

6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht/ Organisation judiciaire et procédure

6.2. Anwaltsrecht/Droit de la profession d'avocat

AK 2018 11: Fehlverhalten einer Urkundsperson bei öffentlicher Beurkundung von GV-Beschlüssen einer AG

Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2018 11 vom 18. Februar 2019, § 10 BeurkG/ZG, Öffentliche Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen einer Aktiengesellschaft.



LUKAS MÜLLER*



JENNIFER ALIG**

Die Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug hatte im Disziplinarverfahren AK 2018 11 über das Fehlverhalten der im Kanton Zug zur öffentlichen Beurkundung ermächtigten Rechtsanwältin A. zu urteilen. Ihr wurde ein Fehlverhalten bei der öffentlichen Beurkundung von Beschlüssen der Generalversammlung einer AG vorgeworfen, da sie auf den öffentlichen Urkunden eine Vor- und eine Rückdatierung vorgenommen hatte. Diese Entscheidung betrifft beurkundungsrechtliche Fragen bezüglich der Berufspflichten der Urkundsperson und der Gültigkeit einer öffentlichen Beurkundung.

I. Sachverhalt und Erwägungen

Rechtsanwältin A. wurde vom Kanton Zug zur öffentlichen Beurkundung ermächtigt und im Anwaltsregister des Kantons Zug eingetragen. Sie hat im August 2018, mutmasslich zwischen dem 21. und dem 23. August 2018, als Urkundsperson eine öffentliche Urkunde über eine ausserordentliche Generalversammlung der B. AG errichtet, an

* LUKAS MÜLLER, Prof. Dr. oec. HSG, lic. iur., LL.M., MA UZH, Rechtsanwalt, Assistenzprofessor für Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Gesellschaftsrecht am Institut für Finanzwissenschaft, Finanzrecht und Law and Economics (IFF-HSG) an der Universität St. Gallen, und Gerichtsschreiber am Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, St. Gallen.

** JENNIFER ALIG, BLaw.

welcher die Statuten einer Gesellschaft geändert wurden.¹ Die Statuten sollten dahingehend angepasst werden, dass diese der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Anwaltskörperschaft² entsprechen.³

Die im August 2018 erstellte Urkunde wurde von der Rechtsanwältin A. mit der Urkundenummer 66/2018 versehen und auf das Datum des 28. Juni 2018 rückdatiert. Zwar fand am 28. Juni 2018 ebenfalls eine ausserordentliche Generalversammlung statt, an der eine Statutenrevision beschlossen wurde, jedoch errichtete Rechtsanwältin A. bereits zu diesem Zeitpunkt eine öffentliche Urkunde mit der Urkundenummer 66/2018 mit (zutreffendem) Datum vom 28. Juni 2018. Im Übrigen bestanden gemäss Feststellungen der Aufsichtscommission zwischen der ersten und der zweiten vorgenommenen Statutenänderung nicht nur rein redaktionelle Anpassungen, sondern klare materielle Unterschiede.⁴

Diese Vorfälle führten zu einem Disziplinarverfahren vor der zuständigen Aufsichtsbehörde des Kantons Zug. Die Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug (nachfolgend «Aufsichtscommission») übt in erster Instanz die disziplinarische Aufsicht über die Rechtsanwälte.⁵ Die Aufsicht umfasst auch die Beurkundungstätigkeit der zur öffentlichen Beurkundung ermächtigten Rechtsanwälte.⁶

Rechtsanwältin A. brachte vor, dass die Aktionäre der B. AG sowohl im Juni 2018 als auch im August 2018 den Willen hatten, die Statuten zu ändern, damit diese den rechtlichen Vorgaben zur Anwaltskörperschaft entsprechen. Dieser Einwand überzeugte die Aufsichtscommission jedoch nicht. Die Aufsichtscommission stellte fest, dass Rechtsanwältin A. als Urkundsperson mit ein und demselben Datum nicht bloss allgemein gehaltene Willenserklärungen der Aktionäre beurkundete, sondern die Beschlüsse zweier Generalversammlungen, die zu unterschiedlichen Zeitpunkten

stattfanden und voneinander abweichende Statutenrevisionen zum Gegenstand hatten.⁷

Gemäss den Erwägungen der Aufsichtscommission hat die bei notariellen Protokollen von der Urkundsperson vorzunehmende Datierung den Charakter einer Sachbeurkundung.⁸ Damit untersteht die Urkundsperson der Wahrheitspflicht.⁹ Das neben der Notarunterschrift stehende Datum hat den Tag anzugeben, an welchem diese Unterschrift beigesetzt wurde. Die Vor- und Nachdatierung sei im streitgegenständlichen Fall nicht nur eine notarielle Pflichtverletzung, sondern mache die Urkunden insgesamt nichtig.¹⁰ Die Aufsichtscommission gelangte ausserdem zum Ergebnis, dass die Rechtsanwältin A. mit der Falsch- bzw. Rückdatierung eine unwahre Urkunde hergestellt und damit ihre Pflichten als Urkundsperson in grober Weise verletzt habe.¹¹

Weiter stellte die Aufsichtscommission fest, dass mit der Errichtung der zweiten Urkunde Nr. 66/2018 das Handelsregisteramt Zug darüber getäuscht wurde, dass zu unterschiedlichen Zeiten zwei Generalversammlungen durchgeführt worden sind, die Beschlüsse unterschiedlichen Inhalts gefällt haben.¹² Dabei sei es irrelevant, dass das Handelsregisteramt aufgrund der zweiten Beurkundung die Beschlüsse im Handelsregister eingetragen hat.¹³

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde hat die II. Beschwerdeabteilung des Obergerichts des Kantons Zug mit Urteil vom 15. Mai 2019 abgewiesen.¹⁴

II. Erläuterung

A. Öffentliche Beurkundung im Allgemeinen

Das Bundesrecht bestimmt, welche Rechtsgeschäfte einer bestimmten Form bedürfen und was die Wirkungen eines Formmangels sind. Dies wird auch als das materielle Beurkundungsrecht bezeichnet.¹⁵ Der Begriff der öffentlichen Urkunde ist ebenfalls Teil des Bundesrechts.¹⁶ Das Bundesgericht definiert die öffentliche Beurkundung als «die

¹ Vgl. Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2018 11, 18.2.2019, E. 2.1 (nachfolgend «AK 2018 11»). Dieser Entscheid wurde in der Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug (GVP) 2019, 140 ff., veröffentlicht.

² Zur Anwaltskörperschaft vgl. z.B. BGE 138 II 440; BGE 144 II 147, in: Pra 2018, Nr. 141, mit Hinweisen.

³ Vgl. AK 2018 11 (FN 1), E. 2.2.

⁴ Vgl. AK 2018 11 (FN 1), E. 2.1 und E. 2.2.

⁵ Vgl. § 12 Abs. 1 des Einführungsgesetzes des Kantons Zug vom 25. April 2002 zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zug (EG BGFA/ZG; BGS 163.1).

⁶ Vgl. § 32 Abs. 1 des Gesetzes des Kantons Zug vom 3. Juni 1946 über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung in Zivilsachen (Beurkundungsgesetz, BeurkG/ZG; BGS 223.1); § 14 Abs. 1 lit. g EG BGFA/ZG.

⁷ Vgl. AK 2018 11 (FN 1), E. 2.2.

⁸ Vgl. AK 2018 11 (FN 1), E. 2.

⁹ Vgl. AK 2018 11 (FN 1), E. 2.2.

¹⁰ Vgl. AK 2018 11 (FN 1), E. 2.

¹¹ Vgl. AK 2018 11 (FN 1), E. 2.2 mit Verweis auf CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 1253, und BGE 113 IV 77 E. 3c.

¹² Vgl. AK 2018 11 (FN 1), E. 2.2.

¹³ Vgl. AK 2018 11 (FN 1), E. 2.2.

¹⁴ Vgl. AK 2018 11 (FN 1), E. 2.1.

¹⁵ Vgl. BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55 SchlT ZGB N 1, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB/Art. 1–61 SchlT ZGB, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-Verfasser).

¹⁶ Vgl. BGE 106 II 146 E. 1.

Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betrauten Person in der vom Staate geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren».¹⁷

Die Rechtsnormen, welche die Durchführung des Beurkundungsverfahrens und die Organisation des Beurkundungs- bzw. Notariatswesens ordnen, werden als formelles Beurkundungsrecht bezeichnet. Das geschriebene Bundesrecht enthält bei den Vorschriften über die öffentlichen letztwilligen Verfügungen und die Erbverträge sowie für die elektronische Ausfertigung öffentlicher Urkunden und Beglaubigungen bestimmte Verfahrensvorschriften des formellen Beurkundungsrechts.¹⁸ Zudem verpflichtet das Bundesrecht mit Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB die Kantone, Vorschriften über das Beurkundungsverfahren und die Organisation des Notariatswesens aufzustellen.¹⁹ Das kantonale Verfahren hat dabei die bundesrechtlichen Mindestanforderungen zu beachten, die sich aus dem materiellen Zweck des Instituts der öffentlichen Beurkundung ergeben, die sich insbesondere auch aus dem ZGB, OR oder FusG ergeben können. Das Gesetz sieht namentlich bei der AG, der Kommandit-AG und der GmbH Rechtsgeschäfte vor, die einer öffentlichen Urkunde bedürfen. Solche Rechtsgeschäfte sind etwa die Gründung, Kapitalerhöhung, Kapitalherabsetzung sowie die Beendigung der Gesellschaft. Die Einhaltung der nach Bundesrecht vorgesehenen Form ist Gültigkeitsvoraussetzung für diese Rechtsgeschäfte. Kantone dürfen jedoch keine Vorschriften erlassen, welche die Anwendung des Bundesrechts erschweren oder unnütz machen.²⁰

Des Weiteren wird im Beurkundungsrecht zwischen Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften unterschieden. Die Verletzung einer Gültigkeitsvorschrift führt zur Nichtigkeit der öffentlichen Urkunde, wohingegen die Verletzung von Ordnungsvorschriften die Gültigkeit der öffentlichen Urkunde nicht beschlägt.²¹ Zu den kantonalen Ordnungsvorschriften gehört beispielsweise die Angabe der nach kantonalem Recht erforderlichen Urkundenummern bzw. Geschäftsnummern²² auf den öffentlichen Urkunden. Ob ein bestimmter Teil einer Urkunde ebenfalls als öffentlich beurkundet gilt (z.B. eine Planskizze in einem Kaufrechts-

vertrag, die von den Parteien in Abwesenheit der Urkundsperson unterschrieben, jedoch während der öffentlichen Beurkundung der Urkundsperson vorgelegt wurde), beurteilt sich nach kantonalem Recht.²³

Der Entscheid AK 2018 11 erläutert die relevanten kantonalen Gesetzesbestimmungen zur öffentlichen Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen. Gemäss § 19 BeurkG/ZG wird die öffentliche Urkunde durch die Beurkundungserklärung der Urkundsperson hergestellt. Diese Erklärung unterzeichnet die Urkundsperson unter Angabe von Ort und Datum.²⁴ Die Urkundsperson hat die Beurkundung mit Sorgfalt vorzubereiten und auszuführen.²⁵ Eine Urkundsperson darf nur beurkunden, was sie mit eigenen Sinnen wahrgenommen hat.²⁶ Die vorerwähnten Pflichten gelten selbst dann, wenn der Urkundsperson eine fertige Urkunde vorgelegt wird.²⁷ Dies kommt in der Praxis mit geschäftserfahrenen Personen vor. Der Notar darf sich somit nicht blindlings auf die Inhalte der Urkunden verlassen, sondern muss den Inhalt verifizieren.

Die Aufsichtskommission erinnert daran, dass die strengen formellen Vorschriften des Beurkundungsrechts nicht nur der Schaffung eines Belegs öffentlichen Glaubens²⁸ dienen, sondern auch die Grundlage für das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Echtheit der Urkunden und in die Amtshandlungen des Staates und damit auch in die Urkundspersonen schaffen sollen.²⁹

B. Pflichten der Urkundsperson bei der Protokollierung von Generalversammlungen

Sobald die Beschlüsse der Organe einer Aktiengesellschaft öffentlich beurkundet werden müssen, ist zwingend die Anwesenheit einer Urkundsperson respektive eines Notars erforderlich. Der Notar ist eine Amtsperson, welche Aufgabe der freiwilligen und nichtstreitigen Gerichtsbarkeit ausübt. Als solche hat der Notar die Pflicht, die Interessen aller formell oder materiell an einem öffentlich zu beurkundenden Sachverhalt beteiligten Personen unparteiisch zu wahren.³⁰

¹⁷ BGE 90 II 274 E. 6; vgl. auch BGE 113 II 402 E. 2a.

¹⁸ Vgl. BSK ZGB II-SCHMID (FN 15), Art. 55 SchlT ZGB N 2; siehe auch Art. 55a SchlT ZGB.

¹⁹ Vgl. BSK ZGB II-SCHMID (FN 15), Art. 55 SchlT ZGB N 2.

²⁰ Vgl. BGE 99 II 159 E. 2c.

²¹ Vgl. STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Die Beurkundungsverfahren des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, in: Jürg Schmid (Hrsg.), *Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren*, Zürich 2007, 63 ff., 66; BRÜCKNER (FN 11), N 1273.

²² Vgl. § 23 BeurkG/ZG.

²³ Vgl. BGE 106 II 146 E. 2 (in casu Verletzung einer Obwaldner Gültigkeitsvorschrift, da die Planskizze nicht rechtsgültig unterschrieben und öffentlich mitbeurkundet wurde).

²⁴ Vgl. § 19 Abs. 3 BeurkG/ZG; AK 2018 11 (FN 1), E. 2.

²⁵ Vgl. § 10b Abs. 1 BeurkG/ZG; AK 2018 11 (FN 1), E. 2.

²⁶ Vgl. § 10b Abs. 2 BeurkG/ZG; AK 2018 11 (FN 1), E. 2.

²⁷ Vgl. AK 2018 11 (FN 1), E. 2.

²⁸ Art. 9 ZGB; Art. 179 ZPO.

²⁹ Vgl. AK 2018 11 (FN 1), E. 2.2.

³⁰ Vgl. § 8 Abs. 1 i.V.m. § 10a BeurkG/ZG; BRÜCKNER (FN 11), N 240; Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, 12.1.2004, GVP 2003, 248, E. 4 f. Diese Rechtsauffassung bringt der Entscheid des OGer OW, 28.1.1997, in: AbR 1996/1997 Nr. 1, 33, E. 2 f. rechtsvergleichend und überzeugend auf den Punkt.

1. Belehrungs- und Beratungspflichten

Bei der Protokollierung von Generalversammlungen kommen der Urkundsperson Belehrungs- und Beratungspflichten zu. Aus der Belehrungspflicht ergibt sich, dass die Urkundsperson die Parteien auf Unrichtigkeiten, Mängel und die Verletzung von Rechtsnormen hinzuweisen und sie im erforderlichen Umfang über den rechtlichen Inhalt und die Bedeutung der Urkunde zu belehren hat.³¹ Die Belehrungspflicht verfolgt den Zweck, eine rechtsgültige Durchführung und Protokollierung einer bestimmten Veranstaltung zu gewährleisten.³² So hat die Urkundsperson insbesondere gegenüber der Generalversammlung und ihren Organen jene Belehrungen zu erteilen, deren Befolgung für die Zweckdienlichkeit, den öffentlichen Glauben und die registerrechtliche Eintragungsfähigkeit der Urkunde notwendig ist.³³ Die Urkundsperson hat hierfür die an der öffentlichen Beurkundung Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren, ihnen die für die Willensbildung erforderlichen Auskünfte zu erteilen und auf die Beseitigung von Widersprüchen und Unklarheiten hinzuwirken.³⁴

Bei der Protokollierung von Generalversammlungen beschränkt sich die notarielle Belehrungspflicht grundsätzlich auf die Prüfung der von den Parteien beabsichtigten Rechts-handlungen und der von ihnen beigebrachten Belege, wie etwa Statutenänderungsentwürfe.³⁵ Diese Pflicht erfüllt die Urkundsperson dadurch, dass sie während der zu protokollierenden Generalversammlung der Generalversammlung und dessen Vorsitzenden die erforderlichen Belehrungen erteilt, wodurch Verfahrensfehler verhindert werden können.³⁶ Falls beispielsweise der Vorsitzende der Generalversammlung den notariellen Belehrungen keine Beachtung schenkt, soll die Urkundsperson während der laufenden Generalversammlung das Wort beanspruchen und gegenüber sämtlichen Teilnehmern der Generalversammlung das Vorliegen allfälliger Verfahrensfehler oder ihre Zweifel im Hinblick auf die Rechtmässigkeit der Generalversammlung unter unparteiischer Interessenwahrung kundtun und dies dann auch protokollieren.³⁷ Hingegen ist es der Urkundsperson nicht erlaubt, im Sinne von Verhaltensanweisungen an die Teilnehmer der Generalversammlung oder im Sinne einer Antragstellung in den Verlauf der Generalversammlung einzugreifen oder sogar psychischen Druck auszu-

üben.³⁸ Laut einem Entscheid des Obergerichts des Kantons Obwalden ist es beispielsweise problematisch, wenn der beurkundende Notar Aktionär einer Generalversammlung ist und im Vorfeld der Generalversammlung Traktanden mit dem Vorsitzenden der Generalversammlung oder mit einzelnen Aktionären im Hinblick auf das Stimmverhalten (oder die Stimmenthaltung) abspricht. Dies stellt einen Verstoss gegen die Unparteilichkeitsbestimmungen³⁹ und die Sorgfaltspflichten der Urkundsperson dar und kann zur Nichtigkeit der öffentlichen Beurkundung führen.⁴⁰

Von der Belehrungspflicht⁴¹ der Urkundsperson ist die Beratungspflicht zu unterscheiden. Beratung heisst, dass die Urkundsperson vor dem Aufsetzen der Urkunde alle rechtlichen Fragen prüft und mögliche Varianten aufzeigt. Ob und in welchem Umfang eine Belehrung erforderlich ist, hängt vom Wissensstand der Parteien und vom entsprechenden Geschäft ab.⁴² Bei Generalversammlungen ist es zulässig, dass Aktionäre oder Mitglieder des Verwaltungsrats die Urkundsperson um eine entsprechende Beratung ersuchen, wobei die Urkundsperson die Interessen unparteiisch wahren muss.⁴³

Bei privat gehaltenen Gesellschaften – im Gegensatz zu den Verhältnissen bei einer publikumsorientierten AG – ist die Belehrung und Beratung der Aktionäre eher möglich. Sofern die Aktionäre an der Generalversammlung vertreten werden, finden die Belehrungen indes gegenüber den Stellvertretern statt. In der Praxis ist bei der öffentlichen Beurkundung der Beschlüsse, bei denen die Stimmen von einem Stellvertreter abgegeben werden, die Belehrungs- und Beratungsfunktion unter Umständen fehleranfällig, da der Notar nicht direkt mit den betroffenen Aktionären kommuniziert.⁴⁴

2. Prüfungspflicht, widerspruchsfreie und unverfälschte Beurkundung

Der Notar hat gemäss Zuger Praxis bei der öffentlichen Beurkundung von Universalversammlungen eine Prüfungs-

³¹ Vgl. § 21 Abs. 1 i.V.m. § 10b Abs. 3 BeurkG/ZG.

³² Vgl. BRÜCKNER (FN 11), N 2785.

³³ Vgl. BRÜCKNER (FN 11), N 2866.

³⁴ Vgl. AK 2018 11 (FN 1), E. 2.2.

³⁵ Vgl. BRÜCKNER (FN 11), N 2785.

³⁶ Vgl. § 10 Abs. 1 i.V.m. § 10b Abs. 2 BeurkG/ZG; BRÜCKNER (FN 11), N 2867.

³⁷ Vgl. BRÜCKNER (FN 11), N 2869.

³⁸ Vgl. BRÜCKNER (FN 11), N 2465.

³⁹ Vgl. § 10a BeurkG/ZG.

⁴⁰ Vgl. OGer OW, 28.1.1997, in: AbR 1996/1997 Nr. 1, 33, E. 2d, E. 2e und E. 4. Die Einwilligung der Betroffenen, der Dispens der Aufsichtsbehörde oder des Gerichts ändert nichts an der Rechtswidrigkeit solcher Berufspflichtverletzungen der Urkundsperson; vgl. OGer OW, 8.11.2002, in: AbR 2000/2001 Nr. 2, 43, E. 4c; vgl. auch § 10b BeurkG/ZG; vgl. aber die differenzierte Regelung in §§ 8a f. BeurkG/ZG, die auf einvernehmliche Fälle zugeschnitten ist, bei denen niemand ein Interesse an einem Streit hat.

⁴¹ Vgl. II.A.

⁴² Vgl. § 10b Abs. 3 BeurkG/ZG.

⁴³ Vgl. § 21 Abs. 1 i.V.m. § 10a Abs. 2 und § 10b Abs. 3 BeurkG/ZG.

⁴⁴ Vgl. LUKAS MÜLLER/LARA PAFUMI, Die digitale öffentliche Urkunde im Kontext der AG, REPRAX 1/2020, 45 ff., 53 f. und 72 f.

pflicht für alle Sachverhalte, denen eine Garantiefunktion gegenüber Dritten, wie etwa dem Handelsregister, zukommt.⁴⁵ Dazu gehören beispielsweise Ort, Datum und Zeit der Versammlung, die Firma der Gesellschaft, der Name des Versammlungsvorsitzenden, des Protokollführers und der Stimmenzähler, die Feststellungen des Versammlungsvorsitzenden⁴⁶ über die gesetzes- und statutengemässe Einberufung der Versammlung, die Anzahl der Teilnehmer und die durch sie vertretenen Rechte, die Beschlussfähigkeit der Versammlung und allfällige Einwendungen zu diesen Feststellungen sowie bei Abstimmungen das Stimmenverhältnis und die gefassten Beschlüsse im Wortlaut. Anträge und weitere Äusserungen von Teilnehmern, deren Beurkundung verlangt wird, sind ebenfalls zu protokollieren. Dabei müssen nur die beurkundungspflichtigen Beschlussgegenstände in der öffentlichen Urkunde des Notars enthalten sein.⁴⁷ Wenn ein Datum vor- oder rückdatiert wird oder sogar Unterschriften vorgängig in Abwesenheit der in der Urkunde genannten Personen beigebracht werden, obwohl der Urkundeninhalt andere Tatsachen aufzeichnet, stellt dies eine Verletzung der formellen Beurkundungsvorschriften und der Berufspflichten der Urkundsperson dar.⁴⁸

Bei Universalversammlungen werden in der öffentlichen Urkunde üblicherweise die Feststellungen des Vorsitzenden der Universalversammlung beurkundet, dass sämtliche Aktien vertreten sind. Dabei kann Zeit eingespart werden, wenn sämtliche Aktionäre in kleinen Verhältnissen einen Stellvertreter bevollmächtigen, um die notwendigen Willenserklärungen beim Notar abzugeben. Dadurch kann die öffentliche Beurkundung mit einem Stellvertreter beim Notar nach den Vorschriften der Universalversammlung nach Art. 701 OR durchgeführt werden, was einen Verzicht auf die Formalitäten der Einberufung und Traktandierung der Generalversammlung nach Art. 699 f. OR erlaubt, falls kein Widerspruch erhoben wird.

Wenn der Notar keine eigenen Kenntnisse über die Vertretungsverhältnisse hat, muss er die entsprechenden Angaben der vor ihm erscheinenden Personen in zumutbarem Rahmen prüfen. Dies kann durch Vorlage von legitimierenden und identifizierenden Dokumenten wie Inhaberaktien, dem Aktienbuch, lückenlosen Zessionserklärungen,

Depotbescheinigungen, dem Wertrechtbuch, Bucheffektenkonto-Einträgen und ähnlichen Unterlagen erfolgen.⁴⁹ Die öffentlich beurkundeten Feststellungen über die Vertretungsverhältnisse bezüglich der Aktien an der Generalversammlung haben unter anderem den Zweck, zuverlässigen Aufschluss zu gewährleisten, ob eine Universalversammlung nach Art. 701 OR durchgeführt wurde, was bezüglich der Einberufung und Traktandierung der Generalversammlung gemäss Art. 699 f. OR erheblich ist.⁵⁰ Sofern nicht der Notar, sondern eine andere Person das Protokoll der Generalversammlung führt, bleibt der Notar trotzdem verpflichtet, die Richtigkeit des durch die dritte Person erstellten Protokolls durch eigene Wahrnehmungen zu prüfen.⁵¹ Das ergibt sich insbesondere aus der Garantiefunktion der Urkunde gemäss Art. 9 ZGB und Art. 179 ZPO respektive aus der erhöhten Beweiskraft der in der öffentlichen Urkunde beurkundeten Tatsachen. Die Prüfungspflicht des Notars gilt jedoch nicht umfassend und es hängt von den konkreten Umständen ab, wie z.B. den Kenntnissen der bisherigen Verhältnisse und der Zumutbarkeit oder der Möglichkeit eigener Ermittlungen. Eine Urkundsperson darf sich beispielsweise auf die Angaben von Personen verlassen, die im Auftrag des Verwaltungsrats eine Zutrittskontrolle oder die Kontrolle der vertretenen Aktienstimmen durchgeführt haben.⁵² Falls hingegen kein Teilnehmer der Generalversammlung das Aktienbuch oder Aktien vorlegen oder anderweitig seine Legitimation belegen kann, so darf der Notar unter diesen Umständen eine entsprechende Aussage der Vorsitzenden nicht als tatsächliche Feststellung öffentlich beurkunden, dass alle Aktien vertreten seien.⁵³ Die Urkundsperson hat dabei umfassende Prüfungspflichten, deren Handhabung in der Praxis z.T. Unsicherheiten mit sich bringt. In kleinen Verhältnissen müssen demnach die Sachverhalte sehr umfassend abgeklärt werden. In grösseren Verhältnissen darf sich die Urkundsperson eher auf die Angaben von Hilfspersonen verlassen. Es ist indes unklar, unter welchen Umständen sich eine Urkundsperson gerade noch auf die Arbeit von Hilfspersonen verlassen darf, ohne die Legitimation jedes einzelnen Aktionärs höchstpersönlich überprüfen zu müssen. Klar ist indessen gemäss Entscheid AK 2018 11, dass die Urkundsperson die Wahr-

⁴⁵ Vgl. Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, 12.1.2004, GVP 2003, 248, E. 2.

⁴⁶ Vgl. Art. 702 Abs. 2 OR.

⁴⁷ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 702 N 28, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR/Art. 1–6 SchlT AG/Art. 1–11 ÜBest GmbH, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser).

⁴⁸ Z.B. § 10b Abs. 2 BeurkG/ZG (Sorgfalts- und Wahrheitspflicht), fehlerhaft datierte Beurkundungserklärung und fehlerhafte Wiedergabe der Wahrnehmungen; vgl. § 21 Abs. 2 und 3 BeurkG/ZG.

⁴⁹ Vgl. Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, 12.1.2004, GVP 2003, 248, E. 2 f.

⁵⁰ Vgl. Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, 12.1.2004, GVP 2003, 248, E. 3.

⁵¹ Vgl. Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, 12.1.2004, GVP 2003, 248, E. 4.

⁵² Vgl. Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, 12.1.2004, GVP 2003, 248, E. 5.

⁵³ Vgl. Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, 12.1.2004, GVP 2003, 248, E. 5; BGE 123 IV 137 E. 3b/aa.

nehmungen, die sich an einem bestimmten Datum ereignen, wahrheitsgemäss am entsprechenden Datum am in der Urkunde angegebenen Ort unterzeichnen muss.⁵⁴ Es ist aber zulässig und sorgfältig, dass der Urkundentext vorbereitet und an der Generalversammlung öffentlich beurkundet wird, sofern der Inhalt mit den Wahrnehmungen übereinstimmt.

3. Sachbeurkundung

Das Zuger Recht unterscheidet zwischen der Beurkundung von Willenserklärungen und der Beurkundung der übrigen Rechtshandlungen; zu Letzterem gehören auch sogenannte «Sachbeurkundungen». Im Rahmen der Willensbeurkundung hat sich die Urkundsperson durch eigene Wahrnehmung gemäss den Vorgaben des Beurkundungsrechts davon zu überzeugen, dass die Urkunde dem Parteiwillen entspricht.⁵⁵ Bei Sachbeurkundungen beurkundet die Urkundsperson öffentlich nach den rechtlichen Vorgaben, dass die Urkunde mit den von ihr gemachten Wahrnehmungen übereinstimme.⁵⁶

Die von der Urkundsperson vorzunehmende Datierung hat bei der öffentlichen Beurkundung von notariellen Protokollen den Charakter einer Sachbeurkundung, weshalb sie der notariellen Wahrheitspflicht untersteht. Da die Urkundsperson den Hergang des Beurkundungsverfahrens wahrheitsgetreu und unverfälscht zu beurkunden hat, darf sie in ihrer Urkunde nur das bestätigen, was sie wahrhaft und aufgrund eigener Wahrnehmungen festgestellt hat.⁵⁷ Demnach hat das Protokoll das Datum desjenigen Tages anzugeben, an welchem die Unterschrift durch den Notar erfolgte. Stimmt das Datum nicht mit dem Tag der Beisetzung der Notarenunterschrift überein, ergibt sich durch die Vor- oder Nachdatierung eine notarielle Pflichtverletzung und daraus folgt die Nichtigkeit der Urkunde.⁵⁸

Falls ex ante offensichtlich ist, dass ein Beschluss der Generalversammlung aus materiell-rechtlichen Gründen nichtig ist, muss der Notar die öffentliche Beurkundung ablehnen.⁵⁹ Bei blosser Anfechtbarkeit der im Handelsregister eintragungsfähigen Beschlüsse nach Art. 706 f. OR

müsste der Notar wohl auf diesen Mangel aufmerksam machen und die öffentliche Beurkundung vornehmen, sofern dies seine kantonale Beurkundungspflicht vorsieht.⁶⁰ Nach Zuger Recht besteht unter anderem in dem Fall keine Beurkundungspflicht, wenn der Inhalt der Beurkundung offensichtlich rechtlich unmöglich, rechts- oder sittenwidrig ist.⁶¹ Im Streitgegenständlichen Fall hätte die Notarin die Urkunde wahrheitsgemäss am entsprechenden Datum der Generalversammlung datieren müssen. Falls nachträgliche Änderungen beim Beschlussinhalt notwendig werden, wäre eine neue Generalversammlung mit entsprechenden neuen Beschlüssen durchzuführen gewesen.

C. Nichtige Beschlüsse, nichtige Beurkundung und Handelsregistereintragung

Öffentlich beurkundete Generalversammlungsbeschlüsse, die eine Statutenänderung zur Folge haben, sind vom Verwaltungsrat beim zuständigen Handelsregisteramt einzureichen.⁶² Dabei hat die Eintragung im Handelsregister in der Regel entweder deklarative oder konstitutive (rechtserzeugende) Wirkung.⁶³ Bei der Gründung sowie der ordentlichen oder genehmigten Kapitalerhöhung hat die Eintragung im Handelsregister konstitutive Wirkung.⁶⁴ Das heisst, dass mit dem Handelsregistereintrag Mängel eines anfechtbaren Beschlusses bezüglich der Eintragungswirkung als unerheblich angesehen werden.⁶⁵

Nichtige Beschlüsse der Generalversammlung sind in dessen ex tunc unwirksam und sie sind grundsätzlich auch nicht nachträglich heilbar.⁶⁶ Dabei ist es unerheblich, ob der Beschluss aufgrund eines Nichtigkeitsgrundes, der in Art. 706b OR aufgeführt ist, oder aufgrund einer Verletzung einer beurkundungsrechtlichen Gültigkeitsvorschrift nichtig ist. Der nichtige Generalversammlungsbeschluss vermag keine Wirkung zu entfalten. Zu diesem Ergebnis gelangte auch die Aufsichtskommission im Entscheid AK 2018 11 vom 18. Februar 2019.⁶⁷

Schwerwiegende (formelle) Mängel, die sich beim Zustandekommen eines GV-Beschlusses ergeben, haben

⁵⁴ Nicht nur die falsche Datierung, sondern auch die falsche Ortsangabe in der öffentlichen Urkunde kann die Nichtigkeit der öffentlichen Urkunde nach sich ziehen und ist disziplinarisch relevant. Vgl. OGER OW, 14.1.1988, in: AbR 1988/1989 Nr. 4, 36, E. 1b. Falls die Beurkundung in einem fremden Kanton vorgenommen wird, kann dies zudem als Anmassung notarieller Befugnisse in einem anderen Kanton qualifiziert werden.

⁵⁵ Vgl. §§ 14 ff. BeurkG/ZG.

⁵⁶ Vgl. § 21 i.V.m. §§ 14 ff. BeurkG/ZG.

⁵⁷ Vgl. § 21 Abs. 2 und 3 BeurkG/ZG.

⁵⁸ Vgl. AK 2018 11 (FN 1), E. 2; BRÜCKNER (FN 11), N 1078 f., N 1253.

⁵⁹ Vgl. § 9a Abs. 2 lit. b BeurkG/ZG i.V.m. Art. 19 f. OR.

⁶⁰ Vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Bern 2018, § 6 N 54 ff. und § 16 N 292 ff.

⁶¹ Vgl. § 9a Abs. 2 lit. b BeurkG/ZG i.V.m. Art. 19 f. OR.

⁶² Vgl. z.B. Art. 647, Art. 650 Abs. 3, Art. 652h, Art. 653b Abs. 3, Art. 653h, Art. 734, Art. 737 OR.

⁶³ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 60), § 6 N 90 ff.

⁶⁴ Vgl. BGer, 4A_331/2008, 15.9.2008, E. 2.2.

⁶⁵ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 60), § 6 N 95 ff.

⁶⁶ Vgl. BGer, 5C.143/2005, 2.2.2006, E. 2 (Ausnahmen von diesem Ergebnis sind demnach nur in Fällen denkbar, die gegen Treu und Glauben verstossen).

⁶⁷ Vgl. AK 2018 11 (FN 1), E. 2.

die Nichtigkeit eines GV-Beschlusses zur Folge. Solch ein schwerwiegender Mangel ergibt sich etwa dann, wenn von vornherein kein GV-Beschluss vorliegt, weil etwa ein Schein- oder Nichtbeschluss vorliegt.⁶⁸ So werden etwa Beschlüsse einer «Schein-GV», die von einem unbefugten Organ einberufen wurde⁶⁹ oder zu der einige Aktionäre bewusst nicht eingeladen wurden und demnach keine Kenntnis über die «GV» hatten⁷⁰, als nichtig beurteilt.⁷¹

III. Fazit

Der Entscheid AK 2018 11 vom 18. Februar 2019 von der Aufsichtscommission ist sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung überzeugend. Dieser Entscheid fasst wichtige Berufspflichten des Notars bzw. der Urkundsperson zusammen. Die Urkundsperson hat eine wichtige Funktion im Rechtsverkehr. Sie ist dafür verantwortlich, dass die durch sie öffentlich beurkundeten Beschlüsse sorgfältig und die Wahrnehmungen an der Generalversammlung wahrheitsgemäss protokolliert und nach dem im Rechtssystem vorgesehenen Verfahren in die richtige Form gebracht werden. Diese öffentlich beurkundeten Beschlüsse sollen vom Verwaltungsrat beim Handelsregister zur Eintragung angemeldet werden. Handelsregistereintragen müssen wahr sein und dürfen weder Anlass zu Täuschungen geben noch einem öffentlichen Interesse widersprechen.⁷²

Falls später Streit über die tatsächlichen Vorkommnisse an der Generalversammlung entsteht, muss die Urkundsperson als unparteiische Zeugin in Prozessen zur Verfügung stehen.⁷³ Hierfür ist es bedeutsam, dass die Urkundsperson bei der Aufzeichnung der von ihr wahrgenommenen Tatsachen bleibt. Die Vor- oder Rückdatierung von öffentlichen Urkunden vereitelt die Funktion der Urkundsperson. Dies hat zur Folge, dass die entsprechende öffentliche Urkunde etwas aufzeichnet, was so nie stattgefunden hat. Selbst wenn der entsprechende Beschluss im Handelsregister eingetragen wird, ändert dies nichts an der Ungültigkeit, da die entsprechende Versammlung nicht am beurkundeten Datum stattgefunden hat und sich dieser Mangel durch die Eintragung im Handelsregister nicht «heilen» lässt.⁷⁴ Hät-

te die Notarin im Streitgegenständlichen Fall AK 2018 11 die Beschlüsse der Generalversammlung wahrheitsgemäss beurkundet, so wäre allenfalls eine redaktionelle Berichtigung des Textes oder eine neue öffentliche Beurkundung der Beschlüsse mit zutreffendem Datum in Frage gekommen. Stattdessen hat die Notarin nachträglich eine neue Urkunde mit der bisherigen Geschäftsnummer und altem Datum erstellt. Dieses Vorgehen macht es für Dritte schwierig oder sogar unmöglich nachzuvollziehen, was die Generalversammlung effektiv beschlossen hat. Entsprechend sind Urkundspersonen verpflichtet, bei ihren Beurkundungsgeschäften nur jene öffentlichen Beurkundungen vorzunehmen, die wahrheitsgemäss den entsprechenden Daten und Orten sowie den von der Urkundsperson gemachten Wahrnehmungen entsprechen. Ausserdem kommt bei der öffentlichen Beurkundung von Generalversammlungen der Umstand hinzu, dass die Angabe der richtigen Daten für die Beurteilung der ordnungsgemässen Einberufung und Traktandierung der Generalversammlung nach Art. 699 ff. OR wesentlich sein kann.

⁶⁸ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER (FN 47), Art. 706b N 19; BGer, 4P.331/2006, 5.6.2007, E. 4.2.3.

⁶⁹ Vgl. BGE 71 I 383, 388; BGE 115 II 468.

⁷⁰ Vgl. BGE 137 III 460 E. 3.2 und E. 3.3.

⁷¹ Vgl. BGE 137 III 460 E. 3.3; BSK OR II-DUBS/TRUFFER (FN 47), Art. 701 N 1, N 3a.

⁷² Vgl. Art. 26 der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2017 (HRegV; SR 221.411).

⁷³ Vgl. BGer, 2C_518/2009, 9.2.2010, E. 4.2; OGer OW, 8.11.2002, in: AbR 2000/2001 Nr. 2, 43, E. 5a.

⁷⁴ Vgl. AK 2018 11 (FN 1), E. 2.