

Lukas Müller*/Lara Pafumi**

Die digitale öffentliche Urkunde im Kontext der AG

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|--|
| I. Einleitung | Urkunden und elektronischer |
| II. Begriff und Zweck der öffentlichen Urkunde | Beglaubigungen (EÖBG) |
| III. Regelung der (elektronischen) öffentlichen Urkunde <i>de lege lata</i> | V. Offene Fragestellungen und mögliche Entwicklungen |
| IV. Das neue Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher | VI. Fazit |

I. Einleitung

«Der Begriff der «Digitalisierung» erlebt seinen (mindestens) zweiten «Frühling».¹ Mit diesen Worten spricht PROBST den Wandel an, der sich im Bereich der Digitalisierung abzeichnet. Während das «digitale Zeitalter» vor mehr als zwei Jahrzehnten ins Rollen kam, erfasst und beeinflusst die Digitalisierung die Gesellschaft nun in einer zweiten Phase viel tiefgreifender. Dies lässt sich z.B. in der «Entmaterialisierung der schriftlichen Kommunikation» feststellen – das Papier «als Träger allgemeiner Informationen [...] und rechtsgeschäftlicher Willensäusserungen» wird zunehmend verdrängt.² Die Digitalisierung beeinflusst auch die juristische Branche. So bedient sich die juristische Recherche heute weitgehend digitaler Quellen, und auch elektronisch geführte Akten sind bei Anwälten keine Seltenheit mehr.³ Dennoch nimmt das Papier in der Juristen- und Behördenwelt noch immer eine dominante Rolle ein. Dies zeigt sich vor allem im Kontakt mit Gerichten und Behörden. Nicht nur die elektronische Akteneinsicht sucht man meistens vergebens, auch elektronische Eingaben sind nicht überall möglich.⁴

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

** Lara Pafumi, B.A. HSG in Law and Economics.

Die Autoren vertreten ihre eigenen Ansichten und binden ihre Arbeitgeber nicht.

¹ THOMAS PROBST, Digitalisierung und Vertragsrecht Probleme des Schutzes der Privatsphäre aus vertragsrechtlicher Sicht, in: Astrid Epiney/Déborah Sangsue (Hrsg.), Digitalisierung und Schutz der Privatsphäre, Zur Steuerungsfähigkeit der «traditionellen» Rechtsgrundsätze: Analyse und Perspektiven, Basel/Zürich/Genf 2018, S. 45.

² Zum Ganzen: PROBST (Anm. 1), S. 45 f.

³ BENNO QUADE, Digitale Rechtsabteilung: Und der Anwalt?, Anwaltsrevue 2017, S. 282.

⁴ Zum Ganzen: GIAN SANDRO GENNA, Sind wir Anwälte fit für die Digitalisierung?, Anwaltsrevue 2017, S. 56.

Insbesondere das Notariatsrecht hinkte in Sachen Digitalisierung bislang etwas nach. Zwar ist die elektronische Ausfertigung einer öffentlichen Urkunde heutzutage in einigen Kantonen bereits zulässig,⁵ dennoch ist die Originalurkunde stets in Papierform zu erstellen.

Um mit der fortschreitenden Digitalisierung des Alltags Schritt halten zu können, hat sich in der Gesetzgebung diesbezüglich einiges getan. Nach der Totalrevision der Verordnung über die elektronische öffentliche Beurkundung⁶ hat der Bundesrat Ende Januar 2019 den Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBG) in die Vernehmlassung geschickt. Damit soll der konsequente Schritt zur vollständigen elektronischen öffentlichen Beurkundung vollzogen werden, indem künftig das Original einer öffentlichen Urkunde elektronisch erstellt werden soll.⁷

Die öffentliche Urkunde nimmt als strengste gesetzliche Formvorschrift insbesondere auch im Gesellschaftsrecht eine prominente Rolle ein.⁸ So bedarf beispielsweise sowohl die Gründung einer Aktiengesellschaft (AG) als auch deren Kapitalerhöhung einer öffentlichen Urkunde. Der vorliegende Artikel beschäftigt sich deshalb mit der Frage, welche Auswirkungen die Digitalisierung der öffentlichen Urkunde auf die AG hat.

II. Begriff und Zweck der öffentlichen Urkunde

A. Begriff der öffentlichen Urkunde

Gemäss BRÜCKNER bedeutet *beurkunden* «das schriftliche Festhalten von Informationen zwecks Sicherung oder Gestaltung von Rechten und Rechtsverhältnissen».⁹ Der Begriff der Beurkundung im Allgemeinen umfasst demnach sowohl die private als auch die öffentliche Beurkundung.¹⁰ Im Folgenden soll allerdings nur die öffentliche Beurkundung im Kontext des Gesellschaftsrechts und insbesondere der Aktiengesellschaft thematisiert werden.

⁵ Hierfür ist es notwendig, dass der entsprechende Kanton nach Art. 55a Abs. 1 SchIT ZGB Urkundspersonen ermächtigt, elektronische Ausfertigungen der von ihnen errichteten öffentlichen Urkunden zu erstellen; vgl. dazu nachstehend Abschn. III.B).

⁶ Verordnung vom 23. September 2011 über die elektronische öffentliche Beurkundung (EÖBV, SR 943.033); neu Verordnung vom 8. Dezember 2017 über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBV, SR 211.435.1).

⁷ Bundesamt für Justiz (BJ), Erläuternder Bericht vom 11. Dezember 2018 zum Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBG) (zit. BJ, Erläuternder Bericht EÖBG), 3; Art. 2 Abs. 1 VE-EÖBG.

⁸ BEK OR-MÜLLER, VI/1, Art. 11 N 11; 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, S. 4, 36.

⁹ BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 74.

¹⁰ WERNER RITTER/LEO R. GEHRER, Beurkundungsrecht für Praktiker, Basel 2007, S. 3; s.a. BRÜCKNER (Anm. 9), N 78.

Die *öffentliche Urkunde* ist das Produkt der öffentlichen Beurkundung.¹¹ Das Schweizerische Bundesrecht kennt bislang keine explizite Begriffsdefinition einer solchen.¹² Dennoch gehört der Begriff der öffentlichen Beurkundung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem Bundesrecht an, weshalb sich dessen Mindestanforderungen auch nach diesem zu beurteilen haben.¹³ Gemäss Bundesgericht ist darunter «die 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» zu verstehen.¹⁴

Während auch Einträge öffentlicher Register oder Gerichtsurteile zu den öffentlichen Urkunden im weiteren Sinne zählen,¹⁵ soll in den vorliegenden Ausführungen die notarielle Beurkundung im Zentrum der Betrachtung stehen. Die *notarielle Urkunde* charakterisiert sich durch die dem Notar zurechenbare Erklärung («Erklärungs-Autorschaft»)¹⁶. Des Weiteren wird unterschieden zwischen der Beurkundung von Willenserklärungen (rechtsgeschäftliche Beurkundung) sowie der Beurkundung von bestehenden Tatsachen (Sachbeurkundung).¹⁷ Zu den Beurkundungen von Willenserklärungen zählen vor allem öffentlich beurkundete Verträge und letztwillige Verfügungen,¹⁸ aber auch die Gründung einer Aktiengesellschaft.¹⁹ Demgegenüber sind Urkunden über Generalversammlungen oder Verwaltungsratssitzungen beispielsweise als Sachbeurkundungen zu qualifizieren.²⁰ Bei Letzteren «sind nicht die Willenserklärungen der Teilnehmer an der Generalversammlung, sondern die Bescheinigung des Hergangs der Generalversammlung mit den Feststellungen des Vorsitzenden und den Beschlussfassungen, wie dies der Notar aufgrund seiner eigenen Wahrnehmung feststellen konnte» Gegenstand der öffentlichen Beurkundung.²¹

¹¹ JÜRIG SCHMID, Elektronische öffentliche Urkunden im Verkehr mit den Registerbehörden, ZBGR 89/2008 (zit. JÜRIG SCHMID, Elektronische öffentliche Urkunden), S. 260; BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55 SchlT N 8; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 9 N 12.

¹² MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, Bern 2005, N 3; BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55 SchlT N 5 f.; BEK ZGB-WOLF, I/1, Art. 9 N 33.

¹³ BGE 90 II 274 E. 5; 106 II 146 E. 1; 84 II 636 E.1; BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55 SchlT N 6; BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55a SchlT N 2; s.a. Abschnitt III.A.2.

¹⁴ BGE 99 II 159 E. 2.

¹⁵ GLANZMANN/WALZ (Anm. 8), S. 5 Fn. 5; BRÜCKNER (Anm. 9), N 76.

¹⁶ BRÜCKNER (Anm. 9), N 79.

¹⁷ JÜRIG SCHMID, Grundlagen zum Beurkundungsverfahren, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren, La procédure d'instrumentation des actes authentiques, Zürich 2007 (zit. JÜRIG SCHMID, Beurkundungsverfahren), S. 3.

¹⁸ BRÜCKNER (Anm. 9), N 49.

¹⁹ PETER VOSER, Notarielle Pflichten bei gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Notar, La société au fil du temps, Zürich 2016, S. 118; a.M. BRÜCKNER (Anm. 9), N 2963, wonach der Errichtungsakt einer AG als notarielles Protokoll und somit als Sachbeurkundung zu qualifizieren sei.

²⁰ VOSER (Anm. 19), 118.

²¹ JÜRIG SCHMID, Die Fernbeurkundung, in: Schweizerischer Notarenverband (SNV) (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 4. Schweizerischer Notariatskongress, 15. März 2018 (zit. JÜRIG SCHMID, Fernbeurkundung), S. 236.

Die öffentliche Beurkundung ist von der blossen Beglaubigung zu unterscheiden. Bei Letzterer handelt es sich um einen notariellen Vermerk, der nachträglich auf bereits vorhandenen Dokumenten beigelegt wird.²² Er soll der Echtheitskontrolle von beispielsweise einer Unterschrift, Kopie oder Übersetzung dienen.²³

B. Beurkundungsbedürftige aktienrechtliche Geschäfte

Der Bundesgesetzgeber sieht die öffentliche Beurkundung als qualifiziertes Formerfordernis für verschiedene Rechtsgeschäfte vor. Dabei handelt es sich in der Regel um wichtige oder risikoreiche Geschäfte oder um Geschäfte, die als Basis für die Eintragung in ein öffentliches Register dienen.²⁴ Die Einhaltung der nach Bundesrecht vorgesehenen Form ist Gültigkeitsvoraussetzung für diese Rechtsgeschäfte.²⁵

Neben dem Ehe-, Erb-, Sachen- und Schuldrecht sieht insbesondere auch das Gesellschaftsrecht zahlreiche Lebenssachverhalte vor, die einer öffentlichen Urkunde bedürfen.²⁶ Für die Aktiengesellschaft im Besonderen sind es die folgenden Geschäfte:²⁷

- die Gründung der Aktiengesellschaft (Art. 629 Abs. 1 OR), wobei der öffentlichen Gründungsurkunde die Belege gemäss Art. 631 Abs. 2 OR beizulegen sind;
- Beschlüsse der Generalversammlung oder des Verwaltungsrates zu Statutenänderungen (Art. 647 OR);
- der Generalversammlungsbeschluss über eine ordentliche Kapitalerhöhung (Art. 650 Abs. 2 OR);
- der statutenändernde Feststellungsbeschluss des Verwaltungsrats über die Durchführung der Kapitalerhöhung (Art. 652g OR), wobei der öffentlichen Urkunde die geänderten Statuten, der Kapitalerhöhungsbericht, die Prüfungsbestätigung sowie die Sacheinlageverträge und die bereits vorliegenden Sachübernahmeverträge beizulegen sind (Art. 652g Abs. 3 OR);

²² BRÜCKNER (Anm. 9), N 3214.

²³ BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 9 N 23.

²⁴ Zum Ganzen: BEK OR-MÜLLER, VI/1, Art. 11 N 111. Dabei kann in gewissen Fällen eine Haftung des Notars aktuell werden, wenn einer Vertragspartei oder einem Dritten durch die Tätigkeit des Notars ein Schaden entsteht; vgl. dazu den Entscheid 4A_352/2018 des Bundesgerichts vom 25. Februar 2019 bzw. Pra 109 (2020) Nr. 2.

²⁵ BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55 SchIT N 9; Art. 11 Abs. 2 OR; ALFRED KOLLER, Konsens- oder Formmangel?, AJP 2020, S. 165 ff.; Konsensmangel liegt demnach vor, wenn kein rechtsgenügender Konsens nach Art. 1 OR gegeben ist; Formmangel liegt hingegen vor, wenn der (rechtsgenügender) Konsens nach Art. 1 OR nicht in der entsprechenden Form vorliegt.

²⁶ S. KUNZ, der das Kapitalgesellschaftsrecht als «ein zentrales Basisrecht zum Notariatsrecht» bezeichnet (PETER V. KUNZ, Gesellschaftsrecht als Basisrecht für Notare und andere öffentliche Urkundspersonen, in: Jürg Schmid [Hrsg.], Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren, La procédure d'instrumentation des actes authentiques, Zürich 2007, S. 171).

²⁷ Zum Ganzen: GLANZMANN/WALZ (Anm. 8), S. 10 ff.; VOSER (Anm. 19), S. 113 ff.

- der Generalversammlungsbeschluss über eine genehmigte (Art. 651 OR i.V.m. Art. 647 OR) sowie eine bedingte (Art. 653 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 647 OR) Kapitalerhöhung, da beide mittels Statutenänderung erfolgen;²⁸
- die Feststellungen des Verwaltungsrates gemäss Art. 653g Abs. 1 OR nach der Ausübung der Wandel- und Optionsrechte bei einer bedingten Kapitalerhöhung (das Gleiche gilt für den Fall, dass die Wandel- und Optionsrechte erloschen sind [Art. 653i OR]);
- sowohl die Herabsetzung des Aktienkapitals, ohne es gleichzeitig bis zur bisherigen Höhe durch neues, voll einzubezahlendes Kapital zu ersetzen (Art. 732 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 647 OR), als auch die Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Wiedererhöhung auf den bisherigen Betrag, welche keine Statutenänderung erfordert;²⁹
- die Nachliberierung auf den Nennwert, wenn zuerst nur eine Teilliberierung erfolgte, da dies eine Statutenänderung mit sich bringt,³⁰ sowie
- die Auflösung der Aktiengesellschaft durch einen Beschluss der Generalversammlung (Art. 736 Ziff. 2 OR).

Zudem bestimmt das Fusionsgesetz³¹, dass die Beschlussfassung der Generalversammlung betreffend Fusion (Art. 20 Abs. 1 FusG), Spaltung (Art. 44 FusG) und Umwandlung (Art. 65 FusG) einer öffentlichen Urkunde bedarf. Eine Ausnahme hiervon bildet die erleichterte Fusion gemäss Art. 23 FusG. Während der Übertragungsvertrag für die Vermögensübertragung grundsätzlich schriftlich ist, verlangt Art. 70 Abs. 2 FusG eine öffentliche Urkunde, wenn Grundstücke übertragen werden.³²

Bei den meisten voranstehend erwähnten aktienrechtlichen öffentlichen Beurkundungen hat die Eintragung in das Handelsregister konstitutive bzw. rechts-erzeugende Wirkung.³³ Im Gegensatz zu den restlichen öffentlichen Beurkundungen findet bei den erwähnten aktienrechtlichen Beurkundungen (und das-

²⁸ S.a. Art. 652h Abs. 2 Ziff. 1 OR.

²⁹ GLANZMANN/WALZ (Anm. 8), S. 13.

³⁰ Eine solche Nachliberierung bedarf einer Statutenänderung, da eine Teilliberierung, das heisst, wenn nicht der ganze Nennwert einbezahlt wurde, in den Statuten vermerkt werden muss; s. Art. 626 Ziff. 3 OR; GLANZMANN/WALZ (Anm. 8), S. 14.

³¹ Bundesgesetz vom 2. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG, SR 221.301).

³² S. zum Ganzen: GLANZMANN/WALZ (Anm. 8), S. 16 f.

³³ S. z.B. Art. 643 Abs. 1 OR; Art. 647 OR; Art. 650 Abs. 3 OR; Art. 21 f. FusG; Art. 51 f. FusG; Art. 66 f. FusG; Art. 73 FusG; KARL REBSAMEN, Das Handelsregister, ein Handbuch für die Praxis, 2. Auflage, Zürich 1999, N 7; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018, § 6 N 90 ff.; LUKAS MÜLLER/NATASCHA RIZZI, Die Handelsregistersperre in der Praxis – ausgewählte Aspekte zum einstweiligen Rechtsschutz, REPRAX, 4/2018, S. 180. Die Eintragung in das Handelsregister hat indessen bei der bedingten Kapitalerhöhung keine konstitutive, sondern bloss deklaratorische Wirkung. Nach Art. 653 Abs. 2 OR erhöht sich das Aktienkapital ohne Weiteres in dem Zeitpunkt und in dem Umfang, als die Wandel- oder Optionsrechte ausgeübt und die Einlagepflichten erfüllt werden; Entscheid 4A_331/2008 des Bundesgerichts vom 15. September 2008, E. 2.2.

selbe gilt auch für Beurkundungen bei der GmbH oder nach FusG), eine doppelte Prüfung statt: eine durch die Urkundsperson und eine durch den Handelsregisterführer.³⁴ Zunächst hat die Urkundsperson die öffentliche Beurkundung entsprechend den bundes- und kantonrechtlichen Vorschriften vorzunehmen. Im zweiten Schritt erfolgt die Prüfung durch das zuständige kantonale Handelsregisteramt. Soweit ein Grundstück Gegenstand des Rechtsgeschäfts ist, prüft zusätzlich das Grundbuchamt den öffentlich beurkundeten Lebenssachverhalt. Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass das Handelsregisteramt bei Anmeldungen eine vollständige formelle und eine beschränkte materiell-rechtliche Kognitionsbefugnis hat.³⁵ Sofern ein öffentlich beurkundetes Geschäft eindeutig als nichtig erscheint, muss dies vom Handelsregisteramt von Amtes wegen berücksichtigt werden.³⁶ Materiell-rechtliche Vorschriften, die lediglich das Verhältnis der Gesellschafter betreffen, könnte der sorgfältig und unparteiisch handelnde Notar theoretisch einer gewissen Kontrolle unterziehen.³⁷ Ob ein Notar in der konkreten Situation in der Praxis diese Kontrolle wirksam durchsetzen kann, ist aber eine andere Frage.

Das Eidgenössische Handelsregisteramt (EHRA) überprüft anschliessend die Eintragung des kantonalen Handelsregisteramts und gibt diese zur Publikation frei. Entsprechend findet durch das EHRA eine dritte Prüfung des gleichen Sachverhalts statt.³⁸ Dabei ist zu berücksichtigen, dass das EHRA in den allermeisten Fällen nicht die eingereichten Belege und Urkunden, sondern nur die übermittelte Eintragungsverfügung respektive die Angaben für die Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt überprüft. Die elektronische Publikation soll ab 1. Januar 2021 für die externe Wirksamkeit eines Handelsregistereintrags massgeblich sein.³⁹

Der Grundbuchverwalter hat ebenfalls die gesetzliche Pflicht, im Anmeldeverfahren zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Eintragung oder Löschung erfüllt sind und ob die Grundbuchanmeldung die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt.⁴⁰ Bei der Prüfung des Rechtsgrundes, insbesondere der Frage, ob

³⁴ Art. 940 OR, Art. 8 und Art. 28 HRegV.

³⁵ Das Handelsregisteramt prüft mit umfassender Kognition, ob ein Sachverhalt überhaupt eintragungsfähig ist, das betreffende Amt örtlich zuständig ist, die gesetzlich verlangten Belege vorhanden und in Ordnung sind sowie ob die anmeldende Person zur Anmeldung befugt ist; vgl. Entscheid B-6017/2012 des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Juni 2013 E. 2.2.1; Entscheid B-4179/2010 des Bundesverwaltungsgerichts vom 31. August 2009, E. 3.2; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Anm. 33), § 6 N 54. Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen prüft das Handelsregisteramt mit beschränkter Kognition. Anmeldungen, die gegen offensichtlich zwingende und zum Schutze Dritter aufgestellte Gesetzesvorschriften verletzen, sind abzuweisen; BGE 132 III 668 E. 3; 114 II 68.; vgl. ROLF SETHE/MELTEM CETINKAYA, Sinn und Unsinn von Formerleichterungen im geplanten Aktienrecht, REPRAX 4/2018 S. 153, 172.

³⁶ BGE 114 II 68 E. 2 = Pra 77 (1988) Nr. 204.

³⁷ SETHE/CETINKAYA (Anm. 35), 172.

³⁸ Art. 5 HRegV; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Anm. 33), § 6 N 38.

³⁹ Art. 936a Abs. 1 E-OR; Botschaft zum Obligationenrecht (Handelsregisterrecht), Änderung vom 17. März 2017, BBl 2017, S. 2437.

⁴⁰ Art. 965 ZGB; Art. 83 Abs. 1 GBV; JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, N 533 ff.

die Formvorschriften eingehalten sind, hat der Grundbuchverwalter freie Kognition. In Zweifelsfällen soll der Grundbuchverwalter von der Gültigkeit des Rechtsgrundes ausgehen. Die offensichtliche Nichtigkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts muss er berücksichtigen.⁴¹

C. Zweck der öffentlichen Urkunde

1. Im Allgemeinen

Nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit gilt im schweizerischen Recht grundsätzlich die Formfreiheit.⁴² Art. 11 Abs. 1 OR besagt, dass Verträge nur dann einer besonderen Form bedürfen, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt. Die öffentliche Beurkundung dient als strengste gesetzliche Formvorschrift⁴³ gemäss Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich drei beziehungsweise vier Zwecken.

Als erstes sei die *Beweis-* beziehungsweise *Belegfunktion* der öffentlichen Urkunde zu nennen. Die «Schaffung eines schriftlichen Belegs öffentlichen Glaubens für den Rechtsverkehr» gilt als primärer Zweck der öffentlichen Beurkundung.⁴⁴ Öffentlichen Urkunden kommt gemäss Art. 9 Abs. 1 ZGB und Art. 179 ZPO eine erhöhte Beweiskraft zu, und sie dienen so der Sicherung verlässlicher Beweise und der Förderung der Klarheit des Geschäfts.⁴⁵

Weiter bezweckt das Beurkundungsverfahren den Schutz der Parteien von unüberlegten oder übereilten Handlungen (sog. *Schutz vor Unbedacht* oder *Übereilungsschutz*).⁴⁶ Daraus ergibt sich auch die Belehrungs- und Beratungspflicht der Urkundsperson, wonach sie den Parteien verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten sowie die Rechtsfolgen der Beurkundung aufzuzeigen hat.⁴⁷ So soll sichergestellt werden, dass die Vertragsparteien sich der Tragweite ihrer Verpflichtungen bewusst sind.⁴⁸

Drittens dient die öffentliche Beurkundung der *Verfahrenskontrolle*. Dabei geht es um die «Kontrolle des rechtmässigen Ablaufs der [zu beurkundenden] Veranstaltung».⁴⁹ Durch die Mitwirkung der Urkundsperson sollen allfällige Verfahrensfehler vermieden und so eine sichere Grundlage für die Registereintragung geschaffen werden.⁵⁰

Neben den eben genannten Zwecken wird in der Lehre teilweise auch auf die *rechtspolizeiliche Funktion* der öffentlichen Beurkundung hingewiesen.⁵¹ Die Urkundsperson hat dementsprechend sowohl die Identität und Legitimation der

⁴¹ BGE 141 III 13 E. 4.1; 124 III 341 E. 2b.

⁴² S. BEK OR-MÜLLER, VI/1, Art. 11 N 6 ff.

⁴³ BSK OR I-SCHWENZER, Art. 11 N 7; BEK OR-MÜLLER, VI/1, Art. 11 N 111.

⁴⁴ BRÜCKNER (Anm. 9), N 241.

⁴⁵ GLANZMANN/WALZ (Anm. 8), S. 6; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 9 N 12; BEK ZGB-WOLF, I/1, Art. 9 N 31; s.a. BGE 102 II 420 E. 2b; SETHE/CETINKAYA (Anm. 35), S. 159.

⁴⁶ BRÜCKNER (Anm. 9), N 258 ff.; BEK ZGB-WOLF, I/1, Art. 9 N 31.

⁴⁷ GLANZMANN/WALZ (Anm. 8), S. 9; BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55 SchlT N 25.

⁴⁸ BGE 99 II 159 E. 2.a; GLANZMANN/WALZ (Anm. 8), S. 9.

⁴⁹ BRÜCKNER (Anm. 9), N 283.

⁵⁰ BRÜCKNER (Anm. 9), N 286; GLANZMANN/WALZ (Anm. 8), S. 7; BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55 SchlT N 13; BEK ZGB-WOLF, I/1, Art. 9 N 31; BGE 99 II 159 E. 2.a.

⁵¹ VOSER (Anm. 19), S. 116; BEK ZGB-WOLF, I/1, Art. 9 N 31, 39.

Gesuchsteller als auch alle für die Beurkundung erforderlichen Belege zu prüfen.⁵²

2. Im Kontext der AG im Besonderen

Im Gesellschaftsrecht ist die Belegfunktion der öffentlichen Urkunde von zentraler Bedeutung.⁵³ Die oben aufgezählten beurkundungsbedürftigen aktienrechtlichen Geschäfte weisen gemäss KUNZ meist eine «Rechtswirkung ‹gegen ausen›» auf.⁵⁴ Um die Rechtssicherheit bei solchen Sachverhalten gewährleisten zu können, ist für sie in der Regel in einem ersten Schritt die Beurkundung und in einem zweiten Schritt die Registereintragung vorgesehen.⁵⁵

Demgegenüber verneinen sowohl die Lehre als auch die Rechtsprechung den Zweck des Schutzes vor Unbedacht bei Sachbeurkundungen, wie beispielsweise der Protokollierung von Generalversammlungen.⁵⁶ Gemäss Bundesgericht wird hierbei die öffentliche Beurkundung nicht zum Schutze der Gründer verlangt, vielmehr sollen damit «unlautere Machenschaften verhindert, die gesetzeskonforme Abwicklung des Gründungsvorganges gewährleistet und verlässliche Beweise gesichert werden».⁵⁷ Bei der Beurkundung gesellschaftsrechtlicher Geschäfte stehen also die «Belegfunktion und die Verfahrenskontrolle [...] für den Handelsregistereintrag zum *Schutz von Dritten*» im Vordergrund.⁵⁸ Der Schutz vor Unbedacht findet im Kontext der AG folglich einzig bei der Übertragung von Grundstücken im Rahmen einer Sacheinlage sowie bei Vermögensübertragungen i.S.v. Art. 70 Abs. 2 FusG Anwendung.⁵⁹

D. Berufsbild der Urkundsperson im Wandel

Die richtige Erfüllung der notariellen Aufgaben setzt die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit voraus.⁶⁰ Urkundspersonen respektive Notare werden auch als neutrale Repräsentanten der Wahrheit verstanden, die frei von eigenen Interessen und Interessen Dritter handeln. Deshalb dürfen sie sich in keine wirtschaftlichen, politischen, organisatorischen oder in andere Abhängigkeiten begeben.⁶¹

Spätestens seit dem Aufkommen des Internets ist in der Praxis zu beobachten, dass aktienrechtliche öffentliche Beurkundungsgeschäfte zunehmend betriebswirtschaftlich rationalisiert werden. Seit einigen Jahren gibt es Gründungs-

⁵² VOSER (Anm. 19), S. 116.

⁵³ KUNZ (Anm. 26), S. 176.

⁵⁴ KUNZ (Anm. 26), S. 174; s. für eine Übersicht der beurkundungsbedürftigen aktienrechtlichen Geschäften Abschnitt II.B.

⁵⁵ KUNZ (Anm. 26), S. 176.

⁵⁶ BRÜCKNER (Anm. 9), N 259, Fn. 181; GLANZMANN/WALZ (Anm. 8), S. 9; BGE 102 II 420 E. 2b.

⁵⁷ BGE 102 II 420 E. 2b.

⁵⁸ VOSER (Anm. 19), S. 117, Hervorhebung durch die Verfasser hinzugefügt.

⁵⁹ GLANZMANN/WALZ (Anm. 8), S. 10.

⁶⁰ HANS MARTI, Notariatsprozess, Bern 1989, S. 58 und S. 61; RUTH ARNET, «Form folgt Funktion» – Zur Bedeutung der öffentlichen Beurkundung im Immobiliarsachenrecht, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, ZBJV 149/2013, S. 391 ff.

⁶¹ BRÜCKNER (Anm. 9), N 344.

und Startup-Agenturen, die Gesellschaftsgründungsprozesse über eine Website anbieten. Anstatt dass ein Gründer zu einem Notar geht und sich von ihm umfassend beraten und belehren lässt, kann der Gründer via Internet eine Gesellschaftsgründung «bestellen». Das funktioniert bei den meisten Gründungsagenturen so, dass eine Eingabemaske online auszufüllen ist, die anschliessend automatisch Formulare generiert. Mit diesen Formularen muss ein Gründer zu einer Urkundsperson in seiner Nähe gehen, die ihm eine Vollmacht im Hinblick auf den Gründungsvorgang und ein Unterschriftenmuster für das Handelsregister beglaubigt, sofern der Gründer für die spätere AG eine Zeichnungsberechtigung haben soll.⁶² Mit dieser Vollmacht beauftragt und bevollmächtigt der Gründer auf dem Korrespondenzweg eine Drittperson, die bei einem Notar die notwendigen Erklärungen für die Unternehmensgründungen abgibt. Dieser Stellvertreter arbeitet in der Regel im gleichen Betrieb wie der Notar. Dadurch wird die notarielle Belehrungsfunktion bei der Unternehmensgründung des Sinnes entleert. Diese «Stellvertreter»-Gründungen sind nicht nur bei Gründungsportalen oder kommerzielle Gründungsagenturen, sondern auch bei einigen Anwaltskanzleien oder Treuhandunternehmungen an der Tagesordnung. Kanzleien und Treuhänder können z.B. Gesellschaftsgründungen ebenfalls per E-Mail oder Telefon in die Wege leiten und mittels Stellvertreter die Gründung organisieren. Diese Stellvertretergründungen zeigen anschaulich, dass der Notar den eigentlichen Gründer nicht einmal mehr persönlich treffen muss, sondern entsprechende Stellvertreter, die beim Notar die Willenserklärungen abgeben. Dabei kann es sich bei den Stellvertretern auch um Personen aus der Notariatskanzlei handeln.⁶³ Entsprechend hat sich das Berufsbild des Notars von der historischen Urkundsperson, die eine umfassende, unparteiische Belehrung und Beratung offeriert, bevor eine öffentliche Beurkundung stattfindet, insbesondere beim Gründungsvorgang und bei Kapitalerhöhungen einer AG, entfernt.

E. Aktienrechtliche Beurkundungen und Digitalisierungsmöglichkeiten

Sofern die beurkundungsrechtlichen Belege in digitaler Form erstellt und in einem zentralen Urkundenregister⁶⁴ (und bereits heute beim Handelsregisteramt) archiviert werden, verringert sich die Bedeutung des Notars ohnehin. Die entsprechenden Sachverhalte lassen sich digital erfassen und bei staatlichen Stellen aufbewahren. Die Archivierung und Datenbankpflege findet insbesondere über das Handelsregister und dessen elektronische Datenbank statt.⁶⁵ Seit einigen Jahren lassen sich Handelsregisterbelege über die Website des Handelsregister-

⁶² Es ist aber auch möglich, die Gründungsdokumente persönlich beim zuständigen Handelsregisteramt vorbeizubringen und vor Ort eigenhändig zu unterschreiben; vgl. Art. 12 Abs. 2 HRRegV.

⁶³ Diese Konstellation höhlt den Zweck des Notariatsberufs zumindest teilweise aus und führte in einem gravierenden Fall zu einem Berufsverbot: Entscheid 2C_89/2019 des Bundesgerichts vom 22. August 2019, Bst. A.c und E. 6.3 (Entzug der Notariatsbewilligung).

⁶⁴ Vgl. dazu Abschnitt IV.B)3.

⁶⁵ EDGAR PHILIPPIN, Numérisation et registre du commerce, SZW 2018, S. 21 ff., S. 23 ff.

amts des Kantons Zürich und des Kantons Basel-Stadt abrufen. Für den Rechtsverkehr ist dies eine erhebliche Erleichterung, da sich jederzeit jedermann die Handelsregisterinformationen herunterladen respektive per E-Mail zustellen lassen kann.

Die Behörden überprüfen bei digital signierten Urkunden mit technischen Mitteln, ob die Belege manipuliert wurden. Sobald die entsprechende Datenintegrität von elektronischen Dokumenten mit genügend hoher Sicherheit gewährleistet ist, wird sich in Zukunft die Frage stellen, inwiefern Sachbeurkundungen überhaupt noch unter Mitwirkung eines Notars vorgenommen werden müssen. Das ist umso mehr der Fall, wenn lediglich eine vordefinierte Eingabemaske digital ausgefüllt werden soll und der Notar im Wesentlichen nur noch mittels Computer-Programm ein Dokument abmischt und digital signiert. Behörden könnten mit zunehmender Automatisierung dieser Prozesse die Funktion der unabhängigen Kontrollinstanz übernehmen, die vor der Digitalisierung dieses Prozesses – bis heute – dem Notar zukommt. Damit würde eine Doppelspurigkeit bei der Überprüfung entfallen und die Unternehmensgründung günstiger.

Mit zunehmender Digitalisierung wird sich der Beratungsaufwand in Zukunft vermutlich von Notaren zu Handelsregistern oder externen Fachpersonen (wie etwa Treuhänder und Paralegals) verschieben. Falls erheblicher Beratungsaufwand entsteht, können Handelsregisterämter unter Umständen nicht die notwendigen Ressourcen aufbringen, um sämtliche Geschäfte mit vernünftiger Qualität zu beraten. Hier können externe Fachpersonen in die Bresche springen, wobei es sich hier nicht notwendigerweise um Notare handeln muss. Es gibt bei blossen «Standardgeschäften» keinen sachlichen Grund für die Aufrechterhaltung einer staatlichen Monopolstellung der Notare, zumal die Funktion des Notars heute durch die Praxis der Stellvertreter-Beurkundungen und Fernbeurkundungen teilweise ausgehöhlt ist. Dieses Problem verschärft sich, wenn die Stellvertreter Angestellte des Notars sind und über wenig Erfahrung verfügen, um überhaupt die Rechtsgeschäfte, die sie abschliessen, zu verstehen.⁶⁶

Gerade in Anbetracht der aufkommenden technischen Hilfsmittel, wie etwa der Blockchain-Technologie oder Smart Contracts, wäre es für die Zukunft denkbar, die Datenstruktur, die aufgrund der verschiedenen Sachverhalte modulierbar ist, für gesellschaftsrechtliche Beurkundungen standardisierbar anzubieten. Die standardisierbaren Geschäfte sollten sinnvollerweise nicht vom Notar öffentlich beurkundet werden müssen, da mit elektronischen Mitteln die Datenintegrität mindestens so gut sichergestellt werden kann, wie dies bisher mit analogen Mitteln beim Notar der Fall ist. Stattdessen sollte nur noch für komplexe Themen ein Notar an der öffentlichen Beurkundung mitwirken müssen. Hierbei ist allerdings zu bemerken, dass bei Fusionen nach Art. 23 f. FusG schon seit 1. Juli 2004 keine Pflicht zur öffentlichen Beurkundung besteht, und es sich bei Fusionen nach Art. 23 f. FusG um komplexe Sachverhalte handeln kann. Dies hat bisher in der Praxis noch zu keinen Problemen geführt, da Handelsregisterämter in

⁶⁶ Entscheid 2C_89/2019 des Bundesgerichts vom 22. August 2019, Bst. A.c und E. 6.3 (Entzug der Notariatsbewilligung).

diesem Kontext die notwendigen Dienstleistungen erbringen und Prüfungshandlungen durchführen können.

Selbst die Prüfung, ob das gezeichnete Aktienkapital geleistet wurde, kann mit technischen Mitteln, etwa mittels Standardisierung auf der Blockchain und mit Smart Contracts,⁶⁷ oder über andere technische Schnittstellen erfolgen anstatt über den Notar. Der Notar wird ohnehin nur mittels einer Bankeinzahlungsbestätigung respektive mit den Urkunden, die für eine qualifizierte Gründung notwendig sind, die Leistung der Kapitaleinlage prüfen können. Ob die Dokumente echt sind, kann die Urkundsperson bei qualitativ hochwertigen Fälschungen nicht in jedem Fall unmittelbar überprüfen. Sogar ein Bankeinzahlungsbeleg bietet, wenn er raffiniert gefälscht ist, keine absolute Sicherheit dafür, dass das Geld tatsächlich auf dem Bankkonto hinterlegt ist.⁶⁸ Gleiches gilt für die Prüfung des Gründungs- oder Kapitalerhöhungsberichts. Sofern der zugelassene Revisor keine effektiven Prüfungshandlungen durchführt, sondern lediglich die Prüfungsbestätigung ausstellt, bietet dies ebenfalls keine Sicherheit dafür, dass die zu liberierenden Sachwerte effektiv für das gezeichnete Aktienkapital geleistet werden. Eine Bank oder ein zugelassener Revisor oder Revisionsexperte könnten die Sicherheit erhöhen, wenn sie beispielsweise mit einer digitalen Signatur eine Schnittstelle zum entsprechenden Handelsregister erhalten und die Leistung der Einlage digital bestätigen. Alternativ könnte dies automatisiert über eine an das Handelsregister gekoppelte Blockchain erfolgen, die vorsieht, eine Eintragung erst dann vorzunehmen, sobald die Einlage geleistet und die restlichen Voraussetzungen der Eintragung erfüllt sind. Mit einer digitalen Lösung lassen sich Gründungsprozesse beschleunigen. Eine weitere Doppelspurigkeit zwischen Notar und Handelsregisteramt könnte mit diesen elektronischen Mitteln entfallen.

III. Regelung der (elektronischen) öffentlichen Urkunde *de lege lata*

A. Gesetzliche Grundlagen

Bislang gibt es schweizweit noch kein einheitliches Verfahren für die öffentliche Beurkundung. Das Beurkundungsrecht ergibt sich durch ein Zusammenspiel

⁶⁷ LUKAS MÜLLER/RETO SEILER, Smart Contracts aus Sicht des Vertragsrechts – Funktionsweise, Anwendungsfälle und Leistungsstörungen, AJP 2019, 317 ff., 318. Smart Contracts sind im Prinzip als Datenquellen verknüpfte Software auf Basis der Blockchain zu verstehen, welche die darin verankerten obligatorischen Rechte und Pflichten bei Erfüllung bestimmter Bedingungen selbstständig vollziehen.

⁶⁸ Immerhin werden im Falle von Urkundenfälschungen und der Nichtleistung des gezeichneten Kapitals zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeitsbestimmungen aktuell; vgl. insb. Art. 753 OR (Gründerhaftung), Art. 755 OR (Revisionshaftung) sowie z.B. Art. 251 StGB (Urkundenfälschung); Art. 317 StGB (Erschleichung einer Falschbeurkundung); Art. 153 StGB (Unwahre Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden).

kantonaler sowie bundesrechtlicher Bestimmungen.⁶⁹ Diese Unterscheidung ist insbesondere bei Prozessen vor Bundesgericht relevant, da in einer Beschwerde vor Bundesgericht Rügen bezüglich einer Verletzung des kantonalen Gesetzes- oder Ordnungsrechts nur auf Verletzung verfassungsmässiger Rechte, namentlich Willkür, geprüft werden.⁷⁰ Im Folgenden soll dargelegt werden, wer jeweils für die Regelung welcher Aspekte zuständig ist.

1. Die grundsätzliche Kompetenz der Kantone

Die öffentliche Beurkundung ist eine Handlung der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit und eine amtliche, hoheitliche Tätigkeit.⁷¹ Gemäss Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB bestimmen die Kantone «in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird». Somit fällt die Regelung des Beurkundungsverfahrens also grundsätzlich in die Kompetenz der Kantone. Sie sind befugt, die Bedingungen für die Tätigkeit als Urkundsperson, deren Aufgaben und Berufspflichten sowie das Gebühren- und Aufsichtswesen zu regeln.⁷² Ferner entscheiden sie, auf welcher Erlassstufe sie das Verfahrensrecht festsetzen wollen⁷³ und wie die Aufbewahrung der Urkunden vonstattengehen soll.⁷⁴ Auch im Hinblick auf die Zulassung der Notare sind die Kantone frei bei der Festlegung von Voraussetzungen.⁷⁵ Infolgedessen steht es ihnen auch zu, die Beurkundungstätigkeit Amtsnotaren vorzubehalten.⁷⁶

Ebenfalls im kantonalen Recht ist festzulegen, ob es sich bei den Bestimmungen betreffend das Beurkundungsverfahren um Ordnungs- oder Gültigkeitsvorschriften handelt, das heisst in anderen Worten, welche Konsequenzen die Nichteinhaltung ebendieser Vorschriften haben sollen.⁷⁷ Zudem sollen die kantonalen Verfahrensvorschriften die Wirksamkeit des Bundeszivilrechts weder beeinträchtigen noch verunmöglichen.⁷⁸ «Sie [dürfen] insbesondere nicht die Gültigkeit eines formbedürftigen Vertrages von der Beurkundung einer Tatsache abhängig machen, die von Bundesrechts wegen keiner besonderen Form bedarf.»⁷⁹ Dieses kantonale Recht erfüllt gemäss obenstehenden Ausführungen also insofern eine Hilfsfunktion, als es die Umsetzung des materiellen Privatrechts

⁶⁹ Siehe hierzu BRÜCKNER (Anm. 9), N 5 ff.

⁷⁰ Art. 95 BGG; Art. 116 BGG; Entscheid 2C_444/2007 des Bundesgerichts vom 4. April 2008, E. 2.2; Entscheid 2C_54/2008 des Bundesgerichts vom 16. April 2008, E. 4.4; LORENZ MEYER, Die disziplinarische Verantwortlichkeit des Notars (im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung), S. 19 ff., S. 31 f., in: Schweizerischer Notarenverband (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 1. Schweizerischer Notarenkongress, Muri bei Bern 2010.

⁷¹ BGE 128 I 280 E. 3; s.a. BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55 SchlT N 3.

⁷² BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55 SchlT N 6a; BGE 133 I 259 E. 2.1; 131 II 639 E. 6.1.

⁷³ JÖRG SCHMID, Beurkundungsverfahren (Anm. 17), S. 7.

⁷⁴ ANJA RISCH, eUrkunde und eRegister: Wie weiter?, in: Schweizerischer Notarenverband (SNV) (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 4. Schweizerischer Notariatskongress, 15. März 2018, S. 249 ff., S. 258.

⁷⁵ BGE 131 II 639 E. 7.3; 133 I 259 E. 2.2.

⁷⁶ BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55 SchlT N 6a; BGE 133 I 259 E. 2.2.

⁷⁷ BSK OR I-SCHWENZER, Art. 11 N 11; BGE 106 II 146 E. 3.

⁷⁸ BGE 106 II 146 E. 2.b.

⁷⁹ BGE 99 II 159 E. 2.a.

gewährleisten soll⁸⁰ und bedarf gemäss Art. 52 Abs. 3 SchIT ZGB der Genehmigung des Bundes.

2. Bundesrechtliche Mindestanforderungen

Wie oben bereits erwähnt wurde (siehe Abschnitt II.A.), handelt es sich beim Begriff der öffentlichen Beurkundung nach heutiger mehrheitlicher Auffassung um einen bundesrechtlichen Begriff, dessen explizite Definition man im schweizerischen Bundesrecht allerdings (noch) vergebens sucht.⁸¹ Das Bundesgericht hat seine Meinung diesbezüglich gewandelt: Lange Zeit hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung die öffentliche Beurkundung, entgegen der herrschenden Lehre, als ausschliessliche Angelegenheit des kantonalen Rechts betrachtet.⁸² 1964 bejaht das Bundesgericht erstmalig bundesrechtliche Mindestanforderungen an das Beurkundungsverfahren, die sich aus dem materiellen Zweck des Instituts der öffentlichen Beurkundung ergeben, und die punktuellen Regelungen zur öffentlichen Beurkundung des Bundesprivatrechts beachten.⁸³ Diese Mindestanforderungen sind seither fester Bestandteil des bundesrechtlichen Beurkundungsrechts.⁸⁴

Somit ergeben sich heute einerseits aus geschriebenem Bundesrecht und andererseits aus dem bundesrechtlichen Begriff beziehungsweise Zweck der öffentlichen Beurkundung sowie grundlegenden Prinzipien – ungeschriebenes Bundesrecht – Mindestanforderungen an das Verfahren.⁸⁵ Zudem wird den kantonalen Regelungen insofern eine Schranke gesetzt, als sie «nicht so weit gehen [dürfen], dass sie die Wirksamkeit des Bundeszivilrechts beeinträchtigt[en] oder verunmöglich[en]».⁸⁶

Das geschriebene Bundesrecht legt die Auswahl der Rechtsgeschäfte fest, die zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedürfen.⁸⁷ Auch regelt es die Sanktionen eines Formmangels (Art. 11 Abs. 2 OR). Darüber hinaus existieren für bestimmte Fälle explizite abschliessende bundesgesetzliche Vorschriften über das Beurkundungsverfahren. Demnach regeln die Art. 499 ff. ZGB bei-

⁸⁰ MOOSER (Anm. 12), N 40; JÖRG SCHMID, Beurkundungsverfahren (Anm. 17), S. 7.

⁸¹ BGE 90 II 274 E. 5; 106 II 146 E. 1; 84 II 636 E.1; BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55 SchIT N 5 f.; BEK ZGB-WOLF, I/1, Art. 9 N 33.

⁸² Bundesamt für Justiz (BJ), Erläuternder Bericht mit Vorentwurf vom 14. Dezember 2012 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Änderung betreffend öffentliche Beurkundung) (zit. BJ, Erläuternder Bericht ZGB), S. 3; BRÜCKNER (Anm. 9), N 5.

⁸³ BGE 90 II 274 E. 5; 106 II 146, 147 f.; BJ, Erläuternder Bericht ZGB (Anm. 82), S. 4; ANNE ELISABETH SCHNIERER, Die elektronische Ausfertigung der öffentlichen Urkunde im elektronischen Geschäftsverkehr mit Registerbehörden, in: Alexandra Dal Molin-Kränzlin/Anne Mirjam Schneuwly/Jasna Stojanovic (Hrsg.), Digitalisierung – Gesellschaft – Recht, APARIUZ – Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich/St. Gallen 2019, S. 203 ff., S. 207.

⁸⁴ BGE 106 II 146, 150; 99 II 159; BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55 SchIT N 7.

⁸⁵ JÖRG SCHMID, Beurkundungsverfahren (Anm. 17), S. 14 ff.

⁸⁶ BGE 99 II 159 E. 2. BRÜCKNER spricht in diesem Zusammenhang von «Maximalanforderungen» an die Kantone, die von Bundesrechts wegen nicht überschritten werden dürfen (BRÜCKNER [Anm. 9], N 6, 19).

⁸⁷ JÖRG SCHMID, Beurkundungsverfahren (Anm. 17), S. 13.

spielsweise die Vorschriften über die letztwillige Verfügung, die auch auf den Erb- und den Verpfändungsvertrag sowie die Schenkung von Todes wegen Anwendung finden.⁸⁸ Es handelt sich hierbei um die Anforderung, dass Urkundspersonen unparteiisch in hoheitlicher Funktion eine Aufgabe der freiwilligen Gerichtsbarkeit wahrnehmen.⁸⁹

Der überwiegende Teil der Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung sind allerdings Gegenstand des ungeschriebenen Rechts, das es durch Lehre und Rechtsprechung zu ergründen und klarzustellen gilt.⁹⁰ Um den Rahmen dieser Ausführungen nicht zu sprengen, soll im Folgenden nur eine der wichtigsten dieser Anforderungen an das Verfahren der öffentlichen Beurkundung genannt werden.⁹¹ Diese besagt namentlich, dass die Urkundsperson in der öffentlichen Urkunde alle Tatsachen und Willenserklärungen feststellen und festhalten muss, die für den materiellrechtlichen Inhalt des Rechtsgeschäfts wesentlich sind.⁹² Daraus folgt eine Beratungs- und Belehrungspflicht der Urkundsperson,⁹³ wonach sie den Parteien verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten mit den jeweiligen Vor- und Nachteilen darzulegen und sie bezüglich des Verfahrens und den Rechtsfolgen der Beurkundung aufzuklären hat.⁹⁴ Dabei ist hervorzuheben, dass die Urkundsperson durch ihre öffentliche Beurkundungstätigkeit Beweismittel schafft, die für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis erbringen, solange nicht gemäss Art. 9 Abs. 1 ZGB und Art. 179 ZPO die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist. Die öffentliche Urkunde wird bei der AG in der Regel ins Handelsregister eingetragen, womit für den Registereintrag die gleichen Regeln zur Beweiskraft zur Anwendung gelangen. Damit eine Urkundsperson keine mangelhaften öffentlichen Urkunden errichtet, setzen Art. 9 Abs. 1 ZGB und Art. 179 ZPO voraus, dass eine Urkunde frei von verfahrensrechtlichen Mängeln sein muss; solche Mängel könnten etwa Folge einer besonderen Nähe des Notars zum Beurkundungsgegenstand sein.⁹⁵ Elementare Ausstandsregeln und die Unparteilichkeit sowie die Unabhängigkeit müssen damit ebenfalls zum (bislang ungeschriebenen) Bundesrecht gehören. Es muss sich hierbei mindestens

⁸⁸ Zum Ganzen: BJ, Erläuternder Bericht ZGB (Anm. 82), S. 3; s. Art. 499 ff. ZGB, Art. 512 Abs. 1 ZGB, Art. 245 Abs. 2 OR, Art. 522 Abs. 1 OR.

⁸⁹ BGE 128 I 280, 281 E. 3.

⁹⁰ BJ, Erläuternder Bericht ZGB (Anm. 82), S. 5.

⁹¹ Für eine detaillierte Übersicht zu den bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften sei auf JÖRG SCHMID, Beurkundungsverfahren (Anm. 17), 11 ff. zu verweisen.

⁹² Nach der neueren Rechtsprechung müssen indes nicht alle wesentlichen, sondern nur die objektiv wesentlichen und die vertragstypischen subjektiv wesentlichen Punkte öffentlich beurkundet werden; BGE 113 II 402 E. 2a; Entscheid 4A_24/2008 des Bundesgerichts vom 12. Juni 2008; KOLLER (Anm. 25), S. 166. Vgl. auch BGE 78 IV 105 E. 2; 99 II 159 E. 2.a; 106 II 146 E. 1; BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55 SchlT N 25; s.a. JÖRG SCHMID, Grundlagen zur notariellen Belehrungs- und Beratungspflicht, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, L'obligation d'informer du notaire, Zürich 2006 (zit. JÖRG SCHMID, Belehrungs- und Beratungspflicht), S. 10 ff.

⁹³ Siehe für weitergehende Ausführungen zur Belehrungs- und Beratungspflicht JÖRG SCHMID, Belehrungs- und Beratungspflicht (Anm. 92), S. 10 f.

⁹⁴ BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55 SchlT N 25.

⁹⁵ BRÜCKNER (Anm. 9), N 754 ff.; SETHE/CETINKAYA (Anm. 35), S. 159 f.; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 9 N 22.

um die gleiche Unabhängigkeit handeln, wie sie einem Richter zukommt.⁹⁶ Wenn die «öffentliche Urkunde» nicht in einem gesetzlich geregelten Verfahren entstanden ist, können die Beweiswürdigungsregeln von Art. 9 Abs. 1 ZGB nicht zur Anwendung gelangen.⁹⁷ Eine solche Urkunde respektive die durch sie bundesrechtlich bezeichneten Tatsachen oder Willenserklärungen könnte unseres Erachtens in diesem Fall höchstens eine Parteibehauptung darstellen,⁹⁸ sofern keine Umdeutung in ein gültiges Rechtsgeschäft möglich ist oder ein anderer Titel (wie z.B. Rechtsmissbrauch) die Gültigkeit des Geschäfts retten kann.⁹⁹

Im Interesse der Rechtssicherheit und um Klarheit zu schaffen, enthielt der Vorentwurf vom 14. Dezember 2012 zur Änderung des Zivilgesetzbuches neben den Bestimmungen eines einheitlichen Beurkundungsverfahrens auch Vorschläge für die Kodifizierung der bundesrechtlichen Mindestanforderungen.¹⁰⁰ Diesbezüglich sind noch immer Abklärungen durch den Bundesrat im Gange. Allerdings wurde im Gesetzgebungsprozess der Neuerung bezüglich der Erstellung elektronischer Originalurkunden den Vorrang gegeben.¹⁰¹ Es wäre aus Gründen der Rechtssicherheit sinnvoll, das Beurkundungsverfahren – zumindest was die ungeschriebenen bundesrechtlichen Regeln angeht – ebenfalls ins geschriebene Bundesrecht zu überführen. Das gilt umso mehr, da sich digitalisierte Prozesse nicht mehr ortsgebunden, sondern ubiquitär verwirklichen können.¹⁰²

B. Elektronische Ausfertigung von öffentlichen Urkunden

Gemäss dem seit dem 1. Januar 2012 in Kraft stehenden Art. 55a SchIT ZGB können die Kantone Urkundspersonen dazu ermächtigen, im beurkundungsrechtlichen Nachverfahren elektronische Ausfertigungen der von ihnen errichteten öffentlichen Urkunden (Abs. 1) sowie elektronische Beglaubigungen (Abs. 2) zu erstellen. Die Originalurkunde, auch Urschrift genannt, ist allerdings immer noch in Papierform anzufertigen.¹⁰³ Die Ausfertigung einer öffentlichen Urkunde ist «die wortgetreue Wiedergabe des Inhalts»¹⁰⁴ der Originalurkunde und gilt als selbstständige öffentliche Urkunde mit derselben Wirkung einer solchen.¹⁰⁵

⁹⁶ MARTI (Anm. 60), S. 58.

⁹⁷ BGE 99 II 159; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 9 N 22.

⁹⁸ Analog BGE 141 III 433.

⁹⁹ PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich 2014, N 584b.

¹⁰⁰ S. BJ, Erläuternder Bericht ZGB (Anm. 82), S. 3 ff.

¹⁰¹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 25. Mai 2016, Bundesrat will öffentliche Urkunden in elektronischer Form (zit. Medienmitteilung Bundesrat 2016), https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2016/ref_2016-05-251.html; siehe dazu auch Abschnitt IV.A.

¹⁰² Siehe nachstehend die Abschnitte V.C. und V.D.

¹⁰³ BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55a SchIT N 4; BJ, Erläuternder Bericht EÖBG (Anm. 7), 5; Art. 11 Abs. 1 EÖBV.

¹⁰⁴ BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55a SchIT N 4.

¹⁰⁵ BRÜCKNER (Anm. 9), N 232; BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55a SchIT N 1a; s.a. RISCH (Anm. 74), S. 250, wonach die elektronische Ausfertigung die Originalurkunde im elektronischen Geschäftsverkehr vertritt. Gemäss Art. 3 EÖBV gilt die Gleichwertigkeit der Formen – die elektronischen Ausfertigungen sind den entsprechenden Dokumenten auf Papier gleichgestellt.

Während in gewissen Kantonen nur solche Ausfertigungen¹⁰⁶ zirkulieren und das Original stets zur Aufbewahrung beim beurkundenden Notar oder der beurkundenden Notarin verbleibt, gilt in anderen Kantonen ein System, wonach mehrfach erstellte Urschriften in Zirkulation gebracht werden.¹⁰⁷

Gemäss geltendem Recht liegt es folglich im Ermessen der Kantone, ob ihre Urkundspersonen elektronische Ausfertigungen von öffentlichen Urkunden erstellen können – es handelt sich also um eine *Kann*-Regelung.¹⁰⁸ Entscheidet sich ein Kanton dafür, steht es den kantonalen Urkundspersonen weiterhin frei, die entsprechende Dienstleistung (nicht) anzubieten. Zurzeit ist es Urkundspersonen aus zwölf (bald dreizehn) Kantonen¹⁰⁹ möglich, elektronisch zu arbeiten.¹¹⁰ Der Kanton St. Gallen hat per 1. Januar 2020 den Nachtrag zur Verordnung über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung vom 3. Dezember 2019, sGS 151.51, in Kraft gesetzt und ermächtigt kantonale Urkundspersonen nun ebenfalls, digital öffentlich zu beurkunden und zu beglaubigen.

Das Verfahren zur Erstellung elektronischer Ausfertigungen und Beglaubigungen wird in Einklang zu Art. 55a Abs. 4 SchIT ZGB einerseits durch die Verordnung des Bundesrates über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBV) geregelt, die auf den 1. Januar 2018 totalrevidiert worden ist.¹¹¹ Andererseits beinhaltet eine Verordnung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements¹¹² weitere Bestimmungen zu den technischen Einzelheiten. Anders als die irreführenden Titel dieser beiden Verordnungen und auch deren Geltungsbereich meinen lassen könnten, regeln diese nicht die allgemeine «Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen», sondern bloss die Erstellung elektronischer *Ausfertigungen*.¹¹³

Die Urkundsperson erstellt eine elektronische Ausfertigung, indem sie das Original ganz oder teilweise einliest und in einem anerkannten elektronischen Format abspeichert (Art. 11 Abs. 2 lit. a i.V.m Art. 10 Abs. 1 lit. c EÖBV). Gemäss Art. 11 Abs. 2 lit. b EÖBV ist diesem Dokument auf einer separaten Seite das Verbal beizufügen, wonach das eingelesene Dokument mit dem Original, der Urschrift, oder den entsprechenden Teilen wortgetreu übereinstimmt. In einem nächsten Schritt hat die Urkundsperson das elektronische Dokument mit einer

¹⁰⁶ Hierbei sei anzumerken, dass eine Ausfertigung nicht zwingend elektronischer Natur sein muss – auch eine Kopie in Papierform kann eine Ausfertigung darstellen (s. hierzu RISCH [Anm. 74], S. 250).

¹⁰⁷ BRÜCKNER (Anm. 9), N 232 f.; BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55a SchIT N 5.

¹⁰⁸ RISCH (Anm. 74), S. 250.

¹⁰⁹ Es sind bisher die Kantone AI, AG, BE, BS, FR, NE, NW, SG, SO, SZ, TG, UR, VD (Internet: <https://www.upreg.ch/> [Abruf 19. Februar 2020]).

¹¹⁰ Zum Ganzen: BJ, Erläuternder Bericht EÖBG (Anm. 7), S. 5.

¹¹¹ Siehe die frühere Fassung der EÖBV: Anm. 6.

¹¹² Verordnung des EJPD vom 8. Dezember 2017 über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBV-EJPD, SR 211.435.11).

¹¹³ Siehe dazu JÜRIG SCHMID, Fernbeurkundung (Anm. 21), S. 235; CHRISTIAN BRÜCKNER, Vereinheitlichung des notariellen Beurkundungsverfahrens, in: Schweizerischer Notarenverband (SNV) (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 4. Schweizerischer Notariatskongress, 15. März 2018, S. 59 ff., S. 78.

qualifizierten elektronischen Signatur gemäss ZertES¹¹⁴, die mit einem qualifizierten Zeitstempel verbunden ist, zu signieren (Art. 10 Abs. 1 lit. d EÖBV). Zuletzt ist die Zulassungsbestätigung aus dem Schweizerischen Register der Urkundspersonen (UPReg) abzurufen und dem Verbal anzufügen (Art. 10 Abs. 1 lit. e EÖBV). Um einen solchen «Nachweis ihrer amtlichen Befugnis zur Erstellung von elektronischen öffentlichen Urkunden oder elektronischen Beglaubigungen abrufen» zu können, müssen sich Urkundspersonen in das «UPReg eintragen und von der zuständigen Aufsichtsbehörde freischalten lassen».¹¹⁵ Dies ist allerdings nur in denjenigen Kantonen möglich, die ihren Urkundspersonen das elektronische Arbeiten anbieten.¹¹⁶ Diese Kantone verleihen ihren Urkundspersonen die Beurkundungsbefugnis und registrieren sie beim UPReg. Sie melden jedoch grundsätzlich nur diejenigen Urkundspersonen an, welche dies ausdrücklich verlangen, weshalb heute erst eine geringe Anzahl an Urkundspersonen elektronische Ausfertigungen erstellen kann.¹¹⁷

Aus Sicht der Autoren ist es nicht nachvollziehbar, weshalb die bisher fehlenden Kantone und kantonalen Aufsichtsbehörden noch keine Registrierung der Notare beim UPReg ermöglichen. Die Registrierung und Freischaltung beim UPReg ist nicht aufwendig und innerhalb weniger Minuten umsetzbar. Zudem zeigt die bisherige Erfahrung, dass die elektronische Ausfertigung genügend sicher erfolgen kann. Es wäre wünschenswert, wenn möglichst bald die Urkundspersonen sämtlicher Kantone auf dem UPReg vertreten wären. Die Urkundspersonen, die bisher keine elektronischen öffentlichen Beurkundungen durchführen bzw. öffentliche Urkunden digital ausfertigen können, haben damit weniger Kompetenzen und somit einen Wettbewerbsnachteil gegenüber denjenigen, die digitale Ausfertigungen öffentlicher Urkunden erstellen können.

IV. Das neue Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBG)

A. Ratio der vorgeschlagenen Lösung

Der Bundesrat hat am 30. Januar 2019 den Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBG) in die Vernehmlassung geschickt. Die Vorlage beinhaltet insbe-

¹¹⁴ Bundesgesetz vom 18. März 2016 über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur und anderer Anwendungen digitaler Zertifikate (Bundesgesetz über die elektronische Signatur, ZertES, SR 943.03). Weitere Bestimmungen zur qualifizierten elektronischen Signatur finden sich zudem in der Verordnung vom 23. November 2016 über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur und anderer Anwendungen digitaler Zertifikate (Verordnung über die elektronische Signatur, VZertES, SR 943.032).

¹¹⁵ <https://www.upreg.ch/>.

¹¹⁶ Siehe Anm. 109.

¹¹⁷ Zum Ganzen: BRÜCKNER (Anm. 113), S. 76. In Basel-Stadt sind bspw. von ca. 100 Notaren nur drei beim Urkundspersonenregister registriert.

sondere die Erstellung elektronischer öffentlicher Originalurkunden mit voller Beweiswirkung sowie Regelungen betreffend deren Aufbewahrung.¹¹⁸ Diese Bestimmungen sollen gemäss Erläuterungsbericht in einem eigenen Bundesgesetz Platz finden, da «die bestehende systematische Einordnung in die Schlusstitel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [...] in der Vergangenheit zu berechtigter Kritik geführt [hat]».¹¹⁹ Während das Gesetz die Grundsätze des Verfahrens für die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden festlegen soll, wird dem Bundesrat die Aufgabe zugewiesen, Ausführungsbestimmungen zu erlassen (Art. 7 VE-EÖBG¹²⁰). Dadurch können die Bestimmungen im EÖBG technologie-neutral ausgestaltet werden, und es bleibt ein Spielraum, um «auf technische Entwicklungen innert nützlicher Frist reagieren zu können».¹²¹

In Abschnitt III.B. wurde die Funktionsweise des aktuell geltenden Art. 55a SchlT ZGB und der EÖBV zur Erstellung einer elektronischen Ausfertigung aufgezeigt. Die Ausführungen zeigen, dass diese Bestimmungen durchaus einen wichtigen Schritt in Richtung Digitalisierung des öffentlichen Urkundenwesens markieren. Nichtsdestotrotz handelt es sich dabei um eine nicht mehr zeitgemässe Kompromisslösung.¹²² Nach geltendem Recht muss die Originalurkunde zunächst auf Papier erstellt werden (Art. 11 Abs. 1 EÖBV).¹²³ In aller Regel werden öffentliche Urkunden heutzutage allerdings in elektronischer Form am Computer entworfen. Um eine elektronische Ausfertigung der Urkunde zu erstellen, die im elektronischen Geschäftsverkehr verwendet werden kann, muss dieses Dokument zuerst ausgedruckt werden, um später nach der Beurkundung wieder eingelesen und in ein elektronisches Format zurückgewandelt zu werden. Diese notwendigen Zwischenschritte sind mit einem Mehraufwand sowie einem Medienbruch verbunden und deshalb nicht effizient.¹²⁴ Eine Neuerung dieser Regelungen ist notwendig, um sowohl mit den technischen als auch mit den gesellschaftlichen Entwicklungen Schritt halten zu können. Auch in Nachbarländern kommen im Bereich der öffentlichen Beurkundung bereits elektronische Verfahren zum Einsatz. So können beispielsweise Notare in Frankreich bereits seit einigen Jahren Originalurkunden elektronisch erstellen.¹²⁵

Bereits die im Dezember 2012 zur Änderung des Zivilgesetzbuches in die Vernehmlassung geschickte Vorlage enthielt aus diesem Grund unter anderem Bestimmungen zur Ermöglichung eines elektronischen Originals der öffentli-

¹¹⁸ Bundesamt für Justiz, Elektronische öffentliche Urkunden und elektronische Beglaubigungen, <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/e-beurkundungen.html>. Die Vernehmlassung lief bis zum 8. Mai 2019.

¹¹⁹ BJ, Erläuternder Bericht EÖBG (Anm. 7), S. 3.

¹²⁰ Vorentwurf vom 30. Januar 2019 zum Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBG) (zit. VE-EÖBG).

¹²¹ BJ, Erläuternder Bericht EÖBG (Anm. 7), S. 5, s.a. S. 9.

¹²² BJ, Erläuternder Bericht EÖBG (Anm. 7), S. 5; RISCH (Anm. 74), S. 254.

¹²³ Siehe für das für die Erstellung einer elektronischen Ausfertigung notwendige Verfahren Abschnitt III.B.

¹²⁴ Zum Ganzen: BJ, Erläuternder Bericht EÖBG (Anm. 7), S. 5; RISCH (Anm. 74), S. 254.

¹²⁵ Vgl. RISCH (Anm. 74), S. 258, 262; s.a. BRÜCKNER (Anm. 113), S. 77.

chen Urkunde.¹²⁶ Eine grosse Zahl der Teilnehmenden dieser Vernehmlassung befürworteten bereits damals eine solche Anpassung.¹²⁷ Auch die Schaffung einer zentralen Urkundendatenbank, die Festlegung bundesrechtlicher Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung sowie die Ausweitung der Freizügigkeit auf sämtliche öffentlichen Urkunden im Bereich der Liegenschaftsgeschäfte waren Bestandteile des Vorentwurfs.¹²⁸ Der Bundesrat hat am 25. Mai 2016 allerdings beschlossen, die Arbeiten bezüglich der elektronischen öffentlichen Beurkundung und deren Aufbewahrung von der gesetzlichen Verankerung der bundesrechtlichen Mindestanforderungen für das Verfahren der öffentlichen Beurkundung abzukoppeln.¹²⁹ Im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung sollen primär die Änderungen im Bereich der digitalen öffentlichen Urkunde verfolgt werden, wobei die bundesrechtlichen Mindestanforderungen sowie die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde im Bereich der Liegenschaftsgeschäfte gegebenenfalls in einem zweiten Schritt geprüft und behandelt werden sollen.¹³⁰ Gegenstand der anfangs genannten Vernehmlassung zum EÖBG bildet dementsprechend nur der erste «Auftrag». Im Folgenden soll deshalb auch nur auf diesen Themenbereich genauer eingegangen werden.

B. Vorgeschlagene Änderungen

Nachfolgend sollen die einzelnen vorgeschlagenen Änderungen und Erweiterungen der heutigen Praxis durch den Vorentwurf des EÖBG kurz erläutert werden.

An dieser Stelle gilt es darauf hinzuweisen, dass das für öffentliche Beurkundungen typische Nebeneinander von Bundesrecht und kantonalem Recht (siehe Abschnitt III.A.) auch mit der Einführung des EÖBG weiterhin bestehen soll. Kantonale Bestimmungen sollen gemäss Art. 1 Abs. 3 VE-EÖBG auch bei der Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden Anwendung finden, sofern das Bundesrecht dazu keine Regelungen enthält.

1. Elektronische Ausfertigungen und Beglaubigungen

Wie bereits dargelegt wurde (siehe Abschnitt III.B.), können die Kantone Urkundspersonen nach Art. 55a SchlT ZGB ermächtigen, elektronische Ausfertigungen öffentlicher Urkunden zu erstellen und elektronisch zu beglaubigen. Ferner ist eine Urkundsperson in einem Kanton, der seinen Urkundspersonen die Option, elektronische Ausfertigungen und Beglaubigungen auszustellen, einräumt,

¹²⁶ BJ, Erläuternder Bericht EÖBG (Anm. 7), S. 3, 6; BJ, Erläuternder Bericht ZGB (Anm. 82), S. 5 ff. Nur vier Jahre zuvor hielt SCHMID «die technische Entwicklung sowie der Umgang der Beurkundungsparteien mit elektronischen Signaturen und digitalisierten Dokumenten [für] noch nicht so weit fortgeschritten, dass ein vollständiger Verzicht auf eine physische Urkunde realistisch sein könnte». (JÜRIG SCHMID, Elektronische öffentliche Urkunden [Anm. 11], S. 266).

¹²⁷ BJ, Erläuternder Bericht EÖBG (Anm. 7), S. 3; Bundesamt für Justiz (BJ), Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Änderung betreffend Öffentliche Beurkundung), Vorentwurf vom Dezember 2012, Zusammenfassung der Vernehmlassung vom Dezember 2013, S. 3, 6 ff.

¹²⁸ BJ, Erläuternder Bericht ZGB (Anm. 82), passim; RISCH (Anm. 74), S. 253.

¹²⁹ Medienmitteilung Bundesrat 2016 (Anm. 101).

¹³⁰ Medienmitteilung Bundesrat 2016 (Anm. 101).

bislang nicht verpflichtet, eine entsprechende Dienstleistung auch anzubieten.¹³¹ Mit der vorgeschlagenen Änderung durch die Einführung des EÖBG soll es neu in allen Kantonen möglich sein, solche elektronische Ausfertigungen öffentlicher Urkunden und elektronische Beglaubigungen zu erstellen.¹³² Des Weiteren soll das Angebot dieser Dienstleistung nicht mehr im Ermessen der einzelnen Urkundspersonen liegen, vielmehr soll die Urkundsperson nach einer Frist von fünf Jahren dazu verpflichtet sein, auf Ersuchen einer Partei solche elektronischen Dokumente anzufertigen (Art. 3 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 VE-EÖBG). Es gilt darauf hinzuweisen, dass davon auszugehen ist, dass die Bedeutung von elektronischen Ausfertigungen mit der Einführung von elektronischen Originalurkunden abnehmen wird. Im Gegensatz zu elektronischen Ausfertigungen von elektronischen Originalen sind solche Ausfertigungen von bereits bestehenden Originalurkunden in Papierform indessen nicht unwahrscheinlich.¹³³

2. Elektronisches Original öffentlicher Urkunden

Das Original einer öffentlichen Urkunde ist, wie bereits aufgezeigt wurde (siehe Abschnitt III.B.), gemäss geltendem Recht auf Papier zu errichten. Im Vorentwurf des EÖBG wird nun ein Vorschlag präsentiert, wonach künftig Originale öffentlicher Urkunden grundsätzlich elektronisch – das bedeutet ganz ohne Papier – erstellt werden sollen (Art. 2 Abs. 1 VE-EÖBG). Papierausfertigungen sollen weiterhin möglich sein. Ferner sind Ausnahmen dieser Regelung durch den Bundesrat festzulegen (Art. 2 Abs. 2 VE-EÖBG). Die Umsetzungsfrist beträgt zehn Jahre (Art. 9 Abs. 2 VE-EÖBG). Nach deren Ablauf soll die Erstellung öffentlicher Urkunden nur noch auf elektronischem Weg erfolgen.¹³⁴

Die vorgesehenen Gesetzesbestimmungen sind technologieneutral ausgestaltet, um flexibel gegenüber technischen Entwicklungen bleiben zu können. Auch zum konkreten Verfahren zur Erstellung einer elektronischen Originalurkunde äussert sich die Gesetzesvorlage nicht. In diesem Zusammenhang wird der Bundesrat gemäss Art. 7 VE-EÖBG zum Erlass von Ausführungsbestimmungen ermächtigt. Im Erläuterungsbericht wird davon ausgegangen, «dass sich das Verfahren zur Erstellung des elektronischen Originals einer öffentlichen Urkunde stark an die bestehende Regelung zur Erstellung einer elektronischen Ausfertigung (Art. 10 f. EÖBV) anlehnen wird».¹³⁵ Die heute bereits bestehenden Bestimmungen zum Urkundspersonenregister (Art. 5 ff. EÖBV) könnten mit dem Erlass des EÖBG angepasst werden.¹³⁶

¹³¹ BJ, Erläuternder Bericht EÖBG (Anm. 7), S. 5.

¹³² BJ, Erläuternder Bericht EÖBG (Anm. 7), S. 7.

¹³³ BJ, Erläuternder Bericht EÖBG (Anm. 7), S. 7.

¹³⁴ BJ, Erläuternder Bericht EÖBG (Anm. 7), S. 6 f., 10.

¹³⁵ BJ, Erläuternder Bericht EÖBG (Anm. 7), S. 9; siehe Abschnitt III.B. für Ausführungen zum aktuell geltenden Verfahren zur Erstellung einer elektronischen Ausfertigung gemäss Art. 10 f. EÖBV.

¹³⁶ BJ, Erläuternder Bericht EÖBG (Anm. 7), S. 9.

3. Schaffung eines nationalen Urkundenregisters

Sowohl elektronische öffentliche Urkunden als auch elektronische Beglaubigungen sollen gemäss Art. 4 VE-EÖBG in einem (neu zu bildenden) zentralen Urkundenregister erfasst und aufbewahrt werden. Dies soll insbesondere dazu dienen, die «gespeicherten Dokumente dauernd reversionssicher, lesbar und vor unbefugtem Zugang sicher aufbewahren».¹³⁷ Damit ist auch ein Sicherheitsaspekt verbunden: Das im Register gespeicherte Referenzdokument ermöglicht auch zu einem späteren Zeitpunkt, festzustellen, ob an der Urkunde Änderungen angebracht wurden. Für die elektronischen Ausfertigungen von bereits in Papierform erstellten Originalen soll weiterhin keine Pflicht zur Aufbewahrung im Urkundenregister bestehen. Das Urkundenregister soll gemäss Art. 4 Abs. 3 VE-EÖBG durch den Bund bereitgestellt und betrieben werden, wobei der Betrieb sich durch Gebühren möglichst selbst finanzieren soll (Art. 5 VE-EÖBG). Der Erläuterungsbericht hebt zudem hervor, dass das Urkundenregister in Zukunft weitere Funktionen, wie beispielsweise die elektronische Dokumentenübermittlung, übernehmen könnte.¹³⁸

4. Technische Hilfsmittel

Bislang gab es für die Erstellung und Ausfertigung öffentlicher Urkunden keine ausdrückliche Regelung auf Gesetzesstufe bezüglich Bereitstellung oder Nutzung technischer Hilfsmittel. Nicht selten wurde in diesem Zusammenhang allerdings Art. 55a Abs. 4 SchlT ZGB als gesetzliche Grundlage aufgeführt, obwohl dieser Artikel technische Hilfsmittel nicht explizit nennt. Um dem für die elektronische öffentliche Urkunde unzweifelhaft bestehenden Bedürfnis nach technischen Hilfsmitteln gerecht zu werden, sollen die Grundzüge von deren Regelung neu in Art. 6 VE-EÖBG Platz finden. Ein Beispiel für ein solches technisches Hilfsmittel ist das Urkundspersonenregister UPReg (siehe Art. 5 ff. EÖBV). Der Bundesrat kann für die Nutzung solcher Hilfsmittel gemäss Art. 6 Abs. 3 VE-EÖBG Gebühren vorsehen.¹³⁹

5. Änderung der Grundbuchverordnung

De lege lata können Grundbuchämter den elektronischen Geschäftsverkehr, namentlich elektronische Eingaben gemäss Art. 39 GBV¹⁴⁰, zulassen.¹⁴¹ Diese *Kann-*

¹³⁷ BJ, Erläuternder Bericht EÖBG (Anm. 7), S. 8. Vgl. aber VIVIANE DAVID/PASCAL FAVOROD-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, S. 59, 70 ff., die der Meinung sind, dass dem Bund derzeit die Kompetenz fehle, ein allgemeines nationales Urkundenregister zu führen.

¹³⁸ Zum Ganzen: BJ, Erläuternder Bericht EÖBG (Anm. 7), S. 7 f.; zum Sicherheitsaspekt s.a. RISCH (Anm. 74), S. 259.

¹³⁹ Zum Ganzen: BJ, Erläuternder Bericht EÖBG (Anm. 7), S. 4, 9.

¹⁴⁰ Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (GBV; SR 211.432.1).

¹⁴¹ Zum elektronischen Geschäftsverkehr mit dem Grundbuch vgl. BARBARA WIDMER, Der lange Weg der digitalen Grundbuchzugriffe: Die Plattform Terravis, AJP 2019, S. 1303, 1306 f.; weiterführend: BARBARA WIDMER, Der lange Weg der digitalen Grundbuchzugriffe: Die Aufsicht über die Plattform Terravis, AJP 2020, S. 30 ff.

Bestimmung soll im Zuge der Einführung des EÖBG zu einer *Muss*-Bestimmung werden, sodass Grundbuchämter zukünftig verpflichtet sind, elektronische Anmeldungen entgegenzunehmen. Die Möglichkeit einer Anmeldung in Papierform soll weiterhin bestehen bleiben.¹⁴² Mit Art. 12b HRegV¹⁴³ existiert für das Handelsregister bereits eine gleichartige Bestimmung.

Nach geltendem Recht entscheiden die Kantone, ob die gemischte Übermittlung von elektronischen Belegen und solchen in Papierform zulässig ist oder ob bei elektronischen Eingaben alle Belege elektronisch einzureichen sind (Art. 42 GBV). Diese Regelung der gemischten Eingaben sollte sinnvollerweise zukünftig einheitlich erfolgen: Gemäss Art. 39 Abs. 3 VE-GBV sind Anmeldungen an das Grundbuchamt vollständig in Papierform oder vollständig in elektronischer Form einzureichen.¹⁴⁴

C. Allgemeines Echo zur Vernehmlassungsvorlage

Die Vernehmlassung zur Vorlage des EÖBG dauerte bis zum 8. Mai 2019.¹⁴⁵ Der Blick auf die Stellungnahmen verschiedener Vernehmlassungsteilnehmenden zeigt, dass der angestrebte «konsequente Schritt zur vollständigen elektronischen Beurkundung»¹⁴⁶ grundsätzlich weitgehend befürwortet wird.¹⁴⁷ Demgegenüber lehnt das Zürcherische Notaren-Kollegium die Vorlage (vorerst) ab. Sie vertreten die Meinung, dass zuerst die bundesrechtlichen Minimalanforderungen an die Beurkundung geklärt werden müssen, bevor das EÖBG entsprechend angepasst und eingeführt werden kann.¹⁴⁸

¹⁴² Vgl. Bundesamt für Justiz (BJ), Erläuternder Bericht vom 30. Januar 2019 zur Änderung der Grundbuchverordnung, Einführung des EÖBG, S. 4.

¹⁴³ Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV; SR 221.411).

¹⁴⁴ Bundesamt für Justiz, Änderung der Grundbuchverordnung Einführung des EÖBG, Erläuternder Bericht, 30. Januar 2019, https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3018/Elektronische-oeffentliche-Urkunden_Erl.-Bericht-GBV_de.pdf, S. 4 f.; SCHNIERER (Anm. 83), S. 216.

¹⁴⁵ Medienmitteilung des Bundesrates vom 30. Januar 2019, Bundesrat will digitale öffentliche Urkunde, https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2019/ref_2019-01-300.html.

¹⁴⁶ Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), Begleitschreiben vom 30. Januar 2019 zum Vernehmlassungsverfahren zum Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen und Änderung der Grundbuchverordnung, S. 1.

¹⁴⁷ Grundsätzlich für die Vorlage sprechen sich unter anderen aus: *economiesuisse*, EXPERT-suisse, die Kantone AG, AI, BE, BL, FR, GE, GR, LU, NE, OW, SG, SH, TI, UR, VS, ZG und ZH, Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg), Schweizerischer Gewerbeverband (sgv), Swiss FinTech Innovations (SFTI), Zürcher Handelskammer (ZHK). Die Kantone VD und SZ lehnen die Vorlage indessen mit der Begründung eines Kompetenzverlustes der Kantone ab (s. die jeweiligen Stellungnahmen, https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3018/Elektronische-oeffentliche-Urkunden_Stellungnahmen.pdf).

¹⁴⁸ Zum Ganzen: Zürcherisches Notaren-Kollegium, Stellungnahme vom 18. März 2019 zum Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBG), S. 1, 6, https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3018/Elektronische-oeffentliche-Urkunden_Stellungnahmen.pdf. Es sei auf die im Bereich der bundesrechtlichen Mindestanforderungen an das Beurkundungsverfahren laufenden Arbeiten hinzuweisen (siehe Abschnitte III.A.2. und IV.A.).

Von verschiedenen Seiten kritisiert werden zudem die Umsetzungsfristen. So schätzt die Zürcher Handelskammer die Übergangsfristen als «zu grosszügig» ein – es gäbe «mit Blick auf die bereits bestehenden Angebote in elf Kantonen sowie die technischen Möglichkeiten keinen Grund» Übergangsfristen von fünf bzw. zehn Jahren zu gewähren.¹⁴⁹ Auch *economiesuisse* und die Schweizerische Bankiervereinigung beantragen kürzere Übergangsfristen.¹⁵⁰ Einen weiteren Kritikpunkt stellt das Verfahren dar. Unter dem Argument der Rechtssicherheit wird gefordert, dass die Grundzüge des Verfahrens und dessen zentraler Prozessschritte bereits auf Gesetzesstufe geregelt und nicht, wie im Vorentwurf vorgesehen, weitgehend dem Bundesrat zur Regelung überlassen werden sollen.¹⁵¹ In diesem Zusammenhang scheint insbesondere die Frage nach der (digitalen) Unterzeichnung der elektronischen Originalurkunde Klärungsbedarf aufzuweisen.¹⁵² Weder der Entwurf zum EÖBG noch der Erläuternde Bericht äussern sich konkret zur Unterzeichnung des elektronischen Originals. Die Möglichkeit, dieses elektronisch unterzeichnen zu können, ist jedoch zentral – nur dann kann durch die digitale Urkunde ein Mehrwert in Bezug auf eine effiziente Geschäftsabwicklung geschaffen werden. Die Schweizerische Bankiervereinigung nimmt an, dass die Urkunde mit einer qualifizierten digitalen Signatur gemäss ZertES unterzeichnet werden kann.¹⁵³ Eine solche Signatur benötigt eine Urkundsperson bereits heute zur Erstellung elektronischer Ausfertigungen (Art. 10 Abs. 1 lit. d EÖBV). Dies dürfte auch im unternehmerischen Umfeld kein Problem darstellen.¹⁵⁴ Allerdings weist das Zürcherische Notaren-Kollegium darauf hin, dass momentan nur wenige Privatpersonen über eine solche Signatur

¹⁴⁹ Zürcher Handelskammer (ZHK), Stellungnahme vom 15. April 2019 zum Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen und Änderung der Grundbuchverordnung, S. 2, https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3018/Elektronische-oeffentliche-Urkunden_Stellungnahmen.pdf. Siehe für die Übergangsfristen Art. 9 VE-EÖBG.

¹⁵⁰ *Economiesuisse*, Stellungnahme vom 8. Mai 2019 zum Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen und Änderung der Grundbuchverordnung, S. 2; Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg), Stellungnahme vom 8. Mai 2019 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen sowie zur Änderung der Grundbuchverordnung, S. 5; s.a. EXPERTsuisse, Stellungnahme vom 7. Mai 2019 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen und zur Änderung der Grundbuchverordnung, S. 2, alle Stellungnahmen einsehbar unter https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3018/Elektronische-oeffentliche-Urkunden_Stellungnahmen.pdf.

¹⁵¹ SBVg (Anm. 150), S. 4; Kanton ZH, Stellungnahme vom 17. April 2019, S. 4 f., https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3018/Elektronische-oeffentliche-Urkunden_Stellungnahmen.pdf.

¹⁵² *Economiesuisse* (Anm. 150), S. 2 f.; Kanton BL, Stellungnahme vom 30. April 2019, S. 1, https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3018/Elektronische-oeffentliche-Urkunden_Stellungnahmen.pdf; Kanton ZH (Anm. 151), S. 7; SBVg (Anm. 150), S. 4 f.; Zürcherisches Notaren-Kollegium (Anm. 148), S. 2 f.

¹⁵³ Vgl. SBVg (Anm. 150), S. 4.

¹⁵⁴ Siehe Risch (Anm. 74), S. 257, wonach «die qualifizierte elektronische Signatur in der Geschäftswelt durchaus zur Anwendung [kommt]».

verfügen.¹⁵⁵ Entsprechend ist aus dieser Rückmeldung aus der Praxis die Schlussfolgerung zu ziehen, dass es für die erfolgreiche Umsetzung des digitalen Rechtsverkehrs notwendig ist, eine günstige, zuverlässige und sichere Möglichkeit der digitalen Identität und Signatur einzuführen, die sich auch bei Privatpersonen durchsetzen lässt.¹⁵⁶ Damit die Erstellung öffentlicher Urkunden in Zukunft auch für Privatpersonen, die nicht in Besitz einer elektronischen Signatur sind, möglich ist, fordert der Kanton Schaffhausen, dass anders als in Art. 2 Abs. 1 VE-EÖBG vorgesehen, nicht nur noch elektronische Beurkundungen möglich sein sollen. Die Möglichkeit, Beurkundungen auch weiterhin in Papierform erstellen zu können, soll Zugängerschwernisse verhindern.¹⁵⁷ Aus ähnlichen Gründen ist der Kanton Obwalden überzeugt, dass das Bedürfnis nach Papierurkunden länger als die geplante Übergangsfrist von zehn Jahren bestehen wird.¹⁵⁸ Auch die Notariatskommission Graubünden und der Bündner Notarenverband fordern ein Nebeneinander beider Formen der öffentlichen Urkunde – elektronisch und auf Papier – auch nach dem Ablauf einer Übergangsfrist.¹⁵⁹

Unseres Erachtens ist eine Lösung anzustreben, die sowohl den aktuellen als auch künftigen Bedürfnissen gerecht wird, aber auch die Digitalisierung fördern soll. Urkundspersonen sollten deshalb die Ermächtigung haben, öffentliche Urkunden und Beglaubigungen als Originale digital zu erstellen. Um den Zugang zu öffentlichen Urkunden auch für Privatpersonen sicherstellen zu können, die momentan noch über keine digitale Signatur verfügen, erachten wir eine Verlängerung der Übergangsfrist als prüfungswert. Es wäre zudem sinnvoll, wenn in jedem Fall digitale öffentliche Urkunden elektronisch in einer sicheren Datenbank – wie etwa in einem nationalen Urkundenregister – abgelegt werden.

¹⁵⁵ Zürcherisches Notaren-Kollegium (Anm. 148), S. 2; s.a. Risch (Anm. 74), S. 257. Diesem Problem könnte z.B. teilweise entgegengewirkt werden, indem einzig die öffentlichen Urkunden, die einen Registereintrag zur Folge haben, elektronisch erstellt werden müssen und weitere Urkunden auf Wunsch weiterhin physisch erstellt werden könnten (siehe Kanton ZH, S. 2).

¹⁵⁶ EDGAR PHILIPPIN (Anm. 65), S. 27 ff.

¹⁵⁷ Kanton SH, Stellungnahme vom 30. April 2019 zum Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen und Änderung der Grundbuchverordnung, S. 2, https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3018/Elektronische-oeffentliche-Urkunden_Stellungnahmen.pdf.

¹⁵⁸ Kanton OW, Stellungnahme vom 8. Mai 2019 zum Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen und Änderung der Grundbuchverordnung, S. 1, https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3018/Elektronische-oeffentliche-Urkunden_Stellungnahmen.pdf.

¹⁵⁹ Notariatskommission Graubünden/Bündner Notarenverband, Stellungnahme vom 3. April 2019 zum Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen und Änderung der Grundbuchverordnung, S. 2, https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3018/Elektronische-oeffentliche-Urkunden_Stellungnahmen.pdf.

D. Vorteile der vorgeschlagenen Änderungen im Kontext der AG

Wie oben aufgezeigt wurde (siehe Abschnitt II.B.), bedürfen zahlreiche aktienrechtliche Lebenssachverhalte der öffentlichen Urkunde, weshalb diese im Gesellschaftsrecht traditionell eine wichtige Rolle spielt.¹⁶⁰ Folglich werden die durch die Einführung des EÖBG geplanten Änderungen der heutigen Praxis der öffentlichen Beurkundung auch Einfluss auf die AG haben.

Heute sind gemäss Zürcher Handelskammer «gesellschaftsrechtlich relevante Vorgänge [...] in der Schweiz vergleichsweise aufwendig und langsam».¹⁶¹ Die Einführung des EÖBG und der damit verbundenen elektronischen öffentlichen Originalurkunde wäre zweifellos mit einer Effizienzsteigerung verbunden. Die mühsamen und aufwendigen Schritte,¹⁶² die heute notwendig sind, um eine elektronische Ausfertigung einer öffentlichen Urkunde für den elektronischen Geschäftsverkehr zu erstellen, wären nicht mehr notwendig. Der angestrebte medienbruchfreie Geschäftsprozess ermöglicht die Einführung von effizienteren, schnelleren und einfacheren digitalen Prozessen.¹⁶³ Damit kann nicht nur die Datenqualität verbessert und die Fehleranfälligkeit reduziert werden, auch die Wartezeit für Unternehmen, die Beurkundungsdienstleistungen nachfragen, könnte deutlich gesenkt werden.¹⁶⁴ Ein effizienteres, schnelleres und einfacheres Beurkundungsverfahren würde die Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Schweiz stärken, indem «günstige Rahmenbedingungen [...] zur Gründung und zur gesellschaftsrechtlichen Weiterentwicklung von Unternehmen»¹⁶⁵ geschaffen werden.¹⁶⁶

Neben der Effizienzsteigerung dürfte auch eine Kosteneinsparung für die Unternehmen mit der Einführung des EÖBG einhergehen. Zwar ist vorgesehen, dass für die Nutzung des Urkundenregisters bei den Urkundspersonen eine möglichst kostendeckende Gebühr erhoben wird (Art. 5 VE-EÖBG), die sie wahrscheinlich an die Unternehmen überwälzen werden. Allerdings ist zu erwarten, dass die öffentliche Hand im Bereich der öffentlichen Beurkundung durch den medienbruchfreien Prozess und die elektronische Aufbewahrung allgemein im Vergleich zur heutigen Situation mit tieferen Kosten rechnen kann.¹⁶⁷ So wird die Digitalisierung der öffentlichen Urkunde und deren Aufbewahrung beispielsweise kleinere Archivbestände in den Kantonen zur Konsequenz haben.¹⁶⁸ Diese Einsparungen sollen auch den Kunden, das heisst in diesem Fall den Unternehmen, zugutekommen – in den Stellungnahmen verschiedener Vernehm-

¹⁶⁰ Siehe dazu GLANZMANN/WALZ (Anm. 8), S. 4.

¹⁶¹ ZHK (Anm. 149), S. 1.

¹⁶² Siehe Abschnitt III.B.

¹⁶³ ZHK (Anm. 149), S. 1 f.

¹⁶⁴ ZHK (Anm. 149), S. 2; *economiesuisse* (Anm. 150), 2.

¹⁶⁵ ZHK (Anm. 149), S. 1.

¹⁶⁶ SBVg (Anm. 150), S. 1; *economiesuisse* (Anm. 150), S. 1 f.; KMU Forum, Stellungnahme vom 7. Mai 2019, S. 1, https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Standortfoerderung/KMU-Politik/KMU-Forum_KMU-Test/stellungnahmen-des-kmu-forums.html.

¹⁶⁷ *Economiesuisse* (Anm. 150), S. 1; SBVg (Anm. 150), S. 2; s.a. BJ, Erläuternder Bericht EÖBG (Anm. 7), S. 8, 11.

¹⁶⁸ BJ, Erläuternder Bericht EÖBG (Anm. 7), S. 11.

lassungsteilnehmender wird gefordert, dass diese nicht durch verdeckte Gebührenerhöhungen zunichte gemacht werden sollen.¹⁶⁹

V. Offene Fragestellungen und mögliche Entwicklungen

A. Lockerung des Beurkundungszwangs

Bereits am 19. Dezember 2012 hat der Bundesrat vor dem Hintergrund der Modernisierung des Handelsregisters in den damit zusammenhängenden Änderungen des OR den Vorschlag unterbreitet, einfach strukturierte Kapitalgesellschaften bei Bargründungen, Barkapitalerhöhungen und der Auflösung vom Erfordernis der öffentlichen Urkunde auszunehmen.¹⁷⁰ Als einfach strukturierte Kapitalgesellschaft gelten demnach Gesellschaften, deren Statuten einzig den gesetzlich vorgeschriebenen Minimalinhalt umfassen.¹⁷¹ Dieser Vorschlag wurde in der Vernehmlassung allerdings klar abgelehnt,¹⁷² weshalb der Verzicht des Formerfordernisses der öffentlichen Urkunde bei einzelnen gesellschaftlichen Sachverhalten in der Botschaft und dem Gesetzesentwurf vom 15. April 2015 schlussendlich nicht berücksichtigt wurde.¹⁷³

GLANZMANN und WALZ erachten es im Hinblick auf die Tatsache, dass die drei traditionellen Zwecke der öffentlichen Urkunde – Belegfunktion, Schutz vor Unbedacht und Verfahrenskontrolle – im Gesellschaftsrecht von geringfügiger Bedeutung sind, für angebracht, die Beurkundungspflicht einzelner gesellschaftsrechtlicher Geschäfte erneut zu überdenken.¹⁷⁴ Auch VOSER stellt die Sinnhaftigkeit der Beurkundung gesellschaftsrechtlicher Geschäfte infrage.¹⁷⁵ Im Rahmen der aktuellen Aktienrechtsrevision wurde deshalb erneut eine Erleichterung der Beurkundungspflicht für einfach strukturierte Kapitalgesellschaften in den Ent-

¹⁶⁹ Economiesuisse (Anm. 150), S. 1; SBVg (Anm. 150), S. 2; KMU Forum (Anm. 166), S. 2.

¹⁷⁰ VOSER (Anm. 19), S. 111; siehe Vorentwurf vom 19. Dezember 2012 zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht sowie Anpassungen im Aktien-, GmbH- und Genossenschaftsrecht): Art. 629 Abs. 3 VE-OR, Art. 650 Abs. 4 VE-OR, Art. 652g Abs. 4 VE-OR, Art. 777 Abs. 3 VE-OR.

¹⁷¹ GLANZMANN/WALZ (Anm. 8), S. 18.

¹⁷² Bundesamt für Justiz (BJ), Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht sowie Anpassungen im Aktien-, GmbH- und Genossenschaftsrecht) sowie des Revisionsaufsichtsrechts, Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse, August 2013, S. 6 f., 15 f. Insbesondere der Grossteil der Kantone sowie sämtliche Notariatsverbände sprachen sich gegen die Befreiung der Beurkundungspflicht aus. Argumentiert wurde unter anderem damit, «dass der Verzicht auf die öffentliche Beurkundung von Gründungen mehr Arbeit für die Registerbehörden generiert, da von Laien verfasste Unterlagen erfahrungsgemäss oft unvollständig oder mit Fehlern behaftet sind» (ebd., S. 15).

¹⁷³ Botschaft vom 15. April 2015 zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht), BBl 2015 3617, 3628.

¹⁷⁴ GLANZMANN/WALZ (Anm. 8), S. 36 f.; siehe zur Bedeutung der Zwecke der öffentlichen Urkunde im Gesellschaftsrecht Abschnitt II.C.2.

¹⁷⁵ VOSER (Anm. 19), S. 111 f., 169 f.

wurf aufgenommen.¹⁷⁶ Der Bundesrat «hält [dies] angesichts der aktuellen Wirtschaftslage für angezeigt [...]».¹⁷⁷ Demnach sollte auf die Beurkundungspflicht bei der Gründung, Auflösung und Liquidation verzichtet werden, sofern die Statuten der AG nur den gesetzlich vorgeschriebenen Mindestinhalt enthalten, das Aktienkapital auf Schweizer Franken lautet und die Einlagen vollständig und in Schweizer Franken geleistet werden.¹⁷⁸ Damit soll die Gründung einer Kapitalgesellschaft neu in wenigen Werktagen möglich sein.¹⁷⁹ Auch die Änderung der Statuten sollen in diesen Fällen ohne öffentliche Beurkundung vonstattengehen können.¹⁸⁰

Am 19. Dezember 2019 war die Lockerung des Beurkundungszwangs im Nationalrat Gegenstand des Differenzbereinigungsverfahrens der laufenden Aktienrechtsreform (Vorlage 16.077).¹⁸¹ Der Nationalrat hat sich dort dem Ständerat angeschlossen und die Lockerung dieser Formvorschriften aus der Vorlage gestrichen. Es wird somit auch weiterhin keine Erleichterungen im Zusammenhang mit der öffentlichen Beurkundung im Gesellschaftsrecht geben.¹⁸² Anlass zur Debatte gaben dabei u.a. die Bürokratie im Zusammenhang mit der öffentlichen Beurkundung, der Verkehrsschutz, die Prüfung der Identität der Beteiligten und die Verhinderung von Kriminalität, namentlich bei der Prävention von Schwindelgründungen, Konkursreiterei und Geldwäscherei.¹⁸³ Nationalrat Hans-Ueli Vogt plädierte dafür, in einfachen Fällen der Gründung sowie bei einfachen Kapitalerhöhungen auf das Erfordernis der öffentlichen Urkunde zu verzichten. Dies soll insbesondere deshalb erfolgen, da der Beurkundungszwang in diesen einfachen Fällen keinen Mehrwert schaffe und da ohne potenziellen Schaden in diesem Bereich eine Deregulierung stattfinden könnte. Zu Recht führte er auf, dass Notare weder die Prüfungsbefugnis noch die notwendigen Mittel haben, Geldwäscherei oder andere kriminellen Machenschaften zu verhindern oder festzustellen.¹⁸⁴ Laut Nationalrätin Sibel Arslan zeige alleine schon der Blick in die Medien, dass Wirtschaftskriminalität bei Unternehmen, die mittels öffentlicher Beurkundung einer gewissen notariellen Kontrolle unterstehen, nicht verhindert werde. Im Übrigen prüfen Handelsregisterämter dieselben Sachverhalte, wie dies

¹⁷⁶ Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399, 437.

¹⁷⁷ Botschaft Aktienrecht, BBl 2017 437.

¹⁷⁸ Botschaft Aktienrecht, BBl 2017 437; Art. 629 Abs. 4 bzw. Art. 777 Abs. 3 E-OR; dasselbe gilt für die GmbH.

¹⁷⁹ Botschaft Aktienrecht, BBl 2017 437.

¹⁸⁰ Ausgenommen sind hier Kapitalherabsetzungen und -erhöhungen, die nicht einzig in Schweizer Franken erfolgen (Botschaft Aktienrecht, BBl 2017 437; Art. 647 Abs. 2 bzw. Art. 780 Abs. 2 E-OR).

¹⁸¹ Vgl. AB N 2019 2381 ff.

¹⁸² AB N 2019 2385; PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet!, Jusletter, 10. Februar 2020, N 60.

¹⁸³ Vgl. z.B. Votum NR Philipp Matthias Bregy, AB N 2019 2381; Votum Min Li Marti, AB N 2019 2382; Votum Judith Bellaïche, AB N 2019 2382.

¹⁸⁴ Votum Hans-Ueli Vogt, AB N 2019 2382.

heutzutage bei Notaren der Fall ist.¹⁸⁵ Gemäss Nationalrätin Petra Gössi findet die Identitätsprüfung bei der Bareinlage bereits durch die Bank statt.¹⁸⁶

Bundesrätin Karin Keller-Sutter erläuterte im Nationalrat nachvollziehbar, dass kriminelle Machenschaften mit anderen Mitteln besser bekämpft werden können, beispielsweise mit Reformen des Wirtschaftsstrafrechts wie etwa der Umsetzung der Motion Hans Hess 11.3925 «Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern».¹⁸⁷ Und es ist in der Tat so, dass der Notar keine verlässliche Identitätsprüfung der Gründer vornehmen kann, da durchaus Strohleute vorgeschoben werden können. Damit beschreibt Bundesrätin Karin Keller-Sutter die heutige Praxis der Stellvertretergründungen adäquat.¹⁸⁸ Dabei wäre es aus unserer Sicht nützlich, in einfachen Fällen die Schriftform zuzulassen und allenfalls staatliche Musterstatuten zur Verfügung zu stellen,¹⁸⁹ anstatt an einer in der Praxis so nicht mehr gelebten Form des Notariats festzuhalten.¹⁹⁰

Die voranstehend aufgeführten Argumente für die Lockerung der Beurkundungspflicht sind unseres Erachtens nachvollziehbar und überzeugen. Obwohl sich das Parlament in der laufenden Aktienrechtsreform gegen die Lockerung der Beurkundungspflicht entschieden hat, sollte – bei einer anderen sich bietenden Gelegenheit – ein neuer Anlauf genommen werden, um den Beurkundungszwang der betrieblichen Realität und der technologischen Entwicklung anzupassen. Unseres Erachtens wäre die Lockerung der Beurkundungspflicht sinnvoll, bringt sie doch für Unternehmen und insbesondere KMU sowohl administrative als auch finanzielle Entlastung mit sich.

Das Beurkundungsverfahren und der Katalog der beurkundungspflichtigen Geschäfte sollten generell einer Überprüfung unterzogen werden. Dies gilt umso mehr, da sich bereits im Fusionsgesetz bei den Fusionen nach Art. 23 f. FusG – einer komplexen Variante der Fusion – bereits erfolgreich eine Praxis etabliert hat, die auf öffentliche Beurkundungen verzichtet. Bei der Gründung von Einzelunternehmen, Personengesellschaften oder Genossenschaften werden von Gesetzes wegen keine öffentlichen Urkunden benötigt. Unternehmensgründer gehen direkt zum zuständigen Handelsregisteramt und füllen vor Ort die notwendigen Formulare aus, oder sie rufen die entsprechenden Dokumente von der Website des kantonalen Handelsregisters ab und füllen die Dokumente elektronisch aus. Es handelt sich hierbei um weitgehend standardisierbare Formulare. Die Standardisierung ist im Wesentlichen auch bei den gebräuchlichsten aktienrechtlichen Sachverhalten denkbar. Für die Gründung, Kapitalveränderungen sowie Liquidation der AG und GmbH sowie die Geschäfte, die sich nach FusG abwickeln las-

¹⁸⁵ Votum Sibel Arslan, AB N 2019 2383.

¹⁸⁶ Votum Petra Gössi, AB N 2019 2383.

¹⁸⁷ Votum BR Karin Keller-Sutter, AB N 2019 2383.

¹⁸⁸ Votum BR Karin Keller-Sutter, AB N 2019 2384; gl. M. SETHE/CETINKAYA (Anm. 35), S. 175 f.

¹⁸⁹ Vgl. z.B. Votum NR Christa Markwalder, AB N 2019 2385; Votum NR Hans-Ueli Vogt, AB N 2019 2383; Votum NR Petra Gössi, AB N 2019 2383; Votum NR Sibel Arslan, AB N 2019 2383; Votum BR Karin Keller-Sutter, AB N 2019 2383.

¹⁹⁰ Vgl. dazu Abschnitt II.D. und Abschnitt II.E.

sen, existieren Musterbeispiele und Texthandbücher.¹⁹¹ Die meisten Geschäfte lassen sich theoretisch über eine elektronische Eingabemaske erfassen. Mit diesen erfassten Daten können automatisiert entsprechende Dokumente erstellt werden. Allfällige auftauchende Fragen könnten in Zukunft durch Treuhänder oder andere Fachpersonen gelöst werden. Es gibt keinen Grund, dass die Beratungstätigkeit zwingend durch einen Notar erfolgt, zumal Notare bei komplizierten Fragen ebenfalls die Beratung des Handelsregisters in Anspruch nehmen; etwa im Rahmen von Vorprüfungen der beurkundungsrechtlichen Dokumente. Das Zuger Handelsregisteramt hat beispielsweise im Juli 2019 einen Chatbot eingeführt, der als eine Art automatisierter Verwaltungsassistent fungiert.¹⁹² Auch solche technischen Hilfsmittel können häufig auftauchende Fragen klären und damit den Beratungsbedarf reduzieren.

B. Kodifizierung der bundesrechtlichen Beurkundungsregeln

Wie bereits erwähnt wurde, hat sich das Berufsbild der Urkundspersonen¹⁹³ zumindest im Bereich der aktienrechtlichen Beurkundungen verändert. Es findet in einem solchen Kontext oftmals keine Belehrung der Gründer mehr statt. Stattdessen geben Stellvertreter die notwendigen Willenserklärungen ab,¹⁹⁴ wobei sich die Stellvertreter unter Umständen an anderen Orten als die Gründer befinden. Demnach passen die traditionellen Beurkundungsnormen – zumindest im Gesellschaftsrecht – nicht so recht auf die zum Teil gelebte Wirklichkeit im Geschäftsverkehr.¹⁹⁵ Diese Tendenz könnte sich mit dem technischen Fortschritt und den sich zunehmend eröffnenden Möglichkeiten neuer Technologien und Kommunikationsmittel, die immer weniger ortsgebunden sind, verstärken. Neben der Regelung der digitalen öffentlichen Urkunde sollte deshalb das öffentliche Beurkundungsverfahren bundesweit vereinheitlicht oder immerhin klarer definiert werden. Hierbei sollten zumindest die bisher ungeschriebenen bundesrechtlichen Anforderungen ins geschriebene Bundesrecht überführt werden. Das gilt umso mehr, da die Wirkungen der öffentlichen Urkunde nach Art. 9 Abs. 1 ZGB und Art. 179 ZPO¹⁹⁶ nach Bundesrecht geregelt sind und die Notare ohnehin in ihrem Kanton für Handelsregistereintragungen in anderen Kantonen gesell-

¹⁹¹ Der Verband Bernischer Notare führt eine Sammlung von Musterurkunden; vgl. <https://musa.weblaw.ch/>. Des Weiteren gibt es beispielsweise Notariatsinspektorat des Kantons Zürich (Hrsg.), Textvorlagen notarieller Urkunden zum Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2008, und WERNER RITTER/LEO R. GEHRER/SAMUEL MARBACHER, Beurkundungsrecht für Praktiker: Dargestellt am Beispiel des Kantons St. Gallen – ohne Grundbuchsachen, Basel 2007.

¹⁹² Handelsregisteramt des Kantons Zug, Chatbot: Der digitale Verwaltungsassistent, Medienmitteilung vom 1. Juli 2019, <https://www.zg.ch/behoerden/volkswirtschaftsdirektion/handelsregisteramt/aktuell/medienmitteilung-chatbot>.

¹⁹³ Vgl. dazu die Abschnitte II.D., II.E. und V.C.

¹⁹⁴ Siehe den im Entscheid 2C_89/2019 des Bundesgerichts vom 22. August 2019, Bst. A.c., E. 6.3 geschilderten Fall einer solchen Gründung mittels Stellvertreter. In diesem Fall fehlte die professionelle Distanz zwischen Notar und der Person, die stellvertretend für die Gründer die notwendigen Erklärungen abgegeben hatte.

¹⁹⁵ Vgl. vorne Abschnitt II.D. und Abschnitt II.E.

¹⁹⁶ SETHE/CETINKAYA (Anm. 35), S. 159.

schaftsrechtliche öffentliche Beurkundungen durchführen können. Es ist somit beispielsweise aufgrund der weitgehenden interkantonalen Freizügigkeit und Anerkennung der öffentlichen Urkunden¹⁹⁷ möglich, dass ein öffentlicher Notar des Kantons St. Gallen im Rahmen eine Generalversammlung, die in St. Gallen durchgeführt wird, eine öffentliche Beurkundung vornimmt und die öffentlich beurkundeten Beschlüsse beim Handelsregister des Kantons Zürich anmeldet. Handelsregisterämter sind verpflichtet, ausserkantonale öffentliche Urkunden zu akzeptieren, sofern kein Nichtigkeitsgrund vorliegt. Das gilt erst recht, da die öffentliche Beurkundung im Gesellschaftsrecht bzw. im Aktienrecht für gewisse Geschäfte¹⁹⁸ ohnehin bundesrechtlich vorausgesetzt wird. Mit zunehmender Digitalisierung, der Verbreitung des elektronischen Geschäftsverkehrs und der Schaffung der Möglichkeit der Fernbeurkundung wird es endgültig keine triftigen Gründe mehr geben, um unterschiedliche kantonale Beurkundungsregimes aufrechtzuerhalten.

Bei dieser Gelegenheit sollten ebenfalls die im Vorentwurf vom 14. Dezember 2012 vorgeschlagenen Normen zur öffentlichen Beurkundung in fremder Sprache (Art. 55c VE SchlT ZGB), Urkundspflicht (Art. 55d VE SchlT ZGB), Rechtsbelehrungspflicht (Art. 55e VE SchlT ZGB), Unparteilichkeit (Art. 55f VE SchlT ZGB), Wahrheitspflicht (Art. 55g VE SchlT ZGB), die Schweigepflicht (Art. 55h VE SchlT ZGB) sowie zum Hauptverfahren bei der Beurkundung von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen mit dem Beurkundungsvorgang (Art. 55i VE SchlT ZGB) und der Einheit des Aktes (Art. 55j VE SchlT ZGB) ins geschriebene Bundesrecht überführt werden.

An dieser Stelle soll nur ein Beispiel dieser Beurkundungsvorschriften vertieft werden. So wären konsequenterweise Fälle der Verletzung von Ausstandsregeln im geschriebenen Bundesrecht zu regeln. Das gilt vor allem auch, da für öffentliche Urkunden im Gesellschaftsrecht die bundesweite Freizügigkeit gilt. Sofern die Ausstandsregeln verletzt werden, kann keine öffentliche Urkunde entstehen (Art. 55l VE SchlT ZGB). Das ist insbesondere bei Rechtsanwälten und freiberuflichen Notaren problematisch, die im gleichen Sachverhalt als Anwalt und als Notar tätig sind. Diese Konstellation kommt im Bereich der Gesellschaftsgründungen, die durch freiberufliche Notare öffentlich beurkundet werden, eher vor. Wer bereits als Notar tätig war, kann später im gleichen Sachverhalt nicht mehr rechtswirksam Parteien vertreten.¹⁹⁹ Das betrifft beispielsweise Prozesse, bei denen ein öffentlich beurkundeter Beschluss angefochten werden soll oder dessen Nichtigkeit festzustellen ist. In so einem Streit kann es notwendig werden, dass ein Notar als neutrale Auskunftsperson zur Verfügung steht, um zu Tatsachen Auskunft zu geben. Entsprechend wäre es diesem Notar verwehrt, im glei-

¹⁹⁷ Die interkantonale Anerkennung und Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden ist im Gesellschaftsrecht vorhanden, aber bei den Grundstücksgeschäften noch nicht vollständig umgesetzt; vgl. Wettbewerbskommission WEKO, 614-0002: Empfehlung vom 23. September 2013 zuhänden der Kantone und des Bundesrats betreffend Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden, S. 7 f. und S. 22.

¹⁹⁸ Vgl. vorne Abschnitt II.C.2.

¹⁹⁹ Art. 68 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 12 lit. c BGFA.

chen Sachverhalt eine Partei anwaltlich zu vertreten. Konsequenterweise sind die Rechtsschriften eines Anwalts, der einen Interessenkonflikt im Sinne des Art. 12 lit. c BGFA hat, aus dem Recht zu weisen, da er nicht rechtsgültig als Anwalt berufsmässig Parteien vertreten kann.²⁰⁰ Umgekehrt kann keine öffentliche Urkunde entstehen, wenn beispielweise ein Notar einen Lebenssachverhalt öffentlich beurkunden will, in welchem er bereits anwaltlich tätig war.²⁰¹ In der Mehrheit der Kantone ist im Falle der Verletzung der Ausstandsregeln die Nichtigkeit der öffentlichen Urkunde vorgesehen.²⁰² Es gibt aber ein paar wenige Kantone, in denen die Verletzung von Ausstandsregeln die (befristete) Anfechtbarkeit der öffentlichen Urkunde als Rechtsfolge vorsehen.²⁰³ Daneben gibt es Kantone, welche die Rechtsfolgen einer Verletzung der Ausstandsregeln im Hinblick auf die Gültigkeit der öffentlichen Urkunde überhaupt nicht kodifiziert haben.²⁰⁴

Ein (kantonales) Anfechtungsrecht mangelhafter Beurkundungen wird in der Literatur zu Recht deutlich abgelehnt, da ein Anfechtungsrecht Unklarheit über die Gültigkeit von öffentlichen Urkunden und damit Rechtsunsicherheit schaffen kann, ohne dass damit irgendein Nutzen für den Rechtsverkehr entsteht.²⁰⁵ Die (bundesrechtliche) Nichtigkeit, die kantonale Regelungen verdrängt, ist die angemessene Rechtsfolge für eine Verletzung der Ausstandsvorschriften, da ansonsten der Notar – als Person der freiwilligen Gerichtsbarkeit – im Prinzip in eigener Sache, in welcher er bereits als Anwalt tätig war, rechtswidrig eine hoheitliche Tätigkeit ausübt und diese gar nicht unabhängig wahrnehmen kann.²⁰⁶ Das Bundesgericht hat bereits in einer anderen Sache erwogen, dass man nicht in eigener Sache eine hoheitliche respektive gerichtliche Tätigkeit ausüben kann.²⁰⁷ Damit die öffentliche Beurkundung als bundesrechtliche Formvorschrift nach Art. 11 OR ihren Zweck erfüllen kann, muss die (bundesrechtliche) Nichtigkeit bei sämtlichen Verletzungen der Ausstandsvorschriften die angemessene Rechts-

²⁰⁰ Vgl. z.B. Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 60 ZPO; WALTER FELLMANN/YVONNE BURGER, Das Verbot von Interessenkollisionen und seine Durchsetzung im Prozess, Anwaltsrevue 2020, S. 14 ff. mit Hinweisen zum Zivil-, Verwaltungs- und Strafprozess; Entscheid 2C_814/2014 des Bundesgerichts vom 22. Januar 2015, E. 4.1.1, E. 4.1.2., E. 4.1.4; Entscheid 2C_518/2009 des Bundesgerichts vom 9. Februar 2010, E. 4.1–E.4.3; Entscheid 1B_7/2009 des Bundesgerichts vom 16. März 2009, gesamte E. 5; LAURENT MERZ, BSK BGG, 3. Aufl., Basel 2018, Art. 40 BGG N 37.

²⁰¹ Vgl. z.B. die Regelung in § 32 des Gesetzes über die öffentlichen Beurkundungen (Beurkundungsgesetz, BeurkG; SRL 255) des Kantons Luzern.

²⁰² Z.B. die Regelung in § 32 des Gesetzes über die öffentlichen Beurkundungen (Beurkundungsgesetz, BeurkG; SRL 255) des Kantons Luzern; § 51 Abs. 1 lit. c des Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetzes vom 30. August 2011 des Kantons Aargau; Art. 53 des Gesetzes vom 20. September 1967 über das Notariat (NG) des Kantons Freiburg (SGF 261.1); § 44 Abs. 1 Ziff. 3 der Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die öffentliche Beurkundung (Beurkundungsverordnung, BeurkV; NG 268.11) des Kantons Nidwalden.

²⁰³ Vgl. z.B. § 9 des Gesetzes über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung in Zivilsachen (Beurkundungsgesetz; BeurkG; BGS 223.1) des Kantons Zug.

²⁰⁴ BRÜCKNER (Anm. 113), N 1496 ff. und N 1502 ff., mit Hinweisen.

²⁰⁵ BRÜCKNER (Anm. 113), N 1496 ff. und N 1502 ff., mit Hinweisen.

²⁰⁶ BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55a SchlIT N 30; DANIEL SANTSCHI, Ausstandspflicht des Notars, Diss. Bern, Langenthal 1992, N 13 ff. N 90.

²⁰⁷ BGE 136 II 383 E. 4.3–4.5.

folge sein.²⁰⁸ Andernfalls ist es möglich, in einem Kanton mit «lockeren» Ausstandsregeln eine öffentliche Urkunde von einem Notar errichten zu lassen, um unter Anwendung der interkantonalen Freizügigkeit²⁰⁹ der öffentlichen Urkunden (bundesrechtliche) Ausstandsvorschriften im Sinne eines *forum shopping* zu unterlaufen. Ein solches *forum shopping* hat Schadenspotenzial und verträgt sich kaum mit dem Zweck der Art. 9 Abs. 1 ZGB sowie Art. 179 ZPO, welche die rechtmässige Befolgung des Beurkundungsverfahrens voraussetzen und deshalb die (bundesrechtlichen) Ausstandsregeln sinnvollerweise als bundesrechtliche Gültigkeitsvorschriften anwenden.²¹⁰ Eine solche Massnahme verhindert, dass sich das vermehrt digital und nicht mehr so stark ortsgebunden abgewickelte Notariat potenziell in Kantone verschiebt, die weniger strenge Vorgaben beim kantonalen Beurkundungsverfahren haben.

C. Kodifizierung der Fernbeurkundung und virtuelle GV

Sobald die Erstellung einer digitalen Originalurkunde möglich ist, stellt sich die Frage nach einem elektronischen, ortsunabhängigen Beurkundungsverfahren, da man sich so den Gang zum Notar sparen könnte. Eine Beurkundung unter (physischer) Abwesenheit der Parteien ist im Vorentwurf des EÖBG nicht explizit vorgesehen. Die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens gilt es zu hinterfragen.

Unter dem Begriff der *Fernbeurkundung* ist die Durchführung eines Beurkundungsverfahrens zu verstehen, «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».²¹¹ Bei einer Fernbeurkundung muss das Original der öffentlichen Urkunde zwingend als elektronische Urkunde erstellt werden – eine Mischform ist nicht möglich, da die Urkunde ein einheitliches Dokument sein soll.²¹² Folglich müssen die Parteien über eine elektronische Signatur verfügen, damit die Fernbeurkundung überhaupt funktioniert.²¹³

Die Grundsätze der Einheit des Beurkundungsaktes und der Einheit des Ortes gehören gemäss herrschender Lehre zu den bundesrechtlichen Mindest-

²⁰⁸ Im Erbrecht hat die Verletzung von Ausstandsgründen die Ungültigkeit der öffentlichen Urkunde zur Folge; bei Rechtsgeschäften unter Lebenden ist Nichtigkeit die Rechtsfolge; BRÜCKNER (Anm. 113), N 623, N 768, N 1480 ff., N 1488 ff.; BSK ZGB II-JEITZNER, Art. 503 N 1 und N 6; RUTH ARNET, Die öffentliche Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen – de lege lata und de lege ferenda, successio – Zeitschrift für Erbrecht 3/2015, S. 185, 196 ff.

²⁰⁹ BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 9 N 18 f., N 22; Beurkundungsmängel können demnach die Wirkung von Art. 9 ZGB und Art. 179 ZPO verhindern.

²¹⁰ BGE 99 II 159 E. 2a; BRÜCKNER (Anm. 113), N 1502 ff.; vgl. auch Abschnitt II.A. und II.C.1 und III.A.2.

²¹¹ JÜRIG SCHMID, Fernbeurkundung (Anm. 21), S. 231. BRÜCKNER spricht von einer elektronischen Beurkundung im Abwesenheitsverfahren (BRÜCKNER [Anm. 113], S. 77, Hervorheb. im Original).

²¹² JÜRIG SCHMID, Fernbeurkundung (Anm. 21), S. 240.

²¹³ BRÜCKNER (Anm. 113), S. 77.

anforderungen an das Verfahren der öffentlichen Beurkundung.²¹⁴ In persönlicher Hinsicht beinhaltet dieser die Pflicht aller an der Beurkundung beteiligten Parteien (inklusive Notar), beim Beurkundungsverfahren anwesend zu sein.²¹⁵ Die Möglichkeit, ein Beurkundungsverfahren durchzuführen, bei dem auf die physische Anwesenheit der Parteien verzichtet wird, bedarf demnach einer bundesgesetzlichen Grundlage, die im Moment noch nicht existiert.²¹⁶

Dabei lässt sich beispielsweise für allgemeine Fälle diskutieren, ob die künftige Regelung so zu gestalten wäre, dass die Möglichkeit des Verzichts auf die physische Präsenz der Beteiligten gesetzlich verankert werden könnte. Der Beurkundungsvorgang könnte elektronisch mittels Kommunikationsmedien (z.B. Videokonferenz) durchgeführt werden.²¹⁷ Dies würde die Aufzeichnung des Beurkundungsvorganges ermöglichen. Eine solche elektronische Archivierung der öffentlichen Beurkundung inkl. Video würde zudem sicherstellen, dass die öffentliche Beurkundung objektiv überprüfbar wäre. Damit würde nicht nur der Notar als neutrale Auskunftsperson bzw. Zeuge²¹⁸ in einem Streit zur Verfügung stehen, sondern zusätzliche Beweismittel in Form einer Videoaufnahme. Der Vorteil einer Videoaufnahme besteht beispielsweise darin, dass diese selbst dann den Beurkundungsvorgang zeigen kann, wenn der Notar später in einen Interessenkonflikt gerät oder aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr Auskunft geben kann. Dies setzt natürlich voraus, dass die Videoaufnahme veränderungssicher erstellt wird und die notwendigen Wahrnehmungen sowie Willenserklärungen wiedergeben kann.

Im Rahmen der «Modernisierung des Aktienrechts»²¹⁹ durch die laufende Aktienrechtsrevision soll eine solche gesetzliche Grundlage – zumindest für die AG – geschaffen werden.²²⁰ Art. 701a Abs. 2 E-OR²²¹ sieht vor, dass die Generalversammlung (GV) an verschiedenen Orten gleichzeitig stattfinden kann, wobei die Voten der Teilnehmenden unmittelbar in Bild und Ton an sämtliche Tagungsorte übertragen werden müssen. Zudem kann der Verwaltungsrat gemäss Art. 701c E-OR bestimmen, dass Aktionäre, die nicht am Ort der GV anwesend sind, ihre Rechte auf elektronischem Weg ausüben können (sog. *direct voting*).²²² Sehen es die Statuten vor, so kann eine Generalversammlung überdies im Sinne einer virtuellen GV mit elektronischen Mitteln ohne Tagungsort durchgeführt werden (Art. 701d Abs. 2 E-OR). Anders als noch in der Botschaft zum Entwurf

²¹⁴ BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55 SchIT N 43; MOOSER (Anm. 12), N 604; siehe zu den bundesrechtlichen Mindestanforderungen Abschnitt III.A.2.

²¹⁵ MOOSER (Anm. 12), N 604 ff.

²¹⁶ JÜRIG SCHMID, Fernbeurkundung (Anm. 21), S. 233.

²¹⁷ CHRISTOPH TEICHMANN, Digitale Gründung von Kapitalgesellschaften nach dem EU-Company Law Package, ZIP 2018, S. 2451, S. 2455 f.

²¹⁸ Entscheid 2C_518/2009 des Bundesgerichts vom 9. Februar 2010, E. 4.2 (zur Rolle des Notars, der sich für einen allfälligen Streit als neutrale Auskunftsperson bzw. Zeuge zur Verfügung halten muss).

²¹⁹ CHRISTOPH B. BÜHLER, Digitale Revolution im Aktienrecht?, SJZ 2017, S. 565 ff., S. 568.

²²⁰ JÜRIG SCHMID, Fernbeurkundung (Anm. 21), S. 234.

²²¹ Entwurf vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 683 ff. (zit. E-OR).

²²² Botschaft Aktienrecht, BBl 2017 558.

zur Änderung des Obligationenrechts im Jahr 2007, wird die virtuelle GV nun auch dann nicht mehr ausgeschlossen, wenn Beschlüsse zu fassen sind, die öffentlich beurkundet werden müssen.²²³ Während dies bei Sachbeurkundungen, wie es Beschlüsse der GV in der Regel sind, unproblematisch scheint, wird für den Fall der Beurkundung von Willensäusserungen – beispielsweise im Fall einer Gründung – nicht ausgeschlossen, dass das kantonale Beurkundungsrecht eine solche Beurkundung unter Abwesenden verbieten und einen räumlichen Tagungsort vorsehen könnte.²²⁴ Weitere Regelungen zu einer solchen möglichen Fernbeurkundung einer virtuellen GV fehlen aber (noch). In diesem Zusammenhang stellt sich beispielsweise die Frage, ob und wie die Urkundsperson die Identität²²⁵ und Legitimation des Versammlungsleiters feststellen soll oder ob der Tagungsleiter physisch anwesend sein muss. Des Weiteren ist unklar, wie sichergestellt werden kann, dass lediglich Berechtigte an der Versammlung teilnehmen.²²⁶ SCHMID erachtet die Erstellung einer öffentlichen Urkunde durch einen Notar über den Hergang einer GV, die an verschiedenen Orten stattfindet, oder über eine virtuelle GV ferner als problematisch, da dem Notar «gesicherte Erkenntnisse aufgrund eigener Wahrnehmung» fehlen.²²⁷ Seiner Meinung nach müsste für diese Situationen ein technisch gesichertes Wort- und Bild-Übertragungssystem vorausgesetzt werden. Ansonsten wäre es «ehrlicher, auf das Erfordernis der [...] öffentlichen Urkunde zu verzichten».²²⁸

D. Konsequent elektronischer Geschäftsverkehr

Vor der Erstellung des Entwurfs zum EÖBG wurden verschiedene Alternativen für das Urkundenregister geprüft. Infrage kamen separate durch die Kantone geführte Register, ein zentral geführtes Urkundenregister oder eine Mischvariante, bei der sowohl ein Urkundenregister des Bundes als auch separate kantonale Register geführt würden. Schlussendlich fiel die Wahl für den Vorentwurf auf ein zentrales, durch den Bund geführtes Urkundenregister nicht zuletzt aufgrund möglicher Synergien. Genannt wird beispielsweise die Möglichkeit, die (elektronische) Dokumentenübermittlung durch die Erteilung von Zugriffsberechtigun-

²²³ Botschaft Aktienrecht, BBl 2017 559; Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589, 1681; BÜHLER (Anm. 219), S. 571.

²²⁴ Botschaft Aktienrecht, BBl 2017 559; HANS CASPAR VON DER CRONE/THOMAS GROB, Die virtuelle Generalversammlung, SZW 2018, S. 5 ff., S. 8.

²²⁵ Hierfür könnte etwa eine elektronische Identität (E-ID) nützlich sein. Die Schweizerische Bundeskanzlei hat allerdings bekannt gegeben, dass Referendum gegen das Bundesgesetz vom 27. September 2019 über elektronische Identifizierungsdienste (E-ID-Gesetz, BGEID) zustande gekommen ist; vgl. BBl 2020 1285 f.

²²⁶ MARKUS MÜLLER-SMIT, Aktienrechtliche Notariatspraxis: Frequently Asked Questions, SZW 2016, S. 495 ff., S. 502.

²²⁷ JÜRIG SCHMID, Fernbeurkundung (Anm. 21), S. 237.

²²⁸ JÜRIG SCHMID, Fernbeurkundung (Anm. 21), S. 237 sowie Fn. 27.

gen an die jeweiligen Behörden über das Urkundenregister abzulösen.²²⁹ So sollen nicht nur Urkundspersonen, welche die öffentliche Urkunde erstellt haben, Zugriff darauf haben, sondern je nach Sachverhalt auch Handelsregister- und Grundbuchämter.²³⁰ Unseres Erachtens ist die Prüfung solcher erweiterten Funktionen des zentralen Urkundenregisters durchaus wünschenswert, da sie den elektronischen Geschäftsverkehr weiter vereinfachen und effizienter ausgestalten könnten. Zusammen mit den Neuerungen in der Grundbuchverordnung (siehe Abschnitt IV.B.5.), wonach Grundbuchämter künftig verpflichtet sein sollen, elektronische Anmeldungen entgegenzunehmen und der Regelung zur elektronischen Handelsregistereingabe (Art. 12 f. HRegV) würden solche Funktionen einen konsequenten elektronischen Geschäftsverkehr weiter begünstigen.

E. Digitale Unternehmensgründung

Gemäss dem aktuellsten Report der World Bank Group dauert es in der Schweiz durchschnittlich zehn Tage, um ein Unternehmen zu gründen – mit dieser Dauer und den Hürden, die bei der Unternehmensgründung zu bewältigen sind, belegt die Schweiz den 77. Platz von insgesamt 190 Ländern in der Kategorie «starting a business».²³¹ Vor diesem Hintergrund wurde auf der Plattform von *digitalswitzerland* die Challenge gestartet, den Gründungsprozess eines Unternehmens mithilfe der Blockchain-Technologie zu digitalisieren und so dessen Effizienz zu erhöhen.²³² Hierbei ist jedoch zu erwähnen, dass sich bei erfahrenen Unternehmensgründern eine Kapitalgesellschaft innert weniger Tage gründen lässt. Der langsamste Akteur bei der Unternehmensgründung ist oftmals der Gründer selbst, wenn er nicht sofort die jeweiligen Gründungshandlungen vollzieht (z.B. Leistung der Kapitaleinlage). Sofern alle notwendigen Gründungsbelege und die Kapitaleinlage bereit sind, lässt sich eine Gründung in weniger als einer Woche vollziehen.

Falls dabei eine vollständige digitale Gründung angestrebt wird²³³ und solange die Gründung eines Unternehmens der öffentlichen Beurkundung bedarf, ist ein solches Vorhaben nur dann denkbar, wenn die Beurkundung vollständig elektronisch vonstattengehen kann. Die Erstellung elektronischer Originalurkunden ist somit Grundvoraussetzung. Da die Entlastung von einfach strukturierten Kapitalgesellschaften durch eine Lockerung des Beurkundungszwangs im Zuge der Aktienrechtsrevision abgelehnt wurde (siehe Abschnitt V.A.), kommt eine komplett digitale Unternehmensgründung aktuell nur infrage, wenn eine Fern-

²²⁹ BJ, Erläuternder Bericht EÖBG (Anm. 7), S. 8; siehe zum Urkundenregister Abschnitt IVB.3.

²³⁰ RISC (Anm. 74), S. 261.

²³¹ The World Bank Group, Doing Business 2019, Comparing Business Regulation for Domestic Firms in 190 Economies, S. 207, https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf.

²³² Siehe: <https://challenge.digitalswitzerland.com/portfolio/digital-founding-process-on-blockchain/>.

²³³ Dies im Gegensatz zu einem digitalen/online Gründungsvorgang, bei dem im Voraus bereits alle Dokumente vorliegen, also auch die physisch beim Notar eingeholte öffentliche Urkunde.

beurkundung des Errichtungsaktes zulässig wäre. In Anbetracht der oben gemachten Ausführungen,²³⁴ wonach insbesondere die Gründung durch kantonale Regelungen von der Möglichkeit einer Fernbeurkundung ausgeschlossen werden könnte, scheint der Weg zu einer komplett digitalen Unternehmensgründung unseres Erachtens noch ein weiter zu sein. Dessen ungeachtet sollte die digitale Gründung einfach strukturierter Kapitalgesellschaften wie in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union angestrebt werden. Dort ist die vollständige Online-Gründung künftig vorgesehen. Das entsprechende nationale Recht ist gestützt auf die Richtlinie (EU) 2017/1132 zu gestalten²³⁵. Gemäss dieser Regelung kann die Mitwirkung eines Notars für das Identifizierungsverfahren, z.B. durch Videokonferenzen, vorgesehen werden – allerdings darf dem Gründer die Pflicht, persönlich vor einer staatlichen Stelle zu erscheinen, nur bei einem hinreichenden Betrugsverdacht auferlegt werden.²³⁶

VI. Fazit

Wie in den vorangehenden Ausführungen gezeigt wurde, hat die Digitalisierung der öffentlichen Urkunde bedeutende Auswirkungen auf die AG. Diverse Sachverhalte im Lebenszyklus einer Kapitalgesellschaft bedürfen zu ihrer Gültigkeit gemäss bundesgesetzlichen Bestimmungen einer öffentlichen Urkunde. Dies ist mitunter ein Grund, weshalb gewisse gesellschaftlich relevante Vorgänge, wie beispielsweise die Gründung einer AG, in der Schweiz relativ langsam ablaufen und mit einem nicht zu unterschätzenden Aufwand verbunden sind. Bislang musste die öffentliche Urkunde stets in Papierform erstellt werden – lediglich eine Ausfertigung davon kann in elektronischer Form errichtet werden. Um der fortschreitenden Digitalisierung gerecht zu werden und mit den damit zusammenhängenden gesellschaftlichen Entwicklungen mithalten zu können sowie mit Blick auf die Regelungen im benachbarten Ausland, hat der Bundesrat Anfang 2019 den Vorentwurf des EÖBG in die Vernehmlassung geschickt. Ziel dieser Vorlage ist die elektronische Erstellung der Originalurkunde sowie deren Aufbewahrung in einem zentralen Urkundenregister.

Die Umsetzung des Vorentwurfs des EÖBG würde eine Effizienzsteigerung für die AG bedeuten. Die heute noch notwendigen Medienbrüche können mit den neuen Bestimmungen verhindert werden. Dies würde einen einfacheren und

²³⁴ Siehe oben V.B.

²³⁵ Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABI. L 169 vom 30.6.2017, S 46–127; 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, ABI. L 186 vom 11.7.2019, S. 80–104; SETHE/CETINKAYA (Anm. 35), S. 167 f.

²³⁶ Zum Ganzen: FLORIAN BECKER/LISA GUNTERMANN, EU Kommission erlässt Vorschlag zur Online-Gründung von Kapitalgesellschaften, 11. Mai 2018, Abschn. 3, <https://www.noerr.com/de/newsroom/News/eu-kommission-erlaesst-vorschlag-zur-online-gruendung-von-kapitalgesellschaften>.

schnelleren digitalen Prozess zur Erstellung öffentlicher Urkunden ermöglichen. Zudem dürfte durch die Neuerungen mit Kosteneinsparungen bei der öffentlichen Hand zu rechnen sein, die an die Unternehmen weitergegeben werden könnten. Ferner ist die Einführung des EÖBG auch ein Schritt in Richtung eines rein elektronischen, effizienten Geschäftsverkehrs.

Die Notwendigkeit der Lockerung des Beurkundungszwangs im Gesellschaftsrecht wurde bereits in einer vergangenen Vernehmlassung debattiert.²³⁷ Das Parlament lehnte sie jedoch in der Wintersession 2019 im Rahmen der Aktienrechtsreform ab.²³⁸ Auch die Frage nach der Zulässigkeit einer Fernbeurkundung bleibt momentan noch offen. Der aktuelle Entwurf der laufenden Aktienrechtsrevision beinhaltet für Kapitalgesellschaften einige begünstigende Bestimmungen zu diesen Themenbereichen. Diese Entwicklungen würden im Zusammenhang mit der elektronischen öffentlichen Urkunde die Bestrebungen hin zu einer komplett digitalen Unternehmensgründung unterstützen. Deshalb wären aus unserer Sicht die Lockerung des Beurkundungszwanges und die grundsätzliche Möglichkeit einer Fernbeurkundung zu befürworten, sobald die Zeit dafür reif ist.

Zurzeit stehen insbesondere zum Verfahren zur Erstellung der elektronischen öffentlichen Urkunde noch einige Fragen offen. Zudem wird im Rahmen der Vernehmlassung diskutiert, ob diese Fragen in einer Verordnung oder auf Gesetzesstufe geregelt werden sollen. Dessen ungeachtet lässt sich abschliessend sagen, dass die angestrebten Änderungen bezüglich der Erstellung elektronischer Urkunden aus dem Blickwinkel der AG definitiv zu begrüßen sind, da sie zu einer Entlastung in zeitlicher und kostentechnischer Hinsicht führen können. Diese Entlastung steigert nicht zuletzt die Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Schweiz.

²³⁷ Vorentwurf vom 19. Dezember 2012 zur Änderung des Obligationenrechts (Anm. 170); BJ, Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts sowie des Revisionsaufsichtsrechts, Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse (Anm. 172).

²³⁸ Vgl. vorne Abschnitt V.A.