffentlichen Beurkun-
dung hinten [N 186 ff.](#)

⁵⁰⁹ Siehe MANKOWSKI, 665, der von «Abschlussklarheit» spricht; siehe auch DÉPRAZ, N 113;
GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 499; BK-MÜLLER, N 56 zu Art. 11 OR.

Regel auch Handelsregisterbelege sind⁵¹⁰ – gegen aussen. Sie bildet gewissermassen den ersten Schritt zur Offenlegung der beurkundeten Tatsachen im Rahmen der Handelsregisterpublizität.⁵¹¹ Nur sollte dieser Aspekt nicht überschätzt werden: Für Publizität sorgt in erster Linie das Register und nicht die Beurkundung.⁵¹² Insbesondere sind die bei der Urkundsperson aufbewahrten Exemplare der Urkunden (seien es Urschriften oder Kopien) nicht öffentlich einsehbar.⁵¹³ Mit dem Beurkundungszwang schafft der Gesetzgeber kaum mehr Publizität, als wenn er die Einreichung schriftlicher Belege beim Handelsregisteramt anordnen würde. Erreicht wird vielmehr ein Zugewinn an Qualität: Die Mitwirkung der Urkundsperson gewährleistet die Authentizität der Belege. Sie stellt sicher, dass die öffentlich zugänglichen Beweise in den Worten des Bundesgerichts «verlässlich» sind.⁵¹⁴ Hierauf ist im Rahmen der Verfahrenskontrolle näher einzugehen.

IV. Verfahrenskontrolle

Die Verfahrenskontrolle, die mit der öffentlichen Beurkundung einhergeht, hat zwei Teilaspekte. Erstens soll die Beurkundung gewährleisten, dass das Verfahren vollständig und richtig dokumentiert wird. Zweitens soll sie auf die Einhaltung der durch Gesetz und Statuten vorgegebenen Verfahrensregeln hinwirken. Beide Teilaspekte sind im Folgenden näher zu erörtern.

173

1. Vollständige und richtige Dokumentation

Aufgrund ihrer Wahrheitspflicht ist die Urkundsperson verpflichtet, eine den Tatsachen entsprechende Urkunde zu errichten. Sie darf nur beurkunden, was sie selber wahrgenommen hat. Gegenstand der Wahrheitspflicht ist die Über-

174

⁵¹⁰ Siehe dazu hinten [N 208 ff.](#)

⁵¹¹ Siehe KUNZ, Basisrecht, 176, wonach durch die Beurkundung «überhaupt erst die Grundlage geschaffen» werde für die anschliessende Handelsregistereintragung.

⁵¹² So zu Recht DÉPRAZ, N 115.

⁵¹³ Siehe z.B. § 19 Abs. 2 BeurkG/LU. Dass die Urkundsperson grundsätzlich nur den Parteien Einsicht in die öffentlichen Urkunden gewähren darf, ergibt sich aus ihrer Geheimhaltungspflicht (vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1454 ff.; allgemein zur Geheimhaltungspflicht siehe vorne [N 88](#)).

⁵¹⁴ Siehe vorne [N 163](#); ARNET, Aktienrecht, 5; treffend PERRET, 72 f.: «[D]em Registerführer wird ein besonders zuverlässiges Beweismittel zur Verfügung gestellt, durch welches er sich die Gewissheit des gesetzmässigen Zustandekommens der einzutragenden Rechtsgeschäfte verschaffen kann.»

einstimmung des Urkundeninhalts mit den tatsächlichen Verhältnissen.⁵¹⁵ Wenn gesagt wird, die öffentliche Beurkundung bezwecke den Schutz vor «unlauteren Machenschaften»⁵¹⁶, so ist in erster Linie diese Funktion gemeint. Solche Machenschaften können etwa in der Falschdatierung von Protokollen oder der fehlerhaften Feststellung von Abstimmungsergebnissen bzw. der Anwesenheit von Personen bestehen.⁵¹⁷ Auch die nachträgliche Abänderung ist bei einer öffentlichen Urkunde (im Vergleich zu anderen schriftlichen Belegen) deutlich erschwert.⁵¹⁸ Der Beizug einer Urkundsperson kann auf diese Weise effektiv vor Fälschungen und Manipulationen schützen. Diese Überlegung stand bei der Aktienrechtsrevision 1991 und bei Erlass des Fusionsgesetzes (2003) im Vordergrund, als es darum ging, den Beurkundungszwang zu begründen.⁵¹⁹

- 175 Die Urkundsperson hat die Identität der beteiligten Personen (z.B. der Gründer oder des Versammlungsvorsitzenden) zu verifizieren.⁵²⁰ So bietet die öffentliche Urkunde Gewähr dafür, dass die Feststellungen und Erklärungen auch tatsächlich von den darin angegebenen Personen stammen. Dies war bei den Diskussionen zur Aktienrechtsrevision 2020 ein wichtiges Argument dafür, die öffentliche Beurkundung auch in einfachen Verhältnissen beizubehalten.⁵²¹ Man überschätzt aber wohl die Reichweite der notariellen Prüfung, wenn man sich hiervon einen Beitrag zur Geldwäschereibekämpfung erhofft.⁵²² Eine Pflicht der Urkundsperson, die wirtschaftliche Berechtigung am einbezahlten Kapital zu ermitteln, besteht jedenfalls nicht.
- 176 Bei der Beurkundung des Errichtungsakts erstreckt sich die notarielle Ermittlung auch auf den inneren Willen der Gründer.⁵²³ Dieser soll in den verurkun-

⁵¹⁵ Zur Wahrheitspflicht siehe vorne [N 71 ff.](#)

⁵¹⁶ BGE 102 II 420, E. 2b; vgl. vorne [N 163](#) und [169](#).

⁵¹⁷ Zum Fall der Rückdatierung siehe GLANZMANN/WALZ, 6 f.; allgemein MANKOWSKI, 664.

⁵¹⁸ Nachträgliche Manipulationen einer öffentlichen Urkunde sind in der Regel leicht zu erkennen, weil die Urkundsperson ein Exemplar (in manchen Kantonen «Urschrift» genannt; siehe vorne [N 66](#)) bei sich aufbewahrt, dem man die verfälschte Urkunde gegenüberstellen kann. Die öffentliche Beurkundung konserviert den Geschäftsinhalt damit dauerhaft (siehe nur MARTI, 21 f.; MOOSER, N 720 a.E.). Diese Eigenschaft hat die notarielle Urkunde seit den Imbreviaturen der mittelalterlichen Notare (siehe vorne [N 9](#)).

⁵¹⁹ Siehe vorne [N 142 f.](#)

⁵²⁰ Weiterführend hinten [N 235 ff.](#) und [355 ff.](#)

⁵²¹ Siehe beispielhaft die Voten von Ständerat Cramer (AB StR 2019, 495) und Nationalrat Bregy (AB NR 2019, 2381); vgl. vorne [N 146](#).

⁵²² So zutreffend der Hinweis von Nationalrat Vogt im Rahmen der parlamentarischen Beratung (AB NR 2019, 2382).

⁵²³ Zur Qualifikation der Gründungsbeurkundung als Willensbeurkundung siehe hinten [N 222 ff.](#)

deten Erklärungen möglichst zutreffend wiedergegeben werden.⁵²⁴ Bei der Beurkundung von Organbeschlüssen ist der Wille der beteiligten Personen dagegen unmassgeblich.⁵²⁵

2. Einhaltung der gesetzlichen und statutarischen Verfahrensregeln

Die Urkundsperson überwacht die Einhaltung der prozeduralen Regeln, die von Gesetz und Statuten vorgegeben sind. Diese Funktion kommt besonders bei der Beurkundung von Beschlüssen der Generalversammlung oder des Verwaltungsrats zum Tragen,⁵²⁶ deren rechtliche Verbindlichkeit von einem einwandfreien Verfahren abhängt.⁵²⁷ Die Grundlage hierfür ist die notarielle Prüfungspflicht.⁵²⁸ Die Urkundsperson hat sich zu vergewissern, welche Regeln für die fragliche Beschlussfassung gelten und ob das durchgeführte Verfahren diese Anforderungen erfüllt. Zu beachten sind (neben gesetzlichen) auch statutarische Bestimmungen zur Regelung des Verfahrens, beispielsweise zur Frage, ob die Stimmrechtsvertretung an der Generalversammlung im konkreten Fall zulässig ist (vgl. Art. 689d Abs. 1 OR).

177

Ihre Kontrollfunktion übt die Urkundsperson in der Regel subtil aus – durch aufmerksames Beobachten und die schriftliche Dokumentation des Ablaufs.⁵²⁹ Zeichnen sich Verfahrensfehler ab, hat die Urkundsperson zunächst im Sinne einer Rechtsbelehrung auf die Person einzuwirken, die das Verfahren leitet, und sie auf ein regelkonformes Vorgehen hinzuweisen.⁵³⁰ Erst wenn dies erfolglos bleibt, soll die Urkundsperson ausnahmsweise das Wort verlangen und

178

⁵²⁴ Siehe VOSER, 118; ausführlich RUF, Gründungsbeurkundung, 326 ff. m.w.H.; vgl. hinten [N 339](#).

⁵²⁵ Siehe zur Qualifikation als Sachbeurkundung hinten [N 346 ff.](#)

⁵²⁶ ARNET, Aktienrecht, 5; ähnlich BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 283 ff., der allerdings auch die Gesellschaftsgründung als eine solche rechtlich normierte «Veranstaltung» versteht (zu diesem Verständnis eingehend hinten [N 226 ff.](#)

⁵²⁷ Siehe hinten [N 348](#).

⁵²⁸ Unter der Prüfungspflicht wird vorliegend die Pflicht der Urkundsperson verstanden, den ermittelten Sachverhalt rechtlich zu würdigen (dazu ausführlich vorne [N 79 ff.](#)).

⁵²⁹ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 285; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 14 N 74; GLANZMANN/WALZ, 7.

⁵³⁰ Es ist zur Sicherstellung eines korrekten Verfahrens zweckmässig, dass sich die Urkundsperson bereits im Vorfeld der Beschlussfassung mit dem Versammlungsleiter über die Organisation und den Ablauf der Versammlung austauscht; je nach Komplexität der Verhältnisse kann auch die Erstellung eines «Drehbuchs» über den Versammlungsablauf sinnvoll sein (siehe VOSER, 140 ff. mit zahlreichen Hinweisen für die Praxis; ferner MÜLLER-SMIT, 497).

der Versammlung ihre Vorbehalte über die Verfahrensdurchführung offenlegen.⁵³¹ Diese Vorbehalte sind in der Urkunde zu vermerken. Wird der Verfahrensfehler in der Folge nicht beseitigt, so ist die öffentliche Beurkundung grundsätzlich dennoch durchzuführen.⁵³² Unterhalb der Schwelle der Nichtigkeit liegt es in der Disposition des Organs, über den Verfahrensfehler hinwegzusehen.⁵³³ Handelt es sich um Beschlüsse der Generalversammlung, steht es jedem Aktionär, der nicht zugestimmt hat, im Anschluss offen, mit fristgerechter Anfechtung (Art. 706 f. OR) eine gerichtliche Überprüfung herbeizuführen.⁵³⁴ Anders muss die Urkundsperson entscheiden, wenn sie den Verfahrensfehler als derart gravierend einschätzt, dass er zur Nichtigkeit des Beschlusses führt.⁵³⁵ So ist die Beurkundung beispielsweise zu verweigern, wenn die Vorschriften zur Einberufung der Generalversammlung klarerweise nicht eingehalten wurden und zugleich nicht alle Aktionäre an der Versammlung vertreten sind.⁵³⁶

- 179 Die Tatsachenermittlung einerseits und die rechtlichen Schlüsse aus den ermittelten Tatsachen andererseits greifen oft ineinander,⁵³⁷ sind aber gleichwohl zu unterscheiden. Für ermittelte Tatsachen, beispielsweise die Bekanntgabe des zahlenmässigen Abstimmungsergebnisses in der Generalversammlung, liefert die öffentliche Urkunde qualifizierten Beweis. Rechtliche Schlüsse daraus, wie etwa die Erreichung eines qualifizierten Beschlussquorums können indes vom Urkundenleser (z.B. einem Gericht oder den Handelsregisterbehörden) jederzeit gestützt auf die beurkundeten Tatsachen hinterfragt und verifiziert werden.

V. Inhaltskontrolle

- 180 Mit der Inhaltskontrolle ist die Frage angesprochen, ob die öffentliche Beurkundung auf die materielle Übereinstimmung der formbedürftigen Akte mit objektivem Recht abzielt. Es geht mit anderen Worten um die Prüfungspflicht der Urkundsperson mit Bezug auf den Inhalt der Gründungsstatuten, von Statutenänderungen oder anderen Beschlüssen, die dem Beurkundungszwang

⁵³¹ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2869 und 2876; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, 233; VOSER, 148 f.

⁵³² Sog. Beurkundung unter Vorbehalt; siehe dazu vorne [N 83](#).

⁵³³ So zutreffend BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2877, wonach das Beurkundungsobligatorium nicht dem Zweck diene, das bewusste Fassen anfechtbarer Beschlüsse zu verhindern.

⁵³⁴ Zur Beschlussanfechtung als Gestaltungs-klagerecht siehe allgemein HUGUENIN/MAHLER, 136 f. und 140 ff.; KNOBLOCH, 7 f. und 117 ff.

⁵³⁵ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2879; ebenso VOSER, 152.

⁵³⁶ Gl.M. MÜLLER-SMIT, 498.

⁵³⁷ Dazu bereits vorne [N 80](#).

unterliegen.⁵³⁸ In der Lehre ist umstritten, inwieweit eine solche Pflicht besteht.

Nach der einen Sichtweise unterliegt die inhaltliche Rechtmässigkeit nicht der notariellen Kontrolle.⁵³⁹ Andere Autoren sehen die Urkundsperson dagegen zur Inhaltskontrolle in ähnlich umfassender Weise verpflichtet wie zur Verfahrenskontrolle.⁵⁴⁰ Eine vermittelnde Ansicht verneint zwar im Grundsatz eine Verantwortung der Urkundsperson für die materielle Rechtmässigkeit; die Beurkundung «klar rechtswidriger Beschlüsse» solle sie aber dennoch ablehnen.⁵⁴¹ Das Bundesgericht erwähnt die Inhaltskontrolle als Funktion aktienrechtlicher Beurkundungen nicht ausdrücklich, schliesst sie aber auch nicht aus.⁵⁴² 181

Dass die Urkundsperson nicht gänzlich von der Inhaltskontrolle entbunden sein kann, ergibt sich von Bundesrechts wegen aus ihrer Pflicht, eine eintragungsfähige Urkunde zu errichten.⁵⁴³ Eintragungsfähig ist das Geschäft nämlich nur, wenn es gewissen inhaltlichen Mindeststandards genügt. Die Urkundsperson ist also zur inhaltlichen Prüfung verpflichtet, fraglich ist einzig in welcher Tiefe. 182

Das Erkennen inhaltlicher Mängel, die bloss zur Anfechtbarkeit eines Beschlusses führen, wird aufgrund der Natur der notariellen Mitwirkung oftmals nicht zuverlässig möglich sein. So setzt etwa die Beurteilung, ob ein Beschluss gewisse Aktionäre ohne Rechtfertigung benachteiligt, die genaue Kenntnis der Aktionärsstruktur sowie weiterer Interna der Gesellschaft voraus, welche die Urkundsperson nicht überblicken kann. Anders als bei der Verfahrenskontrolle kann die öffentliche Beurkundung im Bereich der Inhaltskontrolle nicht wirksam zum Aktionärs- bzw. Minderheitenschutz beitragen. Erst das Gericht im Anfechtungsprozess kann die inhaltliche Gültigkeit des Beschlusses unter Einbezug aller massgeblichen Interessen beurteilen; dem soll die Urkundsperson 183

⁵³⁸ Dazu allgemein vorne [N 79 ff.](#)

⁵³⁹ So GLANZMANN/WALZ, 10 ff. mit Verweis auf das zürcherische Recht, welches die Urkundsperson indes nirgends explizit von der Kontrolle des Statuteninhalts entbindet.

⁵⁴⁰ TRIGO TRINIDADE/GRIESSEN COTTI, 232 ff.: «A notre avis, le notaire ne doit cependant pas se limiter à un examen de procédure. De la même manière qu'il doit examiner le contenu des statuts lors de la fondation [...], il nous paraît qu'il a le devoir d'informer la société lorsqu'il constate que le contenu de la modification statutaire décidée [...] n'est pas conforme au droit.»

⁵⁴¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 14 N 73; ebenso BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 287f; kritisch dazu KUNZ, Basisrecht, 194.

⁵⁴² BGE 102 II 420, E. 2b; siehe dazu vorne [N 158 ff.](#)

⁵⁴³ Siehe vorne [N 156](#); im aktienrechtlichen Kontext ARNET, Aktienrecht, 5.

nicht vorgreifen.⁵⁴⁴ Zu bedenken ist überdies, dass die öffentliche Beurkundung laut der bundesgerichtlichen Rechtsprechung primär «objektive Zwecke zum Schutze Dritter» verfolgt.⁵⁴⁵

- 184 Die vorrangige Zuständigkeit des Zivilgerichts und die Fokussierung auf Dritt- bzw. Allgemeininteressen sind beides Argumente, die auch für die Beschränkung der Kognition des Handelsregisterführers in materiell-rechtlichen Fragen vorgebracht werden.⁵⁴⁶ Es spricht daher einiges dafür, von einer im gleichen Umfang beschränkten Prüfungstiefe auszugehen. Die Prüfungspflicht der Urkundsperson hinsichtlich des Inhalts geht m.E. nur (und gerade) so weit wie jene des Handelsregisterführers. Der Inhalt des zu beurkundenden Geschäfts ist demnach zu überprüfen auf offensichtliche und unzweideutige Verletzungen zwingender Bestimmungen, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutz Dritter aufgestellt wurden.⁵⁴⁷ Im Fall einer solchen Verletzung hat die Urkundsperson die Beteiligten zu belehren und die Beurkundung nötigenfalls abzulehnen. Andere Inhaltsmängel sind nicht Gegenstand der notariellen Prüfung. Im Rahmen der Belehrung und Beratung soll sich die Urkundsperson bezüglich der inhaltlichen Gestaltung tendenziell zurückhalten.⁵⁴⁸ Ihre Pflicht zur Unparteilichkeit⁵⁴⁹ verbietet es, die gesellschaftsinterne Willensbildung zugunsten des Verwaltungsrats oder der einen oder anderen Aktionärsfraktion zu beeinflussen.⁵⁵⁰
- 185 Im Vergleich zur Verfahrenskontrolle hat die Inhaltskontrolle, die mit der öffentlichen Beurkundung aktienrechtlicher Akte erfolgt, nach dem Gesagten bloss eine beschränkte Tragweite. Sie soll nur – aber immerhin – sicherstellen, dass das beurkundete Geschäft aus inhaltlicher Sicht eintragungsfähig ist.

⁵⁴⁴ Zur Aufgabenteilung zwischen streitiger und nichtstreitiger Gerichtsbarkeit siehe bereits vorne [N 83](#).

⁵⁴⁵ BGE 102 II 420, E. 2b.

⁵⁴⁶ Umfassend dazu FORSTMOSER, Kognitionsbefugnis, 11 ff. m.w.H.; siehe auch VON DER CRONE, Aktienrecht, N 67 ff.

⁵⁴⁷ Ebenso (mit Bezug auf die Gründungsstatuten) SCHAUB, 268; siehe zur Kognitionsformel des Bundesgerichts hinten [N 205 f.](#)

⁵⁴⁸ Zulässig ist gleichwohl die Erteilung von Rechtsauskünften, um welche die Urkundsperson ersucht wird, soweit keine Gefahr einer Bevorzugung oder Benachteiligung einzelner Beteiligter besteht (z.B. Beratung der Gründer hinsichtlich der Statuten). Vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2785; SCHAUB, 268.

⁵⁴⁹ Siehe dazu vorne [N 85](#).

⁵⁵⁰ So soll die Urkundsperson etwa an einer Generalversammlung die Versammlungsleitung (anders als bei Verfahrensfehlern) nur mit Zurückhaltung belehren, wenn sie der Ansicht ist, der zu beurkundende Beschluss sei wegen eines Inhaltsmangels anfechtbar (anders TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, 234: «[...] le notaire doit attirer l'attention du conseil d'administration sur le vice et le risque d'annulation [...]»).

VI. Ergebnis: Präventive Rechtsdurchsetzung als Primärfunktion

Im Ergebnis lässt sich die Kernfunktion der öffentlichen Beurkundung im Aktienrecht umschreiben als präventive Rechtsdurchsetzung: Die Urkundsperson arbeitet darauf hin, dass sich die Beteiligten an Gesetz und Statuten halten. Umfassend kommt diese Funktion im Bereich der Verfahrenskontrolle zur Geltung. Indem sie die Vorgänge wahrheitsgemäss protokolliert, die Beteiligten über den korrekten Ablauf belehrt und die Beurkundung voraussichtlich nichtiger Beschlüsse ablehnt, sorgt die Urkundsperson für eine rechtskonforme Verfahrensgestaltung. Weniger leistungsfähig ist die öffentliche Beurkundung bei der Inhaltskontrolle. Die Interessengegensätze unter den Aktionären sowie zwischen Verwaltungsrat und Aktionariat sind der notariellen Prüfung entzogen. Die Prüftiefe ist aus diesem Grund reduziert: In der Verantwortung der Urkundsperson liegt es einzig, eine Urkunde zu errichten, die auch inhaltlich den Test der handelsregisterrechtlichen Eintragungsfähigkeit besteht (beschränkte Inhaltskontrolle).⁵⁵¹

186

Die Rechtsdurchsetzungsfunktion der öffentlichen Beurkundung ist insofern präventiv, als sie vor dem Wirksamwerden⁵⁵² des zu überprüfenden Akts ansetzt. So betrachtet bildet die öffentliche Beurkundung das Gegenstück zur streitigen Gerichtsbarkeit,⁵⁵³ die dem materiellen Recht im Nachhinein zur Durchsetzung verhilft, sei es durch Aufhebung oder Feststellung der Nichtigkeit eines rechtswidrigen Beschlusses, sei es durch Fällen eines Leistungsurteils.⁵⁵⁴ Die notarielle Vorkontrolle verhindert, dass gewisse mangelhafte und damit konfliktrträgliche Rechtsgeschäfte überhaupt erst entstehen. Sie reduziert das Potenzial für künftige Streitigkeiten und senkt die Kosten der gerichtlichen Streitentscheidung. Im deutschen Recht ist treffend die Rede von der «vorsorgenden Rechtspflege» durch das Notariat.⁵⁵⁵ Damit liegt der Akzent auf der Rolle der Urkundsperson als Rechtspflegeorgan im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Dank der präventiven Rechtsdurchsetzung sorgt der Beurkundungszwang im Aktienrecht für eine Entlastung von Verwaltung und Gerichten: Die Handelsregisterämter werden entlastet, weil die vorgelagerte

187

⁵⁵¹ Eingehend vorne [N 180 ff.](#)

⁵⁵² Soweit das Aktienrecht die öffentliche Beurkundung vorschreibt, handelt es sich stets um ein Gültigkeitserfordernis (siehe vorne [N 150](#)).

⁵⁵³ Eingehend KNIEPER, 5 ff. und 38 ff.; MAUCH, 275 ff.; REITHMANN, 17 ff.

⁵⁵⁴ Zur Rechtsdurchsetzung im Aktienrecht mittels streitiger Gerichtsbarkeit umfassend KNOBLOCH, 7 ff. und *passim*.

⁵⁵⁵ Siehe nur MAUCH, 272 ff.; REITHMANN, *passim*.

Kontrolle durch die Urkundsperson nicht eintragungsfähige Geschäfte ausscheidet. Der Entlastung der Justiz dient vorab die notarielle Verfahrenskontrolle, die Prozessen über die Anfechtung und Nichtigkeitserklärung formell mangelhafter Beschlüsse vorbeugt.

- 188 Bedeutsam ist die Erkenntnis, dass beurkundungsbedürftige Geschäfte des Aktienrechts einer zweistufigen Vorkontrolle unterworfen sind.⁵⁵⁶ Nach der Urkundsperson prüft auch das Handelsregisteramt die einzutragenden Vorgänge in gewissem Umfang auf ihre Rechtmässigkeit. Damit ist die Frage nach dem Verhältnis der beiden Prüfschritte zueinander aufgeworfen. Die Rechtsdurchsetzungsfunktion der öffentlichen Beurkundung erschliesst sich in ihrer Tragweite nur, wenn man sie im Kontext mit der registerrechtlichen Prüfbefugnis betrachtet.

⁵⁵⁶ Siehe KUNZ, Basisrecht, 173.

§ 8: Verhältnis zur Kognition der Handelsregisterbehörden

I. Zweck und Funktionen des Handelsregisters

Gemäss Art. 927 Abs. 1 OR bezweckt das Handelsregister namentlich die Erfassung und Offenlegung rechtlich relevanter Tatsachen; es dient der Rechtssicherheit und dem Schutz Dritter.⁵⁵⁷ Zur Publizität als Hauptfunktion gesellen sich die Anknüpfungs- und die Rechtsdurchsetzungsfunktion als Nebenfunktionen der Registerführung.⁵⁵⁸

189

1. Publizitätsfunktion

Das Handelsregister soll primär die für den Geschäftsverkehr erheblichen Informationen über kaufmännische Unternehmen und ihre Träger⁵⁵⁹ allgemein bekannt machen.⁵⁶⁰ Es steht mit anderen Worten im Dienst einer «Klarstellung durch Kundgabe».⁵⁶¹ Die Transparenz erstreckt sich über alle Tatsachen und Vorgänge, die nach Gesetz und Verordnung ins Register einzutragen sind, darunter etwa die Gründung, Kapitalveränderungen, den Gesellschaftszweck sowie die Vertretungsverhältnisse.⁵⁶² Die Einsicht in das Handelsregister ist ohne Interessennachweis möglich.⁵⁶³ Öffentlich zugänglich sind nicht nur die im

190

⁵⁵⁷ Siehe dazu Botschaft OR 2015, 3632 f.

⁵⁵⁸ Zum Ganzen MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 18 ff.; MEISTERHANS, Prüfungspflicht, 6 ff.; ausführlich VOGT, § 3 N 27 ff.

⁵⁵⁹ Das Handelsregisterrecht verwendet den Oberbegriff der «Rechtseinheit» zur abstrakten Bezeichnung der registrierten Unternehmensträger (siehe die Definition in Art. 927 Abs. 2 OR; dazu BK-SIFFERT, N 28 ff. zu Art. 927 OR).

⁵⁶⁰ Siehe BGE 135 III 304, E. 5.4; BGE 108 II 122, E. 5; BGE 75 I 74, E. 1; aus der Literatur GAUCH, 151.

⁵⁶¹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 19.

⁵⁶² Siehe Botschaft OR 2015, 3632; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 19; BK-SIFFERT, N 20 zu Art. 927 OR; vgl. den Ausnahmenkatalog von Art. 10 HRegV (Informationen, die nicht der Öffentlichkeit des Handelsregisters unterstehen).

⁵⁶³ Die Einträge, Statuten und Stiftungsurkunden sind gebührenfrei im Internet zugänglich (abrufbar unter <www.zefix.ch>; vgl. VIONNET-RIEDERER, N 20 ff.). Die Anmeldungen und übrigen Belege können von den Kantonen über das Internet zugänglich gemacht werden (so z.B. die Regelung in den Kantonen Zürich und Basel-Stadt); sie müssen von Bundesrechts wegen aber mindestens beim jeweiligen Handelsregisteramt einsehbar sein (siehe Art. 936 Abs. 2 OR).

Handelsregister eingetragenen Informationen, sondern auch die den Eintragungen zugrunde liegenden Belege (Art. 936 OR; Art. 11 HRegV).

2. Anknüpfungsfunktion

- 191 Die Eintragung ins Handelsregister schafft einen Tatbestand, mit dem das Gesetz bestimmte Rechtsfolgen verbinden kann.⁵⁶⁴ So wirkt die Eintragung für manche Rechtsakte konstitutiv; sie werden also erst mit der erfolgten Eintragung wirksam.⁵⁶⁵ Sodann dient die Eintragung beispielsweise als Anknüpfungspunkt für die Konkursfähigkeit (Art. 39 f. SchKG) oder die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts (Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO).

3. Rechtsdurchsetzungsfunktion

- 192 Vor der Eintragung prüft die Handelsregisterbehörde, ob die angemeldeten Sachverhalte gesetzliche Minimalanforderungen erfüllen. Auf diese Weise trägt das Handelsregister zur Verwirklichung des objektiven Rechts bei (Rechtsdurchsetzungsfunktion).⁵⁶⁶

II. Wirkungen der Handelsregistereintragung

1. Konstitutive Wirkung

- 193 Wo das Gesetz die konstitutive Wirkung des Handelsregistereintrags vorsieht, hat die soeben erwähnte Rechtsdurchsetzungsfunktion besondere Bedeutung.⁵⁶⁷ Das einzutragende Geschäft soll erst wirksam werden, wenn es die handelsregisterrechtliche Prüfung bestanden hat. Die Kombination von staatlicher Kontrolle und konstitutiver Eintragungswirkung dient dem Gesetzgeber zur Absicherung der Normativbestimmungen des Aktienrechts.⁵⁶⁸ Da die

⁵⁶⁴ Siehe MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 21; VIANIN, 108 f.; vgl. dazu VOGT, § 3 N 160 ff.

⁵⁶⁵ Siehe hinten [N 193 f.](#)

⁵⁶⁶ Siehe GAUCH, 151; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 23; VIANIN, 105.

⁵⁶⁷ Grundlegend VOGT, § 3 N 62 ff., der einen Rechtsdurchsetzungszweck des Handelsregisters im Bereich der rein deklaratorischen Eintragungswirkung verneint.

⁵⁶⁸ Die Vorkontrolle durch die Registerbehörde ist für das System der Normativbestimmungen (auch «System des Registerzwangs» genannt) begriffswesentlich. Dadurch unterscheidet es sich insbesondere vom sog. System der Errichtungsfreiheit, das die Gesellschaftsgründung ohne Registereintrag zulässt (siehe MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 11 N 16 ff.; ausführlich VOGT, § 6 N 66 ff.).

Rechtsdurchsetzung dem Wirksamwerden des Geschäfts vorgelagert ist, erfolgt sie (wie die Prüfung durch die Urkundsperson) präventiv.

Der Eintragung beurkundungsbedürftiger Tatsachen⁵⁶⁹ kommt überwiegend konstitutive Wirkung zu. Das gilt namentlich für die Gründung (Art. 643 Abs. 1 OR), für Kapitalveränderungen⁵⁷⁰, Statutenänderungen⁵⁷¹ und die fusionsrechtlichen Geschäfte.⁵⁷² Die einzige Ausnahme bildet der Auflösungsbeschluss der Generalversammlung, dessen Eintragung ins Handelsregister nach herrschender Ansicht nur deklarative Bedeutung hat.⁵⁷³ Dieser weitgehende Gleichlauf von Beurkundungszwang und konstitutiver Eintragungswirkung lässt die Interpretation zu, dass der Gesetzgeber die öffentliche Beurkundung bei besonders wichtigen Geschäften als zusätzlichen Schutzmechanismus eingebaut hat, um die Einhaltung der aktienrechtlichen Normativbestimmungen qualifiziert abzusichern.⁵⁷⁴ 194

2. Heilende Wirkung bei Gründungsmängeln

Gemäss Art. 643 Abs. 2 OR erlangt die Aktiengesellschaft das Recht der Persönlichkeit auch dann, wenn die Voraussetzungen der Eintragung tatsächlich nicht vorhanden waren. Die Bestimmung sieht eine heilende Wirkung der Registereintragung vor für den Fall, dass der Errichtungsakt mangelhaft ist. Mit der heilenden Wirkung beschränkt der Gesetzgeber die Rechtsdurchsetzungsfunktion, welche die Unwirksamkeit des mangelhaften Akts gebieten würde, zugunsten der Verkehrssicherheit.⁵⁷⁵ Die öffentliche Beurkundung des Errichtungsakts zielt darauf ab, mangelhafte Gründungen zu vermeiden und somit (im Interesse der Rechtsverwirklichung) die Anzahl der Fälle, in denen die heilende Wirkung zum Tragen kommt, zu reduzieren. 195

⁵⁶⁹ Siehe für eine Übersicht vorne [N 148 ff.](#)

⁵⁷⁰ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 386.

⁵⁷¹ BGE 84 II 34, E. 3; umstritten ist, in welchem Zeitpunkt Statutenänderungen im Innenverhältnis (zwischen der Gesellschaft und den Aktionären) wirksam werden (siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 395 ff.; KUNZ, Statuten, 77; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 77 f.; ZINDEL/WEBER/PHILIPPE, 36 ff.).

⁵⁷² Für die Fusion: Art. 22 Abs. 1 FusG; für die Spaltung: Art. 52 FusG.

⁵⁷³ Siehe BK-STOFFEL, N 7 zu Art. 736–747 OR.

⁵⁷⁴ Vgl. MEIER-HAYOZ, Form der Gesellschaftsgründung, 361: «Der Handelsregisterführer nimmt seine Prüfung gestützt auf die Feststellungen des Notars vor, was diesem eine wichtige Stellung im System der Normativbestimmungen verleiht.»

⁵⁷⁵ Eingehend VOGT, § 7 N 38 ff.

3. Publizitätswirkung und öffentlicher Glaube

- 196 Eng mit der Publizitätsfunktion verbunden ist die Frage nach den Rechtswirkungen der erfolgten Eintragung. Das Handelsregister erhebt den Anspruch, über bestimmte besonders bedeutsame Rechtsverhältnisse verlässlich Auskunft zu geben. Dementsprechend wird das Vertrauen des Rechtsverkehrs darauf, dass das Register vollständig und korrekt ist, gesetzlich geschützt.
- 197 Zunächst statuiert das Gesetz eine Kenntnisfiktion bezüglich richtiger Eintragungen:⁵⁷⁶ Ist eine Tatsache im Handelsregister eingetragen, kann niemand einwenden, er habe von ihr keine Kenntnis gehabt (Art. 936b Abs. 1 OR). Diese sog. positive Publizitätswirkung belastet Dritte mit der Obliegenheit, die veröffentlichten Eintragungen zu kennen.⁵⁷⁷ Ihnen bleibt alsdann das Argument verwehrt, sie hätten gutgläubig auf eine andere Sach- oder Rechtslage vertraut;⁵⁷⁸ möglich ist aber der Nachweis, dass die Eintragung nicht den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen entspricht.⁵⁷⁹ Die Kenntnisfiktion setzt mit der elektronischen Publikation der Eintragung im SHAB ein (vgl. Art. 936a Abs. 1 OR).⁵⁸⁰
- 198 Die sog. negative Publizitätswirkung tritt ein, wenn eine eintragungsbedürftige Tatsache nicht ins Handelsregister eingetragen worden ist. Für diesen Fall ordnet Art. 936b Abs. 2 OR an, dass Dritte die fragliche Tatsache nur gegen sich gelten lassen müssen, wenn sie ihnen bekannt war. Der durch die positive Publizitätswirkung vorausgesetzte Wissensstand wird also gleichsam begrenzt: Die Kenntnis des Registerinhalts ist notwendig, aber auch hinreichend. Um Tatsachen, deren Eintragung vorschriftswidrig unterblieben ist, brauchen Dritte nicht zu wissen; ihre Unkenntnis solcher Tatsachen gereicht ihnen nicht zum Vorwurf.⁵⁸¹ Erst wenn man den Dritten positive Kenntnis nachweisen kann, müssen sie sich die entsprechenden Verhältnisse entgehen lassen.

⁵⁷⁶ Siehe JUNG, Revision, 347 f.; VIANIN, 366 f.; ferner KRAMER, 406 f. mit Hinweisen auf das deutsche und österreichische Recht.

⁵⁷⁷ Siehe GAUCH, 146; VIANIN, 327 f.; VOGT, § 5 N 16.

⁵⁷⁸ Eine Abweichung hiervon kann nach Treu und Glauben geboten sein, wenn etwa der Eingetragene den guten Glauben des Dritten selber veranlasst hat (BGE 106 II 346, E. 4a).

⁵⁷⁹ Siehe BK-SIFFERT, N 6 zu Art. 936b OR. Dabei ist zu beachten, dass für den Registerinhalt die Richtigkeitsvermutung gemäss Art. 179 ZPO gilt (siehe CHK-SUTTER-SOMM/SEILER, N 1 zu Art. 179 ZPO).

⁵⁸⁰ Botschaft OR 2015, 3647. Die Eintragung hat also positive Publizitätswirkung, sobald sie Dritten gegenüber wirksam geworden ist (zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens siehe EHRA-Praxismitteilung 1/21).

⁵⁸¹ Die Konsultation des Handelsregisters bedeutet in diesem Zusammenhang gebotene Aufmerksamkeit im Sinn von Art. 3 Abs. 2 ZGB (GAUCH, 149; ausführlich VOGT, § 4 N 11 ff.).

sen.⁵⁸² Die negative Publizitätswirkung ist von vornherein nicht anwendbar, wenn der Eintragung konstitutive Wirkung zukommt. Unterbleibt eine Eintragung mit Konstitutivwirkung, ist das fragliche Rechtsverhältnis gar nicht entstanden. Es kann Dritten schon aus diesem Grund nicht entgegeng gehalten werden.⁵⁸³

Lange Zeit umstritten war, ob (und unter welchen Voraussetzungen) Dritte in ihrem Vertrauen geschützt werden, wenn eine Eintragung nicht mit der wirklichen Sach- oder Rechtslage übereinstimmt.⁵⁸⁴ Mit der Revision des Handelsregisterrechts 2017 wurde der öffentliche Glaube des Handelsregisters gesetzlich geregelt. Das revidierte Recht hält eine vermittelnde Lösung bereit: Wer sich gutgläubig auf eine unrichtige Eintragung verlassen hat, wird im Grundsatz geschützt.⁵⁸⁵ Vorbehalten bleiben aber überwiegende Interessen, die dem Gutglaubensschutz entgegenstehen (Art. 936b Abs. 3 OR).⁵⁸⁶

199

III. Prüfungspflicht der Handelsregisterbehörden

Zur Gewährleistung der Rechtsdurchsetzungsfunktion hat die Handelsregisterbehörde das Eintragungsgesuch in gewissem Umfang zu prüfen. Sie überprüft die Anmeldung und die Belege auf ihre Gesetzmässigkeit (unten [1.](#)), grundsätzlich aber nicht auf ihre Richtigkeit, d.h. auf die Übereinstimmung mit den tatsächlichen Verhältnissen (unten [2.](#)).

200

1. Prüfung auf Gesetzmässigkeit

Die Prüfungspflicht der Handelsregisterbehörde ist deckungsgleich mit ihrer Prüfungsbefugnis.⁵⁸⁷ Zur Frage, in welchem Umfang die Behörde die Anmel-

201

⁵⁸² Kritisch dazu KRAMER, 409 ff., wonach entscheidend sein soll, ob der Dritte effektiv auf den unvollständigen Registereintrag vertraut hat. Nach dieser Ansicht wäre dem Dritten die Berufung auf die negative Publizitätswirkung auch dann versagt, wenn er zwar nicht um die Unvollständigkeit des Registers wusste, aber seine Disposition ohne Rücksicht auf das nicht eingetragene Verhältnis tätigte.

⁵⁸³ Siehe GAUCH, 150; KRAMER, 409 mit Fn. 20; VOGT, § 4 N 26 f.

⁵⁸⁴ Ausführliche Darstellung des Meinungsstands unter altem Recht bei VOGT, § 2 N 57 ff.

⁵⁸⁵ Durch den Verweis auf den guten Glauben des Dritten deutet das Gesetz an, dass dessen Wissensstand strenger beurteilt wird als im Rahmen der negativen Publizitätswirkung. Mit Blick auf die Wertung, dass die Kenntnis des Registerinhalts genügt und keine weitergehenden Nachforschungen verlangt werden, ist diese Ungleichbehandlung problematisch (siehe KRAMER, 408 f.).

⁵⁸⁶ Ablehnend gegenüber diesem Vorbehalt KRAMER, 407 («völlig konturlose Einschränkung»); kritisch auch VOGT, § 1 N 317 f.

⁵⁸⁷ Das ergibt sich direkt aus dem Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV).

dungen und Belege auf ihre Rechtmässigkeit prüfen darf (und muss), hat das Bundesgericht in langjähriger Rechtsprechung einen Kriterienkatalog entwickelt.⁵⁸⁸ Demnach unterscheidet sich die Kognition in formellen und registerrechtlichen Fragen von derjenigen in Fragen des materiellen Rechts.

1.1 Formelle und registerrechtliche Fragen

- 202 Die formellen und registerrechtlichen Voraussetzungen der Eintragung prüft die Handelsregisterbehörde frei, d.h. ohne Einschränkung der Kognition.⁵⁸⁹ Dazu gehören etwa die örtliche Zuständigkeit des Amts⁵⁹⁰, die Vollständigkeit und Formgültigkeit der Belege und die grundsätzliche Eintragungsfähigkeit des angemeldeten Sachverhalts.⁵⁹¹ Auch zu den formellen Voraussetzungen zählt, dass die Anmeldung von den hierzu ermächtigten Personen ausgeht.⁵⁹²
- 203 Kraft besonderer Bestimmungen hat die Handelsregisterbehörde sodann die Einhaltung der Vorschriften über die Firmenbildung (Art. 955 OR)⁵⁹³ sowie die Zulassung und Unabhängigkeit der einzutragenden Revisionsstelle (Art. 61 HRegV) vertieft zu prüfen.⁵⁹⁴ Nach dem Bewilligungsgesetz darf die Behörde eine Gesellschaft nur eintragen, wenn die Bewilligungspflicht ohne Weiteres ausgeschlossen ist (Art. 18 BewG).⁵⁹⁵
- 204 Fehlt es an einer formellen oder registerrechtlichen Voraussetzung, muss die Handelsregisterbehörde die Eintragung verweigern.⁵⁹⁶ Bei behebaren Män-

⁵⁸⁸ Zur sog. Kognitionsformel des Bundesgerichts siehe BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 2.1 (nicht publ. in BGE 140 III 206); BGE 125 III 18, E. 3b; BGE 121 III 368, E. 2a.

⁵⁸⁹ Statt vieler BGE 114 II 68, E. 2; aus der Literatur GLANZMANN, Wandel, 51; KUNZ, Kognition, 117; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 58; umfassend MEISTERHANS, Prüfungspflicht, 134 ff.

⁵⁹⁰ Aktiengesellschaften sind ins Handelsregister des Kantons einzutragen, wo sie ihren Sitz haben (Art. 640 OR). Zweigniederlassungen werden im Kanton eingetragen, wo sie sich befinden (Art. 931 Abs. 2 OR).

⁵⁹¹ Siehe KUNZ, Kognition, 117; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 57; VIANIN, 150 f.; zur Prüfung der Formgültigkeit öffentlicher Urkunden MEISTERHANS, Prüfungspflicht, 150 ff.

⁵⁹² Durch wen die Anmeldung zu erfolgen hat, regelt Art. 17 HRegV; dazu hinten [N 344](#).

⁵⁹³ Siehe hinten [N 290 ff.](#)

⁵⁹⁴ Siehe hinten [N 264](#).

⁵⁹⁵ Siehe hinten [N 302](#).

⁵⁹⁶ Über die Verweigerung erlässt das kantonale Handelsregisteramt auf Verlangen der Anmeldenden eine beschwerdefähige Verfügung. Diese kann innert 30 Tagen bei einem oberen kantonalen Gericht als einziger (kantonal) Beschwerdeinstanz angefochten werden (Art. 942 OR). Je nach kantonomer Regelung ist das Verwaltungs-, das Ober- (bzw. Kantons-) oder das Handelsgericht zuständig (aktuelle Übersicht bei BK-SIFFERT, N 12 zu Art. 942 OR). Gegen abweisende Verfügungen des EHRA (siehe Art. 33 HRegV) ist beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde zu führen (MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 159; GLANZMANN, Wandel, 49 f.).

geln (z.B. fehlenden Belegen) gibt sie den Parteien Gelegenheit, das Gesuch zu verbessern bzw. zu vervollständigen, bevor sie es zurückweist.⁵⁹⁷

1.2 Materiell-rechtliche Fragen

In materiell-rechtlichen Fragen ist die Kognition der Handelsregisterbehörde beschränkt. Sie darf nicht bei jeder mutmasslichen Rechtsverletzung einschreiten, sondern nur dann, wenn das einzutragende Geschäft gegen eindeutig zwingende Rechtsnormen verstösst, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutz Dritter aufgestellt wurden.⁵⁹⁸ Bei einem Verstoß gegen bloss dispositive Normen fällt eine Verweigerung der Eintragung von vornherein ausser Betracht. Das gleiche gilt für Vorschriften, die lediglich dem Aktionärsschutz dienen, selbst wenn sie zwingend sind. Die Handelsregisterbehörde schreitet nur ein, wenn Dritt- oder Allgemeininteressen tangiert sind. Aber auch dann setzt die Ablehnung der Eintragung voraus, dass die Rechtsverletzung offensichtlich und unzweideutig ist.⁵⁹⁹ Wo eine andere Auslegung zumindest vertretbar scheint, soll die Eintragung erfolgen und die materielle Beurteilung dem Zivilgericht überlassen bleiben.⁶⁰⁰ Verfahrensfehler etwa führen nur dann zur Verweigerung der Eintragung, wenn bereits aus den Belegen unzweideutig hervorgeht, dass der einzutragende Beschluss nichtig ist.⁶⁰¹ Laut einem jüngeren Urteil des Bundesgerichts gilt das Erfordernis der unzweideutigen und offensichtlichen Rechtsverletzung nicht, wenn «fundamentale Fragen des Gesellschaftsrechts»⁶⁰² zur Diskussion stehen.⁶⁰³ Im Bereich der gesellschafts-

205

⁵⁹⁷ Siehe BK-SIFFERT, N 15 zu Art. 937 OR; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 66.

⁵⁹⁸ Statt vieler BGE 125 III 18, E. 3b; siehe FORSTMOSER, Kognitionsbefugnis, 5; KUNZ, Kognition, 121 f.

⁵⁹⁹ Siehe BGE 121 III 368, E. 2a; BGE 117 II 186, E. 1; BGE 114 II 68, E. 2; KUNZ, Kognition, 122; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 67.

⁶⁰⁰ Siehe FORSTMOSER, Kognitionsbefugnis, 11 f.

⁶⁰¹ Nicht offensichtlich ist die Nichtigkeit etwa bei Beschlüssen einer Generalversammlung, die laut Protokoll als Universalversammlung (Art. 701 OR) konstituiert war, an der aber effektiv nicht alle Aktionäre vertreten waren. Die Beschlüsse dieser Versammlung sind zwar nichtig (siehe BGE 137 III 460, E. 3.3.2; vgl. auch hinten [N 430 ff.](#)), die Nichtigkeit ergibt sich aber nicht eindeutig aus den Belegen. Die Beschlüsse sind ohne weitere Abklärungen durch die Behörde einzutragen (BGE 114 II 68, E. 2b).

⁶⁰² Im konkreten Fall ging es um die Zulässigkeit der Ausgabe von Partizipationsscheinen bei Genossenschaften.

⁶⁰³ BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 2.2 (nicht publ. in BGE 140 III 206) mit Verweis u.a. auf BGE 125 III 18, E. 3c, in welchem das Bundesgericht bereits ähnlich argumentiert hatte; kritisch zu letzterem Urteil FORSTMOSER, Kognitionsbefugnis, 10.

rechtlichen Grundstrukturen kommt der Handelsregisterbehörde demnach umfassende Kognition zu.⁶⁰⁴

- 206 Der bundesgerichtlichen Praxis zur Kognition in materiell-rechtlichen Fragen stand aus der Literatur bisweilen vehemente Kritik entgegen.⁶⁰⁵ Die sog. Kognitionsformel kann inzwischen aber als gefestigt bezeichnet werden. Der Gesetzgeber hat sie bei der Revision des Handelsregisterrechts bewusst nicht im OR verankert, um den Gerichten Raum für eine Weiterentwicklung ihrer Rechtsprechung zu lassen.⁶⁰⁶ Die bisherige Bundesgerichtspraxis bleibt damit fürs Erste auch unter neuem Recht massgeblich.

2. Grundsätzlich keine Prüfung auf Richtigkeit

- 207 Damit das Handelsregister seine Funktion als verlässliche Informationsquelle erfüllen kann, müssen die Eintragungen wahr sein (sog. Wahrheitsgebot; Art. 929 Abs. 1 OR). Das Wahrheitsgebot richtet sich nach der herrschenden Lehre aber in erster Linie an die anmeldenden Personen und nur in zweiter Linie an die Handelsregisterbehörden.⁶⁰⁷ Diese haben im Grundsatz lediglich zu prüfen, ob die angemeldeten Tatsachen vollständig aus den Belegen hervorgehen. Im Übrigen tragen sie keine Verantwortung für die Richtigkeit der Eintragungen. Die Behörde hat davon auszugehen, dass die Anmeldung und die Belege der Wahrheit entsprechen.⁶⁰⁸ Weitergehende Abklärungspflichten bestehen nur ausnahmsweise, wenn die angemeldeten Tatsachen notorisch unwahr sind.⁶⁰⁹

⁶⁰⁴ Damit hat das Bundesgericht die Kognitionsrechtsprechung um eine neue Fallgruppe erweitert – dies *nota bene* in einer Erwägung, die in der amtlich publizierten Fassung des Entscheids (BGE 140 III 206) nicht enthalten ist (siehe KUNZ, Kognition, 124 f.; vgl. auch GLANZMANN, Wandel, 51).

⁶⁰⁵ Grundlegend BÄR, 410 ff.; ausführliche Kritik auch bei MEISTERHANS, Prüfungspflicht, 458 ff.

⁶⁰⁶ Siehe Botschaft OR 2015, 3648; kritisch dazu JUNG, Revision, 352 ff.

⁶⁰⁷ Siehe MEISTERHANS, Prüfungspflicht, 125 m.w.H.; VIANIN, 149 ff.; ferner BK-SIFFERT, N 7 zu Art. 929 OR.

⁶⁰⁸ Dazu anschaulich BGer 4A_24/2007 vom 22. Juni 2007: Das Handelsregisteramt hat nicht zu prüfen, ob Personen, die an einer Generalversammlung mitgestimmt haben, tatsächlich Aktionäre sind; es darf (und muss) sich auf die Belege verlassen (insb. E. 5.2). Siehe ferner BGE 102 Ib 38, E. 2.

⁶⁰⁹ FORSTMOSER, Kognitionsbefugnis, 3; JUNG, Revision, 351 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 72; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 65; siehe auch MEISTERHANS, Prüfungspflicht, 126, wonach es «erheblicher Bedenken» an der Wahrheit der Anmeldung bedürfe, die «nahezu den Grad der Gewissheit erreichen»; VIANIN, 158, der «*doutes sérieux et objectifs*» voraussetzt.

3. Vergleich mit der Wahrheits- und Prüfungspflicht der Urkundsperson

Stellt man die präventive Kontrolle durch die Handelsregisterbehörde derjenigen durch die Urkundsperson gegenüber, zeigen sich massgebliche Unterschiede. Verschieden sind nicht nur die rechtlichen Regelungen der jeweiligen Prüfpflichten, sondern – viel grundlegender – auch die faktischen Prüfmöglichkeiten der beiden Akteure, was wiederum durch Unterschiede im Verfahren bedingt ist. Das Verfahren vor der Handelsregisterbehörde ist vom Belegprinzip beherrscht: Was eingetragen werden soll, muss durch schriftliche Belege ausgewiesen werden.⁶¹⁰ Gesetz und Verordnung formalisieren die Tatsachenermittlung, indem sie genaue Vorgaben aufstellen, welche Belege für die fragliche Eintragung nötig sind, in welcher Form und mit welchem Inhalt sie vorliegen müssen.⁶¹¹ Es handelt sich, wenn man so will, um einen reinen «Aktenprozess». Demgegenüber zielt das Beurkundungsverfahren auf die Ermittlung der materiellen Wahrheit.⁶¹² Die Urkundsperson muss sich durch eigene Wahrnehmung vom Vorliegen der zu beurkundenden Tatsachen überzeugen.⁶¹³ Zu diesem Zweck interagiert sie während des Vor- und Hauptverfahrens in gewissem Umfang mit den beteiligten Personen.⁶¹⁴ Sie nimmt am rechtserheblichen Vorgang (z.B. an der Generalversammlung) selber teil, um eine wahrheitsgetreue Urkunde zu errichten. Anders als die Urkundsperson hat die Handelsregisterbehörde grundsätzlich weder die Möglichkeit noch die Pflicht, die Wahrhaftigkeit des Urkundeninhalts zu hinterfragen.

208

Unterschiedlich sind sodann die Möglichkeiten, die Beteiligten zur Beachtung der prozeduralen Regeln anzuhalten. Die Handelsregisterbehörde kann im Nachhinein aufgrund der Belege lediglich entscheiden, ob sie das Geschäft einträgt oder zurückweist. Die Eintragung wird nur bei qualifizierten Mängeln verweigert, die ohne Weiteres aus den Belegen ersichtlich sind.⁶¹⁵ Dagegen sind die Einflussmöglichkeiten der Urkundsperson weitaus differenzierter: Sie wirkt nur schon durch ihre Präsenz und – falls nötig – durch Belehrung und Beratung auf ein korrektes Verfahren hin. Setzen sich die Beteiligten darüber hinweg, vermerkt sie ihre Zweifel an der Gültigkeit der Beschlüsse in der Ur-

209

⁶¹⁰ Ausführlich zum Belegprinzip MEISTERHANS, Prüfungspflicht, 135 ff.; BK-SIFFERT, N 22 ff. zu Art. 929 OR.

⁶¹¹ Exemplarisch Art. 43 f. HRegV für die Gründung der Aktiengesellschaft.

⁶¹² Siehe HUBER, 263 f.; MARTI, 100 ff.; differenzierend BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 253 f.

⁶¹³ Zur Wahrheitspflicht siehe vorne [N 71 ff.](#)

⁶¹⁴ Zu den Verfahrensstadien siehe vorne [N 60 ff.](#)

⁶¹⁵ Siehe vorne [N 200 ff.](#)

kunde; die Beurkundung voraussichtlich nichtiger Beschlüsse verweigert sie.⁶¹⁶ Insgesamt ist die öffentliche Beurkundung im Bereich, der hier als Verfahrenskontrolle bezeichnet wird,⁶¹⁷ deutlich leistungsfähiger als die registerrechtliche Kontrolle. Sie kann besser als diese gewährleisten, dass der Sachverhalt wahrheitsgetreu dokumentiert wird und das Verfahren rechtskonform abläuft.

- 210 Wie an anderer Stelle ausgeführt ist die öffentliche Beurkundung nur beschränkt geeignet, aktienrechtliche Rechtsgeschäfte inhaltlich zu überprüfen.⁶¹⁸ Die Urkundsperson weiss in der Regel nicht um die Machtverhältnisse in der Gesellschaft und die Interessenlagen einzelner Aktionärsgruppen. Sie ist auch nicht gehalten, sich damit auseinanderzusetzen. Im Gegenteil: Ihre Pflicht zur Unparteilichkeit verbietet es ihr, die gesellschaftsinterne Willensbildung zu beeinflussen, sei es zugunsten des Verwaltungsrats oder einzelner Aktionäre.⁶¹⁹ Der Belehrung und Beratung in inhaltlicher Hinsicht sind daher im Aktienrecht enge Grenzen gesetzt. Die Rolle der Urkundsperson ist insofern mit jener der Handelsregisterbehörde vergleichbar: Sie überprüft die Beschlüsse auf qualifizierte Rechtsverstöße. Fehlen solche, ist die Beurkundung vorzunehmen. Über etwaige Einwände betroffener Personen entscheidet das Zivilgericht im kontradiktorischen Verfahren. Die Gegenüberstellung mit der registerrechtlichen Prüfung bestätigt die zuvor aufgestellte These, dass für die (beschränkte) Inhaltskontrolle im Rahmen der öffentlichen Beurkundung die gleichen Prüfkriterien gelten wie im Registerrecht.⁶²⁰
- 211 Die formellen und registerrechtlichen Voraussetzungen unterliegen in erster Linie der Prüfung durch die Handelsregisterbehörden. Die Urkundsperson ist ihrerseits verpflichtet, die Eintragungsfähigkeit des beurkundeten Geschäfts sicherzustellen. Sie muss daher in ihrem Aufgabenbereich auf die Einhaltung des Registerrechts achten. Reicht die Urkundsperson in Absprache mit den Parteien die Dokumente bei der Handelsregisterbehörde ein,⁶²¹ hat sie sich insbesondere zu vergewissern, dass sie die örtlich zuständige Behörde adressiert, die Belege vollständig sowie formgerecht vorliegen und die richtigen Personen die Anmeldung unterzeichnet haben. Erfolgt die Einreichung durch die Parteien selbst, ist die Urkundsperson dagegen nicht verantwortlich für die Einhaltung dieser Vorgaben.

⁶¹⁶ Siehe vorne [N 178](#).

⁶¹⁷ Siehe vorne [N 173 ff.](#)

⁶¹⁸ Siehe vorne [N 180 ff.](#)

⁶¹⁹ Siehe vorne [N 183](#).

⁶²⁰ Siehe vorne [N 184 ff.](#)

⁶²¹ Siehe hinten [N 344](#).

IV. Rechtsvergleichende Hinweise

Die Rechtsordnungen des Common Law verzichten traditionell weitgehend auf eine präventive Rechtskontrolle im Gesellschaftsrecht.⁶²² Die staatlichen Rechtspflegeorgane werden erst nachträglich auf Klage eines Beteiligten im Rahmen der streitigen Gerichtsbarkeit tätig.⁶²³ Demgegenüber ist das Modell der doppelten Vorkontrolle gesellschaftsrechtlicher Akte erstens durch die Urkundsperson und zweitens durch eine (Handelsregister-)Behörde im kontinentaleuropäischen Rechtsraum verbreitet.⁶²⁴ 212

Als Minimalvorgabe an die Mitgliedstaaten verlangt das EU-Richtlinienrecht, dass der Errichtungsakt und die Satzung von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung dann öffentlich beurkundet werden müssen, wenn die Gesellschaftsgründung nach den Vorschriften des betreffenden Mitgliedstaats keiner vorbeugenden Verwaltungs- oder gerichtlichen Kontrolle unterworfen ist.⁶²⁵ Mit anderen Worten können die Mitgliedstaaten alternativ die öffentliche Beurkundung oder eine registerrechtliche Kontrolle vorschreiben. Eine einstufige Vorkontrolle ist notwendig, aber auch ausreichend. Die notarielle Kontrolle wird damit im EU-Recht als der behördlichen Vorprüfung gleichwertig bzw. durch diese austauschbar betrachtet.⁶²⁶ 213

Die Mitgliedstaaten können in ihrer Gesetzgebung über diese Vorgabe hinausgehen. So muss etwa in Deutschland die Gesellschaftsgründung (wie in der Schweiz) ausnahmslos eine doppelte Prüfung durchlaufen. Die Satzung bzw. der Gesellschaftsvertrag muss zunächst notariell beurkundet werden.⁶²⁷ Sodann prüft das Registergericht vor der Eintragung, ob die Gesellschaft ordnungsgemäss errichtet und angemeldet ist.⁶²⁸ 214

Auch in Österreich gilt grundsätzlich das Erfordernis der doppelten Gründungskontrolle. Die Satzung bzw. der Gesellschaftsvertrag muss in der Form des Notariatsakts festgestellt werden.⁶²⁹ Darauf folgt die Prüfung durch das 215

⁶²² Umfassend MALAVET, 390 ff.; siehe ferner KNIEPER, 33 ff. und 55; KUNZ, Basisrecht, 172 f.; MAUCH, 272 ff.

⁶²³ Siehe dazu vorne [N 187](#).

⁶²⁴ Rechtsvergleichend MAUCH, 272 ff.; ferner KUNZ, Basisrecht, 172 f.

⁶²⁵ Art. 10 RL 2017/1132; dazu JUNG, Paradigmenwechsel, 59 ff.; MAUCH, 279.

⁶²⁶ Ähnlich MAUCH, 279 a.E.

⁶²⁷ § 23 Abs. 1 AktG/D; § 2 GmbHG/D. Zur öffentlichen Beurkundung mittels Videokommunikation (GmbH) siehe vorne [N 124](#).

⁶²⁸ § 38 Abs. 1 AktG/D; § 9c GmbHG/D.

⁶²⁹ § 16 AktG/A; § 4 Abs. 3 GmbHG/A.

Firmenbuchgericht im Rahmen des Eintragungsverfahrens.⁶³⁰ Seit Anfang 2018 lässt das österreichische Recht eine vereinfachte GmbH-Gründung auf elektronischem Weg zu.⁶³¹ Ein Notariatsakt ist in diesem besonderen Verfahren nicht erforderlich.⁶³² Die vereinfachte Gründung ist auf Gesellschaften beschränkt, deren einziger Gesellschafter eine natürliche Person und zugleich einziger Geschäftsführer ist.⁶³³ Damit verfolgt der österreichische Gesetzgeber einen ähnlichen Regelungsansatz, wie er in der Schweiz anlässlich der Aktienrechtsrevision 2020 für einfach strukturierte Gesellschaften diskutiert wurde.⁶³⁴

- 216 Eine bloss einstufige Vorkontrolle kennt dagegen das französische Recht. Der *Code de Commerce* in seiner heutigen Fassung lässt eine privatschriftliche Erklärung der Gründer genügen.⁶³⁵ Die öffentliche Beurkundung ist nicht vorgeschrieben – es sei denn, es werde eine Liegenschaft in die Gesellschaft eingebracht.⁶³⁶ Die Gründung ist bei der Handelsgerichtskanzlei (*greffe du tribunal de commerce*) anzumelden, welche eine Rechtmässigkeitsprüfung vornimmt.⁶³⁷

V. Würdigung

- 217 Die Notwendigkeit einer präventiven Rechtskontrolle, wie sie mit der öffentlichen Beurkundung aktienrechtlicher Geschäfte erfolgt, ist mitunter vor dem Hintergrund der weitreichenden Wirkungen des Handelsregisters zu erklären.⁶³⁸ Dritte werden in ihrem Vertrauen auf den Handelsregistereintrag auch dann geschützt, wenn die eingetragene Tatsache unrichtig war (öffentlicher Glaube).⁶³⁹ Wo das Gesetz die heilende Wirkung der Eintragung vorsieht,⁶⁴⁰ wird die Rechtslage gar gemäss dem mangelhaften Rechtsgeschäft gestaltet, wenn es einmal eingetragen ist. Diese Eintragungswirkungen lassen sich informationsökono-

⁶³⁰ Eingehend ZIEGER/DORALT, 250 ff.; siehe ferner MOSCH, 132 f.

⁶³¹ Zur Entstehungsgeschichte siehe MOSCH, 108 ff. Die vereinfachte Gründung ist nicht zu verwechseln mit der Gründung durch elektronischen Notariatsakt (zu dieser siehe vorne [N 125](#)).

⁶³² § 9a Abs. 4 GmbHG/A.

⁶³³ § 9a Abs. 1 GmbHG/A; zu den weiteren Voraussetzungen siehe MOSCH, 110 ff.

⁶³⁴ Siehe vorne [N 144 ff.](#)

⁶³⁵ Für die *société anonyme*: Art. L225-2 Code de Commerce; für die *société à responsabilité limitée*: Art. L223-6 Code de Commerce.

⁶³⁶ Siehe MAUCH, 278 m.w.H.

⁶³⁷ Siehe Art. L225-2 und L210-7 Code de Commerce.

⁶³⁸ Siehe vorne [N 193 ff.](#)

⁶³⁹ Siehe vorne [N 199](#).

⁶⁴⁰ Siehe vorne [N 195](#).

misch rechtfertigen: Wer Gewissheit hat, dass er sich auf die eingetragenen Informationen verlassen kann, muss keine Kosten für die Informationsbeschaffung ausserhalb des Registers aufwenden.⁶⁴¹ Allerdings wird damit jeweils ein Zustand geschützt, der dem objektiven Recht widerspricht. Der Rechtsdurchsetzungszweck des Handelsregisters gebietet, dass im Gegenzug die Anzahl der Fälle, in denen der öffentliche Glaube oder die heilende Wirkung zum Tragen kommt, auf ein Minimum begrenzt wird. Das wiederum macht eine qualifizierte Richtigkeitsgewähr durch staatliche Vorkontrolle notwendig.

Wie bereits aufgezeigt wurde, erfolgt die Vorkontrolle im schweizerischen Recht durch zwei Instanzen, wenn für das fragliche Geschäft die öffentliche Beurkundung vorgeschrieben ist. Im Bereich der Verfahrenskontrolle hat die Prüfungstätigkeit der Urkundsperson eine eigenständige Funktion: Aufgrund ihrer persönlichen Teilnahme kann die Urkundsperson darauf hinwirken, dass die Tatsachen richtig festgehalten und die prozeduralen Regeln eingehalten werden. Diesen Prüfbereich vermag das registerrechtliche Eintragungsverfahren nicht abzudecken. 218

Bei der Inhaltskontrolle sind die Prüfbereiche und -kriterien der Urkundsperson und der Handelsregisterbehörde nach der vorliegend entwickelten Sichtweise indes deckungsgleich. Die Mitwirkung der Urkundsperson führt hier dazu, dass sich die Wahrscheinlichkeit der Entdeckung von Inhaltsmängeln im Sinn des Vier-Augen-Prinzips erhöht. Vorausgesetzt für diesen Effekt ist immerhin, dass die beiden Akteure voneinander unabhängig sind. Problematisch ist dies in Kantonen, wo die Handelsregisterbeamten zugleich als Urkundspersonen agieren.⁶⁴² 219

Im Übrigen führt die öffentliche Beurkundung zu einer Reduktion mangelhafter Handelsregisteranmeldungen und einer Steigerung der Qualität der Eintragungsbelege.⁶⁴³ Dadurch werden die Handelsregisterbehörden in ihrer Prüfungstätigkeit entlastet.⁶⁴⁴ 220

Im nächsten Teil der Arbeit soll die Kontrollfunktion der Urkundsperson anhand der einzelnen aktienrechtlichen Beurkundungsgeschäfte analysiert werden. 221

⁶⁴¹ Umfassend dazu VOGT, § 10 N 48 ff. und 129 ff.; siehe auch KNIEPER, 52 f.

⁶⁴² Siehe vorne [N 48](#).

⁶⁴³ Dies war ein gewichtiges Argument, das in der Vernehmlassung (namentlich von den Handelsregisterbehörden) für eine Beibehaltung des Formzwangs vorgebracht wurde (siehe Vernehmlassung OR 2013, 15).

⁶⁴⁴ Siehe MAUCH, 280.

Dritter Teil:
Beurkundungsbedürftige Geschäfte des
Aktienrechts im Einzelnen

§ 9: Beurkundung des Errichtungsakts

I. Gegenstand der Beurkundung

Gegründet wird die Aktiengesellschaft mit dem sog. Errichtungsakt, einem 222 vertragsähnlichen Geflecht von Willens- und Wissenserklärungen der Gründer. Im Errichtungsakt legen die Gründer die Statuten fest und bestellen die Organe der künftigen Gesellschaft (Art. 629 Abs. 1 OR). Sie verpflichten sich je einzeln zur Leistung einer Einlage und treffen sodann übereinstimmend gewisse Feststellungen über die Zeichnung und Liberierung der Aktien (Art. 629 Abs. 2 OR).

Mit dem Errichtungsakt einigen sich die Gründer darauf, eine neue Rechtsperson 223 entstehen zu lassen und ihre Verhältnisse inskünftig gemäss den Entscheidungsabläufen zu ordnen, die das Gesetz für die Aktiengesellschaft vorgibt und die sie ergänzend selber in den Statuten aufgestellt haben. Sie unterwerfen sich mit anderen Worten der körperschaftlichen Verfassung, zu der insbesondere das Mehrheitsprinzip zählt.⁶⁴⁵ Diese Selbstbindung setzt den Konsens der Gründer voraus (Art. 1 Abs. 1 OR).

Der Errichtungsakt bildet die rechtsgeschäftliche Basis für die Verselbständigung 224 der Aktiengesellschaft als Körperschaft. Von der Rechtsfolge her betrachtet lässt er sich als sog. Statusgeschäft charakterisieren.⁶⁴⁶ Er bringt im Zusammenspiel mit der Eintragung ins Handelsregister die Körperschaft zum Entstehen. Auf der Tatbestandsseite ist nach der Zahl der Gründer zu unterscheiden. Sind mehrere Gründer beteiligt, ist der Errichtungsakt vertraglicher Natur, genauso wie der Zusammenschluss zu einer Personengesellschaft als Vertrag zu qualifizieren ist.⁶⁴⁷ Bei nur einem Gründer ist der Errichtungsakt ein einseitiges (nicht empfangsbedürftiges) Rechtsgeschäft, vergleichbar mit der Stiftungserrichtung (Art. 80 f. ZGB).⁶⁴⁸

⁶⁴⁵ Siehe VON DER CRONE, Aktienrecht, N 147; ferner ZK-CRAMER, N 1 ff. zu Art. 629 OR.

⁶⁴⁶ So GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 140 f.; VISCHER, Zeichnungs- und Sacheinlagevertrag, 537; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 147.

⁶⁴⁷ Ebenso VISCHER, Zeichnungs- und Sacheinlagevertrag, 537; siehe allgemein BSK OR II-HANDSCHIN, N 2 ff. zu Art. 530. Im Unterschied zum typischen zweiseitigen Vertrag besteht beim Gesellschaftsvertrag ein Gleichlauf der Interessen der Vertragsparteien. Der fehlende Interessengegensatz ändert aber nichts an der vertraglichen Natur des Zusammenschlusses.

⁶⁴⁸ Ausführlich zum sog. Stiftungsgeschäft BSK ZGB I-GRÜNINGER, N 4 ff. zu Art. 80.

- 225 Um die Rechtsnatur der Gesellschaftsgründung ranken sich in der Lehre seit jeher Kontroversen. Unter dem Aktienrecht von 1936 stand die Einordnung der sog. Sukzessivgründung, also der Gründung durch aufeinanderfolgende Aktienzeichnungen gestützt auf einen vorab erstellten Statutenentwurf,⁶⁴⁹ im Zentrum der Debatte. Während ein Teil der Lehre von der vertraglichen Natur beider Gründungsverfahren ausging, bewerteten andere Autoren die Sukzessivgründung als einen gesellschaftsrechtlichen Konstitutivakt eigener Art (sog. Kreationstheorie).⁶⁵⁰ Kaum bestritten war unter altem Recht dagegen die vertragliche Natur der Simultangründung, die in den Materialien bisweilen (in Gegenüberstellung zur Sukzessivgründung) als «vertragliche Gründung» bezeichnet wurde.⁶⁵¹ Dem entsprach, dass die Simultangründung gemäss der damaligen Praxis im Verfahren für Willenserklärungen beurkundet wurde, während über die Beschlüsse der konstituierenden Generalversammlung bei der Sukzessivgründung (Art. 634 aOR 1936) eine Sachbeurkundung durchzuführen war.⁶⁵²
- 226 Die Sukzessivgründung wurde mit der Aktienrechtsrevision 1991 abgeschafft und die Simultangründung blieb die einzig zulässige Form der Gesellschaftsgründung.⁶⁵³ Damit wäre die Kontroverse um die Rechtsnatur der Gründung eigentlich erledigt gewesen. Unmittelbar nach dem Inkrafttreten des revidierten Rechts distanzierte sich BRÜCKNER in seiner Monografie zum Beurkundungsrecht indes von der schuldvertraglichen Einordnung des Errichtungsakts. Es handle sich vielmehr um eine aktienrechtlich strukturierte «Gründungs-Veranstaltung»; die vorgeschriebenen Erklärungen der Gründer seien eigentlich Beschlüsse, welche die Teilnehmer an dieser Veranstaltung einstimmig zu fassen hätten.⁶⁵⁴ Daraus zog der Autor den Schluss, die Gründungsbeurkundung bestehe in der notariellen Protokollierung des Veranstaltungsablaufs und sei damit eine Sachbeurkundung.⁶⁵⁵

⁶⁴⁹ Die Sukzessivgründung (Art. 629 ff. aOR 1936) war vor 1992 vom Gesetz als Standardverfahren der Gesellschaftsgründung vorgesehen; in der Praxis wurde sie indes kaum angewendet (siehe VON GREYERZ, 85 f.). Die weitaus häufigere Simultangründung war im alten Recht in nur einer Bestimmung geregelt (Art. 638 aOR 1936). Sie entspricht weitgehend dem Gründungsvorgang gemäss geltendem Recht (einschliesslich zu den beiden Gründungsarten nach altem Recht VON STEIGER, 90 ff.).

⁶⁵⁰ Siehe zur Kontroverse VON STEIGER, 89 f.; für die vertragliche Natur beider Arten der Gesellschaftsgründung PERRET, 29.

⁶⁵¹ Siehe THEODOR BÜHLER, 200 m.w.H.

⁶⁵² Siehe RUF, Gründung und Kapitalerhöhung, 356 f. mit Fn. 36; ROLAND BÜHLER, 345 f.

⁶⁵³ Zu den Hintergründen siehe Botschaft OR 1983, 788.

⁶⁵⁴ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2970 ff.

⁶⁵⁵ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2963 ff. und 112 ff.; ausführliche Kritik bei RUF, Gründungsbeurkundung, 326 ff.

Diese Auffassung vermag indes nicht zu überzeugen. Die Qualifikation des Errichtungsakts als rechtlich normierte «Veranstaltung» bedeutet, dass der innere Wille der Gründer unmassgeblich wäre; entscheidend wäre einzig, dass die fraglichen Erklärungen an der Versammlung in richtiger Reihenfolge abgegeben wurden.⁶⁵⁶ Bezugspunkt für die Geltung des Errichtungsakts als Rechtsgeschäft wäre nicht der erklärte Wille der Gründer, sondern die Einhaltung gewisser gesetzlich vorausgesetzter Verfahrensschritte. Damit wird der korporative Entscheidungsprozess auf einen Zeitpunkt vorverlagert, an dem die Gesellschaft noch gar nicht existiert.⁶⁵⁷ Hierfür bietet das Gesetz keine Stütze.⁶⁵⁸ Eine weitere Schwäche dieser Sichtweise liegt im Fehlen verbindlicher Regeln für zentrale Aspekte des Veranstaltungsablaufs: So wäre etwa nicht klar, wer die Leitung der «Veranstaltung» innehat und wer die Identität der Gründer und die Vollmachten etwaiger Vertreter überprüfen muss. Diese Aufgaben weist BRÜCKNER kurzerhand der Urkundsperson zu⁶⁵⁹ – ohne dass sich dies auf das Aktienrecht abstützen liesse. Solche Kunstgriffe sind nicht erforderlich, wenn man – mit der herrschenden Lehre⁶⁶⁰ – von der Beurkundung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen ausgeht: Für letztere verpflichtet bereits das Beurkundungsrecht die Urkundsperson zur Prüfung von Identität und Vertretungsmacht der Beteiligten.⁶⁶¹ Diese Lesart hat überdies für sich, dass sie sich näher am Wortlaut von Art. 629 OR bewegt.⁶⁶²

227

Der Einordnung des Errichtungsakts als Veranstaltung wird vorliegend nicht gefolgt; entsprechend wird auch auf die (verbreitete) Bezeichnung des Vorgangs als «Gründungsversammlung»⁶⁶³ verzichtet. Die Beurkundung des Er-

228

⁶⁵⁶ So BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 114.

⁶⁵⁷ So explizit auch BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2982, wonach es im Gründungszeitpunkt noch an einer gesellschaftsrechtlichen Struktur fehle.

⁶⁵⁸ Das war bei der altrechtlichen Sukzessivgründung anders: Art. 634 Abs. 2 aOR 1936 ordnete an, dass die Bestimmungen des Gesetzes und des Statutenentwurfs zum Beschlussverfahren bereits für die konstituierende Generalversammlung galten. Die «Vorwirkung» war also im Gesetz angelegt.

⁶⁵⁹ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2982.

⁶⁶⁰ So RUF, Gründungsbeurkundung, 329 ff.; DERS., Notariatsrecht, N 1446; KNB-STÄHLI, N 3 zu Art. 54 NV/BE; VOSER, 118 und 129. Der Auffassung BRÜCKNERS folgen dagegen ZK-CRAMER, N 4 zu Art. 629 OR; GLANZMANN/WALZ, 6.

⁶⁶¹ Siehe dazu statt vieler MOOSER, N 289 ff.

⁶⁶² Art. 629 Abs. 1 OR spricht davon, dass die Gründer *erklären* (und nicht etwa beschliessen), die Gesellschaft zu gründen. Von einer Institutionalisierung des Erklärungsvorgangs (etwa in Form einer Abstimmung) ist nicht die Rede.

⁶⁶³ Siehe z.B. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 14 N 45 ff. Der Begriff weckt Assoziationen zur konstituierenden Generalversammlung bei der früheren Sukzessivgründung. Es ist zwar richtig, dass die Gründer (oder ihre Vertreter) unter geltendem Recht zusammen-

richtungsakts ist unter geltendem Aktienrecht (entgegen der BRÜCKNER'schen Konzeption) nur in der Form der Willensbeurkundung möglich. Die Urkundsperson bescheinigt, dass die Urkunde den ihr gegenüber erklärten Willen der Gründer enthält.⁶⁶⁴ Konkret handelt es sich der Erklärung der Gründer, eine Aktiengesellschaft zu gründen, der Festlegung der Statuten und der Bestellung der Organe um übereinstimmende Willenserklärungen der Gründer. Die Aktienzeichnung dagegen ist eine individuelle Willenserklärung des einzelnen Gründers, die nur ihn selbst verpflichtet. Die Feststellungen gemäss Art. 629 Abs. 2 OR sind sodann Wissenserklärungen der Gründer, die inhaltlich übereinstimmen müssen.

II. Gründer

1. Personen oder Handelsgesellschaften

- 229 Gemäss Art. 620 Abs. 1 OR können (eine oder mehrere) Personen oder Handelsgesellschaften an einer Aktiengesellschaft beteiligt sein. Als mögliche Gründer kommen damit zunächst natürliche und juristische Personen in Frage. Gegründet werden kann eine Aktiengesellschaft aber auch durch Handelsgesellschaften, denen keine Rechtspersönlichkeit zukommt, d.h. durch Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften.⁶⁶⁵
- 230 Rechtsgemeinschaften, die keine Handelsgesellschaften sind, können sich auch unter dem revidierten Recht nicht an der Gründung einer Aktiengesellschaft beteiligen. Der Vorschlag des Bundesrats, die Gründung durch solche Rechtsgemeinschaften zuzulassen,⁶⁶⁶ wurde vom Parlament nicht übernommen.⁶⁶⁷ So fallen etwa Erbgemeinschaften oder einfache Gesellschaften als Gründer ausser Betracht. Möglich ist aber, dass sie im Anschluss an die Grün-

treten, sich also «versammeln» müssen, um die Gesellschaft zu errichten. Um eine «Versammlung» im Sinn eines kollektiven Entscheidungsorgans handelt es sich aber nicht.

⁶⁶⁴ Dies zeigt sich in den vom kantonalen Recht geregelten Schlussverbalen (vgl. z.B. § 19 Abs. 2 BeurkG/ZG). Eine übliche Formulierung lautet etwa: «Die Urkunde enthält die mir mitgeteilte Willenserklärung der Gründer. Sie ist von diesen gelesen, als richtig anerkannt und unterzeichnet worden.»

⁶⁶⁵ Siehe BSK OR II-BAUDENBACHER, N 3 zu Art. 625; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 14 N 9 mit Fn. 8; ausführlich ZK-JUNG, N 13 ff. zu Art. 625 OR.

⁶⁶⁶ Siehe Art. 620 Abs. 1 E-OR 2016; dazu Botschaft OR 2016, 479.

⁶⁶⁷ Siehe FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 5 und 14 f. zu Art. 620 OR, die den Verzicht auf eine Neuregelung bedauern.

dung Aktien erwerben.⁶⁶⁸ Aktionäre sind dann die einzelnen Mitglieder der Rechtsgemeinschaft zu Mit- oder Gesamteigentum. Die Rechtsausübung gegenüber der Gesellschaft erfolgt gebündelt über einen gemeinsam bestellten Vertreter (Art. 690 Abs. 1 OR).⁶⁶⁹

Eine errichtete, aber nicht im Handelsregister eingetragene Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft kann (noch) nicht Gründerin einer Aktiengesellschaft sein.⁶⁷⁰ Ihr fehlt es an der Rechtspersönlichkeit. Die Gründer können im Namen der werdenden Gesellschaft zwar gewisse Rechtsgeschäfte abschliessen. Die Verpflichtung der Gesellschaft steht aber immer unter dem Vorbehalt der Schuldübernahme (Art. 645 Abs. 2 OR).⁶⁷¹ Eine unbedingte Verpflichtung wie die Aktienzeichnung können die Gründer deshalb nicht für die Gesellschaft in Gründung eingehen. 231

2. Zahl der Gründer

Eine einzige Person (oder Handelsgesellschaft) genügt als Gründer einer Aktiengesellschaft. Die unter früherem Recht geltende Mindestzahl von drei Gründern⁶⁷² wurde auf den 1. Januar 2008 aufgehoben. 232

Zwar setzt eine «Gesellschaft» nach herkömmlichem Verständnis die Verbindung mehrerer Personen voraus.⁶⁷³ Es sprechen aber keine sachlichen Gründe gegen die Zulassung der Einpersonengesellschaft.⁶⁷⁴ Auf der anderen Seite können Einzelunternehmer ein legitimes Interesse daran haben, ihre Haftung auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken. Sodann ist die Gründung von Tochtergesellschaften in der Hand einer einzigen Muttergesellschaft ein wichtiges Instrument der Konzernbildung. Aus diesen Gründen wurden Einperso- 233

⁶⁶⁸ Zum Erwerb durch die Erbengemeinschaft siehe Art. 685b Abs. 4, Art. 685c Abs. 2 und Art. 685d Abs. 3 OR.

⁶⁶⁹ Weiterführend FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 45 N 3 ff.; BSK OR II-LÄNZLINGER, N 4 ff. zu Art. 690.

⁶⁷⁰ Wohl im Ergebnis ebenso ZK-JUNG, N 40 f. zu Art. 625 OR.

⁶⁷¹ Siehe VON DER CRONE, Aktienrecht, N 155 f.; vgl. Art. 779a Abs. 2 OR für die GmbH und Art. 838 Abs. 3 OR für die Genossenschaft.

⁶⁷² Siehe Art. 625 aOR 1936 bzw. 1991.

⁶⁷³ So ist unter geltendem Recht der Zusammenschluss mehrerer Personen Begriffsmerkmal für die einfache Gesellschaft, die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, den Verein (jeweils mindestens zwei Personen) sowie die Genossenschaft (mindestens sieben Personen; siehe Art. 831 Abs. 1 OR).

⁶⁷⁴ Siehe statt vieler BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 187; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 158.

nengesellschaften bereits unter altem Recht von der Praxis geduldet.⁶⁷⁵ Die ausschliessliche Haftung des Gesellschaftsvermögens setzt immerhin voraus, dass der Alleinaktionär die Trennung der Vermögenssphären nicht selbst missachtet.⁶⁷⁶ Erweist sich die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der Einpersonengesellschaft im Einzelfall als rechtsmissbräuchlich, kann es zum Durchgriff auf das Privatvermögen des Alleinaktionärs kommen.⁶⁷⁷

- 234 Auch Zweipersonengesellschaften entsprechen nicht vollends dem gesetzgeberischen Leitbild von der Aktiengesellschaft.⁶⁷⁸ Besonders die sog. paritätischen Zweipersonengesellschaften, die von den beiden Aktionären zu je 50 Prozent gehalten werden, sind anfällig für Pattsituationen. Faktisch gilt hier das Einstimmigkeitsprinzip. Die gesellschaftliche Entscheidungsfindung scheitert dann, wenn sich die Aktionäre in einer Frage nicht einig werden können.⁶⁷⁹ Dauert dieser Zustand an, kann er das Funktionieren der Aktiengesellschaft nachhaltig stören.⁶⁸⁰ Dem ist bei der Gründung einer Zweipersonengesellschaft (etwa im Rahmen eines Joint Ventures) durch vertragliche Deblockierungsmechanismen vorzubeugen, die den Fall eines andauernden Patts regeln. Die Vertragsklauseln können beim Entscheidungsprozess ansetzen (z.B. Aufnahme einer Drittperson mit Stichentscheid⁶⁸¹) oder die konfliktträchtige Aktionariatsstruktur dauerhaft beseitigen (z.B. «Auskauf» der einen Partei durch die andere nach vorgegebenen Regeln).⁶⁸² Aufgrund der notariellen Belehrungs- und Beratungspflicht dürfte regelmässig ein Hinweis Urkundsperson angezeigt (aber auch ausreichend) sein, dass eine vertragliche Regelung zu empfehlen ist. Berät die Urkundsperson die Parteien darüber hinaus bei der Vertragsgestaltung, ist dies nicht mehr Gegenstand des (öffentlich-rechtlichen) Beurkundungsmandats, sondern eines privatrechtlichen Auftrags.

⁶⁷⁵ Die Mindestzahl von drei Aktionären musste nur im Zeitpunkt der Gründung erfüllt sein und konnte unmittelbar danach ohne Folgen unterschritten werden (siehe CRAMER, Pragmatismus, 104 f. m.w.H.); zur fiduziarischen Gründung siehe hinten [N 255 ff.](#)

⁶⁷⁶ Zum Durchgriff siehe etwa BGE 132 III 489, E. 3.2; BGE 121 III 319, E. 5a; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 47 ff.; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 159.

⁶⁷⁷ Kasuistik bei FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 76 ff.

⁶⁷⁸ Eingehend und differenziert zur Phänomenologie schweizerischer Aktiengesellschaften BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 31 ff.

⁶⁷⁹ Umfassend dazu VON DER CRONE, Pattsituationen, 37 ff.; siehe ferner BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 58.

⁶⁸⁰ Eine andauernde Pattsituation in der Generalversammlung kann zu einem Organisationsmangel führen, wenn sie die Wahl der Revisionsstelle oder des Verwaltungsrats verunmöglicht (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR).

⁶⁸¹ Der Stichentscheid des Versammlungsvorsitzenden (Art. 703 Abs. 2 OR) ist dagegen regelmässig keine sachgerechte Lösung (siehe hinten [N 471 ff.](#)).

⁶⁸² Weiterführend VON DER CRONE, Pattsituationen, 42 f.; siehe auch FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 1045 ff. mit zahlreichen Lösungsansätzen für die Praxis.

3. Identifikation

Im Vorfeld der Beurkundung des Errichtungsakts muss die Urkundsperson die Gründer identifizieren. Identifikation im Sinn des Beurkundungsrechts bedeutet die Zuordnung von Urkundeninhalten zu bestimmten Personen.⁶⁸³ Dazu erhebt und kontrolliert die Urkundsperson die Personalien der vor ihr erschienenen Gründer. Bei abwesenden Personen (z.B. Körperschaften oder Vollmachtgebern⁶⁸⁴) setzt die Identifikation neben der Erhebung der Personalien voraus, dass sich die Urkundsperson von der Existenz der fraglichen Person überzeugt.⁶⁸⁵ 235

Die notarielle Identitätsermittlung ist eine notwendige Vorbedingung für die Schaffung verlässlicher Belege, bei der es sich wiederum um eine zentrale Funktion der öffentlichen Beurkundung im Aktienrecht handelt.⁶⁸⁶ Die Identifikation der Gründer ist ausschliesslich Aufgabe der Urkundsperson.⁶⁸⁷ Die Handelsregisterbehörde hat die Identität der Gründer nicht zu überprüfen und wäre dazu verfahrensmässig auch gar nicht in der Lage. 236

Die Pflicht zur Identifikation ergibt sich aus der beurkundungsrechtlichen Wahrheitspflicht.⁶⁸⁸ Die Urkundsperson trägt die Verantwortung für eine sorgfältige Abklärung der Identität. Kommt sie dem nicht nach, riskiert sie nicht nur disziplinarische Sanktionen: Gibt die Urkunde in der Folge die Personalien der Gründer unzutreffend wieder, macht sie sich wegen Falschbeurkundung strafbar (Art. 317 Ziff. 2 StGB). Die Urkundsperson haftet überdies zivilrechtlich, wenn Dritten aus einem ihr erkennbaren Identitätsschwindel ein Schaden entsteht (Art. 753 Ziff. 2 OR).⁶⁸⁹ 237

⁶⁸³ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 947 ff.; vgl. DÉPRAZ, N 413, welcher die Zuordenbarkeit der beurkundeten Erklärungen zu bestimmten Parteien als Gültigkeitserfordernis betrachtet.

⁶⁸⁴ Siehe zur Identifikation des Vollmachtgebers hinten [N 251 ff.](#)

⁶⁸⁵ Prägnant BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 952: «Sowenig die Urkundsperson einen Menschen ohne Ausweis identifizieren kann, sowenig ist ihr die Identifizierung aufgrund eines blossen Ausweises gestattet, wenn sie sich nicht zugleich von der Existenz des Menschen überzeugen kann.»

⁶⁸⁶ Siehe vorne [N 166 ff.](#)

⁶⁸⁷ Siehe MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 233.

⁶⁸⁸ Siehe dazu vorne [N 71 ff.](#)

⁶⁸⁹ Zur Haftung der Urkundsperson aus Art. 753 OR siehe BSK OR II-WATTER, N 4 und 14 («Nennung falscher Gründer»); ausführlich zum Verhältnis zwischen Art. 753 OR und dem kantonalen Haftungsrecht KNB-MÜLLER/GENNA, N 81 ff. zu Art. 57 NG/BE.

3.1 Natürliche Personen

- 238 Die Urkundsperson stellt die Personalien der vor ihr erschienenen Gründer grundsätzlich dadurch fest, dass sie Einsicht in ein amtliches Ausweispapier mit Foto nimmt. Das kantonale Recht kann das Vorgehen bei der Identitätsfeststellung näher regeln.⁶⁹⁰ Personen mit Wohnsitz in der Schweiz können sich durch Vorlage des Passes, der Identitätskarte, eines schweizerischen Führer- oder Ausländerausweises identifizieren.⁶⁹¹ Bei Personen mit Wohnsitz im Ausland sollte die Identifikation anhand des Passes oder eines mit der Identitätskarte vergleichbaren amtlichen Personalausweises erfolgen.⁶⁹² Keine geeigneten Identitätsausweise sind Kreditkarten, Abonnemente des öffentlichen Verkehrs (z.B. «SwissPass»), Studentenausweise oder das Dienstbüchlein.⁶⁹³ Nicht mehr zeitgemäss (aber noch vereinzelt im kantonalen Recht anzutreffen)⁶⁹⁴ ist die Identitätsermittlung gestützt auf die Angaben einer «vertrauenswürdigen» Drittperson (sog. Identitätszeuge), die der Urkundsperson die Identität der Partei bezeugt.⁶⁹⁵ Auf diese Weise lässt sich die Identität einer Person nicht zuverlässig ermitteln.
- 239 Die notarielle Identitätsermittlung kann grundsätzlich auf dem Weg der Videokommunikation erfolgen. Als Willensbeurkundung ist die Beurkundung des Errichtungsakts im geltenden Recht indes (noch) nicht im Distanzverfahren möglich. Die Identifikation per Videokonferenz wird allenfalls dann relevant werden, wenn entweder das Bundes- oder das kantonale Recht die (vollständig) digitale Gründung zulässt. Bereits heute ist diese Form der Identitätsermittlung für die virtuelle Generalversammlung zugelassen. Sie wird in diesem Zusammenhang näher erörtert.⁶⁹⁶

⁶⁹⁰ Siehe z.B. § 13 NV/ZH.

⁶⁹¹ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 965 f.; ZK-CRAMER, N 11 zu Art. 629 OR; MOOSER, N 292; KNB-WOLF, N 6 zu Art. 43 NV/BE.

⁶⁹² BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 968.

⁶⁹³ Vgl. § 13 Abs. 2 NV/ZH, der die Identifikation gestützt auf das Dienstbüchlein ausdrücklich untersagt; differenzierend BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 967, wonach solche Dokumente bei Geschäften «von geringer Tragweite» ausnahmsweise zur Identitätsprüfung berücksichtigt werden dürfen.

⁶⁹⁴ Siehe z.B. Art. 14 LN/GE, der die Identitätsbezeugung durch «*deux témoins majeurs [...]* domiciliés en Suisse» zulässt.

⁶⁹⁵ Siehe dazu MOOSER, N 292; KNB-WOLF, N 7 zu Art. 43 NV/BE; zu Recht kritisch BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 976 ff.

⁶⁹⁶ Siehe hinten [N 356 f.](#)

Die Identitätsprüfung kann ausbleiben, wenn die erschienene Partei der Urkundsperson (etwa aufgrund früherer Kontakte) persönlich bekannt ist.⁶⁹⁷ Dieser Umstand ist in der Urkunde festzuhalten. Vorauszusetzen ist, dass die Identität der Partei für die Urkundsperson zweifelsfrei feststeht. Die Urkundsperson übernimmt in diesem Fall die volle Verantwortung für die Richtigkeit der von ihr bescheinigten Identität.⁶⁹⁸

240

3.2 Juristische Personen und Handelsgesellschaften

Tritt eine juristische Person oder Handelsgesellschaft als Gründerin in Erscheinung, so muss die Urkundsperson die Existenz der fraglichen Rechtseinheit und die Zeichnungsberechtigung der in ihrem Namen handelnden natürlichen Personen ermitteln.⁶⁹⁹ Als massgeblich zu betrachten, sind die Angaben, die sich aus dem Handelsregister ergeben. Nach etwaigen internen Beschränkungen der Vertretungsmacht muss die Urkundsperson nicht forschen. Bei Rechtseinheiten mit Sitz in der Schweiz genügt es, dass die Urkundsperson den im Internet abrufbaren kantonalen Auszug⁷⁰⁰ konsultiert. Bei ausländischen Rechtseinheiten ist ein aktueller Originalauszug aus dem Handelsregister (oder einer vergleichbaren staatlichen Datenbank) erforderlich, der mit einer Überbeglaubigung (Apostille bzw. Legalisation)⁷⁰¹ versehen ist. Die im Namen der Rechtseinheit auftretenden Personen werden nach den Regeln für die natürlichen Personen identifiziert.⁷⁰²

241

Die Vertretungsmacht der Organvertreter einer juristischen Person (Mitglieder des obersten Leistungsorgans und der Geschäftsleitung sowie Direktoren) ist auf Handlungen begrenzt, die der Gesellschaftszweck mit sich bringen kann.⁷⁰³ Das-

242

⁶⁹⁷ Siehe z.B. Art. 43 Abs. 2 NG/BE; § 25 Abs. 1 BeurkG/LU; § 13 Abs. 2 NV/ZH.

⁶⁹⁸ Zum Ganzen ausführlich BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 958 ff.; siehe auch KNB-WOLF, N 4 zu Art. 43 NV/BE.

⁶⁹⁹ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1015 ff.; MOOSER, N 316 ff.

⁷⁰⁰ Abrufbar unter <www.zefix.ch>.

⁷⁰¹ Mit der Überbeglaubigung wird die Authentizität der amtlichen Originalunterschrift bescheinigt. Unter den Mitgliedstaaten des Haager Übereinkommens vom 5. Oktober 1961 «zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Beglaubigung» (SR 0.172.030.4) ist die sog. Apostille durch eine Behörde des Ursprungslands die einzige Formalität, die zur Überbeglaubigung nötig ist (eine Liste der Mitgliedstaaten und der jeweils zuständigen Behörden ist abrufbar unter <www.hcch.net/apostille>); die Legalisation durch die konsularische Vertretung des Bestimmungslands entfällt.

⁷⁰² Dazu soeben N 238 ff.

⁷⁰³ Siehe dazu Art. 718a Abs. 1 OR (Aktiengesellschaft), Art. 814 Abs. 4 OR (GmbH) und Art. 899 Abs. 1 OR (Genossenschaft).

selbe gilt für die Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft⁷⁰⁴ und die Komplementäre⁷⁰⁵ einer Kommanditgesellschaft. Nach der Rechtsprechung werden alle Geschäfte erfasst, die der Gesellschaftszweck mit sich bringen kann.⁷⁰⁶ Die Gründung einer (Tochter-)Gesellschaft liegt auch dann innerhalb dieser (weit verstandenen) Zweckgrenze, wenn sie nicht ausdrücklich in der Zweckklausel der Statuten enthalten ist.⁷⁰⁷ Solange die Urkundsperson nicht weiss oder aufgrund der Umstände wissen muss, dass die Vertretungsbefugnis entsprechend beschränkt ist, darf sie davon ausgehen, dass die genannten Personen die Gründerin (gemäss ihrer eingetragenen Zeichnungsberechtigung) vertreten dürfen.⁷⁰⁸ Auch den Prokuristen kommt aufgrund ihrer Stellung eine ausreichende Vertretungsmacht zu;⁷⁰⁹ bei der Einbringung von Grundstücken ist zum Abschluss des Sacheinlagevertrags indes eine Spezialermächtigung des Prokuristen erforderlich (Art. 459 Abs. 2 OR). Andere Personen müssen sich durch die Vorlage einer Vollmacht als vertretungsberechtigt ausweisen.⁷¹⁰ Bei ausländischen Rechtseinheiten kann die Feststellung der Zeichnungsberechtigung Schwierigkeiten bereiten. Im Zweifelsfall soll sich die Urkundsperson (zusätzlich zum Handelsregisterauszug) einen Beschluss des obersten Leitungsorgans vorlegen lassen, aus dem die Vertretungsmacht der erschienen natürlichen Personen hervorgeht.⁷¹¹

4. Handlungsfähigkeit

- 243 Die Urkundsperson hat die Handlungsfähigkeit der Gründer zu ermitteln.⁷¹² Die Volljährigkeit stellt sie bei der Aufnahme der Personalien im Rahmen der Identitätsermittlung fest.⁷¹³ Die Urteilsfähigkeit ist zu vermuten, solange sich bei der Interaktion mit den Gründern keine konkreten Hinweise auf deren Fehlen ergeben (siehe Art. 16 ZGB). Im (seltenen) Zweifelsfall wird die Urkundsperson ein Handlungsfähigkeitszeugnis verlangen, um sicherzustellen, dass die Handlungsfähigkeit nicht durch eine Massnahme des Erwachsenenschut-

⁷⁰⁴ Sofern sich aus dem Handelsregister keine Beschränkung ergibt, ist jeder einzelne Gesellschafter zur Vertretung ermächtigt (Art. 563 OR).

⁷⁰⁵ Die Kommanditäre vertreten die Gesellschaft dagegen nur als Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte und nicht kraft ihrer Stellung als Gesellschafter (siehe Art. 605 OR).

⁷⁰⁶ Statt vieler BGE 95 II 442, E. 3.

⁷⁰⁷ Vgl. ZK-JUNG, N 11 zu Art. 625 OR.

⁷⁰⁸ Vgl. Art. 718a Abs. 2 OR, der den guten Glauben des Dritten voraussetzt.

⁷⁰⁹ Gemäss Art. 459 Abs. 1 OR ist der Prokurist zu allen Rechtshandlungen ermächtigt, die der Zweck des Gewerbes oder Geschäfts mit sich bringen kann.

⁷¹⁰ Zur gewillkürten Stellvertretung siehe hinten [N 245 ff.](#)

⁷¹¹ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1028.

⁷¹² Siehe Art. 43 Abs. 1 NV/BE; Art. 37 Abs. 2 lit. b NG/VS; § 13 Abs. 1 BeurkG/ZG; § 14 NV/ZH.

⁷¹³ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 991.

zes eingeschränkt ist. Überdies sind etwaige Verdachtsmomente im Gespräch mit der betroffenen Partei und (falls nötig) durch den Beizug eines medizinischen Gutachtens auszuräumen.⁷¹⁴ Gelingt dies nicht, hat die Urkundsperson ihre Zweifel in der Urkunde zu vermerken.⁷¹⁵ Nur wenn die Urteilsunfähigkeit offensichtlich ist, hat sie die Beurkundung zu verweigern.⁷¹⁶

Soll ausnahmsweise eine minderjährige Person als Gründerin beteiligt sein, muss der Errichtungsakt mit ihrem gesetzlichen Vertreter beurkundet werden.⁷¹⁷ Die Zeichnung der Aktien kann nicht in der Weise bedingt erfolgen, dass ihre Gültigkeit von der nachträglichen Genehmigung durch die gesetzlichen Vertreter abhängt (vgl. Art. 19a ZGB).⁷¹⁸ 244

5. Direkte Stellvertretung

Die Gründer können sich beim Abschluss des Errichtungsakts durch andere Gründer oder Dritte vertreten lassen (Art. 32 ff. OR). Die Urkundsperson hat die Vertretungsmacht der in fremdem Namen handelnden Personen zu ermitteln.⁷¹⁹ Die Ermittlungspflicht⁷²⁰ erstreckt sich konkret auf das Bestehen und den Umfang der Vertretungsmacht, auf die Identität des Vertretenen und des Vertreters sowie auf die Urteilsfähigkeit des Vertreters.⁷²¹ 245

Wie die Identitätsprüfung ist die Prüfung der Vertretungsmacht allein Aufgabe der Urkundsperson. Die Handelsregisterbehörde prüft das Vertretungsver- 246

⁷¹⁴ Siehe dazu BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 998 f.; ferner MOOSER, N 298; KNB-WOLF, N 16 zu Art. 43 NV/BE.

⁷¹⁵ Siehe z.B. § 20 Abs. 2 NV/ZH; zurückhaltend BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1003 f., wonach die Urkundsperson eher anstreben soll, ihre Überzeugung zu klären, als unter Vorbehalt zu beurkunden; allgemein zur sog. Beurkundung unter Vorbehalt siehe vorne [N 83](#).

⁷¹⁶ Siehe MOOSER, N 298 a.E.; problematisch § 20 Abs. 3 lit. d BeurkG/LU, wonach die Beurkundung bereits bei Zweifeln an der Urteilsfähigkeit abgelehnt werden soll.

⁷¹⁷ Im Ergebnis gleich BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1011. Die Beurkundung der Erklärungen minderjähriger (und urteilsfähiger) Personen ist ohne Weiteres möglich bei höchstpersönlichen Geschäften (Art. 19c ZGB). In besonderen Situationen ist zudem denkbar, dass eine Erklärung der minderjährigen Person unter dem Vorbehalt der nachträglichen Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter beurkundet wird (dazu MOOSER, N 294; KNB-WOLF, N 13 zu Art. 43 NV/BE). Diese Möglichkeit besteht für die Beurkundung des Errichtungsakts nicht.

⁷¹⁸ Siehe zur Aktienzeichnung hinten [N 265 ff.](#)

⁷¹⁹ Siehe Art. 43 Abs. 1 NV/BE; § 26 BeurkG/LU; § 15 Abs. 1 NV/ZH.

⁷²⁰ Zur Ermittlungspflicht als Teil der Wahrheitspflicht siehe vorne [N 74 ff.](#)

⁷²¹ Siehe MOOSER, N 312; KNB-WOLF, N 18 ff. zu Art. 43 NV/BE; ausführlich dazu BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1030 ff.

hältnis ihrerseits nicht;⁷²² die Vollmachtsurkunden sind denn auch nicht als Belege einzureichen (Art. 43 HRegV *e contrario*).

5.1 Insichgeschäfte

- 247 Die Vertretung mehrerer Gründer durch ein und dieselbe Person (Mehrfachvertretung) kann problematisch sein. Es ist nach den allgemeinen Regeln davon auszugehen, dass sie nicht von der Vertretungsmacht erfasst wird und die Unwirksamkeit des Vertretungsgeschäfts zur Folge hat.⁷²³ Die Mehrfachvertretung ist dann zulässig, wenn der Vertretene ihr zugestimmt hat, wenn er mit anderen Worten bei der Erteilung der Vollmacht davon gewusst hat, dass der Vertreter das Geschäft nicht nur für ihn, sondern auch für andere Parteien abschliessen wird.⁷²⁴ Entsprechendes gilt für den Fall, dass der Vertreter zusätzlich selbst als Gründer in Erscheinung tritt (Selbstkontrahieren);⁷²⁵ hier dürfte es indes die Regel sein, dass der Vollmachtgeber von der Eigenschaft des Vertreters als (Mit-)Gründer weiss. Die Urkundsperson soll in diesen Konstellationen eine Vollmachtsurkunde nur akzeptieren, wenn sie den Vertreter explizit vom Verbot der Mehrfachvertretung bzw. des Selbstkontrahierens entbindet.

5.2 Form der Bevollmächtigung

- 248 Die Bevollmächtigung des Vertreters bedarf keiner besonderen Form (Art. 11 Abs. 1 OR). Das gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung selbst dann, wenn das Geschäft, das im Namen des Vertretenen abgeschlossen werden soll, formbedürftig ist. So kann die Vollmacht zum Abschluss eines Grundstückskaufs mündlich oder gar konkludent erteilt werden, obschon Art. 216 Abs. 1 OR den Kaufvertrag der öffentlichen Beurkundung unterwirft.⁷²⁶
- 249 Diese Rechtsprechung ist in der jüngeren Literatur verschiedentlich kritisiert worden mit dem Argument, die Möglichkeit der formlosen Bevollmächtigung lasse den Schutzzweck des Beurkundungserfordernisses ins Leere laufen.⁷²⁷ Zutreffend ist, dass im Vertretungsverhältnis die notarielle Belehrung primär

⁷²² Siehe ZK-CRAMER, N 18 zu Art. 629 OR.

⁷²³ Zur Rechtslage bei sog. Insichgeschäften siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1438 ff.; HUGUENIN, Obligationenrecht, N 1077 ff.; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 42.18 ff.

⁷²⁴ Eingehend BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 81 und 90 zu Art. 33 OR.

⁷²⁵ Siehe BGer 4A_360/2012 vom 3. Dezember 2012, E. 4; BGE 126 III 361, E. 3a m.w.H.

⁷²⁶ BGE 99 II 39, E. 1; BGE 84 II 151, E. 3; letztmals bestätigt in BGE 112 II 330, E. 2a.

⁷²⁷ Siehe SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 42.03; BSK OR I-WATTER, N 14 zu Art. 33; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 57 zu Art. 33 OR; umfassend CRAMER, Form der Vollmacht, 286 ff.

gegenüber dem Vertreter erfolgt und nicht gegenüber dem Vertretenen, der durch den abzuschliessenden Vertrag gebunden wird. Wer eine Drittperson bevollmächtigt, für ihn das beurkundungsbedürftige Geschäft abzuschliessen, verliert den Übereilungsschutz, der mit dem persönlichen Erscheinen vor der Urkundsperson einhergeht.⁷²⁸ Aus diesem Grund plädiert die jüngere Lehre dafür, den Formzwang dort auch für die Bevollmächtigung gelten zu lassen, wo er zum Schutz der Parteien vor Unbedacht aufgestellt wurde.⁷²⁹

Der öffentlichen Beurkundung des Errichtungsakts fehlt es an einer solchen Warnfunktion. Wie bereits ausgeführt dient das Formerfordernis anderen Zwecken als dem Schutz der Gründer.⁷³⁰ Selbst wenn man der dargelegten Lehrmeinung folgt, ist die Bevollmächtigung zur Gründung einer Aktiengesellschaft nicht formbedürftig. Es gelten insoweit die gleichen Überlegungen, wie sie das Bundesgericht im Zusammenhang mit Art. 22 Abs. 2 OR angestellt hat. Ist der Abschluss des Vorvertrags formlos möglich, muss dies erst recht für die Bevollmächtigung gelten, die jederzeit einseitig widerrufen werden kann (Art. 34 OR). 250

5.3 Identifikation der vertretenen Gründer

Es ist Aufgabe der Urkundsperson, zu ermitteln, ob die Bevollmächtigung effektiv von der Person ausging, in deren Namen der Vertreter handelt.⁷³¹ Diese Kontrolle setzt in aller Regel voraus, dass der Vertreter eine schriftliche Vollmachtsurkunde vorlegt, auf der die Unterschrift⁷³² des Vollmachtgebers notariell beglaubigt worden ist.⁷³³ Ausnahmsweise kann hiervon abgesehen werden, wenn die Urkundsperson den vertretenen Gründer persönlich kennt und keine Zweifel daran bestehen, dass er selbst den Vertreter bevollmächtigt hat.⁷³⁴ 251

⁷²⁸ Vgl. LUKAS MÜLLER, Online-Gründung, 561 f., der die Gefahr von Fehlern und Missverständnissen erhöht sieht, wenn ein Stellvertreter dazwischengeschaltet wird; allgemein zur Warnfunktion der öffentlichen Beurkundung siehe vorne [N 155](#).

⁷²⁹ Siehe die Hinweise in Fn. 727. Nicht immer klar ist, ob es sich bei der jeweiligen Meinung um eine Aussage zum geltenden Recht oder um ein Postulat *de lege ferenda* handelt (im letzteren Sinn CRAMER, Form der Vollmacht, 291 f.).

⁷³⁰ Eingehend dazu vorne [N 166 ff.](#)

⁷³¹ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 980 ff.; MOOSER, N 312.

⁷³² Für elektronische signierte Vollmachtsurkunden siehe (bisher) Art. 16 EÖBV bzw. (neu) Art. 17 Abs. 2 lit. c Ziff. 3 DNG.

⁷³³ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 981; ZK-JUNG, N 10 zu Art. 625 OR.

⁷³⁴ Eine beglaubigte Vollmacht ist jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn die Urkundsperson die Unterschrift des Vollmachtgebers gemäss den Voraussetzungen des kantonalen Rechts im konkreten Fall fernbeglaubigen könnte (zur Fernbeglaubigung siehe vorne [N 119](#)).

- 252 Die notarielle Beglaubigung der Unterschrift stellt einen festen Zusammenhang her zwischen der Willenserklärung, die in der Vollmachtsurkunde enthalten ist, und einer bestimmten Person als Urheberin der Erklärung. Die Beglaubigung erlaubt den zuverlässigen Schluss auf die Urheberschaft der im Beglaubigungsverbal identifizierten Person. Eine bloss unterzeichnete (aber nicht beglaubigte) Vollmachtsurkunde oder eine Bevollmächtigung per E-Mail bietet dagegen regelmässig keine ausreichende Authentizitätsgewähr. Ohne Beglaubigung lässt sich nicht sicher genug feststellen, dass es der angebliche Gründer selbst war, der die Vollmacht erteilt hat. Daran ändert sich nichts, wenn die anwesenden Gründer vor der Urkundsperson die Echtheit der Unterschrift des Vertretenen anerkennen.⁷³⁵
- 253 Der Grundsatz, dass die Bevollmächtigung zivilrechtlich formfrei möglich ist, wird damit durch das Beurkundungsrecht relativiert. Die Urkundsperson wird in der Regel eine schriftliche Vollmachtsurkunde mit beglaubigter Unterschrift verlangen, um ihrer Wahrheitspflicht nachzukommen. Die Bevollmächtigung eines Vertreters entbindet den Gründer daher oftmals nicht ganz vom «Gang zum Notar».⁷³⁶
- 254 Die Formfreiheit der Bevollmächtigung ist vom Bundesrecht vorgegeben. Die Kantone können die Gültigkeit des Vertrags nicht davon abhängig machen, dass eine schriftliche Vollmacht vorgelegen hat.⁷³⁷ Das kantonale Recht kann aber näher regeln, wie sich die Urkundsperson von der Identität des Vertretenen überzeugen muss.⁷³⁸ Dabei handelt es sich um Ordnungsvorschriften, deren Missachtung disziplinarisch sanktioniert werden kann.⁷³⁹

6. Fiduziarische Gründung (indirekte Stellvertretung)

- 255 Nach ständiger Praxis ist die sog. fiduziarische Gründung, also die Gründung durch einen Treuhänder, der ausschliesslich auf Rechnung einer Drittperson

⁷³⁵ Die Anerkennung der Echtheit durch die anderen Parteien kann die Identifizierung des Vertretenen nicht ersetzen (problematisch daher Art. 56 Abs. 4 NG/FR).

⁷³⁶ Vgl. LUKAS MÜLLER, Online-Gründung, 561.

⁷³⁷ BGE 99 II 159, E. 2b.

⁷³⁸ So kann es etwa festlegen, wann sich die Urkundsperson eine beglaubigte Vollmacht vorlegen lassen muss und wann nicht (vgl. z.B. § 15 NV/ZH).

⁷³⁹ BGE 99 II 159, E. 2b; zur Einteilung von Verfahrensnormen in Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften siehe vorne [N 90 ff.](#)

tätig ist, zulässig.⁷⁴⁰ Gegen aussen – und damit auch gegenüber der Urkundsperson – tritt ausschliesslich der Treuhänder als Gründer auf. Er erwirbt die Aktionärsstellung mit allen Rechten und Pflichten und haftet als Gründer aus Art. 753 OR.⁷⁴¹ Das Innenverhältnis zwischen Treuhänder und Treugeberin ist rein vertraglicher Natur (Art. 394 ff. OR). Als Person, die bei der Gründung mitwirkt, kann auch die Treugeberin bei gegebenen Voraussetzungen nach Art. 753 OR haftbar gemacht werden.⁷⁴²

Vor dem 1. Januar 2008, als das Gesetz noch eine Mindestzahl von drei Gründern vorsah,⁷⁴³ war die fiduziarische Gründung in der Praxis verbreitet. Die Ein- bzw. Zweipersonengründung wurde faktisch dadurch ermöglicht, dass man Strohleute in den Errichtungsakt einbezog, welche die von ihnen gezeichneten Aktien unmittelbar nach der Gründung an ihre Treugeberin übertrugen.⁷⁴⁴ Seit der Legalisierung der Einpersonengründung spielt die Gründung durch Treuhänder nur noch in besonderen Situationen eine Rolle, etwa bei einem ausgeprägten Bedürfnis der Beteiligten nach Diskretion.⁷⁴⁵ 256

Denkbar ist auch, dass der Treuhänder die Aktien nach der Gründung nicht an die Treugeberin überträgt und die Aktionärsstellung behält. Die Mitwirkungsrechte in der Gesellschaft werden dann ausschliesslich durch den Treuhänder ausgeübt.⁷⁴⁶ Die Treugeberin wird sich vertraglich gegenüber dem Treuhänder ein entsprechendes Weisungsrecht vorbehalten.⁷⁴⁷ Beizufügen ist, dass in solchen Konstellationen die Anonymität in gewissem Umfang zwar gegenüber der Öffentlichkeit gewahrt werden kann, nicht aber gegenüber der Gesellschaft: Name und Adresse der Treugeberin als wirtschaftlich berechtigter Person sind der Gesellschaft zu melden, wenn die treuhänderisch gehaltenen Aktien mindestens 25 Prozent des Aktienkapitals ausmachen (Art. 697j Abs. 1 OR).⁷⁴⁸ Die Gesellschaft hat die Angaben ins Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen einzutragen (Art. 697l OR). 257

⁷⁴⁰ Siehe BGE 115 II 468, E. 2a; BGE 59 II 434, E. II.1; aus der Literatur BÖCKLI, Aktienrecht 2009, § 1 N 438; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 14 N 8; ausführlich CR CO II-LOMBARDINI/CLEMETSON, N 9 ff. zu Art. 629.

⁷⁴¹ Siehe exemplarisch BGE 59 II 434, E. II.1.

⁷⁴² Siehe BÖCKLI, Aktienrecht 2009, § 1 N 438; BSK OR II-WATTER, N 5 zu Art. 753; anders wohl ZK-CRAMER, N 19 zu Art. 629 OR.

⁷⁴³ Siehe vorne [N 232 f.](#)

⁷⁴⁴ Zur Situation unter altem Recht siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 14 N 8.

⁷⁴⁵ Siehe ZK-CRAMER, N 19 zu Art. 629 OR.

⁷⁴⁶ Zur Rechtsstellung der Treugeberin siehe ZK-JUNG, N 102 zu Art. 625 OR.

⁷⁴⁷ Bereits aus dem Auftragsrecht ist der Treuhänder zur Wahrung der Interessen der Treugeberin verpflichtet (Art. 398 Abs. 2 OR).

⁷⁴⁸ Dazu ausführlich BSK OR II-HESS/DETTWILER, N 18 und 38 ff. zu Art. 697j.

III. Elemente des Errichtungsakts

1. Gründungserklärung

- 258 Als erstes Element des Errichtungsakts verlangt das Gesetz, dass die Gründer förmlich erklären, eine Aktiengesellschaft zu gründen (Art. 629 Abs. 1 OR). Es handelt sich dabei um inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen der Gründer.⁷⁴⁹ Die Gründungserklärung hat in der Urkunde ausdrücklich zu erfolgen. Eine bloss konkludente Willenskundgabe (etwa durch Unterzeichnung der Urkunde) ist nicht ausreichend.⁷⁵⁰ Die zu gründende Gesellschaft muss in der Gründungserklärung individualisiert werden. Aus diesem Grund sollte die Erklärung die Firma und den Sitz beinhalten;⁷⁵¹ weitere Angaben aus den Statuten (z.B. zum Gesellschaftszweck oder Aktienkapital) sind an dieser Stelle nicht erforderlich.⁷⁵²

2. Festlegung der Statuten

- 259 Sodann müssen die Gründer in übereinstimmenden Willenserklärungen die Statuten der werdenden Gesellschaft festlegen. Dies geschieht dadurch, dass sie gemeinsam den ihnen und der Urkundsperson vorliegenden Statutenentwurf annehmen.⁷⁵³ Die Statuten werden nicht öffentlich beurkundet;⁷⁵⁴ sie werden (als Gründungsbeleg) der Urkunde lediglich beigelegt. Die rechtsgeschäftliche Annahme der Statuten durch die Gründer erfolgt über einen Verweis im Errichtungsakt auf das vorliegende Statutenexemplar.⁷⁵⁵ Obwohl die Statuten formell nicht Teil der öffentlichen Urkunde sind, unterliegen sie der notariellen Inhaltskontrolle.⁷⁵⁶
- 260 Die Statuten erlangen ihre Geltung nicht bereits mit ihrer Festlegung durch die Gründer im Errichtungsakt, sondern erst mit der (konstitutiven) Eintra-

⁷⁴⁹ Siehe vorne [N 228](#); ebenso RUF, Gründung und Kapitalerhöhung, 356 f.

⁷⁵⁰ CR CO II-LOMBARDINI/CLEMETSON, N 29 zu Art. 629.

⁷⁵¹ Formulierungsbeispiel: «Unter der Firma X. AG gründen wir nach den Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern.»

⁷⁵² Siehe SCHAUB, 267 a.E.; ebenso CR CO II-LOMBARDINI/CLEMETSON, N 29 zu Art. 629; vgl. dagegen ZK-CRAMER, N 21 zu Art. 629 OR, der auch die Angabe des Sitzes für entbehrlich hält.

⁷⁵³ Formulierungsbeispiel: «Den uns vorliegenden Statutenentwurf legen wir als gültige Statuten der in Gründung begriffenen Gesellschaft fest. Sie liegen dieser Urkunde bei.»

⁷⁵⁴ Zur sog. Konformitätsbeglaubigung (Art. 22 Abs. 4 HRGv) siehe hinten [N 321](#).

⁷⁵⁵ Siehe ZK-CRAMER, N 22 zu Art. 629 OR; RUF, Gründungsbeurkundung, 327.

⁷⁵⁶ Eingehend hinten [N 286 f.](#); zur (beschränkten) Inhaltskontrolle allgemein vorne [N 180 ff.](#)

gung der Gesellschaft ins Handelsregister. Immerhin sind die Statuten aber Ausdruck davon, wie die Gründer ihre Beziehungen untereinander geregelt haben wollen. Die Statuten können daher im Innenverhältnis schon vor der Eintragung massgeblich sein, soweit sie von dispositivem Recht⁷⁵⁷ abweichen und kein entgegenstehender Wille der Gründer auszumachen ist.⁷⁵⁸

3. Bestellung der Organe

Die Gründer haben im Errichtungsakt die Organe der Gesellschaft zu bestellen. Sie mandatieren den Verwaltungsrat und gegebenenfalls die Revisionsstelle für ihre erste Amtsperiode. Die Bestellung erfolgt nicht als eigentliches Wahlgeschäft, sondern durch übereinstimmende Willenserklärungen der Gründer.⁷⁵⁹ Zu beachten sind die Bestimmungen von Gesetz und Statuten zur Zusammensetzung und Amtsdauer der Organe. Die betreffenden Personen gelten erst als bestellt, wenn sie das Mandat angenommen haben.⁷⁶⁰ 261

Die Amtsdauer des Verwaltungsrats beträgt bei Gesellschaften ohne kotierte Aktien drei Jahre, wenn die Statuten nichts anderes bestimmen. Die Statuten können eine höchstens sechsjährige Amtsdauer vorsehen (Art. 710 Abs. 2 OR). Die Vorgabe, dass grundsätzlich eine Einzelwahl der Mitglieder zu erfolgen hat, regelt die Beschlussfassung durch die Generalversammlung. Sie ist auf die Bestellung des Verwaltungsrats im Errichtungsakt nicht anwendbar. Von Gesetzes wegen können nur handlungsfähige natürliche Personen in den Verwaltungsrat bestellt werden.⁷⁶¹ Die Statuten können die Zusammensetzung des Gremiums näher regeln.⁷⁶² Besteht der Verwaltungsrat aus mehr als einem Mitglied, muss er im Anschluss an die Errichtung einen Präsidenten wählen 262

⁷⁵⁷ Die Gründer bilden untereinander eine einfache Gesellschaft (sog. Gründergesellschaft), bis die Aktiengesellschaft entstanden ist. Die gesetzlichen Regelungen zum Innenverhältnis der Gesellschafter (Art. 531 ff. OR) sind weitgehend dispositiv (siehe dazu CHK-JUNG, N 41 zu Art. 530 OR).

⁷⁵⁸ Ähnlich FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 13 N 29 mit Fn. 16; CHK-JUNG, N 30 zu Art. 530 OR m.w.H.; zurückhaltend ZK-CRAMER, N 23 und 34 zu Art. 629 OR.

⁷⁵⁹ Unpräzise ist so betrachtet die Terminologie in Art. 43 Abs. 1 lit. c und d sowie Art. 44 Abs. 1 lit. e und f HRegV.

⁷⁶⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 14 N 44; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 141; siehe auch hinten [N 336 f.](#)

⁷⁶¹ So die mittlerweile herrschende Lehre (siehe nur BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 38 m.w.H.; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1259 f.). Umstritten ist, ob auch Personen, die urteils-, aber nicht handlungsfähig sind, wählbar sein sollen (so BSK OR II-WATTER, N 6 zu Art. 718).

⁷⁶² Denkbar sind etwa Vorgaben zur Zahl der Mitglieder oder zu persönlichen Voraussetzungen für die Wählbarkeit (z.B. Alterslimiten, fachliche Qualifikationen); dazu ausführlich VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1268 ff.

(Art. 712 Abs. 2 OR).⁷⁶³ Der Präsident ist nicht bereits von den Gründern im Errichtungsakt zu bestellen, es sei denn, die Statuten sähen die Wahl des Präsidenten durch die Generalversammlung vor.

263 Die Revisionsstelle wird (je nach Regelung in den Statuten⁷⁶⁴) für ein bis drei Geschäftsjahre bestellt (Art. 730a Abs. 1 OR). Üblich ist in der Praxis die Einsetzung für ein Jahr.⁷⁶⁵ Alternativ können die Gründer auf die Bestellung einer Revisionsstelle verzichten, wenn die Gesellschaft nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt haben soll und die Voraussetzungen für eine ordentliche Revision⁷⁶⁶ nicht erfüllt sind (sog. Opting-out; Art. 727a Abs. 2 OR). Die Verzichtserklärung ist als übereinstimmende Willenserklärung der Gründer zu beurkunden.⁷⁶⁷

264 Die Revisionsstelle muss die vom Gesetz vorgeschriebene Qualifikation aufweisen und unabhängig sein. Bezüglich dieser Voraussetzungen sieht Art. 61 HRegV eine spezifische Prüfpflicht der Handelsregisterbehörde vor. Um eine eintragungsfähige Urkunde zu errichten, hat die Urkundsperson diese Prüfung vorwegzunehmen und die Beteiligten nötigenfalls über die Anforderungen an die Revisionsstelle zu belehren.⁷⁶⁸ Erstens ist durch Einsichtnahme in das Register der RAB⁷⁶⁹ zu klären, ob die von den Gründern gewünschte Revisionsstelle über die erforderliche Zulassung verfügt (Art. 61 Abs. 2 HRegV). Im Fall der eingeschränkten Revision genügt die Zulassung als Revisorin (Art. 727c OR; Art. 5 f. RAG); bei ordentlicher Revision ist grundsätzlich eine Zulassung als Revisionsexpertin vorgeschrieben (Art. 727b Abs. 2 OR; Art. 4 und 6 RAG).⁷⁷⁰

⁷⁶³ Erforderlich ist allgemein ein Konstituierungsbeschluss des Verwaltungsrats, mit dem auch die Zeichnungsberechtigungen festgelegt werden. Dieser Beschluss ist dem Handelsregisteramt als Beleg einzureichen (Art. 43 Abs. 1 lit. e HRegV).

⁷⁶⁴ Bei Fehlen einer statutarischen Regelung legen die Gründer und später die Generalversammlung die Amtsdauer mit der Bestellung bzw. Wahl fest. Subsidiär gilt die Revisionsstelle als für die Höchstdauer von drei Jahren bestellt (siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 467).

⁷⁶⁵ Siehe CHK-OERTLI/HÄNNI, N 3 zu Art. 730a OR; BSK OR II-REUTTER, N 1 zu Art. 730a.

⁷⁶⁶ Siehe die Anforderungen und Schwellenwerte in Art. 727 Abs. 1 OR.

⁷⁶⁷ Formulierungsbeispiel: «Wir erklären, auf die eingeschränkte Revision und damit auf die Bestellung einer Revisionsstelle zu verzichten, weil die zu gründende Gesellschaft nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat und die Voraussetzungen für eine ordentliche Revision nicht erfüllt sind.»

⁷⁶⁸ Der Prüfmassstab der Urkundsperson ist diesbezüglich identisch mit demjenigen der Handelsregisterbehörde (siehe allgemein vorne [N 180 ff.](#) und [208 ff.](#)).

⁷⁶⁹ Abrufbar unter <www.rab-asr.ch>.

⁷⁷⁰ Publikumsgesellschaften (Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1 OR) müssen gemäss Art. 727b Abs. 1 OR ein staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen (Art. 7 ff. RAG) als Revisionsstelle bezeichnen.

Zweitens dürfen keine Umstände vorliegen, die den Anschein der Abhängigkeit der Revisionsstelle erwecken (Art. 61 Abs. 3 HRegV). Praxismässig wird die Eintragung nur verweigert, wenn die Umstände, die auf eine fehlende Unabhängigkeit⁷⁷¹ schliessen lassen, offensichtlich sind.⁷⁷² Als «offensichtlich» gelten Anhaltspunkte, die der Registerbehörde bekannt sind oder die sich ohne weitere Abklärungen aus der Anmeldung und den Belegen ergeben.⁷⁷³ Im Rahmen der Inhaltskontrolle des Errichtungsakts trifft die Urkundsperson keine weitergehende Ermittlungspflicht bezüglich der Unabhängigkeit. Das folgt aus der Erkenntnis, dass die Urkundsperson inhaltliche Fragen in der gleichen Tiefe zu prüfen hat wie die Registerbehörde.⁷⁷⁴

4. Zeichnung der Aktien

Im Rahmen der Gründung müssen die Gründer sämtliche Aktien der zu errichtenden Gesellschaft zeichnen. Mit der Zeichnung verpflichtet sich jeder Gründer bedingungslos, nach Art und Umfang näher definierte Vermögenswerte als Einlage in die Gesellschaft einzubringen.⁷⁷⁵ Die versprochene Einlage muss mindestens dem Nennwert der gezeichneten Aktien entsprechen (Verbot der Unter-Pari-Emission; Art. 624 Abs. 1 OR).⁷⁷⁶

Die Zeichnung der Aktien hat unmittelbar im Errichtungsakt zu erfolgen.⁷⁷⁷ Die unter früherem Recht vorgesehene Sukzessivgründung ist nicht mehr zulässig.⁷⁷⁸ Da die Aktien nach geltendem Recht zwingend *uno actu* gezeichnet werden müssen, ist auch das beurkundungsrechtliche Sukzessivverfahren, das in

⁷⁷¹ Siehe für die eingeschränkte Revision Art. 729 OR und für die ordentliche Revision Art. 728 OR.

⁷⁷² Siehe dazu MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 330; SHK HRegV-ZIHLER, N 15 ff. zu Art. 61; vgl. zum alten Recht MEISTERHANS, Prüfungspflicht, 228 f.

⁷⁷³ Siehe die Beispiele bei MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 330; SHK HRegV-ZIHLER, N 17 zu Art. 61.

⁷⁷⁴ Siehe vorne [N 180 ff.](#) und [208 ff.](#)

⁷⁷⁵ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 197; ZK-CRAMER, N 30 zu Art. 629 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 14 N 12 ff.; eingehend zur Rechtsnatur der Aktienzeichnung VISCHER, Zeichnungs- und Sacheinlagevertrag, 539 f.

⁷⁷⁶ Möglich ist es dagegen, die Aktien über *pari* auszugeben. Die Differenz zwischen dem Ausgabebetrag und dem Nennwert (sog. Agio) wird anschliessend der gesetzlichen Kapitalreserve zugewiesen (Art. 671 Abs. 1 Ziff. 1 OR).

⁷⁷⁷ Anders bei der Kapitalerhöhung, bei der die Aktien in einem separaten Zeichnungsschein gezeichnet werden (siehe hinten [N 583](#)).

⁷⁷⁸ Dazu ausführlich vorne [N 225 f.](#)

manchen Kantonen anerkannt ist,⁷⁷⁹ für den Errichtungsakt ausgeschlossen. Erforderlich ist die zeitgleiche Präsenz aller Gründer oder ihrer Vertreter.

267 Die Einbettung der Aktienzeichnung in den Errichtungsakt zeigt auf, dass die aktienrechtlichen Beurkundungen durchaus auch dem Schutz der Gründer dienen, wenngleich darin nicht ihr Hauptzweck liegt.⁷⁸⁰ Die Mitwirkung der Urkundsperson stellt unter den Gründern weitgehende Transparenz her über die Bedingungen, zu denen ihre Investition erfolgt. Sie gehen ihre Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft in voller Kenntnis der Statuten und der individuellen Leistungen der anderen Gründer ein. Damit sollen Willensmängel möglichst ausgeschlossen werden.⁷⁸¹ Dies dient den Interessen der Gründer, aber auch der Allgemeinheit. Denn die mögliche Ungültigkeit der Zeichnungserklärungen führt, auch wenn sie nach der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister nicht mehr geltend gemacht werden kann,⁷⁸² zu Rechtsunsicherheit. Der spezifische Schutz der Gründer lässt sich damit rechtfertigen, dass im Zeitpunkt der Errichtung weder eine autoritative Fassung der Statuten vorliegt noch feststeht, wie die gezeichneten Aktien zu bewerten sind.⁷⁸³

268 Im Übrigen bestätigt die Beurkundungsbedürftigkeit der Aktienzeichnung, dass der Errichtungsakt im Verfahren für Willenserklärungen zu beurkunden ist.⁷⁸⁴ Bei der Zeichnung handelt es sich um eine Willenserklärung der einzelnen Gründer. Sie lässt sich schwerlich in das Modell einer «Gründungsveranstaltung» integrieren, die (einstimmige) Beschlüsse fasst.⁷⁸⁵ Die Vertreter dieses Modells nehmen die Aktienzeichnung denn auch davon aus und behandeln sie gesondert als Willenserklärung.⁷⁸⁶ Die Gründungsbeurkundung würde durch diese Zweiteilung des Verfahrens indes unnötig verkompliziert.

269 Zu ihrer Gültigkeit bedarf die Zeichnung gemäss Art. 630 Ziff. 1 OR der Angabe von Anzahl, Nennwert, Art und Ausgabebetrag der Aktien. Bestehen mehrere Aktienkategorien, ist auch die Kategorie der gezeichneten Aktien anzugeben. Die Zeichnung muss als bedingungslose Verpflichtung des Gründers formu-

⁷⁷⁹ Zur sog. Sukzessivbeurkundung siehe vorne [N 64](#).

⁷⁸⁰ Siehe vorne [N 167](#).

⁷⁸¹ Siehe VON DER CRONE, Aktienrecht, N 196; ZK-CRAMER, N 6 zu Art. 630 OR.

⁷⁸² Sog. heilende Wirkung der Eintragung (Art. 643 Abs. 2 OR); siehe dazu vorne [N 195](#).

⁷⁸³ Zum unterschiedlichen Prüfmassstab bezüglich der Aktienzeichnung bei der Gründung und bei Kapitalerhöhungen siehe hinten [N 584](#).

⁷⁸⁴ Siehe vorne [N 222 ff.](#)

⁷⁸⁵ So zutreffend RUF, Gründungsbeurkundung, 326 f.

⁷⁸⁶ So etwa BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2967, der von einer unterschriftsbedürftigen «Erklärung zu Protokoll» spricht; im gleichen Sinn ZK-CRAMER, N 31 zu Art. 629 OR.

liert sein, eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten (Art. 630 Ziff. 2 OR).⁷⁸⁷

Dass die Zeichnung bedingungsfeindlich ist, steht im Dienst der Rechtssicherheit. Es soll eine stabile Grundlage geschaffen werden für die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister.⁷⁸⁸ 270

5. Feststellungen der Gründer

Im Errichtungsakt haben die Gründer sodann gewisse Feststellungen zur Zeichnung der Aktien und zur Leistung der Einlagen zu treffen. Dabei handelt es sich wie bereits ausgeführt⁷⁸⁹ um Wissenserkklärungen der Gründer.⁷⁹⁰ Die Gründer sind verpflichtet, gegenüber der Urkundsperson wahrheitsgetreue Angaben zu machen. Lässt ein Gründer eine Feststellung beurkunden, von der er weiss, dass sie nicht zutrifft, macht er sich nach Art. 253 StGB strafbar.⁷⁹¹ 271

Die Urkundsperson hat nur eine beschränkte Wahrheitsverantwortung hinsichtlich der Feststellungen der Gründer.⁷⁹² Im Wesentlichen darf sie sich auf eine formelle Prüfung beschränken.⁷⁹³ Sie hat die ihr vorgelegten Belege (so weit sie sie nicht selbst vorbereitet hat) gewissenhaft durchzusehen. Sind die Belege vollständig und die darin gemachten Angaben in sich stimmig, besteht kein Anlass für weitergehende Abklärungen. Andernfalls hat die Urkundsperson die Gründer zur Klärung bzw. Berichtigung aufzufordern, bevor sie die Beurkundung vornimmt.⁷⁹⁴ 272

⁷⁸⁷ Formulierungsbeispiel: «Das Aktienkapital der Gesellschaft beträgt CHF 100'000 und ist eingeteilt in 1'000 Namenaktien zu nominal je CHF 100, welche zum Ausgabebetrag von CHF 100 je Aktie wie folgt gezeichnet werden: 400 Aktien von Gründer X., 300 Aktien von Gründer Y. und 300 Aktien von Gründer Z. Jeder Gründer verpflichtet sich hiermit bedingungslos, die dem Ausgabebetrag der von ihm gezeichneten Aktien entsprechende Einlage zu leisten.»

⁷⁸⁸ Zu analogen Überlegungen im Grundbuchrecht siehe BSK ZGB II-SCHMID/ARNET, N 11 ff. zu Art. 963 ZGB.

⁷⁸⁹ Siehe vorne [N 228](#).

⁷⁹⁰ Zutreffend RUF, Gründung und Kapitalerhöhung, 358; DERS., Gründungsbeurkundung, 323. Abgelehnt wird hier die in der Lehre bisweilen anzutreffende Qualifikation als «Feststellungsbeschlüsse» (siehe z.B. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2968).

⁷⁹¹ Siehe BSK StGB-BOOG, N 11 ff. zu Art. 253.

⁷⁹² Siehe dazu allgemein vorne [N 59](#).

⁷⁹³ Siehe ZK-CRAMER, N 33 zu Art. 629 OR, der darauf hinweist, dass das Vorliegen der formellen Voraussetzungen in den meisten Fällen Gewähr dafür bietet, dass die Feststellungen auch materiell richtig sind; ferner EICHENBERGER, N 276; VOSER, 132 a.E.

⁷⁹⁴ Vgl. dazu MEIER-HAYOZ, Form der Gesellschaftsgründung, 360.

5.1 Zeichnung und versprochene Einlagen

- 273 Zunächst müssen die Gründer feststellen, dass sämtliche Aktien gültig gezeichnet sind und die versprochenen Einlagen dem gesamten Ausgabebetrag entsprechen (Art. 629 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 OR). Diese Feststellungen basieren auf der unmittelbar zuvor erfolgten Aktienzeichnung, die ihrerseits Gegenstand der öffentlichen Urkunde ist. Weitere Belege sind hierfür nicht erforderlich.

5.2 Liberierung

- 274 In einem nächsten Schritt haben die Gründer festzustellen, dass die gesetzlichen und statutarischen Anforderungen an die geleisteten Einlagen erfüllt sind (Art. 629 Abs. 2 Ziff. 3 OR).
- 275 Das Gesetz schreibt vor, dass bei der Gründung Einlagen im Umfang von mindestens 20 Prozent des Nennwerts jeder Aktie zu leisten sind. Insgesamt müssen die Gründer eine Einlage im Wert von mindestens CHF 50'000 leisten (Art. 632 OR). In diesen Schranken können die Statuten vorsehen, dass die Gründer bloss einen Teil ihrer Einlageverpflichtung erfüllen müssen (sog. Teilliberierung).⁷⁹⁵ Der Verwaltungsrat der gegründeten Gesellschaft kann alsdann von den Aktionären jederzeit die Leistung der restlichen Einlage verlangen (Art. 634b OR).⁷⁹⁶
- 276 Referenzzeitpunkt für die Einhaltung der Anforderungen an die Liberierung ist die Unterzeichnung des Errichtungsakts. Dies stellt Art. 629 Abs. 2 Ziff. 3 OR nunmehr klar.⁷⁹⁷ Unter früherem Recht mussten nach der Handelsregisterpraxis die Vorgaben sowohl bei der Errichtung wie auch bei der Eintragung der Gesellschaft erfüllt sein.⁷⁹⁸ Namentlich bei der Liberierung mit Fremdwährungen⁷⁹⁹ wurde daher üblicherweise mit einer «Sicherheitsmarge» operiert, um das Risiko aufzufangen, dass der Kurs der eingelegten Währung vor der Ein-

⁷⁹⁵ Die Teilliberierung ist von Gesetzes wegen ausgeschlossen für die Stimmrechtsaktien (Art. 693 Abs. 2 OR). Die Übertragbarkeit teilliberierter Namenaktien ist gemäss Art. 685 OR gesetzlich beschränkt.

⁷⁹⁶ Regelmässig wird im Errichtungsakt gesondert festgehalten, dass die Gründer verpflichtet seien, «auf erstes Verlangen des Verwaltungsrats die restliche und vollständige Leistung ihrer Einlage im Sinn von Art. 634b OR zu erbringen». Dies hat rein deklaratorische Bedeutung. Die Verpflichtung ergibt sich ohne Weiteres bereits aus der Aktienzeichnung.

⁷⁹⁷ Siehe Botschaft OR 2016, 487 f.; POGGIO-WIDMER, 98.

⁷⁹⁸ Siehe ZK-CRAMER, N 10 zu Art. 633 OR m.w.H.

⁷⁹⁹ Das Problem stellte sich immer dann, wenn ein Vermögenswert mit einer stark volatilen Wertentwicklung eingebracht wurde, so z.B. auch bei der Sacheinlage von Kryptowährungen (dazu MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, 1329).

tragung nachgibt.⁸⁰⁰ Diese Notwendigkeit ist mit der Aktienrechtsrevision entfallen.

a Geldeinlagen

Bei Geldeinlagen (sog. Barliberierung) bezieht sich die Feststellung der Gründer insbesondere darauf, dass der einzubezahlende Betrag bei einer Bank⁸⁰¹ zur ausschliesslichen Verfügung der Gesellschaft hinterlegt wurde (Art. 633 Abs. 1 OR). Die Bank darf den Betrag erst freigeben, wenn die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen worden ist (Art. 633 Abs. 2 OR). Die Kapitaleinzahlung hat daher auf ein Sperrkonto zu erfolgen.⁸⁰² In der Lehre umstritten ist, welcher Betrag auf das Sperrkonto einbezahlt werden muss, wenn der Ausgabebetrag den Nennwert übersteigt (sog. Über-Pari-Emission). Entsprechend dem Wortlaut von Art. 633 Abs. 1 OR, der von den «Einlagen» spricht und nicht weiter differenziert zwischen Nennwert und Agio, plädiert ein Teil der Lehre dafür, dass der gesamte Ausgabebetrag auf das Sperrkonto einzubezahlen sei.⁸⁰³ Diese Auffassung ist mit Blick auf die Schutzrichtung von Art. 633 OR zu restriktiv: Die Pflicht zur Hinterlegung der Geldeinlage soll die Gesellschaftsgläubiger vor Gründungsschwindeln schützen.⁸⁰⁴ Die Gläubiger vertrauen aber lediglich auf die Einzahlung des Aktienkapitals; mit der Einzahlung eines darüber liegenden Betrags, der gar nicht im Handelsregister eingetragen wird, rechnen sie nicht. Die Einzahlung des Agios bildet nicht Gegenstand der aktienrechtlichen Normativbestimmungen.⁸⁰⁵ Vielmehr werden die Zahlungsmod-

277

⁸⁰⁰ Dazu ausführlich THALMANN/BENNINGER, 36 f.

⁸⁰¹ Mit dem Verweis auf das BankG stellt Art. 633 Abs. 1 OR klar, dass es sich um eine von der FINMA bewilligte Bank (Art. 3 ff. BankG) handeln muss. Eine aktuelle Liste ist abrufbar unter <<https://www.finma.ch/de/finma-public/bewilligte-institute-personen-und-produkte/>>.

⁸⁰² Gemeinhin ist in der Bankpraxis die Rede von «Kapitaleinzahlungskonti» (siehe ZK-CRAMER, N 3 f. zu Art. 633 OR).

⁸⁰³ So namentlich BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 205 f.; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 215; WIDMER, 221; in diesem Sinn (beiläufig) auch BGE 132 III 668, E. 3.2.1, wobei die Frage dort nicht entscheidungsrelevant war.

⁸⁰⁴ Vgl. MUNZINGER, Motive, 126: «Es soll verhütet werden, dass Diejenigen, welche einer Aktiengesellschaft mit schwindelhaftem Programm Kredit geschenkt haben, trotz grossen Zeichnungen eine leere Kasse finden.»

⁸⁰⁵ Daran ändert nichts, dass die Gesellschaft das Agio der gesetzlichen Kapitalreserve zuweisen muss (Art. 671 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Die Pflicht zur Einzahlung auf das Sperrkonto betrifft nur die Einlage auf das Aktienkapital, nicht andere Einlagen der Aktionäre in die Gesellschaft. Für das Agio mit aufgeschobener Fälligkeit und Zuschüsse à fonds perdu ist dies unbestritten, auch wenn sie unter Art. 671 Abs. 1 OR fallen. Die Interessenlage ist nicht anders, wenn das Agio gleichzeitig mit dem Nennwert fällig wird.

dalitäten (Fälligkeit, Einzahlungskonto etc.) privatautonom festgelegt.⁸⁰⁶ Es ist deshalb der herrschenden Lehre zuzustimmen, dass die Pflicht zur Einzahlung auf das Sperrkonto nur für den Nennwert gilt.⁸⁰⁷ Auf dieser Linie bewegt sich auch die Handelsregisterpraxis.⁸⁰⁸ In gleicher Weise bezieht sich die Feststellung der Gründer in der öffentlichen Urkunde einzig auf die einbezahlten Nennwerte und nicht auf ein etwaiges Agio. Nach dessen Einzahlung muss sich die Urkundsperson nicht erkundigen.

- 278 Als Barliberierung gelten nicht nur Einzahlungen in der Währung, auf die das Aktienkapital lautet, sondern auch solche in anderen Währungen. Entsprechend einer früheren Handelsregisterpraxis wird vorausgesetzt, dass die fragliche Währung zu derjenigen des Aktienkapitals frei konvertierbar ist (Art. 633 Abs. 3 OR).⁸⁰⁹ Weitere Einschränkungen bestehen nicht. Namentlich kann auch mit Fremdwährungen liberiert werden, die nicht in der Liste der für das Aktienkapital zulässigen Währungen (Art. 621 Abs. 2 OR) enthalten sind.⁸¹⁰ Erfolgte die Einzahlung in einer anderen Währung als derjenigen des Aktienkapitals, muss der angewandte Wechselkurs in der öffentlichen Urkunde angegeben werden (Art. 629 Abs. 3 OR). Auch dabei handelt es sich um eine Feststellung der Gründer. Die Urkundsperson überprüft die Angaben kursorisch und schreitet ein, wenn der festgestellte Kurs offensichtlich nicht den üblichen Wechselkursen im Errichtungszeitpunkt entspricht.⁸¹¹
- 279 Ist die für die Einzahlung vorgesehene Währung nicht frei konvertierbar, kommt eine Einbringung als Sacheinlage in Betracht, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind.⁸¹²

⁸⁰⁶ Siehe nur BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 10; ZK-CRAMER, N 23 zu Art. 650 OR; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, N 16 zu Art. 650.

⁸⁰⁷ ZK-CRAMER, N 5 zu Art. 633 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 14 N 23 mit Fn. 17a; HANDSCHIN/CRAMER, 50 f.; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, N 2 zu Art. 652c.

⁸⁰⁸ Siehe dazu GLANZMANN, Fallstricke, 20 f.; MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 214; SHK HRegV-SIFFERT/TAGMANN, N 21 zu Art. 43.

⁸⁰⁹ Siehe Botschaft OR 2016, 490; umfassend zum früheren Recht THALMANN/BENNINGER, 33 ff. und *passim*.

⁸¹⁰ So zu Recht FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 7 zu Art. 633 OR.

⁸¹¹ Vgl. Botschaft OR 2016, 481 f., betreffend Kognition der Handelsregisterbehörde hinsichtlich des Umrechnungskurses bei Aktienkapital in Fremdwährung.

⁸¹² Zur Einbringung von Kryptowährungen als Sacheinlagen siehe VON DER CRONE/MONSCH/MEISSER, 10; SEMI/MÜLLER, 339 f.; eingehend MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, 1323 ff.

b Sacheinlagen

Die Gründer stellen im Errichtungsakt die Einbringung von Sacheinlagen fest, indem sie auf die zugrunde liegenden Belege (Sacheinlagevertrag, Gründungsbericht und Prüfungsbestätigung) Bezug nehmen. Die Sacheinlage ist im Errichtungsakt zu bezeichnen, wobei praxisgemäss der Hinweis auf die «in den Statuten angegebene Sacheinlage» ausreicht. 280

Art. 634 Abs. 1 OR definiert, welche Voraussetzungen ein Vermögenswert erfüllen muss, damit er als Sacheinlage eingebracht werden kann. Die Norm kodifiziert die bisherige Praxis der Handelsregisterbehörden.⁸¹³ Sacheinlagen müssen als Aktiven bilanzierbar sein (Ziff. 1).⁸¹⁴ Sie müssen auf die Gesellschaft übertragen werden können, sodass diese nach der Eintragung ins Handelsregister frei über die Vermögensgegenstände verfügen kann (Ziff. 2 und 3).⁸¹⁵ Als Sacheinlagen gelten sodann nur Vermögenswerte, die verwertbar sind, die also bei Bedarf zur Befriedigung der Gläubiger verkauft oder verpfändet werden können.⁸¹⁶ Die Gründer haben im Gründungsbericht über die Sacheinlagefähigkeit des Vermögenswerts und seine Bewertung Rechenschaft abzulegen (Art. 635 Ziff. 1 OR).⁸¹⁷ Die Angaben im Gründungsbericht überprüft anschliessend der Gründungsprüfer auf ihre Plausibilität und Vertretbarkeit hin (Art. 635a OR). Ob der einzubringende Vermögenswert die (materiellen) Kriterien der Sacheinlagefähigkeit erfüllt und richtig bewertet ist, liegt nicht in der Verantwortung der Urkundsperson, die sich auch hier (vorbehältlich offensichtlicher inhaltlicher Fehler oder Widersprüche) auf eine formelle Prüfung beschränken darf. 281

Das Gesetz schreibt die Offenlegung der Sacheinlage in den Statuten vor (Art. 634 Abs. 4 OR). Die entsprechende Statutenbestimmung muss den eingelegten Gegenstand, seine Bewertung, den Namen des Einlegers und die dafür ausgegebenen Aktien (sowie allfällige weitere Gegenleistungen der Gesellschaft) enthalten.⁸¹⁸ Zehn Jahre nach der Gründung kann die Generalver- 282

⁸¹³ Siehe Botschaft OR 2016, 490 f.; zur Praxis der Handelsregisterbehörden GLANZMANN, Fallstricke, 21 ff.; SHK HRegV-SIFFERT/TAGMANN, N 30 zu Art. 43 m.w.H.

⁸¹⁴ Zu beachten sind die entsprechenden Vorschriften des Rechnungslegungsrechts (siehe insbesondere Art. 959 Abs. 2 OR).

⁸¹⁵ Zum Ganzen siehe auch MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 222 ff.; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 225 ff.

⁸¹⁶ Siehe Botschaft OR 2016, 490 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 223; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 232; kritisch MANUEL MEYER, N 332 ff.

⁸¹⁷ Siehe ZK-CRAMER, N 16 zu Art. 635 OR.

⁸¹⁸ Formulierungsbeispiel: «Die Gesellschaft übernimmt bei der Gründung 500 Namenaktien an der X. AG im Wert von jeweils CHF 200, wofür dem Sacheinleger Y. 1'000 Namenaktien der Gesellschaft zu nominal je CHF 100 ausgegeben werden.»

sammlung die Statutenbestimmung über die Sacheinlage aufheben. Der Transparenz der Sacheinlage dient überdies, dass der schriftliche Sacheinlagevertrag, die Prüfungsbestätigung und der Gründungsbericht dem Errichtungsakt als Gründungsbelege beizulegen sind.

- 283 Der Tatbestand der (beabsichtigten) Sachübernahme⁸¹⁹ wurde mit der Aktienrechtsrevision 2020 abgeschafft. Es ist keine Offenlegung in den Statuten mehr nötig, wenn die Gesellschaft im Anschluss an die Bargründung Vermögenswerte von den Gründern oder ihnen nahestehenden Personen übernehmen soll. Vorbehalten bleiben klare Umgehungen der Sacheinlagevorschriften.⁸²⁰ Ein Umgehungsgeschäft liegt vor, wenn die Übernahme durch die Gesellschaft von Anfang an beschlossene Sache ist und nur zum Zweck der Aushebelung der Schutzvorschriften erst nach der Gründung erfolgt.⁸²¹ Überdies sollte vorausgesetzt werden, dass die Übernahme das Gesellschaftsvermögen effektiv schmälert.⁸²² Die Folge der Umgehung ist die Nichtigkeit des Veräusserungsgeschäfts.⁸²³ Es sollte den Gründern deshalb nahegelegt werden, die Preisbestimmung zu plausibilisieren⁸²⁴ oder im Zweifelsfall die Sacheinlagebestimmungen einzuhalten.⁸²⁵

c Verrechnung

- 284 Möglich ist es sodann, die Einlageschuld zu tilgen, indem der Gründer sie mit einer ihm gegenüber der Gesellschaft zustehenden Forderung verrechnet (Art. 634a OR). Im Rahmen der Gründung ist die Verrechnungslibrierung nur ausnahmsweise denkbar, nämlich dann, wenn als Sacheinlage ein Geschäft mit

⁸¹⁹ Siehe Art. 628 Abs. 2 aOR 1991.

⁸²⁰ Ablehnend VISCHER, Sachübernahmenvorschriften, 181 ff., welcher nach der Abschaffung des Sachübernahmestatbestands keinen Raum mehr dafür sieht, solche Transaktionen als Umgehungen zu erfassen.

⁸²¹ Siehe FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 11 f. zu Art. 628 OR; ferner BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 33.

⁸²² Es geht nicht an, dass im Anwendungsbereich der aufgehobenen Sachübernahmebestimmungen eine allgemeine Umgehungsvermutung aufgestellt wird (so zutreffend VON DER CRONE, Aktienrecht, N 245). Auch in anderem Zusammenhang wird verlangt, dass die Umgehung effektiv zu einer Besserstellung der Beteiligten führt (aus dem Steuerrecht siehe etwa BGE 142 II 399, E. 4.2).

⁸²³ Siehe VON DER CRONE/AREF, 260; differenzierend BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 270.

⁸²⁴ Unproblematisch ist dies, wenn die Übernahme zu Markt- oder Börsenpreisen erfolgt. Andernfalls kann sich die Einholung einer *fairness opinion* aufdrängen.

⁸²⁵ So wird in der Lehre vertreten, dass die Gründer die Sachübernahme freiwillig nach den für die Sacheinlage geltenden Vorschriften publik machen können, um späteren Missbrauchsvorwürfen vorzubeugen (VON DER CRONE/AREF, 260).

Aktiven und Passiven in die Gesellschaft eingebracht wird.⁸²⁶ Nur in diesem Fall werden die Gründer gegenüber der zu gründenden Gesellschaft Forderungen haben, die sie zur Verrechnung bringen können. Von grösserer Bedeutung ist die Verrechnungslieberung bei der Kapitalerhöhung, weshalb an anderer Stelle näher auf sie eingegangen wird.⁸²⁷

5.3 Keine weiteren Sacheinlagen, Verrechnungstatbestände oder besonderen Vorteile

Schliesslich stellen die Gründer im Errichtungsakt fest, dass keine weiteren Sacheinlagen, Verrechnungstatbestände oder besonderen Vorteile⁸²⁸ bestehen, als in den Belegen genannt sind (Art. 629 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Diese Feststellung der Gründer war früher Gegenstand eines eigenen Handelsregisterbelegs, der sog. Stampa-Erklärung.⁸²⁹ Per 1. Januar 2021 wurde dieses Erfordernis von der Handelsregisterverordnung ins Gesetz überführt. Neu muss die Feststellung nicht mehr privatschriftlich, sondern im Beisein der Urkundsperson getroffen werden.⁸³⁰

285

IV. Statuten

1. Relevanz der Statuten für die öffentliche Beurkundung

Die Statuten sind formell nicht Teil der öffentlichen Urkunde über den Errichtungsakt. Die Gründer legen die Statuten durch einen Verweis im Errichtungsakt fest.⁸³¹ Die Statuten werden dem Errichtungsakt beigelegt, ohne selbst öffentlich beurkundet zu werden.⁸³² Trotz dieser formellen Entkoppelung ist der

286

⁸²⁶ Siehe dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 233. Die Einbringung erfolgt mittels Vermögensübertragung (Art. 69 ff. FusG), wenn die übertragende Rechtsträgerin im Handelsregister eingetragen ist. Ist dies nicht der Fall, handelt es sich um eine Übertragung gemäss Art. 181 OR (vgl. VON DER CRONE, Aktienrecht, N 247).

⁸²⁷ Siehe hinten [N 491](#).

⁸²⁸ Gemeint sind die Gründervorteile im Sinn von Art. 636 OR, die (wie die Sacheinlagen und Verrechnungstatbestände) in den Statuten offengelegt werden müssen.

⁸²⁹ Die auf Verordnungsstufe eingeführte Pflicht zur Einreichung einer Stampa-Erklärung bestätigte das Bundesgericht in BGE 119 II 463, insb. E. 2c.

⁸³⁰ Siehe Botschaft OR 2015, 3653; ARNET, Aktienrecht, 5 f.; MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 238; VIONNET-RIEDERER, N 11.

⁸³¹ Siehe vorne [N 259 f.](#)

⁸³² Zur sog. Konformitätsbeglaubigung siehe hinten [N 321](#).

Errichtungsakt ohne Statuten unvollständig. Weisen die Statuten qualifizierte Mängel auf, kann die Gründung nicht im Handelsregister eingetragen werden. Aus ihrer Pflicht zur Errichtung einer eintragungsfähigen Urkunde⁸³³ folgt mittelbar, dass die Urkundsperson den Statutenentwurf einer inhaltlichen Prüfung unterziehen muss.⁸³⁴ Die Inhaltskontrolle ist dabei beschränkt auf Mängel, welche die Eintragungsfähigkeit der Statuten in Frage stellen.⁸³⁵ Der gleiche Prüfmasstab gilt bei der Beurkundung von Statutenänderungen in Bezug auf die geänderten Statutenbestimmungen.⁸³⁶

- 287 Aus Sicht der öffentlichen Beurkundung haben die Statuten eine doppelte Funktion: Erstens sind sie wie dargelegt Gegenstand der notariellen Inhaltskontrolle. Zweitens sind sie aber auch für die Verfahrenskontrolle von Bedeutung. Neben den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen geben die Statuten den rechtlichen Rahmen vor, welcher bei der Beschlussfassung der Generalversammlung oder des Verwaltungsrats einzuhalten ist.⁸³⁷ Bei der Verfahrenskontrolle bilden die Statuten damit einen Bezugspunkt, an dem sich die Urkundsperson bei der Beurteilung der vor ihr stattfindenden Beschlussfassung zu orientieren hat. Sind Verwaltungsratsbeschlüsse zu beurkunden, können neben den Statuten die Bestimmungen eines allfälligen Organisationsreglements relevant sein.⁸³⁸

2. Mindestinhalt

- 288 Der gesetzliche Mindestinhalt der Statuten ist in Art. 626 OR abschliessend aufgezählt.⁸³⁹ Die Statuten jeder Aktiengesellschaft müssen gemäss Art. 626 Abs. 1 OR Bestimmungen enthalten über die Firma und den Sitz der Gesellschaft (Ziff. 1), den Gesellschaftszweck (Ziff. 2), die Höhe und Währung des Ak-

⁸³³ Siehe vorne [N 87](#) und [156](#).

⁸³⁴ Siehe vorne [N 180 ff.](#); a.M. (unter Bezugnahme auf das zürcherische Recht) GLANZMANN/WALZ, 10 ff.

⁸³⁵ Zur beschränkten Inhaltskontrolle siehe vorne [N 186](#) und [210](#).

⁸³⁶ Siehe hinten [N 530 ff.](#)

⁸³⁷ Zu diesem Aspekt der Verfahrenskontrolle siehe vorne [N 177 ff.](#)

⁸³⁸ Siehe hinten [N 557 f.](#)

⁸³⁹ Erweiterte Anforderungen an die Statuten können sich aus Spezialgesetzen ergeben, z.B. für Banken aus Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG (siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 8 N 90). Bei Anwalts-Aktiengesellschaften müssen die Statuten nach der Praxis insbesondere sicherstellen, dass die berufsrechtlichen Vorgaben an die Unabhängigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA) erfüllt werden; manche kantonalen Aufsichtsbehörden haben entsprechende Musterstatuten publiziert (z.B. jene des Kantons Zug; abrufbar unter <https://www.zg.ch/behörden/zivil-und-strafrechtspflege/aufsichtskommission-rechtsanwalte/downloads/Musterstatuten-Anwalts-AG.pdf/view>).

tienkapitals sowie den Betrag der darauf geleisteten Einlagen (Ziff. 3), Anzahl, Nennwert und Art der Aktien (Ziff. 4) sowie die Form der Mitteilungen an die Aktionäre (Ziff. 7). Für Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien sind weitere Statutenregelungen vorgeschrieben (Art. 626 Abs. 2 OR).

Fehlen einzelne dieser Elemente, sind die Statuten lückenhaft und nicht eintragungsfähig. Die Urkundsperson hat zu prüfen, dass der von den Gründern gewählte Statutenentwurf inhaltlich den Anforderungen von Art. 626 OR entspricht.⁸⁴⁰ 289

2.1 Firma

Die Firma dient der Kennzeichnung und Individualisierung der Aktiengesellschaft. Sie ist die Bezeichnung, unter der die Gesellschaft im Rechtsverkehr auftritt. In den Statuten wird die Firma üblicherweise im Titel und – oft zusammen mit dem Sitz der Gesellschaft – im ersten Artikel genannt.⁸⁴¹ 290

Zu beachten sind die Grundsätze der Firmenbildung gemäss Art. 944 ff. OR. Der Inhalt der Firma muss der Wahrheit entsprechen (Wahrheitsgebot) und darf keine Täuschungen verursachen (Täuschungsverbot). Überdies darf die Firma keinen öffentlichen Interessen zuwiderlaufen (Art. 944 Abs. 1 OR). 291

Art. 955 OR ruft die Handelsregisterbehörde auf, die Einhaltung der Bestimmungen über die Firmenbildung besonders zu überwachen. Die Norm ergänzt für diesen Sachbereich ihre allgemeine Prüfungspflicht (Art. 937 OR).⁸⁴² Umstritten ist, ob Art. 955 OR der Handelsregisterbehörde eine umfassende Kognition in firmenrechtlichen Belangen einräumt. Während einige Autoren dies bejahen,⁸⁴³ geht eine andere Ansicht zu Recht von einer erweiterten, aber gleichwohl nicht umfassenden Kognition aus.⁸⁴⁴ Es kann jedenfalls nicht Aufgabe der Behörde sein, rein private Interessen durchzusetzen.⁸⁴⁵ 292

⁸⁴⁰ Das gilt auch dann, wenn die Gründer bei der Erstellung des Entwurfs anwaltlich beraten wurden (SCHAUB, 268 f.).

⁸⁴¹ Formulierungsbeispiel: «Unter der Firma X. AG besteht eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern.»

⁸⁴² Siehe BSK OR II-ALTENPOHL, N 1 zu Art. 955; allgemein zur Prüfungspflicht der Handelsregisterbehörde siehe vorne [N 200 ff.](#)

⁸⁴³ So BSK OR II-ECKERT, N 26 zu Art. 940; BK-SIFFERT, N 7 zu Art. 955 OR; SHK HRegV-ZIHLER, N 30 zu Art. 28.

⁸⁴⁴ VON DER CRONE, Aktienrecht, N 90 m.w.H.; ebenso CHK-OERTLI, N 1 zu Art. 955 OR; vgl. MEISTERHANS, Prüfungspflicht, 109 f.

⁸⁴⁵ Es ist denn auch unbestritten, dass die Handelsregisterbehörde nicht prüft, ob eine Verwechslungsgefahr (siehe sogleich [N 295](#)) zwischen der einzutragenden und einer ähnlichen, bereits eingetragenen Firma besteht (BK-SIFFERT, N 7 zu Art. 955 m.w.H.).

- 293 Das EHRA hat seine Praxis zum Wahrheitsgebot, zum Täuschungsverbot und zum Schutz öffentlicher Interessen in einer Weisung an die Handelsregisterbehörden konkretisiert. So darf die Firma etwa nicht im Widerspruch zum Tätigkeitsfeld der Aktiengesellschaft stehen. Als täuschend beurteilt die Praxis Firmen, die eine Tätigkeit oder ein Produkt erwähnen, das nicht von der Zweckumschreibung der Gesellschaft erfasst wird.⁸⁴⁶ Hält und verwaltet eine Gesellschaft beispielsweise ausschliesslich Beteiligungen an anderen Unternehmen, wäre eine Firma unzulässig, die auf eine operative Tätigkeit hinweist. Einer Bewilligungspflicht unterstehende Tätigkeiten (z.B. «Bank» oder «Vermögensverwaltung») dürfen in der Firma enthalten sein, wenn die Gesellschaft über die entsprechende Bewilligung verfügt.⁸⁴⁷ Die Angabe einer Ortschaft oder Gemeinde in der Firma ist grundsätzlich nur zulässig, wenn sich der Gesellschaftssitz auch effektiv dort befindet.⁸⁴⁸ Die Firma muss die Rechtsform («Aktiengesellschaft» oder abgekürzt «AG») enthalten (Art. 950 Abs. 1 OR), und zwar in einer Landessprache des Bundes (Art. 116a Abs. 1 HRegV).⁸⁴⁹ Der Rechtsformzusatz in englischer Sprache («Ltd.», «Inc.» oder «Corp.») kann zwar ebenfalls ins Handelsregister eingetragen werden, aber nur als Übersetzung der Firma. So soll der Eindruck vermieden werden, es handle sich um eine Rechtsform ausländischen Rechts.⁸⁵⁰ Sodann sind Firmen unzulässig, die allein aus rein beschreibenden Sachbegriffen gebildet werden (z.B. «Kaufhaus AG» oder «Garage AG»). Es besteht ein öffentliches Interesse daran, dass diese Begriffe nicht von einzelnen Marktteilnehmern monopolisiert werden, sondern auch Mitbewerbern zur Umschreibung ihres Unternehmens offenstehen.⁸⁵¹
- 294 Aufgrund ihrer Pflicht zur Errichtung einer eintragungsfähigen Urkunde⁸⁵² muss die Urkundsperson die Gründer anhalten, eine Firma zu wählen, die den vorstehenden Regeln entspricht. Die Urkundsperson hat daher die in der Wei-

⁸⁴⁶ Siehe EHRA-Weisung vom 1. April 2021, N 1 ff.; aus der Rechtsprechung BGE 117 II 192, insb. E. 3a (im konkreten Fall verneinte das Bundesgericht den täuschenden Charakter der Firma «Münsterkellerei AG» für ein Wein- und Spirituosenhandelsunternehmen; siehe E. 3b); Kasuistik bei FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 8 N 19.

⁸⁴⁷ Siehe EHRA-Weisung vom 1. April 2021, N 4 ff. mit weiteren Beispielen.

⁸⁴⁸ Differenzierend EHRA-Weisung vom 1. April 2021, N 20 ff.

⁸⁴⁹ Zulässig ist demnach auch die Verwendung der Abkürzung SA (für *société anonyme* bzw. *società anonima*) in einem Kanton, der Deutsch als einzige Amtssprache kennt; vgl. EHRA-Weisung vom 1. April 2021, N 73.

⁸⁵⁰ EHRA-Weisung vom 1. April 2021, N 36.

⁸⁵¹ Siehe EHRA-Weisung vom 1. April 2021, N 37 ff.; ferner VON DER CRONE, Aktienrecht, N 87.

⁸⁵² Siehe vorne [N 156](#) und [182 ff.](#)

sung des EHRA konkretisierte Handelsregisterpraxis zum Firmenrecht zu beachten.

Sobald eine Firma im Handelsregister eingetragen (und im SHAB veröffentlicht) worden ist, steht sie ihrer Inhaberin zu ausschliesslichem Gebrauch zu (Art. 956 Abs. 1 OR). Die Firma von Handelsgesellschaften und Genossenschaften ist schweizweit geschützt. Jede neue Firma muss sich von bereits eingetragenen Firmen «deutlich unterscheiden» (Art. 951 OR). Nach der Rechtsprechung ist jede (auch nur abstrakte) Verwechslungsgefahr zu vermeiden.⁸⁵³ Die Ausschliesslichkeit der eingetragenen Firmen dient den (privaten) Interessen der Inhaberinnen, denen die Anspruchsdurchsetzung im Zivilprozess zur Verfügung steht (siehe Art. 956 Abs. 2 OR).⁸⁵⁴ Ob durch die Eintragung einer neuen Firma eine Verwechslungsgefahr mit einer bereits bestehenden geschaffen wird, muss (und darf) die Handelsregisterbehörde nicht prüfen; das EHRA verweigert die Eintragung nur, wenn die Firma mit einer bereits eingetragenen identisch ist.⁸⁵⁵ Entsprechend muss die Urkundsperson ermitteln, ob bereits eine Firma im Handelsregister eingetragen ist, die mit der von den Gründern gewünschten Firma identisch ist.⁸⁵⁶ Gegebenenfalls darf sie den Errichtungsakt mit der identischen Firma nicht beurkunden, weil das Geschäft nicht eintragungsfähig wäre. Hinsichtlich etwaiger Verwechslungsgefahren besteht dagegen keine Prüfpflicht. Im Einzelfall kann es aufgrund der Belehrungspflicht dennoch angezeigt sein, die Gründer auf die Regelungen zur Firmenausschliesslichkeit hinzuweisen.

295

2.2 Sitz

Die Gründer können den Sitz der Gesellschaft⁸⁵⁷ in der Schweiz frei wählen.⁸⁵⁸ Er muss nicht mit dem Ort übereinstimmen, wo die Gesellschaft ihre hauptsächliche Geschäftstätigkeit entfalten soll oder von wo aus sie effektiv verwal-

296

⁸⁵³ Zur eher strengen bundesgerichtlichen Rechtsprechung siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 8 N 26 ff. m.w.H.

⁸⁵⁴ Zu den Klagemöglichkeiten siehe etwa BSK OR II-ALTENPOHL, N 10 ff. zu Art. 956; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 90.

⁸⁵⁵ Seine Praxis zur Firmenidentität hat das EHRA in einer internen Weisung konkretisiert (siehe EHRA-Interne Weisung vom 1. April 2021); vgl. dazu auch MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 156 ff.

⁸⁵⁶ Diese Ermittlung ist anhand der in Fn. 855 zitierten internen Weisung des EHRA vorzunehmen.

⁸⁵⁷ Als Sitz eingetragen wird die entsprechende politische Gemeinde (Art. 117 Abs. 1 HRegV) und nicht etwa ein allenfalls abweichender Ortschaftsname (siehe MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 495).

⁸⁵⁸ Siehe BGE 100 Ib 455, E. 4.

tet wird.⁸⁵⁹ Wie der Wohnsitz einer natürlichen Person ist der Sitz Anknüpfungspunkt für zahlreiche Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaft. Er bestimmt, wo die Gesellschaft ins Handelsregister einzutragen ist (Art. 640 OR). Der Sitz fungiert sodann als Betreibungsort (Art. 46 Abs. 2 SchKG) und als (allgemeiner) Gerichtsstand für Klagen gegen die Aktiengesellschaft (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO), aber auch für gewisse Klagen, die von der Gesellschaft ausgehen oder einen Bezug zu ihr haben.⁸⁶⁰ Auch das internationale Privatrecht (Art. 154 Abs. 1 IPRG)⁸⁶¹ sowie das Steuerrecht (Art. 50 DBG; Art. 20 StHG)⁸⁶² sehen den statutarischen Sitz als zentralen Anknüpfungspunkt vor.

297 Die Gesellschaft muss an ihrem Sitz über ein Rechtsdomizil verfügen, also über eine Adresse, an der sie auf dem Postweg erreichbar ist.⁸⁶³ Hat die Gesellschaft an ihrem Sitz kein Geschäftslokal, kann sie sich das Domizil von einer Drittperson⁸⁶⁴ als sog. c/o-Adresse gewähren lassen (siehe Art. 117 HRegV). Gegenwärtig bietet eine Vielzahl spezialisierter (Treuhand-)Unternehmen die Domizilüberlassung und damit zusammenhängende Dienstleitungen gegen Entgelt an.⁸⁶⁵

298 Feststellungen zum Domizil gehören materiell nicht in den Errichtungsakt. Anders als der Sitz ist das Domizil nicht von den Gründern, sondern vom Verwaltungsrat festzulegen. Dennoch ist es in der Praxis verbreitet, in die öffentliche Urkunde eine Klausel aufzunehmen, wonach die Gründer von der Domi-

⁸⁵⁹ Siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 8 N 33; BSK OR II-SCHENKER, N 5 zu Art. 626; TAGMANN/ZIHLER, 51 f.; inzwischen ebenso BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 299, der in früheren Auflagen noch vertrat, dass der Sitz am Ort festgelegt werden müsse, an dem die Gesellschaft dauernd ihre Leitungstätigkeit ausübt (DERS., Aktienrecht 2009, § 1 N 291).

⁸⁶⁰ So besteht etwa für Klagen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ein (alternativer) Gerichtsstand am Sitz der Gesellschaft, unabhängig davon, ob die Gesellschaft selbst oder ein Aktionär klagt (siehe im Einzelnen Art. 40 ff. ZPO).

⁸⁶¹ Das internationale Privatrecht der Schweiz folgt damit grundsätzlich der sog. Inkorporationstheorie. In gewissen ausländischen Rechtsordnungen (z.B. im deutschen Recht) gilt dagegen die «Sitztheorie», wonach statt des statutarischen der effektive Sitz massgeblich ist, also der Ort, wo die Gesellschaft tatsächlich verwaltet wird (weiterführend BK-NOBEL, § 11 N 21 ff.; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 171 ff.).

⁸⁶² Siehe dazu die Hinweise bei VON DER CRONE, Aktienrecht, N 170 mit Fn. 40.

⁸⁶³ Siehe die Definition des Rechtsdomizils in Art. 2 lit. b HRegV. Erforderlich ist nach der Praxis, dass am Rechtsdomizil ein «administratives Leistungsangebot» gewährleistet ist. Die Gesellschaft muss für die Entgegennahme von Mitteilungen jeglicher Art physisch erreichbar sein. Ein blosser Briefkasten bzw. ein Postfach genügt nicht (EHRA-Praxismitteilung 2/15, N 5 ff.; MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 17; TAGMANN/ZIHLER, 54 ff.).

⁸⁶⁴ Bei dieser Drittperson (der sog. Domizilhalterin) kann es sich um eine natürliche Person oder um eine im Handelsregister eingetragene Rechtseinheit handeln (vgl. MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 409).

⁸⁶⁵ Vgl. dazu TAGMANN/ZIHLER, 53 mit Fn. 34.

ziladresse «Kenntnis nehmen»; häufig wird auch erwähnt, ob es sich um «eigene Büroräumlichkeiten» der Gesellschaft oder um eine c/o-Adresse handelt.⁸⁶⁶

Verliert eine Gesellschaft ihr Domizil in der Sitzgemeinde, ohne ein neues zu begründen, leidet sie an einem Organisationsmangel (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 5 OR). Das Handelsregisteramt wird sie in diesem Fall auffordern, den Mangel innert Frist zu beheben (Art. 939 Abs. 1 OR).⁸⁶⁷ Kommt die Gesellschaft dieser Aufforderung nicht nach, überweist es die Angelegenheit dem zuständigen Gericht (Art. 939 Abs. 2 OR). 299

2.3 Zweck

Eine Aktiengesellschaft ist typischerweise gewinnstrebig.⁸⁶⁸ Ihr Ziel und zugleich ihre Daseinsberechtigung bestehen – vereinfacht gesagt – darin, für die Aktionäre einen Gewinn zu erwirtschaften.⁸⁶⁹ Der «Zweck der Gesellschaft» gemäss Art. 626 Abs. 1 Ziff. 2 OR meint nicht diesen (wirtschaftlichen) Endzweck, sondern die Tätigkeiten, mit denen die Gesellschaft profitabel sein soll, ihr Geschäft. 300

Die Statuten müssen das Tätigkeitsfeld der Gesellschaft klar definieren.⁸⁷⁰ Die Handelsregisterpraxis verlangt eine minimale Spezifizierung der zu tätigenden Geschäfte. Allzu unbestimmte Zweckumschreibungen (z.B. «Geschäfte aller Art» oder «Erbringung von Dienstleistungen aller Art») werden zurückgewiesen.⁸⁷¹ Davon abgesehen bleibt es den Gründern überlassen, ob sie den Gesellschaftszweck eher breit oder eng umschrieben haben möchten. Eine enge Umschreibung erlaubt es, den Handlungsspielraum des Verwaltungsrats im 301

⁸⁶⁶ Siehe das Beispiel bei BIBER/WATTER, 703.

⁸⁶⁷ Siehe MEISTERHANS, Revidierte Handelsregisterverordnung, 1117.

⁸⁶⁸ Als gesetzlicher «Normalfall» ist die Gewinnstrebigkeit nicht in den Statuten auszuweisen. Soll davon abgewichen und die Aktiengesellschaft auf ideelle Ziele verpflichtet werden, ist eine Anordnung in den Statuten erforderlich. Die nachträgliche Abschaffung der Gewinnstrebigkeit bedarf gemäss Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR der Zustimmung sämtlicher Aktionäre (ausführlich VON DER CRONE, Aktienrecht, N 179 m.w.H.; zum Begriff der Gewinnstrebigkeit siehe MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 11).

⁸⁶⁹ Siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 8 N 46; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 43 ff.; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 22 und 179.

⁸⁷⁰ Vgl. Art. 118 Abs. 1 HRegV: «Die Rechtseinheiten müssen ihren Zweck so umschreiben, dass ihr Tätigkeitsfeld für Dritte klar ersichtlich ist.»

⁸⁷¹ Siehe MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 502; ausführlich ZIHLER, 59 ff.; kritisch dazu ZK-CRAMER, N 30 f. zu Art. 626 OR.

Sinn der Gründer zu strukturieren.⁸⁷² Sie kann indes blockierend wirken, wenn sich Erweiterungen der Unternehmenstätigkeit aufdrängen, die dann jedes Mal eine Statutenänderung erfordern.⁸⁷³ Allgemein gehaltene Zweckklauseln bieten zwar Flexibilität, erhöhen für die Gesellschaft aber auch das Risiko, durch Kompetenzüberschreitungen ihrer Vertreter gebunden zu werden.⁸⁷⁴ Der Zweckartikel wird in der Praxis häufig durch eine generische Aufzählung von Geschäften ergänzt, welche die Gesellschaft im Rahmen ihrer Zweckverfolgung vornehmen darf (sog. Nebenzwecke).⁸⁷⁵ Diese Ergänzung ist gesetzlich nicht vorgeschrieben und hat in der Regel rein deklaratorische Bedeutung.⁸⁷⁶

302 Eine Tätigkeit, die einem Bewilligungserfordernis untersteht, ist nur als Gesellschaftszweck eintragungsfähig, wenn die Bewilligung der zuständigen Behörde vorliegt.⁸⁷⁷ Bei (Immobilien-)Gesellschaften, die den Erwerb von Grundstücken⁸⁷⁸ als Zweck ausweisen, wird das Handelsregisteramt eine Erklärung der Gründer verlangen, wonach kein bewilligungspflichtiger Erwerb durch die Gesellschaft beabsichtigt ist (sog. Lex-Koller-Erklärung).⁸⁷⁹ Lässt sich die Bewilligungspflicht nicht ohne Weiteres ausschliessen, wird das Amt das Eintragsverfahren aussetzen und die Gründer an die Bewilligungsbehörde verweisen (Art. 18 BewG).

303 Es wurde bereits erwähnt, dass die Zweckumschreibung nicht im Widerspruch zur Firma stehen darf.⁸⁸⁰ Erweckt die Firma bei Drittpersonen den Eindruck,

⁸⁷² Siehe VON DER CRONE, Aktienrecht, N 180; vgl. auch ZK-CRAMER, N 32 f. zu Art. 626 OR, wonach eine enge Zweckumschreibung der Gesellschaft ein spezifisches Profil geben und mit einer «gewissen Werbewirkung» verbunden sein könne.

⁸⁷³ Änderungen des Gesellschaftszwecks unterwirft das Gesetz einem qualifizierten Quorum (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Gerade bei einem zerstrittenen Aktionariat besteht die Gefahr, dass die erforderliche Mehrheit nicht erreicht wird (siehe VON DER CRONE, Aktienrecht, N 180).

⁸⁷⁴ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 8 N 51; anschauliches Beispiel bei ZIHLER, 58 f.; zur Bedeutung des Zwecks für den Umfang der Vertretungsmacht siehe sogleich [N 304](#).

⁸⁷⁵ Typische Formulierung: «Die Gesellschaft kann Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften im In- und Ausland errichten und sich an anderen Unternehmen im In- und Ausland beteiligten sowie alle Geschäfte tätigen, die direkt oder indirekt mit ihrem Zweck im Zusammenhang stehen.»

⁸⁷⁶ Vgl. ZK-CRAMER, N 38 zu Art. 626 OR, der die Aufführung von Nebenzwecken für «überflüssig» hält.

⁸⁷⁷ Siehe im Zusammenhang mit der Firma bereits vorne [N 293](#).

⁸⁷⁸ Seit 1997 untersteht nur noch der Erwerb von Grundstücken, die von der Gesellschaft nicht als (ständige) Betriebsstätte genutzt werden, der Bewilligungspflicht (Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG).

⁸⁷⁹ Siehe hinten [N 324](#).

⁸⁸⁰ Dies ergibt sich aus dem Täuschungsverbot gemäss Art. 944 Abs. 1 OR; siehe vorne [N 293](#).

die Gesellschaft gehe einer bestimmten Tätigkeit nach, so muss diese Tätigkeit von der Zweckklausel auch erfasst werden.⁸⁸¹

Der in den Statuten umschriebene Zweck der Gesellschaft bildet die Leitlinie zur Konkretisierung des Gesellschaftsinteresses.⁸⁸² Er beeinflusst daher unmittelbar die Pflichten der Exekutivorgane (Art. 717 OR), die ihre Geschäftsführung auf den Zweck auszurichten haben.⁸⁸³ Sodann bestimmt der Gesellschaftszweck die Vertretungsmacht der Organvertreter (Art. 718a OR) und Prokuristen (Art. 459 OR) für Handlungen im Namen der Aktiengesellschaft. Nach der Rechtsprechung gelten gegenüber gutgläubigen Dritten alle Rechtsgeschäfte als von der Vertretungsmacht gedeckt, die durch den Gesellschaftszweck nicht geradezu ausgeschlossen werden.⁸⁸⁴ Relevant ist die Zweckumschreibung überdies für die Vinkulierung nicht kotierter Aktien (Art. 685a f. OR)⁸⁸⁵ und die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen (Art. 706 OR).⁸⁸⁶

304

2.4 Aktienkapital und Liberierung

Gemäss Art. 626 Abs. 1 Ziff. 3 OR müssen das Aktienkapital und die darauf geleisteten Einlagen in den Statuten ausgewiesen werden.⁸⁸⁷ Jede nachträgliche Erhöhung oder Herabsetzung des Aktienkapitals bzw. der Liberierungsquote bedingt daher eine Statutenänderung.⁸⁸⁸ Das Aktienkapital hat mindestens CHF 100'000 zu betragen (Art. 621 Abs. 1 OR).⁸⁸⁹

305

Das revidierte Aktienrecht ermöglicht den Gründern einer Gesellschaft, die primär im Ausland geschäftlich tätig sein soll, das Aktienkapital nicht in Schweizer Franken, sondern in einer ausländischen Währung zu denominieren

306

⁸⁸¹ Siehe EHRA-Weisung vom 1. April 2021, N 2 f.; ZIHLER, 57 und 64; zurückhaltend ZK-CRAMER, N 29 zu Art. 626 OR.

⁸⁸² Statt vieler BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, N 16 zu Art. 717 m.w.H.

⁸⁸³ Siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 8 N 54; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 181.

⁸⁸⁴ BGE 116 II 320, E. 3a; BGE 111 II 284, E. 3b; siehe in anderem Zusammenhang vorne [N 242](#).

⁸⁸⁵ Bei entsprechender Regelung in den Statuten kann der Gesellschaftszweck als wichtiger Grund angerufen werden, um einen Aktienerwerber abzulehnen (Art. 685b Abs. 1 und 2 OR).

⁸⁸⁶ So kann der Gesellschaftszweck insbesondere eine Beschränkung von Aktionärsrechten (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR) oder eine Ungleichbehandlung von Aktionären (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR) rechtfertigen (siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 24 ff.).

⁸⁸⁷ Die geleisteten Einlagen können entweder als absoluter Betrag oder als Prozentsatz vom Aktienkapital angegeben werden (siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 310).

⁸⁸⁸ Siehe hinten [N 582 ff.](#)

⁸⁸⁹ Zur Möglichkeit der Teilliberierung und ihren Schranken siehe vorne [N 275](#).

(Art. 621 Abs. 2 OR).⁸⁹⁰ Abhängig ist dies von zwei Voraussetzungen, die einen gewissen Sachbezug zwischen der Währung des Aktienkapitals und dem Geschäftsumfeld der Gesellschaft sicherstellen sollen.⁸⁹¹ Erstens muss die gewählte Fremdwährung für die Geschäftstätigkeit wesentlich sein. Im Zeitpunkt der Gründung sollte hierfür ausreichen, dass die Gründer eine entsprechende Absicht bekunden.⁸⁹² Zweitens muss die Gesellschaft ihre Buchführung und Rechnungslegung in der nämlichen Fremdwährung durchführen. Anders als bei der Liberierung mit Fremdwährungen⁸⁹³ kann im Übrigen nicht jede Währung gewählt werden, die zum Franken frei konvertierbar ist. Es muss sich um eine Währung handeln, die der Bundesrat für das Aktienkapital zugelassen hat. Die entsprechende Liste findet sich in Anhang 3 zur HRegV: Gegenwärtig darf das Aktienkapital (wenn nicht auf Schweizer Franken) auf britische Pfund, Euro, US-Dollar oder Yen lauten.⁸⁹⁴ Das Aktienkapital in ausländischer Währung muss im Zeitpunkt der Errichtung einen Gegenwert von mindestens CHF 100'000 aufweisen. Den angewandten Wechselkurs haben die Gründer in der öffentlichen Urkunde festzustellen (Art. 629 Abs. 3 OR). Die Urkundsperson prüft den festgestellten Wechselkurs auf seine Plausibilität hin und schreitet nur bei offensichtlichen Falschangaben ein.⁸⁹⁵

2.5 Aktien

a Anzahl, Nennwert und Art

- 307 Sodann müssen die Statuten festlegen, wie das Aktienkapital in Aktien aufgeteilt werden soll. Zu nennen sind Anzahl, Nennwert und Art der Aktien (Art. 626 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Dies geschieht üblicherweise in derselben Statuten-

⁸⁹⁰ Siehe GABERTHÜEL/EHR SAM, 233, mit Hinweisen zur praktischen Umsetzung.

⁸⁹¹ Siehe Botschaft OR 2016, 481; FISCHER, 3 f. Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 14 zu Art. 621 OR, welche die *ratio legis* in der Transparenz und im Gläubigerschutz sehen. Wie die Gläubiger durch die Vorschriften geschützt werden sollen, ist indes nicht offensichtlich.

⁸⁹² So zutreffend FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 14 zu Art. 621 OR.

⁸⁹³ Siehe dazu vorne [N 278](#).

⁸⁹⁴ Mit der Vorschrift, dass der Bundesrat die zulässigen Währungen festlegen soll, kam der Nationalrat in der Differenzbereinigung den Bedenken des Ständerats gegenüber einer allzu liberalen Zulassung ausländischer Währungen entgegen. Entsprechend interpretierte der Bundesrat seinen Regelungsauftrag restriktiv und liess nur die vier Währungen zu, die (neben dem Franken) weltweit am meisten gehandelt werden (siehe Erläuternder Bericht HRegV, 13; ferner FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 5 zu Art. 621 OR; MEISTERHANS, Aktienrechtsrevision, 432 f.; POGGIO-WIDMER, 92).

⁸⁹⁵ Vgl. bereits vorne [N 278](#) a.E.

bestimmung, die das Aktienkapital und die geleisteten Einlagen enthält.⁸⁹⁶ Zur Höhe des Nennwerts macht das revidierte Recht einzig die Vorgabe, dass er grösser als null sein muss (Art. 622 Abs. 4 OR). Nennwertlose Aktien⁸⁹⁷ sind nach wie vor ausgeschlossen. Davon abgesehen können die Gründer den Nennwert beliebig tief ansetzen (z.B. CHF 0.0001).⁸⁹⁸

Mit der «Art» der Aktien ist die Festlegung gemeint, ob es sich um Inhaber- oder Namenaktien handeln soll. Inhaberaktien sind seit November 2019 nur noch zulässig, wenn die Gesellschaft Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert hat oder die Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet und bei einer Verwahrungsstelle in der Schweiz hinterlegt oder ins Hauptregister eingetragen sind (Art. 622 Abs. 1^{bis} OR). Dies dürfte bei der Gründung nur in seltenen Fällen zutreffen. In aller Regel werden die Statuten daher die Ausgabe von Namenaktien vorsehen. Sollten die Gründer die Ausgabe von Inhaberaktien wünschen, muss sich die Urkundsperson vergewissern, dass die Voraussetzungen gemäss Art. 622 Abs. 1^{bis} OR erfüllt sind, um die Eintragungsfähigkeit des Errichtungsakts sicherzustellen.⁸⁹⁹

308

b Aktienkategorien

Bestehen mehrere Aktienkategorien, sind die Aktien in den Statuten auf die einzelnen Kategorien aufzuschlüsseln, auch wenn die Angabe der Kategorie im Katalog von Art. 626 OR nicht enthalten ist.⁹⁰⁰ Bei Stimmrechtsaktien ergibt sich das bereits aus der obligatorischen Angabe des Aktiennennwerts. Üblicherweise wird im Statutentext (in Klammern) explizit ausgewiesen, welche

309

⁸⁹⁶ Formulierungsbeispiel: «Das Aktienkapital beträgt CHF 100'000 und ist eingeteilt in 100 Namenaktien zu nominal je CHF 1'000. Die Aktien sind zu 50 Prozent liberiert.»

⁸⁹⁷ Bei den Vorarbeiten zur Aktienrechtsrevision 2020 wurde lange über die Einführung von nennwertlosen Aktien (als sog. Stückaktien) diskutiert. Im Vordergrund stand die Ausgestaltung als unechte Nennwertaktien, d.h., die Gesellschaft hätte auf der Passivseite der Bilanz weiterhin ein festes Aktienkapital ausweisen müssen (eingehend dazu VON DER CRONE/CATHOMAS, 587 f. m.w.H.). Der Bundesrat hat die Einführung (unechter) nennwertloser Aktien in seinen Entwürfen von 2007 und 2016 abgelehnt (siehe Botschaft OR 2007, 1616 f.; Botschaft OR 2016, 431).

⁸⁹⁸ Der Nennwert kann in den Statuten entweder als Dezimalzahl mit beliebig vielen Nachkommastellen oder als Bruch aufgeführt werden (siehe MEISTERHANS, Aktienrechtsrevision, 433 f.; POGGIO-WIDMER, 94).

⁸⁹⁹ Gemäss Art. 43 Abs. 1 lit. i HRegV muss bei der Anmeldung einer Aktiengesellschaft mit Inhaberaktien ein Nachweis vorgelegt werden, dass die Gesellschaft Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert hat oder dass alle Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet sind (weiterführend MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 216).

⁹⁰⁰ Unter früherem Recht waren die Angaben zu Vorzugsaktien, Partizipations- und Genussscheinen als «bedingt notwendiger Statuteninhalt» in Art. 627 Ziff. 9 aOR 1991 aufgeführt.

Aktien die Stimmrechts- und welche die Stammaktien sind.⁹⁰¹ Sollen Stimmrechtsaktien ausgegeben werden, müssen die Statuten überdies eine Klausel enthalten, wonach das Stimmrecht (unabhängig vom Nennwert) nach der Zahl der jedem Aktionär gehörenden Aktien zugeteilt wird (Art. 693 Abs. 1 OR).

- 310 Auch bei Vorzugsaktien ist die Aktienstückelung in den Statuten auszuweisen.⁹⁰² Vorzugsaktien können bereits in den Gründungsstatuten vorgesehen sein. Häufiger ist in der Praxis, dass Vorzugsaktien erst nach der Gründung geschaffen werden.⁹⁰³ Im Rahmen von Investitionsrunden können fortlaufend weitere Kategorien von Vorzugsaktien mit unterschiedlichen Vorrechten hinzukommen.⁹⁰⁴ Normalerweise unterscheiden sich in diesem Fall die Nennwerte der verschiedenen Aktienkategorien nicht. Denkbar ist aber auch, dass Vorzugsaktien neben Stimmrechtsaktien geschaffen werden. Die finanziellen Vorteile «entschädigen» dann die Vorzugsaktionäre gewissermassen für die geringere Stimmkraft.⁹⁰⁵ Die Statuten müssen in einer weiteren Klausel die Vorrechte, welche die jeweilige Kategorie von Vorzugsaktien vermittelt, in objektiv bestimmbarer Weise umschreiben (Art. 656 Abs. 1 OR).⁹⁰⁶
- 311 Gibt eine Gesellschaft Stimmrechts- oder Vorzugsaktien aus, müssen die Statuten den Aktionären jeder Aktienkategorie das Recht auf Wahl wenigstens eines Vertreters in den Verwaltungsrat einräumen (Art. 709 Abs. 1 OR).⁹⁰⁷ Diese Bestimmung ist zwar zwingend, sie dient aber ausschliesslich dem Schutz der entsprechenden Aktionärsgruppen. Nach den Grundsätzen über die Kognition in materiell-rechtlichen Fragen⁹⁰⁸ darf die Handelsregisterbehörde daher Sta-

⁹⁰¹ Formulierungsbeispiel: «Das Aktienkapital beträgt CHF 450'000 und ist eingeteilt in 3'000 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 50 (Stimmrechtsaktien) und 3'000 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 100 (Stammaktien). Die Aktien sind vollständig liberiert.»

⁹⁰² Siehe z.B. CHK-HEIZ, N 2 zu Art. 654 OR; auch auf dem Handelsregisterauszug werden die Aktien gesondert nach Kategorie ausgewiesen (dazu ausführlich SHK HRegV-TAGMANN, N 13 ff. zu Art. 45).

⁹⁰³ Siehe dazu BSK OR II-LIEBI, N 64 ff. zu Art. 654–656.

⁹⁰⁴ Formulierungsbeispiel: «Das Aktienkapital beträgt CHF 450'000 und ist eingeteilt in 9'000 vollständigliberierte Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 50, darunter 3'000 Stammaktien, 3'000 Vorzugsaktien der Kategorie A und 3'000 Vorzugsaktien der Kategorie B.»

⁹⁰⁵ Vgl. zu verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 41 N 33 ff.; BSK OR II-LIEBI, N 3 ff. zu Art. 654–656; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 446.

⁹⁰⁶ Ausführlich zu möglichen Vorrechten BSK OR II-LIEBI, N 14 ff. zu Art. 654–656.

⁹⁰⁷ Nach der Rechtsprechung hat die jeweilige Aktionärsgruppe ein «verbindliches Vorschlagsrecht» gegenüber der Generalversammlung; diese darf die Wahl des vorgeschlagenen Vertreters nur aus wichtigen Gründen ablehnen (BGE 107 II 179, E. 3; BGE 66 II 43, E. 6c).

⁹⁰⁸ Dazu ausführlich vorne [N 205 f.](#)

tuten nicht zurückweisen, denen (entgegen Art. 709 Abs. 1 OR) eine Klausel über den Anspruch auf einen Vertreter im Verwaltungsrat fehlt.⁹⁰⁹ Die Urkundsperson soll Gründer, die verschiedene Kategorien von Aktien ausgeben möchten, über die Regelung von Art. 709 Abs. 1 OR belehren. Entscheiden sich die Gründer trotz Belehrung gegen die Aufnahme einer solchen Statutenbestimmung, ist die Beurkundung vorbehaltlos vorzunehmen. Der Mangel ändert nichts an der Gültigkeit der Gründungsstatuten.⁹¹⁰ Materiell ist er von untergeordneter Bedeutung, denn der Anspruch auf Vertretung im Verwaltungsrat besteht auch dann, wenn er nicht in den Statuten verankert ist.⁹¹¹

Gleich wie für die verschiedenen Aktienkategorien ist eine statutarische Grundlage erforderlich, wenn die Gesellschaft Partizipations- oder Genussscheine ausgeben soll.⁹¹² 312

c Vinkulierung

Das Gesetz betrachtet die freie Übertragbarkeit der Aktien (und damit der Mitgliedschaft) als Normalfall; bei Fehlen einer Regelung in den Statuten kann der Aktionär seine Aktien grundsätzlich ohne Mitwirkung der Gesellschaft an andere Aktionäre oder Dritte veräussern.⁹¹³ Die Statuten können indessen die Übertragbarkeit der Namenaktien beschränken, indem sie die Übertragung von der Zustimmung der Gesellschaft⁹¹⁴ abhängig machen (sog. Vinkulierung; Art. 685a Abs. 1 OR).⁹¹⁵ 313

⁹⁰⁹ So die mittlerweile herrschende Ansicht (siehe etwa ZK-CRAMER, N 15 zu Art. 627 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 27 N 83; CHK-PLÜSS/FACINCANI-KUNZ, N 2 zu Art. 709 OR; ebenso BSK OR II- WERNLI/RIZZI, N 7 zu Art. 709 mit Hinweisen auf gegenteilige Auffassungen).

⁹¹⁰ Bei nachträglicher Einführung von Vorzugs- bzw. Stimmrechtsaktien wäre der entsprechende Generalversammlungsbeschluss anfechtbar (Art. 706 f. OR), wenn er nicht auch den Anspruch auf Vertretung gemäss Art. 709 Abs. 1 OR in die Statuten einführt (siehe BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 7 zu Art. 709). In den Gründungsstatuten bleibt der Mangel dagegen folgenlos.

⁹¹¹ Siehe VON DER CRONE, Aktienrecht, N 441.

⁹¹² Siehe Art. 656a Abs. 1 und 2 OR für die Partizipationsscheine und Art. 657 Abs. 1 OR für die Genussscheine.

⁹¹³ Siehe DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 10 N 70; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 340.

⁹¹⁴ Gemeint ist damit in der Regel die Zustimmung des Verwaltungsrats (siehe Art. 716 Abs. 1 OR). Allerdings können die Statuten den Entscheid über die Zustimmung auch der Generalversammlung zuweisen (dazu BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF, N 8 f. zu Art. 685a; BÖCKLI, Aktienrecht, § 5 N 20).

⁹¹⁵ Formulierungsbeispiel: «Die Übertragung der Namenaktien bedarf der Zustimmung des Verwaltungsrats.»

314 In Gesellschaften ohne kotierte Aktien können Aktienerwerber gestützt auf einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund abgelehnt werden (Art. 685b Abs. 1 und 2 OR). Als «wichtig» gelten statutarische Ablehnungsgründe, die sich entweder mit dem Gesellschaftszweck oder mit der wirtschaftlichen Selbstständigkeit des Unternehmens rechtfertigen lassen. Dazu zählen beispielsweise Klauseln zum Ausschluss von Konkurrenten, über persönliche Fähigkeiten, welche die Aktienerwerber erfüllen müssen, oder auch Prozentklauseln, die ein gestreutes Aktionariat sicherstellen sollen.⁹¹⁶ Ohne Angabe eines wichtigen Grundes lässt das Gesetz die Ablehnung dann zu, wenn die Gesellschaft dem Veräusserer die Übernahme der Aktien zum wirklichen Wert anbietet (Art. 685b Abs. 1 und 5 OR). Diese Ablehnungsmöglichkeit (bisweilen unscharf als «*escape clause*» bezeichnet) muss nicht ausdrücklich in den Statuten genannt werden, sondern ist implizit in der Vinkulierungsklausel enthalten.⁹¹⁷ Für börsenkotierte Namenaktien sind statutarische Prozentklauseln (neben der praktisch wenig relevanten «Ausländervinkulierung»⁹¹⁸) der einzig zulässige Ablehnungsgrund (Art. 685d OR).

315 Zu Beginn des Lebenszyklus einer Aktiengesellschaft besteht in aller Regel das Bedürfnis, dass der Verwaltungsrat die Kontrolle über Aktienübertragungen behält und nötigenfalls dagegen einschreiten kann. Im Rahmen der Gründung sollte die Urkundsperson die Gründer über die Möglichkeit der Aufnahme einer Vinkulierungsklausel in die Statuten belehren, um der Gesellschaft mindestens die Ablehnung eines unliebsamen Erwerbers gegen ein Übernahmeangebot zu ermöglichen.⁹¹⁹ Eine weitergehende Beratung zur Ausgestaltung der Vinkulierungsordnung verlangen die beurkundungsrechtlichen Pflichten dagegen nicht.

d Ausgabeform

316 Nicht zwingend in den Statuten zu regeln ist sodann die Ausgabeform der Aktien. Das Gesetz geht (dispositiv) von der wertpapiermässigen Verbriefung der Aktionärsstellung aus. Weichen die Statuten hiervon nicht ab, haben die Aktionäre Anspruch auf die Ausgabe von Wertpapieren (entweder als Einzeltitel oder Zertifikate).⁹²⁰ Stattdessen können die Statuten vorsehen, dass die Aktien

⁹¹⁶ Eingehend BÖCKLI, Aktienrecht, § 5 N 219 ff.; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 348 ff.

⁹¹⁷ BÖCKLI, Aktienrecht, § 5 N 145; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF, N 10 zu Art. 685a; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 328.

⁹¹⁸ Art. 4 der Schlussbestimmungen zum XXVI. Titel des OR; siehe dazu etwa BÖCKLI, Aktienrecht, § 5 N 75 ff. m.w.H.

⁹¹⁹ Zur notariellen Belehrungs- und Beratungspflicht allgemein vorne [N 86](#).

⁹²⁰ Grundlegend BGE 147 III 469, insb. E. 4.3.2, 4.3.3 und 4.4; besprochen bei MAHLER, 1521 ff.

als einfache Wertrechte, Registerwertrechte oder Bucheffekten ausgegeben werden (Art. 622 Abs. 1 OR). Es entspricht heutzutage oftmals nicht den Bedürfnissen der Gründer, die Aktien als Wertpapiere zu verbriefen. Zumal in der Lehre umstritten ist, ob und wie der Verbriefungsanspruch nachträglich ausgeschlossen werden kann,⁹²¹ sollte die zweckmässige Ausgabeform bereits in den Gründungsstatuten festgelegt werden. Besonders in kleineren Verhältnissen wird die Wahl regelmässig auf einfache Wertrechte fallen.

2.6 Weitere Inhalte

Die Statuten müssen regeln, in welcher Form die Gesellschaft mit ihren Aktionären kommunizieren soll (Art. 626 Abs. 1 Ziff. 7 OR). Das Aktienrecht belässt den Gründern diesbezüglich eine gewisse Gestaltungsfreiheit. Üblicherweise stellen Gesellschaften mit Namenaktien ihre Mitteilungen per Brief (allenfalls eingeschrieben) an die im Aktienbuch verzeichneten Adressen der Aktionäre zu. Zulässig (und immer verbreiteter) ist auch die Nutzung elektronischer Kommunikationskanäle (z.B. Zustellung per E-Mail oder elektronische Veröffentlichung im SHAB).⁹²² 317

Nicht (mehr⁹²³) in den Statuten enthalten sein muss dagegen die Form der Bekanntmachungen der Gesellschaft gegenüber der Öffentlichkeit.⁹²⁴ Für alle gesetzlich vorgesehenen Veröffentlichungen schreibt Art. 936a Abs. 2 OR zwingend die elektronische Publikation im SHAB vor. 318

In Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien müssen die Statuten einen erweiterten Mindestinhalt aufweisen (Art. 626 Abs. 2 OR). Zu regeln sind besondere Aspekte des Mandatsverhältnisses mit Mitgliedern des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und eines etwaigen Beirats (Ziff. 1 und 2), Grundsätze zu den Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses (Ziff. 3) sowie Einzelheiten zur Abstimmung der Generalversammlung über die Vergütungen (Ziff. 4).⁹²⁵ 319

⁹²¹ Eine Übersicht über den Meinungsstand findet sich bei MAHLER, 1524 ff. m.w.H.

⁹²² Siehe Botschaft OR 2016, 485 und 553; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 187.

⁹²³ Vgl. noch Art. 626 Ziff. 7 aOR 1991.

⁹²⁴ Botschaft OR 2016, 485; siehe dazu VON DER CRONE, Aktienrecht, N 186.

⁹²⁵ Dazu eingehend FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 15 ff. zu Art. 626 OR; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 188 ff.

3. Formelle Anforderungen

- 320 Die Statuten werden wie bereits erwähnt⁹²⁶ nicht wörtlich in der öffentlichen Urkunde über den Errichtungsakt wiedergegeben.⁹²⁷ Das von den Gründern angenommene Statutenexemplar bildet einen eigenen Gründungsbeleg, welcher der öffentlichen Urkunde beigelegt werden muss (Art. 631 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Nicht erforderlich ist, dass die Gründer die Statuten unterzeichnen oder elektronisch signieren. Die Unterzeichnung durch die Gründer (im Sinn einer Bekräftigung der Authentizität der Statuten) ist in der Praxis aber gleichwohl verbreitet.
- 321 Das Handelsregisterrecht verlangt, dass die Urkundsperson die Statuten beglaubigt (Art. 22 Abs. 4 lit. a Ziff. 1 HRegV). Mit der Beglaubigung bestätigt die Urkundsperson, dass die Statuten vollständig sind und der Fassung entsprechen, welche die Gründer bei der Errichtung als Gesellschaftsstatuten festgelegt haben (sog. Konformitätsbeglaubigung).⁹²⁸

V. Weitere Belege

- 322 In der öffentlichen Urkunde muss die Urkundsperson die Gründungsbelege einzeln nennen und bestätigen, dass sie ihr und den Gründern vorgelegen haben (Art. 631 Abs. 1 OR). Diese Sachbeurkundung hält mit verstärkter Beweiskraft (Art. 179 ZPO) fest, dass die fraglichen Belege im Errichtungszeitpunkt vorhanden waren.⁹²⁹ Zu den Gründungsbelegen⁹³⁰ zählen die Statuten, bei Barliberierung die Kapitaleinzahlungsbestätigung und bei qualifizierter Libe-
rierung der Gründungsbericht, die Prüfungsbestätigung sowie etwaige Sach-

⁹²⁶ Siehe vorne [N 259](#).

⁹²⁷ Darin unterscheidet sich die Beurkundung des Errichtungsakts von jener des Stiftungsgeschäfts (Art. 81 ZGB). Bei letzterer muss das Stiftungsstatut im Wortlaut in der öffentlichen Urkunde wiedergegeben werden; es bildet somit auch Gegenstand der Lesung (Rekognition) im Hauptverfahren (siehe dazu BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2301 f.; allgemein zum Hauptverfahren siehe vorne [N 63 f.](#)).

⁹²⁸ Siehe BERWEGER/MAHLER/BAUMGARTNER, 1139; ZK-CRAMER, N 5 zu Art. 640 OR; MEISTERHANS, Prüfungspflicht, 231; MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 121; ausführlich BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 3428 ff.

⁹²⁹ Siehe vorne [N 58](#).

⁹³⁰ Die Lehre unterscheidet bisweilen die «Belege» gemäss Art. 631 Abs. 1 OR von den «Beilagen» gemäss Art. 631 Abs. 2 OR (so etwa VON DER CRONE, Aktienrecht, N 257). Dieser Kategorisierung wird hier nicht gefolgt. Richtig gesehen listet der Gesetzgeber in Abs. 2 einige der Belege gemäss Abs. 1 *pars pro toto* auf (siehe die Marginalie). Selbstverständlich muss sich die Bestätigung der Urkundsperson (Abs. 1) auch auf die Belege (oder «Beilagen») gemäss Abs. 2 beziehen.

einlageverträge (Art. 631 Abs. 2 OR). Erfolgt die Mandatsannahme nicht mündlich zu Protokoll, sind auch die Annahmeerklärungen der bestellten Organpersonen Gründungsbelege.

Keine Gründungsbelege sind Vollmachten sowie Dokumente zur Identifikation abwesender Gründer (wie Ausweiskopien oder Handelsregisterauszüge).⁹³¹ Die Urkundsperson bewahrt diese Dokumente als sog. Nebenakten zusammen mit dem bei ihr verbleibenden Urkundenexemplar in der Aktensammlung auf.⁹³² Es wurde bereits erwähnt, dass Vollmachten der Gründer nicht beim Handelsregisteramt einzureichen sind.⁹³³ 323

Nicht in der öffentlichen Urkunde genannt werden muss sodann die Annahmeerklärung der Domizilhalterin, wenn die Gesellschaft über eine c/o-Adresse verfügen soll (Art. 43 Abs. 1 lit. g HRegV). Die Festlegung des Domizils ist wie ausgeführt ein Geschäft des Verwaltungsrats und nicht der Gründer.⁹³⁴ Entsprechendes gilt für die sog. Lex-Koller-Erklärung, welche die Handelsregisterämter bei der Gründung von Immobiliengesellschaften verlangen.⁹³⁵ Diese Dokumente müssen zwar mit der Anmeldung der Gesellschaft beim Handelsregisteramt eingereicht werden. Über ihr Vorliegen braucht sich die Urkundsperson bei der Beurkundung aber nicht zu vergewissern.⁹³⁶ 324

1. Kapitaleinzahlungsbestätigung

Wird mit Geldeinlagen liberiert,⁹³⁷ muss im Errichtungszeitpunkt eine Bestätigung der Bank über die Einzahlung der Geldsumme⁹³⁸ auf das Sperrkonto vorliegen (Art. 631 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Diese sog. Kapitaleinzahlungsbestätigung adressiert die Bank nach Eingang des Gelds an die Gesellschaft «in Grün- 325

⁹³¹ So zutreffend ZK-CRAMER, N 6 zu Art. 631 OR; anders BSK OR II-SCHENKER, N 2 zu Art. 631; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 257.

⁹³² Siehe z.B. § 6 Abs. 1 BeurkV/LU; § 53 NV/ZH; dazu eingehend BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1461 ff.; zur Aufbewahrung der Urkunde durch die Urkundsperson siehe vorne [N 66](#).

⁹³³ Siehe vorne [N 246](#).

⁹³⁴ Siehe vorne [N 298](#).

⁹³⁵ Siehe vorne [N 302](#).

⁹³⁶ Übernimmt die Urkundsperson die Anmeldung der Gründung beim Handelsregisteramt, so muss sie immerhin im Nachverfahren sicherstellen, dass die einzureichenden Belege vervollständigt werden (siehe hinten [N 344](#)).

⁹³⁷ Zur Barliberierung siehe vorne [N 277 ff.](#)

⁹³⁸ Wie bereits ausgeführt muss die Kapitaleinzahlungsbestätigung im Zeitpunkt der Beurkundung bereits vorliegen. Das heisst, die Barliberierung muss zwingend vor Abschluss des Errichtungsakts vollzogen werden.

dung»,⁹³⁹ die darin mit Firma und Sitz individualisiert werden muss. Die Bestätigung hat überdies Aufschluss zu geben über die Währung und Höhe des einbezahlten Geldbetrags sowie den Umstand, dass die Mittel zur freien Verfügung der Gesellschaft stehen werden, sobald sie ins Handelsregister eingetragen ist.⁹⁴⁰ Schliesslich muss die Bestätigung datiert und von zeichnungsberechtigten Vertretern der Bank unterzeichnet oder elektronisch signiert worden sein. Im Rahmen ihrer Ermittlungspflicht⁹⁴¹ prüft die Urkundsperson, ob die Kapitaleinzahlungsbestätigung von den Vertretern einer Bank mit FINMA-Bewilligung unterzeichnet wurde und ob darin die Hinterlegung des vollen Liberierungsbetrags auf einem Sperrkonto zur ausschliesslichen Verfügung der Gesellschaft bescheinigt wird (vgl. Art. 633 Abs. 1 und 2 OR).

- 326 Kommt die Gründung anschliessend nicht zustande, wird die Bank die Geldsumme nach einer gewissen Zeit an die Einzahlenden rückerstatten. Die Rückzahlung sollte nur erfolgen, wenn der Bank das Original der Kapitaleinzahlungsbestätigung zurückgegeben worden ist oder die mit der Errichtung befasste Urkundsperson der Bank gegenüber erklärt hat, dass die Gründung endgültig gescheitert sei.⁹⁴² Andernfalls haftet die Bank, wenn gestützt auf ihre Bestätigung eine Gesellschaft gegründet wird, obwohl die Geldeinlagen nicht mehr auf dem Sperrkonto vorhanden sind (Art. 753 Ziff. 2 OR).⁹⁴³ Die Urkundsperson wird ihrerseits eine Kapitaleinzahlungsbestätigung älteren Datums nicht ohne Weiteres als Beleg akzeptieren. Ihre Sorgfaltspflicht gebietet, dass sie sich in einem solchen Fall bei der Bank über die Aktualität der Bestätigung vergewissert.⁹⁴⁴

⁹³⁹ Die Bank kann die Bestätigung auch direkt (und ausschliesslich) an die Urkundsperson versenden. Das hat den Vorteil, dass im Fall des Scheiterns der Gründung die Urkundsperson mit Gewissheit bestätigen kann, dass das Dokument nicht doch noch verwendet wird (ZK-CRAMER, N 7 zu Art. 633 OR; HANDSCHIN/CRAMER, 59 f.; siehe auch sogleich [N 326](#)).

⁹⁴⁰ Siehe CR CO II-LOMBARDINI/CLEMETSON, N 8 zu Art. 633; ferner ZK-CRAMER, N 6 zu Art. 633 OR.

⁹⁴¹ Zur Ermittlungspflicht als Teil der Wahrheitspflicht siehe vorne [N 74 ff.](#)

⁹⁴² In erster Linie sollte die Bank die Rückgabe des Originals verlangen (CR CO II-LOMBARDINI/CLEMETSON, N 10 zu Art. 633; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 216). Ist dies nicht möglich, z.B. weil das Dokument elektronisch ausgestellt wurde, kann die Erklärung der Urkundsperson weiterhelfen. Letzte Gewissheit, dass die Bestätigung nicht (bei einer anderen Urkundsperson) verwendet wird, lässt sich damit indes nicht immer herstellen (zur Problematik ZK-CRAMER, N 11 zu Art. 633 OR).

⁹⁴³ Vgl. ZK-CRAMER, N 11 zu Art. 633 OR; zur Passivlegitimation der Bank siehe BSK OR II-WATTER, N 5 zu Art. 753.

⁹⁴⁴ Siehe dazu ZK-CRAMER, N 7 und 11 zu Art. 633 OR, der eine solche Abklärung bei Bestätigungen, die «mehr als einige Wochen» alt sind, für sinnvoll erachtet. Jedenfalls wenn die Bestätigung über einen Monat vor der Errichtung ausgestellt wurde, sollte die Urkundsperson genauer hinschauen.

Die Kapitaleinzahlungsbestätigung muss dem Handelsregisteramt nur dann eingereicht werden, wenn die Bank in der öffentlichen Urkunde nicht namentlich genannt wird (Art. 43 Abs. 1 lit. f HRegV). Wird die Bestätigung eingereicht, ist sie wie die übrigen Registerbelege öffentlich einsehbar (Art. 936 Abs. 2 OR).⁹⁴⁵ 327

2. Belege bei qualifizierter Liberierung

2.1 Gründungsbericht

Erfolgt die Liberierung mittels Sacheinlage oder Verrechnung, müssen die Gründer einen Gründungsbericht erstellen.⁹⁴⁶ Das Gesetz schreibt für den Gründungsbericht die schriftliche Form vor. Er ist von allen Gründern (oder ihren Vertretern) zu unterzeichnen. 328

Bei Sacheinlagen müssen sich die Gründer im Gründungsbericht über die Art und den Zustand der einzubringenden Sachwerte sowie über die Angemessenheit der Bewertung äussern (Art. 635 Ziff. 1 OR). Dies beinhaltet insbesondere Angaben dazu, dass die materiellen Sacheinlagekriterien (Art. 634 Abs. 1 OR) im konkreten Fall erfüllt sind.⁹⁴⁷ Bezüglich der Bewertung haben die Gründer offenzulegen, gestützt auf welche Annahmen sie zum Schluss gelangt sind, dass die Sacheinlage die Einlageschuld vollständig deckt. Dazu gehört die Angabe der gewählten Bewertungsmethode.⁹⁴⁸ «Angemessen» ist die Bewertung, wenn sie sorgfältig erfolgt ist und aufgrund der Angaben im Bericht als vertretbar erscheint. Den Gründern ist dabei ein gewisses Ermessen zuzugestehen.⁹⁴⁹ 329

Im Fall der (bei der Gründung seltenen) Verrechnungsliberierung muss aus dem Gründungsbericht der Bestand und die Verrechenbarkeit der Schuld der Gesellschaft hervorgehen, die mit der Einlageverpflichtung verrechnet werden soll (Art. 635 Ziff. 2 OR).⁹⁵⁰ 330

⁹⁴⁵ Vgl. auch Art. 10 HRegV *e contrario*; anders noch BIBER/WATTER, 701 f.

⁹⁴⁶ Ein Gründungsbericht ist ferner zu erstellen, wenn anlässlich der Gründung besondere Vorteile gewährt werden (Art. 635 Ziff. 3 und Art. 636 OR; dazu eingehend ZK-CRAMER, N 18 ff. zu Art. 635 OR).

⁹⁴⁷ Siehe vorne [N 281](#).

⁹⁴⁸ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 242; weiterführend CR CO II-LOMBARDINI, N 5 zu Art. 635; allgemein zur Gliederung des Gründungsberichts ZK-CRAMER, N 16 zu Art. 635 OR.

⁹⁴⁹ Siehe VON DER CRONE, Aktienrecht, N 236; zur Problematik der Bewertung immaterieller Werte BÖCKLI, Aktienrecht 2009, § 1 N 234 ff.

⁹⁵⁰ Zur Verrechnungsliberierung siehe hinten [N 491](#); zur Prüfung des Gründungsberichts durch die Urkundsperson siehe hinten [N 333](#).

2.2 Prüfungsbestätigung

- 331 Eine zugelassene Revisorin⁹⁵¹ hat zu prüfen, ob der Gründungsbericht vollständig und richtig ist (Art. 635a OR). Oftmals wird die nachmalige Revisionsstelle als Gründungsprüferin beigezogen; dies ist indes nicht vorgeschrieben. Die Prüferin muss die gesetzlichen Anforderungen an die Unabhängigkeit erfüllen (Art. 728 und 729 OR).
- 332 Gegenstand der Prüfung ist zunächst, ob der Gründungsbericht alle vom Gesetz verlangten Angaben enthält und in sich schlüssig ist.⁹⁵² In Bezug auf die Angemessenheit der Bewertung von Sacheinlagen beschränkt sich der Prüfungsumfang sodann auf eine Plausibilitätskontrolle: Die von den Gründern gewählte Bewertung soll sich innerhalb einer vernünftigen Bandbreite bewegen und nachvollziehbar sein.⁹⁵³ Solange dies der Fall ist, darf die Prüferin nicht ins Beurteilungsermessen der Gründer eingreifen.⁹⁵⁴ «Vollständigkeit» des Gründungsberichts bedeutet sodann, dass keine weiteren qualifizierten Tatbestände vorliegen als die darin genannten; auch dies ist zu prüfen.⁹⁵⁵ Fällt das Ergebnis der Prüfung positiv aus, hält die Prüferin in der sog. Prüfungsbestätigung schriftlich fest, dass der Gründungsbericht «vollständig und richtig» ist. Das Prüfungsurteil ist nicht zu begründen und muss vorbehaltlos geäußert werden.⁹⁵⁶
- 333 Die Prüfungsbestätigung hat bei der Beurkundung des Errichtungsakts als Gründungsbeleg vorzuliegen (Art. 631 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Die Urkundsperson prüft den Gründungsbericht und die Prüfungsbestätigung vor allem in formeller Hinsicht.⁹⁵⁷ Insbesondere soll sie sicherstellen, dass die Belege den vorgeschriebenen Inhalt aufweisen und der Prüfer über die erforderliche Zulassung verfügt.⁹⁵⁸ Materiell darf sich die Urkundsperson auf die Angaben der Gründer und der Prüferin verlassen, es sei denn, sie wären offensichtlich fehlerhaft.

⁹⁵¹ Erforderlich ist mindestens eine Zulassung als Revisorin gemäss Art. 5 (i.V. mit Art. 6) RAG.

⁹⁵² HWP, 171.

⁹⁵³ Eingehend zur Methodik HWP, 172 f.

⁹⁵⁴ Siehe ZK-CRAMER, N 6 zu Art. 635a OR; ferner VON DER CRONE, Aktienrecht, N 238, der zu Recht darauf hinweist, dass die Gründer (und nicht der Revisor) rechenschaftspflichtig sind.

⁹⁵⁵ Siehe VON DER CRONE, Aktienrecht, N 238.

⁹⁵⁶ ZK-CRAMER, N 9 zu Art. 635a OR; BSK OR II-SCHENKER, N 6 zu Art. 635a; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 239.

⁹⁵⁷ Siehe dazu allgemein vorne [N 272](#).

⁹⁵⁸ GL.M. ZK-CRAMER, N 10 zu Art. 635a OR.

2.3 Sacheinlageverträge

Der Sacheinlagevertrag ist das Verpflichtungsgeschäft für die Einbringung des Sachwerts in die Gesellschaft. Er wird zwischen dem Sacheinleger und der Gesellschaft «in Gründung» (vertreten durch die Gründer) abgeschlossen.⁹⁵⁹ Der Sacheinleger verpflichtet sich, den Sachwert⁹⁶⁰ in die Gesellschaft einzulegen. Im Gegenzug verpflichtet sich die Gesellschaft, dem Sacheinleger eine bestimmte Anzahl Aktien auszugeben. Der Sacheinlagevertrag ist damit in der Regel als Tauschvertrag zu qualifizieren, auf den die Regeln des Kaufrechts sinngemäss anwendbar sind (Art. 237 OR).⁹⁶¹ Als *essentialia negotii* muss er den Gegenstand der Sacheinlage, seinen Anrechnungswert, die unbedingte Verpflichtung zur Übertragung auf die Gesellschaft sowie die Anzahl und Art der als Gegenleistung auszugebenden Aktien nennen.⁹⁶² Erfolgt die Sacheinlage auf dem Weg der Vermögensübertragung gemäss Fusionsgesetz, müssen die Bestimmungen zum Übertragungsvertrag (Art. 70 f. FusG) eingehalten werden. In Abweichung von Art. 70 Abs. 1 FusG ist der Vertrag aufseiten der übernehmenden Gesellschaft (statt vom Verwaltungsrat) von den Gründern abzuschliessen.⁹⁶³

Grundsätzlich verlangt das Gesetz für den Sacheinlage- bzw. Übertragungsvertrag die einfache Schriftlichkeit. Der Vertrag ist dann öffentlich zu beurkunden, wenn diese Form für Übertragungsgeschäfte über den fraglichen Gegenstand vorgeschrieben ist, so insbesondere, wenn Grundstücke in die Gesellschaft eingebracht werden sollen (Art. 634 Abs. 2 OR; Art. 70 Abs. 2 FusG). Liegen die einzubringenden Grundstücke in verschiedenen Kantonen, gewährleistet das Gesetz eine einheitliche örtliche Beurkundungszuständigkeit (Art. 634 Abs. 3 OR; Art. 70 Abs. 2 FusG).⁹⁶⁴

⁹⁵⁹ Siehe ZK-CRAMER, N 21 zu Art. 634 OR; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 233; VISCHER, Rechts- und Sachgewährleistung, 106 f.; eingehend MANUEL MEYER, N 611 ff.

⁹⁶⁰ Neben (körperlichen) Sachen im Sinn des Sachenrechts können auch immaterielle Werte eingebracht werden, sofern die Sacheinlagekriterien erfüllt sind (dazu vorne [N 281](#)).

⁹⁶¹ Mit ausführlicher Begründung VISCHER, Rechts- und Sachgewährleistung, 106 f. m.w.H.; ebenso ZK-CRAMER, N 21 zu Art. 634 OR; a.M. MANUEL MEYER, N 616 f.

⁹⁶² Siehe CR CO II-LOMBARDINI, N 3 zu Art. 634; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 233; ferner ZK-CRAMER, N 22 zu Art. 634 OR.

⁹⁶³ Das ergibt sich daraus, dass der Vertrag spätestens mit dem Errichtungsakt abgeschlossen werden muss, also zu einem Zeitpunkt, an dem noch gar kein Verwaltungsrat im Amt ist, der die Gesellschaft vertreten könnte.

⁹⁶⁴ Siehe dazu vorne [N 53](#).

3. Annahmeerklärungen der bestellten Organpersonen

- 336 Die Mandate der Verwaltungsratsmitglieder und der Revisionsstelle bedürfen der Annahme durch die bestellten Personen.⁹⁶⁵ Sind diese bei der Beurkundung des Errichtungsakts zugegen, können sie die Mandatsannahme mündlich erklären. Die Urkundsperson protokolliert dann die Annahme als individuelle Willenserklärung in der öffentlichen Urkunde. Andernfalls sind schriftliche Annahmeerklärungen erforderlich.⁹⁶⁶ Sie müssen grundsätzlich bereits bei der Beurkundung des Errichtungsakts vorliegen. Die Urkundsperson nennt die Erklärungen in der öffentlichen Urkunde und bestätigt, dass sie ihr und den Gründern (mit den anderen Belegen) vorgelegen haben (Art. 631 Abs. 1 OR).⁹⁶⁷
- 337 Im Unterschied zu den Belegen gemäss Art. 631 Abs. 2 OR, ohne die der Errichtungsakt nicht beurkundet werden kann, anerkennt die Praxis, dass die Mandatsannahmeerklärungen auch nachträglich beigebracht werden können (z.B. durch Mitunterzeichnung der Handelsregisteranmeldung).⁹⁶⁸ Da die wirksame «Bestellung» der Organe aber die Annahme voraussetzt, ist der Errichtungsakt unvollständig, solange nicht sämtliche Erklärungen vorliegen. Dieser Schwebezustand steht im Konflikt zur Pflicht der Urkundsperson, vollständige und korrekte Erklärungen zu beurkunden (Redaktionspflicht⁹⁶⁹) und ist soweit möglich zu vermeiden. Aus diesem Grund sollte nur dann ausnahmsweise ohne Annahmeerklärungen beurkundet werden, wenn sachliche Gründe der rechtzeitigen Erklärungsabgabe im Weg stehen.
- 338 Im Fall eines Opting-out aus der Revisionspflicht (Art. 727a Abs. 2 OR) haben die Gründer wie ausgeführt in der öffentlichen Urkunde übereinstimmend den Verzicht auf die Bestellung einer Revisionsstelle zu erklären.⁹⁷⁰ Ein zusätzlicher Beleg ist an sich nicht erforderlich. Insbesondere liegen die Unterlagen gemäss Art. 62 Abs. 2 HRegV zum Beweis der massgeblichen Kennzahlen im

⁹⁶⁵ Siehe vorne [N 261](#).

⁹⁶⁶ Der in Art. 43 Abs. 1 lit. c und d HRegV verlangte «Nachweis» setzt nach der Praxis eine unterschriebene Erklärung der bestellten Personen (allenfalls durch Unterzeichnung der Anmeldung) voraus (siehe MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 209; SHK HRegV-SIFFERT/TAGMANN, N 11 und 13 zu Art. 43; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 255).

⁹⁶⁷ Siehe allgemein vorne [N 322](#).

⁹⁶⁸ Siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 14 N 44; ebenso ZK-CRAMER, N 4 zu Art. 631 OR, wonach der dem Errichtungsakt zunächst anhaftende «Mangel» dadurch «geheilt» werde.

⁹⁶⁹ Zur Redaktionspflicht als Teil der Wahrheitspflicht siehe vorne [N 78](#).

⁹⁷⁰ Siehe vorne [N 263](#).

Zeitpunkt der Gründung nicht vor.⁹⁷¹ Gestützt auf diese Bestimmung⁹⁷² verlangt die Handelsregisterpraxis immerhin, dass der Verwaltungsrat eine gesonderte Erklärung über das Opting-out einreiche, wenn kein Verwaltungsratsmitglied den Errichtungsakt (als Gründer) mitunterzeichnet hat.⁹⁷³ Diese Praxis ist systemwidrig, weil im Zeitpunkt der Gründung sowohl die Feststellung der Voraussetzungen des Opting-out wie auch der Entscheid über den Verzicht allein in der Kompetenz der Gründer liegen kann.⁹⁷⁴

VI. Beurkundungsvorgang (Hauptverfahren)

Wie bereits ausgeführt erfolgt die Beurkundung des Errichtungsakts im Verfahren für Willenserklärungen.⁹⁷⁵ Massgeblich sind die Vorgaben des kantonalen Beurkundungsrechts. Die Gründer (oder ihre Vertreter) haben persönlich vor der Urkundsperson zu erscheinen. Sie müssen den Inhalt der Originalurkunde vor ihr zur Kenntnis nehmen (sog. Rekognition). Entweder lesen sie die Urkunde in Gegenwart der Urkundsperson selbst (Selbstlesungsverfahren) oder die Urkundsperson liest ihnen die Urkunde vor (Vorlesungsverfahren). Anschliessend müssen die Gründer erklären, dass der Urkundeninhalt ihrem Willen entspricht (sog. Genehmigung).⁹⁷⁶ Das kantonale Recht bestimmt, ob dazu eine ausdrückliche mündliche Erklärung gegenüber der Urkundsperson erforderlich ist oder ob die Unterzeichnung der Urkunde genügt.⁹⁷⁷ Die Urkunde muss in jedem Fall von den erschienenen Gründern (oder ihren Vertretern) beim Beurkundungsakt unterzeichnet werden. Zuletzt setzt die Urkundsperson ihre Unterschrift bei.

339

Die Beurkundung muss ununterbrochen in Anwesenheit aller Beteiligten vollzogen werden (Einheit des Akts). Für die Beurkundung des Errichtungsakts ist die in gewissen Kantonen zulässige Sukzessivbeurkundung wie erwähnt ausgeschlossen.⁹⁷⁸ Die Gründungsbelege (vgl. Art. 631 Abs. 2 OR) müssen bei der

340

⁹⁷¹ Solche Belege sind denn auch anerkanntermassen nicht einzureichen, wenn das Opting-out bei der Gründung erklärt wurde (siehe SHK HRegV-ZIHLER, N 23 zu Art. 62).

⁹⁷² Der erste Satz von Art. 62 Abs. 2 HRegV lautet: «Diese Erklärung muss von mindestens einem Mitglied des Verwaltungsrats unterzeichnet sein.» Die Bestimmung ist m.E. aber nur auf das nachträgliche Opting-out anwendbar.

⁹⁷³ So MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 339; SHK HRegV-ZIHLER, N 22 zu Art. 62.

⁹⁷⁴ Wie hier ZK-CRAMER, N 6 zu Art. 640 OR.

⁹⁷⁵ Siehe vorne [N 222 ff.](#)

⁹⁷⁶ Zum Hauptverfahren bei der Willensbeurkundung siehe vorne [N 63 f.](#)

⁹⁷⁷ Siehe die Hinweise in Fn. 176.

⁹⁷⁸ Siehe vorne [N 266](#); allgemein zur Einheit des Akts siehe vorne [N 64](#).

Beurkundung im Original vorliegen, was die Urkundsperson in der Urkunde explizit zu bestätigen hat (Art. 631 Abs. 1 OR).⁹⁷⁹

341 Im Wesentlichen gleich läuft der Beurkundungsvorgang im Fall einer elektronischen öffentlichen Urkunde gemäss dem neuen DNG ab.⁹⁸⁰ Die Gründer nehmen die elektronische Urkunde in Anwesenheit der Urkundsperson zur Kenntnis (Selbstlesung oder Vorlesung). Dann erklären sie ihre Genehmigung (Art. 6 DNG) entweder durch Anbringen einer qualifizierten elektronischen Signatur oder durch eigenhändige Unterzeichnung auf einem zur grafischen Erfassung geeigneten Eingabegerät (Tablet).⁹⁸¹

342 Im geltenden Recht (noch) nicht zulässig ist – wie an anderer Stelle ausgeführt⁹⁸² – die Willensbeurkundung per Videokonferenz. Eine komplett virtuelle Gründung ist daher derzeit ausgeschlossen. Denkbar ist aber, dass das kantonale oder eidgenössische Recht die Fernbeurkundung (jedenfalls für die Gesellschaftsgründung) inskünftig zulassen wird.⁹⁸³ Ein entsprechender Vorstoss ist auf Bundesebene hängig.⁹⁸⁴ Mit der Verabschiedung des DNG und damit der Zulassung elektronischer Urkundenoriginale ist eine notwendige Vorbedingung hierfür geschaffen worden. Im Rahmen der zu erlassenden gesetzlichen Grundlage für die Gesellschaftsgründung per Videokonferenz wird insbesondere zu regeln sein, auf welche Weise das Vorliegen der Gründungsbelege bei den Gründern und der Urkundsperson sichergestellt wird (siehe Art. 631 Abs. 1 OR). Denkbar wäre etwa, dass die Originale der Urkundsperson vorliegen, die dafür zu sorgen hat, dass die Gründer während des Beurkundungsvorgangs (mittels «screen sharing» oder Hochladens auf einer geschützten Plattform) Einblick in Scans der Belege erhalten.⁹⁸⁵

VII. Nachverfahren

343 Im Nachgang zum Beurkundungsakt wird die Urkunde gesiegelt und – nach Massgabe des kantonalen Rechts – den Gründern ausgehändigt. Nach gewissen kantonalen Regelungen bleibt die Urschrift bei der Urkundsperson und die

⁹⁷⁹ Siehe vorne [N 322 ff.](#)

⁹⁸⁰ Dazu allgemein vorne [99 ff.](#)

⁹⁸¹ Siehe vorne [N 103.](#)

⁹⁸² Siehe vorne [N 115 ff.](#)

⁹⁸³ Siehe vorne [N 121.](#)

⁹⁸⁴ Zur Motion 21.3180 («Vollständig digitale Unternehmensgründung sicherstellen») von Nationalrat Silberschmidt siehe vorne [N 132](#) mit Fn. 418.

⁹⁸⁵ Zum Vorliegen der Belege anlässlich einer virtuellen Verwaltungsratssitzung siehe hinten [N 565 ff.](#)

Parteien erhalten lediglich sog. Ausfertigungen der Urkunde. In anderen Kantonen erhalten die Gründer ein Urkundenoriginal (sog. Zirkulationsurkunde). Auch im letzteren Fall behält die Urkundsperson ein Exemplar oder eine Kopie der Urkunde bei ihren Akten.⁹⁸⁶ Im Fall der digitalen Urkunde nach DNG erfolgt in diesem Verfahrensstadium die Erfassung des elektronischen Originals im elektronischen Urkundenregister (Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 ff. DNG). Anschliessend kann die Urkundsperson (digital oder in Papierform) Ausfertigungen des elektronischen Originals erstellen (Art. 8 Abs. 2 und Art. 16 f. DNG).

Im Rahmen des Nachverfahrens wird die Urkundsperson oftmals den Errichtungsakt im Auftrag der Parteien beim Handelsregisteramt einreichen.⁹⁸⁷ In diesem Fall hat sich die Urkundsperson zu vergewissern, dass ihr die Anmeldung und sämtliche Registerbelege (Art. 43 HRegV) formgerecht vorliegen. Die Anmeldung ist grundsätzlich durch Mitglieder des Verwaltungsrats (entsprechend ihrer Zeichnungsberechtigung) zu unterzeichnen (Art. 17 Abs. 1 lit. a HRegV). Sie galt lange als vertretungsfeindlich. Erst seit 2021 kann der Verwaltungsrat Drittpersonen (z.B. die Urkundsperson) zur Anmeldung der gegründeten Gesellschaft bevollmächtigen (Art. 17 Abs. 1 lit. b HRegV). Diese Neuerung, die auf eine «Vereinfachung» des Anmeldevorgangs abzielte,⁹⁸⁸ hat sich in der Praxis nicht bewährt. Ein Problem liegt darin, dass das Gesetz an verschiedenen Stellen definiert, wer die Anmeldung vorzunehmen hat (siehe z.B. Art. 740 Abs. 2 OR). Hier bleibt es bei der Vertretungsfeindlichkeit.⁹⁸⁹ Überdies ist der Aufwand für das Einholen unterzeichneter Vollmachten beim Verwaltungsrat kaum geringer, als wenn man ihn gleich die Anmeldung unterzeichnen lässt. Der damit erzielte Effizienzgewinn ist minimal.

Die Handelsregisterverordnung ermöglicht die elektronische Einreichung der Anmeldung und der Belege an die Handelsregisterämter.⁹⁹⁰ Art. 12b HRegV erklärt diesbezüglich die Regelung der Zivilprozessordnung zu elektronischen Eingaben für anwendbar. An die Stelle der Unterschrift tritt bei elektronisch eingereichten Anmeldungen und Belegen die qualifizierte elektronische Signatur. Die Übermittlung hat über eine Zustellplattform zu erfolgen, die Vertrau-

⁹⁸⁶ Siehe dazu allgemein vorne [N 66](#).

⁹⁸⁷ Siehe RUF, Gründung und Kapitalerhöhung, 365, der die Urkundsperson aufgrund ihrer Interessenwahrungspflicht gar zur Einreichung verpflichtet sieht, sofern sie dies gegenüber den Parteien nicht explizit ablehnt; zum Nachverfahren siehe vorne [N 66 f.](#)

⁹⁸⁸ Siehe Botschaft OR 2015, 3639.

⁹⁸⁹ Kritik bei MEISTERHANS, Revidierte Handelsregisterverordnung, 1110; MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 94; vgl. EHRA-Praxismitteilung 3/22, 4 a.E., wonach diese Gesetzesbestimmungen in künftigen Revision angepasst werden dürften; ferner POGGIO-WIDMER, 91.

⁹⁹⁰ Eingehend MEISTERHANS, Revidierte Handelsregisterverordnung, 1113.

lichkeit gewährleistet und eine mit elektronischem Siegel sowie Zeitstempel versehene Eingangsquittung ausstellen (Art. 12c HRegV). Mit der Ermöglichung digitaler Originalurkunden gemäss DNG dürfte der elektronische Geschäftsverkehr mit den Handelsregisterämtern künftig an Bedeutung gewinnen.

§ 10: Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen

I. Gegenstand der Beurkundung

Das Gesetz schreibt für bestimmte Generalversammlungsbeschlüsse (z.B. Statutenänderungen) die Form der öffentlichen Beurkundung vor.⁹⁹¹ Daneben kann die Gesellschaft auch Beschlüsse beurkunden lassen, die von Gesetzes wegen nicht formbedürftig sind. So kommt es regelmässig vor, dass die öffentliche Urkunde über sämtliche Beschlüsse einer Generalversammlung errichtet wird, auch wenn nur ein Teil davon beurkundungsbedürftig ist. Alternativ ist in diesen Fällen möglich, nur die formbedürftigen Beschlüsse öffentlich zu beurkunden und die Beschlussfassung im Übrigen privatschriftlich zu protokollieren.⁹⁹²

346

Gegenstand der öffentlichen Urkunde sind die Wahrnehmungen der Urkundsperson anlässlich der Generalversammlung.⁹⁹³ Konkret hat die Urkunde die Beschlüsse wiederzugeben, wie sie vom Vorsitzenden nach der Abstimmung verkündet worden sind. Darüber hinaus enthält sie gewisse Vorgänge und Erklärungen, die für das Zustandekommen und die Gültigkeit der Beschlüsse rechtserheblich sind.⁹⁹⁴

347

Die körperschaftliche Beschlussfassung folgt einem von Gesetz und Statuten vorgegebenen Verfahren. Die Generalversammlung kann nur dann verbindlich beschliessen, wenn sie ordnungsgemäss konstituiert und beschlussfähig ist.⁹⁹⁵ Die Entscheidfindung erfolgt nach dem Mehrheitsprinzip: Ein Antrag gilt als angenommen, sofern er eine genügende Anzahl an gültigen Ja-Stimmen auf sich vereinigt.⁹⁹⁶ Massgeblich ist mit anderen Worten die Auswertung des Abstimmungsergebnisses gestützt auf das anwendbare Beschlussquorum. Den

348

⁹⁹¹ Siehe vorne [N 148 ff.](#); eingehend zu den beurkundungsbedürftigen Beschlüssen sodann hinten [N 481 ff.](#)

⁹⁹² Siehe KNB-STÄHLI, N 5 zu Art. 54 NV/BE; vgl. auch BERTHEL, 396; MÜLLER-SMIT, 497.

⁹⁹³ Siehe z.B. § 21 Abs. 2 BeurkG/ZG; dazu ausführlich MÜLLER/KAISER/BENZ, Öffentliche Beurkundung 2021, 231 f.

⁹⁹⁴ Dazu zählen namentlich die einleitenden Feststellungen des Vorsitzenden zur Einberufung, Zusammensetzung und Beschlussfähigkeit der Generalversammlung (siehe hinten [N 404 ff.](#)) sowie der Abstimmungsvorgang (siehe hinten [N 453 ff.](#)).

⁹⁹⁵ Siehe hinten [N 404 ff.](#)

⁹⁹⁶ Siehe hinten [N 447 ff.](#)

einzelnen Willenserklärungen (Stimmabgaben) kommt nur die Funktion einer Berechnungsgrundlage zu.⁹⁹⁷ Was die Aktionäre bei der Abgabe ihrer Stimme tatsächlich gewollt haben, ist nicht von Belang. Der Generalversammlungsbeschluss schöpft seine Legitimation aus der Einhaltung des förmlichen Beschlussverfahrens.⁹⁹⁸ Die Mitwirkung der Urkundsperson soll sicherstellen, dass der äussere Ablauf der Versammlung zutreffend dokumentiert wird und mit den rechtlichen Vorgaben übereinstimmt.⁹⁹⁹ Um den inneren Willen der Teilnehmenden braucht sich die Urkundsperson nicht zu kümmern.¹⁰⁰⁰

349 Folglich handelt es sich stets um eine Sachbeurkundung. Nach einer Lehrmeinung soll daneben das Verfahren für Willenserklärungen zulässig sein, wenn der Beschluss einstimmig erfolgt.¹⁰⁰¹ Dies ist abzulehnen. Es folgt aus der materiell-rechtlichen Struktur der kollektiven Entscheidungsfindung, dass einzig der äussere Vorgang der Beschlussfassung relevant sein kann. Die Beurkundung eines Aktionärswillens – auch wenn er übereinstimmend sein mag – erfüllt die bundesrechtliche Vorgabe der Beschlussbeurkundung nicht.

350 Anwendbare Rechtsquellen für die notarielle Verfahrenskontrolle sind die aktienrechtlichen Vorschriften über die Einberufung, Durchführung und Beschlussfassung der Generalversammlung sowie die Verfahrensregeln in den Statuten.¹⁰⁰²

II. Leitung der Generalversammlung

351 Klientin¹⁰⁰³ der Urkundsperson ist die Gesellschaft. Sie wird durch jene Person repräsentiert, die gesellschaftsrechtlich zur Leitung der Generalversammlung

⁹⁹⁷ Eingehend zum Beschluss als Rechtsakt der Versammlung sowie seinen Eigenheiten gegenüber Verträgen und anderen mehrseitigen Rechtsgeschäften ERNST, Beschluss, 7 ff. und *passim*; vgl. auch HUGUENIN/MAHLER, 132 ff.

⁹⁹⁸ Grundlegend SCHMIDT, 438, der die Beschlussprozedur als «Legitimationsgrundlage» des Beschlusses beschreibt; siehe dazu auch VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1170.

⁹⁹⁹ Zur Verfahrenskontrolle als Funktion aktienrechtlicher Beurkundungen siehe vorne [N 173 ff.](#)

¹⁰⁰⁰ So explizit § 96 NV/ZH: «[D]ie Beurkundung [soll] zum Ausdruck bringen, dass die Willensbildung auf Beschlüssen der Generalversammlung [...] und nicht auf einzelnen Willenserklärungen der Beteiligten beruht.»

¹⁰⁰¹ So MARTI, 125 f.; ihm folgend KNB-STÄHLI, N 2 zu Art. 54 NV/BE.

¹⁰⁰² Zur Bedeutung der Statuten für die Verfahrenskontrolle siehe vorne [N 287](#); allgemein zur Verfahrenskontrolle siehe vorne [N 173 ff.](#)

¹⁰⁰³ Siehe zum Begriff der Klientschaft im beurkundungsrechtlichen Kontext BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 357 und 402 ff.

ermächtigt ist.¹⁰⁰⁴ Diese Ermächtigung ist nicht zu verwechseln mit der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht: Namentlich spielt die im Handelsregister eingetragene Zeichnungsberechtigung der fraglichen Person keine Rolle. Der Verwaltungsratspräsident ist im Normalfall auch dann in eigener Person zur Leitung der Generalversammlung befugt, wenn er bloss «zu zweien» für die Gesellschaft zeichnen darf.

Der Vorsitzende der Generalversammlung stellt nicht nur das Beurkundungsbegehren an die Urkundsperson, sondern ist auch ihre Hauptansprechperson hinsichtlich Vorbereitung und Durchführung der Beurkundung. Er ist sodann der primäre Adressat für die notarielle Belehrung und Beratung.¹⁰⁰⁵

352

1. Person des Vorsitzenden

Das Aktienrecht weist dem Verwaltungsrat die Kompetenz zur Einberufung und Vorbereitung der Generalversammlung zu (Art. 699 Abs. 1 und Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR). Daraus folgern Lehre und Praxis, dass der Verwaltungsrat auch die Person des Vorsitzenden zu bestimmen hat.¹⁰⁰⁶ In aller Regel nimmt der Verwaltungsratspräsident diese Funktion wahr. Ohne anderslautende Statutenregelung darf die Urkundsperson davon ausgehen, dass die Versammlungsleitung bei der Person liegt, die im Handelsregister als Präsident oder einziges Mitglied des Verwaltungsrats eingetragen ist.¹⁰⁰⁷ Ist der Präsident verhindert, kann der Verwaltungsrat die Versammlungsleitung auch einem anderen Mitglied oder einer Drittperson¹⁰⁰⁸ zuweisen. Häufig sehen die Statuten vor, dass im Verhinderungsfall der Vizepräsident oder ein anderes Mitglied des Verwaltungsrats an die Stelle des Präsidenten tritt.¹⁰⁰⁹ Die Urkundsperson soll sich dann den entsprechenden Verwaltungsratsbeschluss vorlegen lassen, um sicherzustellen, dass die richtige Person die Generalversammlung leitet. Dies

353

¹⁰⁰⁴ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2798 ff.; VOSER, 137 ff.

¹⁰⁰⁵ Siehe dazu vorne [N 178](#).

¹⁰⁰⁶ Siehe BGE 143 III 120, E. 3.2; aus der Literatur statt vieler BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 323; DERS., Leitungsbefugnisse, 55; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1070 ff.; VON DER CRONE/KESSLER, 4 m.w.H.

¹⁰⁰⁷ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2804.

¹⁰⁰⁸ Dabei setzt die Lehre voraus, dass die betreffende Person an der Versammlung teilnahmeberechtigt ist (siehe VON DER CRONE/KESSLER, 5 f. m.w.H.). Neben Organpersonen kommen damit die Aktionäre sowie ihre Stellvertreter als Versammlungsleiter in Frage.

¹⁰⁰⁹ Siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 98; VON DER CRONE/KESSLER, 4; vgl. ferner BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2804.

ergibt sich aus der Pflicht der Urkundsperson, für ein ordnungsgemässes Verfahren zu sorgen (Verfahrenskontrolle).¹⁰¹⁰

- 354 In gewissen Fällen kann die Generalversammlung bei ihrer Eröffnung selbst einen Tagesvorsitzenden wählen. Das ist einmal der Fall, wenn die Statuten die Wahl des Vorsitzenden durch die Generalversammlung vorsehen.¹⁰¹¹ Aber auch ohne solche Statutenbestimmung kann die Versammlung in besonderen Situationen zur Wahl ihres Vorsitzenden berechtigt sein, etwa wenn der Verwaltungsrat die Bestimmung des Vorsitzenden unterlassen hat oder wenn er der Versammlung ganz fernbleibt.¹⁰¹² Praktisch kommt dies bisweilen vor bei Universalversammlungen, sofern kein anwesender Aktionär oder Aktionärsvertreter im Verwaltungsrat Einsitz nimmt. Die beurkundungsrechtliche Wahrheitspflicht¹⁰¹³ verlangt in diesem Fall, dass die Urkundsperson die Legitimation des Vorsitzenden besonders überprüft. Sie muss sich durch Einsichtnahme ins Aktienbuch und etwaige Vollmachten vergewissern, dass sämtliche Aktionäre effektiv vertreten sind.¹⁰¹⁴ Liegt keine Universalversammlung vor, muss die Urkundsperson kontrollieren, ob die Versammlung ordnungsgemäss einberufen wurde.¹⁰¹⁵ Sie darf sich diesbezüglich nicht auf die Behauptungen des (angeblichen) Vorsitzenden verlassen. Die Ermittlungspflicht¹⁰¹⁶ der Urkundsperson geht hier also weiter, als wenn sich die Legitimation des Vorsitzenden aus seiner Organstellung oder einem Verwaltungsratsbeschluss ergibt.¹⁰¹⁷

¹⁰¹⁰ Siehe vorne [N 177 ff.](#)

¹⁰¹¹ Die Leitung der Generalversammlung ist keine unübertragbare Aufgabe des Verwaltungsrats i.S. von Art. 716a Abs. 1 OR. Die Statuten können damit eine abweichende Regelung aufstellen (VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1073).

¹⁰¹² Eingehend VON DER CRONE/KESSLER, 5, nach denen der Generalversammlung eine «subsidiäre Zuständigkeit» zur Bestimmung des Vorsitzenden zukommt; ferner BÖCKLI, Leitungsbefugnisse, 61 f.

¹⁰¹³ Siehe dazu allgemein vorne [N 71 ff.](#)

¹⁰¹⁴ So zu Recht VOSER, 138.

¹⁰¹⁵ Da die Einberufung wiederum vom Verwaltungsrat ausgehen muss (Art. 699 Abs. 1 OR), dürfte es in der Praxis höchst selten vorkommen, dass der Verwaltungsrat die Versammlungsleitung nicht selbst wahrnimmt oder regelt. In diesen seltenen Fällen ist die Urkundsperson zu einer vertieften Prüfung der Einberufungsmodalitäten verpflichtet (siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2805). Zur Bestimmung des Vorsitzenden durch das Gericht in Streitfällen siehe VON DER CRONE/KESSLER, 6.

¹⁰¹⁶ Siehe zur Ermittlungspflicht als Teil der Wahrheitspflicht vorne [N 74 ff.](#)

¹⁰¹⁷ Vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2805, der in diesem Zusammenhang von «Aussen-seiter-Versammlungen» spricht. Zur Ermittlungspflicht in Bezug auf Einberufung und Zusammensetzung der Generalversammlung siehe hinten [N 430 ff.](#)

2. Identifikation des Vorsitzenden

Die Urkundsperson muss die Person, die vor ihr als Versammlungsleiter in Erscheinung tritt, identifizieren.¹⁰¹⁸ Dabei sind die Regeln zur Identifikation natürlicher Personen anwendbar, die an anderer Stelle thematisiert wurden.¹⁰¹⁹

355

Hält sich die Urkundsperson bei einer virtuellen Generalversammlung an einem anderen Ort auf als der Vorsitzende,¹⁰²⁰ stellt sich die Frage nach dem richtigen Vorgehen zur Identifizierung. Ein erstes sog. E-ID-Gesetz, das die Grundlage für eine einfache und sichere Identitätsfeststellung im digitalen Raum hätte schaffen sollen, ist in der Referendumsabstimmung im Jahr 2021 gescheitert.¹⁰²¹ Inzwischen hat der Gesetzgeber einen neuen Anlauf genommen, den elektronischen Identitätsnachweis gesetzlich zu regeln.¹⁰²² Unabhängig davon bestehen im Bereich der Geldwäschereibekämpfung bereits heute Vorgaben dazu, wie Personen per Videokommunikation zuverlässig identifiziert werden können.¹⁰²³ In ihrem Rundschreiben 2016/7 regelt die FINMA, unter welchen Voraussetzungen die Videoidentifizierung der persönlichen Vorsprache gleichgestellt ist.¹⁰²⁴ Sodann haben gewisse ausländische Rechtsordnungen die Identifikation im Rahmen einer Fernbeurkundung bereits ausdrücklich normiert. So enthält das zuvor angesprochene österreichische Recht eine detaillierte Regelung dazu.¹⁰²⁵ Vergleicht man diese beiden Regelwerke, ergeben sich übereinstimmend folgende Mindestanforderungen an die virtuelle Identifizierung:

356

- Der Videokommunikationskanal muss eine stabile Bild- und Tonübertragung in Echtzeit gewährleisten; in Bezug auf gängige Videokommunikationssoftware (z.B. Microsoft Teams oder Zoom) darf davon ausgegangen werden, dass dieses Erfordernis erfüllt ist; soll eine weniger gebräuch-

¹⁰¹⁸ Siehe z.B. § 39 Abs. 1 NG/BS; ferner BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2802; VOSER, 138 f.

¹⁰¹⁹ Siehe vorne [N 238](#).

¹⁰²⁰ Dazu eingehend vorne [N 120](#) sowie eingehend hinten [N 387 ff.](#)

¹⁰²¹ Bundesgesetz vom 27. September 2019 über elektronische Identifizierungsdienste, BBl 2019 6567 ff.; zum Abstimmungsergebnis siehe Art. 2 des BRB vom 20. Mai 2021 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 7. März 2021, BBl 2021 1185 ff.

¹⁰²² Am 20. Dezember 2024 verabschiedeten die eidgenössischen Räte in der Schlussabstimmung das BGEID. Gegen das Gesetz ist wiederum das Referendum ergriffen worden (BBl 2025 1504). Die Volksabstimmung findet am 28. September 2025 statt.

¹⁰²³ So zu Recht der Hinweis von LUKAS MÜLLER, Online-Gründung, 555 f. mit Fn. 107, der vorschlägt, sich bei einer gesetzlichen Regelung der digitalen Gründung an diesen Vorgaben zu orientieren.

¹⁰²⁴ Siehe FINMA-RS 2016/7, insb. N 6 ff.

¹⁰²⁵ Siehe vorne [N 125](#); die Voraussetzungen der Identifizierung per Videokommunikation sind in der in Fn. 398 zitierten Notar-E-Identifikations-Verordnung geregelt.

liche Software verwendet werden, muss sich die Urkundsperson vergewissern, dass der Videokommunikationskanal dieser technischen Anforderung gerecht wird.¹⁰²⁶

- Es ist eine Bildschirmkopie («Screenshot») sowohl vom Gesicht der Partei wie auch von allen relevanten Seiten des Ausweises zu erstellen.¹⁰²⁷ Diese Aufnahmen sollte die Urkundsperson bei sich in den Akten aufbewahren.¹⁰²⁸
- Die Authentizität des Ausweises ist zu prüfen; namentlich soll sich die Urkundsperson über das Vorhandensein optischer Sicherheitsmerkmale und die korrekte Zeichenabfolge in der maschinenlesbaren Zone («MRZ») vergewissern.¹⁰²⁹
- Gestützt darauf ist zu verifizieren, dass erstens die Fotografie auf dem Ausweis mit der per Video zugeschalteten Person übereinstimmt und zweitens die Angaben im Ausweis jenen in der Urkunde entsprechen.¹⁰³⁰

357 Hält sich die Urkundsperson an dieses Vorgehen, ist die beurkundungsrechtliche Wahrheitspflicht m.E. erfüllt, selbst wenn das anwendbare kantonale Recht keine Regeln über die virtuelle Identitätsprüfung kennt.¹⁰³¹ Es wurde bereits aufgezeigt, dass die Tatsachenermittlung über geeignete Kanäle der Videokommunikation den Anforderungen der Wahrheitspflicht genügt.¹⁰³²

3. Ausstand

358 Ist der Vorsitzende von einem Verhandlungsgegenstand persönlich betroffen, muss er in den Ausstand treten.¹⁰³³ Erforderlich ist ein eigentlicher Interessenkonflikt, wie er etwa vorkommt, wenn die eigene Wiederwahl in den Verwal-

¹⁰²⁶ FINMA-RS 2016/7, N 6 f.

¹⁰²⁷ FINMA-RS 2016/7, N 13; § 3 Abs. 1 Notar-E-Identifikations-Verordnung (zit. in Fn. 398); MOSCH, 126 f.

¹⁰²⁸ Vgl. FINMA-RS 2016/7, N 17. Darüber wird sie die zu identifizierende Person vorab informieren.

¹⁰²⁹ FINMA-RS 2016/7, N 14 f.; § 3 Abs. 3 Notar-E-Identifikations-Verordnung (zit. in Fn. 398).

¹⁰³⁰ § 3 Abs. 3 Ziff. 5 Notar-E-Identifikations-Verordnung (zit. in Fn. 398); vgl. FINMA-RS 2016/7, N 11.

¹⁰³¹ Mit Blick auf die Rechtssicherheit vorzugswürdig wäre selbstverständlich eine generell-abstrakte Verankerung durch den (Bundes-)Gesetzgeber, etwa im Rahmen einer künftigen Regelung über die «Online-Gründung» (siehe LUKAS MÜLLER, Online-Gründung, 555 f.).

¹⁰³² Siehe vorne [N 75](#) mit Fn. 210.

¹⁰³³ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 325; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1074 f.; eingehend VON DER CRONE/KESSLER, 16 f.

tungsrat zur Diskussion steht.¹⁰³⁴ Denkbar ist auch, dass der Vorsitzende ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an einem Geschäft hat,¹⁰³⁵ beispielsweise an einer Kapitalerhöhung, wenn er zugleich Mehrheitsaktionär des wichtigsten Investors ist. In diesen Fällen übernimmt ein Stellvertreter (z.B. der Vizepräsident des Verwaltungsrats) die Versammlungsleitung, solange der Ausstand andauert.¹⁰³⁶ Allfällige Ausstandsgründe dürften für die Urkundsperson oftmals nicht ersichtlich sein. Im Regelfall hat die Urkundsperson von den persönlichen und wirtschaftlichen Verflechtungen des Vorsitzenden keine Kenntnis und sie braucht zur Erfüllung ihrer Pflichten auch nicht danach zu forschen. Einzig in offensichtlichen Fällen gebietet die Verfahrenskontrolle¹⁰³⁷, dass die Urkundsperson den Vorsitzenden über seine Ausstandspflicht belehrt.

III. Datum, Zeit, Art und Ort der Generalversammlung

Gleich wie ein privatschriftliches Versammlungsprotokoll hat die öffentliche Urkunde das Datum, die Zeit (Beginn und Ende), die Art sowie den Ort der Generalversammlung festzuhalten (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Auch wenn es bereits früher üblich war, diese Angaben ins Protokoll aufzunehmen, enthält Art. 702 OR erst seit der Aktienrechtsrevision 2020 eine explizite Aufforderung dazu.¹⁰³⁸

359

Das kantonale Beurkundungsrecht verlangt teilweise entweder gar keine Zeitangabe¹⁰³⁹ oder nur die Angabe, zu welcher Zeit die Urkunde errichtet wurde.¹⁰⁴⁰ Die Urkundsperson soll in diesem Fall das weitergehende Bundesrecht beachten und sowohl den Beginn- wie auch den Endzeitpunkt der Versammlung protokollieren.¹⁰⁴¹

360

¹⁰³⁴ VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1074; siehe auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 325 a.E., der die Beratung der (umstrittenen) Décharge des Präsidenten als Beispiel nennt.

¹⁰³⁵ Siehe VON DER CRONE/KESSLER, 16.

¹⁰³⁶ Siehe VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1074; nach der allgemeinen Regel ist der Stellvertreter grundsätzlich seinerseits vom (Gesamt-)Verwaltungsrat zu bestimmen (siehe [soeben N 353](#)).

¹⁰³⁷ Siehe vorne [N 173 ff.](#)

¹⁰³⁸ Vgl. Art. 702 Abs. 2 aOR 1991; zum alten Recht ZK-TANNER, N 212 zu Art. 702 OR.

¹⁰³⁹ So etwa Art. 19 Abs. 2 Ziff. 3 EG ZGB/SG; Art. 28 Abs. 1 EG ZGB/SH; § 14 Abs. 1 lit. a BeurkG/SZ.

¹⁰⁴⁰ In letzterem Sinn z.B. Art. 18 Abs. 3 BeurkG/AR; vgl. zur Angabe von Datum und Uhrzeit BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2926 mit Fn. 93 und 95 sowie N 2939.

¹⁰⁴¹ Das weniger weit gehende kantonale Recht wird durch das Bundesrecht derogiert (siehe vorne [N 45](#)).

1. Durchführungsart

- 361 Mit der «Art» der Generalversammlung ist zunächst die Angabe gemeint, ob es sich um eine ordentliche oder ausserordentliche Generalversammlung handelt.¹⁰⁴² Sodann ist ein Hinweis erforderlich, wenn die Versammlung in einer besonderen Form durchgeführt wird, sei es als Universalversammlung (unten [1.1](#)), sei es (in Abweichung von der klassischen Präsenzversammlung) auf dem Zirkularweg (unten [1.2](#)) oder unter Verwendung elektronischer Mittel (unten [1.3](#)).

1.1 Universalversammlung

- 362 Die Generalversammlung wird als Universalversammlung abgehalten, wenn sämtliche Aktien vertreten sind.¹⁰⁴³ Unter dieser Voraussetzung können die Aktionäre (oder ihre Vertreter) eine Generalversammlung durchführen, ohne die Vorschriften über die Einberufung einhalten zu müssen (Art. 701 Abs. 1 OR).¹⁰⁴⁴ Überdies entbindet das Gesetz von der Traktandierung: Die Universalversammlung kann über «alle in den Geschäftskreis der Generalversammlung fallenden Gegenstände» Beschluss fassen (Art. 701 Abs. 2 OR). Es ist nicht erforderlich, die Verhandlungsgegenstände vorgängig zu definieren und bekanntzugeben.¹⁰⁴⁵
- 363 Auf diese Weise ermöglicht die Universalversammlung eine rasche und administrativ unkomplizierte Entscheidungsfindung. Dass sich alle Aktionäre (persönlich oder durch Vertreter) zusammenfinden, ist praktisch nur in privat gehaltenen Gesellschaften mit einem überschaubaren Aktionariat denkbar. Die Bedeutung der Universalversammlung für die Notariatspraxis ist derweil nicht zu unterschätzen: Gerade in kleineren Verhältnissen kommen Universalversammlungen überaus häufig vor.¹⁰⁴⁶ In Einpersonengesellschaften – und damit auch in 100-prozentigen Konzerntochtergesellschaften – ist jede Generalversammlung definitionsgemäss eine Universalversammlung.¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴² Zu dieser Unterscheidung statt vieler ZK-TANNER, N 84 f. zu Art. 698 OR.

¹⁰⁴³ Eingehend zur Universalversammlung BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 64 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 5 ff.; ZK-TANNER, N 1 ff. zu Art. 701 OR; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1017 ff.

¹⁰⁴⁴ Zu den Einberufungsvorschriften siehe hinten [N 407 ff.](#)

¹⁰⁴⁵ Zur Traktandierung siehe hinten [N 447 f.](#)

¹⁰⁴⁶ Siehe MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 572; STOFFEL, L'instrumentation, 207; ZK-TANNER, N 3 zu Art. 701 OR; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1027.

¹⁰⁴⁷ Anzumerken ist, dass auch hier (abgesehen von Einberufung und Traktandierung) alle Formalitäten der Versammlungsdurchführung (z.B. die Protokollführung) einzuhalten sind (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 8; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1023).

Als Ausgleich für die fehlende Möglichkeit, sich auf die Versammlung vorzubereiten, räumt das Gesetz jedem Aktionär das Recht ein, die Universalversammlung zu beenden, indem er (bzw. sein Vertreter) Widerspruch erhebt oder die Versammlung verlässt.¹⁰⁴⁸ Der einzelne Aktionär hat damit im Effekt ein Vetorecht gegen die Fortführung der Universalversammlung.¹⁰⁴⁹ Wird es ausgeübt, bleibt den anderen nichts übrig, als ordentlich eine Generalversammlung einzuberufen, die über die verbleibenden Gegenstände berät. Demgegenüber ändert die Abhaltung einer Universalversammlung nichts an den Beschlussquoren¹⁰⁵⁰; das erwähnte Vetorecht richtet sich einzig gegen den Durchführungsmodus und nicht gegen bereits gefasste Beschlüsse.¹⁰⁵¹

364

Beschlüsse die gefasst werden, obwohl ein Aktionär Widerspruch eingelegt oder die Versammlung verlassen hat, sind nichtig.¹⁰⁵² Dies hat die Urkundsperson von Amtes wegen zu beachten. Kommt es zum Widerspruch oder Weggang, bevor die Versammlung über die zu beurkundenden Beschlüsse abstimmt, ist die Beurkundung abubrechen.¹⁰⁵³ Die Beteiligten sind darüber zu belehren, dass die Versammlung nicht länger beschlussfähig ist. Die Beurkundung ist selbst dann zu verweigern, wenn die verbleibenden Aktionäre mit der Beschlussfassung fortfahren möchten.¹⁰⁵⁴ Durchzuführen ist die Beurkundung hingegen, wenn der Widerspruch erst nach der Fassung der beurkundungsbedürftigen Beschlüsse erklärt wird. Der nachträgliche Widerspruch soll in der öffentlichen Urkunde dokumentiert werden. Er ändert nichts an der Gültigkeit der gefassten Beschlüsse.¹⁰⁵⁵

365

¹⁰⁴⁸ Das ergibt sich im Umkehrschluss aus dem Wortlaut von Art. 701 OR: «[...] falls kein Widerspruch erhoben wird [...]» (Abs. 1); «[...] solange die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher daran teilnehmen» (Abs. 2).

¹⁰⁴⁹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 64; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 6; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1019.

¹⁰⁵⁰ Siehe dazu hinten [N 467 ff.](#)

¹⁰⁵¹ Die heute herrschende Lehre hält dafür, dass sich der Widerspruch auch nur auf ein bestimmtes Traktandum beziehen kann, das ein Aktionär (noch) nicht entschieden sehen will; die Universalversammlung kann dann unter Ausklammerung des fraglichen Traktandums weitergeführt werden (BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 67; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, N 3 zu Art. 701; ZK-TANNER, N 24 zu Art. 701; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1022). Der Wortlaut von Art. 701 Abs. 1 OR ist insofern zu eng.

¹⁰⁵² Siehe BGE 137 III 460, E. 3.3.2; ebenso BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 66; HUGUENIN/MAHLER, 148; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1024.

¹⁰⁵³ GLM. VOSER, 152 a.E.

¹⁰⁵⁴ Bei Verfahrensfehlern, die zur Nichtigkeit der Beschlüsse führen, ist die Beurkundung zwingend abzulehnen (dazu eingehend vorne [N 178](#)).

¹⁰⁵⁵ Der Widerspruch wirkt anders ausgedrückt bloss *ex nunc* (ZK-TANNER, N 25 zu Art 701 OR; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1022).

- 366 Die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung sind berechtigt, an der Generalversammlung teilzunehmen (Art. 691 Abs. 2^{bis} OR).¹⁰⁵⁶ Dieses Teilnahmerecht gilt an sich auch im Fall der Universalversammlung. Geht die Initiative zur Durchführung einer Universalversammlung nicht vom Verwaltungsrat, sondern von den Aktionären aus, sind die Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung über die anstehende Versammlung zu informieren, damit sie daran teilnehmen können. Nach herrschender Ansicht kann sich die Universalversammlung aber auch ohne Mitwirkung des Verwaltungsrats (und ohne dessen Kenntnissnahme) konstituieren.¹⁰⁵⁷ Die Verletzung des Teilnahmerechts von Organmitgliedern, die nicht zugleich Aktionäre sind, bleibt folgenlos.¹⁰⁵⁸ Die Urkundsperson kann damit grundsätzlich auch Beschlüsse einer Universalversammlung beurkunden, an der kein Mitglied des Verwaltungsrats beteiligt ist. Immerhin muss dann die Person, die als Versammlungsleiter auftritt, gegenüber der Urkundsperson ihre Legitimation beweisen,¹⁰⁵⁹ was ohne Mitwirkung des Verwaltungsrats oft nicht möglich sein dürfte.¹⁰⁶⁰
- 367 Die Durchführung der Universalversammlung ist im Übrigen nicht an eine bestimmte Form gebunden: Neben einer herkömmlichen Präsenzversammlung kommt die Teilnahme unter Einsatz elektronischer Mittel¹⁰⁶¹ (bis hin zur virtuellen Universalversammlung¹⁰⁶²) oder auch eine Versammlung mit mehreren Tagungsorten¹⁰⁶³ in Frage, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind.¹⁰⁶⁴ In diesen Fällen ist die Versammlungsleitung durch den Verwaltungsrat indes unabdingbar.

¹⁰⁵⁶ Zur Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift siehe FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 2 zu Art. 691 OR.

¹⁰⁵⁷ Siehe ZK-TANNER, N 10a zu Art. 701 OR; ebenso VON DER CRONE, Aktienrecht 2014, § 5 N 54; zum Antragsrecht des Verwaltungsrats in der Universalversammlung BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 77.

¹⁰⁵⁸ Es wird deshalb bisweilen mit Recht gesagt, das Teilnahmerecht der Verwaltungsratsmitglieder sei rechtlich nicht durchsetzbar (Botschaft OR 2016, 562 f.; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1025; a.M. BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 65).

¹⁰⁵⁹ Siehe dazu vorne [N 353 f.](#)

¹⁰⁶⁰ Der Legitimationsnachweis setzt praktisch voraus, dass die Urkundsperson das Aktienbuch einsehen kann, auf das die Aktionäre grundsätzlich keinen Zugriff haben (zum Recht auf Einsicht und Auskunft in Bezug auf das Aktienbuch siehe VON DER CRONE, Aktienrecht, N 304 f. m.w.H.).

¹⁰⁶¹ Siehe hinten [N 374 ff.](#)

¹⁰⁶² Siehe hinten [N 385 ff.](#)

¹⁰⁶³ Siehe hinten [N 383 f.](#)

¹⁰⁶⁴ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 64; HÄUSERMANN, 307.

1.2 Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren

Art. 701 Abs. 3 OR lässt unter dem Marginale «Zustimmung zu einem Antrag» für die Generalversammlung neu die Beschlussfassung auf dem Zirkularweg zu.¹⁰⁶⁵ Wenn kein Aktionär die mündliche Beratung verlangt, können Generalversammlungsbeschlüsse schriftlich auf Papier oder in elektronischer Form gefasst werden. Das Zirkularverfahren war bereits bisher für Verwaltungsratsbeschlüsse zulässig (Art. 713 Abs. 2 OR). Im GmbH- und im Vereinsrecht ist diese Form der Beschlussfassung überdies schon länger auch für die Gesellschafter- bzw. Vereinsversammlung vorgesehen.¹⁰⁶⁶ Gleich wie bei der Universalversammlung ist die Mitwirkung aller Aktionäre erforderlich. Anders als dort findet im Zirkularverfahren aber keine zeitgleiche Interaktion zwischen den Aktionären statt.¹⁰⁶⁷ Die Beschlüsse ergehen ohne vorgängige Beratung. Entgegen dem Gesetzeswortlaut handelt es sich der Sache nach eher um ein Verhandlungssurrogat als um eine Generalversammlung, die «abgehalten» wird.

Charakteristisch für das Zirkularverfahren ist, dass die Beschlussanträge als vorgefertigtes Protokoll unter den stimmberechtigten Aktionären (schriftlich oder elektronisch) in Umlauf gebracht werden. Diese haben dann innert einer angesetzten Frist die Möglichkeit, sich zu jedem Antrag mit Zustimmung, Enthaltung oder Ablehnung zu äussern.¹⁰⁶⁸ Die Aktionäre können weder Voten abgeben noch eigene Gegenanträge stellen. Auch das Stellen von Auskunftsbegehren an den Verwaltungsrat ist in diesem Verfahren nicht vorgesehen. Daher muss es jedem Aktionär möglich sein, das Zirkularverfahren abubrechen und eine mündliche Beratung zu verlangen.¹⁰⁶⁹

Alle Aktionäre müssen anders gesagt mit der Beschlussfassung ohne Beratung einverstanden sein. Der Entwurf des Bundesrats von 2016 war noch davon ausgegangen, dass jeder Aktionär (aktiv) seine Zustimmung zum Zirkularverfahren erklären müsse, wenn nicht ausdrücklich, dann mindestens konkludent durch

¹⁰⁶⁵ Bisher war diese Form der Beschlussfassung für die Generalversammlung von Aktiengesellschaften nicht zugelassen; sie bildete aber immer wieder Gegenstand rechtspolitischer Vorschläge (dazu EGGIMANN/HÄCKI/ZYSSET, 301 m.w.H.; siehe auch TANNER, Moderne Formen der Generalversammlung, 592 f.).

¹⁰⁶⁶ Für die GmbH verweist Art. 805 Abs. 5 Ziff. 5 OR neu auf die aktienrechtliche Regelung; früher war das Zirkularverfahren in Abs. 4 der Bestimmung geregelt. Für den Verein siehe Art. 66 Abs. 2 ZGB.

¹⁰⁶⁷ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 82; EGGIMANN/HÄCKI/ZYSSET, 304.

¹⁰⁶⁸ Zum Prozedere siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 84 ff.; EGGIMANN/HÄCKI/ZYSSET, 306 ff.; ERNST, Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren, 169 ff.

¹⁰⁶⁹ VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1043 siehe ferner BK-DUBS, N 21 zu Art. 698–706b OR.

vorbehaltlose Teilnahme an der Abstimmung.¹⁰⁷⁰ Blosses Stillschweigen hätte nicht genügt. In der parlamentarischen Beratung wurde der Wortlaut von Art. 701 Abs. 3 OR dann an jenen von Art. 713 Abs. 2 OR über die Zirkularbeschlüsse des Verwaltungsrats angeglichen. Vorausgesetzt sollte neu nicht mehr sein, dass die Aktionäre «ihre Zustimmung zur Art der Beschlussfassung erteilt haben»¹⁰⁷¹, sondern bloss noch, dass kein Aktionär «mündliche Beratung verlangt». Die Aktionäre haben nunmehr ihr Recht auf mündliche Beratung ausdrücklich geltend zu machen. Der Verwaltungsrat darf in der Abstimmungsinstruktion anordnen, dass Stillschweigen des Aktionärs innert der angesetzten Frist¹⁰⁷² als Zustimmung zum Zirkularverfahren gewertet wird.¹⁰⁷³ Die Stimmrechte des betreffenden Aktionärs gelten dann als nicht ausgeübt. Unzulässig wäre es dagegen, Zustimmung zum Antrag (Ja-Stimme) zu fingieren, wenn sich ein Aktionär nicht fristgerecht äussert.¹⁰⁷⁴ Für die Beschlussfassung im Zirkularverfahren gelten die gesetzlichen (oder statutarischen) Beschlussquoten.¹⁰⁷⁵

- 371 Umstritten ist, ob für die Stimmabgaben die einfache Schriftlichkeit gemäss Art. 12 ff. OR einzuhalten ist.¹⁰⁷⁶ Das würde bedeuten, dass bei der Stimmabgabe auf Papier eine eigenhändige Unterschrift (Art. 14 Abs. 1 OR) und bei jener in elektronischer Form eine qualifizierte elektronische Signatur (Art. 14 Abs. 2^{bis} OR) erforderlich wäre. Im Schrifttum hat sich zu Recht eine vermittelnde Sichtweise durchgesetzt: Stimmabgaben auf Papier sind demnach eigenhändig zu unterzeichnen. Auf elektronischem Weg können die Stimmen dagegen (analog Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 OR) auch ohne qualifizierte elektronische Signatur (z.B. per E-Mail) abgegeben werden, sofern der Verwaltungsrat keine strengere Anordnung trifft.¹⁰⁷⁷ Die zweifelsfreie Identifikation des Abstimmenden-

¹⁰⁷⁰ Siehe Botschaft OR 2016, 555 f.

¹⁰⁷¹ So noch Art. 701 Abs. 3 E-OR.

¹⁰⁷² Analog Art. 700 Abs. 1 OR ist den Aktionären eine mindestens 20-tägige Reaktionsfrist anzusetzen (siehe BSK OR II-DUBS/TRUFFER, N 29 zu Art. 701; zum Verfahren eingehend hinten [N 444 ff.](#) und [477 ff.](#)).

¹⁰⁷³ So zutreffend BK-DUBS, N 22 und 27 ff. zu Art. 698–706b OR; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, N 17 und 25 ff. zu Art. 701 OR; DRUEY/DRUEY-JUST/GLANZMANN, § 12 N 57; anders BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 81 ff., der von einem «Zirkularbeschluss aller Aktionäre» spricht.

¹⁰⁷⁴ Gl.M. ERNST, Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren, 169.

¹⁰⁷⁵ Anders das Vereinsrecht, das für Vereinsbeschlüsse im Zirkularverfahren die Zustimmung aller Mitglieder verlangt (Art. 66 Abs. 2 ZGB). Zu den Beschlussquoten im Aktienrecht siehe hinten [N 467 ff.](#)

¹⁰⁷⁶ Ausführliche Darstellung des Meinungsstands bei EGGIMANN/HÄCKI/ZYSSET, 296 ff.

¹⁰⁷⁷ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 8 zu Art. 701 OR; so nun auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 87; im Ergebnis ebenso (mit differenzierter Begründung) EGGIMANN/HÄCKI/ZYSSET, 298 f.; vgl. ERNST, Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren, 169; HÄUSERMANN, 307; TANNER, Moderne Formen der Generalversammlung, 594 f.

den muss dabei stets gewährleistet sein.¹⁰⁷⁸ Die Urkundsperson überprüft bei der Beurkundung des Erwahrungsbeschlusses, ob diese formellen Vorgaben eingehalten wurden.¹⁰⁷⁹

Durch das Recht jedes Aktionärs auf mündliche Beratung unterscheidet sich die schriftliche Beschlussfassung von der Urabstimmung, wie sie das Genossenschaftsrecht kennt (Art. 880 OR).¹⁰⁸⁰ Das Erfordernis, dass kein Aktionär gegen das Zirkularverfahren opponiert haben darf, beschränkt dessen Anwendungsbereich faktisch auf Gesellschaften mit einem kleinen Aktionärskreis. Genau für solche Gesellschaften wollte der Gesetzgeber das neue Verfahren denn auch bereitstellen.¹⁰⁸¹ 372

Zirkularbeschlüsse können öffentlich beurkundet werden.¹⁰⁸² Die Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren steht daher auch für beurkundungsbedürftige Beschlüsse offen.¹⁰⁸³ Die Besonderheiten, die sich daraus für das Beurkundungsverfahren ergeben, sind nachfolgend im jeweiligen Zusammenhang näher zu erörtern.¹⁰⁸⁴ 373

1.3 Generalversammlung mit elektronischer Teilnahmemöglichkeit (hybride Generalversammlung)

Der Verwaltungsart kann gemäss Art. 701c OR vorsehen, dass sich Aktionäre, die am Tagungsort nicht anwesend sind, elektronisch zur Versammlung «zuschalten» und auf diesem Weg ihre Rechte ausüben können. Die so durchgeführte Generalversammlung ist «teilvertueell».¹⁰⁸⁵ Die Versammlung findet grundsätzlich als Präsenzveranstaltung an einem definierten Tagungsort statt. 374

¹⁰⁷⁸ Für den Fall der Abstimmung per E-Mail ist vorauszusetzen, dass die E-Mail-Adresse des Abstimmenden bei der Gesellschaft (im Aktienbuch) hinterlegt ist.

¹⁰⁷⁹ Siehe hinten [N 477](#).

¹⁰⁸⁰ Der Begriff «Urabstimmung» wird uneinheitlich verwendet. Ein anderes Begriffsverständnis findet sich etwa bei EGGIMANN/HÄCKI/ZYSSET, 312 ff. und *passim*, welche danach unterscheiden, ob alle Stimmberechtigten aktiv an der Beschlussfassung teilnehmen (Zirkularbeschluss) oder nicht (Urabstimmung).

¹⁰⁸¹ Siehe Botschaft OR 2016, 555; zum praktischen Nutzen des Zirkularverfahrens BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 83.

¹⁰⁸² Siehe Botschaft OR 2016, 559 mit Verweis auf BRÜCKNER, Zirkularbeschlüsse, 33 ff.; anders noch DERS., Beurkundungsrecht, N 2995.

¹⁰⁸³ A.M. ERNST, Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren, 169.

¹⁰⁸⁴ Zu den einleitenden Feststellungen siehe hinten [N 444 ff.](#); zur Beschlussfassung siehe hinten [N 477 ff.](#)

¹⁰⁸⁵ BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 120 ff.; siehe auch TANNER, Moderne Formen der Generalversammlung, 600 ff.; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1050 ff.; VON DER CRONE/BERNET, 266 f.; VON DER CRONE/GROB, 7.

Zugleich steht es den Aktionären offen, der Versammlung fernzubleiben und ihre Rechte über ein elektronisches Medium auszuüben. Die Rechtsausübung erfolgt unmittelbar durch den Aktionär. Darin unterscheidet sich die hybride Generalversammlung vom sog. *internet proxy voting*, bei dem der abwesende Aktionär vor jeder Abstimmung in Echtzeit elektronische Weisungen an einen Vertreter erteilt, der das Stimmrecht dann vor Ort ausübt.¹⁰⁸⁶

- 375 Das Gesetz sieht davon ab, ein bestimmtes Kommunikationsmittel vorzuschreiben, über das die Aktionäre *remote* an der Versammlung teilnehmen können.¹⁰⁸⁷ Die Auswahl des Mediums liegt im Ermessen des Verwaltungsrats. Einzuhalten sind immerhin die Mindestanforderungen gemäss Art. 701e Abs. 2 OR. So muss es das gewählte Kommunikationsmittel dem Verwaltungsrat ermöglichen, die Identität der Teilnehmer festzustellen (Ziff. 1). Die Lehre lässt es für die Identitätsfeststellung genügen, dass sich der Aktionär mit den in der Einladung bekannt gegebenen Zugangsdaten (Benutzername und Passwort) auf der «richtigen» Plattform einloggt.¹⁰⁸⁸ Eine weitergehende Identifizierung (etwa durch den Abgleich biometrischer Daten) wird nicht verlangt.¹⁰⁸⁹ Erforderlich ist sodann, dass die Aktionäre über das Kommunikationsmittel unmittelbar miteinander interagieren können (Ziff. 2 und 3). Sie müssen in der Lage sein, sich in Echtzeit an der Diskussion zu beteiligen sowie Anträge und Auskunftsbeghehren zu stellen. Indessen ist für diese «digitale Unmittelbarkeit» nicht zwingend die Bildübertragung vorausgesetzt.¹⁰⁹⁰ Zulässig ist damit etwa, dass die elektronische Teilnahme telefonisch oder über einen Chatroom erfolgt.¹⁰⁹¹ In jedem Fall hat der Verwaltungsrat sicherzustellen, dass die Abstimmungsergebnisse nicht verfälscht werden können (Ziff. 4).¹⁰⁹²

¹⁰⁸⁶ Siehe dazu VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1051 ff.; DERS., Internet-Generalversammlung, 160 f.; zur praktischen Bedeutung des *internet proxy voting* PÖSCHEL, 236 f.; allgemein zur Stellvertretung an der Generalversammlung hinten [N 422 ff.](#)

¹⁰⁸⁷ Siehe Botschaft OR 2016, 557; ferner FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 3 vor Art. 701c OR, welche die Regelung als «technologieneutral» bezeichnen.

¹⁰⁸⁸ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 110; PÖSCHEL, 241 mit Fn. 88; SCHISTER/WALKER, 25; THEILER, 79; differenzierend MÜLLER/HORBER, 47 f.; REISER/EGLI, 124; restriktiver VON DER CRONE/GROB, 18, die eine Identitätskontrolle gestützt auf die qualifizierte elektronische Signatur vorschlagen.

¹⁰⁸⁹ Die Durchführung eines solchen weitergehenden Authentifizierungsverfahrens wird überwiegend als unzumutbar betrachtet (BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 110; THEILER, 80 mit Fn. 92; VON DER CRONE/GROB, 19).

¹⁰⁹⁰ So ausdrücklich Botschaft OR 2016, 559; kritisch dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 112.

¹⁰⁹¹ BK-DUBS, N 93 und 110 zu Art. 698–706b OR; REISER, 408; VON DER CRONE/GROB, 16; differenzierend BALLMER/FISCHER, 181.

¹⁰⁹² Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 114, der in diesem Zusammenhang auch die Gefahr von Hacker-Angriffen erwähnt; dazu allgemein Botschaft OR 2016, 560, wonach der Verwal-

Werden Beschlüsse einer hybriden Generalversammlung öffentlich beurkundet, handelt es sich nicht um eine Fernbeurkundung.¹⁰⁹³ Die Urkundsperson ist physisch am Tagungsort anwesend und protokolliert ihre rechtserheblichen Wahrnehmungen über den Versammlungsablauf (einschliesslich etwaiger Äusserungen der elektronisch teilnehmenden Aktionäre). Die Einhaltung der Vorgaben von Art. 701e Abs. 2 OR ist Sache des Verwaltungsrats. Die Urkundsperson lässt sich die getroffenen Vorkehrungen vom Vorsitzenden erklären und nimmt die Beurkundung vor, sofern sich keine Zweifel an der Rechtmässigkeit des Vorgehens aufdrängen.

376

Die Bereitstellung einer elektronischen Teilnahmemöglichkeit bringt die Gefahr mit sich, dass technische Probleme auftreten.¹⁰⁹⁴ Ist die Störung derart erheblich, dass die Versammlung nicht ordnungsgemäss weitergeführt werden kann,¹⁰⁹⁵ ist sie abzubrechen und zu wiederholen (Art. 701f Abs. 1 OR). Relevant sind nur technische Probleme, die in die Risikosphäre der Gesellschaft fallen. Nicht dazu zählen Schwierigkeiten der Aktionäre mit der von ihnen benützten Soft- oder Hardware.¹⁰⁹⁶ Gelingt es etwa einem einzelnen Aktionär nicht, eine stabile Internetverbindung zur bereitgestellten Plattform herzustellen, führt dies nicht zur Wiederholung der Generalversammlung. Die Urkundsperson soll die Versammlungsleitung nötigenfalls auf die Regelung von Art. 701f Abs. 1 OR hinweisen, wenn die Weiterführung der Versammlung durch technische Probleme in Frage gestellt wird. Besteht der Vorsitzende dennoch auf einer Fortsetzung, soll die Urkundsperson das Auftreten der technischen Probleme in der öffentlichen Urkunde dokumentieren.¹⁰⁹⁷ Dies ergibt sich aus ihrer Redaktionspflicht, die eine vollständige Dokumentation der rechtserheblichen

377

tungsrat aufgerufen ist, «im technisch zumutbaren und vernünftigerweise zu erwartenden Rahmen» zu handeln und auf ein «unsicheres elektronisches Mittel» zu verzichten.

¹⁰⁹³ ARNET, Aktienrecht, 11; allgemein zur Fernbeurkundung vorne [N 112 ff.](#)

¹⁰⁹⁴ Siehe Botschaft OR 2016, 560; BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 115 ff.

¹⁰⁹⁵ Ob dies der Fall ist, wird man mit Blick auf die Voraussetzungen gemäss Art. 701e Abs. 2 OR zu beurteilen haben (so VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1059).

¹⁰⁹⁶ Differenzierend Botschaft OR 2016, 560; BALLMER/FISCHER, 188; BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 117; VON DER CRONE/GROB, 19 f.

¹⁰⁹⁷ Die Weiterführung der Versammlung trotz technischer Störungen dürfte in der Regel zur Anfechtbarkeit der danach gefassten Beschlüsse führen (siehe etwa THEILER, 78 a.E.; anders BERTSCHINGER, 199; kritisch KUNZ, Generalversammlungen, 305 f., der die Regelung von Art. 701f OR als «Tummelfeld für kreative Dissertanten und streitlustige Rechtsanwälte» bezeichnet). Die Urkundsperson soll die Beurkundung im Konfliktfall (unter Vorbehalt) vornehmen. Es ist dann Aufgabe des Gerichts, in einem etwaigen Anfechtungsprozess zu beurteilen, ob die Störung eine Wiederholung der Versammlung gerechtfertigt hätte (siehe allgemein dazu vorne [N 178](#)).

Vorgänge verlangt.¹⁰⁹⁸ Treten die Probleme indes erst nach der Fassung der beurkundungsbedürftigen Beschlüsse auf, kann die öffentliche Urkunde über diese Beschlüsse vorbehaltlos errichtet werden. Beschlüsse, die vor Auftreten der technischen Probleme gefasst wurden, sind ohne Weiteres gültig (Art. 701f Abs. 2 OR).¹⁰⁹⁹

- 378 Die Durchführung einer hybriden Generalversammlung bedarf keiner Grundlage in den Statuten.¹¹⁰⁰ Sie liegt in der Kompetenz des Verwaltungsrats. Entschliesst sich dieser, die elektronische Teilnahme an der Generalversammlung zu ermöglichen, hat er zugleich eine angemessene technische Infrastruktur bereitzustellen (Art. 701e OR).

2. Tagungsort

- 379 Der Tagungsort der Generalversammlung kann im Grundsatz beliebig gewählt werden, insbesondere muss er nicht mit dem Gesellschaftssitz übereinstimmen.¹¹⁰¹ Eine Schranke ergibt sich aus dem Sachlichkeitsgebot: Die Festlegung des Tagungsorts darf keinem Aktionär die Rechtsausübung in unsachlicher Weise erschweren (Art. 701a Abs. 2 OR).
- 380 Liegt der Tagungsort in der Schweiz, so bestimmt er die örtliche Zuständigkeit der Urkundsperson.¹¹⁰² Die Teilnahme der Urkundsperson an der Generalversammlung ist die wesentliche Amtshandlung, an die für die Zuständigkeitsbestimmung angeknüpft wird. Beizuziehen sind damit stets Urkundspersonen des Kantons, in dem die Versammlung abgehalten wird.
- 381 Falls die Statuten dies vorsehen, kann eine schweizerische Aktiengesellschaft ihre Generalversammlung im Ausland durchführen (Art. 701b OR).¹¹⁰³ Aufgrund des Territorialitätsprinzips können die Beschlüsse einer Generalversammlung mit Tagungsort im Ausland nicht von schweizerischen Urkundspersonen beurkundet werden. Denkbar ist, dass eine nach dem Recht des Durchführungs-

¹⁰⁹⁸ Zur Redaktionspflicht als Teil der Wahrheitspflicht siehe vorne [N 78](#).

¹⁰⁹⁹ Eine Ausnahme macht die Lehre für Beschlüsse, die klarerweise von einem später vorgesehenen Beschluss abhängen oder ohne diesen sinnlos sind (BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 115; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1059 a.E.).

¹¹⁰⁰ Anders bei der virtuellen Generalversammlung (Art. 701d OR); siehe zu dieser hinten [N 385 ff.](#)

¹¹⁰¹ Siehe FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 7 zu Art. 701a OR; VON DER CRONE/BERNET, 260.

¹¹⁰² Siehe bereits vorne [N 50 ff.](#)

¹¹⁰³ Eingehend zur Regelung von Art. 701b OR VON DER CRONE/BERNET, 261 ff.; TANNER, Moderne Formen der Generalversammlung, 597.

lands zuständige Person oder Amtsstelle die öffentliche Urkunde errichtet. Die Anerkennung der im Ausland errichteten Urkunde durch das Handelsregisteramt am Gesellschaftssitz erfolgt nach den Vorgaben von Art. 25 HRegV.¹¹⁰⁴ So kann insbesondere der Nachweis verlangt werden, dass das ausländische Beurkundungsverfahren dem schweizerischen gleichwertig ist (Art. 25 Abs. 2 HRegV).

Im Normalfall gibt es einen einheitlichen Tagungsort, an dem die Versammlung abgehalten wird. Alternativ kann die Generalversammlung an verschiedenen Orten gleichzeitig (multilokal) oder mit elektronischen Mitteln ohne Tagungsort (virtuell) durchgeführt werden.

382

2.1 Generalversammlung mit mehreren Tagungsorten (multilokale Generalversammlung)

Gemäss Art. 701a Abs. 3 OR kann eine Generalversammlung parallel an zwei oder mehreren Tagungsorten abgehalten werden.¹¹⁰⁵ Die Voten der Teilnehmer sind in diesem Fall unmittelbar in Bild und Ton an alle Tagungsorte zu übertragen. Einen «Haupttagungsort», wie er noch im Vorentwurf 2014 vorgesehen war, gibt es nicht.¹¹⁰⁶ Die verschiedenen Tagungsorte sind damit von der gesetzlichen Konzeption her gleichrangig.¹¹⁰⁷

383

Sind Beschlüsse einer multilokalen Generalversammlung öffentlich zu beurkunden, muss die Urkundsperson an einem der Tagungsorte physisch anwesend sein. Dies muss nicht notwendigerweise der Ort sein, an dem sich der Vorsitzende befindet.¹¹⁰⁸ Den Versammlungsablauf an diesem Ort nimmt sie

384

¹¹⁰⁴ Siehe Botschaft OR 2016, 557; ARNET, Aktienrecht, 10; POGGIO-WIDMER, 109; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1039; zu den formellen Anforderungen für die Anerkennung SHK HRegV-SIFFERT, N 2 ff. zu Art. 25; zur Apostille bzw. Überbeglaubigung vorne [N 241](#) mit Fn. 701.

¹¹⁰⁵ Die Durchführung einer Generalversammlung mit mehreren Tagungsorten wurde bereits unter früherem Recht als zulässig erachtet. Ein bekanntes Beispiel war die Generalversammlung der ABB Ltd vom 16. März 2000, die zugleich in der Schweiz und in Schweden durchgeführt wurde (dazu umfassend LAMBERT, *passim*); siehe auch VOSER, 157 f., der eine Generalversammlung in der gleichen Lokalität, aber in zwei getrennten Sälen, als weiteren Anwendungsfall der multilokalen Versammlungsdurchführung nennt.

¹¹⁰⁶ Am «Haupttagungsort» hätten insbesondere der Vorsitzende und die Urkundsperson anwesend sein müssen (siehe Art. 701a Abs. 3 VE-OR 2014).

¹¹⁰⁷ Vgl. aber, BSK OR II-ANDREAS MÜLLER, N 16 zu Art. 701a, wonach im Fall beurkundungspflichtiger Beschlüsse ein «Haupttagungsort» zu bestimmen sei, an dem sich die Urkundsperson aufhält.

¹¹⁰⁸ Ebenso ARNET, Aktienrecht, 9 f.; BSK OR II-ANDREAS MÜLLER, N 16 zu Art. 701a; a.M. MÜLLER-SMIT, 499 f.

unmittelbar wahr. Das Geschehen an den anderen Tagungsorten verfolgt sie mittels der Bild- und Tonübertragung aus der Distanz.¹¹⁰⁹ Dabei überprüft sie, ob die Übertragung den gesetzlichen Anforderungen entspricht.¹¹¹⁰ Für die örtliche Zuständigkeit massgeblich ist einzig der Tagungsort, an dem die Urkundsperson physisch anwesend ist. Sind die weiteren Tagungsorte in einem anderen Kanton oder gar im Ausland¹¹¹¹ gelegen, beeinträchtigt dies die Zuständigkeit nicht. Es ist nicht etwa erforderlich, dass an jedem Tagungsort eine (örtlich zuständige) Urkundsperson teilnimmt,¹¹¹² eine solche Aufgabenteilung wäre auch gar nicht zulässig, weil über die Beschlüsse eine einheitliche Urkunde zu errichten ist.

2.2 Generalversammlung ohne Tagungsort (virtuelle Generalversammlung)

a Zulässigkeit und Voraussetzungen

- 385 Es ist nach revidiertem Aktienrecht möglich, auf einen Tagungsort ganz zu verzichten und die Generalversammlung ausschliesslich auf elektronischem Weg durchzuführen. Art. 701d OR setzt für die virtuelle Generalversammlung eine Ermächtigung in den Statuten voraus. Die entsprechende Klausel kann bereits in den Gründungsstatuten enthalten sein oder später durch eine Statutenänderung eingeführt werden. Die nachträgliche Einführung schränkt das Teilnahmerecht der Aktionäre ein und muss den Prinzipien von Art. 706 OR (Gleichbehandlung, Sachlichkeit, Verhältnismässigkeit) standhalten.¹¹¹³
- 386 Beruft der Verwaltungsrat eine virtuelle Generalversammlung ein, muss er in der Einladung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter bezeichnen (Art. 701d Abs. 1 OR). Darauf kann er in Gesellschaften ohne kotierte Aktien

¹¹⁰⁹ Es handelt sich in Bezug auf die Vorgänge an den anderen Tagungsorten um eine Fernbeurkundung (siehe vorne [N 120](#)).

¹¹¹⁰ Siehe PATAK, 148; ebenso VON DER CRONE/BERNET, 265 f.; VOSER, 159; vgl. dazu LAMBERT, 45 f.

¹¹¹¹ Gerade für Gesellschaften mit zahlreichen Aktionären im Ausland kann es Sinn machen, die Generalversammlung im Ausland abzuhalten (siehe vorne [N 381](#)) und im Fall beurkundungsbedürftiger Beschlüsse einen weiteren Tagungsort in der Schweiz vorzusehen, von dem aus eine Schweizer Urkundsperson teilnimmt (siehe BSK OR II-ANDREAS MÜLLER, N 14 zu Art. 701a).

¹¹¹² Dieses Vorgehen postuliert (zu Unrecht) JÜRG SCHMID, Elektronische öffentliche Urkunden, 268 f., der allgemein der Fernbeurkundung ablehnend gegenübersteht; ähnlich LAMBERT, 46, wonach «allenfalls» ein zweiter Notar am anderen Tagungsort «gewisse Vorgänge» festhalten müsse.

¹¹¹³ Siehe dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 124, der sich namentlich für eine angemessene Übergangsfrist in den Statuten ausspricht.

verzichten, sofern dies in den Statuten vorgesehen ist (Art. 701d Abs. 2 OR).¹¹¹⁴ Eine solche Bestimmung kann nur mit qualifiziertem Mehr nachträglich in die Statuten aufgenommen werden (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 15 OR).

Für die technische Durchführung der virtuellen Versammlung gelten die Mindestanforderungen gemäss Art. 701e Abs. 2 OR. Insbesondere müssen die Teilnehmer in der Lage sein, unmittelbar miteinander zu kommunizieren sowie Anträge und Auskunftsbegehren zu stellen. Es wurde bereits dargelegt, dass das Gesetz weder einen bestimmten Kommunikationskanal noch die Bildübertragung verlangt.¹¹¹⁵ Damit ist es grundsätzlich möglich, die virtuelle Generalversammlung über eine Telefonkonferenz oder auch via reine Text-Übertragung (Chat-Room) durchzuführen, sofern die Echtzeit-Kommunikation gewährleistet ist.¹¹¹⁶

387

b Kantonales Beurkundungsrecht

Nach der gesetzlichen Regelung kann eine virtuell durchgeführte Generalversammlung auch Beschlüsse fassen, die öffentlich beurkundet werden müssen.¹¹¹⁷ In diesen Fällen ist jeweils eine sog. Fernbeurkundung erforderlich. Als Art. 701d OR am 1. Januar 2023 in Kraft trat, sah das Beurkundungsrecht der meisten Kantone die Fernbeurkundung (auch für Sachbeurkundungen) nicht explizit vor.¹¹¹⁸ Verbreitet sind im kantonalen Recht Vorschriften, die verlangen, dass die Urkundsperson nur Vorgänge beurkunden darf, die sie «mit eigenen Sinnen wahrgenommen»¹¹¹⁹ bzw. an denen sie «anwesend»¹¹²⁰ war. Seitdem haben die kantonalen Behörden diese Vorschriften in Bezug auf die virtuelle Ge-

388

¹¹¹⁴ Die Statuten dürfen nicht generell auf das Erfordernis des unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichten, sondern nur die Möglichkeit des Verzichts im Einzelfall vorsehen (EHRA-Praxismitteilung 1/23, 4 f.); Formulierungsbeispiel: «Die Generalversammlung kann mit elektronischen Mitteln ohne Tagungsort durchgeführt werden. Der Verwaltungsrat kann in diesem Fall auf die gesetzlich vorgesehene Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichten.»

¹¹¹⁵ Siehe vorne [N 375](#).

¹¹¹⁶ BK-DUBS, N 93 und 110 zu Art. 698–706b OR; REISER, 408; VON DER CRONE/GROB, 16; a.M. offenbar BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 126, der mindestens die Tonübertragung voraussetzt.

¹¹¹⁷ Botschaft OR 2016, 559; REISER/EGLI, 123 m.w.H.; anders noch Botschaft OR 2007, 1681; siehe vorne [N 120](#) mit Fn. 362.

¹¹¹⁸ Eine Ausnahme bildet der Kanton Bern, wo Sachbeurkundungen über elektronische Kommunikationsmittel seit einigen Jahren als zulässig gelten (Art. 22 Abs. 3 NG/BE; siehe vorne [N 119](#)).

¹¹¹⁹ So z.B. § 10b Abs. 2 BeurkG/ZG.

¹¹²⁰ So § 53 Abs. 1 lit. h BeurkG/AG; laut Art. 23 Abs. 1 EG ZGB/SG müssen die Parteien während des ganzen Verfahrens (bei der Urkundsperson) «zugegen» sein.

neralversammlung unterschiedlich ausgelegt. In manchen Kantonen sind überdies Gesetzes- bzw. Verordnungsänderungen geplant oder bereits erlassen worden.

389 Um die kantonalen Unterschiede in der beurkundungsrechtlichen Umsetzung der virtuellen Generalversammlung zu veranschaulichen, seien nachfolgend beispielhaft die Entwicklungen in den Kantonen Zug, St. Gallen, Aargau und Zürich herausgegriffen.

390 Im Kanton Zug führte das bevorstehende Inkrafttreten von Art. 701d OR zu Unsicherheit. Im November 2022 war der Regierungsrat noch der Auffassung, das zugerische Beurkundungsrecht bilde eine genügende gesetzliche Grundlage für die Vornahme von Sachbeurkundungen an virtuellen Generalversammlungen. Er beauftragte das Obergericht und die Direktion des Innern, eine gemeinsame Weisung an die Urkundspersonen zu erlassen. Das Obergericht des Kantons Zug äusserte sich im Dezember 2022 zur Frage der Zulässigkeit dann aber wesentlich distanzierter. In einem Schreiben an den zugerischen Advokatenverein hielt es fest, es lasse sich aus dem geltenden Recht keine «stichfeste» Grundlage ableiten. Vielmehr müsse der kantonale Gesetzgeber schnellstmöglich eine gesetzliche Grundlage schaffen.¹¹²¹ Damit deutete das Obergericht an, dass die Beurkundung der Beschlüsse unzulässig sei (oder mindestens sein könnte), solange der kantonale Gesetzgeber nicht tätig geworden ist. Zu mehr Rechtssicherheit führte am 30. Juni 2023 eine gemeinsame Praxismitteilung der Direktion des Innern und der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte, die aufzeigen soll, wie die Beurkundung von Beschlüssen virtueller Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen im Kanton Zug umgesetzt werden kann.¹¹²² Die Wahl des Mediums wird ins Ermessen des Verwaltungsrats gestellt. Überdies hält das Dokument fest, dass gesetzlich vorgeschriebene Belege im Original der Urkundsperson (und nicht etwa dem Vorsitzenden) vorliegen müssen. Die Praxismitteilung soll so lange gelten, bis eine entsprechende Revision des kantonalen Beurkundungsrechts in Kraft tritt.

¹¹²¹ Vor dem Inkrafttreten einer solchen gesetzlichen Grundlage sei es «Sache der zuständigen Behörde (z.B. Strafverfolgung, Zivilgericht oder Aufsichtskommission [...]), zu entscheiden, ob die geltende Version des BeurkG derart (weit) ausgelegt werden kann, dass die Beurkundung [...] im konkreten Fall [...] zulässig bzw. rechtens war» (das Schreiben des OGer/ ZG vom 14. Dezember 2022 liegt dem Verfasser vor).

¹¹²² Praxismitteilung vom 30. Juni 2023 zur öffentlichen Beurkundung von Beschlüssen virtueller Generalversammlungen und virtueller Verwaltungsratssitzungen, abrufbar unter <<https://zg.ch/de/recht-justiz/infos-fuer-die-anwaltschaft/publikationen-der-aufsichtskommission>>.

Einen Schritt weiter ist das Beurkundungsrecht des Kantons St. Gallen. In diesem Kanton führte der Regierungsrat am 3. September 2024 auf Verordnungsstufe eine Regelung zur virtuellen Generalversammlung ein (Art. 7 Abs. 4 BeurkV/SG, die auf den 1. Oktober 2024 in Kraft getreten ist. Die Bestimmung lautet wie folgt:

391

«Bei der Beurkundung von Beschlüssen einer virtuellen Generalversammlung oder Beschlüssen des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans, die mit elektronischen Mitteln ohne Tagungsort gefasst werden, gilt die Urkundsperson als zugegen im Sinn von Art. 23 Abs. 1 [EG ZGB/SG], wenn sie während der Beratung und Abstimmung zu den beurkundungsbedürftigen Beschlüssen in gleicher Weise wie die weiteren Teilnehmer über einen elektronischen Zugang an der virtuellen Generalversammlung oder der virtuellen Sitzung des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans teilnimmt.»

Die elektronische Teilnahme wird damit der physischen Präsenz gleichgestellt. Erforderlich (aber auch ausreichend) ist, dass die Urkundsperson über den gleichen Kommunikationskanal («in gleicher Weise») wie die übrigen Versammlungsteilnehmer teilnimmt.

392

Der Gesetzgeber des Kantons Aargau führte im Rahmen einer Revision des Beurkundungsgesetzes am 2. Juli 2024 eine Bestimmung zur virtuellen Generalversammlung ein (§ 53 Abs. 4 BeurkG/AG) ein. Ähnlich wie die Berner Regelung (Art. 22 Abs. 3 NG/BE¹¹²³) ordnet sie an, dass sich die Urkundsperson bei der virtuellen Teilnahme und bei der Unterzeichnung und Beurkundung des Protokolls im Kanton Aargau befinden müsse. Die neue Bestimmung ist auf den 1. Januar 2025 in Kraft getreten.

393

Im Unterschied zu den genannten Kantonen ist im Kanton Zürich aktuell kein Tätigwerden des Gesetz- oder Verordnungsgebers geplant. Das Zürcher Notariatsinspektorat erachtet die bestehenden rechtlichen Grundlagen als ausreichend.¹¹²⁴ Die Beurkundung der Beschlüsse virtueller Generalversammlungen gilt gestützt auf §§ 96 f. NV/ZH («Gesellschaftsbeschlüsse») als zulässig. Anders als in Zug oder St. Gallen genügt es nach der Zürcher Praxis dagegen nicht, dass die Urkundsperson rein virtuell an der Versammlung teilnimmt. Verlangt wird, dass die Urkundsperson physisch beim Versammlungsvorsitzenden anwesend ist.¹¹²⁵ Eine Zürcher Amtsnotarin wird daher nur Beschlüsse

394

¹¹²³ Siehe vorne [N 119](#).

¹¹²⁴ Dies bestätigte eine telefonische Rückfrage des Verfassers beim Notariatsinspektorat/ZH am 19. Dezember 2024.

¹¹²⁵ Telefonische Auskunft des Notariatsinspektorats/ZH vom 19. Dezember 2024.

virtueller Versammlungen beurkunden, wenn sich der Vorsitzende im Kanton Zürich (in der Regel im Amtslokal des Notariats) befindet.

c Bundesrechtlicher Rahmen

- 395 Inwieweit es den Kantonen zusteht, die öffentliche Beurkundung von Beschlüssen einer virtuellen Generalversammlung zu regeln, richtet sich nach der allgemeinen Kompetenzabgrenzung im Bereich des Beurkundungsverfahrensrechts.¹¹²⁶
- 396 Mit Inkrafttreten der Regelung über die Verwendung elektronischer Mittel (Art. 701 c ff. OR) sind Aktiengesellschaften von Bundesrechts wegen befugt, ihre Generalversammlung hybrid oder virtuell abzuhalten, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Dies gilt auch dann, wenn die Generalversammlung Beschlüsse fassen soll, die öffentlich beurkundet werden müssen. Das Bundesrecht setzt damit unmittelbar voraus, dass Beschlüsse einer virtuellen Generalversammlung der öffentlichen Beurkundung zugänglich sind. Das kantonale Recht kann dies nicht (wirksam) ausschliessen.¹¹²⁷ Es bedarf daher auch nicht unbedingt einer kantonalen Regelung: Eine solche mag zwar der Rechtssicherheit dienen, ihr Fehlen bedeutet aber nicht, dass die Beurkundung der Beschlüsse unzulässig wäre.
- 397 Die Beschlüsse einer virtuellen Generalversammlung können begriffsnotwendig nur aus der Distanz beurkundet werden.¹¹²⁸ Denn der rechtserhebliche Vorgang spielt sich vollständig im digitalen Raum ab. Fehlt ein Tagungsort, können die massgeblichen Erklärungen und Vorgänge nur aus der Distanz wahrnehmbar sein. Die digitale Wahrnehmung lässt sich nicht dadurch substituieren, dass die Urkundsperson am Ort des Vorsitzenden anwesend ist. Dies kann zwar namentlich für die Identifikation des Vorsitzenden hilfreich sein. Selbst bei Anwesenheit am Ort des Vorsitzenden muss die Urkundsperson die Versammlung indes über einen Computer digital mitverfolgen.¹¹²⁹ Es genügt nicht, bloss Erklärungen des Vorsitzenden vor Ort zu protokollieren.
- 398 Umstritten ist, ob die Urkundsperson physisch beim Vorsitzenden der Versammlung anwesend sein muss oder ob sie von einem anderen Ort (z.B. ihrem

¹¹²⁶ Eingehend dazu vorne [N 40 ff.](#)

¹¹²⁷ Siehe vorne [N 120.](#)

¹¹²⁸ Allgemein zur Fernbeurkundung vorne [N 112 ff.](#)

¹¹²⁹ So zutreffend MÜLLER/KAISER/BENZ, Öffentliche Beurkundung 2023, 69; ebenso VOSER, 166; a.M. PATAK, 153, wonach sich die Urkundsperson mit der Wahrnehmung der Feststellungen des Vorsitzenden begnügen können soll.

Büro) aus an der Versammlung teilnehmen darf.¹¹³⁰ Nach dem Bundesrecht ist die virtuelle Generalversammlung eine Versammlung ohne Tagungsort. Die Versammlung soll ortsungebunden im virtuellen Raum abgehalten werden können. Diesem Normzweck widerspricht es, wenn verlangt wird, dass die Urkundsperson beim Vorsitzenden anwesend sein soll.¹¹³¹ Mit einer solchen Regelung würde die Durchführung der virtuellen Generalversammlung übermässig erschwert. Die Einschränkung lässt sich auch nicht mit der beurkundungsrechtlichen Wahrheitspflicht rechtfertigen, zumal die Identifikation des Vorsitzenden und die Wahrnehmung rechtserheblichen Vorgänge auch via elektronische Kommunikationsmittel möglich ist. Die Zürcher Praxis¹¹³² erweist sich vor diesem Hintergrund als zu restriktiv.

Die aktienrechtliche Regelung zur Verwendung elektronischer Mittel ist weitgehend technologieneutral ausgestaltet. Solange die Mindestvorgaben von Art. 701e Abs. 2 OR erfüllt sind, kann der Verwaltungsrat den Kommunikationskanal frei festlegen. Sind Beschlüsse öffentlich zu beurkunden, muss jedenfalls gewährleistet sein, dass die Urkundsperson den Versammlungsvorsitzenden identifizieren kann. Ohne physische Präsenz setzt dies nach hier vertretener Auffassung voraus, dass zwischen der Urkundsperson und dem Vorsitzenden ein stabile Videoverbindung besteht.¹¹³³ Andernfalls wäre eine der Wahrheitspflicht genügende Identifikation nicht möglich.¹¹³⁴

Treten während der virtuellen Generalversammlung technische Probleme auf, ist die Regelung von Art. 701f OR zu beachten.¹¹³⁵ Anders als bei der hybriden Generalversammlung können technische Probleme auch die Wahrnehmung der Urkundsperson selbst beeinträchtigen. Kann sie den Versammlungsablauf wegen der Störung nicht einwandfrei mitverfolgen, hat sie die Beurkundung

399

400

¹¹³⁰ Für die Notwendigkeit der physischen Präsenz beim Vorsitzenden namentlich JÜRGEN SCHMID, Fernbeurkundung, 237; anders (und m.E. richtig) ARNET, Aktienrecht, 13 f.; THEILER, 82 f.; VON DER CRONE/BERNET, 269 f.; siehe auch PATAK, 152 ff.

¹¹³¹ Ebenso ARNET, Aktienrecht, 14, wonach das teleologische Auslegungselement gegen die Notwendigkeit der physischen Anwesenheit spricht.

¹¹³² Siehe vorne [N 394](#).

¹¹³³ Siehe vorne [N 356 f.](#)

¹¹³⁴ Die beurkundungsrechtliche Wahrheitspflicht geht weiter als die Pflicht des Verwaltungsrats, die Versammlungsteilnehmer zu identifizieren (Art. 701e Abs. 2 Ziff. 1 OR). So wird eine Ausweiskontrolle oder ein Bildabgleich für die Zulassung zur Versammlung nicht verlangt (siehe vorne [N 375](#)). Das Beurkundungsrecht ist diesbezüglich strenger. Die Urkundsperson muss Gewähr dafür bieten, dass die Person, die in der öffentlichen Urkunde als Versammlungsleiter ausgewiesen ist, auch tatsächlich die Versammlung geleitet hat (allgemein zur Personenidentifikation siehe vorne [N 238 ff.](#)).

¹¹³⁵ Siehe vorne [N 377](#).

zu verweigern.¹¹³⁶ Die Urkundsperson könnte sonst ihrer Pflicht zur Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts nicht nachkommen.¹¹³⁷

- 401 Zur örtlichen Zuständigkeit der Urkundsperson sind in der Lehre unterschiedliche Meinungen geäussert worden. Unter früherem Recht, als die virtuelle Generalversammlung noch nicht gesetzlich geregelt und ihre Zulässigkeit umstritten war, wurde vertreten, die Versammlung gelte dort als durchgeführt, von wo aus der Vorsitzende sie leitet. Der Aufenthaltsort des Vorsitzenden bilde den «fiktiven Tagungsort» der Versammlung.¹¹³⁸ Somit wären (nur) die Urkundspersonen des entsprechenden Kantons örtlich zuständig. Diese Sichtweise steht nicht mehr im Einklang mit dem revidierten Recht, das ausdrücklich von einer Versammlung ohne Tagungsort spricht. Gemäss den allgemeinen Grundsätzen zur interkantonalen Zuständigkeit im Beurkundungsrecht,¹¹³⁹ ist an den Ort anzuknüpfen, wo sich die Urkundsperson im Zeitpunkt ihres hoheitlichen Handelns (physisch) befindet. Zu folgen ist damit der (liberaleren) Auffassung, wonach der Ort massgeblich ist, von dem aus die Urkundsperson an der Versammlung teilnimmt.¹¹⁴⁰ So kann etwa eine Berner Notarin von ihrem Büro aus die virtuelle Generalversammlung einer Gesellschaft mit Sitz in Zürich beurkunden, selbst wenn sich die Versammlungsleitung am Gesellschaftssitz (oder einem beliebigen anderen Ort) befindet. Das kantonale Recht kann die Zuständigkeit seiner Urkundspersonen nicht auf virtuelle Versammlungen von Gesellschaften beschränken, die ihren Sitz im Kanton haben. Ein Kanton darf Parteien nicht wegen ihres ausserkantonalen Sitzes oder Wohnsitzes einseitig von der Beurkundung durch seine Urkundspersonen ausschliessen.¹¹⁴¹
- 402 Zusammenfassend lassen sich aus der bundesrechtlichen Regelung über die virtuelle Generalversammlung durch Auslegung drei Kernelemente herleiten, welche das kantonale Recht gewährleisten muss:

¹¹³⁶ Vgl. THEILER, 83.

¹¹³⁷ Zur Ermittlungspflicht als Aspekt der Wahrheitspflicht siehe vorne [N 74 ff.](#)

¹¹³⁸ THEILER, 83; ihm folgend SCHISTER/WALKER, 13; vgl. BERTSCHINGER, 200, der eine Klärung der Zuständigkeit im Einzelfall vorbehält.

¹¹³⁹ Siehe vorne [N 50 ff.](#)

¹¹⁴⁰ So ARNET, Aktienrecht, 13; BALLMER/FISCHER, 183; REISER/EGLI, 123 f.; VON DER CRONE/BERNET, 269; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1069.

¹¹⁴¹ Es wurde bereits ausgeführt, dass die Parteien (mit Ausnahme der Liegenschaftsgeschäfte) frei wählen können, wo in der Schweiz sie ihr Geschäft öffentlich beurkunden lassen (siehe vorne [N 54](#)).

- Die Urkundsperson muss die virtuelle Versammlung (wie die anderen Teilnehmer) digital mitverfolgen. Dabei muss sie nicht beim Vorsitzenden physisch anwesend sein (rein digitale Teilnahme genügt).¹¹⁴²
- Der Verwaltungsrat kann das Kommunikationsmittel frei festlegen (z.B. WebEx, Skype, Microsoft Teams oder Zoom). Zwischen der Urkundsperson und dem Vorsitzenden muss eine stabile Videoverbindung gewährleistet sein.¹¹⁴³
- Für die örtliche Zuständigkeit der Urkundsperson ist allein massgeblich, von wo aus sie an der virtuellen Versammlung teilnimmt.¹¹⁴⁴

Jenseits dieses bundesrechtlichen Kerns sind die Kantone frei darin, Verfahrensaspekte zu regeln (Art. 55 SchlT ZGB). 403

IV. Feststellungen des Vorsitzenden zu Versammlungsbeginn

Zu Beginn der Generalversammlung trifft der Vorsitzende gewisse Feststellungen zur Einberufung, Zusammensetzung und Beschlussfähigkeit der Versammlung. Diese Feststellungen sind in der öffentlichen Urkunde wiederzugeben,¹¹⁴⁵ weil sie Teil des rechtserheblichen Verfahrensablaufs sind. Es handelt sich um an die Versammlung gerichtete Wissenserklärungen des Vorsitzenden.¹¹⁴⁶ 404

Wie bereits allgemein zur Beurkundung von Wissenserklärungen festgehalten wurde,¹¹⁴⁷ liegt die primäre Wahrheitsverantwortung beim Erklärenden selbst, also beim Vorsitzenden. Aufgrund ihrer Wahrheitspflicht darf die Urkundsperson die fremde Erklärung indes nicht unbesehen protokollieren, sondern sie hat das Erklärte im ihr zumutbaren Umfang zu überprüfen. Wissenserklärungen, die erkennbar falsch sind, dürfen nicht beurkundet werden. Die vollständige und richtige Protokollierung der Erklärungen des Vorsitzenden bildet sodann Teil der Verfahrenskontrolle.¹¹⁴⁸ 405

¹¹⁴² Siehe vorne [N 398](#).

¹¹⁴³ Siehe vorne [N 399](#).

¹¹⁴⁴ Siehe vorne [N 401](#).

¹¹⁴⁵ Siehe etwa Art. 54 Abs. 1 lit. b NV/BE; § 39 Abs. 2 NG/BS; § 40 Abs. 3 lit. c BeurG/LU.

¹¹⁴⁶ Vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 3005: «Was im Protokoll als Erklärung des Vorsitzenden festgehalten wird, gilt als Erklärung gegenüber der ganzen Versammlung.»

¹¹⁴⁷ Siehe vorne [N 59](#).

¹¹⁴⁸ Siehe zu diesem Aspekt der Verfahrenskontrolle vorne [N 174 ff.](#)

- 406 Die Unterlagen, anhand derer die Urkundsperson die Feststellungen des Vorsitzenden überprüft (Einladung des Verwaltungsrats, Aktienbuch, Vollmachten etc.) sind nicht Bestandteil der öffentlichen Urkunde; sie sind ihr daher nicht beizuheften.¹¹⁴⁹ Das ergibt sich schon daraus, dass es sich um interne Dokumente der Gesellschaft handelt, die (anders als die öffentliche Urkunde) nicht der Registeröffentlichkeit unterliegen.¹¹⁵⁰ Die Urkundsperson soll Kopien davon bei ihren Akten aufbewahren, um die sorgfaltsgemässe Ermittlung des Sachverhalts nachweisen zu können.¹¹⁵¹

1. Einberufung

- 407 Zunächst stellt der Vorsitzende fest, dass die Versammlung gemäss Gesetz und Statuten einberufen wurde. Diese Feststellung entfällt dann, wenn die Generalversammlung als Universalversammlung konstituiert ist.¹¹⁵²
- 408 Eine mangelhafte Einberufung führt grundsätzlich zur Nichtigkeit der Generalversammlungsbeschlüsse.¹¹⁵³ Gerade deshalb ist die Urkundsperson im Rahmen der Ermittlungspflicht¹¹⁵⁴ gehalten, sich die an die Aktionäre versandte Einladung (samt Beilagen) bzw. den publizierten Einladungstext vorlegen zu lassen und sorgfältig zu prüfen.¹¹⁵⁵ Es handelt sich um einen elementaren Teil der Verfahrenskontrolle.¹¹⁵⁶ Die Einsicht in die Einladung ist auch erforderlich zur Beurteilung, ob die Verhandlungsgegenstände den Aktionären gehörig angekündigt wurden.¹¹⁵⁷ Gestützt auf die ihr vorgelegte Einladung muss sich die Urkundsperson vergewissern, dass die Versammlung durch die richtigen Personen sowie unter Wahrung von Form und Frist einberufen wurde. Nicht ver-

¹¹⁴⁹ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2950.

¹¹⁵⁰ Darauf weist BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2950 f., zu Recht hin (Anspruch der Aktionäre auf Wahrung ihrer Anonymität).

¹¹⁵¹ Siehe beispielhaft das zürcherische Recht, das zwischen «Beilagen zu Urkunden» (§ 48 NV/ZH) und «Nebenakten» (als die mit der Beurkundung zusammenhängenden wesentlichen Belege; § 53 NV/ZH) unterscheidet. Die hier diskutierten Dokumente fallen in die letztere Kategorie.

¹¹⁵² Zur Universalversammlung allgemein siehe vorne [N 362 ff.](#); zur Feststellung, dass die Generalversammlung als Universalversammlung konstituiert ist, siehe hinten [N 417 ff.](#)

¹¹⁵³ Siehe BGer 5A_205/2013 vom 16. August 2013, E. 4; BGE 137 III 460, E. 3.3.2; BGE 115 II 468, E. 3b; differenzierend SCHOTT, § 9 N 3 ff.

¹¹⁵⁴ Zur Ermittlungspflicht als Teil der Wahrheitspflicht vorne [N 74 ff.](#)

¹¹⁵⁵ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 3003; VOSER, 140 f.; ferner MÜLLER-SMIT, 499, wonach die Urkundsperson wissen müsse, was den Aktionären an Unterlagen zur Verfügung gestellt wurde.

¹¹⁵⁶ Zu dieser allgemein vorne [N 173 ff.](#)

¹¹⁵⁷ Siehe hinten [N 447 ff.](#)

lässlich prüfen kann sie dagegen, ob die Einladung auch wirklich an sämtliche Aktionäre versandt wurde. Das ist praktisch in der Regel schon deshalb ausgeschlossen, weil der Versand nicht eingeschrieben erfolgt. Die Urkundsperson genügt ihrer Sorgfaltspflicht, wenn sie sich diesbezüglich auf die plausiblen Angaben des Vorsitzenden verlässt.¹¹⁵⁸

1.1 Einberufungsberechtigte Personen

Die Generalversammlung wird im Normalfall durch den Verwaltungsrat einberufen. In besonderen Situationen steht daneben der Revisionsstelle¹¹⁵⁹, den Liquidatoren¹¹⁶⁰ oder den Vertretern der Anleihegläubiger¹¹⁶¹ ein Einberufungsrecht zu (Art. 699 Abs. 1 OR). 409

Zur Einberufung berechtigt ist der Verwaltungsrat als Organ und nicht das einzelne Mitglied (auch nicht der Präsident). Der Einberufung muss also ein Beschluss des Gesamtverwaltungsrats zugrunde liegen. Geht die Einberufung von der falschen Person aus, entsteht keine Generalversammlung im Rechtsinn und die gefassten Beschlüsse sind nichtig (sog. Scheinbeschlüsse).¹¹⁶² Nach der (strengen) Bundesgerichtspraxis gilt das selbst dann, wenn es der Verwaltungsratspräsident ist, der eigenmächtig einberuft, und der Mangel für die Empfänger der Einladung gar nicht erkennbar ist.¹¹⁶³ Aufgrund dieser einschneidenden Konsequenz gehört zur sorgfältigen Sachverhaltsermittlung durch die Urkundsperson, dass sie sich den Verwaltungsratsbeschluss betreffend die Einberufung vorlegen lässt, wenn die Einladung nicht von allen Verwaltungsratsmitgliedern unterzeichnet worden ist.¹¹⁶⁴ 410

Kein (direktes) Einberufungsrecht haben die Aktionäre. Das Gesetz gibt Aktionären, die zusammen mindestens zehn (bzw. – in Gesellschaften mit kotierten Aktien – fünf) Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen halten, das Recht, die Einberufung einer Generalversammlung zu verlangen (Art. 699 Abs. 3 OR). 411

¹¹⁵⁸ Ebenso BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 3004.

¹¹⁵⁹ Eingehend VON DER CRONE, Aktienrecht, N 982 ff.

¹¹⁶⁰ Zum Verhältnis zwischen dem Einberufungsrecht der Liquidatoren und jenem des Verwaltungsrats siehe ZK-TANNER, N 39 f. zu Art. 699 OR.

¹¹⁶¹ Die Vertreter der Anleihegläubiger sind zur Einberufung der Generalversammlung berechtigt, wenn die Gesellschaft mit ihren Verpflichtungen aus der Anleihe im Verzug ist (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 21 mit Fn. 15a; ZK-TANNER, N 43 zu Art. 699 OR).

¹¹⁶² Siehe BSK OR II-DUBS/TRUFFER, N 18 zu Art. 706b; RIEMER, N 264 ff.; ZK-TANNER, N 119 zu Art. 706b OR; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 979; differenzierend SCHOTT, § 9 N 12 ff.

¹¹⁶³ BGer 5A_205/2013 vom 16. August 2013, insb. E. 4; dazu kritisch HUGUENIN/MAHLER, 147 m.w.H.

¹¹⁶⁴ Allgemein zur Ermittlungspflicht vorne [N 74 ff.](#)

Dieses Recht müssen sie indes gegenüber dem Verwaltungsrat ausüben und – wenn dieser nicht einberuft – nötigenfalls gerichtlich durchsetzen (Art. 699 Abs. 5 OR).¹¹⁶⁵ Eine von Aktionären selbst «einberufene» Generalversammlung kann nur gültig Beschluss fassen, wenn die Voraussetzungen einer Universalversammlung erfüllt sind.¹¹⁶⁶

1.2 Form und Inhalt der Einberufung

412 In welcher Form die Generalversammlung einzuberufen ist, ergibt sich (zwingend) aus den Statuten (Art. 626 Abs. 1 Ziff. 7 OR).¹¹⁶⁷ Die Statuten sind in der Wahl des Kommunikationskanals weitgehend frei. So ist es insbesondere möglich, in Abweichung von der herkömmlichen Briefzustellung den rein elektronischen Versand an die Aktionäre (z.B. per E-Mail) vorzusehen.¹¹⁶⁸ Bei Publikumsgesellschaften bildet die (elektronische) Veröffentlichung des Einladungstexts im SHAB den Regelfall.¹¹⁶⁹

413 Der notwendige Inhalt der Einberufung ergibt sich aus Art. 700 Abs. 2 OR. Bekanntzugeben sind Datum, Zeit (Beginn), Ort und Art der Generalversammlung; zur «Art» der Versammlung zählt auch ein Hinweis auf die etwaige Verwendung elektronischer Mittel samt den dafür erforderlichen Zugangsdaten.¹¹⁷⁰ Enthalten sein müssen sodann die Verhandlungsgegenstände, die Anträge des Verwaltungsrats sowie gegebenenfalls Anträge, die gestützt auf Art. 699 Abs. 4 oder Art. 699b Abs. 2 OR von Aktionären gestellt wurden. Ist ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter vorgesehen, sind sein Name und seine Adresse in der Einberufung aufzuführen.

1.3 Einberufungsfrist

414 Die Aktionäre sollen genügend Zeit haben, um sich sachgerecht auf die Versammlung vorzubereiten. Aus diesem Grund schreibt Art. 700 Abs. 1 OR vor,

¹¹⁶⁵ Das Gericht wird dem Verwaltungsrat die Einberufung anordnen oder – besonders in dringlichen Fällen – die Generalversammlung gleich selbst einberufen (BGE 132 III 555, E. 3.4.3.2; siehe auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 215).

¹¹⁶⁶ Siehe vorne [N 362 ff.](#)

¹¹⁶⁷ Siehe vorne [N 317.](#)

¹¹⁶⁸ Siehe Botschaft OR 2016, 553; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 988; ferner PÖSCHEL, 227 ff., in Bezug auf die Rechtslage vor der Aktienrechtsrevision 2020.

¹¹⁶⁹ Eingehend BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 136; vgl. dazu PÖSCHEL, 228. Hat die fragliche Gesellschaft Inhaberaktien ausgegeben, ist die Publikation die einzig mögliche Form der Einberufung.

¹¹⁷⁰ Siehe Botschaft OR 2016, 553; BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 148. Zur Generalversammlung unter Verwendung elektronischer Mittel siehe vorne [N 374 ff.](#) und [385 ff.](#)

dass die Einberufung mindestens 20 Tage vor dem Versammlungstag zu erfolgen hat.¹¹⁷¹ Die Statuten können diese Frist verlängern, nicht aber verkürzen.¹¹⁷²

Zwischen der Einberufung und der Generalversammlung müssen volle 20 Tage liegen, wobei der Tag der Mitteilung der Einberufung und der Versammlungstag nicht mitgezählt werden.¹¹⁷³ Im Fall der Postzustellung gilt die Einberufung an dem Tag als mitgeteilt, an dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit dem Eingang des Schreibens bei den Aktionären gerechnet werden kann.¹¹⁷⁴ Der Folgetag ist der erste Tag der Einberufungsfrist. Wird die Einladung beispielsweise am 1. des Monats per A-Post an ein inländisches Aktionariat versandt, geht sie den Aktionären nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge am 2. zu (vorausgesetzt der 2. ist kein Sonn- oder Feiertag). Der 3. ist somit der erste Tag der 20-tägigen Frist.¹¹⁷⁵ Die Generalversammlung darf in diesem Fall frühestens auf den 23. des Monats angesetzt sein, damit die Einberufungsfrist noch eingehalten wird (Versammlungstag wird nicht mitgezählt).

Die Urkundsperson hat die Einhaltung der Einberufungsfrist gestützt auf das ihr vorgelegte Exemplar der Einladung sowie die Angaben des Vorsitzenden zum Versand summarisch zu prüfen. Weitere Ermittlungen zu Datum und Art des Versands sind nicht angezeigt (und in aller Regel auch nicht möglich).¹¹⁷⁶ Ergibt die Prüfung, dass die Frist nicht gewahrt ist und kommt auch keine Universalversammlung zustande, ist die Beurkundung abzulehnen.¹¹⁷⁷

¹¹⁷¹ Im Zug der Aktienrechtsrevision hätte die Frist für die ordentliche Generalversammlung zunächst auf 30 Tage verlängert werden sollen (Art. 700 Abs. 1 VE-OR 2014). Dieser Vorschlag stiess in der Vernehmlassung auf Ablehnung. So blieb es bei der einheitlichen 20-tägigen Einberufungsfrist (siehe Botschaft OR 2016, 553; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 3 zu Art. 700 OR).

¹¹⁷² Statt vieler BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 138; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 8 N 35; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 991.

¹¹⁷³ Eingehend zur Fristberechnung BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 140 ff.

¹¹⁷⁴ So DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 8 N 36; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 42 f.; ZK-TANNER, N 20 zu Art. 700 OR; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 992; ebenso nunmehr BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 142; anders noch DERS., Aktienrecht 2009, § 12 N 84; anders auch BSK OR II-DUBS/TRUFFER, N 5 zu Art. 700, wonach die Postaufgabe massgeblich sein soll.

¹¹⁷⁵ Dabei spielt keine Rolle, ob es sich um einen Samstag, Sonntag oder einen anderen Wochentag handelt.

¹¹⁷⁶ Ähnlich wie hier BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 3004.

¹¹⁷⁷ Ob die Verletzung der Einberufungsfrist zur Nichtigkeit oder bloss zur Anfechtbarkeit der gefassten Beschlüsse führt, ist umstritten (für Nichtigkeit VON DER CRONE, Aktienrecht, N 992; für Nichtigkeit bei «wesentlicher» Verletzung BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 144; differenzierend FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 93 mit Fn. 90; KNOBLOCH, 81; RIEMER, N 270; SCHOTT, § 9 N 44 ff.). Erkennt die Urkundsperson den Mangel aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Informationen, soll sie die Beteiligten belehren und auf eine erneute

2. Teilnahme

2.1 Aktionäre und ihre Vertreter

- 417 Die nächste Feststellung betrifft die Teilnahme der Aktionäre und ihrer Vertreter an der Generalversammlung. Der Vorsitzende stellt fest, wie viele Aktienstimmen und -nennwerte an der Versammlung vertreten sind. Gegebenenfalls ist an dieser Stelle auch auf den Umstand hinzuweisen, dass gewisse Aktien nicht stimmberechtigt sind, etwa weil das Stimmrecht suspendiert¹¹⁷⁸ oder beschränkt¹¹⁷⁹ ist.
- 418 Grundlage der Feststellung über die anwesenden und vertretenen Aktien ist die Legitimationsprüfung, für die Art. 702 Abs. 1 OR den Verwaltungsrat als zuständig erklärt.

a Legitimationsprüfung

- 419 Die Legitimation der Namenaktionäre ergibt sich aus dem Aktienbucheintrag (Art. 686 Abs. 4; Art. 689a Abs. 1 OR).¹¹⁸⁰ Zur Versammlung zugelassen wird, wer sich als im Aktienbuch eingetragener Aktionär (mit Stimmrecht¹¹⁸¹) ausweist.¹¹⁸² Die Identifikation kann durch das Vorzeigen eines Personalausweises bei der Eingangs- bzw. Türkontrolle erfolgen. Gerade bei grösseren Versammlungen ist dagegen üblich, dass den Aktionären im Vorfeld der Versammlung eine Zutrittskarte zugestellt wird, mit der sie Zugang zum Versammlungslokal erhalten.¹¹⁸³ Die Ausweiskontrolle entfällt dann in der Regel. Das Risiko, dass ein Ak-

(vorschriftsgemässe) Einberufung durch den Verwaltungsrat hinwirken. Das ist Teil der ihr aufgetragenen Verfahrenskontrolle (dazu allgemein vorne [N 173 ff.](#)).

¹¹⁷⁸ Siehe etwa Art. 659a Abs. 1 OR (eigene Aktien) oder Art. 697m Abs. 1 OR (Nichteinhaltung der Meldepflichten).

¹¹⁷⁹ Zu den statutarischen Stimmrechtsbeschränkungen siehe Art. 692 Abs. 2 Satz 2 OR.

¹¹⁸⁰ Zur Legitimation der Inhaberaktionäre siehe statt vieler BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 232 ff.; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1087 f.

¹¹⁸¹ Zu den Aktionären ohne Stimmrecht in Publikumsgesellschaften siehe Art. 685f Abs. 3 OR; in Gesellschaften ohne kotierte Aktien kann dem Aktionär das Stimmrecht deshalb fehlen, weil er der Gesellschaft pflichtwidrig die an seinen Aktien wirtschaftlich berechnete Person (noch) nicht gemeldet hat (Art. 697m Abs. 1 OR).

¹¹⁸² Für den Erwerb der Aktionärsstellung hat der Aktienbucheintrag keine Konstitutivwirkung. Dennoch ist er Voraussetzung für die Geltendmachung der Aktionärsrechte gegenüber der Gesellschaft (siehe VON DER CRONE, Aktienrecht, N 300; differenzierend BÖCKLI, Aktienrecht, § 5 N 274).

¹¹⁸³ Die Zustellung der Zutrittskarte erfolgt in der Regel nicht direkt mit der Einladung, sondern erst auf Anmeldung des Aktionärs hin (eingehend BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 229 f.).

tionär seine Zutrittskarte an einen Nichtaktionär weitergibt, der dann unbefugt an der Versammlung teilnimmt, wird allgemein als hinnehmbar betrachtet.¹¹⁸⁴

Bei der hybriden und virtuellen Generalversammlung dürfte die Identifikation der elektronisch teilnehmenden Aktionäre regelmässig durch das vorgängige Versenden von Zugangsdaten erfolgen, mit denen sich die Aktionäre dann zur Versammlung zuschalten können.¹¹⁸⁵ Analog zur (physischen) Zutrittskarte ist eine Ausweiskontrolle nicht zwingend. Sie kann aber vom Verwaltungsrat angeordnet werden (Art. 701e Abs. 2 Ziff. 1 OR). 420

In kleineren Verhältnissen ist sodann möglich, dass der Verwaltungsrat die Aktionäre persönlich kennt und eine eigentliche Identifikation wegfällt.¹¹⁸⁶ 421

b Stellvertretung

Ein Aktionär kann sich durch eine Person seiner Wahl an der Generalversammlung vertreten lassen (private Stellvertretung). Der Stellvertreter übt das Stimmrecht und die übrigen Mitwirkungsrechte im Namen des Aktionärs an der Versammlung aus (Art. 689b Abs. 1 OR). 422

Laut Art. 689a Abs. 1 OR hat die Bevollmächtigung des Stellvertreters schriftlich zu erfolgen. Erforderlich ist damit grundsätzlich eine eigenhändig unterzeichnete Erklärung auf Papier oder eine mit qualifizierter elektronischer Signatur versehene elektronische Bevollmächtigung (Art. 14 Abs. 1 und 2^{bis} OR). Gestützt auf Art. 689a Abs. 4 OR kann der Verwaltungsrat den Nachweis der Vertretungsmacht aber auch in anderen Formen zulassen. Das gilt selbst dann, wenn Versammlungsbeschlüsse öffentlich zu beurkunden sind. Insbesondere kann er eine einfache Erklärung in Textform (z.B. per E-Mail) genügen lassen.¹¹⁸⁷ Für letzteres besteht in der Praxis (besonders in Publikumsgesellschaften) ein ausgewiesenes Bedürfnis.¹¹⁸⁸ 423

¹¹⁸⁴ Siehe nur PÖSCHEL, 235 f.; THEILER, 79; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1085.

¹¹⁸⁵ Siehe vorne [N 375](#).

¹¹⁸⁶ ZK-TANNER, N 87 zu Art. 702 OR; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1085 a.E.

¹¹⁸⁷ Siehe Botschaft OR 2016, 533; BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 429. Für die unabhängige Stimmrechtsvertretung in Publikumsgesellschaften ist die elektronische Vollmachts- und Weisungserteilung bereits aufgrund von Art. 689c Abs. 6 OR (ohne besondere Zulassung durch den Verwaltungsrat) möglich.

¹¹⁸⁸ Siehe PÖSCHEL, 236 f.; ferner BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 429, der die Formerleichterung gemäss Art. 689a Abs. 4 OR in Publikumsgesellschaften für «so gut wie unumgänglich» hält.

- 424 Der Stellvertreter weist seine Legitimation zur Teilnahme an der Versammlung nach, indem er eine den formellen Anforderungen genügende Vollmachtsurkunde des im Aktienbuch eingetragenen Aktionärs vorlegt. Die Legitimation des Vertreters ergibt sich aus der Bevollmächtigung in Kombination mit dem Aktienbucheintrag des Vollmachtgebers.¹¹⁸⁹
- 425 Die Statuten von Gesellschaften ohne kotierte Aktien können das Vertretungsrecht dahingehend beschränken, dass als Stellvertreter nur ein anderer Aktionär eingesetzt werden kann (Art. 689d Abs. 1 OR). In Gesellschaften mit einem kleinen und unter Umständen zerstrittenen Aktionariat kann eine solche Beschränkung für den einzelnen Aktionär besonders einschneidend sein.¹¹⁹⁰ Als Ausgleich sieht Art. 689d Abs. 2 OR vor, dass der Verwaltungsrat auf Verlangen eines Aktionärs einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter oder einen Organstimmrechtsvertreter¹¹⁹¹ bezeichnen muss, den die Aktionäre mit der Ausübung ihrer Mitwirkungsrechte betrauen können. Dazu hat er bis spätestens zehn Tage vor der Versammlung Zeit. Handelt der Verwaltungsrat nicht, kann sich der Aktionär (entgegen den Statuten) durch einen beliebigen Dritten vertreten lassen (Art. 689d Abs. 3 OR).
- 426 Die institutionelle Stimmrechtsvertretung bildet eine Alternative zur Mandatierung eines privaten Vertreters. In Publikumsgesellschaften ist der unabhängige Stimmrechtsvertreter die einzig zulässige Form der institutionellen Stimmrechtsvertretung (Art. 689b Abs. 2 OR *e contrario*).¹¹⁹² Den übrigen Gesellschaften steht neben dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter die Organ- und die Depotstimmrechtsvertretung offen. Während Publikumsgesellschaften ständig über einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter verfügen müssen,¹¹⁹³ ist seine Bezeichnung in Gesellschaften ohne kotierte Aktien nur in besonderen Situationen vorgeschrieben. Dies ist der Fall, wenn die Generalversammlung im Ausland (Art. 701b OR¹¹⁹⁴) oder virtuell (Art. 701d OR¹¹⁹⁵) abgehalten wird (in beiden Fällen mit Verzichtsmöglichkeit). Gleiches gilt – wie soeben erwähnt – wenn die Statu-

¹¹⁸⁹ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 227; ZK-BOHRER/KUMMER, N 32 zu Art. 689a OR; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1086.

¹¹⁹⁰ Siehe HUGUENIN, Gleichbehandlungsprinzip, 174 ff.

¹¹⁹¹ Dass der Gesellschaft die Alternative des Organvertreters offensteht, wird von BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 448, zu Recht kritisiert.

¹¹⁹² Das Verbot der Organ- und Depotvertretung geht zurück auf die Minder-Initiative (siehe Art. 95 Abs. 3 lit. a BV a.E.).

¹¹⁹³ Die jährliche Wahl durch die Generalversammlung (Art. 689c Abs. 1 OR) verleiht dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter in Publikumsgesellschaften eine organähnliche Stellung (vgl. VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1116).

¹¹⁹⁴ Siehe vorne [N 381](#).

¹¹⁹⁵ Siehe vorne [N 385 ff.](#)

ten die private Vertretung auf Aktionäre beschränken (mit der Alternative der Bezeichnung eines Organvertreters). Ist nach Auffassung der Urkundsperson ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter zu bezeichnen, soll sie den Verwaltungsrat nötigenfalls auf diese Pflicht hinweisen.¹¹⁹⁶

Der Vorsitzende hat der Generalversammlung einleitend (spätestens vor den Abstimmungen und Wahlen¹¹⁹⁷) mitzuteilen, wie viele und welche Aktien institutionell vertreten werden.¹¹⁹⁸ Anzugeben sind Anzahl, Art, Nennwert und Kategorie der vertretenen Aktien gesamthaft für jede Form der institutionellen Stimmrechtsvertretung (Art. 689f Abs. 2 OR).¹¹⁹⁹ Diese Vorgabe gilt hingegen nicht für die private Vertretung, welche nicht gesondert ausgewiesen werden muss. Es genügt, die privat vertretenen mit den an der Versammlung präsenten Aktienstimmen in einer Kategorie zusammenzufassen («vertreten durch Aktionäre und Dritte»).

Keine Organstimmrechtsvertretung, sondern private Vertretung liegt im Übrigen vor, wenn Aktionäre aus eigener Initiative eine Organperson bevollmächtigen. Die Qualifikation als Organvertreter setzt voraus, dass die Gesellschaft die fragliche Person den Aktionären vorgeschlagen hat.¹²⁰⁰

Die Feststellungen des Vorsitzenden über die institutionelle Vertretung sind in der öffentlichen Urkunde zu vermerken (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 2 OR).

c Überprüfung durch die Urkundsperson

Die Feststellung der Anwesenheit und Vertretung der Aktionäre an der Generalversammlung ist wie dargelegt Aufgabe des Vorsitzenden und des Verwaltungsrats. Die Urkundsperson erhebt die Präsenzzahlen nicht selbst. Darin zeigt sich ein deutlicher Unterschied der Beurkundung von Versammlungsbeschlüssen zur als Willensbeurkundung ausgestalteten Beurkundung des Er-

¹¹⁹⁶ So zu Recht VOSER, 154 a.E.

¹¹⁹⁷ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 317; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1136; anders ZK-BOHRER/KUMMER, N 18 zu Art. 689e OR, wonach die Mitteilung bis spätestens am Ende der Versammlung erfolgen können soll.

¹¹⁹⁸ Die institutionellen Vertreter sind ihrerseits verpflichtet, der Gesellschaft die von ihnen vertretenen Aktien zu melden (Art. 689f Abs. 1 OR).

¹¹⁹⁹ Formulierungsbeispiel: «Es sind heute vertreten durch (a) Organvertreter: 1'000 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 100 (Stimmrechtsaktien); (b) den unabhängigen Stimmrechtsvertreter Peter Muster: 1'000 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 1'000 (Stammaktien); (c) Depotvertreter: 200 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 1'000 (Stammaktien).»

¹²⁰⁰ Siehe ZK-BOHRER/KUMMER, N 23 f. zu Art. 689c OR; CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 7 zu Art. 689c.

richtungsakts: Hier ist es nämlich die Urkundsperson selbst, welche die Identität der Gründer sowie etwaige Vertretungsverhältnisse zu kontrollieren hat.¹²⁰¹

- 431 Auch wenn die Wahrheitsverantwortung nicht in erster Linie bei ihr liegt, muss die Urkundsperson aufgrund der beurkundungsrechtlichen Wahrheitspflicht die Kontrollhandlungen der Versammlungsleitung in gewissem Umfang überwachen.¹²⁰² Wie weit diese Überwachungsfunktion geht, wird in Lehre und Praxis uneinheitlich beantwortet. Zur Veranschaulichung der Problematik ist im Folgenden auf einen Entscheid der zugerischen Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte vom 12. Januar 2004¹²⁰³ einzugehen, der diese Frage zum Gegenstand hatte.
- 432 Dem Entscheid lag die Beurkundung von Beschlüssen einer ausserordentlichen Generalversammlung der B. AG zugrunde. In der öffentlichen Urkunde hielt Urkundsperson A. fest, dass gemäss Feststellung des Vorsitzenden das gesamte Aktienkapital der Gesellschaft vertreten, die Generalversammlung damit als Universalversammlung konstituiert und beschlussfähig sei. Ebenfalls wurde vermerkt, dass gegen diese Feststellung niemand Einspruch erhoben habe. Im Anschluss verzeigte eine Aktionärin, die im Versammlungszeitpunkt unbestritten 15 Prozent der Aktien an der B. AG hielt, die Urkundsperson bei der Aufsichtsbehörde, weil die von ihr gehaltenen Aktien in Wirklichkeit an der Generalversammlung nicht vertreten gewesen seien.¹²⁰⁴
- 433 Würde man davon ausgehen, dass die Urkundsperson die Feststellungen des Vorsitzenden nicht überprüfen, sondern nur gewissenhaft protokollieren muss, hätte sich A. nichts zuschulden kommen lassen. Die Aufsichtsbehörde entschied indes anders: Sie argumentierte mit der Vertrauensstellung, die der Urkundsperson gegenüber dem Handelsregisterführer von Bundesrechts wegen zukomme. Die öffentlich beurkundeten Feststellungen hätten unter anderem den Zweck, Dritten zuverlässigen Aufschluss zu gewährleisten, ob eine Universalversammlung gemäss Art. 701 OR durchgeführt wurde oder nicht, was in Bezug auf die Einhaltung der gesetzlichen Einberufungsvorschriften (Art. 699 und 700 OR) erheblich sei. Die Garantiefunktion der Urkunde und die darauf gestützte Sorgfaltspflicht der Urkundsperson könne nicht bedeuten,

¹²⁰¹ Siehe vorne [N 235 ff.](#) und [245 ff.](#)

¹²⁰² Zur Wahrheitspflicht allgemein vorne [N 71 ff.](#); im Kontext der Beurkundung von Wissens-
erklärungen vorne [N 59.](#)

¹²⁰³ Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte/ZG, Beschluss vom 12. Januar 2004, SJZ
2004, 290 ff. = ZBGR 2005, 87 ff.

¹²⁰⁴ Ein ähnlicher Sachverhalt lag BGE 123 IV 132 zugrunde, bei dem die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verwaltungsratspräsidenten zu beurteilen war, der die falschen Feststellungen gegenüber der Urkundsperson gemacht hatte.

dass diese eine unbeschränkte Garantie für die Richtigkeit sämtlicher beurkundeter Aussagen der Gesellschaftsorgane übernehmen müsse. Insbesondere könne es nicht Aufgabe der Urkundsperson sein, umfassende Abklärungen vorzunehmen über Dinge, die nicht an der direkt an der Versammlung geprüft werden könnten. Die Feststellung der Vertretungsverhältnisse und die Zahl und Art vertretenen Aktien erfolge aber regelmässig entweder zu Beginn oder dann während der Versammlung und gehöre zu den wesentlichen Massnahmen zur Durchführung der Versammlung.¹²⁰⁵ Der Umfang der Prüfungs- bzw. Ermittlungspflicht der Urkundsperson lasse sich nicht absolut festhalten.¹²⁰⁶

«Massgebend sind die konkreten Umstände, unter denen eine Beurkundung stattfindet. Bedeutsam können auch weitere Elemente sein, wie eigene Kenntnisse der Urkundsperson aufgrund bisheriger Beziehungen, Zumutbarkeit bzw. Möglichkeit eigener Ermittlungen, zeitliche Dringlichkeit und dergleichen mehr [...].»

Zwar dürfe sich die Urkundsperson auf die Angaben von Personen verlassen, die im Auftrag des Verwaltungsrats die Zutrittskontrolle durchführten. Würden aber weder Aktienbuch noch Aktientitel und auch keine Vollmachten vorgelegt, so liessen sich die Vertretungsverhältnisse anlässlich der Versammlung nicht feststellen. Es bestehe dann Anlass zur Annahme, dass die entsprechende Feststellung möglicherweise unzutreffend sei. Unter diesen Umständen dürfe die Urkundsperson die Feststellung nicht beurkunden, ohne sie vorher durch den Beizug weiterer Quellen verifiziert zu haben.¹²⁰⁷ Das Verhalten von A. sei pflichtwidrig gewesen, weil er sich mangels Aktienbuch, Aktientitel, Zessionen und schriftlicher Vollmachten vollständig auf die Angaben des Vorsitzenden verlassen habe. Ohne diese Unterlagen hätte er die Beurkundung nach Ansicht der Aufsichtsbehörde nicht durchführen dürfen, zumal er auch nicht aus eigenem Wissen die Eigentumsverhältnisse an den Aktien kannte.¹²⁰⁸

Der Entscheid ist in der Lehre unterschiedlich aufgenommen worden.¹²⁰⁹ Er macht zunächst deutlich, dass die Auffassung, die Urkundsperson habe allein auf die Angaben des Vorsitzenden abzustellen, nicht haltbar ist. Dies würde nämlich in letzter Konsequenz bedeuten, dass die Urkundsperson die Feststel-

¹²⁰⁵ Beschluss Aufsichtskommission (Fn. 1203), E. 3.

¹²⁰⁶ Beschluss Aufsichtskommission (Fn. 1203), E. 5.

¹²⁰⁷ Beschluss Aufsichtskommission (Fn. 1203), E. 5.

¹²⁰⁸ Beschluss Aufsichtskommission (Fn. 1203), E. 6.

¹²⁰⁹ Kritisch in Bezug auf die Begründung (nicht aber das Ergebnis) STOFFEL, L'instrumentation, 208 f.; zustimmend dagegen EICHENBERGER, N 333.

lung über das Vorliegen einer Universalversammlung auch dann zu beurkunden hätte, wenn sie weiss, dass einzelne Aktionäre nicht vertreten sind. Das kann nicht richtig sein und wird zu Recht auch nirgends vertreten. In der Lehre wird postuliert, die Beurkundung sei dann abzulehnen, wenn die Urkundsperson «Zweifel» an der Wahrhaftigkeit der Feststellungen hat, die sich nicht ausräumen liessen.¹²¹⁰ Damit wird der Fokus auf die Frage verlagert, wann Zweifel angebracht sind und mit welchen Ermittlungshandlungen sie entkräftet (oder bestärkt) werden sollen. Im Kern – und das führt der Zuger Entscheid vor Augen – geht es um die Bestimmung des anwendbaren Sorgfaltsmassstabs.¹²¹¹

- 436 Anders als ein Gericht kann die Urkundsperson die Eigentums- und Vertretungsverhältnisse an den Aktien nicht mit abschliessender Gewissheit ermitteln. Dazu fehlen ihr die Zeit und die Mittel. Man wird die erforderliche Sorgfalt damit auf Abklärungen beschränken müssen, die der Urkundsperson unmittelbar vor und anlässlich der Generalversammlung zumutbar sind. Dem Zuger Entscheid ist beizupflichten, dass es dabei massgeblich auf die konkreten Umstände (besonders die Grösse des Aktionariats) ankommt.¹²¹² In überschaubaren Verhältnissen soll sich die Urkundsperson das Aktienbuch¹²¹³ sowie etwaige Vollmachten vorlegen lassen, um selber überprüfen zu können, ob die vom Vorsitzenden festgestellten Präsenzzahlen zutreffen.¹²¹⁴ Würde auf solche naheliegenden Prüfungshandlungen verzichtet, könnte die öffentliche Beurkundung die ihr vom Bundesrecht zugedachte Verfahrenskontrolle nicht wirksam erfüllen.¹²¹⁵ Deutlich eingeschränkter sind die Kontrollmöglichkeiten bei grossen Versammlungen (insbesondere von Publikumsgesellschaften). Aus naheliegenden Gründen kann die Urkundsperson die Angaben zur Teilnahme

¹²¹⁰ So BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2776 und 2856 ff.; ähnlich PERRIN, 175; VOSER, 142; siehe ferner ZK-CRAMER, N 11 zu Art. 647 OR, wonach die Urkundsperson die Glaubhaftigkeit der Feststellungen des Vorsitzenden zu würdigen habe.

¹²¹¹ Zur Sorgfaltspflicht der Urkundsperson allgemein vorne [N 89](#).

¹²¹² Ebenso PERRIN, 175.

¹²¹³ Gesellschaften mit Namenaktien, die – wie die B. AG im Zuger Entscheid – kein Aktienbuch führen, sollte es in heutiger Zeit nicht mehr geben. Sie leiden an einem Organisationsmangel (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR). Überdies wäre der Verwaltungsrat auf die Strafdrohung von Art. 327a StGB aufmerksam zu machen.

¹²¹⁴ Gl.M. EICHENBERGER, N 260; bezüglich Prüfung der Vollmachten ebenso STOFFEL, L'instrumentation, 209; prägnant BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2777: «Die Urkundsperson soll [...] aus eigener Kompetenz Vollmachten, Präsenz und Stimmen im Rahmen ihrer Möglichkeiten summarisch kontrollieren. Sie soll, wenn ihr diesbezüglichen Erklärungen des Veranstaltungslleiters unglaublich erscheinen bzw. wenn die Erklärungen den eigenen Wahrnehmungen der Urkundsperson widersprechen, Verifikation verlangen.»

¹²¹⁵ Siehe BGE 102 II 420, E. 2b; dazu umfassend vorne [N 158 ff.](#)

und Präsenz nicht in eigener Person verifizieren. Sie soll sich immerhin vergewissern, dass die Zutrittskontrolle und die Erfassung der vertretenen Stimmen angemessen organisiert sind.¹²¹⁶ Dass der notariellen Prüfung hier enge Grenzen gesetzt sind, ist gleichwohl kein Argument dafür, sie in Gesellschaften mit kleinerem Aktionariat zu unterlassen.

Die Erwägungen der Zuger Aufsichtskommission wurden verschiedentlich als Auslegung des kantonalen Rechts interpretiert. Daraus wurde gefolgert, dass im Kanton Zug «aufgrund der kantonalen Beurkundungsvorschriften» die Prüfungspflicht weitergehe als anderswo.¹²¹⁷ Das trifft m.E. nicht zu, auch wenn sich die Notariatspraxis von Kanton zu Kanton unterscheiden mag.¹²¹⁸ Die Aufsichtskommission begründet ihren Entscheid jedoch im Wesentlichen gestützt auf materiell-rechtliche Überlegungen. Dass die Urkundsperson die Feststellungen des Vorsitzenden nur mit zumutbarer eigener Nachprüfung beurkunden darf, ergibt sich aus dem Bundesrecht,¹²¹⁹ das die öffentliche Beurkundung verlangt, um ein rechtskonformes Verfahren und eine sichere Grundlage für den Registereintrag zu gewährleisten.¹²²⁰ Der Zweck der aktienrechtlichen Formvorschrift determiniert die erforderlichen Prüfungshandlungen der Urkundsperson.¹²²¹ Dies legt es nahe, von einem einheitlichen, bundesrechtlich definierten Sorgfaltsmassstab auszugehen.

Bei der Bestimmung der im Einzelfall gebotenen Sorgfalt ist erstens relevant, wie «wichtig» die Einhaltung einer bestimmten Verfahrensvorschrift ist. Vorschriften, deren Verletzung die Nichtigkeit der beurkundeten Beschlüsse zur Folge hat, sind besonders genau auf ihre Einhaltung zu überprüfen¹²²². Die Einhaltung bloss-

¹²¹⁶ Siehe MÜLLER-SMIT, 498 f.; eingehend BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 3002 ff.

¹²¹⁷ So VOSER, 142; gleich die Beurteilung von MOOSER, N 1155 mit Fn. 3264.

¹²¹⁸ Ein eher restriktives Verständnis der Überprüfungsfunktion des Notars herrscht seit jeher im Kanton Zürich vor (kritisch zur Zürcher Praxis bereits ROLAND BÜHLER, 346; ihm folgend MEISTERHANS, Prüfungspflicht, 159, insb. Fn. 51).

¹²¹⁹ Wie hier EICHENBERGER, N 306, 319 und 333, der diesbezüglich von einer Mindestanforderung des ungeschriebenen Bundesrechts ausgeht; a.M. MOOSER, N 1155.

¹²²⁰ So konzidiert MOOSER, N 1155, dass die Verfahrenskontrolle eher garantiert ist, wo der kantonale Gesetzgeber die Urkundsperson zur Verifizierung der Feststellungen des Vorsitzenden verpflichtet («[...] il faut reconnaître que l'essence de la forme authentique et la sécurité du contenu des actes sont mieux garanties»). Richtig gesehen liegt genau hier das Argument für die Annahme einer bundesrechtlichen Pflicht: Um die Verwirklichung des zentralen Formzwecks der Verfahrenskontrolle zu gewährleisten, muss die Urkundsperson die Feststellungen des Vorsitzenden in gewissem Umfang überprüfen.

¹²²¹ In diesem Sinn sind vorher ausgeführten Erwägungen der Zuger Aufsichtskommission zu verstehen (siehe vorne [N 433](#)).

¹²²² Siehe z.B. vorne [N 365](#) (Widerspruch gegen die Durchführung einer Universalversammlung), [N 408](#) (Form und Inhalt der Einberufung) und [N 410](#) (Einberufung durch zuständige Personen).

ser Ordnungsvorschriften bedarf dagegen in der Regel keiner besonderen Nachprüfung durch die Urkundsperson.¹²²³ Zweitens wird der Sorgfaltsmassstab beeinflusst durch die tatsächliche Möglichkeit der Urkundsperson, gewisse Prüfungshandlungen vorzunehmen. Es wurde bereits erwähnt, dass sich die Präsenz und Vertretung der Aktionäre sowie die Abstimmungsergebnisse an der Generalversammlung einer Publikumsgesellschaft nicht verlässlich nachprüfen lassen. Die erforderliche Prüftiefe beschränkt sich daher auf eine summarische Kontrolle der organisatorischen Vorkehren.¹²²⁴ Die genannten Feststellungen des Vorsitzenden sind in einer Gesellschaft mit einer überschaubaren Zahl von Aktionären vertieft zu prüfen, weil dies der Urkundsperson ohne grossen Aufwand möglich ist. Ähnliches gilt in Bezug auf die Einberufung der Generalversammlung: Während die Urkundsperson Form und Inhalt der Einberufung ohne Weiteres prüfen kann, ist sie nicht in der Lage, den A-Post-Versand an alle Aktionäre zu kontrollieren.¹²²⁵ Folglich kann ihr auch keine Unsorgfalt vorgeworfen werden, wenn sich später herausstellt, dass einem Teil der Aktionäre die Einladung nicht zugestellt wurde und die Beschlüsse daher nichtig sind.

2.2 Weitere Personen

439 Je nach Art der Versammlung und den Verhandlungsgegenständen kann die individuelle Teilnahme bestimmter Personen an der Generalversammlung rechtserheblich sein. Bereits thematisiert wurde die Pflicht der Gesellschaft zur Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters.¹²²⁶ Überdies schreibt das Gesetz die Anwesenheit eines zugelassenen Revisionsexperten bei der Beschlussfassung über die ordentliche Kapitalherabsetzung vor,¹²²⁷ wenn die Prüfungsbestätigung im Zeitpunkt der Versammlung bereits vorliegt und die Generalversammlung nicht durch einstimmigen Beschluss auf seine Anwesenheit verzichtet hat (Art. 653m Abs. 2 OR).¹²²⁸

440 Die Präsenz des unabhängigen Stimmrechtsvertreters oder des zugelassenen Revisionsexperten ist als Feststellung des Vorsitzenden zu protokollieren.¹²²⁹ Die betreffende Person wird in der öffentlichen Urkunde namentlich genannt.

¹²²³ Siehe z.B. vorne [N 366](#) (Teilnahme der Verwaltungsrats und Geschäftsleitungsmitglieder).

¹²²⁴ Siehe soeben [N 436](#).

¹²²⁵ Siehe vorne [N 408](#) a.E.

¹²²⁶ Siehe vorne [N 425 f.](#)

¹²²⁷ Zur ordentlichen Kapitalherabsetzung siehe hinten [N 507 ff.](#) und [596 ff.](#)

¹²²⁸ In Gesellschaften, die eine ordentliche Revision durchführen, muss die Revisionsstelle auch anwesend sein, wenn die Generalversammlung über die Genehmigung der Jahresrechnung und die Gewinnverwendung beschliessen soll (Art. 731 Abs. 2 OR).

¹²²⁹ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2926.

Die Urkundsperson muss ihre Identität indes nicht kontrollieren; dies ist Sache des Vorsitzenden. Im Fall des zugelassenen Revisionsexperten soll sich die Urkundsperson aufgrund ihrer Ermittlungspflicht¹²³⁰ immerhin vergewissern, dass die angegebene Person über die erforderliche Befähigung verfügt.¹²³¹

Üblicherweise nicht in der öffentlichen Urkunde festgehalten wird die Teilnahme der Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung. Diese sind zwar zur Teilnahme an der Versammlung berechtigt (Art. 691 Abs. 2^{bis} OR), die Verwaltungsratsmitglieder im Grundsatz gar verpflichtet,¹²³² dennoch kann auf die Nennung der teilnehmenden Exekutivmitglieder verzichtet werden, weil der Umstand ihrer Teilnahme keinen Einfluss auf die Gültigkeit der Beschlüsse hat. 441

3. Beschlussfähigkeit

Auf die Bekanntgabe der Präsenzzahlen folgt in der Regel die Feststellung des Vorsitzenden, dass die Generalversammlung beschlussfähig ist.¹²³³ Die Beschlussfähigkeit ist Voraussetzung dafür, dass die Versammlung den Willen der Gesellschaft wirksam durch Mehrheitsentscheidung bilden kann. Dass die Generalversammlung beschlussfähig ist, ergibt sich im Normalfall ohne Weiteres aus der rechtmässigen Einberufung oder aus der Konstituierung als Universalversammlung. Das Aktienrecht verzichtet weitestgehend auf Präsenzquoten.¹²³⁴ Denkbare Präsenzquoten in den Statuten, also die Anforderung, dass die Generalversammlung nur gültig Beschluss fassen kann, wenn eine bestimmte Mindestzahl von Stimmen oder Nennwerten vertreten ist.¹²³⁵ 442

Ausser im Fall der Universalversammlung ist die Generalversammlung stets nur für die in der Einladung aufgeführten Verhandlungsgegenstände beschlussfähig (Art. 704b OR). 443

¹²³⁰ Siehe zur Ermittlungspflicht vorne N 74 ff.

¹²³¹ Massgeblich ist das Register der RAB (abrufbar unter <<https://www.rab-asr.ch>>); siehe vorne N 264.

¹²³² Eingehend VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1081.

¹²³³ Formulierungsbeispiel: «Die heutige Generalversammlung ist somit ordnungsgemäss konstituiert und für die vorgesehenen Traktanden beschlussfähig.»

¹²³⁴ Eine Ausnahme bildet der in Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR genannte Beschluss über die Aufhebung der Gewinnstrebigkeit. Er kann nur gültig gefasst werden, wenn sämtliche Aktionäre erstens anwesend oder vertreten sind und zweitens dem Antrag zustimmen. Das Gesetz stellt damit zugleich ein Präsenz- und ein Beschlussquorum auf (siehe ZK-TANNER, N 110 und 119 zu Art. 703 OR).

¹²³⁵ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 506 ff. und 531; TANNER, Quoren, § 2 N 4 ff.

4. Besonderheiten im schriftlichen Verfahren

- 444 Im Fall der schriftlichen Beschlussfassung gemäss Art. 701 Abs. 3 OR¹²³⁶ gelten gewisse Besonderheiten bezüglich der einleitenden Feststellungen des Vorsitzenden. Die öffentliche Urkunde ist hier nicht ein eigentliches Versammlungsprotokoll. Vielmehr gibt sie den Vorgang der Auszählung der eingegangenen Stimmen sowie (gestützt darauf) die Ergebnisfeststellung durch den Verwaltungsrat wieder. Bisweilen ist auch die Rede von einem «Erwahrungsprotokoll».¹²³⁷
- 445 Statt durch eine Einberufung wird die schriftliche Beschlussfassung eingeleitet mit der Zustellung der Abstimmungsinstruktion des Verwaltungsrats an die Aktionäre.¹²³⁸ Die Aktionäre werden darin auf die Möglichkeit aufmerksam gemacht, mündliche Beratung zu verlangen. Sodann müssen die Verhandlungsgegenstände und die Anträge, über die abzustimmen ist, vollständig enthalten sein.¹²³⁹ Ferner wird der Verwaltungsrat die Aktionäre instruieren, innert welcher Frist und in welcher Form sie ihre Stimme abzugeben haben (z.B. durch Rücksendung eines unterzeichneten Antwortformulars per Post oder per E-Mail).¹²⁴⁰ Das Gesetz legt nicht fest, wie lange die Aktionäre Zeit haben müssen, um abzustimmen oder mündliche Beratung zu verlangen. In Analogie Art. 700 Abs. 1 OR sollte ihnen für beides eine mindestens 20-tägige Reaktionsfrist eingeräumt werden.¹²⁴¹ Darüber hinaus können die Modalitäten der schriftlichen Beschlussfassung durch die Statuten oder (soweit eine statutarische Regelung fehlt) durch den Verwaltungsrat festgelegt werden. Im Erwahrungsprotokoll stellt der Vorsitzende einleitend fest, dass der Verwaltungsrat die schriftliche Beschlussfassung in Übereinstimmung mit dem Gesetz (und den Statuten) initiiert hat. Die Urkundsperson muss sich zwecks Sachverhaltsermittlung¹²⁴² die Abstimmungsinstruktion vorlegen lassen und prüfen, ob die gesetzlichen und statutarischen Vorgaben eingehalten wurden.¹²⁴³

¹²³⁶ Dazu allgemein vorne [N 368 ff.](#); zum Auszählungsvorgang siehe hinten [N 477 ff.](#)

¹²³⁷ So EGGIMANN/HÄCKI/ZYSSET, 305.

¹²³⁸ Siehe BSK OR II-DUBS/TRUFFER, N 20 zu Art. 701, die vom «Beschlusseinleitungsdokument» sprechen; ferner ERNST, Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren, 169.

¹²³⁹ Eingehend zum Inhalt Abstimmungsinstruktion siehe BSK OR II-DUBS/TRUFFER, N 34 zu Art. 701.

¹²⁴⁰ Zur Form der Stimmabgaben siehe vorne [N 371](#).

¹²⁴¹ In diesem Sinn auch BSK OR II-DUBS/TRUFFER, N 29 zu Art. 701; vgl. SCHENKER/SCHENKER, 250 f., die sich für eine «genügend lange» Frist aussprechen, um den Aktionären einen überlegten Entscheid zu ermöglichen; nach diesen Autoren soll indes eine Frist von zehn Tagen «in jedem Fall» genügen.

¹²⁴² Zur Ermittlungspflicht allgemein vorne [N 74 ff.](#)

¹²⁴³ Siehe BRÜCKNER, Zirkularbeschlüsse, 34 f.; MÜLLER/KAISER/BENZ, Öffentliche Beurkundung 2020, 247.

Darauf folgt die Feststellung, wie viele Aktienstimmen (und Nennwerte) an der Beschlussfassung teilgenommen haben. Teilgenommen hat, wer fristgerecht seine Stimme (Ja, Nein oder Enthaltung) eingereicht hat.¹²⁴⁴ Diese Zahl entspricht in der schriftlichen Beschlussfassung der Zahl der «vertretenen» Aktienstimmen bzw. -nennwerte gemäss Art. 703 f. OR. Sehen die Statuten ein Präsenzquorum vor, bestimmt sich an der Zahl der teilnehmenden Stimmen, ob die «Versammlung» beschlussfähig ist oder nicht.

446

V. Beschlussfassung

1. Verhandlungsgegenstände und Anträge

Die Verhandlungsgegenstände («Traktanden») bilden den thematischen Rahmen, in welchem die Generalversammlung verhandeln und verbindlich beschliessen kann. Dieser Rahmen wird bereits mit der Einladung abgesteckt. Davon abgesehen bleibt der Gang der Generalversammlung aber (mindestens theoretisch) offen: Die in der Einladung bekannt gegebenen Anträge des Verwaltungsrats (und gegebenenfalls der Aktionäre) sind nicht abschliessend.¹²⁴⁵ Vielmehr kann an der Versammlung jeder Aktionär oder der Verwaltungsrat (als Gremium¹²⁴⁶) neue Anträge stellen oder bereits gestellte Anträge abändern, sofern der Rahmen der Verhandlungsgegenstände gewahrt bleibt.¹²⁴⁷

447

Die einzelnen Traktanden sind hinreichend bestimmt zu formulieren. Die Aktionäre sind in der Einladung klar und deutlich zu unterrichten, damit sie sich nicht nur auf die Versammlung vorbereiten, sondern auch vergewissern können, ob ihre Teilnahme dringlich sei.¹²⁴⁸ Zugleich soll der Verhandlungsgegenstand aber auch Raum für abweichende Aktionärsanträge lassen.¹²⁴⁹ Mit anderen Worten lässt sich der Verhandlungsgegenstand als die «vernünftige abstrakte Verallgemeinerung des dazu gestellten konkreten Antrages» um-

448

¹²⁴⁴ BRÜCKNER, Zirkularbeschlüsse, 34; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, N 38 zu Art. 701.

¹²⁴⁵ Siehe VON DER CRONE, Aktienrecht, N 977, der immerhin darauf hinweist, dass eine Erweiterung der Entscheidungsgegenstände durch neue Anträge in der Praxis selten vorkommt.

¹²⁴⁶ Vor der Aktienrechtsrevision 2020 stand das Antragsrecht dagegen jedem einzelnen Verwaltungsratsmitglied zu (Art. 702a aOR 1991; vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 341).

¹²⁴⁷ Zum Antragsrecht der Aktionäre siehe Art. 699b Abs. 2 (vor der Generalversammlung) und Abs. 5 (an der Generalversammlung); zum Antragsrecht des Verwaltungsrats siehe Art. 702a Abs. 2 OR.

¹²⁴⁸ BGE 103 II 141, E. a; bestätigt in BGE 121 III 420, E. 2a.

¹²⁴⁹ Dazu ausführlich BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 166 mit Fallbeispielen; vgl. VON DER CRONE, Aktienrecht, N 998.

schreiben.¹²⁵⁰ Dass die Traktanden und Anträge in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorgaben formuliert wurden, überprüft die Urkundsperson im Rahmen der Verfahrenskontrolle.¹²⁵¹

449 Demgegenüber enthält der Antrag bereits den ganzen Beschlusswortlaut.¹²⁵² Charakteristisch für den Beschlussfassungsprozess ist, dass sich die Abstimmenden nur mit «Ja», «Nein» oder «Enthaltung» zum Antrag äussern können. Sie können ihn weder teilweise annehmen, präzisieren noch auf andere Weise abändern – auch nicht in Nebenpunkten. Deshalb muss der Antrag den vorgeschlagenen Beschluss bereits in finaler Form enthalten. Beantragt der Verwaltungsrat beispielsweise, zum bestehenden Aktienkapital von CHF 200'000 ein Kapitalband mit einer Untergrenze von CHF 100'000 und einer Obergrenze von CHF 300'000 einzuführen,¹²⁵³ muss sein Antrag¹²⁵⁴ unter dem Traktandum «Einführung Kapitalband» die neue Statutenbestimmung bereits im vollen Wortlaut wiedergeben. Geht einem Aktionär diese Ermächtigung zu weit, steht es ihm frei, unter demselben Traktandum einen Gegenantrag mit einer höheren Untergrenze (z.B. CHF 200'000) zu stellen, über den dann ebenfalls abzustimmen ist.

450 Zu den Leitungsbefugnissen des Vorsitzenden gehört es, die Aktionärsanträge zu prüfen und zweckmässig zu behandeln.¹²⁵⁵ Sicherzustellen ist insbesondere, dass sich die Anträge an den Rahmen des Verhandlungsgegenstands halten. Sodann ist zu prüfen, ob die Einheit der Materie gewahrt ist. Die sachwidrige Vermengung mehrerer Materien in einem Einzelantrag beschneidet die Stimmfreiheit der Aktionäre und ist daher unzulässig.¹²⁵⁶ Dieser Grundsatz wird in Art. 700 Abs. 3 OR für die Verhandlungsgegenstände festgeschrieben. Er gilt aber gleichermassen für die Anträge.¹²⁵⁷ Unklare oder mangelhaft formulierte Anträge muss der Vorsitzende berichtigen, bevor er sie zur Abstimmung

¹²⁵⁰ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, N 11 zu Art. 700 m.w.H.

¹²⁵¹ Siehe allgemein vorne [N 177 ff.](#)

¹²⁵² Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 332; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, N 11b zu Art. 700.

¹²⁵³ Ausführlicher zum Kapitalband hinten [N 519 ff.](#), [589 f.](#) und [600.](#)

¹²⁵⁴ Formulierungsbeispiel: «Der Verwaltungsrat beantragt der Generalversammlung, zum bestehenden Kapital von CHF 200'000 ein Kapitalband mit einer Untergrenze von CHF 100'000 und einer Obergrenze von CHF 300'000 einzuführen und folgenden neuen Art. 3a in die Statuten aufzunehmen: [...]».

¹²⁵⁵ Eingehend BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 331 ff.; ZK-TANNER, N 56 ff. zu Art. 700 OR.

¹²⁵⁶ Umfassend zum Grundsatz der Einheit der Materie und seiner Bedeutung im Aktienrecht KEVIN J. MÜLLER, N 69 ff., 440 ff. und *passim*; siehe auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 167 ff.; BK-DUBS, N 68 ff. zu Art. 698–706b OR; ERNST, Abstimmungsdesign, 270 f.

¹²⁵⁷ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 336; BK-DUBS, N 68 zu Art. 698–706b OR; KEVIN J. MÜLLER, N 448 f.

mung bringt.¹²⁵⁸ Nur so ist eine einwandfreie Willensbildung in der Versammlung gewährleistet.

Am Vorsitzenden liegt es sodann, die Abstimmung über mehrere Anträge zum gleichen Traktandum sachgerecht und effizient zu organisieren. Anträge, die sich gegenseitig ausschliessen, sind gegeneinander auszumehren. Dabei werden in der Regel zuerst die Anträge, welche die geringste inhaltliche Differenz zueinander aufweisen, in einer Eventualabstimmung gegenübergestellt. Dann folgt (schrittweise) die Gegenüberstellung der Anträge mit der (nächst-)grösseren Differenz («Ausmehrung vom Kleinen ins Grosse»).1259 Im genannten Beispiel zur Einführung des Kapitalbands¹²⁶⁰ sind der Versammlung zunächst die beiden Varianten zur Ausgestaltung des Kapitalbands vorzulegen (Untergrenze CHF 100'000 gemäss Antrag des Verwaltungsrats gegen Untergrenze CHF 200'000 gemäss Aktionärsantrag). Die Versammlung wird gefragt, welcher Variante sie den Vorzug geben möchte, falls das Kapitalband angenommen würde (Eventualabstimmung). Erst in einem zweiten Schritt wird darüber abgestimmt, ob man das Kapitalband (in der soeben beschlossenen Variante) annehmen möchte oder nicht.

451

Die Urkundsperson hat den Gang der Versammlung zu überwachen und den Vorsitzenden – gerade bei Abweichungen vom geplanten Ablauf – auf ein rechtmässiges Vorgehen hinzuweisen (Verfahrenskontrolle).¹²⁶¹ Die Belehrungspflicht umfasst gegebenenfalls auch den Umgang mit Spontananträgen seitens der Aktionäre. Etwaige Gegenanträge (und die Abstimmung darüber) sind wie die Anträge des Verwaltungsrats in der öffentlichen Urkunde zu protokollieren.¹²⁶² Geradezu unverzichtbar ist die Belehrung durch die Urkundsperson, wenn Spontananträge eine Änderung der Statuten zum Gegenstand

452

¹²⁵⁸ Differenzierend BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 332; siehe auch VOSER, 144 f.

¹²⁵⁹ Siehe dazu ERNST, Abstimmungsfibel, N 204 ff.; so sinngemäss auch das Vorgehen bei der Beschlussfassung im Parlament (siehe Art. 78 f. ParlG). Vgl. dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 333, der es im Interesse der Effizienz ausnahmsweise für statthaft hält, zuerst über den Grundsatzentscheid abstimmen zu lassen, wenn dieser voraussichtlich geringe Aussicht auf Annahme hat.

¹²⁶⁰ Siehe soeben [N 449](#).

¹²⁶¹ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 3011; zurückhaltend MÜLLER-SMIT, 498, wonach es (ohne nähere Begründung) nicht Sache der Urkundsperson sei, zu beurteilen, ob ein gestellter Antrag innerhalb oder ausserhalb des traktandierten Verhandlungsgegenstands liege; zur Verfahrenskontrolle allgemein vorne [N 173 ff.](#)

¹²⁶² Siehe VOSER, 145, der empfiehlt, die Eventualität von Änderungsanträgen in einem «Drehbuch» für den Versammlungsablauf vorzusehen.

haben.¹²⁶³ Die Urkundsperson ist in diesen Fällen gefordert, den Antrag innert kürzester Zeit in eine eintragungsfähige Formulierung umzusetzen, über die dann abgestimmt werden kann.

2. Abstimmung

- 453 Das Gesetz lässt die Ausgestaltung des Abstimmungsverfahrens grundsätzlich offen. Möglicherweise enthalten die Statuten diesbezüglich Regelungen.¹²⁶⁴ Andernfalls liegt es am Vorsitzenden, näher festzulegen, wie in der Generalversammlung abgestimmt wird. Er hat die Voraussetzungen zu schaffen, dass die Stimmabgaben der Aktionäre und ihrer Vertreter ordnungsgemäss festgestellt und ausgewertet werden.¹²⁶⁵ Die Beschlussfassung kann entweder in offener Abstimmung (mit «Handmehr») oder auf schriftlichem bzw. elektronischem Weg erfolgen.
- 454 Die früher in Generalversammlungen weit verbreitete offene Abstimmung ist nur in überschaubaren Verhältnissen geeignet, die Mehrheit der Stimmen (und allenfalls der Nennwerte) zuverlässig zu ermitteln.¹²⁶⁶ Die Stimmenverhältnisse sollten auch bei diesem Verfahren präzise festgestellt und protokolliert werden. Problematisch ist eine Verkürzung des Verfahrens in dem Sinn, dass der Vorsitzende zuerst die Ja-Stimmen, dann die Nein-Stimmen bzw. Enthaltungen aufruft und anschliessend feststellt, der Antrag sei mit «überwiegendem Mehr» angenommen worden, ohne die genauen Zahlen auszuwerten.¹²⁶⁷ Während ein solches Vorgehen für Gremien mit Kopfstimmrecht als zweckmässig erscheinen mag, ist es für die Mehrheitsermittlung in der Generalversammlung ungeeignet.¹²⁶⁸

¹²⁶³ Ähnlich BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 332 a.E., der zudem eine Vorprüfung des beantragten Statutentexts durch das Handelsregisteramt anregt; hierfür dürfte in der Praxis aber oftmals die Zeit fehlen.

¹²⁶⁴ Siehe VOSER, 145 f. mit einem Beispiel für eine entsprechende Statutenklausel.

¹²⁶⁵ Eingehend BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 344, der dies als den wichtigsten Teil der Leitungsbefugnis des Vorsitzenden bezeichnet; siehe ferner FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 24 N 55a mit Fn. 21a; ZK-TANNER, N 140 ff. zu Art. 703 OR.

¹²⁶⁶ So zu Recht BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 349.

¹²⁶⁷ Zur früheren Praxis in Publikumsgesellschaften siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 3016; ZK-TANNER, N 143 ff. zu Art. 703 OR m.w.H.; ferner FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 24 N 55b mit Fn. 21b; vgl. auch ERNST, Abstimmungsfibel, N 153.

¹²⁶⁸ Kritisch auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 349; MÜLLER-SMIT, 499; anders FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 14 zu Art. 702 OR, welche die offene Abstimmung ohne exakte Ergebnisermittlung in nicht kotierten Gesellschaften weiterhin zulassen möchten.

Als zulässig gilt die sog. Subtraktionsmethode. Dabei wird zuerst nach den Nein-Stimmen, dann nach den Enthaltungen gefragt. Die Ja-Stimmen werden nicht mehr aufgerufen; ihre Zahl ergibt sich, indem man die Nein-Stimmen und Enthaltungen von der Zahl der vertretenen Stimmen (Mehrheitsbasis) subtrahiert. Die Subtraktionsmethode erlaubt eine Erleichterung des Abstimmungsverfahrens, wenn eine klare Zustimmung zu einem Antrag erwartet wird.¹²⁶⁹ Sie führt zu einem zahlenmässig eindeutigen Ergebnis, weil die Mehrheitsbasis vorab genau feststehen muss.¹²⁷⁰ Die Anwendung der Subtraktionsmethode ist sowohl in der offenen wie auch in der schriftlichen Abstimmung denkbar.¹²⁷¹

455

In Publikumsgesellschaften schränkt Art. 702 Abs. 5 OR die Wahl des Abstimmungsverfahrens ein, indem er die Veröffentlichung der «genauen Stimmenverhältnisse» verlangt. Ausgeschlossen wird damit die offene Abstimmung, nicht aber die Anwendung der Subtraktionsmethode, falls schriftlich abgestimmt werden sollte.¹²⁷² Denn hier stehen die Stimmenverhältnisse wie gesagt mit der verlangten Genauigkeit fest. Die Einschränkung ist indes von geringer Bedeutung, weil Publikumsgesellschaften im Normalfall elektronisch abstimmen lassen.¹²⁷³

456

Die Urkundsperson protokolliert die Auszählungsergebnisse in der Regel als Feststellung des Vorsitzenden.¹²⁷⁴ In kleineren Verhältnissen können die Zahlen alternativ als Ergebnis eigener Ermittlung der Urkundsperson festgehalten werden,¹²⁷⁵ sie übernimmt in diesem Fall die Gewähr für die Richtigkeit der Auszählung.¹²⁷⁶ Bei der Protokollierung als fremde Feststellung muss die Urkundsperson die Angaben des Vorsitzenden in ihr zumutbaren Rahmen über-

457

¹²⁶⁹ Zur Subtraktionsmethode siehe ERNST, Abstimmungsdesign, 287 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 24 N 55c; VOSER, 145 f.; kritisch BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 345 f.; vgl. DERS., Leitungsbefugnisse, 67 f.; TANNER, Quoren, § 4 N 46 ff.

¹²⁷⁰ ERNST, Abstimmungsdesign, 287; siehe auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 345.

¹²⁷¹ Siehe VOSER, 145 f. Bei der elektronischen Abstimmung macht die Subtraktionsmethode dagegen keinen Sinn, weil ein Zeitgewinn damit nicht erreicht werden kann.

¹²⁷² Wie hier FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 13 zu Art. 702 OR; anders dagegen BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 345.

¹²⁷³ Bei einer Präsenzversammlung erfolgt die Abstimmung mit einem elektronischen Stimmgerät (sog. *televoter*), das den Aktionären bei der Zutrittskontrolle ausgehändigt wird (siehe PÖSCHEL, 235 f.; zur technischen Ausgestaltung auch PATAK, 145).

¹²⁷⁴ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2823.

¹²⁷⁵ Siehe MARTI, 126; KNB-STÄHLI, N 10 zu Art. 54 NV/BE; VOSER, 136.

¹²⁷⁶ Vgl. KNB-STÄHLI, N 16 zu Art. 54 NV/BE, wonach dem Abstimmungsergebnis erhöhte Beweiskraft zukommt, wenn der Notar seine eigene Feststellung protokolliert, nicht aber, wenn er das Ergebnis als Feststellung des Vorsitzenden beurkundet (siehe bereits vorne [N 59](#)).

prüfen.¹²⁷⁷ In einer Versammlung mit nur wenigen Aktionären ist von ihr im Rahmen der Wahrheitspflicht¹²⁷⁸ zu verlangen, dass sie die Stimmabgaben selber nachzählt, zumal potenzielle Zählfehler die Gültigkeit der Beschlüsse in Frage stellen können.¹²⁷⁹ Demgegenüber ist dies bei einer grösseren Zahl von Abstimmenden nicht mehr möglich. Immerhin hat sie dann die Plausibilität des Abstimmungsergebnisses im Vergleich mit den Präsenzzahlen zu verifizieren.¹²⁸⁰ Wird offen abgestimmt, soll sie bei undeutlichen Ergebnissen nötigenfalls den Vorsitzenden zur Wiederholung und genauen Auswertung der Stimmabgaben auffordern.¹²⁸¹ In Generalversammlungen von Publikumsgesellschaften dürfte sich die Überprüfungsfunktion der Urkundsperson im Wesentlichen auf die Kontrolle einer angemessenen Organisation des Abstimmungsvorgangs und die verlässliche Dokumentation der elektronisch ausgezählten Stimmen beschränken, weil ihr weitergehende Prüfungshandlungen nicht möglich sind.¹²⁸²

- 458 Stets auf elektronischem Weg erfolgt die Abstimmung bei einer hybriden oder virtuellen Generalversammlung. Der Einsatz elektronischer Mittel bringt (im Vergleich zur klassischen Handabstimmung) eine raschere und präzisere Erfassung der Abstimmungsergebnisse mit sich. Bei Versammlungen mit wenigen Teilnehmenden ist eine Abstimmung über die Chat- oder Umfrage-Funktion einer gängigen Videokonferenzsoftware denkbar.¹²⁸³ Gerade bei grösseren Versammlungen dürfte dagegen eher auf spezialisierte Anwendungen zurückgegriffen werden, die eine einwandfreie Abwicklung des Abstimmungsverfahrens ermöglichen.¹²⁸⁴ Die Urkundsperson kann die elektronische Abstimmung am Bildschirm zuverlässig mitverfolgen und soll sich vergewissern, dass die angezeigten Ergebnisse richtig verkündet werden. Wie bei der klassischen Handabstimmung sind die numerischen Abstimmungsergebnisse (Anzahl Ja-, Nein-Stimmen und Enthaltungen) und der verkündete Beschluss (Annahme/Ablehnung des Antrags) in die öffentliche Urkunde aufzunehmen.

¹²⁷⁷ Eingehend dazu vorne [N 430 ff.](#)

¹²⁷⁸ Siehe allgemein vorne [N 71 ff.](#)

¹²⁷⁹ Fehler in der Ergebnisermittlung führen bei gegebener Kausalität (analog Art. 691 Abs. 3 OR) zur Anfechtbarkeit der Beschlüsse (siehe DALLA PALMA/MAHLER/VON DER CRONE, 768 ff.).

¹²⁸⁰ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 3008; VOSER, 155.

¹²⁸¹ Zutreffend BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2780 und 2825; ebenso VOSER, 155; restriktiver dagegen MOOSER, N 1155.

¹²⁸² Siehe bereits vorne [N 436.](#)

¹²⁸³ In diesem Sinn bereits PATAK, 143 ff.

¹²⁸⁴ Eingehend MÜLLER/KAISER/BENZ, Öffentliche Beurkundung 2023, 78 f.

3. Ergebnisermittlung

Die Auszählung der abgegebenen Stimmen schafft die tatsächliche Grundlage für die Beschlussverkündung.¹²⁸⁵ Damit der Beschluss feststeht, bedarf es indes noch eines zusätzlichen Denkschritts seitens der Versammlungsleitung. Anhand der gesetzlichen und statuarischen Regeln zur Beschlussfassung muss der Vorsitzende beurteilen, ob die Versammlung den Antrag angenommen oder abgelehnt hat. Erforderlich ist eine Rechtsanwendung, die aus dem zahlenmässigen Ergebnis den Beschlussinhalt herleitet.¹²⁸⁶ Dabei ist zunächst zu prüfen, ob Stimmrechtsausschlüsse oder -beschränkungen der Zählung einzelner Stimmabgaben entgegenstehen. Sodann ist zu klären, ob der Antrag das anwendbare Beschlussquorum erreicht hat oder nicht.

459

Im Rahmen ihrer Prüfungspflicht¹²⁸⁷ hat die Urkundsperson zu kontrollieren, ob die Ergebnisermittlung korrekt durchgeführt wird. Stellt sie Mängel fest, muss sie den Vorsitzenden über die anwendbaren Regeln belehren. Ist letzterer etwa der Auffassung, ein Beschlussgegenstand falle unter das einfache Quorum gemäss Art. 703 Abs. 1 OR, obwohl richtigerweise ein qualifiziertes Quorum (z.B. Art. 704 Abs. 1 OR) anwendbar ist, muss die Urkundsperson auf diesen Umstand hinweisen. Hält der Vorsitzende trotz Belehrung an seiner Meinung fest, soll die Urkundsperson die Beurkundung entsprechend vornehmen. In der Urkunde wird sie einen Hinweis auf ihre abweichende Rechtsauffassung anbringen.¹²⁸⁸ Mängel in der Ergebnisermittlung führen nach gegenwärtiger Rechtsprechung nur zur Anfechtbarkeit des Beschlusses.¹²⁸⁹ Es rechtfertigt sich daher nicht, die Beurkundung abzulehnen.¹²⁹⁰ Auf Klage hin wird das zuständige Gericht zu entscheiden haben, ob das Ergebnis rechtmässig ermittelt wurde.

460

¹²⁸⁵ Siehe HUGUENIN/MAHLER, 132 f.; umfassend zum Verhältnis zwischen Stimmabgaben und Beschlussverkündung ERNST, Beschluss, 7 ff. und *passim*.

¹²⁸⁶ Pointiert ERNST, Beschluss, 10: «Immer bedarf es einer – größeren oder kleineren – gedanklichen juristischen Leistung, die von dem realweltlichen, äußerlich wahrnehmbaren Heben einer gewissen Anzahl von Händen, Stimmkarten oder dergleichen zu der Feststellung führt, der Antrag sei von der Mehrheit angenommen oder abgelehnt.»

¹²⁸⁷ Siehe dazu vorne [N 79 ff.](#) und [177 ff.](#)

¹²⁸⁸ Zur Beurkundung unter Vorbehalt siehe vorne [N 83](#).

¹²⁸⁹ Übersicht über die Rechtsprechung bei DALLA PALMA/MAHLER/VON DER CRONE, 769 f.; vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 622 ff. m.w.H.

¹²⁹⁰ Dazu allgemein vorne [N 177 f.](#)

3.1 Stimmrechtsausschlüsse und -beschränkungen

- 461 Das Stimmrecht kann entweder von Gesetzes wegen ausgeschlossen oder durch die Statuten beschränkt sein.
- 462 Gemäss Art. 659a Abs. 1 OR ruht das Stimmrecht an eigenen Aktien, welche die Gesellschaft hält. Damit soll verhindert werden, dass der Verwaltungsrat die Willensbildung der Generalversammlung im eigenen Interesse beeinflusst.¹²⁹¹ Den eigenen Aktien gleichgestellt sind Aktien, die ein Unternehmen hält, das von der Gesellschaft kontrolliert wird (Art. 659b Abs. 1 OR). Suspendiert ist somit das Stimmrecht von Tochtergesellschaften, aber auch von anderen im Sinn von Art. 963 OR direkt oder indirekt kontrollierten Rechtsträgern.¹²⁹²
- 463 Der Aktionär ist der Gesellschaft nicht zur Treue verpflichtet (vgl. Art. 680 Abs. 1 OR). Er ist in der Ausübung seines Stimmrechts selbst dann frei, wenn die Interessen der Gesellschaft oder anderer Aktionäre mit seinen eigenen Interessen kollidieren. Anders als das Vereinsrecht (Art. 68 ZGB) kennt das Aktienrecht keinen Stimmrechtsausschluss bei Interessenkonflikten.¹²⁹³ Als Ausnahme nennt Art. 695 OR den Beschluss über die Entlastung des Verwaltungsrats: Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben, dürfen bei diesem speziellen Beschlussgegenstand nicht mitstimmen (auch nicht über Vertreter).¹²⁹⁴
- 464 Suspendiert sind sodann die Stimmrechte an vinkulierten börsenkotierten Aktien, solange der Erwerber von der Gesellschaft noch nicht anerkannt worden ist (Art. 685f Abs. 2 OR). In Gesellschaften ohne kotierte Aktien ruht das Stimmrecht, solange der gemäss Art. 697j OR meldepflichtige Erwerber der Gesellschaft die an den Aktien wirtschaftlich berechnigte Person nicht gemeldet hat (Art. 697m Abs. 1 OR).¹²⁹⁵

¹²⁹¹ Zur *ratio legis* von Art. 659a Abs. 1 OR siehe BGE 147 III 561, E. 5.2.1 mit Hinweisen auf frühere Urteile; Botschaft OR 1983, 807; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 24 N 85; CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 40 zu Art. 659/659a.

¹²⁹² Seit der Aktienrechtsrevision 2020 verweist das Gesetz auf das Kontrollprinzip gemäss Art. 963 OR. Damit wurde der Anwendungsbereich von Art. 659b Abs. 1 OR im Vergleich zu früher deutlich ausgeweitet (VON DER CRONE, Aktienrecht, N 572; ähnlich FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 7 zu Art. 659b OR; BK-GERICKE/LAMBERT, N 2 zu Art. 659-659b OR).

¹²⁹³ Statt vieler BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 587 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 24 N 75 ff.

¹²⁹⁴ Zur Tragweite von Art. 695 OR siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 566 ff.; umfassend ZK-BOHRER/KUMMER, N 19 ff. zu Art. 695 OR.

¹²⁹⁵ In Publikumsgesellschaften kann die FINMA die Suspendierung des Stimmrechts von Personen anordnen, die ihren kapitalmarktrechtlichen Meldepflichten nicht nachgekommen sind (Art. 144 lit. a i.V. mit Art. 120 f. FinfraG).

Die Statuten können die Stimmkraft von Aktionären, die mehrere Aktien halten, beschränken. In diesem Fall kann ein Aktionär an der Generalversammlung höchstens so viele Stimmen abgeben, wie die Statuten zulassen. Soweit die vom betreffenden Aktionär gehaltenen Aktien die statutarische Limite überschreiten, vermitteln sie ihm keinen zusätzlichen Einfluss in der Gesellschaft. Die Stimmrechtsbeschränkung kann entweder an einen prozentualen Anteil¹²⁹⁶ oder (weniger verbreitet) an eine absolute Zahl der Stimmen anknüpfen.¹²⁹⁷ Die Statuten dürfen das Stimmrecht nie ganz ausschliessen. Jedem Aktionär steht zwingend mindestens eine Stimme zu (Art. 692 Abs. 2 OR).

465

Stimmrechtsausschlüsse oder -beschränkungen müssen auf zwei Ebenen berücksichtigt werden: Erstens sind die nicht stimmberechtigten Aktien bei der Berechnung des Quorums von der Zahl der vertretenen Aktien abzuziehen.¹²⁹⁸ Zweitens müssen die fraglichen Aktien bei der Auszählung der Stimmen ausser Betracht bleiben. Werden Stimmrechte entgegen dem Ausschluss oder der Beschränkung ausgeübt, sind die Regeln über die unbefugte Teilnahme an der Generalversammlung anwendbar (Art. 691 Abs. 2 und 3 OR).¹²⁹⁹ Die Beschlüsse sind anfechtbar, wenn sich der Fehler auf das Ergebnis ausgewirkt hat.¹³⁰⁰

466

3.2 Beschlussquoren

Das Beschlussquorum bestimmt, wie viele befürwortende Stimmen ein Antrag auf sich vereinigen muss, damit er als angenommen gilt und ein positiver Beschluss zustande kommt.¹³⁰¹

467

Gemäss Art. 703 Abs. 1 OR fasst die Generalversammlung ihre Beschlüsse und vollzieht sie ihre Wahlen grundsätzlich mit der Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen. Ist eine gerade Zahl an Stimmen vertreten, muss eine Stimme mehr als die Hälfte zustimmen (z.B. 51 von 100). Bei einer ungeraden Zahl tretener Stimmen ist es eine halbe Stimme mehr als die Hälfte (z.B. 50 von 99).¹³⁰² Nach der Regelung von Art. 703 Abs. 1 OR werden Enthaltungen bei der

468

¹²⁹⁶ Z.B.: «Bei der Ausübung des Stimmrechts kann kein Aktionär mehr als 15 Prozent der an der Generalversammlung vertretenen [oder: aller] Aktienstimmen auf sich vereinigen.»

¹²⁹⁷ Eingehend ZK-BOHRER/KUMMER, N 55 ff. zu Art. 692 OR; siehe auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 590 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 24 N 60 ff.

¹²⁹⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 24 N 89 f.

¹²⁹⁹ Für die eigenen Aktien ruft dies Art. 659a Abs. 3 OR explizit in Erinnerung.

¹³⁰⁰ Eingehend zu diesem sog. Kausalitätserfordernis HUGUENIN/MAHLER, 134 ff.; KNOBLOCH, 127 ff.; SCHOTT, § 3 N 4 ff.

¹³⁰¹ Siehe TANNER, Quoren, § 2 N 7 ff., die von «Stimmenquoren» spricht; ferner FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 24 N 3 ff.

¹³⁰² Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 491; TANNER, Quoren, § 4 N 82.

Berechnung der Mehrheitsbasis mitgezählt. Das Gesetz stellt dispositiv auf die Zahl der vertretenen Aktienstimmen ab. Enthaltungen wirken sich deshalb im Effekt wie Nein-Stimmen aus.¹³⁰³ Die Statuten können hiervon abweichen und die Mehrheit der abgegebenen Stimmen für massgeblich erklären, wobei Enthaltungen nicht als abgegebene Stimmen zählen.¹³⁰⁴ Die Fassung positiver Beschlüsse wird dadurch (rein mathematisch) erleichtert.

469 Für abschliessend aufgeführte («wichtige») Beschlussgegenstände stellt Art. 704 Abs. 1 OR ein qualifiziertes Beschlussquorum auf. Erforderlich ist die Zustimmung von zwei Dritteln der vertretenen Stimmen sowie der Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte.¹³⁰⁵ Das qualifizierte Stimmenmehr ist erreicht, wenn mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen zugestimmt haben (z.B. 100 von 150 oder 67 von 100). Für die Mehrheit der Nennwerte wird wiederum die Zustimmung von mehr als 50 Prozent des vertretenen Gesamtnennwerts vorausgesetzt. Die Nennwerthürde begrenzt in Gesellschaften mit Stimmrechtsaktien den Einfluss der Stimmrechtsaktionäre gegenüber der Kapitalmehrheit.¹³⁰⁶

470 Zu beachten sind sodann etwaige Beschlusserschwernisse in den Statuten.¹³⁰⁷ Denkbar ist beispielsweise, dass die Statuten den Katalog von Art. 704 Abs. 1 OR um zusätzliche Gegenstände ergänzen, für die dann ebenfalls das qualifizierte Quorum einzuhalten ist.¹³⁰⁸

¹³⁰³ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, N 14 zu Art. 703; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1139; siehe auch FORSTMOSER/KÜCHLER, N 10 zu Art. 703 OR, wonach die Enthaltung (gerade in Familiengesellschaften) eine «höfliche Art des Nein-Sagens» ermögliche.

¹³⁰⁴ So hätte nach dem Vorschlag des Bundesrats im Entwurf von 2016 das gesetzliche Quorum neu gefasst werden sollen (Art. 703 Abs. 2 und 3 E-OR 2016; dazu Botschaft OR 2016, 563). Die Änderung war indes im Parlament nicht mehrheitsfähig (kritisch zum bundesrätlichen Vorschlag FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 10 f. zu Art. 703 OR).

¹³⁰⁵ Das Quorum von Art. 704 Abs. 1 OR ist einseitig zwingend. Es darf zwar erhöht, aber nicht herabgesetzt werden. Aus diesem Grund dürfen die Statuten (anders als beim Quorum gemäss Art. 703 Abs. 1 OR) nicht auf die abgegebenen Stimmen als Berechnungsgrundlage abstellen (statt vieler BSK OR II-DUBS/TRUFFER, N 3b zu Art. 704).

¹³⁰⁶ Siehe Botschaft OR 1983, 916; BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 530; TANNER, Quoren, § 9 N 20.

¹³⁰⁷ Zur Zulässigkeit und zu den Grenzen statutarisch erhöhter Quoren siehe VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1144 ff. m.w.H.; restriktiv BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 542 ff.

¹³⁰⁸ Verschiedentlich anzutreffen sind Regelungen, wonach Statutenänderungen generell dem qualifizierten Quorum unterstehen (weiterführend BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 540); zur diesbezüglichen Prüfpflicht der Urkundsperson siehe vorne [N 460](#).

3.3 Stichentscheid

Anders als in Verwaltungsratssitzungen (Art. 713 Abs. 1 OR) hat der Vorsitzende in der Generalversammlung von Gesetzes wegen keinen Stichentscheid. Die Statuten können ihm diesen aber für den Fall der Stimmengleichheit einräumen (Art. 703 Abs. 2 OR). 471

Kein eigentliches Patt liegt vor, wenn 50 Prozent einem Antrag zustimmen und die anderen 50 Prozent ihn verwerfen. Die Generalversammlung hat in diesem Fall gemäss der Regel von Art. 703 Abs. 1 OR entschieden, dass sie den Antrag ablehnen möchte (negativer Beschluss).¹³⁰⁹ Ein Bedarf nach einem Stichentscheid besteht in dieser Konstellation an sich nicht. Sehen die Statuten für einen solchen Stimmengleichstand ein Recht des Vorsitzenden vor, den negativen Beschluss in einen positiven zu kehren, beinhaltet der «Stichentscheid» genau besehen eine Abweichung vom Mehrheitsprinzip: Der Vorsitzende kann einen Antrag für angenommen erklären, der die erforderliche Mehrheit verfehlt hat.¹³¹⁰ Nach wohl herrschender Ansicht lässt Art. 703 Abs. 2 OR (als *lex specialis* zu Art. 703 Abs. 1 OR) eine derartige Gestaltung des «Stichentscheids» durch die Statuten zu.¹³¹¹ Eine andere Frage ist, ob dadurch die gesellschaftsinterne Entscheidungsfindung sinnvoll ergänzt wird.¹³¹² 472

Einen überzeugenden Beitrag kann der Stichentscheid des Vorsitzenden dort leisten, wo die Generalversammlung ausnahmsweise nicht zwischen Annahme und Ablehnung zu entscheiden, sondern aus verschiedenen Varianten eine auszuwählen hat. Der Stimmengleichstand führt hier in einer Frage, die einen Entscheid in die eine oder andere Richtung erfordert, zu einem Nichtbeschluss (und damit einer echten Pattsituation).¹³¹³ 473

¹³⁰⁹ Zum Begriff des negativen Beschlusses siehe ERNST, Beschluss, 6 f.; HUGUENIN/MAHLER, 132; ZK-TANNER, N 11 zu Art. 703 OR m.w.H.

¹³¹⁰ So zutreffend ERNST, Abstimmungsdesign, 282; siehe auch TRAUTMANN/VON DER CRONE, 473; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1155 f.

¹³¹¹ So explizit BK-DUBS, N 148 zu Art. 698-706b OR; wohl auch FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 16 f. zu Art. 703 OR; BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 503 ff.; anders dagegen VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1156 a.E. Vor der Aktienrechtsrevision war die Zulässigkeit des Stichentscheids in den Statuten umstritten (Übersicht über den Meinungsstand bei TANNER, Stichentscheid, 663 ff. und *passim*). Das Bundesgericht hatte sie in BGE 95 II 555 (E. 2) bejaht, sich dann aber in BGE 143 III 120 (E. 3.2) verhalten geäußert.

¹³¹² Zu Recht kritisch VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1157; siehe auch TANNER, Quoren, § 4 N 100 ff.; pointiert ERNST, Abstimmungsfibel, N 101: «[...] die Festsetzung einer solchen Befugnis ist nicht undenkbar, aber bedenklich, weil sie auf ein doppeltes Stimmgewicht des Versammlungsleiters hinausläuft.»

¹³¹³ Siehe ERNST, Abstimmungsdesign, 283, der von «Wahlentscheidungen» spricht; ebenso TRAUTMANN/VON DER CRONE, 473 f.; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1158; für ein Beispiel ei-

4. Beschlussverkündung

474 Die Beschlussverkündung ist eine an die Generalversammlung gerichtete Erklärung¹³¹⁴ des Vorsitzenden darüber, welchen Beschluss die Versammlung gefasst hat. Im Normalfall besteht sie aus der Feststellung, dass der Antrag in der Abstimmung angenommen oder abgelehnt wurde. Nach überwiegender Lehre wirkt die Beschlussverkündung konstitutiv für den Beschluss.¹³¹⁵ Dieser kommt erst mit seiner Verkündung und nicht etwa bereits mit der letzten Stimmabgabe zustande. Die Verkündung gestaltet die Rechtslage auch dann verbindlich, wenn dem Vorsitzenden in der Ergebnisermittlung ein Fehler unterlaufen ist. Ist ein Antrag beispielsweise nur deshalb als angenommen verkündet worden, weil der Vorsitzende fälschlicherweise ruhende Stimmen mitgezählt hat, gilt zunächst (trotz des Fehlers) der Beschluss in der verkündeten Fassung.¹³¹⁶ Die unterlegenen Aktionäre können dann eine Umgestaltung der Rechtslage anstreben. Zu diesem Zweck haben sie den Beschluss innert Frist beim Gericht anzufechten (Art. 706 f. OR).¹³¹⁷

475 Wie bereits erwähnt ist die Urkundsperson verpflichtet, im Rahmen ihrer Möglichkeiten auf eine korrekte Ergebnisermittlung hinzuwirken und so zu einem formell einwandfreien (unanfechtbaren) Beschluss beizutragen.¹³¹⁸ Da die Beschlussverkündung den Prozess der Beschlussfassung erst komplettiert,¹³¹⁹

ner solchen Abstimmung siehe vorne [N 451](#) (Eventualabstimmung über gegenläufige Anträge zu einem Beschlussgegenstand).

¹³¹⁴ Typologisch ist sie eher als Wissens- denn als Willenserklärung zu interpretieren. Gleichwohl kommt der Beschlussverkündung (als Ausgangspunkt der rechtlichen Wirkung des Beschlusses) eine rechtsgeschäftliche Komponente zu, die sich mit der Qualifikation als Wissenserklärung nicht vollständig erfassen lässt.

¹³¹⁵ So BSK OR II-DUBS/TRUFFER, N 2a zu Art. 706; ERNST, Beschluss, 6 ff.; HUGUENIN/MAHLER, 132 f.; KNOBLOCH, 76 f.; SCHOTT, § 6 N 9 ff.; ähnlich BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 347, der die Verkündung zwar für ein Gültigkeitserfordernis hält, aber trotzdem nicht von ihrer Konstitutivwirkung sprechen möchte; grundlegend anders ZK-TANNER, N 56 ff. zu Art. 703 OR; DIES., Quoren, § 4 N 127, wonach die Verkündung keine rechtliche Wirkung haben soll.

¹³¹⁶ Konzeptionell anders BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 347, gemäss dem die widerspruchslos protokollierte Verkündung bloss eine natürliche Vermutung dafür begründe, dass die Versammlung diesen Beschluss gefasst habe.

¹³¹⁷ Würde man dagegen von der rein deklaratorischen Bedeutung der Beschlussverkündung ausgehen, so könnten die Aktionäre (ohne Bindung an eine Frist) auf Feststellung des rechtmässig gefassten Beschlusses klagen. Diese Lesart verträgt sich aber nicht mit Art. 691 Abs. 3 OR und steht im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung (exemplarisch BGE 147 III 561, insb. E. 6.1; besprochen bei DALLA PALMA/MAHLER/VON DER CRONE, 760 ff., 768 f.).

¹³¹⁸ Siehe vorne [N 178](#) und [460](#).

¹³¹⁹ Vgl. ERNST, Beschluss, 11 und *passim*, der die Verkündung als «konstitutiven Endakt» der Beschlussfassung beschreibt.

ist sie zwingend in der öffentlichen Urkunde zu dokumentieren.¹³²⁰ Üblicherweise erfolgt dies zusammen mit der Bekanntgabe der Stimmenverhältnisse.¹³²¹ In einfachen Verhältnissen (z.B. bei nur einem Aktionär), wo keine eigentliche Abstimmung stattfindet, kann (ohne vorgängige Aufführung des Antrags) die einstimmige Beschlussfassung durch die Generalversammlung protokolliert werden.¹³²²

Stellt der Vorsitzende das Resultat gegenüber der Versammlung nicht mit genügender Klarheit fest, soll die Urkundsperson ihn im Rahmen der Verfahrenskontrolle auffordern, dies nachzuholen.¹³²³ 476

5. Besonderheiten im schriftlichen Verfahren

Bei der Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren (Art. 701 Abs. 3 OR) zählt der Verwaltungsrat vor der Urkundsperson die elektronisch oder auf Papier eingegangenen Stimmen aus.¹³²⁴ Obwohl die Aktionäre abwesend sind, handelt es sich beurkundungsrechtlich gleichwohl nicht um ein Distanzverfahren. Denn der relevante Vorgang (das Auszählen der Stimmen und die Ergebnisfeststellung) spielt sich in Gegenwart der Urkundsperson ab. Um der beurkundungsrechtlichen Wahrheitspflicht¹³²⁵ zu genügen, soll die Urkundsperson die abgegebenen Stimmen (soweit zumutbar) überdies selbst nachzählen. Bei einer grossen Zahl eingegangener Stimmabgaben kann sie sich mit Stichproben begnügen.¹³²⁶ 477

Es gelten die gleichen Beschlussquoten wie an einer «gewöhnlichen» Generalversammlung.¹³²⁷ Sofern im Nenner die vertretenen Stimmen (bzw. Nennwerte) massgeblich sind (Art. 703 f. OR), ist bei der Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren auf die Stimmenzahl abzustellen, die an der Abstimmung teilgenom- 478

¹³²⁰ Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 3009; VOSER, 147; ebenso (mit Bezug auf das privatschriftliche Protokoll) BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 348; vgl. DERS., Leitungsbefugnisse, 72 f.

¹³²¹ Beispiel: «Nach der Beschlussfassung in elektronischer Abstimmung stellt der Vorsitzende fest, dass die Generalversammlung den Antrag des Verwaltungsrats mit folgendem Abstimmungsergebnis angenommen hat: [...]»

¹³²² Antrag, Ergebnisfeststellung und Beschlussverkündung erfolgen dann gewissermassen in einem Zug. Beispiel: «Die Generalversammlung beschliesst einstimmig, Peter Muster als neues Mitglied in den Verwaltungsrat zu wählen.»

¹³²³ Siehe VOSER, 147; allgemein zur Verfahrenskontrolle vorne [N 173 ff.](#)

¹³²⁴ Vgl. ARNET, Aktienrecht, 8.

¹³²⁵ Siehe vorne [N 71 ff.](#)

¹³²⁶ Vgl. BRÜCKNER, Zirkularbeschlüsse, 35.

¹³²⁷ Siehe vorne [N 467 ff.](#)

men hat (mit Ja, Nein oder Enthaltung). Etwaige ungültige Stimmabgaben sind dabei (gleich wie an einer Präsenzversammlung) im Nenner mitzuzählen.¹³²⁸

- 479 Die öffentliche Urkunde beinhaltet Datum, Zeit und Ort der Auszählung, die einleitenden Feststellungen des Vorsitzenden, die Auszählungsergebnisse sowie – daraus folgend – die gefassten Beschlüsse (vgl. Art. 702 Abs. 2 Ziff. 1, 2 und 3 OR; sog. Erwahrungsprotokoll).¹³²⁹ Die Abstimmungsinstruktionen des Verwaltungsrats und die eingegangenen Stimmzettel sind m.E. nicht Bestandteil der öffentlichen Urkunde.¹³³⁰ Diese Dokumente sind beurkundungsrechtlich gleich zu behandeln wie bei einer Präsenzversammlung die Einladung des Verwaltungsrats, die Vollmachten und allfällige Abstimmungsunterlagen.¹³³¹ Die Urkundsperson soll diese Dokumente zum Nachweis, dass sie die Feststellungen des Vorsitzenden sorgfältig protokolliert hat, bei ihren Akten aufbewahren; eine Integration in die öffentliche Urkunde ist dagegen nicht angebracht.
- 480 Der Beschluss kommt in dem Zeitpunkt zustande, in dem der Vorsitzende das Ergebnis zu Protokoll erklärt.¹³³² Die Ergebnisse sind den Aktionären nach der Auszählung in geeigneter Form mitzuteilen.¹³³³ Dieser Mitteilung kommt m.E. indes lediglich deklarative Bedeutung zu.

VI. Beurkundungsbedürftige Beschlüsse

- 481 Im Folgenden ist auf die einzelnen Beschlussgegenstände einzugehen, die das Gesetz dem Beurkundungserfordernis unterwirft. Der Fokus liegt dabei auf Aspekten, die aus Sicht der Urkundsperson wesentlich sind.

¹³²⁸ Zur Wirkung ungültiger Stimmabgaben statt vieler BÖCKLI, Aktienrecht, N 492; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, N 14 zu Art. 703.

¹³²⁹ Siehe EHRA-Praxismitteilung 1/23, 5; EGGIMANN/HÄCKI/ZYSSET, 305.

¹³³⁰ Anders BRÜCKNER, Zirkularbeschlüsse, 34 (Anheftung der Abstimmungsunterlagen an die öffentliche Urkunde mit Schnur und Siegel).

¹³³¹ Siehe vorne [N 406](#).

¹³³² Diese Erklärung entspricht der Beschlussverkündung an einer Präsenzversammlung (zu dieser soeben [N 474 ff.](#)). Zutreffend ERNST, Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren, 169; anders EGGIMANN/HÄCKI/ZYSSET, 311; MÜLLER/KAISER/BENZ, Öffentliche Beurkundung 2020, 247.

¹³³³ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, N 34 und 38 zu Art. 701; ERNST, Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren, 169.

1. Kapitalveränderungen

1.1 Ordentliche Kapitalerhöhung

Die ordentliche Kapitalerhöhung (Art. 650 ff. OR) erfolgt zweistufig: Sie wird von der Generalversammlung beschlossen und vom Verwaltungsrat ausgeführt.¹³³⁴ Beide Verfahrensschritte sind öffentlich zu beurkunden. Für den Verwaltungsratsbeschluss ergibt sich der Beurkundungszwang bereits aus Art. 647 OR.¹³³⁵ Den sog. Erhöhungsbeschluss der Generalversammlung, der keine unmittelbar statutenändernde Wirkung hat, unterwirft Art. 650 Abs. 2 OR der Form der öffentlichen Beurkundung.¹³³⁶ 482

a Erhöhungsbeschluss der Generalversammlung

Der Inhalt des Erhöhungsbeschlusses ist in Art. 650 Abs. 2 OR abschliessend aufgelistet. Die Generalversammlung muss die dort genannten Parameter der Kapitalerhöhung grundsätzlich selbst festlegen. Eine Delegation an den Verwaltungsrat ist nur bezüglich des Entscheids über den Ausgabebetrag zulässig (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 3 OR).¹³³⁷ 483

Die Beschlussfassung über eine ordentliche Kapitalerhöhung erfordert das erhöhte Quorum gemäss Art. 704 Abs. 1 OR, wenn die Liberierung in qualifizierter Form¹³³⁸ erfolgt oder das Bezugsrecht der Aktionäre eingeschränkt oder aufgehoben wird (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 3 und 4 OR). Die Doppelhürde von Art. 704 Abs. 1 OR ist sodann zu beachten, wenn die Gesellschaft bei der Kapitalerhöhung Stimmrechtsaktien ausgeben will, ohne dass zugleich die Stammaktien proportional aufgestockt würden (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 OR).¹³³⁹ Ansonsten genügt die Zustimmung der Mehrheit der vertretenen Stimmen (Art. 703 Abs. 1 OR). Das gilt im Fall einer «einfachen» Kapitalerhöhung, bei der die neu 484

¹³³⁴ Zur Durchführung durch den Verwaltungsrat siehe hinten [N 582 ff.](#)

¹³³⁵ Art. 652g Abs. 2 OR bekräftigt und präzisiert die Beurkundungspflicht für den statutenändernden Beschluss des Verwaltungsrats.

¹³³⁶ Der Formzwang für den Erhöhungsbeschluss wurde erst mit der Aktienrechtsrevision 1991 eingeführt. Vorher war nur der (statutenändernde) Feststellungsbeschluss, den nach damaligem Recht auch die Generalversammlung zu fassen hatte, beurkundungsbedürftig (siehe vorne [N 142](#) mit Fn. 442).

¹³³⁷ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 6; ZK-CRAMER, N 10 zu Art. 650 OR; ferner FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 52 N 63 ff.

¹³³⁸ D.h. mittels Sacheinlage, Verrechnung oder Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital.

¹³³⁹ Bei proportionaler Erhöhung über mehrere Aktienkategorien ist das qualifizierte Quorum dagegen nicht erforderlich (BGE 116 II 525, insb. E. 3d).

ausgegebenen Aktien in bar liberiert werden und die Bezugsrechte unangetastet bleiben. Doch auch hier können die Statuten ein qualifiziertes Quorum vorsehen. Ist die Beschlussfassung über Statutenänderungen generell einem statutarisch erhöhten Quorum unterworfen, gilt dieses nach der Lehre auch für den Erhöhungsbeschluss. Dies ist formal betrachtet nicht selbstverständlich, führt der Erhöhungsbeschluss doch wie erwähnt noch zu keiner Statutenänderung. Im Effekt ist diese Auslegung aber folgerichtig, weil der Erhöhungsbeschluss den Auftrag an den Verwaltungsrat beinhaltet, die Statuten anzupassen.¹³⁴⁰

- 485 Von den Verfahrensaspekten abgesehen hat die Urkundsperson sicherzustellen, dass der Erhöhungsbeschluss den inhaltlichen Anforderungen von Art. 650 Abs. 2 OR genügt und die darin getroffenen Regelungen rechtskonform sind. Eine weitergehende Inhaltskontrolle hat sie nicht vorzunehmen.¹³⁴¹ Nicht überprüfen kann die Urkundsperson etwa, ob ein allfälliger Bezugsrechtsausschluss gerechtfertigt ist oder nicht.¹³⁴²

b Nenn- und Ausgabebetrag sowie neue Aktien

- 486 Festzulegen ist zunächst der Nennbetrag, um den das Aktienkapital erhöht werden soll (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Obwohl nicht (mehr) im Gesetzeswortlaut enthalten, muss auch der Betrag der darauf zu leistenden Einlagen (Liberierungsbetrag bzw. -quote) im Generalversammlungsbeschluss angegeben werden.¹³⁴³
- 487 Neu lässt das Gesetz ausdrücklich die Angabe eines maximalen Nennbetrags zu. Dieses Vorgehen kann sich aufdrängen, wenn zunächst nicht klar ist, in welchem Umfang neue Aktien gezeichnet werden.¹³⁴⁴ Die Festlegung eines Maximalbetrags im Erhöhungsbeschluss vergrössert den Entscheidungsspielraum des Verwaltungsrats nicht. Dieser hat den ganzen Maximalbetrag zur Zeichnung anzubieten. Anschliessend muss der Verwaltungsrat die Kapitalerhöhung im vollen Umfang der eingegangenen Zeichnungen vollziehen.¹³⁴⁵ Es

¹³⁴⁰ So BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 15; ZK-CRAMER, N 8 zu Art. 650 OR; SHK HRegV-SIFFERT/TAGMANN, N 11 zu Art. 46; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, N 4 zu Art. 650.

¹³⁴¹ Zur beschränkten Inhaltskontrolle siehe vorne [N 180 ff.](#)

¹³⁴² Siehe hinten [N 493 ff.](#)

¹³⁴³ Siehe EHRA-Praxismitteilung 3/22, 3 f.

¹³⁴⁴ Die Kapitalerhöhung mit Maximalbetrag galt schon vor der Aktienrechtsrevision 2020 als zulässig (grundlegend VON DER CRONE, Maximalbetrag, 1 ff.).

¹³⁴⁵ Botschaft OR 2016, 497; BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 9; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 7 zu Art. 650 OR; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 588; umfassend DERS., Maximalbetrag, 4 ff.

steht ihm mit anderen Worten kein Ermessen bei der Bestimmung des Erhöhungsbetrags zu.¹³⁴⁶ Beabsichtigt die Generalversammlung dem Verwaltungsrat ein solches Ermessen einzuräumen, ist auf das Instrument des Kapitalbands zurückzugreifen. Entsprechend der bisherigen Praxis ist zu verlangen, dass der Erhebungsbeschluss nicht nur den Maximalbetrag nennt, sondern das Durchführungsverfahren transparent macht.¹³⁴⁷ Möglich (aber nicht zwingend) ist sodann, dass die Generalversammlung zusätzlich einen Mindestbetrag für die Kapitalerhöhung festsetzt. Erreichen die eingegangenen Zeichnungen den Mindestbetrag nicht, darf die Kapitalerhöhung nicht durchgeführt werden.¹³⁴⁸

Der Generalversammlungsbeschluss muss den Ausgabebetrag der neuen Aktien angeben oder den Verwaltungsrat zu dessen Festsetzung ermächtigen (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Der Ausgabebetrag muss mindestens dem Nennwert der Aktien entsprechen (Art. 624 OR).¹³⁴⁹ Im Normalfall wird sich der Ausgabepreis am (erwarteten) wirtschaftlichen Wert der Aktien im Ausgabezeitpunkt orientieren. Ein zu tiefer Ausgabebetrag führt zur Verwässerung der Beteiligungsquote der bisherigen Aktionäre, wenn ihnen das Bezugsrecht entzogen wird oder wenn sie sich nicht an der Erhöhung beteiligen wollen oder können.¹³⁵⁰ Setzt die Generalversammlung den Ausgabepreis ohne sachlichen Grund zu tief fest, hat dies die Anfechtbarkeit des Beschlusses zur Folge.¹³⁵¹ Die Kontrolle des Ausgabebetrags fällt indessen nicht in den Aufgabenbereich der Urkundsperson. Die Bewertung der Aktien ist Sache des Verwaltungsrats und entzieht sich naturgemäss einer notariellen Überprüfung.¹³⁵² Dies entspricht der grundsätzlichen Feststellung, dass im Bereich der inhaltlichen Rechtsmäs-

488

¹³⁴⁶ Die Gegenmeinung von BK-GERICKE/LAMBERT, N 2 zu Art. 650–657 OR, lässt sich weder auf die bisherige Praxis noch auf die Materialien abstützen.

¹³⁴⁷ Formulierungsbeispiel (siehe VON DER CRONE, Maximalbetrag, 2, insb. Fn. 1 und 3 mit weiteren Beispielen): «Gesamter Nennbetrag, um den das Aktienkapital maximal erhöht werden soll: CHF 100'000 [...]. Der Verwaltungsrat wird beauftragt, die Kapitalerhöhung im Umfang der gezeichneten Aktien unter Berücksichtigung des von der Generalversammlung beschlossenen Maximalbetrags durchzuführen. Dem Verwaltungsrat steht bezüglich des Erhöhungsbetrags kein Ermessen zu.»

¹³⁴⁸ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 9 a.E.; VON DER CRONE, Maximalbetrag, 9 f.

¹³⁴⁹ Zum Verbot der Unter-Pari-Emission siehe bereits vorne [N 265](#).

¹³⁵⁰ Umfassend dazu RICHARD M. MEYER, N 39 ff.

¹³⁵¹ Der neue Art. 652b Abs. 4 OR stellt klar, dass dies auch dann gilt, wenn das Bezugsrecht nicht eingeschränkt oder aufgehoben wird (siehe VON DER CRONE, Aktienrecht, N 656; eingehend und differenziert dazu BERNET, N 469 ff.).

¹³⁵² Siehe vorne [N 183](#).

sigkeit die Prüfbefugnis der Urkundsperson mit jener der Handelsregisterbehörden identisch ist,¹³⁵³ die Bewertungsfragen ebenfalls nicht überprüfen.

- 489 Anzugeben sind im Beschluss die Anzahl, der Nennwert und die Art der neu ausgegebenen Aktien, etwaige Vorrechte, die mit einzelnen Aktienkategorien verbunden sind sowie der Zeitpunkt, ab dem die Aktien zum Dividendenbezug berechtigen (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 OR).¹³⁵⁴ Sodann ist ein Hinweis auf die Vinkulierung erforderlich, falls die Übertragbarkeit der neuen Aktien beschränkt ist (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 8 OR).¹³⁵⁵

c *Liberierung*

- 490 Die Generalversammlung hat die Liberierungsart festzulegen. Soll der Ausgabepreis nicht mit Geldeinlagen¹³⁵⁶ getilgt werden, sind im Beschluss zusätzliche Angaben zu den Einlagen zu machen. Im Fall einer Sacheinlage¹³⁵⁷ müssen deren Gegenstand, seine Bewertung, der Name des Einlegers sowie die dafür ausgegebenen Aktien (und allfällige weitere Gegenleistungen der Gesellschaft) aufgeführt werden (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 4 OR).
- 491 Erfolgt die Liberierung durch Verrechnung mit einer Forderung, die dem Zeichner gegenüber der Gesellschaft zusteht, so muss der Beschluss den Betrag der Forderung, den Namen des Gläubigers und die ihm zukommenden Aktien nennen (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 5 OR). Diese Angaben hat der Verwaltungsrat sodann im Rahmen seines Feststellungsbeschlusses in die Statuten aufzunehmen (Art. 634a Abs. 3 OR).¹³⁵⁸ Die Verrechnungsliberierung (sog. *debt-equity swap*) kommt gerade in Sanierungssituationen häufig vor. Sie führt zu einer Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital und erlaubt es damit der Gesellschaft, ihre Eigenkapitalbasis zu stärken.¹³⁵⁹ Die Einlageschuld kann auch dann durch Verrechnung getilgt werden, wenn die Forderung gegenüber der Gesellschaft nicht mehr durch Aktiven gedeckt (also nicht mehr werthaltig) ist.

¹³⁵³ Dazu allgemein vorne [N 180 ff.](#) und [210](#).

¹³⁵⁴ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 10; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, N 6 ff zu Art. 650; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 588.

¹³⁵⁵ Zur Überprüfung dieser Aspekte durch die Urkundsperson siehe vorne [N 485](#).

¹³⁵⁶ Zur Barliberierung siehe vorne [N 277 ff.](#)

¹³⁵⁷ Siehe vorne [N 280 ff.](#)

¹³⁵⁸ Siehe hinten [N 587](#).

¹³⁵⁹ Zur Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung als Sanierungsmassnahme siehe etwa AUS DER AU, N 261 ff. und 355 ff.; FORSTMOSER/VOGT, 531 ff.; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 636 und 2024.

Art. 634a Abs. 2 OR stellt dies neu klar; die Frage war früher umstritten.¹³⁶⁰ Die Forderung des Zeichners (Verrechnungsforderung) muss bestehen und verrechenbar sein.¹³⁶¹ Erfüllt sein müssen damit die Voraussetzungen gemäss Art. 120 Abs. 1 OR (Fälligkeit, Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit). In Abweichung von Art. 120 Abs. 2 OR kann eine Forderung, die von der Gesellschaft bestritten wird, nicht zur Verrechnung gebracht werden.¹³⁶² Dies ergibt sich schon daraus, dass der Verwaltungsrat im Kapitalerhöhungsbericht den Bestand und die Verrechenbarkeit der Forderung bestätigen muss (Art. 652e Ziff. 2 OR). Die Liberierung durch Verrechnung erfolgt nicht (wie die Verrechnung im Allgemeinen) durch eine (einseitige) Gestaltungserklärung, sondern gestützt auf eine Vereinbarung zwischen dem Zeichner und der Gesellschaft.¹³⁶³

Art. 652d OR lässt die Erhöhung des Aktienkapitals durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital zu. Auch diese Form der Liberierung ist im Erhöhungsbeschluss auszuweisen (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 6 OR). Buchhalterisch findet eine Umbuchung innerhalb des Eigenkapitals statt: Bisher frei verwendbares Eigenkapital (das heisst Bilanzgewinn oder ausschüttbare Reserven¹³⁶⁴) wird dem (gesperrten) Aktienkapital zugeschlagen.¹³⁶⁵ Dass genügend frei verwendbares Eigenkapital vorhanden ist, muss die Gesellschaft mit der Anmeldung der Kapitalerhöhung beim Handelsregisteramt nachweisen (Art. 652d Abs. 2 OR; Art. 46 Abs. 3 lit. c HRegV). Überdies verlangt das Gesetz (wie bei der Liberierung durch Sacheinlage oder Verrechnung¹³⁶⁶), dass die Erhöhung durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital in den Statuten offengelegt wird (Art. 652d Abs. 3 OR).

492

¹³⁶⁰ Eingehend FORSTMOSER/VOGT, 533 f. und *passim*; ferner AUS DER AU, N 899 ff.; GLANZMANN, Fallstricke, 27 f.

¹³⁶¹ Siehe Art. 652e Ziff. 2 OR, wonach der Verwaltungsrat bestätigen muss, dass die Forderung besteht und verrechenbar ist.

¹³⁶² Siehe AUS DER AU, N 310 ff.; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 637; WIDMER, 387 f.; BSK OR II-SCHENKER/MEYER, N 1 zu Art. 634a; SCHENKER/SCHENKER, 80 f.

¹³⁶³ Siehe VON DER CRONE, Aktienrecht, N 638 m.w.H.; eingehend zum konsensualen Charakter der Verrechnungsliberierung AUS DER AU, N 318 ff.

¹³⁶⁴ Frei verwendbar sind die freiwilligen Gewinnreserven (Art. 673 OR) sowie die gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven, soweit sie zusammen (abzüglich allfälliger Verluste) die Hälfte des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals übersteigen (Art. 671 Abs. 2 und Art. 672 Abs. 2 OR).

¹³⁶⁵ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 36; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 640.

¹³⁶⁶ Zu den Sacheinlagen siehe vorne [N 282](#); zur Verrechnung siehe soeben [N 491](#).

d Bezugsrechte

- 493 Die Generalversammlung beschliesst, ob das Bezugsrecht der Aktionäre eingeschränkt oder ausgeschlossen werden soll (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 9 OR). Entscheidet sie sich dazu, muss der Erhöhungsbeschluss den wichtigen Grund, auf den sich die Bezugsrechtsbeschränkung stützt, konkret umschreiben.¹³⁶⁷ Anzugeben sind der Verwendungszweck der neuen Aktien (z.B. Übernahme einer anderen Gesellschaft mittels Aktientausch oder Mitarbeiterbeteiligung¹³⁶⁸) und der Personenkreis, dem die Bezugsrechte zukommen sollen, ohne dass die künftigen Zeichner individuell genannt werden müssten.¹³⁶⁹
- 494 Art. 650 Abs. 2 Ziff. 9 OR verlangt ferner, dass der Beschluss regelt, was mit Bezugsrechten zu geschehen hat, die zwar gewährt, aber von den Aktionären nicht ausgeübt wurden. Die Generalversammlung darf diesen Entscheid weitgehend ins Ermessen des Verwaltungsrats stellen. Zulässig (und in der Praxis verbreitet) ist etwa die Formel, nicht ausgeübte Bezugsrechte habe der Verwaltungsrat «im Interesse der Gesellschaft» zuzuweisen.¹³⁷⁰
- 495 Die Urkundsperson stellt sicher, dass der Erhöhungsbeschluss diese Anforderungen erfüllt. Ob ein allfälliger Bezugsrechtsausschluss im konkreten Fall durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt sowie verhältnismässig ist oder nicht, muss (und kann) sie dagegen wie erwähnt nicht prüfen.¹³⁷¹ Diese Frage bleibt der gerichtlichen Beurteilung vorbehalten, vorausgesetzt ein Aktionär erhebt fristgerecht Klage.

e Durchführungsfrist

- 496 Der Verwaltungsrat hat die Kapitalerhöhung innerhalb von sechs Monaten¹³⁷² seit dem Generalversamlungsbeschluss komplett durchzuführen. In dieser

¹³⁶⁷ Anders als bei der Einführung eines Kapitalbands (dazu hinten [N 527](#)) muss der Erhöhungsbeschluss bei der ordentlichen Kapitalerhöhung auf das konkrete Projekt Bezug nehmen, zu dessen Realisierung das Bezugsrecht beschränkt wird (siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 11; vgl. dazu BGE 121 III 219, E. 1d/cc).

¹³⁶⁸ Eingehend zum «wichtigen Grund» als Voraussetzung des Bezugsrechtsausschlusses BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 96 ff.; Übersicht nach Fallgruppen bei BERNET, N 409 ff.

¹³⁶⁹ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 11; ZK-CRAMER, N 39 zu Art. 650 OR; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, N 28 zu Art. 650.

¹³⁷⁰ Siehe BGE 121 III 219, E. 4a; ebenso ZK-CRAMER, N 40 zu Art. 650 OR; restriktiver BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 11.

¹³⁷¹ Siehe vorne [N 183](#) und [488](#).

¹³⁷² Die früher dreimonatige Frist wurde im Zug der Aktienrechtsrevision mit der Begründung verlängert, sie habe sich in der Praxis als zu kurz erwiesen (siehe Botschaft OR 2016, 497).

Frist hat die Anmeldung zur Eintragung ins Handelsregister zu erfolgen (Art. 650 Abs. 3 OR). Es handelt sich um eine Verwirkungsfrist.¹³⁷³ Verstreicht sie, ohne dass die Kapitalerhöhung beim Handelsregisteramt angemeldet worden ist, fällt der Erhöhungsbeschluss *ex tunc* dahin.¹³⁷⁴

Obschon dies nicht erforderlich ist, wird in der öffentlichen Urkunde über den Erhöhungsbeschluss häufig explizit auf die sechsmonatige Durchführungsfrist hingewiesen. Die Generalversammlung kann die gesetzliche Frist im Beschluss nicht verlängern, aber verkürzen.¹³⁷⁵ 497

1.2 Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital

Bei der Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital (Art. 653 ff. OR) schafft die Generalversammlung die statutarische Grundlage dafür, dass der Verwaltungsrat Wandel- oder Optionsrechte auf den Bezug von Aktien ausgeben kann. Das Aktienkapital erhöht sich dann automatisch, sobald die Berechtigten ihr Wandel- bzw. Optionsrecht ausüben.¹³⁷⁶ Der Verwaltungsrat hat über die Erhöhung aus bedingtem Kapital von Zeit zu Zeit einen Feststellungsbeschluss zu fassen und die Statuten entsprechend anzupassen.¹³⁷⁷ 498

Alternativ zur Einführung durch einen Generalversammlungsbeschluss kann das bedingte Kapital bereits in den Gründungsstatuten vorgesehen sein.¹³⁷⁸ 499

a Erhöhungsbeschluss der Generalversammlung

Die Generalversammlung beschliesst mit einem statutenändernden Beschluss über die Einführung des bedingten Kapitals. Der Beschluss ist öffentlich zu beurkunden und ins Handelsregister einzutragen (Art. 647 OR). Für die Beschlussfassung gilt das qualifizierte Quorum von zwei Dritteln der vertretenen Aktienstimmen und der Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5. OR). 500

¹³⁷³ Botschaft OR 2016, 497 mit Hinweisen zur Fristwahrung.

¹³⁷⁴ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 52 N 85; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, N 35 zu Art. 650.

¹³⁷⁵ Botschaft OR 2016, 497; noch zum alten Recht ZK-CRAMER, N 47 zu Art. 650 OR.

¹³⁷⁶ VON DER CRONE, Aktienrecht, N 599 ff.; eingehend zur Funktionsweise des bedingten Kapitals WENGER, 13 ff.

¹³⁷⁷ Siehe dazu hinten [N 591 ff.](#)

¹³⁷⁸ Mit ausführlicher Begründung WENGER, 177 ff.

b Inhalt der Statutenbestimmung

- 501 Die Statutenbestimmung über das bedingte Kapital muss die Angaben gemäss Art. 653b OR enthalten.¹³⁷⁹ Festzulegen sind zunächst der Nennbetrag des bedingten Kapitals sowie die Anzahl, der Nennwert und die Art der auszugebenden Aktien (Art. 653b Abs. 1 Ziff. 1 und 2 OR). Das bedingte Kapital darf die Hälfte des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals nicht übersteigen (Art. 653a Abs. 1 OR). Beschliesst die gleiche Generalversammlung vor der Einführung des bedingten Kapitals eine ordentliche Kapitalerhöhung, kann zur Berechnung der Obergrenze bereits auf das ordentlich erhöhte Aktienkapital abgestellt werden, wenn die ordentliche Kapitalerhöhung danach unmittelbar vollzogen und gleichzeitig mit der Statutenänderung betreffend das bedingte Kapital beim Handelsregisteramt angemeldet wird. Es muss also nicht zuerst die ordentliche Kapitalerhöhung durchgeführt und dann eine neue Generalversammlung (unter Einschluss der allenfalls hinzugekommenen Aktionäre) abgehalten werden, die über das bedingte Kapital Beschluss fasst. Dies stellen die Materialien nunmehr (entsprechend der bisher herrschenden Lehre¹³⁸⁰) klar.¹³⁸¹ Die Handelsregisterpraxis war diesbezüglich uneinheitlich.¹³⁸²
- 502 Zu definieren ist in den Statuten der Kreis der Personen, denen die Wandel- bzw. Optionsrechte eingeräumt werden sollen (Art. 653b Abs. 1 Ziff. 3 OR). Es kann sich dabei insbesondere um Gläubiger von Wandel- oder Optionsanleihen, Arbeitnehmer oder Verwaltungsratsmitglieder handeln. Wie das Gesetz explizit festhält, kann die Gesellschaft auch «Dritten» Rechte zum Bezug von Aktien aus dem bedingten Kapital zuweisen (Art. 653 Abs. 1 OR). Darunter fallen auch die Gläubiger von Einzeldarlehen mit einer Call-Option oder dem

¹³⁷⁹ Formulierungsbeispiel: «Das Aktienkapital kann sich durch Ausgabe von höchstens 1'000 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 100 um höchstens CHF 100'000 erhöhen, infolge der Ausübung von Wandelrechten, die den Gläubigern von Wandeldarlehen eingeräumt worden sind. Das Bezugsrecht der Aktionäre ist ausgeschlossen. Die Übertragbarkeit der Namenaktien ist nach Massgabe der Statuten beschränkt. Die Ausübung der Wandelrechte und der Verzicht auf diese Rechte erfolgen schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht.»

¹³⁸⁰ Siehe ZK-CRAMER, N 3 zu Art. 653a OR; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, N zu Art. 653a; anders (mit Bezug auf das genehmigte Kapital) BÖCKLI, Aktienrecht 2009, § 2 N 87a.

¹³⁸¹ Siehe Botschaft OR 2016, 502.

¹³⁸² Während die hier vertretene (liberalere) Betrachtungsweise gerade in der Deutschschweiz verbreitet war (siehe MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 283; SHK HRegV-TAGMANN, N 2 zu Art. 49), stützten sich manche Handelsregisterämter der Romandie auf eine ältere EHRA-Praxis und verlangten die Durchführung einer zweiten Generalversammlung nach dem Vollzug der ordentlichen Kapitalerhöhung (siehe EHRA-Praxis 2002, 49 f.; in diesem Sinn [bezogen auf das Kapitalband] auch BÜCHLER, N 242).

Recht, statt der Rückzahlung Aktien zu verlangen (sog. Wandeldarlehen), wie sie besonders bei Start-Up-Gesellschaften verbreitet sind.¹³⁸³

Sodann müssen die Statuten in der Regel das Bezugsrecht der bisherigen Aktionäre ausschliessen (Art. 653b Abs. 1 Ziff. 4 OR). Das Bezugsrecht kann schon allein wegen der Mechanik des bedingten Kapitals nicht gewährt werden: Es sind die Wandel- bzw. Optionsberechtigten (und nicht die Organe der Gesellschaft), die durch die Ausübung ihres Rechts final bestimmen, wann die Gesellschaft wie viele Aktien ausgibt. Die Erhöhung aus bedingtem Kapital geht notwendig mit einem Bezugsrechtsausschluss einher, es sei denn, die Optionsrechte werden proportional den bisherigen Aktionären zugeteilt.¹³⁸⁴ Für diesen Fall, die Ausgabe sog. Aktionärsoptionen, gelten die Vorschriften über das Bezugsrecht bei der ordentlichen Kapitalerhöhung sinngemäss (Art. 653c Abs. 1 OR).

Nach revidiertem Recht haben die Statuten festzulegen, in welcher Form die Ausübung der Options- oder Wandelrechte (und der Verzicht auf diese Rechte) erfolgen müssen (Art. 653b Abs. 1 Ziff. 7 OR).¹³⁸⁵ Neben der einfachen Schriftlichkeit kann die Gesellschaft darin etwa auch andere Formen zulassen, die den Nachweis durch Text ermöglichen (z.B. E-Mail).¹³⁸⁶ Gegebenenfalls müssen die Statuten sodann Vorrechte einzelner Aktienkategorien sowie die Beschränkung der Übertragbarkeit der auszugebenden Aktien ausweisen (Art. 653b Abs. 1 Ziff. 5 und 6 OR).

Wie soeben erwähnt haben die Aktionäre im Regelfall kein Bezugsrecht hinsichtlich der Aktien, die aus dem bedingten Kapital ausgegeben werden. Stattdessen schützt das Gesetz die Aktionäre vor einer Verwässerung ihres Stimmen- und Kapitalanteils, indem es ihnen ein Vorwegzeichnungsrecht einräumt: Der Verwaltungsrat muss die unter dem bedingten Kapital ausgegebenen Anlehens- oder ähnlichen Obligationen vorweg den Aktionären entsprechend ihrer bisherigen Beteiligung zur Zeichnung anbieten (Art. 653c

¹³⁸³ Zum weit gefassten Anwendungsbereich des bedingten Kapitals siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 123 ff.; SCHENKER/SCHENKER, 91 f.; WENGER, 41 ff. und 155 ff.; unter früherem Recht war umstritten, ob die Regelung zum bedingten Kapital auch solche Einzeldarlehen einbezog (siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 52 N 324 mit Fn. 107).

¹³⁸⁴ Eingehend BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 146 f.; siehe zu den Aktionärsoptionen auch VON DER CRONE, Aktienrecht, N 613 f. m.w.H.; WENGER, 155 ff.

¹³⁸⁵ Botschaft OR 2016, 502 f.; vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 138, der davon ausgeht, dass die Form nur geregelt werden müsse, wenn die Statuten von der Schriftform abweichen wollen.

¹³⁸⁶ Siehe BK-GERICKE/LAMBERT, N 12 zu Art. 650–657 OR.

Abs. 2 OR).¹³⁸⁷ Die Statuten können das Vorwegzeichnungsrecht beschränken oder aufheben, wenn ein wichtiger Grund vorliegt oder wenn die Aktien börsenkotiert sind und die Obligationen zu angemessenen Bedingungen ausgegeben werden (Art. 653c Abs. 3 OR). In Fall einer Beschränkung oder Aufhebung muss die Statutenklausel über das bedingte Kapital zusätzlich die Voraussetzungen für die Ausübung der Wandel- oder Optionsrechte sowie die Grundlagen, nach denen der Ausgabebetrag zu berechnen ist, angeben (Art. 653b Abs. 2 OR).¹³⁸⁸

- 506 Im Rahmen der beschränkten Inhaltskontrolle¹³⁸⁹ prüft die Urkundsperson, ob die beantragte Statutenbestimmung zum bedingten Kapital inhaltlich gemäss Art. 653b OR vollständig und korrekt ist, sodass sie ins Handelsregister eingetragen werden kann. Nicht von der Prüfpflicht der Urkundsperson erfasst ist dagegen die Frage, ob ein allfälliger Entzug des Vorwegzeichnungsrechts gerechtfertigt ist.¹³⁹⁰

1.3 Kapitalherabsetzung und Kapitalschnitt

a Ordentliche Kapitalherabsetzung

- 507 Mit der ordentlichen Kapitalherabsetzung (Art. 653j ff. OR) kommt es auf der Passivseite der Bilanz zu einer Rektion des Aktienkapitals und auf der Aktivseite zu einem Abfluss flüssiger Mittel aus der Gesellschaft.¹³⁹¹ Eine ordentliche Kapitalherabsetzung wird in der Regel dann durchgeführt, wenn die Gesellschaft überkapitalisiert ist, das heisst, wenn sie über Mittel verfügt, die sie betrieblich nicht benötigt.¹³⁹²

¹³⁸⁷ Siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 52 N 338; WENGER, 79 ff.; zum Verfahren der Gewährung des Vorwegzeichnungsrechts siehe BSK OR II-ISLER/ZINDEL, N 6 f. zu Art. 653c.

¹³⁸⁸ Im Fall von Mitarbeiteroptionen ist das Vorwegzeichnungsrecht der Aktionäre begriffsnotwendig ausgeschlossen (siehe BGE 121 III 219, E. 5a; ZK-CRAMER, N 2 zu Art. 653c OR; WENGER, 63 ff.). Formell genügt in diesem Fall ein Hinweis in den Statuten, dass die Mitarbeiteroptionen gemäss dem massgeblichen Optionsplan ausgegeben werden (vgl. WENGER, 67 f.).

¹³⁸⁹ Dazu allgemein vorne [N 180 ff.](#)

¹³⁹⁰ Es verhält sich insoweit gleich wie mit dem Entzug des Bezugsrechts bei der ordentlichen Kapitalerhöhung (siehe vorne [N 485](#)).

¹³⁹¹ Statt vieler VON DER CRONE, Aktienrecht, N 680.

¹³⁹² Siehe BGer 4A_205/2008 vom 19. August 2008, E. 4.2 m.w.H. Die Ausschüttung an die Aktionäre aus dem Grundkapital ist – wie jene aus den sog. Kapitaleinlagereserven – steuerfrei (dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 181 mit Fn. 551).

Der mit der Herabsetzung verbundene Mittelabfluss an die Aktionäre gefährdet potenziell die Interessen der Gläubiger. Aus diesem Grund enthält das Gesetz ein Gläubigerschutzverfahren, das vor dem Vollzug der Herabsetzung zwingend durchgeführt werden muss. Zunächst muss der Verwaltungsrat einen Schuldenruf gemäss Art. 653k Abs. 1 OR elektronisch im SHAB publizieren.¹³⁹³ Daraufhin haben die Gläubiger 30 Tage Zeit, ihre Forderungen gegenüber der Gesellschaft schriftlich anzumelden und Sicherstellung zu verlangen. Die Gesellschaft muss die angemeldeten Forderungen in dem Umfang sicherstellen, in dem die bisherige Deckung durch die Kapitalherabsetzung vermindert wird (Art. 653k Abs. 2 OR). Von der Pflicht zur Sicherstellung kann sich die Gesellschaft befreien, wenn sie die Forderung erfüllt oder beweist, dass die Erfüllung durch die Herabsetzung nicht gefährdet wird (Art. 653k Abs. 3 OR).¹³⁹⁴ Als zusätzlichen Schutzmechanismus verlangt Art. 653m Abs. 1 OR die schriftliche Bestätigung eines zugelassenen Revisionsexperten, dass die Gläubigerforderungen trotz Herabsetzung voll gedeckt sind.¹³⁹⁵ Der dieser Bestätigung zugrunde liegende Jahres- oder Zwischenabschluss darf höchstens sechs Monate vor dem Generalversammlungsbeschluss erstellt worden sein (Art. 653l OR).

508

Die Generalversammlung beschliesst mit der Mehrheit der vertretenen Stimmen (Art. 703 Abs. 1 OR) über die Kapitalherabsetzung. Der Beschluss ändert die Statuten nicht unmittelbar,¹³⁹⁶ muss aber gleichwohl öffentlich beurkundet werden (Art. 653n OR). Inhaltlich muss der Beschluss die in Art. 653n OR genannten Punkte abdecken. Anzugeben ist der Nennbetrag der Kapitalherabsetzung, wobei die Nennung eines Maximalbetrags möglich ist (Ziff. 1).¹³⁹⁷ Festgelegt werden muss sodann, ob die Herabsetzung durch Reduktion des Nennwerts oder Vernichtung von Aktien erfolgt (Ziff. 2). Werden Aktien ver-

509

¹³⁹³ Der dreimalige Schuldenruf nach früherem Recht wurde mit der Aktienrechtsrevision 2020 abgeschafft. Neu genügt eine einmalige elektronische Publikation im SHAB (siehe Botschaft OR 2016, 506; FISCHER, 6 f.).

¹³⁹⁴ Siehe zu diesem Beweis Botschaft OR 2016, 507; vgl. BK-GERICKE/LAMBERT, N 22 zu Art. 650–657 OR; ferner BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 189, für den die Möglichkeit, auf die Sicherstellung zu verzichten, ein «entscheidender Fortschritt» ist.

¹³⁹⁵ Zur Kapitalherabsetzungsprüfung eingehend HWP, 207 ff.

¹³⁹⁶ Die ordentliche Kapitalherabsetzung erfolgt damit (anders als die konstitutive Kapitalherabsetzung nach altem Recht) spiegelbildlich zur ordentlichen Kapitalerhöhung. Die Statuten werden erst durch den Feststellungsbeschluss des Verwaltungsrats geändert (siehe zu diesem hinten [N 596 ff.](#)).

¹³⁹⁷ Die Herabsetzung bis zu einem Maximalbetrag kann sich etwa bei Kapitalherabsetzungen im Rahmen von Aktienrückkaufprogrammen aufdrängen, wenn zu Beginn nicht klar ist, wie viele Aktien effektiv zurückgekauft werden können (Botschaft OR 2016, 509; siehe auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 197).

nichtet, sinkt die Zahl der Mitgliedschaftsstellen. Dies setzt das Einverständnis der betroffenen Aktionäre voraus.¹³⁹⁸ Die Vernichtung spielt daher vor allem bei Herabsetzungen eine Rolle, die im Zusammenhang mit einem Aktienrückkauf durch die Gesellschaft erfolgen.¹³⁹⁹ Schliesslich hat die Generalversammlung über die Verwendung des Herabsetzungsbetrags zu befinden (Ziff. 3). Typischerweise wird Geld an die Aktionäre ausbezahlt. Denkbar sind aber auch andere Formen der Verwendung (z.B. Verbuchung als freiwillige Reserven oder Verbindlichkeiten gegenüber den Aktionären).¹⁴⁰⁰

- 510 Das Gesetz belässt es im Ermessen des Verwaltungsrats, ob er zuerst das Gläubigerschutzverfahren durchführt oder die Generalversammlung über die Kapitalherabsetzung abstimmen lässt.¹⁴⁰¹ Falls die Prüfungsbestätigung zu diesem Zeitpunkt bereits vorliegt, muss der Verwaltungsrat die Versammlung vor der Abstimmung über das Prüfungsergebnis informieren. Zudem hat in diesem Fall der zugelassene Revisionsexperte an der Generalversammlung teilzunehmen, falls diese nicht einstimmig darauf verzichtet hat (Art. 653m Abs. 2 OR).¹⁴⁰² Die Urkundsperson prüft im Rahmen der Verfahrenskontrolle¹⁴⁰³ die Einhaltung dieser Vorgaben. Sowohl die Information über das Prüfungsergebnis wie auch die Teilnahme des Revisionsexperten sind als entsprechende Wissenserklärungen¹⁴⁰⁴ des Vorsitzenden zu protokollieren.¹⁴⁰⁵ Die Prüfungsbestätigung ist der Versammlung indes nicht vorzulegen. Sie ist daher auch nicht als Beleg in der öffentlichen Urkunde über den Generalversammlungsbeschluss zu nennen.¹⁴⁰⁶

b Kapitalherabsetzung bei Unterbilanz

- 511 Eine Kapitalherabsetzung kann sich sodann aufdrängen, wenn das Eigenkapital (Grundkapital zuzüglich Reserven) der Gesellschaft nicht mehr vollständig durch Aktiven gedeckt ist (Unterbilanz).¹⁴⁰⁷ Die Herabsetzung des Aktienkapi-

¹³⁹⁸ VON DER CRONE, Aktienrecht, N 678; siehe auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 198 mit Fn. 616.

¹³⁹⁹ Zu einer Vernichtung der Aktien durch blossen Mehrheitsbeschluss kommt es immerhin beim sog. Kapitalschnitt auf null (Art. 653r OR); zu diesem hinten [N 518](#).

¹⁴⁰⁰ Siehe Botschaft OR 2016, 509; BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 199.

¹⁴⁰¹ Siehe Botschaft OR 2016, 506 f.; eingehend dazu BK-GERICKE/LAMBERT, N 18 zu Art. 650–657 OR; ferner SCHENKER/SCHENKER, 113.

¹⁴⁰² Siehe vorne [N 439 f.](#)

¹⁴⁰³ Dazu allgemeint vorne [N 173 ff.](#)

¹⁴⁰⁴ Zur Beurkundung von Wissenserklärungen siehe vorne [N 59](#).

¹⁴⁰⁵ Zur Prüfung dieser Feststellungen im Licht der notariellen Berufspflichten vorne [N 405](#).

¹⁴⁰⁶ Die Prüfungsbestätigung bildet erst Beilage des Feststellungsbeschlusses des Verwaltungsrats (dazu hinten [N 596 f.](#)). Unter früherem Recht war dies anders.

¹⁴⁰⁷ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 175; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 683 ff.

tals führt in diesem Fall zu einer Bereinigung der Bilanz, ohne dass der Gesellschaft Mittel zu- oder abfliessen würden. Buchhalterisch findet eine Umschichtung innerhalb des Eigenkapitals statt: Im gleichen Umfang wie das Aktienkapital wird der Minusposten «Verlustvortrag» verkleinert.¹⁴⁰⁸

Da der Gesellschaftskasse keine Mittel entnommen werden, sieht das Gesetz für diese Form der Kapitalherabsetzung ein vereinfachtes Verfahren vor (Art. 653p OR).¹⁴⁰⁹ Das Gläubigerschutzverfahren mit Schuldenruf und etwaiger Sicherstellung entfällt ebenso wie der Durchführungsbeschluss des Verwaltungsrats. Die Generalversammlung entscheidet in einem statutenändernden Beschluss abschliessend über die Kapitalherabsetzung (Art. 653p Abs. 2 OR). Materiell ist zweierlei vorausgesetzt: Erstens muss die Gesellschaft effektiv eine Unterbilanz aufweisen;¹⁴¹⁰ zweitens darf das Aktienkapital nur im Umfang dieser Unterbilanz herabgesetzt werden. Dies muss ein zugelassener Revisionsexperte zuhanden der Generalversammlung bestätigen (Art. 653p Abs. 1 OR). 512

Die Prüfungsbestätigung des Revisionsexperten muss der Generalversammlung (und der Urkundsperson) bei der Beschlussfassung vorliegen. Dagegen muss der Revisionsexperte nicht (wie bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung) an der Versammlung teilnehmen.¹⁴¹¹ Um ihrer Ermittlungspflicht¹⁴¹² nachzukommen, prüft die Urkundsperson, dass die Prüfungsbestätigung den vorgeschriebenen Inhalt aufweist und von einem zugelassenen Revisionsexperten ausgestellt worden ist.¹⁴¹³ Nicht in ihre Prüfbefugnis fällt dagegen, ob die Bestätigung zutreffend ist. Die Prüfungsbestätigung muss der öffentlichen Urkunde beigelegt werden. Sie ist dann (zusammen mit der Urkunde und den angepassten Statuten) dem Handelsregisteramt als Beleg einzureichen (Art. 56 Abs. 1 HRegV). 513

¹⁴⁰⁸ Da es dabei weder zu einem Zu- oder Abfluss von Mitteln kommt, ist auch die Rede von der «deklarativen» Kapitalherabsetzung oder der «Buchsanierung» (siehe z.B. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 1072).

¹⁴⁰⁹ Gleichwohl führt die Herabsetzung richtig gesehen zu einer Schlechterstellung der Gläubiger, weil die Gesellschaft künftige Gewinne ausschütten kann, ohne zuerst die früheren Verluste auszugleichen (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 53 N 266).

¹⁴¹⁰ Botschaft OR 2016, 510; siehe bereits BGE 76 I 162, E. 3.

¹⁴¹¹ Siehe dazu vorne [N 510](#).

¹⁴¹² Zu dieser allgemein vorne [N 74 ff.](#)

¹⁴¹³ Siehe (in anderem Zusammenhang) vorne [N 333](#).

c Kapitalschnitt

- 514 Beim sog. Kapitalschnitt (Art. 653q f. OR) handelt es sich um eine Sanierungsmassnahme.¹⁴¹⁴ Das Aktienkapital wird für eine logische Sekunde herabgesetzt und gleich anschliessend mindestens im gleichen Umfang wieder erhöht. Durch die Herabsetzung wird der Bilanzverlust ausgeglichen. Im Rahmen der Wiedererhöhung fliessen der Gesellschaft dann neue Mittel zu oder es werden (mittels Verrechnungsliberierung) bestehende Verbindlichkeiten abgebaut.¹⁴¹⁵
- 515 Charakteristisch für den Kapitalschnitt ist, dass das Kapital wieder auf mindestens den ursprünglichen Betrag erhöht wird. Bei einer Nettobetrachtung bleibt das Aktienkapital also vollständig erhalten.¹⁴¹⁶ Insoweit konsequent entbindet das Gesetz von der Einhaltung der Schutzvorschriften über die Kapitalherabsetzung (Art. 653q Abs. 1 OR). Einzuhalten sind aber die Bestimmungen zur ordentlichen Kapitalerhöhung (Art. 653q Abs. 2 OR). Damit entfällt das Gläubigerschutzverfahren gemäss Art. 653k ff. OR. Eine Prüfungsbestätigung ist nur dann einzuholen, wenn die Liberierung anders als in Geld erfolgt oder die Bezugsrechte tangiert werden (Art. 652f Abs. 2 OR). Die Prüfungsbestätigung ist in diesen Fällen zusammen mit dem Kapitalerhöhungsbericht dem Verwaltungsratsbeschluss beizulegen.¹⁴¹⁷
- 516 Die Generalversammlung verabschiedet einen Doppelbeschluss über die Herabsetzung mit gleichzeitiger Wiedererhöhung. Der Herabsetzungsbeschluss hängt vom Erhöhungsbeschluss und dessen anschliessender Umsetzung durch den Verwaltungsrat ab.¹⁴¹⁸ Inhaltlich muss der Doppelbeschluss alle Parameter gemäss Art. 650 Abs. 2 OR abdecken.¹⁴¹⁹
- 517 Die Statutenänderung erfolgt (wie bei der ordentlichen Kapitalerhöhung) durch den Verwaltungsrat.¹⁴²⁰ Bleiben Anzahl und Nennwert der Aktien sowie

¹⁴¹⁴ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 175; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 53 N 334; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 2019 ff.

¹⁴¹⁵ Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 13 zu Art. 653q OR, wonach wirtschaftlich dasselbe Resultat erreicht wird, wenn Aktionäre über die Vollliberierung hinaus Zuschüsse an die Gesellschaft leisten oder Verpflichtungen der Gesellschaft übernehmen.

¹⁴¹⁶ Siehe Botschaft OR 2016, 512; SHK HRegV-TAGMANN, N 2 zu Art. 58; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 2020.

¹⁴¹⁷ Siehe dazu hinten [N 585](#).

¹⁴¹⁸ Vgl. VON DER CRONE, Aktienrecht, N 2019, wonach der Herabsetzungsbeschluss «in aller Regel» mit einer Bedingung an den Erhöhungsbeschluss und dessen Vollzug geknüpft werde.

¹⁴¹⁹ Siehe vorne [N 483 ff.](#)

¹⁴²⁰ Siehe vorne [N 482](#) und hinten [N 582 ff.](#)

der Liberierungsbetrag unverändert, müssen die Statuten nicht angepasst werden (Art. 653q Abs. 3 OR).

Art. 653r OR regelt als Sonderfall den Kapitalschnitt auf null: Dabei werden im Zug der Herabsetzung alle ausgegebenen Aktien vernichtet und die Aktionäre verlieren ihre Mitgliedschaftsrechte, wenn sie an der Wiedererhöhung nicht partizipieren. Aufgrund dieser einschneidenden Wirkung ist der Kapitalschnitt auf null nur zulässig, wenn das Eigenkapital der Gesellschaft vollständig verloren ist, die Aktionäre umfassend über das Sanierungskonzept informiert worden sind und keine mildere Massnahme als Alternative zur Verfügung steht.¹⁴²¹ Überdies garantiert das Gesetz den Aktionären ein Bezugsrecht, das ihnen nicht entzogen werden kann (Art. 653r Abs. 2 OR). 518

1.4 Kapitalband

Mit dem Kapitalband (Art. 653s ff. OR) ermächtigt die Generalversammlung den Verwaltungsrat, das Aktienkapital innerhalb einer gewissen Bandbreite zu erhöhen oder herabzusetzen.¹⁴²² Das Kapitalband hat das Institut der genehmigten Kapitalerhöhung nach dem Aktienrecht von 1991¹⁴²³ abgelöst. Neu kann der Verwaltungsrat das Aktienkapital nicht nur nach eigenem Ermessen erhöhen, sondern, wenn ihn die Generalversammlung dazu autorisiert hat, auch herabsetzen. Mit der Einführung des Kapitalbands beabsichtigte der Gesetzgeber, den Gesellschaften eine grössere Flexibilität bei der Gestaltung ihrer Kapitalstruktur einzuräumen.¹⁴²⁴ 519

a Ermächtigungsbeschluss der Generalversammlung

Die Generalversammlung beschliesst mit qualifizierter Mehrheit (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5 OR) über die Einführung des Kapitalbands. Der Beschluss ändert die Statuten und bedarf daher der öffentlichen Beurkundung (Art. 647 OR). 520

¹⁴²¹ Wegleitend BGE 138 III 204, E. 3.2 und 3.3; siehe dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 222 m.w.H.

¹⁴²² Umfassend zum Kapitalband BERNET, N 101 ff. und *passim*; BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 231 ff.; BÜCHLER, N 91 ff. und *passim*; BK-GERICKE/LAMBERT, N 36 ff. zu Art. 650–657 OR; VON DER CRONE/DAZIO, 505 ff.; zur Verbreitung des Instituts in Publikumsgesellschaften GABERTHÜEL/EHR SAM, 236 f.

¹⁴²³ Siehe Art. 651 aOR 1991.

¹⁴²⁴ Siehe Botschaft OR 2016, 513. Das Kapitalband geht zurück auf VON DER CRONE, Bericht 2002, 16 ff., der dieses Institut erstmals im Rahmen eines Expertenberichts vorschlug.

- 521 Wie das bedingte Kapital¹⁴²⁵ kann das Kapitalband (statt nachträglich mit Generalversammlungsbeschluss) auch bereits in den Gründungsstatuten eingeführt werden.¹⁴²⁶

b Inhalt der Statutenbestimmung

- 522 Art. 653t Abs. 1 OR umschreibt den notwendigen Inhalt der Ermächtigungsklausel. Die Statuten müssen zunächst die untere und die obere Grenze des Kapitalbands definieren (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 1 OR). Die Ober- und Untergrenze sind betraglich festzulegen; eine Angabe in Prozenten des aktuellen Aktienkapitals ist unzulässig.¹⁴²⁷ Die Obergrenze darf das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital um höchstens die Hälfte übersteigen und die Untergrenze darf dieses um nicht mehr als die Hälfte unterschreiten (Art. 653s Abs. 2 OR). Wird vor der Einführung des Kapitalbands an derselben Generalversammlung eine ordentliche Kapitalerhöhung beschlossen, gilt das zum bedingten Kapital Gesagte sinngemäss.¹⁴²⁸ Die gesetzlichen Schranken (sowohl nach oben wie nach unten) bestimmen sich nach dem ordentlich erhöhten Kapital, wenn die ordentliche Kapitalerhöhung gleichzeitig mit dem Kapitalband beim Handelsregister angemeldet wird.¹⁴²⁹
- 523 Die Statuten müssen die Ermächtigung des Verwaltungsrats zeitlich beschränken. Anzugeben ist das Enddatum (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 2 OR). Die Höchstdauer beträgt fünf Jahre gerechnet ab der Beschlussfassung der Generalversammlung (Art. 653s Abs. 1 OR).¹⁴³⁰ Nach Ablauf der Ermächtigungsdauer muss der Verwaltungsrat die Bestimmungen über das Kapitalband aus den Statuten streichen (Art. 653t Abs. 2 OR). Selbstverständlich kann die Generalversammlung die Ermächtigung durch Statutenänderung jederzeit zurücknehmen.¹⁴³¹ Beschliesst die Generalversammlung während der Dauer des Kapitalbands eine ordentliche Kapitalerhöhung oder -herabsetzung oder eine Änderung der Währung des Aktienkapitals, fällt das Kapitalband ohne Weiteres dahin

¹⁴²⁵ Siehe vorne [N 499](#).

¹⁴²⁶ BERNET, N 107; VON DER CRONE/DAZIO, 507.

¹⁴²⁷ BSK OR II-CANDREIA/ZINDEL/ISLER, N 5 zu Art. 653t; siehe auch BÜCHLER, N 263; differenzierend BERNET, N 113.

¹⁴²⁸ Siehe vorne [N 501](#).

¹⁴²⁹ Eingehend BERNET, N 258 f. m.w.H.

¹⁴³⁰ Siehe Botschaft OR 2016, 514; BERNET, N 115 f.; BÜCHLER, N 225; BSK OR II-CANDREIA/ZINDEL/ISLER, N 15 zu Art. 653s; VON DER CRONE/DAZIO, 508 f.

¹⁴³¹ Dieser Beschluss der Generalversammlung unterliegt nach herrschender Ansicht nicht dem qualifizierten Quorum von Art. 704 Abs. 1 OR (so BERNET, N 152; BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 247; BÜCHLER, N 235; BK-GERICKE/LAMBERT, N 91 zu Art. 650–657 OR; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 720 Fn. 1148).

(Art. 653v Abs. 1 OR).¹⁴³² Die Generalversammlung kann die Ermächtigung des Verwaltungsrats aber dadurch verlängern, dass sie gleichzeitig ein neues Kapitalband beschliesst.¹⁴³³

Die Generalversammlung ist frei darin, die Ermächtigung des Verwaltungsrats an Einschränkungen, Auflagen oder Bedingungen zu knüpfen (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 3 OR). Denkbar ist etwa, den Verwaltungsrat nur zu Kapitalerhöhungen (nicht aber -herabsetzungen) zu ermächtigen oder verschiedene Tranchen für das Kapitalband vorzusehen.¹⁴³⁴ Die Ermächtigung kann gar auf die Durchführung einer einzigen Erhöhung oder Herabsetzung beschränkt sein.¹⁴³⁵ Sollen solche Beschränkungen gelten, müssen sie in der Statutenbestimmung enthalten sein. Zwingend einzuschränken ist die Ermächtigung, wenn die Gesellschaft auf die eingeschränkte Revision der Jahresrechnung verzichtet hat. In diesem Fall dürfen die Statuten den Verwaltungsrat nur zu Kapitalerhöhungen ermächtigen; Kapitalherabsetzungen innerhalb des Kapitalbands sind ausgeschlossen (Art. 653s Abs. 4 OR).

524

Entgegen dem Wortlaut von Art. 653t Abs. 1 Ziff. 4 OR ist es in der Regel nicht erforderlich, die Anzahl, den Nennwert und die Art der auszugebenden Aktien festzulegen.¹⁴³⁶ Das Konzept des Kapitalbands besteht darin, dass der Verwaltungsrat das Kapital innerhalb der vorgesehenen Bandbreite beliebig oft herauf- und wieder herabsetzen kann. Es ist daher im Normalfall nicht sinnvoll, die Anzahl der auszugebenden Aktien in der Statutenbestimmung zu beschränken.¹⁴³⁷ Eine solche Limitierung macht nur Sinn, wenn die Ermächtigung des Verwaltungsrats (wie beim altrechtlichen genehmigten Kapital) einzig die Erhöhung des Aktienkapitals umfassen soll.¹⁴³⁸ Die Angabe des Nennwerts ist

525

¹⁴³² Eingehend BERNET, N 157 ff. m.w.H.

¹⁴³³ Siehe Botschaft OR 2016, 516; BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 246.

¹⁴³⁴ Zu verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten siehe VON DER CRONE/DAZIO, 510.

¹⁴³⁵ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 244.

¹⁴³⁶ Dass diese Angaben fakultativ sind, hat das EHRA inzwischen bestätigt (EHRA-Praxismitteilung 2/23, 3).

¹⁴³⁷ So weist BERNET, N 151, zu Recht darauf hin, dass diese Angaben selten einen Mehrwert schaffen, sondern eher zu neuen Unklarheiten führen.

¹⁴³⁸ Davon ist freilich der Fall eines einseitigen Kapitalbands zu unterscheiden, welches das gegenwärtige Aktienkapital als Untergrenze vorsieht. Hier ist der Verwaltungsrat grundsätzlich ermächtigt, das Aktienkapital (nach einer ersten Erhöhung) beliebig oft herab- und wieder heraufzusetzen, solange er sich an die statutarische Bandbreite hält (zutreffend BÖCKLI, Aktienrecht § 2 N 238 f.).

nur erforderlich, wenn der Verwaltungsrat zur Ausgabe einer besonderen Aktienkategorie (Stimmrechts- bzw. Stammaktien) ermächtigt werden soll.¹⁴³⁹

- 526 Falls besondere Vorteile mit den auszugebenden Aktien verbunden werden sollen, haben die Statuten deren Inhalt und Wert sowie die Namen der begünstigten Personen zu nennen (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 5 OR). Ebenfalls anzugeben sind allfällige Übertragungsbeschränkungen (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 6 OR).¹⁴⁴⁰

Grundsätzlich zulässig ist eine Delegation des Entscheids über die Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts an den Verwaltungsrat. Art. 653t Abs. 1 Ziff. 7 OR verlangt dazu, dass die Statuten die wichtigen Gründe angeben, aus denen der Verwaltungsrat das Bezugsrecht bei einer Kapitalerhöhung innerhalb des Kapitalbands ausschliessen kann. Angeknüpft wird damit an die bisherige Gerichtspraxis zur genehmigten Kapitalerhöhung.¹⁴⁴¹ Der «wichtige» Grund kann bei der Einführung des Kapitalbands naturgemäss noch nicht als eine konkrete Transaktion antizipiert werden. Die Rechtsprechung verlangt immerhin, dass die Statuten abstrakt umschreiben, unter welchen Voraussetzungen der Verwaltungsrat das Bezugsrecht einschränken oder aufheben darf.¹⁴⁴² Konkret zu benennen ist der Grund für die Beschränkung dann im Erhöhungsbeschluss des Verwaltungsrats, mit dem die Bezugsrechte erst effektiv eingeschränkt oder aufgehoben werden.

- 527 In den Statuten¹⁴⁴³ zu nennen ist sodann eine allfällige Ermächtigung des Verwaltungsrats, das Aktienkapital innerhalb des Kapitalbands mit bedingtem Kapital zu erhöhen¹⁴⁴⁴ oder ein Partizipationskapital zu schaffen (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 9 und 10 OR).¹⁴⁴⁵

¹⁴³⁹ Siehe BERNET, N 150; ferner EHRA-Praxismitteilung, 3; BSK OR II-CANDREIA/ZINDEL/ISLER, N 11 zu Art. 653t.

¹⁴⁴⁰ Siehe BERNET, N 124 f.

¹⁴⁴¹ Leitensteid BGE 121 III 219, insb. E. 2; siehe BK-GERICKE/LAMBERT, N 68 zu Art. 650–657 OR; VON DER CRONE/DAZIO, 510; eingehend BERNET, N 397 ff.

¹⁴⁴² Siehe BGE 121 III 219: «Wie bereits dargelegt worden ist, hat der Ermächtigungsbeschluss der Generalversammlung den Grundsatz und die Leitlinien, das heisst die Rahmenbedingungen zu enthalten, unter welchen der Verwaltungsrat befugt ist, das Bezugsrecht auszuschliessen oder zu beschränken.»

¹⁴⁴³ Zur notariellen Inhaltskontrolle bezüglich der Statuten siehe vorne [N 286](#).

¹⁴⁴⁴ Siehe dazu sogleich [N 528](#).

¹⁴⁴⁵ Kritisch gegenüber letzterem BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 243 mit Fn. 758.

c Verhältnis zum bedingten Kapital

Denkbar ist einerseits, dass der Verwaltungsrat ermächtigt wird, im Rahmen eines Kapitalbands (statt Aktien) Options- oder Wandelrechte auf Aktien auszugeben. Eine solche Ermächtigung kann die Generalversammlung auch nachträglich in Bezug auf ein bereits bestehendes Kapitalband beschliessen (Art. 653v Abs. 2 Satz 2 OR). Wird ein bedingtes Kapital innerhalb des Kapitalbands eingeführt, müssen die Statuten sämtliche Angaben enthalten, die für die Statutenklausel über das bedingte Kapital vorgeschrieben sind (Art. 653t Abs. 1 Ziff. 9 i.V. mit Art. 653b OR).¹⁴⁴⁶ Gibt der Verwaltungsrat innerhalb des Kapitalbands Options- oder Wandelrechte aus, geht dies zulasten des Ermächtigungsbetrags. Sein Spielraum für weitere Kapitalerhöhungen wird im entsprechenden Umfang kleiner.¹⁴⁴⁷ Fällt das Kapitalband später weg, z.B. weil eine ordentliche Kapitalerhöhung beschlossen worden ist, äussert sich das Gesetz nicht dazu, wie mit bereits ausgegebenen Options- und Wandelrechten umzugehen ist. Diese Rechte gehen nicht einfach unter. Vielmehr ist davon auszugehen, dass das bedingte Kapital im Kapitalband dann zu «gewöhnlichem» bedingtem Kapital mutiert.¹⁴⁴⁸ 528

Andererseits kann die Generalversammlung ausserhalb eines bestehenden Kapitalbands ein bedingtes Kapital einführen. Die Ober- und die Untergrenze des Kapitalbands verschieben sich in diesem Fall nach oben, sobald das Aktienkapital aus dem bedingten Kapital erhöht wird (Art. 653v Abs. 2 OR).¹⁴⁴⁹ Der Ermächtigungsspielraum des Verwaltungsrats bleibt also unverändert. Der Verwaltungsrat hat das Kapitalband jeweils mit dem jährlichen Feststellungsbeschluss über die Erhöhung aus bedingtem Kapital¹⁴⁵⁰ anzupassen (Art. 653g Abs. 2 OR). 529

2. Statutenänderungen

Art. 647 OR schreibt für Statutenänderungen die öffentliche Beurkundung vor – unabhängig davon, ob sie von der Generalversammlung oder vom Verwaltungsrat beschlossen werden.¹⁴⁵¹ An sich ist die Änderung der Statuten eine 530

¹⁴⁴⁶ Siehe vorne [N 501 ff.](#); eingehend BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 259 ff.

¹⁴⁴⁷ Siehe BK-GERICKE/LAMBERT, N 84 zu Art. 650–657 OR; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 728; ferner BERNET, N 280.

¹⁴⁴⁸ So EHRA Praxismitteilung 2/23, 4.

¹⁴⁴⁹ Siehe BERNET, N 273 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 274 f.; BK-GERICKE/LAMBERT, N 86 zu Art. 650–657 OR.

¹⁴⁵⁰ Siehe hinten [N 591 ff.](#)

¹⁴⁵¹ Siehe ZK-CRAMER, N 11 ff. zu Art. 647 OR; GLANZMANN/WALZ, 11 f.; KUNZ, Beurkundungstatbestände, 165 f.; DERS., Statuten, 75; MEISTERHANS, Prüfungspflicht, 241 f.

(unübertragbare) Aufgabe der Generalversammlung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Verschiedentlich weist das Gesetz indes dem Verwaltungsrat die Kompetenz zu, gewisse Anpassungen eher technischer Natur vorzunehmen, insbesondere im Rahmen der Feststellungen zu Kapitalveränderungen.¹⁴⁵²

- 531 Wie bei der Beurkundung des Errichtungsakts hat die Urkundsperson die Eintragungsfähigkeit des Statutenentwurfs zu überprüfen (Inhaltskontrolle).¹⁴⁵³ Regelmässig wird sich vorgängig eine Belehrung und Beratung des Verwaltungsrats darüber aufdrängen, wie einzelne Statutenklauseln zu formulieren sind. Der Wortlaut der neuen Statutenbestimmung muss im Antrag des Verwaltungsrats an die Generalversammlung final wiedergegeben werden und damit bereits im Zeitpunkt der Einberufung vorliegen.¹⁴⁵⁴ Stellt eine Urkundsperson, die erst später beigezogen worden ist, fest, dass die vorgeschlagene Statutenklausel voraussichtlich nicht eintragungsfähig sein wird, soll sie aufgrund ihrer Belehrungs- und Beratungspflicht¹⁴⁵⁵ den Verwaltungsrat belehren und darauf hinwirken, dass dieser seinen Antrag (im Rahmen des bestehenden Verhandlungsgegenstands) anpasst.¹⁴⁵⁶
- 532 In gewissen Gesellschaften bedürfen Statutenänderungen einer behördlichen Bewilligung.¹⁴⁵⁷ Namentlich die Finanzmarktgesetzgebung enthält solche Bewilligungserfordernisse. So müssen etwa Banken sämtliche Statutenänderungen der FINMA anzeigen und zur Genehmigung unterbreiten (Art. 3 Abs. 3 BankG). Gleiches gilt für Finanzinstitute gemäss dem Finanzinstitutsgesetz (z.B. Vermögensverwalter), die für jede Änderung an ihren Statuten eine Bewilligung der FINMA einholen müssen (Art. 8 Abs. 2 FINIG; Art. 10 lit. a FINIV).¹⁴⁵⁸ Zeitlich ist die Bewilligung in diesen Fällen nach der öffentlichen Beurkundung, aber vor der Anmeldung beim Handelsregisteramt einzuholen.¹⁴⁵⁹ Um die Eintragungsfähigkeit der Statutenänderung sicherzustellen, muss die Urkundsperson die Gesellschaft nötigenfalls auf die Bewilligungspflicht hinwei-

¹⁴⁵² Siehe im Einzelnen hinten [N 582 ff.](#)

¹⁴⁵³ Dazu eingehend vorne [N 288 ff.](#)

¹⁴⁵⁴ Die Anträge des Verwaltungsrats sind notwendiger Bestandteil der Einberufung (Art. 700 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Zur erforderlichen Bestimmtheit der Anträge siehe vorne [N 449](#).

¹⁴⁵⁵ Siehe allgemein vorne [N 86](#).

¹⁴⁵⁶ Zur Zulässigkeit einer solchen Anpassung des ursprünglichen Antrags siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 340; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 66.

¹⁴⁵⁷ Ausführlich zu spezialgesetzlichen Bewilligungspflichten aus handelsregisterrechtlicher Sicht MEISTERHANS, Prüfungspflicht, 165 ff.; siehe ferner ZK-CRAMER, N 7 ff. zu Art. 647 OR.

¹⁴⁵⁸ Siehe dazu EHRA-Praxismitteilung 1/20, 1 f.

¹⁴⁵⁹ Siehe z.B. Art. 3 Abs. 3 BankG. In der Regel wird man der Behörde vorab bereits den Entwurf der geänderten Statuten vorlegen, damit sie ihr Einverständnis zur Änderung geben kann.

sen¹⁴⁶⁰ und die Anmeldung erst beim Handelsregisteramt einreichen, wenn die erforderliche Bewilligung vorliegt.

Üblicherweise werden die Statuten nur in einzelnen Teilen geändert (Teilrevision). Ebenfalls zulässig ist die Ersetzung der bisherigen Statuten durch eine komplett neue Fassung (Totalrevision). Denkbar ist es in diesem Fall, dass die Generalversammlung über die neuen Statuten gesamthaft (ohne Beratung der einzelnen Artikel) abstimmt. Dies kann unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Materie problematisch sein, gerade wenn der Statutenentwurf materiell in mehreren Punkten von den früheren Statuten abweicht.¹⁴⁶¹ Auf der anderen Seite würde die artikelweise Beratung und Abstimmung die Generalversammlung übermässig in die Länge ziehen.¹⁴⁶² Im Ergebnis wird die gesamthafte Abstimmung dort zuzulassen sein, wo die neuen Statuten unumstritten und alle Aktionäre mit diesem Vorgehen einverstanden sind.¹⁴⁶³ Ist dies nicht der Fall, sollte das Spannungsfeld zwischen der Wahrung der Aktionärsrechte und einer effizienten Versammlungsdurchführung aufgelöst werden, indem man (statt über die einzelnen Artikel) über mehrere inhaltlich zusammenhängende Themenblöcke separat abstimmen lässt.¹⁴⁶⁴

In formeller Hinsicht ist ein Exemplar der geänderten Statuten der öffentlichen Urkunde beizulegen. Nicht erforderlich (aber verbreitet) ist, dass der Versammlungsvorsitzende die Statuten unterzeichnet. Die Urkundsperson hat zu beglaubigen, dass das der Urkunde beigefügte Statutenexemplar die Gesellschaftsstatuten vollständig wiedergibt, wie sie von der Generalversammlung beschlossen wurden (sog. Konformitätsbeglaubigung; Art. 22 Abs. 4 lit. a Ziff. 1 HRegV).¹⁴⁶⁵

¹⁴⁶⁰ Ähnlich ZK-CRAMER, N 7 zu Art. 647 OR.

¹⁴⁶¹ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 168; einlässlich zur Frage KEVIN J. MÜLLER, N 452 ff.

¹⁴⁶² Darin unterscheidet sich die Generalversammlung von einer parlamentarischen Beratung, bei der ein Gesetzesentwurf Artikel für Artikel durchgearbeitet wird (sog. Detailberatung; siehe z.B. Art. 74 Abs. 2 ParlG).

¹⁴⁶³ Dies dürfte gerade in kleineren Verhältnissen der Normalfall sein. Die Einheit der Materie ist unter diesen Voraussetzungen nicht verletzt (ähnlich KEVIN J. MÜLLER, N 468).

¹⁴⁶⁴ So Botschaft OR 2016, 554; skeptisch BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N 168, der zu bedenken gibt, dass aus einem solchen Vorgehen Unstimmigkeiten und Widersprüche zwischen den einzelnen Themenblöcken resultieren können.

¹⁴⁶⁵ Siehe bereits vorne [N 321](#).

3. Auflösung

- 535 Die Generalversammlung kann mit qualifizierter Mehrheit beschliessen, dass die Gesellschaft ihre Geschäftstätigkeit ganz einstellen und liquidiert werden soll (Art. 736 Abs. 1 Ziff. 2; Art. 704 Abs. 1 Ziff. 16 OR). Dieser sog. Auflösungsbeschluss der Generalversammlung ist öffentlich zu beurkunden. Auflösung im Sinn von Art. 736 OR bedeutet nicht etwa das Ende der Gesellschaft als juristischer Person. Es kommt vielmehr zum Übertritt ins Liquidationsstadium. Erst nach dem Abschluss der Liquidation, Monate (oder Jahre) später hört die Aktiengesellschaft auf zu existieren.¹⁴⁶⁶
- 536 In der Sache bedeutet der Übergang in die Liquidation eine erhebliche Änderung des Gesellschaftszwecks: Statt ihren Geschäften nachzugehen, arbeitet die Gesellschaft nun darauf hin, ihre Aktiven zu verwerten und einen allfälligen Erlös, der nach Tilgung aller Schulden verbleibt, an die Aktionäre zu verteilen.¹⁴⁶⁷ Trotzdem wird der Zweckartikel in den Statuten mit dem Auflösungsbeschluss nicht angepasst.¹⁴⁶⁸ Einzig die Firma wird um den Zusatz «in Liquidation» ergänzt.¹⁴⁶⁹ Aber auch dies erfolgt ohne formelle Statutenänderung. Dem Handelsregisteramt sind denn auch mit der Anmeldung der Auflösung keine Statuten einzureichen (Art. 63 Abs. 2 HRegV).
- 537 Der Auflösungsbeschluss der Generalversammlung enthält die Festlegung, dass die Gesellschaft aufgelöst und liquidiert werden soll.¹⁴⁷⁰ Überdies hat die Generalversammlung die Liquidatoren zu wählen. Dabei kann es sich um den Verwaltungsrat (so die gesetzliche Vermutung gemäss Art. 740 Abs. 1 OR) oder um Drittpersonen handeln. Mindestens ein Liquidator muss Wohnsitz in der Schweiz haben und zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sein (Art. 740 Abs. 3 OR). Die Auflösung muss mit qualifizierter Mehrheit beschlossen werden (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 16 OR). Unter Vorbehalt der allgemeinen Schranken gemäss Art. 706 Abs. 2 OR kann die Generalversammlung voraussetzungslos über die Auflösung der Gesellschaft Beschluss fassen.¹⁴⁷¹ Es kann also auch eine

¹⁴⁶⁶ Eingehend zur Auflösung mit Liquidation BÖCKLI, Aktienrecht, § 15 N 6 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 54 N 6 ff.; BK-STOFFEL, N 35 ff. zu Art. 736–747 OR; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 2048 ff.

¹⁴⁶⁷ Zum Ablauf des Liquidationsverfahrens siehe sogleich [N 538](#).

¹⁴⁶⁸ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 15 N 8.

¹⁴⁶⁹ Von Gesetzes wegen wird zudem eine allfällige statutarische Vinkulierung aufgehoben (Art. 685a Abs. 3 OR), was im Handelsregister einzutragen ist (Art. 63 Abs. 3 lit. g HRegV).

¹⁴⁷⁰ Siehe zum Auflösungsbeschluss etwa BSK OR II-STÄUBLI/HOHLER, N 3 ff. zu Art. 736.

¹⁴⁷¹ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 15 N 6; BK-STOFFEL, N 5 zu Art. 736–747 OR.

Gesellschaft, deren Geschäfte gut laufen und die keinerlei finanzielle Schwierigkeiten hat, aufgelöst und liquidiert werden.

Der Auflösungsbeschluss und die Ernennung der Liquidatoren sind durch den Verwaltungsrat beim Handelsregister anzumelden. Für den Fall, dass der Verwaltungsrat die Liquidation besorgt, hat er seine Mitglieder als Liquidatoren anzumelden (Art. 740 Abs. 2 OR). Nach der Eintragung der Auflösung im Handelsregister beginnt die eigentliche Liquidationstätigkeit. Die Liquidatoren haben bei Übernahme ihres Amtes eine Bilanz (sog. Liquidationsbilanz) aufzustellen (Art. 742 Abs. 1 OR). Mit einem Schuldenruf, der elektronisch im SHAB zu publizieren ist, sind die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, ihre Forderungen anzumelden.¹⁴⁷² Der Gesellschaft bekannte Gläubiger werden zudem durch individuelle Mitteilung zur Forderungsanmeldung aufgefordert (Art. 742 Abs. 2 OR). Das Vermögen darf erst an die Aktionäre verteilt werden, wenn sämtliche Schulden getilgt sind. Seit dem Schuldenruf ist mindestens ein Jahr mit der Verteilung zuzuwarten (sog. Sperrjahr; Art. 745 Abs. 2 OR).¹⁴⁷³ Ausnahmsweise kann die Verteilung bereits drei Monate nach dem Schuldenruf erfolgen, wenn ein zugelassener Revisionsexperte bestätigt, dass die Schulden getilgt sind und nach den Umständen keine Gefährdung von Drittinteressen anzunehmen ist (Art. 745 Abs. 3 OR). Die Löschung der Gesellschaft ist dem Handelsregisteramt nach der Beendigung der Liquidation anzumelden. Zuständig sind hierfür die Liquidatoren (Art. 746 OR).¹⁴⁷⁴ 538

Nach der Bundesgerichtspraxis kann die Generalversammlung die Auflösung der Gesellschaft durch einen gegenläufigen Beschluss (*contrarius actus*) solange widerrufen, als noch nicht mit der Verteilung des Vermögens begonnen worden ist.¹⁴⁷⁵ Der Widerrufsbeschluss ist ebenfalls öffentlich zu beurkunden (Art. 64 Abs. 2 lit. a HRegV) und unterliegt wie der Auflösungsbeschluss dem qualifizierten Quorum gemäss Art. 704 Abs. 1 OR.¹⁴⁷⁶ 539

Der Auflösungsbeschluss der Generalversammlung ist inhaltlich ein wenig komplexes Geschäft. Deshalb wurde im Rahmen der Aktienrechtsrevision 540

¹⁴⁷² Mit der Aktienrechtsrevision 2020 wurde der frühere dreimalige Schuldenruf durch die (einmalige) elektronische Publikation im SHAB ersetzt (siehe Botschaft OR 2016, 600).

¹⁴⁷³ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 15 N 69 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 56 N 128 ff.; BK-STOFFEL, N 47 zu Art. 736–747 OR.

¹⁴⁷⁴ Zum Prozedere der Löschung siehe Art. 65 HRegV.

¹⁴⁷⁵ BGE 123 III 473, insb. E. 5c; so nunmehr explizit auch Art. 64 HRegV; anders noch BGE 91 I 438.

¹⁴⁷⁶ Siehe BK-STOFFEL, N 8 ff. zu Art. 736–747 OR; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 2037; so nun auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 15 N 9 mit Fn. 25; anders noch DERS., Aktienrecht 2009, § 17 N 9 a.E, wonach eine einfache Mehrheit genügen sollte.

2020 diskutiert, den Beurkundungszwang für diesen Beschlussgegenstand fallen zu lassen.¹⁴⁷⁷ Wie bereits ausgeführt hielt der Gesetzgeber dann aber doch am Erfordernis der öffentlichen Beurkundung fest.¹⁴⁷⁸ Rechtfertigen lässt sich der Formzwang mit der besonderen Tragweite des Beschlusses für die betroffenen (Minderheits-)Aktionäre¹⁴⁷⁹ und für Dritte (Gläubiger, Arbeitnehmer etc.). Die Formulierung des Beschlussantrags bedarf an sich keiner vertieften juristischen Beratung durch die Urkundsperson. Die Funktion der öffentlichen Beurkundung erschöpft sich im Wesentlichen in der Verfahrenskontrolle: Es soll sichergestellt werden, dass der weitreichende Entschluss, die Gesellschaft aufzulösen, in einem legitimen Prozess zustande kommt. Dazu gehört namentlich, dass eine ordnungsgemäss einberufene und zusammengesetzte Generalversammlung entscheidet¹⁴⁸⁰ und dass das Beschlussquorum¹⁴⁸¹ eingehalten wird.

4. Generalversammlungsbeschlüsse nach Fusionsgesetz

541 Im Folgenden wird auf den Fusions- und den Spaltungsbeschluss der Generalversammlung eingegangen. Aufgrund des aktienrechtlichen Fokus dieser Arbeit nicht thematisiert wird die Umwandlung (Art. 53 ff. FusG), bei der jeweils die Vorschriften der Ausgangs- und Zielrechtsform zu beachten sind.¹⁴⁸²

4.1 Fusionsbeschluss

542 Mit dem Fusionsbeschluss (Art. 18 FusG) erklärt die Generalversammlung ihre Zustimmung zum Fusionsvertrag. Der Fusionsbeschluss ist öffentlich zu beurkunden (Art. 20 Abs. 1 FusG).

¹⁴⁷⁷ Siehe Art. 736 Abs. 1 Ziff. 2 E-OR 2016; dazu lapidar die Botschaft OR 2016, 599: «Es gibt keine sachlichen Gründe, weshalb der Beschluss zur Auflösung einer Gesellschaft zwingend öffentlich zu beurkunden ist.»

¹⁴⁷⁸ Siehe vorne [N 144 ff.](#)

¹⁴⁷⁹ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 15 N 6, der zu Recht hervorhebt, dass die unterlegene Minderheit der Aktionäre in ihrem Interesse an der Aufrechterhaltung ihrer gegebenen Rechtsstellung zurückgesetzt wird, was im Einzelfall an den Kriterien der Sachlichkeit, Gleichbehandlung und Verhältnismässigkeit zu messen ist.

¹⁴⁸⁰ Zur notariellen Prüfung dieser Aspekte siehe vorne [N 404 ff.](#)

¹⁴⁸¹ Siehe vorne [N 467 ff.](#)

¹⁴⁸² Es sei diesbezüglich auf die Spezialliteratur zum Fusionsgesetz verwiesen (z.B. VON DER CRONE *et al.*, N 685 ff.). Zum Umwandlungsbeschluss siehe Art. 64 f. FusG (eingehend BSK FusG-FRICK, N 1 ff. zu Art. 65).

Im Verfahren der Fusion bildet der Fusionsbeschluss gewissermassen den letzten Schritt vor der Eintragung der Fusion ins Handelsregister.¹⁴⁸³ Ihm 543
 voran gehen der Abschluss des Fusionsvertrags (Art. 12 f. FusG) und die Erstellung des Fusionsberichts (Art. 14 FusG) durch die obersten Leitungsorgane der beteiligten Gesellschaften, gefolgt von der Prüfung dieser Unterlagen durch einen zugelassenen Revisionsexperten (Art. 15 FusG) und der Gewährung des Einsichtsrechts an die Aktionäre der fusionierenden Gesellschaften (Art. 16 FusG). Parallel dazu sind die Arbeitnehmenden beider Gesellschaften zur beabsichtigten Fusion zu konsultieren (Art. 28 FusG). Erst nach Abschluss dieser Verfahrensschritte erfolgt die Beschlussfassung durch die Generalversammlung.

Kleine und mittlere Unternehmen¹⁴⁸⁴ können auf die Erstellung eines Fusionsberichts, die Fusionsprüfung und das Einsichtsrecht verzichten, wenn jeweils 544
 alle Gesellschafter zustimmen.¹⁴⁸⁵ Die Arbeitnehmer sind aber gleichwohl zu konsultieren. Der Fusionsbeschluss ergeht dann direkt gestützt auf den Fusionsvertrag.¹⁴⁸⁶

Inhaltlich lautet der Fusionsbeschluss im Wesentlichen auf Zustimmung der Generalversammlung zum ihr vorliegenden Fusionsvertrag.¹⁴⁸⁷ Im Fall der Ab- 545
 sorptionsfusion wird bei der übernehmenden Gesellschaft im Regelfall eine ordentliche Kapitalerhöhung notwendig, um eine genügende Anzahl Aktien für die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft bereitzustellen (Art. 9 FusG). Diese Kapitalerhöhung ist Teil des Fusionsbeschlusses der übernehmenden Gesellschaft. Erforderlich sind die Angaben gemäss Art. 650 Abs. 2 OR. Liberriert werden die neuen Aktien durch die Einbringung des Vermögens der übertragenden Gesellschaft gemäss Fusionsvertrag. Die Sacheinlagevorschriften und die Obergrenze eines allfälligen Kapitalbands (Art. 653s Abs. 2 OR) sind nicht anwendbar (Art. 9 Abs. 2 FusG).¹⁴⁸⁸ Die Bezugsrechte sind notwendigerweise auszuschliessen, wobei die Absorptionsfusion den wichtigen Grund für den Ausschluss bildet.¹⁴⁸⁹ Über die Kapitalerhöhung hat der Verwaltungsrat

¹⁴⁸³ Zum Verfahrensablauf siehe VON DER CRONE *et al.*, N 77 ff.

¹⁴⁸⁴ Siehe die Definition in Art. 2 lit. e FusG; GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 33 ff.

¹⁴⁸⁵ Siehe Art. 14 Abs. 2, Art. 15 Abs. 2 und Art. 16 Abs. 2 FusG (dazu BSK FusG-KÜHNI/GABERTHÜEL, N 21 ff. zu Art. 14).

¹⁴⁸⁶ Eingehend zur Fusion von kleinen und mittleren Unternehmen VON DER CRONE *et al.*, N 229 ff.

¹⁴⁸⁷ Bisweilen ist auch die Rede von der «Genehmigung» des Fusionsvertrags (siehe z.B. GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 527 f.; BSK FusG-SCHLEIFFER, N 11 zu Art. 18.

¹⁴⁸⁸ Eingehend BSK FusG-DIEM, N 21 ff. zu Art. 9 FusG; VON DER CRONE *et al.*, N 164 ff.

¹⁴⁸⁹ VON DER CRONE *et al.*, N 163.

anschliessend einen Feststellungsbeschluss zu fassen.¹⁴⁹⁰ Bei der (seltenen) Kombinationsfusion kommt es dagegen zur Neugründung einer Gesellschaft, welche die Aktiven und Passiven der bestehenden Gesellschaften übernimmt. Für die Neugründung gelten die Bestimmungen über den Errichtungsakt,¹⁴⁹¹ wobei die Sacheinlagevorschriften nicht anwendbar sind (Art. 10 FusG).

546 Die Generalversammlung hat den Fusionsbeschluss angenommen, wenn mindestens zwei Drittel der vertretenen Aktienstimmen und die Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte zustimmen (Art. 18 Abs. 1 lit. a FusG). Falls der Fusionsvertrag vorsieht, dass die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft ausschliesslich in Geld entschädigt werden (sog. Barabfindungsfusion), so müssen auf Seiten der übertragenden Gesellschaft gar mindestens 90 Prozent sämtlicher (nicht nur der an der Versammlung vertretenen) Aktienstimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte zustimmen (Art. 18 Abs. 5 und Abs. 1 lit. a FusG).¹⁴⁹²

547 Der Generalversammlung sind der Fusionsvertrag, der Fusionsbericht und der Prüfungsbericht als Belege vorzulegen. In kleinen und mittleren Unternehmen kann anstelle des Fusions- und Prüfungsberichts eine Erklärung des Verwaltungsrats («KMU-Erklärung») vorgelegt werden, wonach die Gesellschaft als kleines und mittleres Unternehmen im Sinn von Art. 2 lit. e FusG zu qualifizieren ist und alle Aktionäre dem Verzicht auf Fusionsbericht, Fusionsprüfung und Einsichtsverfahren zugestimmt haben.¹⁴⁹³ Weist eine der beteiligten Gesellschaften in der Bilanz einen hälftigen Kapitalverlust oder eine Überschuldung aus (Art. 6 Abs. 1 FusG), muss als weiterer Beleg die Prüfungsbestätigung eines zugelassenen Revisionsexperten gemäss Art. 6 Abs. 2 FusG vorgelegt werden, wonach die andere Gesellschaft über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Unterdeckung (und gegebenenfalls der Überschuldung) verfügt.¹⁴⁹⁴ Die Urkundsperson hat die Belege in der öffentlichen Urkunde aufzuführen und zu protokollieren, dass der Vorsitzende sie der Versammlung vorgelegt hat. Als Beilagen der öffentlichen Urkunde sind die genannten Belege dem Handelsregisteramt mit der Anmeldung einzureichen (Art. 131 HRegV).

¹⁴⁹⁰ Dazu allgemein hinten [N 582 ff.](#)

¹⁴⁹¹ Siehe vorne [N 222 ff.](#)

¹⁴⁹² Diese Auslegung entspricht der aktuellen Handelsregisterpraxis, ist aber umstritten (wie hier BSK FusG-SCHLEIFFER, N 35 ff. zu Art. 18 mit ausführlicher Darstellung des Meinungsstands); ein Teil der Lehre hält dagegen eine Mehrheit von 90 Prozent der vertretenen Aktienstimmen für ausreichend (so VON DER CRONE *et al.*, N 356; GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 583); vgl. zum Quorum im Fall einer asymmetrischen Spaltung hinten [N 553](#).

¹⁴⁹³ Zur «KMU-Erklärung» siehe etwa MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 568.

¹⁴⁹⁴ Eingehend HWP, 257 ff.

Kein Fusionsbeschluss (und damit auch keine öffentliche Beurkundung) ist erforderlich, wenn die Voraussetzungen einer erleichterten Fusion gemäss Art. 23 FusG erfüllt sind.¹⁴⁹⁵ Dies ist der Fall, wenn die übernehmende Gesellschaft 100 Prozent der Aktien an der übertragenden Gesellschaft hält (sog. Mutter-Tochter-Fusion; Art. 23 Abs. 1 lit. a FusG) oder wenn ein Rechtsträger, eine natürliche Person oder eine gesetzlich oder vertraglich verbundene Personengruppe alle Aktien an beiden fusionierenden Gesellschaften hält (sog. Schwesternfusion; Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG). Der Schwesternfusion wird nach der Praxis der Fall gleichgestellt, dass statt einer Person mehrere (weder vertraglich noch gesetzlich verbundene) Personen im gleichen Verhältnis an beiden Gesellschaften beteiligt sind und sich die Beteiligungsverhältnisse mit der Fusion nicht ändern.¹⁴⁹⁶ Nicht unter Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG fallen dagegen Konstellationen der indirekten Beherrschung durch dieselbe Person. So ist die erleichterte Fusion nicht anwendbar, wenn der Alleinaktionär der einen Gesellschaft die andere Gesellschaft nur mittelbar (über eine von ihm gehaltene Zwischengesellschaft) zu 100 Prozent beherrscht. Dies hat das Bundesgericht in einem Urteil von 2022 klargestellt und damit die langjährige Praxis des EHRA bestätigt.¹⁴⁹⁷

548

4.2 Spaltungsbeschluss

Bei der Spaltung einer Gesellschaft bildet der Spaltungsbeschluss (Art. 43 FusG) gewissermassen das Gegenstück zum Fusionsbeschluss im Fusionsverfahren: Die Generalversammlung erklärt ihre Zustimmung zum Spaltungsvertrag oder Spaltungsplan.¹⁴⁹⁸ Wie der Fusionsbeschluss bedarf auch der Spaltungsbeschluss der öffentlichen Beurkundung (Art. 44 FusG).

549

Das Verfahren der Spaltung ist ähnlich strukturiert wie jenes der Fusion. Ausgangspunkt ist der Spaltungsvertrag zwischen den beteiligten Gesellschaften oder, wenn die Vermögensteile auf neu zu gründende Gesellschaften übergehen sollen, der Spaltungsplan (Art. 36 f. FusG). Zu erstellen ist sodann ein Spaltungsbericht (Art. 39 FusG), der durch einen zugelassenen Revisionsexperten geprüft werden muss (Art. 40 i.V. mit 15 FusG). Der Spaltungsvertrag oder -plan, der Spaltungs- und der Prüfungsbericht sind den Aktionären während zwei Monaten zur Einsicht aufzulegen. Ebenfalls sind die Arbeitnehmenden zu konsultieren (Art. 50 i.V. mit 28 FusG). Anders als bei der Fusion hat das Gläubigerschutzverfahren bei

550

¹⁴⁹⁵ Siehe GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 98 ff.

¹⁴⁹⁶ CHAPUIS/CHAMPEAUX, 31.

¹⁴⁹⁷ BGE 148 III 362, insb. E. 6.4.

¹⁴⁹⁸ Siehe BSK FusG- REUTTER, N 10 ff. zu Art. 43.

der Spaltung vor der Beschlussfassung durch die Generalversammlung stattzufinden.¹⁴⁹⁹ Die Gläubiger sind durch dreimaligen Schuldenruf im SHAB darauf hinzuweisen, dass sie unter Anmeldung ihrer Forderungen Sicherstellung verlangen können (Art. 45 FusG). Sie haben danach zwei Monate Zeit, ihre Forderungen anzumelden (Art. 46 Abs. 1 FusG). Es ist möglich (und zweckmässig) das Gläubigerschutzverfahren gleichzeitig mit der Einsichtnahme durch die Aktionäre durchzuführen.¹⁵⁰⁰ Erst wenn beides abgeschlossen ist, kann die Generalversammlung über die Spaltung Beschluss fassen.

- 551 Wie bei der Fusion können kleine und mittlere Unternehmen (mit Zustimmung aller Gesellschafter) auf die Erstellung eines Spaltungsberichts, die Spaltungsprüfung und das Einsichtsverfahren verzichten.¹⁵⁰¹
- 552 Mit dem anschliessenden Spaltungsbeschluss stimmt die Generalversammlung wie erwähnt dem Spaltungsvertrag oder -plan zu. Im Fall einer Abspaltung muss das Kapital bei der übertragenden Gesellschaft regelmässig herabgesetzt werden. Das für die Kapitalherabsetzung in Art. 653k OR vorgeschriebene Gläubigerschutzverfahren findet dann aber folgerichtig keine Anwendung (Art. 32 FusG).¹⁵⁰² Auf der anderen Seite wird in der übernehmenden Gesellschaft oft eine Kapitalerhöhung (mit Bezugsrechtsausschluss) notwendig, um die Rechte der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft zu wahren (Art. 33 FusG). Die Herabsetzung bzw. Erhöhung des Aktienkapitals wird von der Generalversammlung der jeweiligen Gesellschaft gleichzeitig mit dem Spaltungsbeschluss verabschiedet und anschliessend vom Verwaltungsrat ausgeführt.¹⁵⁰³ Kommt es im Rahmen der Spaltung zur Neugründung einer Gesellschaft, sind die Bestimmungen über den Errichtungsakt (mit Ausnahme der Sacheinlagevorschriften) anwendbar (Art. 34 FusG).
- 553 Dem Spaltungsbeschluss müssen zwei Drittel der an der Generalversammlung vertretenen Aktienstimmen und die Hälfte der vertretenen Aktiennennwerte zustimmen (Art. 43 Abs. 2 i.V. mit Art. 18 Abs. 1 FusG). Bei asymmetrischen Spaltungen müssen aufseiten der übertragenden Gesellschaft mindestens 90 Prozent der vertretenen Aktienstimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte zustimmen (Art. 43 Abs. 3 und Art. 18 Abs. 1 lit. a FusG).¹⁵⁰⁴

¹⁴⁹⁹ Siehe VON DER CRONE *et al.*, N 626 f.

¹⁵⁰⁰ BSK FusG-KÄGI/EHRAT, N 8 zu Art. 45 FusG; VON DER CRONE *et al.*, N 629.

¹⁵⁰¹ Siehe Art. 39 Abs. 2 und Art. 41 Abs. 2 FusG.

¹⁵⁰² Dazu in Einzelnen BSK FusG-WATTER/BÜCHI, N 5 ff. zu Art. 32.

¹⁵⁰³ Siehe BSK FusG-REUTTER, N 8 zu Art. 43.

¹⁵⁰⁴ Diese Auslegung entspricht der aktuellen Handelsregisterpraxis, ist aber umstritten (wie hier BSK FusG-REUTTER, N 28 ff. zu Art. 43 m.w.H.); ein Teil der Lehre hält dagegen eine

Als Belege der öffentlichen Urkunde über den Spaltungsbeschluss beizulegen sind der Spaltungsvertrag oder -plan, der Spaltungsbericht und Prüfungsbericht (Art. 134 Abs. 1 HRegV). Bei kleinen und mittleren Unternehmen ist statt dem Spaltungs- und Prüfungsbericht gegebenenfalls eine «KMU-Erklärung» des Verwaltungsrats beizulegen (Art. 134 Abs. 2 HRegV).¹⁵⁰⁵ 554

Mehrheit von 90 Prozent der vertretenen Aktienstimmen für ausreichend (so VON DER CRONE *et al.*, N 356; GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 583); vgl. zum Quorum bei der Barabfindungsfusion vorne [N 546](#).

¹⁵⁰⁵ Siehe vorne [N 547](#).

§ 11: Beurkundung von Verwaltungsratsbeschlüssen

I. Gegenstand der Beurkundung

1. Sachbeurkundung

- 555 Für bestimmte Verwaltungsratsbeschlüsse schreibt das Gesetz die Form der öffentlichen Beurkundung vor.¹⁵⁰⁶ Es handelt sich dabei nicht etwa um Geschäftsführungsentscheidungen, mit denen wichtige Weichenstellungen für die Gesellschaft vorgenommen würden. Zu diesen könnte die Mitwirkung der Urkundsperson kaum etwas beitragen. Gegenstand der Beurkundung sind vielmehr ausschliesslich ausführende Beschlüsse. Der Verwaltungsrat stellt darin etwa die Durchführung einer von der Generalversammlung oder von ihm selbst zuvor beschlossenen Kapitalveränderung fest und passt die Statuten an. Auch die nachträgliche Leistung von Einlagen auf teilliberierte Aktien (sog. Nachliberierung) führt zu einer Statutenänderung durch den Verwaltungsrat, die einen öffentlich beurkundeten Beschluss erfordert.¹⁵⁰⁷
- 556 Wie die Beschlüsse der Generalversammlung kommen diese Beschlüsse in einem rechtlich geordneten Verfahren zustande. Massgeblich für den Beschluss ist nicht der innere Wille der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder, sondern das nach den anwendbaren Regeln ermittelte und verkündete Abstimmungsergebnis. Beurkundungsrechtlich handelt es sich stets um eine Sachbeurkundung.¹⁵⁰⁸

2. Anwendbare Verfahrensregeln

- 557 Das Aktienrecht geht von der Selbstorganisation des Verwaltungsrats aus. Das heisst, der Verwaltungsrat ist befugt, seine innere Organisation und seine Entscheidungsabläufe selbst zu regeln. Zu diesem Zweck kann der Verwaltungsrat ein Organisationsreglement erlassen und darin verbindliche Regeln zur Sit-

¹⁵⁰⁶ Für eine Übersicht zu diesen Beschlüssen siehe vorne [N 148](#).

¹⁵⁰⁷ Zu den beurkundungsbedürftigen Verwaltungsratsbeschlüssen im Einzelnen siehe hinten [N 582 ff.](#)

¹⁵⁰⁸ Eingehend zu den Generalversammlungsbeschlüssen vorne [N 346 ff.](#)

zungsordnung und zur Beschlussfassung aufstellen. Umstritten ist, ob die Statuten die Organisationsautonomie des Verwaltungsrats beschränken dürfen, indem sie diesbezügliche Vorschriften, namentlich Präsenz- oder Beschlussquoten, aufstellen. Ein Teil der Lehre hält den Grundsatz der Selbstorganisation des Verwaltungsrats für dispositiv und lässt solche Statutenbestimmungen zu.¹⁵⁰⁹ Andere Autoren subsumieren die innere Organisation des Verwaltungsrats unter Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR und sehen darin eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrats, in welche die Statuten nicht wirksam eingreifen können.¹⁵¹⁰ Gegen den zwingenden Charakter der Selbstorganisation des Verwaltungsrats spricht, dass das Gesetz selbst die Regelung der Wahl sowie des Stichentscheids des Verwaltungsratspräsidenten (und damit wesentliche Aspekte der inneren Organisation) zur Disposition der Generalversammlung stellt (Art. 713 Abs. 2 [Satz 2] bzw. Art. 713 Abs. 1 [Satz 2] OR). Nach der klaren Anordnung des Gesetzes ist ein Abweichen vom dispositiven Recht in diesen Fällen nur über eine Regelung in den Statuten möglich. Ginge das Gesetz von der zwingenden Selbstorganisation des Verwaltungsrats aus, so hätte es diese Regelungsbefugnis dem Verwaltungsrat selbst zugewiesen. Nach richtiger Auslegung betrifft Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR die Organisation der Gesellschaft und nicht die innere Organisation des Verwaltungsrats.¹⁵¹¹ Daraus folgt, dass diesbezügliche Statutenbestimmungen im gesetzlichen Rahmen zulässig sind und den Verwaltungsrat bei seiner Selbstorganisation binden.

Neben den Statuten¹⁵¹² kann für die notarielle Verfahrenskontrolle¹⁵¹³ ein allfälliges Organisationsreglement des Verwaltungsrats relevant sein, sofern es Regeln zur Sitzungsdurchführung oder Beschlussfassung enthält. Bei Widersprüchen gehen die Statuten dem Organisationsreglement vor. Der Erlass eines Organisationsreglements ist gesetzlich nur bei Delegation der Geschäftsführung (Art. 716b OR) vorgeschrieben.¹⁵¹⁴ Besonders kleinere Gesellschaften verfügen oftmals nicht über ein Organisationsreglement. Die Urkundsperson soll sich beim Verwaltungsrat nach dem Bestehen eines Organisationsreglements

558

¹⁵⁰⁹ So BSK OR II-WERNLI, N 4 zu Art. 712; ZK-BÜHLER, N 2 zu Art. 712 OR und N 8 zu Art. 713 OR; TANNER, Quoren, § 8 N 54.

¹⁵¹⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 30 N 66 und § 31 N 19 (a.M. aber der Mitautor NOBEL, siehe a.a.O., § 30 N 66 Fn. 23 und § 31 N 25 Fn. 12); neuerdings ebenso BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 133 (anders noch die Voraufgabe; BÖCKLI, Aktienrecht 2009, § 13 N 101 ff. und 120 mit Fn. 313).

¹⁵¹¹ Siehe die in Fn. 1509 zit. Autoren.

¹⁵¹² Zur Bedeutung der Statuten für die Verfahrenskontrolle siehe vorne [N 287](#).

¹⁵¹³ Dazu allgemein vorne [N 173 ff.](#)

¹⁵¹⁴ Siehe statt vieler VON DER CRONE, N 1449 ff.

erkundigen. Wird dies verneint, genügt die Urkundsperson ihrer Sorgfaltpflicht¹⁵¹⁵, wenn sie die anwendbaren Verfahrensregeln gestützt auf Gesetz und Statuten ermittelt.

3. Inhalt der öffentlichen Urkunde

- 559 Die öffentliche Urkunde wird in Gestalt eines Beschlussprotokolls erstellt. Gleich wie ein privatschriftliches Protokoll hat die öffentliche Urkunde das Datum, den Ort und gegebenenfalls den Hinweis auf eine besondere Durchführung¹⁵¹⁶ (hybride oder virtuelle Sitzung, Beschlussfassung im Zirkularverfahren) zu beinhalten. Weiter enthält die Urkunde einleitende Feststellungen zur Präsenz und zur Beschlussfähigkeit des Verwaltungsrats, die vom Verwaltungsrat zu treffenden Feststellungen über die Kapitalveränderung, Verweise auf die zugrunde liegenden Belege und die Beschlüsse betreffend Statutenänderungen (samt Abstimmungsergebnis).¹⁵¹⁷ Nicht Gegenstand der öffentlichen Urkunde sind dagegen Diskussionen sowie Voten und Protokollerklärungen einzelner Verwaltungsratsmitglieder.¹⁵¹⁸

II. Sitzungsleitung

- 560 Verwaltungsratssitzungen werden durch den Präsidenten, den Vizepräsidenten oder ein anderes Mitglied (als Tagesvorsitzender) des Verwaltungsrats geleitet.¹⁵¹⁹ Hat die Sitzung nur die beurkundungsbedürftigen Feststellungen zum Gegenstand, kommt es in der Praxis häufig vor, dass der Verwaltungsrat nicht *in corpore* tagt, sondern nur eines seiner Mitglieder vor der Urkundsperson erscheint, um diese «Formalität» zu erledigen. Diese etablierte Praxis mag angesichts der offenkundigen Bedeutung der zu beurkundenden Feststellungen und Statutenänderungen für die Gesellschaft zwar überraschen. Bei Fehlen ei-

¹⁵¹⁵ Siehe vorne [N 89](#).

¹⁵¹⁶ Eingehend BSK OR II-WERNLI, N 32 zu Art. 713.

¹⁵¹⁷ Zum Inhalt des Verwaltungsratsprotokolls siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 198 ff.; ZK-BÜHLER, N 31 f. zu Art. 713 OR; BSK OR II-WERNLI N 32 ff. zur Art. 713; vgl. die Ausführungen zum Inhalt öffentlichen Urkunde über Generalversammlungsbeschlüsse in N 347 und 359 ff.

¹⁵¹⁸ Dies im Unterschied zum Verwaltungsratsprotokoll gemäss Art. 713 Abs. 3 OR, das nicht bloss ein Beschlussprotokoll ist, sondern auch über die Verhandlungen (die wesentlichen Gesichtspunkte der Debatte) Aufschluss geben soll (eingehend BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 198).

¹⁵¹⁹ Siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 31 N 10; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1368 m.w.H.

ner abweichenden Regelung in den Statuten oder im Organisationsreglement ist sie aber zulässig, weil das Aktienrecht keine Mindestpräsenz für die Abhaltung einer Verwaltungsratssitzung vorschreibt.¹⁵²⁰ Die Urkundsperson hat die vor ihr als Sitzungsleiter auftretende Person zu identifizieren und muss sich durch Konsultation des Handelsregistrauszugs versichern, dass diese Person effektiv Mitglied des Verwaltungsrats ist.¹⁵²¹

Das Verwaltungsratsmandat ist persönlicher Natur.¹⁵²² Ein Mitglied des Verwaltungsrats kann sich weder durch Dritte noch durch andere Verwaltungsratsmitglieder vertreten lassen.¹⁵²³ Ausgeschlossen ist damit die Bevollmächtigung eines Vertreters, der anstelle des Verwaltungsrats vor der Urkundsperson erscheinen soll, um die Sitzung abzuhalten und zu leiten.

561

III. Durchführungsarten

Die Verwaltungsratssitzung kann als klassische Präsenzveranstaltung abgehalten werden. Als Tagungsort kommen etwa die Büros der Urkundsperson oder jene der Gesellschaft in Frage.¹⁵²⁴ Daneben ist es auch möglich, die Sitzung ganz oder zum Teil unter Einsatz elektronischer Mittel durchzuführen (unten [1.](#)) oder die Beschlüsse im Zirkularverfahren zu fassen (unten [2.](#)).

562

1. Hybride und virtuelle Verwaltungsratssitzung

Die Abhaltung von Verwaltungsratssitzungen als Telefonkonferenzen galt bereits unter früherem Recht als zulässig.¹⁵²⁵ Seit der Aktienrechtsrevision 2020

563

¹⁵²⁰ Eingehend dazu hinten [N 577 f.](#)

¹⁵²¹ Sollte das erschienene Mitglied zwar von der Generalversammlung gewählt, aber noch nicht im Handelsregister eingetragen worden sein, hat die Urkundsperson zu verlangen, dass ihr das Generalversammlungsprotokoll über die erfolgte Wahl vorgelegt wird (vgl. vorne [N 353 f.](#)). Die Anmeldung der Wahl ist dann spätestens mit jener des beurkundeten Geschäfts beim Handelsregisteramt einzureichen.

¹⁵²² So die herrschende Lehre (BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 129 f.; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2995; ZK-BÜHLER, N 57 ff. zu Art. 707 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 31 N 33 ff.; RUF, Gründung und Kapitalerhöhung, 377 f.; SCHENKER/SCHENKER, 262; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1376).

¹⁵²³ Eine Gegenmeinung in der Literatur möchte «aus praktischen Gründen» die Stellvertretung durch andere Verwaltungsratsmitglieder in beschränktem Umfang zulassen (siehe die Hinweise bei BÖCKLI, Aktienrecht, N 128 mit Fn. 331 und 333).

¹⁵²⁴ Zulässig ist auch die Abhaltung einer Sitzung im Ausland, wobei in diesem Fall nach dem Recht des Durchführungsstaats zuständige Urkundspersonen beizuziehen sind.

¹⁵²⁵ Siehe etwa BÖCKLI, Aktienrecht 2009, § 13 N 137.

erklärt Art. 713 Abs. 2 Ziff. 2 OR die Regelungen über die Verwendung elektronischer Mittel zur Durchführung der Generalversammlung (Art. 701c – 701e OR) für sinngemäss anwendbar. Der Verwaltungsrat kann die Sitzungsteilnahme über Kanäle der Echtzeitkommunikation (Video- oder Telefonkonferenz, Chatroom etc.) zulassen, wenn die Voraussetzungen gemäss Art. 701e Abs. 2 OR erfüllt sind.¹⁵²⁶ Möglich ist insbesondere auch eine vollständig virtuell abgehaltene Verwaltungsratssitzung ohne Tagungsort. Eine statutarische Grundlage ist dafür nicht erforderlich.¹⁵²⁷ Es empfiehlt sich aber eine Regelung der elektronischen Teilnahme im Organisationsreglement.

- 564 Beurkundungsrechtlich ist die Einschränkung anzubringen, dass zwischen der Urkundsperson und dem Sitzungsleiter eine ständige Bild- und Tonübertragung bestehen muss. Ansonsten ist die durch die Wahrheitspflicht gebotene Identifikation des Sitzungsleiters nicht hinreichend gewährleistet.¹⁵²⁸
- 565 Unter früherem Recht musste die Urkundsperson bestätigen, dass die gesetzlich erforderlichen Belege (z.B. Zeichnungsscheine, Kapitaleinzahlungsbestätigungen oder Prüfungsbestätigungen) dem Verwaltungsrat vorgelegen haben (Art. 652g Abs. 2 aOR 1991).¹⁵²⁹ Im Rahmen der Aktienrechtsrevision war zunächst geplant, diese Regelung an Art. 631 Abs. 1 OR betreffend den Errichtungsakt¹⁵³⁰ anzupassen. Gemäss Vorentwurf hätte die Urkundsperson neu bescheinigen müssen, dass die Belege *ihr und* dem Verwaltungsrat vorgelegen haben (Art. 652g Abs. 2 VE-OR 2014). Streng gesehen hätte man daraus folgern können, dass eine virtuelle oder hybride Verwaltungsratssitzung für diese Beschlüsse nicht in Frage kommt, weil sich die Verwaltungsratsmitglieder und die Urkundsperson im gleichen Raum aufhalten mussten.¹⁵³¹ Mit dem Entwurf 2016 wurde die Vorschrift dann aber gelockert.¹⁵³² Neu sollte der Verwaltungsrat bestätigen, dass ihm die Belege vorgelegen haben (Art. 652g Abs. 1 Ziff. 5 E-OR 2016). Die Urkundsperson sollte dagegen nur noch bescheinigen, dass ihr selbst die Belege vorgelegen haben (Art. 652g Abs. 2 E-OR 2016). Zu den Beweggründen hält die Botschaft Folgendes fest:¹⁵³³

¹⁵²⁶ Im Einzelnen dazu vorne [N 375](#).

¹⁵²⁷ So zutreffend BK-PLÜSS, N 43 zu Art. 707–722 und 726 OR.

¹⁵²⁸ Siehe dazu vorne [N 356](#).

¹⁵²⁹ Siehe ZK-CRAMER, N 11 zu Art. 652g OR.

¹⁵³⁰ Dazu vorne [N 322](#) und [340](#).

¹⁵³¹ In diese Richtung BSK OR II-ZINDEL/ISLER, N 10 zu Art. 652g.

¹⁵³² Siehe zur Entstehungsgeschichte der Regelung auch FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 9 zu Art. 652g OR.

¹⁵³³ Botschaft OR 2016, 501.

«Die Bestätigung, ob die Belege auch dem [Verwaltungsrat] vorgelegen haben [...], stellt gemäss Vernehmlassung für die Urkundsperson oft ein Problem dar, wenn im Organisationsreglement der Gesellschaft vorgesehen ist, dass ein Mitglied des [Verwaltungsrats] allein die Feststellungs- und Statutenänderungsbeschlüsse nach Artikel 652g fassen kann. [...] Diese Feststellung ist daher nicht durch die Urkundsperson, sondern durch den [Verwaltungsrat][...] zu machen [...]»

Zur Wahrheitsverantwortung für den Umstand, dass die Dokumente tatsächlich auch den übrigen Mitgliedern vorgelegt wurden, äussert sich die Botschaft wie folgt:¹⁵³⁴

«Es liegt in der Verantwortung des [Verwaltungsrats] oder des hierzu bevollmächtigten Mitglieds des [Verwaltungsrats], dass die nicht anwesenden Mitglieder Kenntnis von den Unterlagen hatten und der Entscheid über den Vollzug der Kapitalerhöhung vom [Verwaltungsrat] getragen wird.»

Die in diesem Sinn angepasste Regelung wurde vom Parlament in der Schlussabstimmung unverändert angenommen (Art. 652g Abs. 1 Ziff 5 und Art. 652g Abs. 2 OR). Nunmehr muss die Urkundsperson lediglich bestätigen, dass die Belege «ihr» vorgelegen haben.¹⁵³⁵ Das Vorliegen der Belege beim Verwaltungsrat wird als fremde Feststellung zu Protokoll genommen.¹⁵³⁶ Die Wahrheitsverantwortung liegt beim Verwaltungsrat selbst. Der Verwaltungsrat hat dafür zu sorgen, dass die Belege seinen Mitgliedern während oder im Vorfeld¹⁵³⁷ der Beschlussfassung in geeigneter Weise zur Verfügung gestellt werden. Dies ist auf elektronischem Weg möglich, indem etwa Scans unter den Verwaltungsratsmitgliedern zirkuliert bzw. auf einer gemeinsamen elektronischen Plattform abgelegt werden.¹⁵³⁸ Für diese Sichtweise spricht neben dem historischen auch das teleologische Auslegungselement: Sinn und Zweck von Art. 652g Abs. 1 Ziff. 5 OR ist, dass der Verwaltungsrat seine Feststellungen in

¹⁵³⁴ Botschaft OR 2016, 501.

¹⁵³⁵ Siehe Art. 652g Abs. 2, Art. 653g Abs. 3 und Art. 653o Abs. 2 OR; nicht nachvollzogen wurde diese Änderung bisher in Art. 54 HRegV für die Nachliberierung; aus diesem Versäumnis des Verordnungsgebers lässt sich m.E. nicht der Schluss ziehen, dass eine virtuelle oder hybride Verwaltungsratssitzung bei den Feststellungen bezüglich Nachliberierung unzulässig wäre.

¹⁵³⁶ Siehe Art. 652g Abs. 1 Ziff. 5, Art. 653g Abs. 1 Ziff. 4 und Art. 653o Abs. 1 OR.

¹⁵³⁷ Dass die Originale *gleichzeitig* dem Verwaltungsrat und der Urkundsperson vorliegen müssten, ist m.E. nicht erforderlich. Da es sich um eine Sachbeurkundung handelt, gilt das Erfordernis der Einheit des Akts nicht (siehe vorne [N 65](#)).

¹⁵³⁸ Siehe MÜLLER/KAISER/BENZ, Öffentliche Beurkundung 2023, 77; restriktiver ARNET, Aktienrecht, 16, wonach (elektronisch) beglaubigte Kopien der Originalbelege allen Beteiligten während des Beurkundungsvorgangs vorzuliegen hätten.

Kenntnis der Belege und damit wohlinformiert fasst. Der Vollzug der Kapitalveränderung soll – in den Worten der Botschaft – vom (Gesamt-)Verwaltungsrat «getragen» werden. Eine angemessene Informationsbasis wird eher gewährleistet, wenn alle Mitglieder Scans der Belege erhalten, als wenn die Originale dem einen Mitglied vorliegen, das vor der Urkundsperson erscheint, und unklar bleibt, ob die übrigen Mitglieder je von den Belegen Kenntnis erhalten haben. Die Feststellung gemäss Art. 652g Abs. 1 Ziff. 5 OR richtet sich nach dieser Lesart auf die materielle Kenntnis des Verwaltungsrats statt auf das Vorliegen von Originalen. Eine virtuelle oder hybride Sitzungsdurchführung ist damit nach Massgabe eines allfälligen Organisationsreglements zulässig.¹⁵³⁹

- 568 In jedem Fall müssen die Originalbelege der Urkundsperson beim Beurkundungsvorgang vorliegen (Art. 652g Abs. 2 OR).¹⁵⁴⁰ Die Urkundsperson soll die Feststellung des Verwaltungsrats summarisch prüfen,¹⁵⁴¹ indem sie sich vergewissert, dass (und wie) die Belege dem Gesamtverwaltungsrat zugänglich gemacht wurden, bevor sie die Beurkundung vornimmt.¹⁵⁴²

2. Zirkularbeschlüsse

- 569 Der Verwaltungsrat kann Beschlüsse auf schriftlichem Weg auf Papier oder in elektronischer Form fassen, sofern kein Mitglied die mündliche Beratung verlangt (Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 OR).¹⁵⁴³ Gegen die Beschlussfassung auf dem Zirkularweg steht jedem Verwaltungsratsmitglied ein Vetorecht zu. Das bedeutet aber nicht, dass Zirkularbeschlüsse einstimmig zu fassen wären.¹⁵⁴⁴ Vielmehr ist jedem Mitglied die Möglichkeit zu gewähren, sich mit Ja, Nein oder Enthaltung zum Antrag zu äussern. Der Verwaltungsrat kann Zirkularbeschlüsse auch dann gültig fassen, wenn einzelne Mitglieder sich nicht an der Beschlussfassung beteiligen.¹⁵⁴⁵ Der Verwaltungsratspräsident kann mit der Zustellung

¹⁵³⁹ Insoweit gl.M. BSK OR II-ZINDEL/ISLER, N 9 zu Art. 652g.

¹⁵⁴⁰ Ebenso MÜLLER/KAISER/BENZ, Öffentliche Beurkundung 2023, 77 a.E.; nach der in Fn. 1122 zitierten Praxismitteilung der Zuger Behörden (Seite 3) ist das Vorliegen der Originale bei der Urkundsperson notwendig (aber auch ausreichend).

¹⁵⁴¹ Vgl. im Zusammenhang mit Generalversammlungsbeschlüssen vorne [N 404 ff.](#)

¹⁵⁴² Vgl. ARNET, Aktienrecht, 16, die zudem nahelegt, in der öffentlichen Urkunde festzuhalten, in welcher Form bzw. über welches Medium den Teilnehmenden die Belege vorgelegen haben.

¹⁵⁴³ Zirkularbeschlüsse des Verwaltungsrats waren bereits unter früherem Recht ausdrücklich zulässig (siehe Art. 713 Abs. 2 aOR 1991; dazu z.B. BÖCKLI, Aktienrecht 2009, § 13 N 138 ff.).

¹⁵⁴⁴ Statt vieler VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1379 m.w.H.

¹⁵⁴⁵ Bezüglich der schriftlichen Beschlussfassung durch die Generalversammlung siehe vorne [N 370](#).

des Beschlussantrags anordnen, dass das Ausbleiben einer fristgerechten Antwort als Enthaltung gewertet wird.¹⁵⁴⁶ Unzulässig wäre es dagegen, das Stillschweigen als Zustimmung zum Antrag zu interpretieren.¹⁵⁴⁷

Bei der Beschlussfassung in Papierform ist die eigenhändige Unterzeichnung der Stimmabgabe vorausgesetzt. Erfolgt der Zirkularbeschluss auf elektronischem Weg, entbindet das Gesetz ausdrücklich vom Erfordernis der Unterzeichnung.¹⁵⁴⁸ Es ist damit auch keine qualifizierte elektronische Signatur nötig. Die elektronische Stimmabgabe kann in jeder Form erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht (z.B. per E-Mail), es sei denn, der Verwaltungsrat habe selbst eine strengere Form angeordnet. 570

Unter früherem Recht galt die Beurkundung von auf dem Zirkularweg gefassten Feststellungsbeschlüssen über Kapitalerhöhungen als unzulässig, weil das Gesetz die notarielle Bestätigung verlangte, dass die Belege «dem Verwaltungsrat» vorgelegen haben.¹⁵⁴⁹ Diese Bestätigung war bei einem Zirkularbeschluss nicht möglich. Diese Regelung wurde wie bereits ausgeführt mit der Aktienrechtsrevision 2020 angepasst.¹⁵⁵⁰ Da die Urkundsperson das Vorliegen der Belege beim Verwaltungsrat nicht mehr selbst bescheinigen muss, ist die Fassung von Zirkularbeschlüssen m.E. zulässig.¹⁵⁵¹ 571

Zur Beurkundung von Zirkularbeschlüssen des Verwaltungsrats gilt das bereits im Zusammenhang mit der schriftlichen Beschlussfassung der Generalversammlung Ausgeführte.¹⁵⁵² Die Urkundsperson nimmt persönlich an der Auszählung der eingegangenen Stimmen durch den Verwaltungsratspräsidenten teil. Sie hat sich die Organisation des Zirkularverfahrens erklären zu lassen und dieses auf seine Rechtmässigkeit zu prüfen. Sodann wird sie die Ergebnisaus- 572

¹⁵⁴⁶ Immerhin muss dabei die Zustellung des Beschlussantrags nachweisbar sein (BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 23 zu Art. 713).

¹⁵⁴⁷ So zu Recht BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 187; ebenso CHK-PLÜSS/FACINCANI-KUNZ, N 7 zu Art. 713 OR; ähnlich. BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 19 zu Art. 713, die allerdings «besondere Umstände» vorbehalten.

¹⁵⁴⁸ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 186; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 9 zu Art. 713 OR.

¹⁵⁴⁹ Siehe bereits vorne [N 565](#); zur Problematik der Zirkularbeschlüsse BERTHEL, 409; BIBER/WATTER, 707; BRÜCKNER, Zirkularbeschlüsse, 35 a.E.; ZK-BÜHLER, N 27 zu Art. 713 OR; BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 21 zu Art. 713.

¹⁵⁵⁰ Siehe vorne [N 565](#).

¹⁵⁵¹ Anders nach wie vor BSK OR II-ZINDEL/ISLER, N 10 zu Art. 652g, die aber die Änderung von Art. 652g Abs. 2 OR im Zuge der Aktienrechtsrevision 2020 (siehe soeben [N 565 ff.](#)) nicht berücksichtigen. Wie dargelegt ist eine notarielle Bescheinigung des Vorliegens der Belege beim Verwaltungsrat nicht (mehr) erforderlich.

¹⁵⁵² Siehe vorne [N 368 ff.](#), [444 ff.](#) und [477 ff.](#)

wertung und die Beschlussverkündung als Erklärungen des Vorsitzenden protokollieren.¹⁵⁵³ Die öffentliche Urkunde entspricht dem sog. Erwahrungsprotokoll, mit dem das Zustandekommen des Beschlusses festgehalten wird.

- 573 Der damit im Einzelfall erzielte Effizienzgewinn dürfte indes gering sein: In der Regel sahen die Statuten bereits bisher vor, dass die Anwesenheit eines Verwaltungsratsmitglieds vor der Urkundsperson genügt. Das Zirkularverfahren, bei dem auch ein Mitglied erscheinen muss, ist im Vergleich dazu aufwändiger und dürfte sich in Zukunft für diese Fälle kaum durchsetzen.

IV. Feststellungen des Vorsitzenden zu Beginn der Sitzung

- 574 Zunächst sind in der öffentlichen Urkunde die Feststellungen des Vorsitzenden zu Einberufung, Präsenz und Beschlussfähigkeit zu protokollieren. Wie im Rahmen der Generalversammlung¹⁵⁵⁴ handelt es sich dabei um Wissenserklärungen des Vorsitzenden und nicht um eigene Tatsachenfeststellungen der Urkundsperson. Die Urkundsperson ist verpflichtet, die Feststellungen im ihr zumutbaren Umfang zu überprüfen.¹⁵⁵⁵

1. Einberufung

- 575 Die erste Feststellung betrifft die ordnungsgemässe Einberufung der Sitzung. Mit Ausnahme von Art. 715 OR, der jedem Mitglied das Recht einräumt, die unverzügliche Einberufung einer Sitzung zu verlangen, enthält das Gesetz keine Regeln zur Einberufung von Verwaltungsratssitzungen. Regelmässig finden sich entsprechende Bestimmungen in den Statuten oder im Organisationreglement. Fehlt eine explizite Regelung, liegt es am Präsidenten, die Form und Frist der Einberufung im Einzelfall so zu bestimmen, dass sich die Mitglieder angemessen auf die Sitzung vorbereiten können.¹⁵⁵⁶ Der Verwaltungsrat ist nur beschlussfähig, wenn alle Mitglieder zur Sitzung eingeladen worden sind.¹⁵⁵⁷

¹⁵⁵³ Eingehend BRÜCKNER, Zirkularbeschlüsse, 34 f.; siehe auch vorne [N 477 ff.](#)

¹⁵⁵⁴ Siehe vorne [N 404 f.](#)

¹⁵⁵⁵ Eingehend dazu vorne [N 430 ff.](#)

¹⁵⁵⁶ Siehe ZK-BÜHLER, N 23 zu Art. 715 OR; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1361.

¹⁵⁵⁷ BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 147; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1360. Nehmen alle Mitglieder an der Sitzung teil, ist der Verwaltungsrat beschlussfähig, auch wenn die Vorschriften zur Einladung nicht eingehalten wurden (analog Art. 701 Abs. 1 und 2 OR; siehe BSK OR II-WERNLI, N 8 zu Art. 715).

2. Teilnahme

Die an der Sitzung teilnehmenden Mitglieder sind in der öffentlichen Urkunde namentlich aufzuführen.¹⁵⁵⁸ Abgesehen vom Sitzungsleiter müssen die Teilnehmer nicht durch die Urkundsperson identifiziert werden. Es genügt, die Feststellung des Vorsitzenden über die Teilnahme in der Urkunde festzuhalten. 576

3. Beschlussfähigkeit

Wie bereits erwähnt schreibt das Gesetz kein Präsenzquorum für Verwaltungsratssitzungen vor. Ohne anderslautende Bestimmung in den Statuten oder im Organisationsreglement ist der Verwaltungsrat damit auch beschlussfähig, wenn nur ein Mitglied teilnimmt.¹⁵⁵⁹ Sehen Statuten oder Organisationsreglement ein Präsenzquorum vor, enthalten sie wie bereits erwähnt oftmals eine Ausnahbestimmung, wonach der Verwaltungsrat für die öffentlich zu beurkundenden Feststellungsbeschlüsse auch bei Teilnahme nur eines Mitglieds beschlussfähig ist.¹⁵⁶⁰ 577

In der Praxis entspricht es dem Regelfall, dass nur ein Mitglied des Verwaltungsrats vor der Urkundsperson erscheint, wenn neben den Feststellungen keine weiteren Gegenstände für die Sitzung traktandiert sind.¹⁵⁶¹ 578

V. Beschlussfassung

Für die Beschlussfassung im Verwaltungsrat gilt zwingend das Kopfstimmprinzip.¹⁵⁶² Jedes Mitglied hat eine Stimme. Der Verwaltungsrat fasst seine Beschlüsse mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (Art. 713 Abs. 1 [Satz 1] OR). Enthaltungen zählen (anders als beim Quorum nach Art. 703 OR¹⁵⁶³) nicht mit. Wenn also bei einem Verwaltungsrat, der aus zwei Mitgliedern besteht, 579

¹⁵⁵⁸ Siehe ZK-BÜHLER, N 198 zu Art. 713 OR betreffend die inhaltlichen Anforderungen ans Verwaltungsratsprotokoll.

¹⁵⁵⁹ ZK-BÜHLER, N 7 zu Art. 713 OR; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1373.

¹⁵⁶⁰ Vgl. dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 169, der die Mitwirkung von mindestens zwei Verwaltungsratsmitgliedern nahelegt.

¹⁵⁶¹ Siehe vorne [N 560](#).

¹⁵⁶² Siehe DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 13 N 91.

¹⁵⁶³ Dazu vorne [N 468](#).

das eine Mitglied zustimmt und das andere sich der Stimme enthält, ist der Antrag angenommen.¹⁵⁶⁴

580 Nach wohl herrschender Ansicht können die Statuten oder kann das Organisationsreglement für bestimmte Beschlussgegenstände grundsätzlich ein qualifiziertes Quorum vorsehen.¹⁵⁶⁵ Gerade in Start-Up-Gesellschaften kommen Beschlusserschwernisse, mit denen Investoren sicherstellen wollen, dass bestimmte Entscheide nur mit Zustimmung ihres Vertreters im Verwaltungsrat gefällt werden, regelmässig vor.¹⁵⁶⁶

581 Bei einem Stimmengleichstand hat der Präsident nach dispositiver Anordnung den Stichentscheid (Art. 713 Abs. 1 Satz 2 OR).¹⁵⁶⁷

VI. Beurkundungsbedürftige Beschlüsse

1. Ordentliche Kapitalerhöhung

582 Mit der Statutenanpassung und den Feststellungen gemäss Art. 652g OR schliesst der Verwaltungsrat den Vorgang der ordentlichen Kapitalerhöhung ab. Diese Beschlüsse werden gefasst, sobald die neu auszugebenden Aktien vollständig gezeichnet und die erforderlichen Handlungen zur Liberierung der Einlagenschulden geleistet wurden.¹⁵⁶⁸

583 Die Aktienzeichnung erfolgt in einer privatschriftlichen Erklärung der Zeichner, dem sog. Zeichnungsschein.¹⁵⁶⁹ Zum Inhalt des Zeichnungsscheins verweist Art. 652 Abs. 1 OR auf die «für die Gründung geltenden Regeln». Anzugeben sind Anzahl, Nennwert, Art, Kategorie und Ausgabebetrag der Aktien (Art. 630 Ziff. 1 OR). Der Zeichner hat sich im Zeichnungsschein bedingungslos zu verpflichten, eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten (Art. 630 Ziff. 2 OR). Überdies muss der Zeichnungsschein auf den Erhöhungs-

¹⁵⁶⁴ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 161; ZK-BÜHLER, N 11 zu Art. 713 OR; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1371.

¹⁵⁶⁵ Siehe BSK OR II-WERNLI, N 8 zu Art. 713; ZK-BÜHLER, N 12 zu Art. 713 OR; restriktiv BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 164 ff.; ablehnend VON DER CRONE, Aktienrecht, N 1372.

¹⁵⁶⁶ Häufig finden solche Zustimmungserfordernisse ihre Grundlage in einem Aktionärbindungsvertrag und werden dann (durch Beschluss der Generalversammlung) in die Statuten aufgenommen (eingehend FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 898 ff.).

¹⁵⁶⁷ Vgl. zum Stichentscheid in der Generalversammlung vorne [N 471 ff.](#)

¹⁵⁶⁸ Siehe z.B. BSK OR II-ZINDEL/ISLER, N 2 zu Art. 652g.

¹⁵⁶⁹ Zum Zeichnungsschein siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 17 f.; VISCHER, Zeichnungs- und Sacheinlagevertrag, 541 ff.; ferner BERTHEL, 401 f.

beschluss der Generalversammlung¹⁵⁷⁰ und einen etwaigen Prospekt Bezug nehmen (Art. 652 Abs. 2 OR).

Anders als bei der Gründung ist die Aktienzeichnung also nicht mehr in die öffentliche Urkunde integriert. Damit geht aufseiten der Urkundsperson ein unterschiedlicher Prüfmassstab einher. Bei der Gründung liegt es in der Verantwortung der Urkundsperson, sich über die Identität der Zeichner und ihren Zeichnungswillen zu vergewissern. Dagegen ist bei der Kapitalerhöhung primär der Verwaltungsrat für die Kontrolle der Zeichnungsscheine zuständig. Die Urkundsperson überprüft lediglich, ob die vom Verwaltungsrat vorgelegten Zeichnungsscheine formell korrekt und inhaltlich vollständig sind.¹⁵⁷¹ Eine weitergehende Kontrolle der Belege verlangt die Ermittlungspflicht nicht.¹⁵⁷² Zur Identität des Unterzeichners braucht sie keine Nachforschungen anzustellen. Daher muss sie auch keine beglaubigten Unterschriften der Zeichner verlangen.

Der Verwaltungsrat legt in einem Kapitalerhöhungsbericht Rechenschaft ab über die Einhaltung des Generalversammlungsbeschlusses (Art. 652e OR).¹⁵⁷³ Anders als der Gründungsbericht, der bei Bargründungen entbehrlich ist, muss der Kapitalerhöhungsbericht für jede Kapitalerhöhung erstellt werden. Bei qualifizierter Liberierung verlangt das Gesetz im Kapitalerhöhungsbericht spezifische Angaben zum Gegenstand der Liberierung (Art. 652e Ziff. 1–3 OR). Der Kapitalerhöhungsbericht muss durch einen zugelassenen Revisor geprüft werden.¹⁵⁷⁴ Das Erfordernis der Prüfungsbestätigung entfällt, wenn die Einlagen in Geld geleistet und die Bezugsrechte weder eingeschränkt noch aufgehoben werden (Art. 652f OR). Der zugelassene Revisor prüft den Kapitalerhöhungsbericht (gleich wie den Gründungsbericht) auf seine Vollständigkeit und Richtigkeit. Zum Prüfungsumfang und zur Rolle der Urkundsperson kann auf die Ausführungen im Zusammenhang mit der Gründungsprüfung verwiesen werden.¹⁵⁷⁵

¹⁵⁷⁰ Möglich (und verbreitet) ist es, im Zeichnungsschein auf einen Erhöhungsbeschluss Bezug zu nehmen, der erst noch gefasst werden muss (BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 18; ZK-CRAMER, N 4 zu Art. 652 OR).

¹⁵⁷¹ Siehe ZK-CRAMER, N 11 f. zu Art. 652 OR.

¹⁵⁷² Siehe im Zusammenhang mit dem Errichtungsakt vorne [N 272](#).

¹⁵⁷³ Siehe BERTHEL, 402 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 53; SCHENKER/SCHENKER, 71; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 594.

¹⁵⁷⁴ Siehe VON DER CRONE, Aktienrecht, N 595; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, N 3 ff. zu Art. 652f; ferner BERTHEL, 406 ff.

¹⁵⁷⁵ Siehe vorne [N 331 ff.](#)

- 586 Im Zeitpunkt der öffentlich beurkundeten Feststellungen müssen dem Verwaltungsrat Belege über die Leistung der Einlagen vorliegen. Bei Bareinlagen ist eine Einzahlungsbestätigung der Bank¹⁵⁷⁶, bei Sacheinlagen der unterzeichnete Sacheinlagevertrag¹⁵⁷⁷ erforderlich. Der Bestand einer zu verrechnenden Forderung wird in der Regel durch einen Auszug aus der Buchhaltung, den entsprechenden Darlehensvertrag oder eine Saldobestätigung des Verwaltungsrats nachgewiesen.¹⁵⁷⁸ Bei der Liberierung aus frei verwendbarem Eigenkapital schreibt das Gesetz den Nachweis mittels eines aktuellen Jahres- oder Zwischenabschlusses vor (Art. 652d Abs. 2 OR).
- 587 Der zu fassende Feststellungsbeschluss ist inhaltlich ähnlich wie die Feststellungen der Gründer im Errichtungsakt.¹⁵⁷⁹ Gestützt auf die Belege hat der Verwaltungsrat festzustellen, dass sämtliche Aktien gültig gezeichnet sind, die versprochenen Einlagen dem gesamten Ausgabebetrag entsprechen und dass die Anforderungen von Gesetz, Statuten und Generalversammlungsbeschluss an die Leistung der Einlagen im Zeitpunkt der Feststellungen erfüllt sind (Art. 652g Abs. 1 Ziff. 1–3 OR). Dazu kommt die Feststellung, dass keine anderen Sacheinlagen, Verrechnungstatbestände oder besonderen Vorteile bestehen als die in den Belegen genannten («Stampa-Erklärung»; Art. 652g Abs. 1 Ziff. 4 OR).¹⁵⁸⁰ Schliesslich bestätigt der Verwaltungsrat in der Urkunde, dass ihm die Belege, die der Kapitalerhöhung zugrunde liegen, vorgelegen haben (Art. 652g Abs. 1 Ziff. 4 OR).¹⁵⁸¹ Im Anschluss an die Feststellungen passt der Verwaltungsrat die Statuten so an, dass sie die Rechtslage nach erfolgter Kapitalerhöhung wiedergeben. In jedem Fall zu ändern ist das Aktienkapital (Art. 626 Abs. 1 Ziff. 3 OR). Sodann bedarf es einer Anpassung entweder der Anzahl Aktien oder – im Fall einer Nennwerterhöhung – des Nennwerts pro Aktie (Art. 626 Abs. 1 Ziff. 4 OR).¹⁵⁸² Werden die Einlagen in qualifizierter Form geleistet, hat der Verwaltungsrat die vom Gesetz geforderten Angaben durch eine neue Klausel in den Statuten offenzulegen.¹⁵⁸³

¹⁵⁷⁶ Siehe vorne [N 325 ff.](#)

¹⁵⁷⁷ Siehe vorne [N 334 f.](#)

¹⁵⁷⁸ Eingehend AUS DER AU, N 476 ff.

¹⁵⁷⁹ Dazu vorne [N 271 ff.](#)

¹⁵⁸⁰ Siehe AUS DER AU, N 485 ff.; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, N 4a zu Art. 652g; im Zusammenhang mit der Gründung siehe vorne [N 285.](#)

¹⁵⁸¹ Früher musste die Urkundsperson bestätigen, dass die Belege dem Verwaltungsrat vorgelegen haben (Art. 652g Abs. 2 aOR 1991). Da oftmals nur ein Verwaltungsratsmitglied vor der Urkundsperson erschien, konnte diese streng genommen nicht prüfen, ob die Belege dem (Gesamt-)Verwaltungsrat vorgelegen hatten. Aus diesem Grund wurde die Vorschrift mit der Aktienrechtsrevision angepasst (siehe Botschaft OR 2016, 501).

¹⁵⁸² Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 66; ZK-CRAMER, N 6 ff. zu Art. 652g OR.

¹⁵⁸³ BSK OR II-ZINDEL/ISLER, N 5 zu Art. 652g.

Die geänderten Statuten sind anschliessend – mit einer Konformitätsbeglaubigung¹⁵⁸⁴ versehen – zusammen mit den öffentlichen Urkunden und weiteren Registerbelegen dem Handelsregisteramt einzureichen.

588

2. Kapitalerhöhung im Kapitalband

Soll das Aktienkapital innerhalb eines Kapitalbands (ordentlich) erhöht werden, tritt der sog. Durchführungsbeschluss des Verwaltungsrats an die Stelle des Generalversammlungsbeschlusses. Darin muss der Verwaltungsrat alle in Art. 650 Abs. 1 OR genannten Festlegungen treffen, soweit sie nicht bereits von der Statutenklausel vorweggenommen werden (Art. 653u Abs. 2 OR).¹⁵⁸⁵ Dieser Beschluss ist nicht öffentlich zu beurkunden.¹⁵⁸⁶

589

Im Übrigen stimmt das Verfahren weitgehend mit dem einer von der Generalversammlung beschlossenen Erhöhung überein.¹⁵⁸⁷ Die Statutenbestimmung über das Kapitalband ist im Anschluss an die Feststellungen grundsätzlich nicht anzupassen. Insbesondere steht es dem Verwaltungsrat nicht zu, die Ober- bzw. Untergrenze des Kapitalbands zu verändern.¹⁵⁸⁸ Eine Ausnahme gilt dort, wo das Kapitalband die Ermächtigung des Verwaltungsrats auf die Ausgabe einer bestimmten Anzahl von Aktien limitiert.¹⁵⁸⁹ In diesen Fällen muss der Verwaltungsrat (wie früher bei der genehmigten Kapitalerhöhung) die Anzahl der unter dem Kapitalband auszugebenen im Umfang der erfolgten Erhöhung reduzieren.¹⁵⁹⁰

590

3. Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital

Hat der Verwaltungsrat gestützt auf ein bedingtes Kapital Options- oder Wandelrechte ausgegeben, erwerben die Berechtigten ihre Aktionärsstellung unmittelbar, indem sie ihr (Gestaltungs-)Recht ausüben und die entsprechende Einlage leisten (Art. 653 Abs. 2 und Art. 653e Abs. 3 OR). Der Aktienerwerb er-

591

¹⁵⁸⁴ Zur Konformitätsbeglaubigung siehe vorne [N 321](#) und [534](#).

¹⁵⁸⁵ Siehe im Einzelnen BERNET, N 183 ff.; BSK OR II-CANDREIA/ZINDEL/ISLER, N 3 zu Art. 653u.

¹⁵⁸⁶ BÜCHLER, N 333 ff.; BSK OR II-CANDREIA/ZINDEL/ISLER, N 7 zu Art. 653u.

¹⁵⁸⁷ Eingehend zur Umsetzung einer Kapitalerhöhung innerhalb des Kapitalbands BERNET, N 189 ff.

¹⁵⁸⁸ Siehe CANDREIA/ZINDEL/ISLER, N 27 zu Art. 653u; SCHENKER/SCHENKER, 138.

¹⁵⁸⁹ Siehe BERNET, N 214; zur möglichen (aber nicht zwingenden) Angabe der Aktienzahl in der Ermächtigungsgrundlage siehe vorne [N 525](#).

¹⁵⁹⁰ Dieses Vorgehen hat das EHRA inzwischen in einer Praxismitteilung bestätigt (EHRA-Praxismitteilung 2/23, 3 f.).

folgt einseitig, ohne Mitwirkung der Gesellschaft.¹⁵⁹¹ In der Folge hat die Gesellschaft effektiv ein höheres Aktienkapital, als in den Statuten und im Handelsregister ausgewiesen ist. Die Beschlüsse des Verwaltungsrats gemäss Art. 653g OR dienen dem Zweck, die Statuten (und damit den Registereintrag) periodisch¹⁵⁹² an die geänderte Rechtslage anzugleichen. Sie haben anders ausgedrückt bloss deklarative Bedeutung.¹⁵⁹³

592 Der Verwaltungsrat fasst die Beschlüsse gestützt auf die Prüfungsbestätigung eines zugelassenen Revisionsexperten. Der Revisionsexperte bescheinigt darin, dass die Ausgabe einer bestimmten Anzahl Aktien während der Prüfungsperiode «dem Gesetz, den Statuten und gegebenenfalls dem Prospekt entsprochen hat» (Art. 653f Abs. 1 OR). Anders als beim Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht ist damit nicht die Korrektheit eines vorgefertigten Berichts, sondern die rechtskonforme Abwicklung der Aktienaussgabe zu prüfen. Zur Durchführung dieser Prüfung wird der Revisionsexperte sich insbesondere die Ausübungserklärungen der Berechtigten und Dokumente zur Liberierung (Bankbelege oder Verrechnungserklärungen¹⁵⁹⁴) vorlegen lassen. Die Urkundsperson muss diese Belege nicht einsehen. Sie kann sich bei Vorliegen einer formell korrekten Prüfungsbestätigung eines zugelassenen Revisionsexperten darauf verlassen, dass die entsprechende Anzahl Aktien rechtswirksam ausgegeben wurde.¹⁵⁹⁵

593 Kernelement des öffentlich zu beurkundenden Beschlusses ist die förmliche Feststellung des Verwaltungsrats über den Stand des Aktienkapitals und des bedingten Kapitals am Ende der Prüfungsperiode (Art. 653g Abs. 1 Ziff. 3 OR). Im Feststellungsbeschluss bestätigt der Verwaltungsrat ferner die Anzahl, den Nennwert und die Art der neu ausgegebenen Aktien, allfällige Vorrechte einzelner Aktienkategorien sowie den Umstand, dass ihm die der Kapitalerhöhung zugrunde liegenden Belege (namentlich die Prüfungsbestätigung) vorgelegen haben (Art. 653g Abs. 1 Ziff. 1, 2 und 4 OR).¹⁵⁹⁶

¹⁵⁹¹ Siehe WENGER, 206 ff.; ferner BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 162.

¹⁵⁹² Das Gesetz verlangt eine mindestens jährliche Anpassung («nach Ablauf jedes Geschäftsjahres»; Art. 653f Abs. 1 OR). Zusätzlich kann der Verwaltungsrat (gestützt auf eine separate Prüfungsbestätigung) unterjährige Anpassungen vornehmen (Art. 653f Abs. 2 OR).

¹⁵⁹³ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 169; WENGER, 213.

¹⁵⁹⁴ Zur Liberierung der aus bedingtem Kapital ausgegebenen Aktien siehe WENGER, 24 f.

¹⁵⁹⁵ Siehe BSK OR II-ZINDEL/ISLER, N 6 zu Art. 653g; vgl. dazu auch ZK-CRAMER, N 6 f. zu Art. 653g OR.

¹⁵⁹⁶ Siehe Botschaft OR 2016, 504; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, N 6 zu Art. 653g.

Der Verwaltungsrat hat sodann die Statutenklausel über das Aktienkapital und die Aktien sowie jene über das bedingte Kapital entsprechend anzupassen.¹⁵⁹⁷

594

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Ober- und Untergrenze eines etwaigen Kapitalbands ebenfalls angepasst werden müssen, sofern die Erhöhung aus bedingtem Kapital ausserhalb des Kapitalbands erfolgt ist (Art. 653g Abs. 2 OR).¹⁵⁹⁸ Erfolgt die Liberierung durch Verrechnung, ist nach der Praxis des EHRA keine Offenlegung der Angaben gemäss Art. 634a Abs. 3 OR in den Statuten erforderlich. Das EHRA begründet seine Praxis lapidar mit der angeblich fehlenden Absicht des Gesetzgebers, eine Verschärfung vorzunehmen.¹⁵⁹⁹

Ob das wirklich der Intention des Gesetzgebers entspricht, darf bezweifelt werden.¹⁶⁰⁰ Richtig ist sicher, dass die Publizität bei einer Vielzahl verrechnender Gläubigern (z.B. im Rahmen einer kotierten Wandelanleihe) kaum praktikabel wäre.¹⁶⁰¹ Wer sich der Statutenpublizität entziehen möchte, wird künftig die Darlehenswandlung über das bedingte Kapital¹⁶⁰² gegenüber der ordentlichen Kapitalerhöhung mit Verrechnung vorziehen.

Die Urkundsperson hat in der Urkunde zu bestätigen, dass ihr die Belege (Prüfungsbestätigung, angepasste Statuten) vorgelegen haben. Die Belege sind der Urkunde beizulegen (Art. 653g Abs. 3 OR).

595

4. Ordentliche Kapitalherabsetzung

Die ordentliche Kapitalherabsetzung nach revidiertem Recht ist spiegelbildlich zur ordentlichen Kapitalerhöhung konzipiert: Die Generalversammlung ändert in ihrem Herabsetzungsbeschluss die Statuten noch nicht. Sie beauftragt vielmehr den Verwaltungsrat, nach der Durchführung der Herabsetzung eine entsprechende Statutenanpassung vorzunehmen.¹⁶⁰³ Der entsprechende Verwaltungsratsbeschluss kann erst gefasst werden, wenn das Ergebnis des Gläubigerschutzverfahrens (Art. 653k OR) und die Prüfungsbestätigung (Art. 653m OR) vorliegt.¹⁶⁰⁴

596

¹⁵⁹⁷ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 167; WENGER, 212 f.

¹⁵⁹⁸ Siehe vorne [N 529](#).

¹⁵⁹⁹ EHRA-Praxismitteilung 1/24, 6 a.E.; gl.M. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 9 N 45.

¹⁶⁰⁰ Zu einem anderen Ergebnis gelangen etwa FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktienrecht 2020, N 6 zu Art. 653f OR.

¹⁶⁰¹ Siehe AUS DER AU, N 524.

¹⁶⁰² Siehe vorne [N 502](#).

¹⁶⁰³ Siehe vorne [N 507 ff.](#)

¹⁶⁰⁴ Siehe vorne [N 508](#).

- 597 In seinem Feststellungsbeschluss bestätigt der Verwaltungsrat, dass die Anforderungen des Gesetzes, der Statuten und des Generalversammlungsbeschlusses im Zeitpunkt der Feststellungen erfüllt sind und dass ihm die Belege, die der Kapitalherabsetzung zugrunde liegen, vorgelegen haben (Art. 653o Abs. 1 OR). Zu diesen Belegen zählen neben der Prüfungsbestätigung der im SHAB publizierte Schuldenruf und ein Bericht der im Schuldenruf aufgeführten Anmeldestelle über etwaige innert Frist eingegangene Sicherstellungsbegehren der Gläubiger (Art. 653k Abs. 1 OR).¹⁶⁰⁵ Die Urkundsperson bestätigt in der Urkunde, dass ihr die Belege ebenfalls vorgelegen haben, und fügt sie der Urkunde bei (Art. 653o Abs. 2 OR).
- 598 Sodann hat der Verwaltungsrat die Kapitalherabsetzung dem Handelsregisteramt zur Eintragung anzumelden.¹⁶⁰⁶ Frei gewordene Mittel dürfen den Aktionären erst nach erfolgter Eintragung ausgerichtet werden (Art. 653o Abs. 3 OR).
- 599 Ein Feststellungsbeschluss des Verwaltungsrats entfällt bei der Kapitalherabsetzung bei Unterbilanz (Art. 653p Abs. 1 OR). In diesem Verfahren beschliesst die Generalversammlung abschliessend über die Durchführung der Herabsetzung und passt die Statuten sogleich mit dem Herabsetzungsbeschluss an.¹⁶⁰⁷ Im Fall der Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Wiedererhöhung (Art. 653q f. OR) fasst der Verwaltungsrat lediglich einen Feststellungsbeschluss in Bezug auf die Kapitalerhöhung.¹⁶⁰⁸ Dieser Beschluss hat die Anforderungen von Art. 652g OR zu erfüllen. Die Statuten sind nur anzupassen, wenn das Aktienkapital nicht wieder auf den gleichen Betrag wie vor der Herabsetzung erhöht wurde.¹⁶⁰⁹

5. Kapitalherabsetzung im Kapitalband

- 600 Bei der Kapitalherabsetzung im Kapitalband tritt ein Durchführungsbeschluss des Verwaltungsrats an die Stelle des Generalversammlungsbeschlusses. Dieser erste Verwaltungsratsbeschluss ist nicht beurkundungsbedürftig.¹⁶¹⁰ Für

¹⁶⁰⁵ Beim Handelsregisteramt einzureichen sind dagegen nur die beiden öffentlichen Urkunden, die Prüfungsbestätigung sowie die angepassten Statuten (Art. 55 Abs. 1 HRegV; vgl. EHRA-Praxismitteilung 3/22, 4).

¹⁶⁰⁶ Die Anmeldung darf nicht später als 6 Monate nach dem Generalversammlungsbeschluss erfolgen (Art. 653j Abs. 4 OR).

¹⁶⁰⁷ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 213.

¹⁶⁰⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 53 N 333; MEISTERHANS/GWELESSIANI, N 320.

¹⁶⁰⁹ So nun ausdrücklich Art. 653q Abs. 3 OR.

¹⁶¹⁰ BERNET, N 222; BÜCHLER, N 333 ff.; BSK OR II-CANDREIA/ZINDEL/ISLER, N 7 zu Art. 653u OR.

den anschliessenden Feststellungsbeschluss und die Statutenänderung gelten die Vorgaben von Art. 653o OR. Die Statutenbestimmung über das Kapitalband ist – wie im Zusammenhang mit der Erhöhung im Kapitalband erwähnt¹⁶¹¹ – ausnahmsweise dann anzupassen, wenn die Statuten die Zahl der maximal zu vernichtenden Aktien explizit nennen.¹⁶¹²

6. Nachliberierung

Haben Gründer oder Aktienzeichner bei einer Kapitalerhöhung ihre Aktien nur teilweise liberiert, so kann der Verwaltungsrat von ihnen jederzeit die Leistung der restlichen Einlagen (sog. *non-versé*) an die Gesellschaft verlangen (Art. 634b OR).¹⁶¹³ Die nachträgliche Leistung von Einlagen kann durch Geldeinzahlung, Sacheinlage oder Verrechnung mit einer Forderung gegenüber der Gesellschaft erfolgen. Dabei kommen die für die jeweilige Liberierungsform geltenden Vorschriften zur Anwendung.¹⁶¹⁴ Möglich ist sodann auch, dass die Liberierungsschuld (ohne Leistung seitens der Aktionäre) durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital getilgt wird. Dazu ist allerdings die Mitwirkung der Generalversammlung erforderlich: Sie muss dem Verwaltungsrat die entsprechenden Gesellschaftsmittel zwecks Nachliberierung zur Verfügung stellen.¹⁶¹⁵ 601

Sind die Einlagen nachträglich geleistet worden, passt der Verwaltungsrat die Statuten an. Der entsprechende Beschluss ist öffentlich zu beurkunden (Art. 647 OR). Darin stellt der Verwaltungsrat fest, dass die Nachliberierung in Übereinstimmung mit dem Gesetz, den Statuten und dem Beschluss des Verwaltungsrats erfolgte und dass keine anderen Sacheinlagen, Verrechnungstatbestände oder besonderen Vorteile bestehen als die in den Belegen genannten (Art. 54 Abs. 2 lit. a und e HRegV). Schliesslich passt der Verwaltungsrat den Liberierungsbetrag bzw. die Liberierungsquote in den Statuten an. Bei qualifizierter Liberierung fügt er überdies die vom Gesetz geforderte Publizitätsklausel in die Statuten ein. 602

Welche Belege erforderlich sind, ergibt sich aus der jeweiligen Liberierungsform. Bei Geldeinlagen ist eine Kapitaleinzahlungsbestätigung nötig. Im Fall 603

¹⁶¹¹ Siehe vorne [N 590](#).

¹⁶¹² Siehe BERNET, N 241; BSK OR II-CANDREIA/ZINDEL/ISLER, N 27 zu Art. 653u.

¹⁶¹³ Eingehend zum Verfahren BÖCKLI, Aktienrecht, § 3 N 209; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2994.

¹⁶¹⁴ Siehe BSK OR II-SCHENKER/MEYER, N 6 ff. zu Art. 634b; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 206.

¹⁶¹⁵ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 3 N 211; POGGIO-WIDMER, 103; VON DER CRONE, Aktienrecht, N 207.

qualifizierter Liberierung bedarf es eines schriftlichen Berichts des Verwaltungsrats über die Leistung der Einlagen, einer Prüfungsbestätigung und (bei Sacheinlagen) der Sacheinlageverträge. Dieser Bericht (sog. Nachliberierungsbericht) ist durch einen zugelassenen Revisor zu prüfen.¹⁶¹⁶ Erfolgt die Nachliberierung durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital muss der Verwaltungsrat die Deckung des *non-versé* im Sinn von Art. 652d Abs. 2 OR nachweisen. Die Urkundsperson hat in der Urkunde zu bestätigen, dass die Belege ihr und dem Verwaltungsrat vorgelegen haben (Art. 54 Abs. 2 lit. d HRegV).¹⁶¹⁷

¹⁶¹⁶ Siehe BÖCKLI, Aktienrecht, N 210; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2994; ferner AUS DER AU, N 422 f.

¹⁶¹⁷ Siehe vorne [N 565](#).

Zusammenfassung

I.

Das Beurkundungsrecht in der Schweiz präsentiert sich traditionell als ein komplexes Zusammenspiel von Bundesrecht und kantonalem Recht. Während die Organisation des Beurkundungswesens Sache der Kantone ist, regelt der Bund, welche Geschäfte in welchem Umfang öffentlich beurkundet werden müssen (Art. 122 Abs. 1 BV). Das Beurkundungsverfahren wiederum liegt grundsätzlich in der kantonalen Regelungshoheit (Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB). Die Gestaltungsspielräume der kantonalen Gesetzgeber werden aber durch bundesrechtliche Schranken begrenzt. Lange anerkannt sind etwa die ungeschriebenen, von Praxis und Lehre aus dem materiellen Recht hergeleiteten bundesrechtlichen Mindestanforderungen.¹⁶¹⁸ Schliesslich gibt auch das Verfassungsrecht Leitlinien zur Ausgestaltung des Beurkundungsverfahrens vor.¹⁶¹⁹

604

Die Begrenztheit des gegenwärtigen Nebeneinanders von 26 kantonalen Verfahrensordnungen kommt besonders dann zum Vorschein, wenn Reformen anstehen. So musste der Bundesgesetzgeber vor Kurzem in die kantonale Regelungsbefugnis eingreifen, um die Erstellung digitaler Originalurkunden zu ermöglichen (DNG).¹⁶²⁰ Ein weiterer (punktuellder) Eingriff dürfte bald folgen: Sowohl Bundesrat wie auch Parlament möchten inskünftig die digitale Unternehmensgründung mittels Fernbeurkundung zulassen.¹⁶²¹ Ob der politische Wille für eine umfassende Vereinheitlichung besteht, die derzeit ebenfalls diskutiert wird, ist indes fraglich.

605

II.

Das Beurkundungsobligatorium im Aktienrecht geht zurück auf den Code de Commerce (1807); im damals herrschenden Konzessionssystem war die staatliche Mitwirkung bei der Gesellschaftsgründung systemimmanent. Von dort aus gelangte das Erfordernis des «*acte public*» über Deutschland ins OR 1881. Zunächst war die Privaturkunde als Alternativform zur öffentlichen Beurkun-

606

¹⁶¹⁸ Siehe vorne [N 42 ff.](#)

¹⁶¹⁹ Siehe vorne [N 37.](#)

¹⁶²⁰ Siehe vorne [N 96 ff.](#)

¹⁶²¹ Siehe vorne [N 132](#) mit Fn. 418.

dung zugelassen. Erst 1919 führte der Bundesrat – gestützt auf seine ausserordentlichen Vollmachten – einen eigentlichen Beurkundungszwang ein. Seither ist eine Tendenz feststellbar, die Formvorschriften eher auszudehnen als einzuschränken.¹⁶²²

- 607 Seit jeher verfolgte der Gesetzgeber mit dem aktienrechtlichen Beurkundungszwang primär das Ziel, Missbräuche und betrügerische Handlungen durch die beteiligten Personen zu unterbinden. Dies bestätigten letztmals die parlamentarischen Debatten über die geplante (und schliesslich abgelehnte) Lockerung der Formvorschriften im Rahmen der Aktienrechtsrevision 2020.¹⁶²³ Demgegenüber stand der Schutz der Gründer selbst (sog. Warnfunktion) nie im Fokus. Die wesentlichen Funktionen der öffentlichen Beurkundung im Aktienrecht wurden in der vorliegenden Arbeit unterteilt in Verfahrens- und Inhaltskontrolle. Zur Verfahrenskontrolle zählt erstens die vollständige und richtige Protokollierung der rechtserheblichen Vorgänge. Die Mitwirkung der Urkundsperson soll gewährleisten, dass die Belege den Sachverhalt zutreffend wiedergeben. Sodann arbeitet die Urkundsperson darauf hin, dass die Beteiligten die gesetzlichen und statutarischen Verfahrensregeln beachten. Die Urkundsperson hat die massgeblichen Regeln zu ermitteln (Prüfungspflicht), ihre Einhaltung zu überwachen und nötigenfalls mittels Belehrung und Beratung einzuschreiten, wenn sich die Beteiligten nicht daran halten. Die Inhaltskontrolle betrifft die Frage, inwieweit die Urkundsperson das zu beurkundende Geschäft auf seine inhaltliche Rechtmässigkeit zu überprüfen hat. Es wurde in der Arbeit dargelegt, dass der notariellen Inhaltskontrolle nur eine beschränkte Tragweite zukommt: Sie soll lediglich sicherstellen, dass das Geschäft aus inhaltlicher Sicht eintragungsfähig ist. Die Prüfpflicht der Urkundsperson ist in dieser Hinsicht gleichermassen limitiert wie jene der Handelsregisterbehörde. Zusammenfassend bezweckt die öffentliche Beurkundung eine präventive Rechtskontrolle formbedürftiger Akte, bestehend aus einer Verfahrenskontrolle und einer beschränkten Inhaltskontrolle.
- 608 Alle beurkundungsbedürftigen Geschäfte des Aktienrechts sind ins Handelsregister einzutragen. Die präventive Rechtsdurchsetzung (als Kernfunktion der öffentlichen Beurkundung) ist zugleich eine (Neben-)Funktion der Eintragungspflicht. Die Gegenüberstellung hat gezeigt, dass die Prüfbereiche der Handelsregisterbehörde einerseits und der Urkundsperson andererseits sich teilweise überschneiden, aber gleichwohl nicht deckungsgleich sind. Im Überschneidungsbereich führt die Vorkontrolle durch die Urkundsperson zu einer

¹⁶²² Siehe vorne [N 142 ff.](#)

¹⁶²³ Siehe vorne [N 144 ff.](#)

Entlastung der Registerbehörde. Sodann ist die öffentliche Beurkundung im Bereich der Verfahrenskontrolle deutlich leistungsfähiger als die registerrechtliche Prüfung.¹⁶²⁴ Dies belegt, dass der präventiven Rechtskontrolle durch die Urkundsperson durchaus eine eigenständige Bedeutung zukommt. Die Kontrollfunktion der öffentlichen Beurkundung könnte durch die registerrechtliche Prüfung (ungeachtet der ihr zugeteilten Ressourcen) nicht vollumfänglich substituiert werden.

III.

Die Beurkundung des Errichtungsakts ist eine Willensbeurkundung. Sie erfolgt im Verfahren, das für die Beurkundung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen gilt. Damit ist die Urkundsperson insbesondere verpflichtet, die Gründer zu identifizieren und ihre Handlungsfähigkeit zu überprüfen. Die öffentliche Urkunde soll den inneren Willen der Gründer möglichst unverfälscht wiedergeben. Beim Beurkundungsvorgang ist die sog. Einheit des Akts zu beachten: Lesung, Genehmigung und Unterzeichnung der Urkunde haben unmittelbar nacheinander in Anwesenheit aller Gründer (oder ihrer Vertreter) vor der Urkundsperson zu erfolgen. Die Beurkundung mittels Videokonferenz ist derzeit noch nicht zulässig, was sich mit dem erwähnten Gesetzgebungsvorhaben zur digitalen Unternehmensgründung in Zukunft ändern könnte.

609

Dagegen handelt es sich bei der Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen um eine Sachbeurkundung. Gegenstand der öffentlichen Urkunde ist der Versammlungsablauf, wie er von der Urkundsperson wahrgenommen wird. Die Mitwirkung einer Urkundsperson ist für Generalversammlungsbeschlüsse von grosser Tragweite (Kapitalveränderungen, Statutenänderungen, Auflösung, Fusion und Spaltung) vorgeschrieben. «Ansprechpartner» der Urkundsperson seitens der Gesellschaft ist der Vorsitzende der Versammlung (in der Regel der Verwaltungsratspräsident). Ihn hat die Urkundsperson zu identifizieren. Die Prüfung der Identität und Legitimation der übrigen Versammlungsteilnehmer indes liegt in der Verantwortung des Vorsitzenden. Die Urkundsperson hat seine diesbezüglichen Feststellungen lediglich im ihr zumutbaren Rahmen zu kontrollieren.¹⁶²⁵ Die notarielle Sorgfaltspflicht verlangt eine besondere Aufmerksamkeit, wenn Fehler zur Nichtigkeit des beurkundeten Geschäfts führen können. Begrenzt wird die erforderliche Sorgfalt durch die tatsächlichen Prüfmöglichkeiten der Urkundsperson: So kann etwa die Präsenz an der Generalversammlung einer

610

¹⁶²⁴ Siehe vorne [N 208 ff.](#)

¹⁶²⁵ Siehe vorne [N 430 ff.](#)

Publikumsgesellschaft von der Urkundsperson nicht selbständig nachgeprüft werden.

Auch die Beschlussfassung selbst wird in der Regel als Wissenserkklärungen des Vorsitzenden protokolliert. Die Urkundsperson schreitet durch Belehrung und Beratung ein, wenn sie Mängel feststellt. Gemäss dem revidierten Aktienrecht ist es unter gewissen Voraussetzungen zulässig, die Generalversammlung virtuell (ohne Tagungsort) durchzuführen. Beschlüsse einer solchen Versammlung können öffentlich beurkundet werden, indem sich die Urkundsperson digital zur Versammlung zuschaltet. Sodan ist es in Gesellschaften mit überschaubarem Aktionariat neu möglich, Generalversammlungsbeschlüsse auf schriftlichem Weg zu fassen, selbst wenn diese Beschlüsse öffentlich beurkundet werden müssen.

- 611 Auf Verwaltungsratsbeschlüsse sind schliesslich ebenfalls die Regeln über die Sachbeurkundung anwendbar. Dem Beurkundungsobligatorium unterliegen Beschlüsse über Feststellungen und Statutenänderungen infolge von Kapitalveränderungen sowie der nachträglichen Leistung von Einlagen. Das revidierte Recht stellt klar, dass der Verwaltungsrat diese Beschlüsse auf dem Zirkularweg fassen kann.

Lebenslauf

Bruno Mahler, geboren 1988, absolvierte eine Berufslehre bei einer Versicherungsgesellschaft. Neben mehrjähriger Berufstätigkeit erwarb er die kaufmännische Berufsmatura (2010) und die Passerelle (2011). Anschliessend absolvierte er zwischen 2013 und 2019 sein Bachelor- und Masterstudium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich. Zwischen 2014 und 2018 war er wissenschaftlicher Hilfsassistent am Lehrstuhl von Prof. Claire Huguenin. Nach dem Anwaltspraktikum bei Wenger Vieli in Zug erwarb er im Jahr 2020 die Zulassung als Rechtsanwalt und Notar des Kantons Zug. Nachfolgend war er als Doktorand und wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Hans Caspar von der Crone an der Universität Zürich tätig. Seit 2023 arbeitet er als Rechtsanwalt und Notar bei Wenger Vieli in Zug.

Traditionell spielt die öffentliche Beurkundung im Aktienrecht eine prominente Rolle. Das Gesetz unterwirft eine Vielzahl bedeutender gesellschaftsrechtlicher Vorgänge dem Beurkundungszwang. Hieran wird mit der Aktienrechtsrevision 2020 festgehalten. Vorschläge zu einer partiellen Lockerung der Formvorschriften hat der Gesetzgeber nicht übernommen. Die öffentliche Beurkundung wird auch künftig an allen entscheidenden Stationen im Lebenszyklus einer Aktiengesellschaft anzutreffen sein. Im Kontrast zu ihrer praktischen Bedeutung ist die notarielle Mitwirkung im Gesellschaftsrecht aktuell wissenschaftlich kaum durchdrungen. Ziel der vorliegenden Dissertation ist es, diese Lücke zu schliessen und die Schnittstelle zwischen Notariats- und Aktienrecht systematisch aufzuarbeiten.