

# Die Online-Gründung der Aktiengesellschaft

Prof. Dr. Lukas Müller, Rechtsanwalt (Zürich)\*

## I. Einleitung

Die unbürokratische Gründung von Unternehmen in Form einer Kapitalgesellschaft hat einen Einfluss auf die Standortattraktivität.<sup>1</sup> Im Verlauf verschiedener Reformen wurde und wird deshalb über die Anpassung der Gründungsformalitäten und damit zusammenhängender Gesetzgebungsprojekte diskutiert. Dabei wird stets auch das Ziel genannt, das Schweizer Recht mit jenem seiner Handelspartner zu harmonisieren, um die Wettbewerbsfähigkeit der hiesigen Wirtschaft zu gewährleisten.<sup>2</sup> Mit zunehmendem technischem Fortschritt bietet es sich an, verschiedene standardisierbare Abläufe (wie z.B. die Gründung der Aktiengesellschaft) zu digitalisieren. Hierbei stellen sich zahlreiche Fragen, etwa im Hinblick auf das Handelsregisterrecht<sup>3</sup>, die (elektronische) öffentliche Beurkundung<sup>4</sup> sowie die potenzielle Lockerung des Zwangs zur öffentlichen Beurkundung bei einfachen Gründungs-, Kapitalveränderungs- und Beendigungsvorgängen.<sup>5</sup> Die Lockerung dieses Beurkundungszwangs verwarf das Parlament indessen in der aktuellen Aktienrechtsreform.<sup>6</sup> Ein weiterer Aspekt ist die Erfahrung, die Rechtsdienstleister – insbeson-

*Das Gesellschaftsrecht wird zunehmend digitalisiert. Die Gründung einer Aktiengesellschaft ist allerdings nach Art. 620 ff. OR de lege lata nicht vollständig online möglich. Derzeit ist es immer noch notwendig, dass der Gründer einer Aktiengesellschaft bei Amtsstellen oder Notaren erscheinen muss, obschon die Technologie die Identifikation auf anderen Wegen ermöglicht. Die Mitwirkung von Notaren und die öffentliche Beurkundung in Papierform werden zum Teil als Anachronismus empfunden, da die Daten letztlich digital gespeichert und selten die Papiausfertigungen der entsprechenden Urkunden verwendet werden. Der vorliegende Aufsatz diskutiert die Online-Gründung der Aktiengesellschaft, weist auf grundlegende Probleme hin und unterbreitet Lösungsvorschläge.*

*Le droit des sociétés est de plus en plus numérique. Pourtant, selon les art. 620 ss CO, il n'est pas possible de fonder une société anonyme entièrement en ligne. À l'heure actuelle, il est encore nécessaire pour le fondateur d'une société anonyme de se présenter devant un notaire ou un service de l'État, alors même que la technologie permet l'identification par d'autres moyens. L'intervention du notaire et l'authentification sous forme papier sont parfois perçues comme anachroniques, puisque les données sont finalement sauvegardées sous forme numérique et que les exemplaires originaux des actes correspondants sont rarement utilisés. Le présent article traite de la constitution en ligne d'une société anonyme, souligne les problèmes fondamentaux et propose des solutions.*

\* Lukas Müller, Prof. Dr. oec. HSG, Rechtsanwalt, lic. iur., LL.M., MA UZH, Assistenzprofessor für Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Gesellschaftsrecht, IFF-HSG, Universität St. Gallen, und Gerichtsschreiber, Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, St. Gallen. Sämtliche Websites wurden zuletzt am 19.6.2020 besucht.

<sup>1</sup> Vgl. Klaus Schwab (Hrsg.), Global Competitiveness Report 2019, Genf 2019, 537; Lucas Forrer/Matthias P.A. Müller/Floris Zuur, Das Aktienrecht im Wandel der Digitalisierung, in: Matthias P.A. Müller/Lucas Forrer/Floris Zuur (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, 4.

<sup>2</sup> Vgl. Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Rolf Sethe, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Bern 2018, § 10 N 195 ff.

<sup>3</sup> Vgl. dazu Abschnitt IV.F.

<sup>4</sup> Vgl. dazu Abschnitt IV.D.

<sup>5</sup> Vgl. Rolf Sethe/Meltem Cetinkaya, Sinn und Unsinn von Formerleichterungen im geplanten Aktienrecht, REPRAX 2018 153 ff.; Pascal Zysset, Geplante Formerleichterungen für einfach strukturierte Gesellschaften, REPRAX 2018 53 ff.; Lukas Müller/Lara Pafumi, Die digitale öffentliche Urkunde im Kontext der AG, REPRAX 2020 70 ff.

<sup>6</sup> Vgl. Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet!, in: Jusletter 10.2.2020, N 60.

dere Behörden und freiberufliche Notare – im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie sammeln konnten. Art. 6f – ursprünglich Art. 6a in der Fassung vom 17. März 2020 und später Art. 6b – der COVID-19-Verordnung 2 (bzw. seit 22. Juni 2020 nunmehr Art. 27 der Covid-19-Verordnung 3) ermöglichte den Veranstaltern von Generalversammlungen, dass die Gesellschafter ihre Rechte auf elektronischem Weg ausüben konnten.<sup>7</sup> Mit dem künftigen Aktienrecht, das am 19. Juni 2020 vom Parlament genehmigt wurde, ändert sich nichts an den beurkundungsrechtlichen Eigenheiten, die in diesem Aufsatz skizziert werden.

## II. Gründungsprozess aus Sicht des Gründers

### A. Dauer der administrativen Abläufe als Wettbewerbsfaktor

In der Schweiz dauert die Gründung einer Aktiengesellschaft im Durchschnitt zehn Tage; in Neuseeland hingegen nur einen halben Tag.<sup>8</sup> In Estland lässt sich eine AG-Gründung mittels einer staatlichen Online-Plattform in durchschnittlich zwei Stunden bewerkstelligen.<sup>9</sup>

Das Handelsregisteramt des Kantons Zug hat im Rahmen eines Pilotprojekts mit privaten Partnern erfolgreich gezeigt, dass es möglich ist, eine Aktiengesellschaft unter geltendem Recht innerhalb von drei Stunden zu gründen. Die «Drakkenberg AG» wurde am 9. April 2018 mittels Blockchain und Smart Contracts<sup>10</sup> gegründet und ins Tagesregister des Han-

delsregisters des Kantons Zug eingetragen. Bei diesem Projekt ging es unter anderem darum, das gesamte rechtliche und informationstechnologische Ökosystem, das für eine Gründung notwendig ist, im Hinblick auf die gesellschaftsrechtlichen Prozesse zu automatisieren. Damit sollten der aufwändige Austausch der Dokumente zwischen den Akteuren in Papierform reduziert und die mehrfache Erfassung derselben Daten vermieden werden, um die Abläufe effizient abzuwickeln.<sup>11</sup> Das Beispiel der «Drakkenberg AG» vom 9. April 2018 zeigt, dass eine AG-Gründung grundsätzlich auch in der Schweiz relativ zügig umsetzbar ist, sofern alle beteiligten Akteure beförderlich mitmachen. Bis dato wurden fast 30 Aktiengesellschaften nach dem gleichen digitalen Prozess wie die «Drakkenberg AG» gegründet. Im Alltag zeigt sich indes, dass die am Gründungsprozess beteiligten Personen manchmal aus Nachlässigkeit die Verzögerungen selbst verursachen. Wenn ausländische Gründer in der Schweiz ein Kapitaleinzahlungskonto eröffnen wollen und die geldwäschereirechtlichen Abklärungen mehrere Wochen in Anspruch nehmen, führt das zu zusätzlichen Verzögerungen. Die Technologie müsste insbesondere die Koordination der Abläufe, Abklärungen und den Informationsaustausch zwischen den an der Gründung beteiligten Akteuren unterstützen. Dies kann mit geeigneten Software-Lösungen geschehen.

### B. Geschwindigkeit oder Übereilungsschutz?

Die Rechtsform des Unternehmens sollte die Erreichung des Geschäftszwecks fördern. Am Anfang jedes Unternehmens stehen idealerweise die Geschäftsidee und ein Businessplan.<sup>12</sup> Ein Unternehmen soll ein bestimmtes Kundenbedürfnis befriedigen. Viele Gründer haben bereits aufgrund früherer Erfahrungen eine Idee, was der Zweck ihres Unternehmens sein soll.<sup>13</sup> Mithilfe des Businessplans soll die Geschäftsidee finanziell, technisch und personell umgesetzt werden.<sup>14</sup> Unterneh-

<sup>7</sup> Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung 2; SR 818.101.24) vom 13. März 2020 (Stand am 15.6.2020); die Verordnung 3 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung 3; SR 818.101.24) vom 19. Juni 2020 (Stand am 6.7.2020) ersetzt die COVID-19 Verordnung 2.

<sup>8</sup> Vgl. Schwab (Fn. 1) 537. Zur Gründung nach neuseeländischem Recht vgl. Forrer/Müller/Zuur (Fn. 1) 4 ff.

<sup>9</sup> Vgl. Sabine Lendl-Manbary/Vanessa Oesch, Berichterstattung über die Konferenz der kantonalen Handelsregisterbehörden vom 22. Oktober 2019 in Bern, REPRAX 2020 91 f.

<sup>10</sup> Zur rechtlichen Einordnung von Blockchain und Smart Contracts vgl. z.B.: Hans Caspar von der Crone/Franz J. Kessler/Luca Angstmann, Token in der Blockchain – privatrechtliche Aspekte der Distributed Ledger Technologie, SJZ 2018 337 ff.; Eleonor Gyr, Blockchain und Smart Contracts, Die vertragsrechtlichen Implikationen einer neuen Technologie, Bern 2019, 36 ff.; Christoph Müller, Die Smart Contracts aus Sicht des Schweizerischen Obligationenrechts, ZBJV 2019 330 ff.; Rolf H. Weber, Smart Contracts: Vertrags- und verfügungsrechtlicher Regelungsbedarf?, sic! 2018 291 ff.; Andreas Furrer, Die Einbettung von Smart Contracts in das schweizerische Privatrecht, Anwaltsrevue 2018 103 ff.; Lukas Müller/Reto Seiler, Smart Contracts aus Sicht des

Vertragsrechts – Funktionsweise, Anwendungsfälle und Leistungsstörungen, AJP 2019 317 f.

<sup>11</sup> Vgl. Handelsregisteramt des Kantons Zug, Das Handelsregisteramt Zug und weitere Partner gründen und registrieren erstmals eine AG in weniger als drei Stunden, Medienmitteilung, 10.4.2018, <<https://www.zg.ch/behoerden/volkswirtschaftsdirektion/handelsregisteramt/aktuell/das-handelsregisteramt-zug-und-weitere-partner-gruenden-und-registrieren-erstmal-eine-ag-in-weniger-als-drei-stunden>>.

<sup>12</sup> Vgl. William A. Sahlman, How to Write a Great Business Plan, Harvard Business Review 4/1997 98 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Felix Küsell, Praxishandbuch Unternehmensgründung, Unternehmen erfolgreich gründen und managen, Wiesbaden 2006, 31 ff.

<sup>14</sup> Vgl. Sahlman (Fn. 12) 99 f.

merisches Handeln ist aber ein dynamischer Lernprozess, der von verschiedenen Faktoren und Akteuren beeinflusst wird, wie z.B. den Lieferanten, Kunden, Konkurrenten, Substitutionsgütern und Eintrittsbarrieren in einen bestimmten Markt.<sup>15</sup>

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist die schnelle Abwicklung der Gründungformalitäten erstrebenswert. Dennoch sollten die Schritte wohlüberlegt und sorgfältig geplant sein. In der Literatur wird die Meinung vertreten, dass die AG-Gründung mit einem Notar die Gründer vor Unbedacht schützt.<sup>16</sup> Der pflichtbewusste Notar soll deshalb die Gründer belehren und beraten.<sup>17</sup> Diese Beratung fokussiert sich im Wesentlichen auf die rechtlich relevanten Aspekte der Gründung. Dabei findet üblicherweise keine Beratung hinsichtlich eines Businessplans oder der Finanzierung eines Unternehmens statt, obschon betriebswirtschaftliche Aspekte existenziell wichtig sind. Eine betriebswirtschaftlich fundierte Beratung kann jedoch durch Notare mangels entsprechender Ausbildung oder Erfahrung kaum umfassend angeboten werden.

Eigentlich müssten die Wahl der Rechtsform und ihre konkrete Ausgestaltung bereits bei der Erstellung des Businessplans ein wesentliches Element darstellen. Indessen findet in dieser frühen Phase in der Regel kein Kontakt mit Notaren statt. Stattdessen werden Notare im Alltag eher vor vollendete Tatsachen gestellt. Sie haben damit bedauerlicherweise in der Praxis eher eine Ausführungsfunktion, um die beurkundungsrechtliche Dokumentation zu erstellen und öffentlich zu beurkunden. Beratung und Belehrung können Notare damit nicht effektiv vornehmen. Unternehmer sollten dennoch bei Bedarf frühzeitig bei geeigneten Fachleuten eine Beratung in Anspruch nehmen, die rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte umfasst.

Aus rechtlicher Sicht sind insbesondere die verschiedenen Vor- und Nachteile der infrage kommenden Rechtsformen für das Unternehmen und die konkreten Inhalte der beurkundungsrechtlichen Dokumentation zu prüfen. Es gibt vielerlei Möglichkeiten der rechtlichen Ausgestaltung. Konkret hängt sie u.a. vom Businessplan, von den Interessen und Bedürfnissen der involvierten Gründer, Investoren, steuerlichen und

sozialversicherungsrechtlichen Rahmenbedingungen sowie den Chancen und Risiken eines Geschäfts ab.<sup>18</sup> Die Gründer müssen die verschiedenen Rechte und Pflichten, die sich aus einer bestimmten Rechtsform ergeben, verstehen. Bedeutsam sind Aspekte wie die Regelung der Haftung oder Verantwortlichkeit und wer als Investor zugleich in der Geschäftsführung mitwirken darf und soll. Hierbei ist ebenfalls wichtig, dass die Finanzierung entsprechend den Bedürfnissen der Investoren und der Geschäftsführung gestaltet wird. Dies auch im Hinblick auf später erfolgende Finanzierungsrunden. Zusätzlich zu den (öffentlichen) Urkunden, die etwa für eine AG-Gründung beim Handelsregister eingereicht werden, können weitere Abreden in schriftlicher Form getroffen werden (z.B. in Form eines Aktionärbindungsvertrages).<sup>19</sup>

### C. «EasyGov»: Online-Schalter für Unternehmen

Ab dem Zeitpunkt der Unternehmensgründung sind verschiedene Formalitäten im Zusammenhang mit der Führung des Unternehmens (Corporate Governance) – die Regelung der Zeichnungsberechtigungen, Handelsregisteranmeldungen, der Organisation des Rechnungswesens, der Steuern und Sozialversicherungen – zu erfüllen. Die Bundesverwaltung hat im November 2017 mit «EasyGov» einen Online-Schalter für Unternehmen lanciert, um eine zentrale Anlaufstelle für die meisten Behördenkontakte zu schaffen. Damit sollen auf Stufe des Bundes, der Kantone und der Gemeinden verschiedene einfache Transaktionen und wichtige Kontakte mit staatlichen Instanzen im Sinne eines One-Stop-Shop zusammengefasst werden.<sup>20</sup> Auch nach Abschluss eines Gründungsprozesses lässt sich dieses Portal weiterhin nutzen. Einfache Vorgänge, wie Mutationen bei den Zeichnungsberechtigungen, können über diese Plattform standardisiert abgewickelt werden.

Während der COVID-19-Pandemie sind beispielsweise die Gesuchsformulare für COVID-19-Finanzierungshilfen<sup>21</sup> ebenfalls über «EasyGov» zur Verfügung gestellt worden. Es wäre sinnvoll, diese Plattform um weitere Funktionalitäten zu ergänzen, damit Unternehmer nicht ihre Informationen bei den

<sup>15</sup> Vgl. Michael E. Porter, The Five Competitive Forces that Shape Strategy, Harvard Business Review 1/2008 25 ff.

<sup>16</sup> Vgl. Zysset (Fn. 5) 56.

<sup>17</sup> Vgl. Lukas Glanzmann/Claudia Walz, Gesellschaftsrecht und Notar – Entwicklungen und Tendenzen, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Notar, La société au fil du temps, Zürich 2016, 9; Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 258 ff., N 1728 ff.; Zysset (Fn. 5) 56 ff.

<sup>18</sup> Vgl. James D. Cox/Thomas Lee Hazen, Business Organizations Law, 4. A., St. Paul, Minnesota 2016, 77 f.

<sup>19</sup> Vgl. Peter Forstmoser/Marcel Kuchler, Aktionärbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, N 18 ff.

<sup>20</sup> Vgl. dazu den Online-Behördenschalter <<http://www.easygov.swiss>>, der von der Bundesverwaltung angeboten wird.

<sup>21</sup> Vgl. Verordnung vom 25. März 2020 zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus; SR 951.261.

verschiedenen Websites der jeweiligen Behörden zusammensuchen müssen. Während der letzten Monate wurde die «EasyGov»-Plattform erfreulicherweise auch erweitert.

### III. Überblick über Entwicklungen im Ausland

Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union befassen sich seit einigen Jahren verstärkt mit der Digitalisierung des Gesellschaftsrechts. Hierbei ist insbesondere die Republik Estland sehr innovativ. Im Folgenden sollen nur einige wenige Schwerpunkte der Digitalisierungsbestrebungen auf Ebene der Europäischen Union sowie am Beispiel der Republik Estland vorgestellt werden.

#### A. Republik Estland

In Sachen Digitalisierung der Verwaltung und der öffentlichen Register ist Estland seit vielen Jahren technisch innovativ unterwegs. Das hängt damit zusammen, dass mit der Unabhängigkeit Estlands im Jahre 1991 und dem Zusammenbruch der UdSSR das sowjetische Recht nicht mehr gültig war. Die Rechtsgrundlagen liessen sich somit von Grund auf neu gestalten.<sup>22</sup>

Das estnische Gesellschaftsrecht ist hauptsächlich im Handelsgesetzbuch (HGB; «äriseadustik»)<sup>23</sup> vom 15. Februar 1995 geregelt.<sup>24</sup> Im estnischen Recht gibt es verschiedene Handelsgesellschaften, wobei insbesondere die Gesellschaft mit beschränkter Haftung («osaühing»<sup>25</sup>) mit der schweizerischen AG vergleichbar ist. Damit die Handelsgesellschaften entstehen können, sind sie ins Handelsregister einzutragen, wobei dieser Eintrag konstitutive Wirkung hat.<sup>26</sup> Die Einträge im estnischen Handelsregister haben die Wirkung des öffentlichen Glaubens.<sup>27</sup> Über das estnische Handelsregister lassen sich des Weiteren Geschäftsberichte abrufen und es lässt sich überprüfen, ob gegen bestimmte Personen Berufsverbote ausge-

sprochen wurden, die einer Eintragung im Handelsregister entgegenstehen.<sup>28</sup>

Seit 2007 ist die Gründung einer estnischen GmbH vollständig mit elektronischen Mitteln möglich. Die vollständig elektronische Gründung einer estnischen Aktiengesellschaft (in der englischen Fassung des estnischen HGB «public limited company» genannt) hingegen noch nicht.<sup>29</sup> Grundlage für die elektronische Gründung der GmbH bildet insbesondere eine elektronische Systemlandschaft, die technisch vereinheitlicht wurde.<sup>30</sup> Zusätzlich sind der Zugang zum Internet, die elektronische Identifikation, elektronische Signaturen, digitale Zahlungssysteme, der politische Wille und Datenaustauschsysteme innerhalb der Verwaltungsbehörden – als Elemente des digitalen estnischen Ökosystems – notwendig.<sup>31</sup>

Das elektronische Handelsregister («e-Business-Register») ist mittels Web-Portal zugänglich. Über die entsprechenden Behördenportale ist die Gründung online möglich. Die Republik Estland hat mit einer Website zum «e-Residency-Programm» eine leichtverständliche Dokumentation inklusive Videos mit Erläuterungen auf eine Website gestellt.<sup>32</sup> Die «e-residency» ist eine transnationale elektronische Identität, die vom estnischen Staat ausgestellt wird, um zu elektronischen Dienstleistungen in Estland Zugang zu erhalten; eine Staatsbürgerschaft, ein Visum oder ein Steuerdomizil lässt sich indes damit nicht begründen oder beantragen.<sup>33</sup> Jede Gesellschaft benötigt eine virtuelle Büro-Adresse und eine Kontaktperson in Estland.<sup>34</sup> Das «e-Residency-Programm» legt ausländischen Gründern nahe, die Dienstleistungen eines estnischen Anbieters zu nutzen, der als Kontaktadresse und nach estnischen Vorgaben sowohl den Geschäftsbericht erstellt als auch die Steuererklärung ausfüllt.<sup>35</sup>

Mit dem «e-Business-Register» können sämtliche Neueintragungen, Mutationen, Liquidationen und Löschungen von Registerdaten bearbeitet werden.<sup>36</sup> Des Weiteren enthält die Software Funktionen, mit welcher Start-ups und KMUs ihre Buchführung und Rechnungslegung organisieren sowie Ge-

<sup>22</sup> Vgl. *Paul Varul*, Legal Policy Decisions and Choices in the Creation of New Private Law in Estonia, *Juridica International*, 5/2000 104 ff.

<sup>23</sup> Eine englische Übersetzung ist unter <<https://www.riigiteataja.ee/en/eli/516122019001/consolide>> abrufbar.

<sup>24</sup> Vgl. *Theis Klauber*, Gesellschaftsrecht in Estland, Lettland, Litauen: eine Einführung mit vergleichenden Tabellen, Heidelberg 2004, 1 ff.

<sup>25</sup> § § 135–220 estnisches HGB; die estnische GmbH wird in der englischen Übersetzung des estnischen Handelsgesetzbuches als «private limited company» bezeichnet.

<sup>26</sup> Vgl. § 2 Abs. 2 estnisches HGB; vgl. *Lendl-Manbary/Oesch* (Fn. 9) 90.

<sup>27</sup> Vgl. *Lendl-Manbary/Oesch* (Fn. 9) 90.

<sup>28</sup> Vgl. <[https://e-justice.europa.eu/content\\_business\\_registers\\_in\\_member\\_states-106-ee-de.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_business_registers_in_member_states-106-ee-de.do?member=1)>; <<https://www.rik.ee/en/e-business-register>>. In der Schweiz bestehen Bestrebungen, vergleichbare Berufsverbote ebenfalls einzuführen; vgl. Abschnitt IV.F.

<sup>29</sup> Vgl. <<https://www.s-ge.com/sites/default/files/cserver/publication/free/gesetzliche-bestimmungen-estland-s-ge-2017-06.pdf>>, 7.

<sup>30</sup> Vgl. *Lendl-Manbary/Oesch* (Fn. 9) 91.

<sup>31</sup> Vgl. *Lendl-Manbary/Oesch* (Fn. 9) 91.

<sup>32</sup> Vgl. <<https://e-resident.gov.ee/start-a-company/>>.

<sup>33</sup> Vgl. <<https://apply.gov.ee/>>.

<sup>34</sup> § § 63 und 63<sup>1</sup> estnisches HGB.

<sup>35</sup> Vgl. <<https://e-resident.gov.ee/marketplace/service-providers/>>.

<sup>36</sup> Vgl. *Lendl-Manbary/Oesch* (Fn. 9) 91.

schäftsberichte und Zwischenbilanzen erstellen, unterzeichnen und beim «e-Business-Register» elektronisch einreichen können.<sup>37</sup>

Sämtliche Urkunden müssen elektronisch eingereicht werden. Die Statuten werden mithilfe eines elektronischen Formulars über ein Drop-down-Menü erstellt und individualisiert.<sup>38</sup> Sämtliche beurkundungspflichtigen Vorgänge werden mittels elektronischer Identifikation über eine elektronische öffentliche Beurkundung bzw. Beglaubigung abgewickelt.<sup>39</sup> Das estnische Beurkundungsgesetz ermöglicht die Fernbeurkundung mittels Videoübertragung. Die Identifikation findet mithilfe des estnischen elektronischen Identitätsausweises statt. Die Vorbereitung der beurkundungspflichtigen Geschäfte – genau wie die Gesellschaftsgründung – ist dank einer Software, die mit den relevanten Datenbanken sowie Registern verknüpft ist, weitgehend digitalisiert. Diese Verknüpfung der verschiedenen Register soll die Datenintegrität sicherstellen und die elektronisch öffentlich beurkundeten Dateien bei den entsprechenden Registern hinterlegen.<sup>40</sup> Das Gründungskapital kann – falls nicht auf dessen Einzahlung verzichtet wird<sup>41</sup> – ebenfalls elektronisch geleistet werden. Hierfür ist die Mitwirkung eines im elektronischen Banking-System verifizierten Finanzinstituts notwendig.<sup>42</sup>

## B. Europäische Union

Mit der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1151<sup>43</sup> (nachfolgend «Digitalisierungsrichtlinie») wird das Gesellschaftsrecht der Mitgliedstaaten der Europäischen Union einen zusätzlichen Digitalisierungsschub erfahren. Diese Richtlinie will unter anderem den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren regeln, um damit die Gründung von Gesellschaften sowie die Errichtung von Zweigniederlassungen zu erleichtern.<sup>44</sup> Die

Digitalisierungsrichtlinie muss von den Mitgliedstaaten bis zum 1. August 2021 in nationales Recht umgesetzt werden.<sup>45</sup>

Zu ihren Regelungsschwerpunkten gehört das Anliegen, die Online-Eintragung von Gesellschaften und ihren Zweigniederlassungen, die Online-Einreichung von Dokumenten und die Online-Offenlegung zu erleichtern, ohne dass der Antragsteller persönlich bei der entsprechenden Behörde erscheinen muss.<sup>46</sup> Die Online-Gründung soll jedoch die nationalen Traditionen nicht verdrängen, sondern die zusätzliche Alternative der Online-Gründung einführen. Das heisst, es wird neben der Online-Gründung gemäss Anforderungen der Digitalisierungsrichtlinie auch die konventionelle Gründung nach nationalem Recht zulässig bleiben.<sup>47</sup> Ein weiteres Element besteht in der Online-Leistung des Gesellschaftskapitals, wobei dieser Verfahrensschritt ebenfalls Bestandteil des Eintragsverfahrens sein soll.<sup>48</sup>

Zusätzlich sollen die Mitgliedstaaten auf ihren Eintragungsportalen Muster für die Eintragung von Gesellschaften zur Verfügung stellen.<sup>49</sup> Dabei sollen sie sicherstellen, dass diese Muster für die Online-Gründung verwendet werden können und zumindest in einer Amtssprache der EU – einer *lingua franca* – vorhanden sind, die von einer möglichst grossen Anzahl grenzüberschreitender Nutzer verstanden wird.<sup>50</sup>

Die Rolle des Notars bei der öffentlichen Beurkundung soll bei der Online-Gründung nach Art. 13g der Digitalisierungsrichtlinie so definiert werden, dass die physische Anwesenheit des Gründers beim Notar nicht notwendig ist.<sup>51</sup> Bei der Online-Gründung nach Art. 13g der Digitalisierungsrichtlinie soll eine Online-Identitätsprüfung die Prüfung der physischen Ausweise ersetzen.<sup>52</sup> In Ausnahmefällen kann die physische Anwesenheit verlangt werden, sofern dies im öffentlichen Interesse bei Missbrauchsverdacht notwendig ist. Dies

<sup>37</sup> Vgl. Lendl-Manbary/Oesch (Fn. 9) 91.

<sup>38</sup> Vgl. Lendl-Manbary/Oesch (Fn. 9) 91.

<sup>39</sup> Vgl. § 1 Abs. 3<sup>1</sup> und § 13 des estnischen Beurkundungsgesetzes; <<https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/527122019008/consolide>>.

<sup>40</sup> Vgl. <<https://www.rik.ee/en/other-services/e-notary>>.

<sup>41</sup> Das Mindestkapital der estnischen GmbH beträgt EUR 2500; wobei unter den Voraussetzungen von § 144 des estnischen HGB auf eine Kapitaleinlage verzichtet werden kann.

<sup>42</sup> Vgl. Lendl-Manbary/Oesch (Fn. 9) 91.

<sup>43</sup> 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, ABl. L 186 vom 11.7.2019, 80–104 (nachfolgend «Digitalisierungsrichtlinie»).

<sup>44</sup> Vgl. Digitalisierungsrichtlinie, Erwägungsgrund Nr. 1; Lendl-Manbary/Oesch (Fn. 9) 89.

<sup>45</sup> Vgl. Digitalisierungsrichtlinie, Anhang IIA, Art. 2 Abs. 1.

<sup>46</sup> Vgl. Digitalisierungsrichtlinie, Erwägungsgrund Nr. 4.

<sup>47</sup> Vgl. Digitalisierungsrichtlinie, Erwägungsgrund Nr. 19; Francesco A. Schurr, Digitalisierung im Gesellschaftsrecht in der EU: Quo vadis, EuZW 2019 774.

<sup>48</sup> Vgl. Digitalisierungsrichtlinie, Art. 13e und Art. 13g Abs. 7; Lendl-Manbary/Oesch (Fn. 9) 89.

<sup>49</sup> Vgl. Digitalisierungsrichtlinie, Art. 13h.

<sup>50</sup> Vgl. Digitalisierungsrichtlinie, Art. 13h; Sebastian Omlor, Digitalisierung im EU-Gesellschaftsrechtspaket: Online-Gründung und Registerführung im Fokus, DStR 2019 2547.

<sup>51</sup> Vgl. Digitalisierungsrichtlinie, Erwägungsgründe Nr. 19 und Nr. 20.

<sup>52</sup> Vgl. Art. 6 Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG ABl. L 257 vom 28.8.2014, 73–114 (eIDAS-Verordnung); Omlor (Fn. 50) 2549.

kann beim Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für einen Verdacht der Identitätsfälschung notwendig werden.<sup>53</sup>

Weiter soll die Digitalisierungsrichtlinie den Zugang zu bestimmten Urkunden und Informationen einer Gesellschaft erleichtern.<sup>54</sup> Schliesslich sollen die verschiedenen Register miteinander vernetzt und Informationen ausgetauscht werden. Hierzu soll ebenfalls der Zugriff auf Register gewährt werden, in denen «disqualifizierte Geschäftsführer» einer Eintragung einer Person als Geschäftsführer entgegenstehen.<sup>55</sup>

#### IV. AG-Gründung in der Schweiz

Für die Gründung einer AG ist es zunächst notwendig, Struktur und Zielsetzung festzulegen. Dies wird von den Gründern mit den Statuten als Gesellschaftsvertrag bestimmt. Zusätzlich müssen das Kapital, die personelle Basis sowie die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft mit der Bestellung der Organe (Verwaltungsrat und Revisionsstelle) geklärt werden.<sup>56</sup> Die Gründer können nach den Voraussetzungen von Art. 727a Abs. 2 OR auf die Wahl einer Revisionsstelle verzichten. Damit die Gründung unkompliziert abläuft, müssen die Abläufe einfach und mit möglichst wenigen Medienbrüchen funktionieren.

Die Gesellschaft benötigt zudem ein rechtsgültiges Domizil, das den Anforderungen des Handelsregisterrechts genügt.<sup>57</sup> Eine rein virtuelle Adresse ohne physischen Briefkasten und reales Büro reicht nicht aus. Entweder verfügt die Gesellschaft über ein eigenes Rechtsdomizil oder sie hat ihr Rechtsdomizil bei einem Domizilhalter («c/o-Adresse»). In jedem Fall muss die Gesellschaft an ihrem Sitz erreicht werden können. Wenn die Gesellschaft nicht über diese Domiziladresse erreicht werden kann (z.B. wenn Post zustellbar ist), kann dies ein Organisationsmängelverfahren gemäss

Art. 731b Abs. 1 OR in der Fassung ab 1. Januar 2021 zur Folge haben.<sup>58</sup>

Eine AG-Gründung erfordert verschiedene schriftliche, beglaubigte und öffentliche Urkunden. Eine öffentliche Urkunde ist «die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betrauten Person in der vom Staate dafür geforderten Form und in dem dafür vorgesehen Verfahren».<sup>59</sup> Eine notarielle Beglaubigung ist der Vermerk einer Urkundsperson, der nachträglich auf bereits vorhandenen Dokumenten beigelegt wird. Er soll beispielsweise der Echtheitskontrolle einer Unterschrift, einer Kopie oder einer Übersetzung dienen.<sup>60</sup>

Um eine Aktiengesellschaft zu gründen, sind mindestens die Handelsregisteranmeldung<sup>61</sup>, die öffentliche Urkunde über die Errichtung der Gesellschaft<sup>62</sup>, die Statuten<sup>63</sup>, verschiedene persönliche Angaben der Mitglieder der Organe sowie die beglaubigten Unterschriften der zeichnungsberechtigten Personen notwendig. Zusätzlich bedarf es einer Erklärung der Gründer, dass keine qualifizierten Gründungstatbestände verschwiegen werden («Stampa-Erklärung»), und allenfalls zusätzliche Erklärungen oder Urkunden, soweit diese im konkreten Fall erforderlich sind.<sup>64</sup> Die Stampa-Erklärung wird mit Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen der Handelsregisterverordnung per 1. Januar 2021 indes abgeschafft.<sup>65</sup>

#### A. Digitaler Gründungsprozess

##### 1. Online-Gründung mittels Stellvertreter

In der Schweiz lassen sich Aktiengesellschaften (und auch Gesellschaften mit beschränkter Haftung) bereits nach heutigem Recht digital bzw. aus Sicht der Gründer via Internet

<sup>53</sup> Vgl. Digitalisierungsrichtlinie, Art. 13b Abs. 4; Jan Lieder, Die Bedeutung des Vertrauensschutzes für die Digitalisierung des Gesellschaftsrechts, NZG 2020 83.

<sup>54</sup> Vgl. Digitalisierungsrichtlinie, Art. 13f; Lendl-Manbary/Oesch (Fn. 9) 89.

<sup>55</sup> Vgl. Digitalisierungsrichtlinie, Art. 13i.

<sup>56</sup> Zur Gründung der AG vgl. ausführlich: Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 13 N 3 ff.; Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 2 N 9 ff.; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, Zürich/Basel/Genf 2009, § 1 N 289 ff.; Peter V. Kunz, Wirtschaftsrecht, Grundlagen und Beobachtungen, Bern 2019, § 2 N 219 ff.

<sup>57</sup> Vgl. Praxismitteilung 2/2015 des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister (EHRA).

<sup>58</sup> Vgl. Lukas Müller/Pascal Müller, Organisationsmängel in der Praxis, Ausgewählte Aspekte zu Art. 731b OR aus Sicht des Handelsregisters und der Rechtsprechung, AJP 2020 50 f. Die Art. 153 ff. HRegV sind in der bis Ende 2020 geltenden Fassung für Fälle bezüglich des fehlenden Domizils einschlägig.

<sup>59</sup> BGE 90 II 274 E. 5; vgl. auch BGE 106 II 146 E. 1 und E. 2.

<sup>60</sup> Vgl. Brückner (Fn. 17) N 3213 ff.; Müller/Pafumi (Fn. 5) 48.

<sup>61</sup> Vgl. Art. 43 HRegV i.V.m. Art. 12a HRegV.

<sup>62</sup> Vgl. Art. 44 HRegV.

<sup>63</sup> Vgl. Art. 626 ff. OR.

<sup>64</sup> Dazu gehört z.B. die Lex-Koller-Erklärung im Hinblick auf die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 16.12.1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG; SR 211.412.41); vgl. auch Forrer/Müller/Zuur (Fn. 1) 5.

<sup>65</sup> Art. 43 Abs. 1 lit. h HRegV wird mit Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen der HRegV per 1.1.2021 aufgehoben; vgl. AS 2020 971 ff.

gründen. Dies kann jedoch nicht ohne komplette physische Anwesenheit der Gründer geschehen. Für die Online-Gründung müssen verschiedene Akteure mitwirken. Dazu gehören die Gründer, eine Bank (oder im Falle einer qualifizierten Gründung, z.B. mittels Sacheinlage ein zugelassener Revisor oder ein zugelassener Revisionsexperte),<sup>66</sup> ein Notar und das zuständige Handelsregisteramt.<sup>67</sup> Der Ablauf lässt sich auf das Minimum reduzieren, damit möglichst wenig Interaktionen zwischen den verschiedenen Akteuren notwendig sind und die Anzahl persönlicher Treffen minimiert werden kann. Das wird in der Praxis schon seit einigen Jahren erfolgreich gemacht.

Es gibt verschiedene Gründungsagenturen, die eine AG-Gründung (und auch eine GmbH-Gründung) via Website anbieten. Für die Gründung einer AG muss die beurkundungsrechtliche Dokumentation letztlich durch einen Notar betreut werden, der nicht zwingend «inhouse» beim Anbieter der Gründungsdienstleistungen tätig sein muss.<sup>68</sup> Dabei lassen sich zahlreiche Schritte automatisieren. Der Gründungsprozess wird – je nach Anbieter – über eine Website mittels Online-Fragebogen oder Drop-down-Menüs gesteuert. Mit Abschluss des Online-Fragebogens kann im Idealfall ein vollautomatisiertes System die beurkundungsrechtliche Dokumentation inkl. sämtlicher Belege automatisch abmischen. Die Gründer können diese Mittelsperson mit einer unterschriebenen und beglaubigten Vollmachtsurkunde dazu beauftragen, die entsprechenden Willenserklärungen beim Notar abzugeben.<sup>69</sup> Die Beglaubigung der Vollmachtsurkunde muss von einer entsprechend ermächtigten Urkundsperson in Anwesenheit des Gründers vorgenommen werden. Gestützt auf die Vollmacht entfällt für die Gründer die Notwendigkeit, beim für die Gründung zuständigen Notar persönlich vorstellig zu werden, um die Gründung der Gesellschaft nach Art. 629 ff. OR zu erklären. Um Fehlerquellen und Verzögerungen zu vermeiden, sollten nach dieser Methode mittels Stellvertreter so viele Dokumente wie nötig und so wenige wie möglich durch die Gründer unterschrieben werden. Dieses Vorgehen hat für die Gründer den Vorteil, dass sie lediglich für die Beglaubigung der Vollmachtsurkunde bei einer Urkundsperson auftauchen müssen, um die Echtheit ihrer Unterschrift beglaubigen zu lassen. Falls der Gründer dem

Notar persönlich bekannt ist, kann die Beglaubigung der Unterschrift auf der Vollmachtsurkunde entfallen, sofern sich der Notar überzeugt, dass die Unterschrift auf der Vollmachtsurkunde echt ist.

Das etwas aufwendigere Prozedere der öffentlichen Beurkundung der Gesellschaftsgründung kann somit durch den bevollmächtigten Stellvertreter und den Notar erfolgen. Da für öffentliche Urkunden – zumindest was gesellschaftsrechtliche Urkunden betrifft – schweizweit die Freizügigkeit gilt, kann die öffentliche Beurkundung von einem hierzu ermächtigten Notar durchgeführt werden, der sachlich und örtlich zur öffentlichen Beurkundung zuständig ist und nicht zwingend am Wohnort des Gründers oder etwa im Sitzkanton des Gesellschafts praktizieren muss.<sup>70</sup> Insofern ist für die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung ein *forum shopping* möglich, wobei die Beurkundungsgebühren grosse kantonale Unterschiede aufweisen.<sup>71</sup>

Die Handelsregisteranmeldung muss nach aktuellem Art. 17 f. HRegV durch den Verwaltungsrat der zu gründenden Gesellschaft erfolgen und somit durch ihn unterschrieben werden. Eine Stellvertretung ist bislang nicht zulässig;<sup>72</sup> mit Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen der Handelsregisterverordnung ist sie ab 1. Januar 2021 aber gestattet. Der elektronische Geschäftsverkehr mit dem Handelsregisteramt ist gestützt auf Art. 12b ff. HRegV zulässig.

Beratungen und Belehrungen des Gründers durch den Notar finden auf diese Weise nicht unmittelbar statt, da lediglich der Stellvertreter beim Notar auftritt. Eine Beratung kann aber durch die Dienstleistenden, die eine Gründung effektiv beim Notar ausüben, durch Anwälte, Fachleute mit betriebswirtschaftlichem Expertenwissen oder andere Dienstleister – ohne Ermächtigung zur öffentlichen Beurkundung – erfolgen. Sofern diese Dienstleister regelmässig Gründungen ausführen, können sie sich Erfahrungswissen erarbeiten, das allenfalls betriebswirtschaftliche Aspekte mitumfasst. Der Notar nimmt dadurch lediglich noch eine Funktion als Ausführungsgehilfe bei der öffentlichen Beurkundung wahr. Dies entbindet ihn allerdings nicht von seinen Pflichten als Urkundsperson, da er immer noch die entsprechenden materiell-, verfahrens- und berufsrechtlichen Vorgaben einhalten muss. Da die Interaktionen zwischen dem Notar und dem Stellvertreter an Stelle der Gründer stattfinden, erhöht dies

<sup>66</sup> Vgl. Art. 628 ff. OR.

<sup>67</sup> Zur AG-Gründung vgl. von der Crone (Fn. 56) § 2 N 9 ff.; Werner Ritter/Leo R. Gehrer, *Beurkundungsrecht für Praktiker*, Basel 2007, 19 ff.

<sup>68</sup> Art. 629 ff. OR; Art. 47 ff. HRegV.

<sup>69</sup> Vgl. Müller/Pafumi (Fn. 5) 53; BGer 2C\_89/2019 vom 22.8.2019, Bst. A.c und E. 6.3.

<sup>70</sup> Vgl. Entscheidung des Obergerichts des Kantons Obwalden, 14.1.1988, AbR 1988/89 Nr. 4, S. 36, E. 1 und E. 1b; Müller/Pafumi (Fn. 5) 73 ff.

<sup>71</sup> Vgl. Glanzmann/Walz (Fn. 17) 19 ff. mit Hinweisen.

<sup>72</sup> Art. 18 Abs. 1 HRegV gemäss Fassung vom 6. März 2020, AS 2020 971 ff., die auf 1.1.2021 in Kraft tritt.

die Gefahr für inhaltliche Fehler und Missverständnisse bei der öffentlichen Beurkundung.

## 2. Elektronische Ausfertigung der Gründungsurkunden nach Art. 55a SchlT ZGB

Gestützt auf Art. 55a Abs. 1 SchlT ZGB können Kantone Urkundspersonen ermächtigen, elektronische Ausfertigungen der von ihnen errichteten öffentlichen Urkunden zu erstellen. Gemäss Art. 55a Abs. 2 SchlT ZGB können die Kantone ebenfalls Urkundspersonen ermächtigen, die Übereinstimmung der von ihnen erstellten elektronischen Kopien mit den Originaldokumenten auf Papier sowie die Echtheit von Unterschriften elektronisch zu beglaubigen. Das heisst, sofern ein Kanton die entsprechende Gesetzesgrundlage geschaffen hat und sich die zuständige Aufsichtsbehörde im Schweizerischen Register der Urkundspersonen (UPReg) registriert hat, können sich kantonale Urkundspersonen mit ihrer qualifizierten elektronischen Signatur im UPRag eintragen lassen.<sup>73</sup> Die Urkundsperson muss hierfür eine qualifizierte elektronische Signatur verwenden, die auf einem qualifizierten Zertifikat einer anerkannten Anbieterin von Zertifizierungsdiensten im Sinne des Bundesgesetzes vom 18. März 2016 über die elektronische Signatur (ZertES; SR 943.03) beruht.<sup>74</sup>

Die öffentliche Beurkundung wird mit einer Urschrift in Papier und Anwesenheit der Urkundsperson und der Person, die um eine öffentliche Beurkundung ersucht, durchgeführt.<sup>75</sup> Nach Abschluss des Aktes der öffentlichen Beurkundung digitalisiert die vom Kanton ermächtigte und im UPRag eingetragene Urkundsperson die Papieraufertigung mittels elektronischen Scan-Verfahrens nach Art. 4 EÖBV-EJPD<sup>76</sup>. Das heisst, dass die Papieraufertigung der öffentlichen Beurkundung gescannt, als «PDF/A-1»- oder «PDF/A-2»-Datei erstellt und anschliessend von der Urkundsperson nach Art. 7 ff. der EÖBV-EJPD eine elektronische Signatur der Urkundsperson und Zeitstempel dem Dokument beifügt werden. Weitere technische und organisatorische Details, insbesondere zur Gestaltung des Verbals, d.h. Vermerk, in dem die Urkundsperson die Feststellungen festhält, die sie bei der Erstellung von elektronischen öffentlichen Urkunden und elektronischen

Beglaubigungen macht, sind ebenfalls in der EÖBV-EJPD und EÖBV geregelt. Mit Abschluss dieses elektronischen Verfahrens hat die erwähnte Datei dieselbe Wirkung wie die in Papierform öffentlich beurkundete Ausfertigung.<sup>77</sup> Für die Beglaubigung funktioniert das Prozedere nach Art. 55a SchlT ZGB sinngemäss gleich. Während des Digitalisierungsprozesses ist die physische Anwesenheit der Beurkundungsparteien bzw. der um die Beglaubigung ersuchenden Person nicht mehr erforderlich. Die elektronische Ausfertigung der Urkunde kann durch die Urkundsperson allein erfolgen, sofern die von ihr öffentlich beurkundeten Originaldokumente bzw. die beglaubigten Originale (sei es mit einer Unterschrift auf Papier oder in Form eines entsprechend mit qualifizierter elektronischer Unterschrift signierten Dokuments) vorliegen und die Urkundsperson davon überzeugt ist, dass die Unterschriften von den richtigen Personen stammen.<sup>78</sup>

Sämtliche digitalen Ausfertigungen der öffentlichen Urkunden respektive der digitalen Ausfertigungen der Beglaubigungen können anschliessend dem Handelsregister gestützt auf Art. 12b HRegV auf den gesetzlich anerkannten elektronischen Plattformen übermittelt werden.<sup>79</sup>

Nach Art. 55a SchlT ZGB kann der eigentliche öffentliche Beurkundungsakt (respektive die Beglaubigung einer eigenhändigen Unterschrift) nicht vollständig digital erfolgen, da immer noch für die öffentliche Beurkundung (oder Beglaubigung einer eigenhändigen Unterschrift) Papier nötig ist. Die elektronische Ausfertigung der öffentlichen Beurkundung und der Beglaubigung nach Art. 55a SchlT ZGB funktioniert somit zunächst genau gleich wie eine konventionelle Gründung mit einer Papier-Urausfertigung (vgl. voranstehend Abschnitt IV.A.1). Erst nachher wird zusätzlich der Digitalisierungsprozess nach Art. 55a SchlT ZGB, die elektronische Ausfertigung der öffentlichen Beurkundung oder Beglaubigung, angewandt. Somit handelt es sich bei dieser Form – aus Sicht der Gründer – nicht um eine einfachere Form der Gründung. Im Gegenteil, im Gründungsprozess wird dieser Vorgang lediglich um den Schritt nach Art. 55a SchlT ZGB sowie EÖBV und EÖBV-EJPD normierten Digitalisierungsschritt ergänzt. Aus Sicht der Urkundsperson ist die Gründung – ergänzt um das elektronische Scan-Verfahren – somit arbeits-

<sup>73</sup> Vgl. Müller/Pafumi (Fn. 5) 59 ff.

<sup>74</sup> Art. 55a Abs. 3 SchlT ZGB.

<sup>75</sup> Vgl. Art. 11 ff. Verordnung über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBV; SR 211.435.1) vom 8.12.2017.

<sup>76</sup> Verordnung des EJPD über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBV-EJPD; SR 211.435.11) vom 8.12.2017. Die anerkannten Dateiformate und Signaturen sind in im Anhang 2 der EÖBV-EJPD aufgeführt.

<sup>77</sup> Vgl. Art. 3 EÖBV; BSK ZGB II-Schmid, Art. 55a SchlT N 1a; Müller/Pafumi (Fn. 5) 59.

<sup>78</sup> Vgl. Jürg Schmid, Die Fernbeurkundung, in: Schweizerischer Notarenverband (SNV) (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 4. Schweizerischer Notariatskongress, 15.3.2018, Bern 2018, 241 f.; BSK ZGB II-Schmid, Art. 55a N 9a.

<sup>79</sup> Vgl. Edgar Philippin, Numérisation et registre du commerce, SZW 2018 28 f.

intensiver als die konventionelle öffentliche Beurkundung. Dieser zusätzliche Schritt rechnet sich indes nur, wenn regelmässig die öffentlich beurkundeten oder beglaubigten Ausfertigungen im elektronischen Rechtsverkehr gemäss Art. 12b ff. HRegV verwendet werden. Seit der COVID-19-Pandemie wurde, gemäss Auskunft einzelner Handelsregisterämter, etwas häufiger – aber immer noch in sehr geringer Anzahl – von den Möglichkeiten des elektronischen Geschäftsverkehrs Gebrauch gemacht. Der elektronische Geschäftsverkehr kann die Digitalisierung der Abläufe den Handelsregisterämtern erleichtern, da behördenintern der Scan-Prozess entfallen kann. Es stellt sich hierbei die Frage, wer den Scan-Prozess übernehmen soll. Die entsprechenden Dokumente liegen auch bei den kantonalen Handelsregisterämtern vor und können in Papierform oder elektronischer Ausfertigung beglaubigt bezogen werden.<sup>80</sup>

## B. Elektronische Identität (E-ID)

Mit dem Bundesgesetz über die elektronischen Identitätszertifizierungsdienste (E-ID-Gesetz, BGEID) soll die Basis für die Herausgabe von elektronischen Identifizierungsmitteln geschaffen werden. Damit sollen sich Inhaber einer entsprechenden elektronischen Identität im digitalen Raum identifizieren können.<sup>81</sup> Es handelt sich um ein Rahmengesetz, das keine abschliessende Regelung für die Identifizierung im Internet enthält, sondern lediglich die Ausstellung und Nutzung der E-ID und verschiedene Sicherheitsniveaus festlegt.<sup>82</sup> Das BGEID berücksichtigt internationale Regelungen.<sup>83</sup> Die E-ID soll anspruchsvolle Geschäftsprozesse erleichtern, die mittels des Internets abgewickelt werden sollen. Das Konzept sieht eine Aufgabenteilung zwischen Bund und Privaten vor, da der Bund bei einer rein staatlich organisierten E-ID hohe ungedeckte Kosten für die Informations- und Kommunikationstechnologie befürchtet.<sup>84</sup> Deshalb soll das System für privatwirtschaftliche Identifizierungsangebote verschiedener Sicherheitsniveaus offenstehen, die bereits jetzt auf dem

Markt vorhanden sind (z.B. Google-ID, Apple-ID, SwissPass etc.) oder in Zukunft entstehen könnten.<sup>85</sup>

Da das Referendum gegen das BGEID ergriffen wurde, haben die Stimmberechtigten noch über das Gesetz zu befinden.<sup>86</sup> Die Gegner der Vorlage argumentieren, die Sicherung der Identität stelle eine staatlich-hoheitliche Aufgabe dar. Im BGEID habe der Staat eine zu geringe Kontrollfunktion über die E-ID.<sup>87</sup>

Die Schaffung einer staatlich anerkannten Form der elektronischen Identifikation, wie sie das BGEID zulässt, würde den Rechtsverkehr zweifellos erleichtern. Damit könnten zahlreiche Geschäfte zwischen Privaten und dem Staat elektronisch automatisiert abgewickelt werden. Hierzu gehört auch die Gründung von Unternehmen, etwa von Kapitalgesellschaften, wie dies das Beispiel der estnischen GmbH zeigt.

## C. Elektronische Unterschrift

Die Unterschrift ist ein Namenszug, wobei der ausgeschriebene Familien- und Vorname sicher genügen; blosse Initialen reichen hingegen nur aus, «um einzelne Änderungen oder Zusätze zu einer im Übrigen voll unterzeichneten Erklärung zu bekräftigen»<sup>88</sup>. Im elektronischen Rechtsverkehr stellt sich deshalb die Frage, was für Alternativen zur klassischen Unterschrift auf Papier bestehen. Es gibt verschiedene Formen der elektronischen Signatur. Gemäss *Hürlimann* könne unter gewissen Umständen eine eigenhändig geleistete Unterschrift mittels Digitalstift auf einem druckempfindlichen Touchscreen als rechtsgültig betrachtet werden, sofern sie qualitativ mit jener auf Papier vergleichbar ist.<sup>89</sup> In jedem Fall ist zu überlegen, inwiefern eine Form der digitalen Signatur der eigenhändigen Unterschrift<sup>90</sup> gleichgestellt ist. Art. 14

<sup>80</sup> Vgl. Art. 11 und Art. 12a HRegV.

<sup>81</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 1. Juni 2018 zum Bundesgesetz über elektronische Identifizierungsdienste, BBI 2018 3916 (nachfolgend Botschaft BGEID).

<sup>82</sup> Vgl. Botschaft BGEID, BBI 2018 3916 f.

<sup>83</sup> Insbesondere jene der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG ABl. L 257 vom 28.8.2014, 73 ff.; Botschaft BGEID, BBI 2018 3917 und 3940 ff.

<sup>84</sup> Vgl. Botschaft BGEID, BBI 2018 3917 und 3921.

<sup>85</sup> Vgl. Botschaft BGEID, BBI 2018 3917 und 3921.

<sup>86</sup> Schweizerische Bundeskanzlei, Referendum gegen das Bundesgesetz vom 27. September 2019 über elektronische Identifizierungsdienste (E-ID-Gesetz, BGEID), Zustandekommen, 12.2.2020, BBI 2020 1285 f.

<sup>87</sup> Vgl. *Erich Aschwanden*, Sieben Antworten auf Fragen zur elektronischen Identität, Per Referendum wollen die Gegner des E-ID-Gesetzes verhindern, dass private Firmen den digitalen Pass herausgeben, Neue Zürcher Zeitung vom 22.1.2020, 14.

<sup>88</sup> Vgl. *Eugen Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A., Zürich 1988, 165; *Peter Gauch/Walter Schluep/Jörg Schmid*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 510 f.

<sup>89</sup> Vgl. *Daniel Hürlimann*, Zur Rechtskraft der Unterschrift auf einem Touchscreen, Gutachten im Auftrag der Kantonspolizei Zürich, 4.7.2016, abrufbar unter: <<https://www.alexandria.unisg.ch/253739/>>, 10 ff.

<sup>90</sup> Vgl. Art. 14 Abs. 1 OR.

Abs. 2<sup>bis</sup> OR stellt klar, dass die mit einem qualifizierten Zeitstempel verbundene qualifizierte elektronische Signatur gemäss Bundesgesetz vom 18. März 2016 über die elektronische Signatur (ZertES) mit der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt ist, wobei abweichende gesetzliche oder vertragliche Regelungen vorbehalten bleiben.<sup>91</sup>

Die qualifizierte elektronische Signatur stellt ein technisches Verfahren dar, das sicherstellt, dass eine bestimmte Nachricht oder ein Dokument von einem bestimmten Urheber (Authentizität) stammt und während der Übermittlung nicht verändert wurde (Integrität).<sup>92</sup> Es gibt verschiedene Dienstleister, die eine qualifizierte elektronische Signatur anbieten. Damit die Authentizität des Inhabers einer qualifizierten elektronischen Signatur sichergestellt ist, muss die Identität der unterzeichnenden Person zumindest bei der Ausstellung festgestellt werden. Anerkannte Zertifizierungsdienstleistungsanbieter müssen von Gesetzes wegen von den natürlichen Personen, die einen Antrag auf ein entsprechend nach ZertES geregeltes Zertifikat bei ihnen stellen, verlangen, dass sie persönlich erscheinen und den Nachweis ihrer Identität erbringen.<sup>93</sup> Während der COVID-19-Pandemie wurde das Identifikationserfordernis gelockert, damit kein persönliches Erscheinen bei der entsprechenden Stelle mehr notwendig ist, sondern eine Identifikation mittels audiovisueller Kommunikation in Echtzeit ermöglicht wird. Dies setzt voraus, dass diese Kommunikationsart den Anforderungen an die Geldwäschereigesetzgebung oder den Standards eines Mitgliedstaates in der Europäischen Union<sup>94</sup> gleichgestellt ist.<sup>95</sup>

Ein Dokument, das mit einer qualifizierten elektronischen Signatur unterzeichnet wird, muss für eine Eintragung beim Handelsregister zusätzlich beglaubigt werden. Mit der Beglaubigung der Unterschrift wird sichergestellt, dass die qua-

lifizierte elektronische Signatur effektiv im Moment der Unterzeichnung von der entsprechenden Person geleistet wurde. Die Beglaubigung einer qualifizierten elektronischen Signatur könnte meines Erachtens erfolgen, indem die unterzeichnende Person ein Dokument mit der qualifizierten elektronischen Signatur in Anwesenheit der Urkundsperson signiert. Anschliessend könnte die Urkundsperson die Echtheit der qualifizierten elektronischen Signatur beglaubigen, wenn die unterzeichnende Person sich mit einem amtlichen Ausweis (z.B. Pass oder Identitätskarte) legitimiert hat oder sie der Urkundsperson persönlich bekannt ist und mitteilt, dass sie die entsprechende Datei qualifiziert elektronisch signiert hat. Die Alternative zu diesem Verfahren besteht darin, dass die unterzeichnende Person eine Unterschrift in Anwesenheit der Urkundsperson leistet, Letztere die Echtheit der Unterschrift beglaubigt und anschliessend die Unterschriftsbeglaubigung elektronisch nach Art. 55a SchlT ZGB ausfertigt.<sup>96</sup>

In Zukunft könnte eine Beglaubigung der Signatur entfallen, sofern gleichzeitig mit der Unterzeichnung mittels qualifizierter elektronischer Signatur eine Identitätsprüfung mit der E-ID durchgeführt würde. Damit würde die Beglaubigung keinen zusätzlichen Nutzen mehr bringen, da die Personenangaben anhand der E-ID feststellbar wären. Entsprechend könnte man in diesem Fall der Sache nach auf die Beglaubigung verzichten, ohne dass für den Rechtsverkehr ein Nachteil entstehen würde. Eine etwas weniger progressive Möglichkeit wäre, für den Beglaubigungsakt eine Fernbeglaubigung mittels Videoübertragung zuzulassen.<sup>97</sup> In diesem Fall würde die Urkundsperson via Videoübertragung in Echtzeit beobachten, wie die unterzeichnende Person ein Dokument mit der qualifizierten elektronischen Signatur unterzeichnet. Sämtliche elektronischen Varianten dürften den Sicherheitsstandard einer konventionellen Beglaubigung erreichen oder übertreffen. Letztlich sollte sich der Rechtsverkehr für solche Varianten entscheiden, die genügend sicher sind, aber nicht unnötige physische Ausweiskontrollen mit sich bringen.

#### D. Elektronische Beglaubigung und elektronische öffentliche Beurkundung de lege ferenda

Der Bundesrat hat Ende Januar 2019 den Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBG) in

<sup>91</sup> Vgl. *Gauch/Schluep/Schmid* (Fn. 88) N 519b ff.; BSK OR I-Schwenzer/*Fountoulakis*, Art. 14/15 OR N 6a ff.

<sup>92</sup> Vgl. *Simon Schlauri*, Elektronische Signaturen, Zürich 2002, 3 und 11 ff.; BSK OR I-Schwenzer/*Fountoulakis*, Art. 14/15 OR N 6b.

<sup>93</sup> Art. 9 Abs. 1 lit. a ZertES.

<sup>94</sup> Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG, Fassung gemäss ABl. L 257 vom 28.8.2014, 73.

<sup>95</sup> Vgl. Art. 7a der Verordnung über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur und anderer Anwendungen digitaler Zertifikate (Verordnung über die elektronische Signatur, VZertES; SR 943.032) vom 23.11.2016, eingefügt durch Ziff. I der V vom 1.4.2020, in Kraft vom 2.4.2020 bis zum 1.10.2020 (AS 2020 1149). Bis anhin war das persönliche Erscheinen nach den Voraussetzungen von Art. 7 der VZertES ebenfalls nicht notwendig.

<sup>96</sup> Vgl. vorne Abschnitt IV.A.2.

<sup>97</sup> Zur Fernbeurkundung vgl. Abschnitt IV.E.

die Vernehmlassung geschickt (VE-EÖBG).<sup>98</sup> Gemäss diesem Vorentwurf soll nach künftigem Recht das Original einer öffentlichen Urkunde elektronisch erstellt werden. Damit würde die öffentliche Beurkundung nicht mehr mit Papier durchgeführt und nach den Vorgaben von Art. 55a SchIT ZGB sowie EÖBV-EJPD elektronisch durch die Urkundsperson unterzeichnet, sondern vollständig in elektronischer Form öffentlich beurkundet werden.<sup>99</sup> Die Verwendung von Papier würde damit überflüssig. Elektronische Beglaubigungen müssten gemäss VE-EÖBG ebenfalls elektronisch erfolgen, ohne dass der Zwischenschritt über das Papier nötig wäre.<sup>100</sup>

Weiter sieht der VE-EÖBG ein nationales Urkundenregister vor. Damit sollen alle öffentlichen Urkunden in einem (neu zu schaffenden) zentralen Register hinterlegt werden.<sup>101</sup>

Die elektronische öffentliche Beurkundung sowie die elektronische öffentliche Beurkundung gemäss VE-EÖBG stellen sinnvolle und notwendige Schritte dar, um eine vollständig digitalisierte (Online-)Gründung einer AG vornehmen zu können. Eine solche kann nur ohne elektronische öffentliche Beurkundung vollständig digital erfolgen, sofern die heutigen Formvorschriften für die Gründung gelockert werden. Die Lockerung des Beurkundungszwangs ist derzeit allerdings politisch noch umstritten und war in der Aktienrechtsreform nicht mehrheitsfähig.<sup>102</sup>

Mit der Einführung der elektronischen öffentlichen Beurkundung dürften Manipulationen an öffentlichen Urkunden schwieriger und das Fehlerpotenzial reduziert werden. Das setzt voraus, dass die Urkundsperson für die öffentliche Beurkundung mit einer geeigneten Software-Lösung die notwendigen Daten aus den amtlichen Registern abrufen und die elektronischen öffentlichen Urkunden bei den entsprechenden Amtsstellen einreichen kann. Fehler wie etwa die Vor- oder Rückdatierung von Sachbeurkundungen, beispielsweise bei der Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen, die gemäss Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des

Kantons Zug zur Nichtigkeit einer solchen Urkunde führt,<sup>103</sup> könnten mit entsprechender Gestaltung der Beurkundungs-Software erschwert werden. Es ist die Aufgabe der Urkundsperson, unparteiisch ohne Verfolgung sachfremder Interessen auf die Schaffung handelsregisterrechtlich eintragungsfähiger Urkunden hinzuwirken oder bei rechtswidrigen Gesuchen die öffentliche Beurkundung abzulehnen.<sup>104</sup>

## E. Fernbeurkundung

Die Fernbeurkundung ist ein Beurkundungsverfahren, «bei welchem sich die Parteien auf Distanz am Hauptverfahren beteiligen oder eine öffentliche Urkunde über einen Hergang errichtet wird, bei welchem der Notar nicht persönlich anwesend ist»<sup>105</sup>. Gemäss *Schmid* bedarf es einer bundesgesetzlichen Grundlage, damit Urkundspersonen auf die physische Anwesenheit der Parteien verzichten und eine öffentliche Beurkundung durchführen können. Die notwendige bundesgesetzliche Rechtsgrundlage existiert derzeit noch nicht.<sup>106</sup> Eine künftige Regelung könnte sich z.B. an den Vorgaben orientieren, die von Finanzintermediären einzuhalten sind, d.h. am Einsatz von Video- und Online-Kommunikationsmitteln.<sup>107</sup> Dabei würde der Notar mittels Video-Anruf oder Videokonferenz eine Echtzeitübertragung zu den Urkundsparteien herstellen. Es könnte unter anderem gesetzlich vorgesehen werden, dass die Videoübertragung von der Urkundsperson aufgezeichnet und aufbewahrt werden muss, damit später im Streitfall vor Gericht die Aufzeichnung einem Augenschein

<sup>103</sup> Vgl. Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2018 11, 18.2.2019, E. 2 (veröffentlicht in GVP 2019 140 ff.); E Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2019 4, 1.10.2019, E. 2–4 (veröffentlicht in GVP 2019 142 ff.).

<sup>104</sup> Vgl. *Brückner* (Fn. 17) N 895, N 907 ff.; Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2019 4, 1.10. 2019, E. 5 (veröffentlicht in GVP 2019 142 ff.). Im Sachverhalt, der dem Verfahren AK 2019 4 zugrunde lag, lehnte das Handelsregister die Urkunde aufgrund der vom Notar vorgenommenen Rückdatierung berechtigterweise ab. Anschliessend versuchte der Notar ohne Erfolg, den Handelsregisterführer mittels Androhung wirtschaftlicher Nachteile für den Kanton zur Eintragung der abgelehnten Geschäfte zu bewegen. Dies stellte allerdings gemäss Zuger Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte eine notarielle Sorgfaltspflichtverletzung dar.

<sup>105</sup> *Schmid* (Fn. 78) 231.

<sup>106</sup> Vgl. *Schmid* (Fn. 78) 233; *Müller/Pafumi* (Fn. 5) 77.

<sup>107</sup> Vgl. z.B. FINMA-Rundschreiben 2016/7; Art. 7a der Verordnung über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur und anderer Anwendungen digitaler Zertifikate (Verordnung über die elektronische Signatur, VZertES; SR 943.032) vom 23.11.2016 (Stand am 2.4.2020), eingefügt durch Ziff. I der V vom 1.4.2020, in Kraft vom 2.4.2020 bis zum 1.10.2020 (AS 2020 1149); *Müller/Pafumi* (Fn. 5) 77.

<sup>98</sup> Vgl. Bundesamt für Justiz, Erläuternder Bericht vom 11. Dezember 2018 zum Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBG); *Müller/Pafumi* (Fn. 5) 45 ff.

<sup>99</sup> Vgl. *Müller/Pafumi* (Fn. 5) 64 ff.

<sup>100</sup> Vgl. Art. 3 VE-EÖBG; *Müller/Pafumi* (Fn. 5) 63 f.

<sup>101</sup> Vgl. Art. 4 VE-EÖBG; *Müller/Pafumi* (Fn. 5) 65; *Viviane David/Pascal Favrod-Coune/Maya Kiepe/Sophie Martin*, La nouvelle OAAE: état des lieux et appréciation critique au regard du droit fédéral et du droit vaudois, *Not@lex* 2019 70 ff.

<sup>102</sup> Vgl. *Müller/Pafumi* (Fn. 5) 70 ff. und 79 f.

im Sinne eines prozessualen Beweismittels unterzogen werden kann.<sup>108</sup> Die Regelung sollte jedoch nicht zu hohe oder zu detaillierte Anforderungen festlegen, sondern der Urkundsperson und den Urkundsparteien ein gewisses Ermessen überlassen, welches Kommunikationsmedium sie verwenden. Solange die Funktion der öffentlichen Beurkundung sorgfältig und sicher erbracht werden kann, sollte jede Kommunikationsmöglichkeit zulässig sein. Insbesondere wenn sich sämtliche Beteiligten kennen, sind die Anforderungen an die Technik geringer, da ihre Identifikation weniger kompliziert ist. Eine zu hohe technische Hürde könnte dazu führen, dass auf die Fernbeurkundung verzichtet wird und diese in der Praxis kaum Verbreitung findet (wie dies bei der qualifizierten elektronischen Unterschrift nach ZertES immer noch der Fall ist).

Die elektronische Ausfertigung einer öffentlichen Beurkundung oder einer Beglaubigung nach Art. 55a SchlT ZGB erfordert keine Anwesenheit der Parteien. Die Urkundsperson benötigt lediglich das Original, das im entsprechend normierten Scan-Verfahren<sup>109</sup> digitalisiert wird.<sup>110</sup> Es handelt sich bei diesem Verfahren um einen der öffentlichen Beurkundung nachgelagerten Verfahrensschritt, bei dem es nur um die Ausfertigung der öffentlichen Urkunde geht.

Fernbeglaubigungen werden im Gegensatz zur Fernbeurkundung in der Praxis unter Befolgung bestimmter Vorsichtsvorkehrungen schon länger geduldet.<sup>111</sup> Im Finanzmarktrecht ist im Übrigen eine ähnliche Form der Identitätsprüfung mit physischer Abwesenheit der Parteien zulässig.<sup>112</sup> Falls sich qualifizierte elektronische Signaturen, die gemäss Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt sind, und die modernen Kommunikationsmittel im Markt vermehrt durchsetzen, wird das früher oder später ohnehin zur Diskussion führen, ob auf die physische Anwesenheit einer unterzeichnenden Person verzichtet wird und hierdurch Fernbeglaubigung und Fernbeurkundung technologisch eher legitimiert werden.<sup>113</sup>

## F. Bekämpfung der Kriminalität

Die Online-Gründung fördert zwar legitime Geschäftsideen, erleichtert potenziell aber auch kriminelle Machenschaften. Entsprechend erfolgt an dieser Stelle der Hinweis auf Entwicklungen in der Durchsetzung des Strafrechts. In der laufenden Aktienrechtsreform war die Verbrechensbekämpfung ein wichtiges Argument gegen die Lockerung des Beurkundungszwangs. Die Notare sollten dabei nach Ansicht des Parlaments bei der Verbrechensprävention mitwirken, um unter anderem Schwindelgründungen, Konkursreiterei oder Geldwäscherei zu verhindern.<sup>114</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass Notare weder über die notwendigen Ermittlungsmethoden noch die nötigen personellen oder zeitlichen Ressourcen hierfür verfügen. Deshalb ist es richtig, dass der Gesetzgeber andere Wege sucht, um Wirtschaftsdelikte im Zusammenhang mit der Gründung oder Übertragung von Unternehmen zu verhindern, etwa das Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses.<sup>115</sup> Diese Gesetzesvorlage steht zwar nicht im direkten Zusammenhang mit der erleichterten Gründung oder der digitalen Gründung von Unternehmen. Trotzdem enthält sie einige Elemente, die auch im Ausland im Zusammenhang mit der Digitalisierung von gesellschaftsrechtlichen Prozessen – z.B. der Online-Gründung von Kapitalgesellschaften – Anwendung finden, um kriminelle Machenschaften zu erschweren.<sup>116</sup> Im Folgenden wird auf diejenigen Aspekte der Gesetzesvorlage eingegangen, die einen näheren Zusammenhang zur Online-Gründung einer AG haben.

Mit dem Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses will der Gesetzgeber primär die Gefahr von missbräuchlichen Konkursen reduzieren. Dieses Problem könnte auch entstehen, sofern eine Gesellschaftsgründung via Internet abgewickelt werden soll. Für die Behörden muss beispielsweise klar sein, wer für strafrechtliche Handlungen verantwortlich ist, wem Zahlungsbefehle zugestellt werden sollen und wer für unbezahlte Sozialversicherungsabgaben haften soll. Für Letztgenanntes ist insbesondere die Wohnsitzpflicht für Mitglieder des Verwaltungsrats und Direktoren nach Art. 718 Abs. 4 OR wichtig.

<sup>108</sup> Vgl. Müller/Pafumi (Fn. 5) 76 ff.

<sup>109</sup> Siehe dazu Abschnitt IV.A.2.

<sup>110</sup> Vgl. Schmid (Fn. 78) 241 f.

<sup>111</sup> Vgl. dazu eingehend Brückner (Fn. 17) N 3270 ff. mit Hinweisen.

<sup>112</sup> Vgl. FINMA-Rundschreiben 2016/7.

<sup>113</sup> Ähnlich Christian Brückner, Vereinheitlichung des notariellen Beurkundungsverfahrens, in: Schweizerischer Notarenverband (SNV) (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 4. Schweizerischer Notariatskongress, 15.3.2018, Bern 2018, 80.

<sup>114</sup> Vgl. z.B. Votum NR Philipp Matthias Bregy, AB N 2019 2381; siehe auch Müller/Pafumi (Fn. 5) 71 f. mit einer Analyse der Voten.

<sup>115</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrats vom 26. Juni 2019 zum Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses (Änderung, des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, des Obligationenrechts, des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und des Strafregistergesetzes), BBl 2019 5193 ff. (nachfolgend Botschaft SchKG).

<sup>116</sup> Vgl. vorne Abschnitte III.A und III.B.

Das Konkursrecht werde nach Ansicht des Bundesrats heute immer wieder dazu missbraucht, Konkurrenten auf dem Markt mit nicht nachhaltigen Kampfpreisen (sogenanntes «predatory pricing») zu unterbieten und Gläubiger zu schädigen. Damit werde bewusst in Kauf genommen, Verpflichtungen nicht zu erfüllen und diese den Sozialversicherungen aufzubürden, die für einen Teil der Ausfälle aufkommen müssen.<sup>117</sup> De lege lata sei es zulässig, dass Unternehmer unmittelbar nach dem Konkurs ihrer Gesellschaft ein neues Unternehmen gründen. Dabei würden sie die bisherigen Arbeitnehmer sowie Aktiven übernehmen, um erneut die Sozialversicherungen und Gläubiger auf die gleiche Art zu schädigen.<sup>118</sup>

Damit die Gelegenheiten für kriminelles Geschäftsgebaren und missbräuchliche Konkurse verringert werden, sollen mehrere Massnahmen ergriffen werden. Mit dieser Gesetzesreform zur Bekämpfung der missbräuchlichen Konkurse soll der Öffentlichkeit auch eine umfassende Personensuche im Handelsregister ermöglicht werden. Es soll transparent nachvollziehbar werden, welche Funktion die gesuchte Person in welchen Unternehmen hat oder hatte. Zudem soll das Verbot des Mantelhandels im Gesetz verankert werden.<sup>119</sup> Ein Mantelhandel liegt vor, wenn Aktien an einer Gesellschaft übertragen werden, die ohne vorgängige Auflösung liquidiert und aufgegeben wurde.<sup>120</sup> Der Mantelhandel ist laut Bundesgericht ohnehin nichtig, obschon dies in der Praxis nicht überall bekannt ist.<sup>121</sup> Das entsprechende Verbot soll die kriminelle Praxis der «organisierten Firmenbestattung» erschweren. «Firmenbestatter» kaufen für ein paar tausend Franken über einen Vermittler Kleinunternehmen, die finanzielle Probleme haben oder bereits überschuldet sind. Die Vermittler versuchen dabei, über die übernommene Gesellschaft möglichst viele Waren zu bestellen und anschliessend die Gesellschaft auszuhöhlen. Die Beweismittel werden anschliessend vernichtet. Dies führt dazu, dass die übernommene Gesellschaft zwangsläufig Konkurs geht und die Gläubiger und die Sozialversicherungen Abschreiber hinnehmen müssen.<sup>122</sup> Um Missbräuche zu verhindern, sollten bei Domizilgesellschaften die zeichnungsberechtigten Direktoren und Mitglieder des Ver-

waltungsrates mit Wohnsitz in der Schweiz stärker in die Verantwortung gezogen werden. Eine entsprechende Rechtsgrundlage hierfür bietet bereits heute Art. 718 Abs. 4 OR.<sup>123</sup>

Ein wirksames Element der Verbrechensbekämpfung könnte ein strafrechtliches Tätigkeitsverbot darstellen. Ein solches wäre als Sanktion im Strafverfahren auszusprechen. Wer eine Straftat als Organ einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft ausübt, soll gemäss Art. 67a Abs. 2 E-StGB nicht mehr mit einer Funktion (z.B. als Mitglied des Verwaltungsrats, Geschäftsführer, Direktor etc.) im Handelsregister eingetragen werden können. Das Verbot soll auch für alle faktischen Organe gelten, die nicht im Handelsregister eingetragen sind.<sup>124</sup> Da den Handelsregisterämtern nicht immer die relevanten Strafurteile oder Strafbefehle eröffnet werden, soll zudem eine elektronische Schnittstelle zwischen den relevanten Datenbanken des Handelsregisters und des Schweizerischen Strafregister-Informationssystems (VOSTRA) eingerichtet werden.<sup>125</sup> Dies soll Handelsregisterämtern die Durchsetzung des Tätigkeitsverbots nach Art. 67a Abs. 2 E-StGB ermöglichen.<sup>126</sup> Eine analoge Regelung bezüglich des Informationsaustauschs und der Durchsetzung der Berufsverbote von Verwaltungsräten und Geschäftsführern findet sich auch im Recht der Europäischen Union. Mit der Digitalisierungsrichtlinie soll die Zusammenarbeit der verschiedenen Behörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union auch hinsichtlich der Durchsetzung von Berufsverboten verstärkt werden.<sup>127</sup> Der Informationsaustausch und die Durchsetzung von Berufsverboten durch die Handelsregisterbehörden stellen meines Erachtens nützliche und verhältnismässig wirksame Massnahmen dar, um Verbrechen im Zusammenhang mit Online-Gründungen oder mit Mantelhandel zu vermeiden.

## G. Wohnsitzpflicht nach Art. 718 Abs. 4 OR

Wenn die Abwicklung der Gründung (und späterer Handelsgesellschaften) online und ohne persönliches Erscheinen erfolgt, gewinnt der Kontakt zu persönlichen Ansprechpartnern an Bedeutung. Diese sollen bei der Gesellschaft nach dem Rechten sehen, Post entgegennehmen und im Missbrauchsfall persönlich zur Verantwortung gezogen werden können. Hierfür gibt es bereits eine Gesetzesgrundlage: Nach Art. 714 Abs. 4 OR muss eine Gesellschaft durch mindestens einen Di-

<sup>117</sup> Vgl. Botschaft SchKG, BBl 2019 5194.

<sup>118</sup> Vgl. Botschaft SchKG, BBl 2019 5194.

<sup>119</sup> Vgl. Botschaft SchKG, BBl 2019 5194.

<sup>120</sup> Vgl. Botschaft SchKG, BBl 2019 5204 f. und 5214 f. sowie Art. 684a E-OR und Art. 787a E-OR. Zum Mantelhandel vgl. auch die parlamentarische Initiative 19.438 betreffend Nichtigkeit des Mantelhandels.

<sup>121</sup> Vgl. BGE, 4C.19/2001, 25.5.2001; BGE 123 III 473, E. 5c; Botschaft SchKG, BBl 2019 5204 f.

<sup>122</sup> Vgl. Botschaft SchKG, BBl 2019 5205.

<sup>123</sup> Dazu sogleich Abschnitt IV.G.

<sup>124</sup> Vgl. Botschaft SchKG, BBl 2019 5213 f. und 5217.

<sup>125</sup> Vgl. dazu Art. 928a, Art. 928b E-OR sowie Art. 47 lit. e E-StGB; Botschaft SchKG, BBl 2019 5215 ff.

<sup>126</sup> Vgl. Botschaft SchKG, BBl 2019 5215 f.

<sup>127</sup> Vgl. vorne Abschnitt III.B.

rektor oder Verwaltungsrat mit Wohnsitz in der Schweiz vertreten werden können. Alternativ müssen mindestens zwei kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigte Direktoren oder Mitglieder des Verwaltungsrates Wohnsitz in der Schweiz haben. Sobald dies nicht mehr der Fall ist, liegt ein Organisationsmangel nach Art. 731b OR vor.<sup>128</sup> Diese zeichnungsberechtigten Personen (mit Wohnsitz in der Schweiz) müssen Zugang zum Aktienbuch sowie zum Verzeichnis der Inhaberaktionäre sowie der wirtschaftlich Berechtigten haben, soweit dieses Verzeichnis nicht von einem Finanzintermediär geführt wird.<sup>129</sup>

Das Eidgenössische Handelsregisteramt (EHRA) hat die Praxismitteilung 1/2008 erlassen, wonach es zulässig sein soll, die Erfordernisse gemäss Art. 718 Abs. 4 OR zu erfüllen, sofern Dritte, die nicht Mitglieder des Verwaltungsrats oder Direktoren sind, entsprechende Zeichnungsberechtigungen haben.<sup>130</sup> Die Praxis des EHRA ist allerdings nicht vom Gesetzeswortlaut von Art. 718 Abs. 4 OR gedeckt und im Ergebnis zu liberal.<sup>131</sup>

Sofern die Handelsregisterbehörden die Wohnsitzpflicht nach Art. 718 Abs. 4 OR wortgetreu und sinngemäss durchsetzen, bietet dies eine einfache, aber wirksame Möglichkeit, um Schlüsselpersonen einer Aktiengesellschaft in der Schweiz zur Verantwortung zu ziehen. Die praktische Erfahrung zeigt regelmässig, dass im Fall zwielichtiger Machenschaften entsprechende Direktoren oder Mitglieder des Verwaltungsrats mit Wohnsitz in der Schweiz ihre Mandate niederlegen und sich aus dem Handelsregister löschen lassen, sofern das Geschäftsgebaren einer Gesellschaft zu Rufschäden eines entsprechenden Mandatsträgers führen kann.<sup>132</sup>

## V. Fazit und Ausblick

Die Digitalisierung des Gesellschaftsrechts ist seit einigen Jahren im Schweizer Recht im Gange. Die COVID-19-Pandemie hat zwar einen Digitalisierungsschub ausgelöst. Andere Jurisdiktionen haben diesbezüglich aber bereits einen grösseren Vorsprung gegenüber der Schweiz. Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union müssen die Online-Gründung spätestens ab 1. August 2021 ins nationale Recht umsetzen. Seit mehreren Jahren zeigt die Republik Estland, dass die Online-

Gründung von Kapitalgesellschaften mit hohen Sicherheitsstandards möglich ist. Hierzu ist es notwendig, ein gesamtes Ökosystem für die Gesellschaftsgründung und andere handelsregisterrechtliche Vorgänge zu erstellen. Es genügt nicht, einzelne Rechtsgebiete zu digitalisieren. Stattdessen müssen die verschiedenen Akteure miteinander kommunizieren können, was die entsprechenden Rechtsgrundlagen und technischen Schnittstellen erfordert. Für die Einrichtung eines solchen digitalen und rechtlichen Ökosystems ist allerdings ein grosser politischer Wille notwendig. Immerhin sind einige Gesetzesgrundlagen schon vorhanden, wie jene bezüglich der Wohnsitzpflicht für Direktoren und Verwaltungsräte nach Art. 718 Abs. 4 OR und jene zur qualifizierten elektronischen Signatur. Das Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses, das derzeit im Gesetzgebungsprozess ist, bedeutet einen weiteren notwendigen Schritt, für die Erleichterung von Online-Gründungen. Hingegen bestehen noch politische Hindernisse, wie insbesondere bei der Einführung der E-ID, und rechtliche Hürden beim Verfahren zur elektronischen öffentlichen Beurkundung.

Vorerst dürften die Akteure in der Schweiz immerhin mit der Digitalisierung von Generalversammlungen zusätzliche Erfahrung sammeln.<sup>133</sup> Diese könnte die Basis für weitere digitalisierte Prozesse bilden, etwa die digitalisierte Online-Gründung von Aktiengesellschaften. Es ist für schweizerische Unternehmen wünschenswert, die gesellschaftsrechtlichen Abläufe im Hinblick auf die Handelsregistergeschäfte (wie etwa die Gründung, Kapitalerhöhungen, Kapitalherabsetzungen und Liquidationen) nach dem Vorbild der Regelungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union um ein Online-Verfahren zu ergänzen.<sup>134</sup> Dieses müsste die bestehenden Abläufe nicht verdrängen, die im heutigen System einen Notar erfordern, sondern könnte als zuverlässige Alternative zu den bestehenden Abläufen geschaffen werden. Dadurch könnte Erfahrung gewonnen und ein Wettbewerb der verschiedenen Systeme lanciert werden. Dabei sollten Notare nicht aussen vor bleiben, sondern die sich eröffnenden digitalen Möglichkeiten zur effizienten Gestaltung der künftigen Beratungs- und Beurkundungspraxis nutzen.

<sup>128</sup> Vgl. Lukas Müller/Pascal Müller, Organisationsmängel in der Praxis, Ausgewählte Aspekte zu Art. 731b OR aus Sicht des Handelsregisters und der Rechtsprechung, AJP 2016 44 f.

<sup>129</sup> Vgl. Art. 718 Abs. 4 OR; Art. 697f OR.

<sup>130</sup> Vgl. Eidgenössisches Handelsregisteramt, Praxismitteilung 1/2008 vom 17.10.2008, N 29.

<sup>131</sup> Vgl. Müller/Müller (Fn. 128) 45.

<sup>132</sup> Vgl. Müller/Müller (Fn. 128) 44 f.

<sup>133</sup> Vgl. Urs Bertschinger, Aktienrecht im digitalen Zeitalter, in: Lukas Gschwend et al. (Hrsg.), Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, 167 ff.; Hans Caspar von der Crone/Sandro Bernet, Der Tagungsort der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht – Zwischen Gesellschaftssitz und Internet, in: Matthias P.A. Müller/Lucas Forrer/Floris Zuur (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, 259 ff.

<sup>134</sup> Vgl. vorne Abschnitt III.B.