

## 6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht/ Organisation judiciaire et procédure

### 6.2. Anwaltsrecht/Droit de la profession d'avocat

#### AK 2019 4: Fehlverhalten des Anwalts und Notars bei der öffentlichen Beurkundung und unsorgfältiges Verhalten gegenüber Dritten; § 10b BeurkG/ZG

Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, Entscheid AK 2019 4 vom 1. Oktober 2019, Verhalten des Notars, Drohungen gegenüber Dritten, öffentliche Beurkundung der Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft mit Kapitalerhöhung.



LUKAS MÜLLER\*

*Die Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug musste im Disziplinarverfahren AK 2019 4 über das Fehlverhalten des im Kanton Zug zur öffentlichen Beurkundung ermächtigten Rechtsanwalts A. urteilen. Ihm wurde ein Fehlverhalten bei der öffentlichen Beurkundung von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung vorgeworfen, da er eine unzulässige Textänderung vornahm und die öffentliche Urkunde rückdatierte. Zudem hat A. den Handelsregisterführer des Kantons Nidwalden unter Androhung ernstlicher Nachteile versucht dazu zu bewegen, die wichtigen öffentlich beurkundeten Beschlüsse im Handelsregister einzutragen, obwohl diese nicht eintragungsfähig sind.*

### I. Sachverhalt und Erwägungen

Der Rechtsanwalt und Notar A. des Kantons Zug wurde um die Durchführung der Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft ersucht. Hierfür war zunächst die Erhöhung des Stammkapitals auf CHF 100'000 vorgesehen, um anschliessend die Umwandlung der GmbH in eine AG zu beschliessen.<sup>1</sup> Die öffentlich beurkundeten Beschlüsse der Gesellschafterversammlung und der Geschäftsführung

mussten beim zuständigen Handelsregisteramt angemeldet werden.

Im Hinblick auf die Umwandlung einer GmbH in eine AG mit Kapitalerhöhung bestätigte der Notar mit einer öffentlichen Urkunde die erfolgreiche Durchführung einer Stammkapitalerhöhung, obwohl diese im Beurkundungszeitpunkt noch gar nicht stattgefunden hatte. Gerade anschliessend an diese Kapitalerhöhung sollte gleichentags die Gesellschafterversammlung die Umwandlung der GmbH in eine AG beschliessen. Die vollständig abgewickelte Kapitalerhöhung (bestehend aus dem Beschluss der Gesellschafterversammlung und dem Feststellungsbeschluss der Geschäftsführung) bildete eine notwendige Voraussetzung dafür, dass die Gesellschaft das als AG erforderliche Mindestkapital in Höhe von CHF 100'000 aufwies, um die Umwandlung der GmbH in eine AG rechtsgültig durchzuführen. Der Notar hatte die beiden öffentlichen Urkunden aber so vorbereitet, dass zunächst die Gesellschafterversammlung die Erhöhung des Stammkapitals und dann die Umwandlung der GmbH in eine AG beschliessen sollte. Erst nach dem Beschluss der Gesellschafterversammlung, die GmbH in eine AG umzuwandeln, hat der Notar die Feststellung der Geschäftsführung beurkundet, dass die Stammkapitalerhöhung durchgeführt wurde.

Diese beiden öffentlichen Urkunden reichte der Notar am 18. März 2019 dem zuständigen Handelsregisteramt des Kantons Nidwalden ein. Mit der Protokollierung, wonach das Stammkapital CHF 100'000 betrage, beurkundete der Notar eine Tatsache, die nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprach. Der Notar hat diese Tatsache nicht bewusst falsch protokolliert. Er war der irrigen Auffassung, dass die Kapitalerhöhung zum Zeitpunkt der Protokollierung in der ersten Urkunde bereits durchgeführt wurde, obschon diese erst mit dem Feststellungsbeschluss der Geschäftsführung im Innenverhältnis wirksam ist. Der in der ersten öffentlichen Urkunde bescheinigte Beschluss betreffend Umwandlung der GmbH in eine AG war sodann rechtswidrig, da das Kapital der Gesellschaft noch nicht CHF 100'000 betragen hatte.

Mit E-Mail vom 21. März 2019 teilte der Handelsregisterführer dem Notar mit, «die Beurkundung [sei] noch einmal durchzuführen.» Sodann korrigierte der Notar seinen Irrtum. Anstatt den Inhalt der Urkunden neu öffentlich zu beurkunden, verteilte er die bisherigen Inhalte der Beschlüsse von ursprünglich zwei auf drei Urkunden und reichte diese mit einer Rückdatierung der Beschlüsse erneut ein. Der Handelsregisterführer informierte den Notar, dass die von Letzterem vorgenommene Rückdatierung der öf-

wandlung einer GmbH in eine AG mit Kapitalerhöhung, REPRAX 2/2020, 208 ff. veröffentlicht.

\* 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.

<sup>1</sup> Vgl. Entscheid der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2019 4, 1.10.2019, E. 3 (zit. AK 2019 4). Dieser Entscheid wurde in der Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug (GVP) 2019, Zug 2020, 142 ff., sowie in RETO STOCKER, Entscheid der Aufsichtskommission über die Kompetenz der Rechtsanwälte des Kantons Zug zur öffentlichen Beurkundung bei der Um-

fentlichen Urkunden, die er am 25. März 2019 einreichte, zu deren Nichtigkeit führe. Der Notar reagierte mit Unverständnis und warf anschliessend dem Handelsregisterführer vor, die Praxis des Handelsregisters des Kantons Nidwalden sei zu streng, da andere Kantone diese Art der öffentlichen Beurkundung akzeptieren würden.<sup>2</sup> Hierbei versuchte der Notar, den Handelsregisterführer mittels Androhung wirtschaftlicher Nachteile für den Kanton Nidwalden zur Eintragung der abgelehnten Geschäfte zu bewegen.

Daraufhin zeigte der Handelsregisterführer des Kantons Nidwalden den Rechtsanwalt und Notar A. bei der zuständigen Aufsichtsbehörde an und warf ihm die Verletzung von anwaltlichen und notariellen Berufspflichten vor. Die Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug (nachstehend «Aufsichtskommission») übt in erster Instanz die disziplinarische Aufsicht über die Rechtsanwälte und der zur öffentlichen Beurkundung ermächtigten Rechtsanwälte im Kanton Zug aus.<sup>3</sup>

Der verzeigte Notar wendete im Disziplinarverfahren ein, dass das von ihm gewählte Vorgehen so vom Handelsregisterführer impliziert worden sei. Aus der E-Mail des Handelsregisterführers vom 21. März 2019 geht indes deutlich die Anordnung hervor, dass die öffentliche Beurkundung noch einmal durchzuführen sei. Letztlich sei aber die Auskunft des Handelsregisterführers nicht ausschlaggebend, da der Notar das Beurkundungsverfahren zu leiten habe.<sup>4</sup>

Die Aufsichtskommission stellte fest, dass Rechtsanwalt und Notar A. mit der Rückdatierung seiner Urkunde nicht nur eine bloss redaktionelle Korrektur der öffentlichen Urkunden vorgenommen, sondern den materiellen Inhalt der von ihm bescheinigten Beschlüsse wahrheitswidrig verändert habe. Somit habe er gegen die notarielle Wahrheitspflicht von § 10b des Beurkundungsgesetzes des Kantons Zug verstossen, da am vom Notar gesetzten Datum die beurkundeten Versammlungsbeschlüsse so nicht getroffen wurden.<sup>5</sup> Zudem verstosse das Verhalten des Notars gegenüber dem Handelsregisterführer gegen die Sorgfalts- und Unparteilichkeitspflicht des Notars. Einerseits sei die Druckausübung gegenüber dem Handelsregisterführer eine Verletzung der Sorgfaltspflicht des Notars.<sup>6</sup> Andererseits sei

es die Aufgabe des Notars, auf die Erstellung eintragungsfähiger Urkunden hinzuwirken, anstatt einen rechtswidrigen Zweck zu verfolgen bzw. nicht eintragungsfähige Geschäfte beim Handelsregister eintragen zu lassen.<sup>7</sup>

## II. Erläuterung

### A. Öffentliche Beurkundung der Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft

Die Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft setzt voraus, dass die Gründungsvoraussetzungen der AG erfüllt sind.<sup>8</sup> Sofern das Stammkapital der GmbH weniger als CHF 100'000 beträgt, muss dafür zunächst im ersten Schritt das Stammkapital auf CHF 100'000 erhöht werden.<sup>9</sup> Der Beschluss der Gesellschafterversammlung verpflichtet die Geschäftsführung dazu, die Kapitalerhöhung vorzunehmen und deren ordnungsgemässe Durchführung anschliessend mit einem Beschluss der Geschäftsführung festzustellen sowie die Bestimmungen zum Kapital in den Statuten anzupassen.<sup>10</sup> Die Kapitalerhöhung wird im Innenverhältnis erst mit dem öffentlich beurkundeten Feststellungs- und Statutenänderungsbeschluss der Geschäftsführung wirksam. Sodann kann als zweiter Schritt die Umwandlung der GmbH in die AG erfolgen. Dies erfordert den öffentlich beurkundeten Beschluss über die Umwandlung nach den Vorgaben des FusG durch die Gesellschafterversammlung.

Der Entscheid AK 2019 4 skizziert den Ablauf der öffentlichen Beurkundung der Umwandlung einer GmbH in eine AG mit Erhöhung des Stammkapitals anschaulich. Die durch den Notar A. öffentlich beurkundeten Beschlüsse haben im vorliegenden Fall gegen zwingendes materielles Recht verstossen, da die Beschlüsse in der falschen Reihenfolge beurkundet wurden.<sup>11</sup> Die fehlerhaften Beschlüsse konnten damit nicht im Handelsregister eingetragen werden.

### B. Neubeurkundung oder nachträgliche Korrektur des Texts?

Ein Notar darf nur beurkunden, was er mit eigenen Sinnen wahrgenommen hat.<sup>12</sup> Er hat bei der Beurkundung umfassende Wahrheitsgewähr zu leisten, wobei dies nicht nur erhebliche, sondern auch unerhebliche Tatsachen betrifft.<sup>13</sup>

<sup>2</sup> Vgl. AK 2019 4 (FN 1), E. 4.6, E. 5, E. 5.1 und E. 5.2.

<sup>3</sup> Vgl. § 32 Abs. 1 des Gesetzes des Kantons Zug vom 3. Juni 1946 über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung in Zivilsachen (Beurkundungsgesetz; BeurkG/ZG; BGS 223.1); § 14 Abs. 1 lit. g des Einführungsgesetzes des Kantons Zug vom 25. April 2002 zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zug (EG BGFA/ZG; BGS 163.1).

<sup>4</sup> Vgl. AK 2019 4 (FN 1), E. 3.3 und E. 4.6.

<sup>5</sup> Vgl. AK 2019 4 (FN 1), E. 4.1, E. 4.4 und E. 4.8.

<sup>6</sup> Vgl. AK 2019 4 (FN 1), E. 5.2.

<sup>7</sup> Vgl. AK 2019 4 (FN 1), E. 5.1.

<sup>8</sup> Vgl. Art. 54 Abs. 1 lit. a FusG i.V.m. Art. 57 FusG und Art. 621 OR.

<sup>9</sup> Vgl. Art. 781 OR i.V.m. Art. 650, 652, 652b, 652d ff. OR.

<sup>10</sup> Vgl. AK 2019 4 (FN 1), E. 3.2.

<sup>11</sup> Namentlich Art. 54 Abs. 1 lit. a FusG i.V.m. Art. 57 FusG und Art. 627 OR sowie Art. 781 OR i.V.m. Art. 650 ff. OR.

<sup>12</sup> Vgl. § 10b Abs. 2 BeurkG/ZG.

<sup>13</sup> Vgl. AK 2019 4 (FN 1), E. 3.1; CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 1085.

Insbesondere bei der Protokollierung von Vorgängen, wie etwa Versammlungsbeschlüssen, darf ein Notar nur jene Vorgänge protokollieren, die er unmittelbar wahrgenommen hat.<sup>14</sup>

Textänderungen, mit denen inhaltliche Änderungen eines zu beurkundenden Geschäfts vorgenommen werden sollen, die von den anlässlich des Beurkundungsvorganges wahrgenommenen Tatsachen abweichen, können von Bundesrechts wegen nur in einem neuen Beurkundungsverfahren vorgenommen werden.<sup>15</sup> Berichtigende Korrekturen hinsichtlich Schreibfehler und offensichtlicher redaktioneller Irrtümer im Urkundentext sind weder für die Entstehung der öffentlichen Urkunde noch für die Gültigkeit des beurkundeten Geschäfts schädlich, falls die beurkundungs- und materiellrechtlich relevanten Inhalte durch Auslegung ermittelt werden und im öffentlich beurkundeten Urkundentext eine Stütze haben.<sup>16</sup>

In der Praxis kommt es vor, dass Notare in solchen und ähnlichen Fällen die entsprechenden öffentlichen Urkunden nachträglich abändern, indem sie Seiten aus den Urkunden austauschen oder mittels Rückdatierung die öffentlichen Urkunden so erstellen, wie sie von Anfang an hätten beschlossen werden müssen. «Korrekturen» oder Textänderungen können aber nicht ohne Weiteres erfolgen. Sofern Korrekturen vorgenommen werden, die offenkundige Schreibfehler berichtigen sollen und dabei keinerlei materielle Änderung der Wahrnehmungen oder der Willenserklärungen der vor dem Notar erschienenen Personen darstellen, sind Korrekturen in der Papierfassung der Urkunde grundsätzlich zulässig. Dabei stellt sich die Frage, in welcher Form diese Korrekturen vorzunehmen sind. Im Zuger Beurkundungsrecht fehlt eine entsprechende Vorgabe. Hingegen gibt es in anderen Kantonen konkrete Anweisungen. So ist beispielsweise in Beurkundungserlassen mehrerer Kantone geregelt, dass Berichtigungen im Text von Hand vorzunehmen sind, und zwar so, dass die ursprüngliche Fassung ebenfalls lesbar bleibt.<sup>17</sup> Korrekturen können z.B. mittels Kugelschreiber (ohne Verwendung von weisser Korrekturflüssigkeit, z.B. Tipp-Ex) erfolgen, wobei sämtli-

che Änderungen mittels Angabe von Ort, Änderungsdatum, Unterschrift und Notarenstempel gekennzeichnet werden müssen. Entscheidend ist, dass die korrigierten Stellen in der ursprünglichen Fassung lesbar bleiben, damit alle redaktionellen Änderungen nachvollziehbar sind. Das blosses Austauschen von Seiten ist hingegen unzulässig, da es den späteren Nachvollzug von Änderungen verunmöglicht und damit die Beweistauglichkeit der öffentlichen Urkunden potenziell vereitelt. Zudem darf der Notar nur das beurkundete, was er mit seinen eigenen Sinnen an der entsprechenden Versammlung wahrgenommen hat.<sup>18</sup>

Der Handelsregisterführer hatte die Handelsregisteranmeldung, die eine Stammkapitalerhöhung und die Umwandlung betrafen, abgewiesen. Der Notar verteilte sodann die bisherigen zwei öffentlichen Urkunden (d.h. einerseits die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung und andererseits jene der Geschäftsführung) neu auf drei sukzessive Beurkundungsvorgänge und datierte diese zurück. Da mit der Erstellung der neuen Urkunden mit der Rückdatierung auf die Daten der ursprünglichen Beschlussdaten auch eine inhaltliche Korrektur der öffentlichen Urkunden vom 15. März 2019 vorgenommen wurde, handelte es sich um eine vollwertige Neu- bzw. Nachbeurkundung mit dem Datum der Rückdatierung. Im vorliegenden Fall hätte Rechtsanwalt und Notar A. an den Gesellschafterversammlungen und der Sitzung der Geschäftsführung nochmals als Notar teilnehmen und die öffentlichen Urkunden über die entsprechenden Feststellungen und Beschlüsse mit den zutreffenden Daten und seinen Wahrnehmungen entsprechend errichten müssen. Das war im konkreten Fall notwendig, da die Gesellschafterversammlung und die Geschäftsführung die Stammkapitalerhöhung und die Umwandlung fehlerhaft beschlossen hatten. Die rückdatierte Änderung der Urkunden versties gegen die Wahrheitspflicht der Urkundsperson und machte diese Urkunden nichtig, da unwahre Vorgänge beurkundet wurden, die so gar nie stattgefunden hatten und vom Notar gar nicht unmittelbar wahrgenommen wurden.<sup>19</sup>

### C. Unparteiliche Interessenwahrungspflicht des Notars

Im Sachverhalt, der dem Verfahren AK 2019 4 zu Grunde lag, versuchte der Rechtsanwalt und Notar A. das Anliegen seiner Klientschaft mit forschem Auftreten gegen den Handelsregisterführer des Kantons Nidwalden durchzusetzen. Im Hinblick auf später entstehende Streitigkeiten aus den Versammlungsbeschlüssen, die er als Notar öffentlich beurkundet hat, steht das energische oder parteiliche Auftreten des Notars im Widerspruch zu seinen Berufspflichten.

<sup>14</sup> Vgl. AK 2019 4 (FN 1), E. 3.1.

<sup>15</sup> Vgl. BGE 99 II 159 E. 2; OGer OW, 12.8.1999, in: AbR 1998/1999, Nr. 4, E. 2.

<sup>16</sup> Vgl. OGer OW, 12.8.1999, in: AbR 1998/1999, Nr. 4, E. 2; BRÜCKNER (FN 13), N 1576, N 1326, N 2298.

<sup>17</sup> Vgl. STEPHAN WOLF, Öffentliche Beurkundung und Behebung von Fehlern – ausgewählte Einzelfragen, REPRAX 3/2014, 27 ff.; vgl. z.B. Art. 36 der Notariatsverordnung des Kantons Bern vom 26. April 2006 (NV; BSG 169.112); § 44 der Verordnung des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 23. November 1960 über die Geschäftsführung der Notariate (Notariatsverordnung; LS 242.2); Art. 4 der Verordnung des Kantons St. Gallen vom 2. November 2005 über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung (sGS 151.51).

<sup>18</sup> Vgl. AK 2019 4 (FN 1), E. 3.1.

<sup>19</sup> Vgl. AK 2019 4 (FN 1), E. 4.4 und E. 5.1.

Insbesondere bei Rechtsanwälten, die zugleich als freiberufliche Notare zugelassen sind, kann dies zu Problemen führen, sofern sie nicht die beiden Rollen trennen.

## 1. Rolle des Notars

Ein Notar ist im Rahmen seiner Zuständigkeit grundsätzlich verpflichtet, die von ihm verlangten Berufsfunktionen zu erfüllen, sofern nicht ein Ausstandsgrund besteht, eine Urkundspartei die Mitwirkung verweigert oder eine Beurkundung offensichtlich unmöglich, rechtswidrig oder unsittlich ist.<sup>20</sup> Rechtsanwälte sind zwar freiberuflich tätig, nehmen in ihrer Tätigkeit als freiberufliche Notare aber eine hoheitliche bzw. amtliche Funktion wahr. Das heisst, dass die beiden Rollen streng voneinander zu trennen sind. Während der Rechtsanwalt die Interessen einer Partei einseitig vertritt, hat der Notar unparteiisch die Interessen der am öffentlich beurkundeten Sachverhalt formell oder materiell beteiligten Parteien sowie des Staates zu wahren. Die Urkundsperson hat durch ihre Belehrungen die «Waffengleichheit» zwischen den Parteien, die unterschiedliches intellektuelles Rüstzeug, verschiedene Erfahrungen und Verhandlungsgeschick haben, herzustellen und die Parteien vor Unbedacht zu schützen.<sup>21</sup>

Die Rollenverteilung ist klar. Die Gesellschafter und die Geschäftsführer der GmbH haben die notwendigen Willenserklärungen im Rahmen der Versammlungsbeschlussfassung abzugeben. Der Notar hat die formelle Verantwortung, dass im staatlich dafür vorgesehenen Verfahren beurkundungspflichtige Sachverhalte gesetzeskonform in die richtige Form gebracht werden.<sup>22</sup> Er hat notarielle Belehrungs- sowie Prüfungspflichten und ist der umfassenden materiellen Wahrheit verpflichtet.<sup>23</sup> Der Notar dient den Beurkundungsparteien, dem Rechtsverkehr und der Öffentlichkeit durch die Förderung der Klarheit des Geschäftes und den Schutz vor übereilter Bindung, der Schaffung zuverlässiger Grundlagen für Registereinträge und der verstärkten Beweiskraft seiner öffentlichen Urkunden nach Art. 9 ZGB und Art. 179 ZPO.<sup>24</sup> Der Handelsregisterführer wiederum trägt die eintragungsfähigen Sachverhalte, die

mit den öffentlichen Urkunden nachgewiesen sind, in das Handelsregister ein.<sup>25</sup>

Der Notar kann nur in der freiwilligen oder nichtstreitigen Gerichtsbarkeit amten. Sachverhalte, die bereits Gegenstand eines Streits sind, vielleicht sogar eines Prozesses, können nicht öffentlich beurkundet werden. Sobald ein Streit absehbar oder ausgebrochen ist, obliegt die Feststellung der Rechtsverhältnisse im Verfahren kontradiktorischer Wahrheits- und Rechtsfindung dem Gericht.<sup>26</sup> Hier sind der Grundsatz des rechtlichen Gehörs der Parteien und die Regeln über die prozessuale Wahrheitsfindung im Falle der Beweislosigkeit kennzeichnend, welche für die notarielle Wahrheitsfindung nicht gelten. Im Konfliktfall oder wenn Tatsachen ungewiss sind und die Urkundsperson die Richtigkeit gar nicht bescheinigen kann, ist demgemäss für die notarielle Wahrheitsfindung kein Raum vorhanden.<sup>27</sup>

## 2. Berufspflicht der unparteilichen Interessenwahrung

Ein als freiberuflicher Notar tätiger Rechtsanwalt ist gehalten, nicht nur die in Art. 12 BGFA geregelten Berufspflichten zu beachten, sondern ebenfalls diejenigen des Notariatsrechts.<sup>28</sup> Das Obergericht des Kantons Obwalden hat in einem rechtsvergleichend begründeten Entscheid erwogen, dass ein Notar, der eine Partei über längere Zeit als Rechtsanwalt berät oder vertritt, bei der öffentlichen Beurkundung eines Geschäfts in der gleichen Angelegenheit in den Ausstand zu treten hat.<sup>29</sup> Allgemein gilt, sobald «der Notar aus einem ausserhalb des eigentlichen Beurkundungsgeschäfts

<sup>20</sup> Vgl. z.B. § 9a BeurkG/ZG.

<sup>21</sup> Vgl. BRÜCKNER (FN 13), N 896 ff.

<sup>22</sup> Vgl. BGE 99 II 159 E. 2a; ALFRED KOLLER, Konsens- oder Formmangel?, AJP 2020, 165 f.

<sup>23</sup> Vgl. AK 2019 4 (FN 1), E. 3.1 und E. 3.4; VGer GR, U 07 98, 25.1.2008, in: PVG 2008, Nr. 5, E. 2 und E. 3.

<sup>24</sup> Vgl. BGE 118 II 32 E. 3d; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 9 N 12, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), ZGB I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2018.

<sup>25</sup> Vgl. AK 2019 4 (FN 1), E. 3.1 und E. 3.4; Entscheid der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2018 11, 18.2.2019, E. 2 und E. 2.2.

<sup>26</sup> Vgl. Art. 1 lit. a und lit. b ZPO; BRÜCKNER (FN 13), N 1620, N 2718 f.; Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221 ff., 7257.

<sup>27</sup> Vgl. BRÜCKNER (FN 13), N 1620 und N 1089 ff.; BGE 110 II 1 E. 3a; STEPHAN WOLF, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012, Art. 9 ZGB N 36 ff.

<sup>28</sup> Vgl. BGer, 2C\_407/2008, 23.10.2008, E. 3.3; BGer, 2C\_518/2009, 9.2.2010, E. 4.1; WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, 2. A., Bern 2017, N 411. Somit müssen Anwälte, die als freiberufliche Notare tätig sind, nicht nur konkrete sondern auch abstrakte Interessenkonflikte vermeiden, die sich aus dem Notariatsberuf ergeben können. Für freiberufliche Anwälte und Notare ist somit Art. 12 lit. c BGFA aufgrund einer notariellen Nebenbeschäftigung strenger anzuwenden, da das Ansehen des Notariats nicht nur beeinträchtigt wird, wenn der Notar in einem konkreten Fall von einem offensichtlichen Interessenkonflikt betroffen ist, sondern dass es ausreicht, wenn die Nebenerwerbstätigkeit mit der Möglichkeit von Interessenkonflikten als Notar verbunden ist; BGer, 2C\_183/2018, 6.8.2018, E. 5.3.2 und E. 5.3.3.

<sup>29</sup> Vgl. OGer OW, 8.11.2002, in: AbR 2000/2001, Nr. 2, E. 4a.aa. Zum Begriff der «Angelegenheit» vgl. BRÜCKNER (FN 13), N 786 ff. Der Anwalt und Notar hat gegenüber einem Anwaltsklient für notarielle Tätigkeiten in den Ausstand zu treten, da der Anwaltsklient eine «nahestehende Person» des Notars ist und berufrechtliche Pflichten-

tes liegenden Grund ein eigenes Interesse am Abschluss des Geschäftes hat, wird seine Unabhängigkeit tangiert.»<sup>30</sup> Tunlichst zu vermeiden ist nicht nur die tatsächliche Befangenheit im Einzelfall, sondern jeder Anschein einer möglichen Befangenheit; dies im Interesse des öffentlichen Ansehens, der Autorität der Urkundsperson und des Beurkundungswesens.<sup>31</sup> Ob der Notar tatsächlich subjektiv befangen ist, spielt keine Rolle, da er sich von Anfang an sämtlichen Beteiligten als unparteilicher Zeuge zur Verfügung halten muss.<sup>32</sup> Es darf somit von Anfang an nicht einmal ein abstrakter Anschein einer möglichen Befangenheit entstehen.<sup>33</sup> Zweck dieser Regelung ist die generelle Vermeidung von mangelhaften Beurkundungen, bei denen die Urkundsperson möglicherweise befangen oder an denen sie formell oder materiell beteiligt oder unmittelbar interessiert scheinen könnte.<sup>34</sup> Diese Regelung geht mit gutem Grund weit. Oftmals zeigt sich erst im Nachhinein oder im Streit, ob ein Notar befangen war oder nicht.

Bei der Trennung der beiden Tätigkeiten ist gemäss Bundesgericht auf den jeweils ausgeübten Sachzusammenhang der vom Anwalt und Notar getroffenen Vorkehrungen abzustellen. «Wenn der Notar gleichzeitig als Fürsprecher praktiziert, darf er in einer streitigen Angelegenheit, die einen von ihm zuvor öffentlich verurkundeten Sachverhalt betrifft, keine der beteiligten Parteien vertreten.»<sup>35</sup> Gemäss Obergericht des Kantons Luzern hat sich der Anwalt und Notar jeder Tätigkeit zu enthalten, wenn ein von ihm beurkundetes Geschäft oder Sachverhalt «in irgendeiner noch

so entfernten Weise zum Gegenstand eines Streits wird».<sup>36</sup> Sobald sich ein Gericht oder eine Behörde mit einem Streitgegenstand befassen muss, der in der öffentlichen Urkunde erwähnt ist oder in den Vorarbeiten zur Urkunde notariell zu ermitteln war, d.h. wenn die öffentliche Urkunde oder die Beurkundungstätigkeit des Notars einen Streit tatsächlich oder rechtlich tangieren könnte, muss sich der Notar als Anwalt aus dem Streit heraushalten oder sein Mandat niederlegen.<sup>37</sup> Dies ist gemäss Bundesgericht vergleichbar mit jener Konstellation, in welcher der Anwalt vorgängig der Mandatsübernahme eine richterliche Funktion wahrnimmt: Auch hier erlange diese Person als Richter Kenntnis von wesentlichen Tatsachen, die (auch) die spätere Gegenpartei betreffen.<sup>38</sup> Dabei wird nicht vorausgesetzt, dass die durch den Notar errichtete öffentliche Urkunde gültig ist oder die an der öffentlichen Beurkundung teilnehmenden Personen noch am Leben sind.<sup>39</sup> Die Anwaltskommission des Kantons Glarus hat dies treffend formuliert: «Wer als Notar ein Rechtsgeschäft beurkundet, nimmt sich für eine daraus entstehende Auseinandersetzung als Rechtsanwalt aus dem Spiel. Dies ergibt sich aus dem Bundesrecht, schützt aber durchaus auch das Vertrauen der Vertragsparteien und des Publikums.»<sup>40</sup> Ein Anwalt und Notar hat somit von Anfang an klarzustellen, ob er in einem Sachverhalt nur anwaltlich oder nur notariell tätig ist.<sup>41</sup> Die strengen formellen Vorschriften des Beurkundungsrechts dienen nicht nur der Schaffung eines Belegs öffentlichen Glaubens für den Rechtsverkehr, sie bilden auch Grundlage für das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Echtheit der Urkunden sowie in die Amtshandlungen des Staates und damit der Urkundspersonen als solches.<sup>42</sup> Die vorgängige anwaltliche Tätigkeit zur notariellen (hoheitlichen) Funktion im strittigen Sachverhalt führt dazu, dass gar keine öffentliche Urkunde entstehen kann, da ihr der öffentliche Glaube nach Art. 9 ZGB und Art. 179 ZPO fehlt.<sup>43</sup>

kollisionen drohen; vgl. BRÜCKNER (FN 13), N 1097 ff., N 1651 f., N 1827 und N 3110.

<sup>30</sup> OGer OW, 24.8.2000, in: AbR 2000/2001, Nr. 1, E. 2c.

<sup>31</sup> Vgl. OGer OW, 24.8.2000, in: AbR 2000/2001, Nr. 1, E. 2c; BGer, 2C\_183/2018, 6.9.2018, E. 5.3.2 und E. 5.3.3.

<sup>32</sup> Vgl. BGer, 2C\_518/2009, 9.2.2010, E. 4.2; BGer, 2C\_183/2018, 6.9.2018, E. 5.3.2 und E. 5.3.3; OGer OW, 8.11.2002, in: AbR 2000/2001, Nr. 2, E. 4.a.aa und E. 5a.

<sup>33</sup> Vgl. OGer OW, 8.11.2002, in: AbR 2000/2001, Nr. 2, E. 4.a.aa und E. 4.a.bb; BGer, 2C\_183/2018, 6.9.2018, E. 5.3.2 und E. 5.3.3; BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55 SchlT ZGB N 30 ff., in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), ZGB II, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-Verfasser).

<sup>34</sup> Vgl. OGer OW, 24.8.2000, in: AbR 2000/2001, Nr. 1, S. 37, E. 2a: Eine Beteiligung wird «allgemein dann angenommen, wenn der Notar entweder als Sachbeteiligter, Vertreter, Zeuge etc. am Beurkundungsverfahren selbst teilnimmt (formelle Beteiligung) oder wenn er ein rechtliches Interesse am Beurkundungsgegenstand hat, wenn also seine Rechte und Pflichten durch die vorzunehmende Amtshandlung berührt werden»; PETER RUF, Notariatsrecht, Langenthal 1995, N 721 und N 723; BRÜCKNER (FN 13), N 783, N 795.

<sup>35</sup> BGer, 2C\_407/2008, 23.10.2008, E. 3.3; vgl. auch BRÜCKNER (FN 13), N 902: «Hat die Urkundsperson eine Urkunde errichtet und ist in der Folge die Entstehung der öffentlichen Urkunde oder die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes oder die Rechtmässigkeit der protokollierten Veranstaltung streitig, so darf die Urkundsperson in einem solchen Rechtsstreit keine der Parteien anwaltlich vertreten.»

<sup>36</sup> OGer LU, I. Kammer, 11 09 73, 8.7.2009, in: LGVE 2010, Nr. 33. Vgl. BGer, 2C\_518/2009, 9.2.2010, E. 4.2a; BSK ZGB II-SCHMID (FN 33), Art. 55 SchlT ZGB N 31b.

<sup>37</sup> Vgl. Entscheid der Anwaltskommission des Kantons Aargau, 14.11.2007, AGVE 2007, 49, E. 1.4 und gesamte E. 3; OGer OW, 8.11.2002, in: AbR 2000/2001, Nr. 2, E. 5.

<sup>38</sup> Vgl. BGer, 2C\_407/2008, 23.10.2008, E. 3.3; vgl. BGer, 2C\_518/2009, 9.2.2010, E. 4.1.

<sup>39</sup> Diese Schlussfolgerung kann man aus BGer, 2C\_518/2009, 9.2.2010, ziehen. Vgl. auch BRÜCKNER (FN 13), N 488 ff., N 503 ff., N 509 f.

<sup>40</sup> Vgl. Entscheid der Anwaltskommission des Kantons Glarus, 25.1.2019, E. 4.

<sup>41</sup> Vgl. OGer OW, 24.8.2000, in: AbR 2000/2001, Nr. 1, S. 37, E. 2c.

<sup>42</sup> Vgl. Entscheid der Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen des Kantons Zug, AK 2018 11, 18.2.2019, E. 2.2; VGer GR, U 07 98, 25.1.2008, PVG 2008, Nr. 5, S. 33, E. 2 und E. 3b; BRÜCKNER (FN 13), N 240.

<sup>43</sup> Vgl. BRÜCKNER (FN 13), N 776, N 782 f.

Die Einwilligung der Klienten, bzw. eine Genehmigung der Aufsichtsbehörden oder Gerichte, welche die gleichzeitige Tätigkeit von Anwalt und Notar im streitigen Sachverhalt zulassen würde, ist nicht möglich, da sie gegen zwingendes Recht verstösst.<sup>44</sup>

Damit die Beweisregeln von Art. 9 ZGB und Art. 179 ZPO funktionieren, müssen die an einer Beurkundung beteiligten Personen dem Notar Informationen vorbehaltlos anvertrauen können. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden hat erwogen, dass Notare über die von ihnen beurkundeten Sachverhalte vom Berufsgeheimnis zu entbinden sind, sofern dies für die Ermittlung der materiellen Wahrheit über Vorgänge oder Tatsachen nötig ist, die in einem Verfahren strittig sind. Ein Notar kann als unparteilicher Zeuge in einem (nach der Beurkundungstätigkeit entstehenden) streitigen Verfahren zur Ermittlung der materiellen Wahrheit beitragen, da dies gerade im Zusammenhang mit der Funktion der öffentlichen Urkunden und der Beurkundungstätigkeit steht. Falls ein Notar (in Verletzung seiner Pflichten) für eine Partei als Anwalt tätig war oder anderweitig Ausstandsregeln verletzt hat, ist dies durch das Gericht nach der Regel der freien Beweiswürdigung nach Art. 157 ZPO zu berücksichtigen.<sup>45</sup>

Ein Notar darf zudem keine Kenntnisse, die er in seiner amtlichen Stellung als Notar erworben hat, z.B. aus früheren Rechtsgeschäften, als Anwalt in einem Prozess verwenden, und zwar unabhängig vom Beurkundungsgeheimnis.<sup>46</sup> Der Notar, der im Sachverhalt bereits anwaltlich (bzw. einseitig-parteilich) für eine im streitigen Verfahren beteiligte Person tätig war, ist im streitigen Prozess unter Berücksichtigung der potenziellen Interessenkonflikte des Anwalts und Notars als Zeuge zu befragen. Sobald sich ein Notar bezüglich seiner Beurkundungstätigkeit auf das Anwaltsgeheimnis (anstatt auf das Berufsgeheimnis der Notare bzw. Amtsgeheimnis) berufen muss oder nicht mehr offen und unparteilich notariell beraten sowie belehren kann, ist in jedem Fall eine unzulässige Vermischung der Geschäfte gegeben. Dies stellt einen Verstoß gegen die Berufsregeln des

Anwalts- und des Notarenberufs dar.<sup>47</sup> Dabei hat der Notar freilich – trotz Entbindung vom Berufsgeheimnis – ein gewisses Aussageverweigerungsrecht, das allerdings nach Art. 166 ZPO oder Art. 170 f. StPO weniger weit reicht als jenes der Anwälte.<sup>48</sup> Ein Notar kann somit – im Gegensatz zum Rechtsanwalt – in bestimmten Konstellationen zur Aussage verpflichtet werden. Dies betrifft insbesondere auch Kenntnisse, die der Notar als Anwalt erworben hat und über die er als Notar Auskunft geben müsste; ein solcher Konflikt der Berufspflichten ist vom Anwalt und Notar unter allen Umständen zu vermeiden.<sup>49</sup> Zeugenaussagen des Notars sind jedoch hinsichtlich der Glaubwürdigkeit unter gegebenen Umständen als herabgesetzt zu betrachten, wenn er seine Sorgfalts- oder Unparteilichkeitspflichten verletzt hat. Falls der Notar seine Aussage verweigert, kann dies die Beweistauglichkeit der durch den Notar in der öffentlichen Urkunde bescheinigten Wahrnehmungen herabsetzen oder zunichte machen, sofern die entsprechende Tatsache im Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren umstritten ist.<sup>50</sup>

### 3. Parteiliches Verhalten des Notars

Die Urkundsperson darf weder Beurkundungsparteien noch Dritte unter Druck setzen oder hinsichtlich Streitigkeiten bezüglich der Sachverhalte, in denen er als Notar tätig war, in eigener Sache handeln, diese schlichten, diesbezüglich anwaltlich tätig sein oder anderweitig die unparteiliche Interessenwahrungspflicht verletzen. Der Notar kann und darf einen Notariatsklienten nicht anwaltlich oder anderweitig parteilich gegenüber Dritten vertreten.<sup>51</sup> Insbesondere in Fällen, in denen über ein beurkundetes Geschäft ein Streit ausgebrochen ist, muss der Notar gegenüber sämtlichen Personen auch nach der Beurkundung unparteilich die Interessen wahren und grösste Zurückhaltung ausüben,<sup>52</sup> da er sonst insbesondere seine Glaubwürdigkeit als Zeuge in einem potenziellen Streit herabsetzen könnte. Ein schwerer Verstoß gegen die Berufsregeln stellt in jedem Fall auch der Versuch dar, eine Vergleichsvereinbarung über Streitigkeiten zu offerieren oder abzuschliessen, die das notarielle Handeln oder eine öffentliche Urkunde des Notars tangie-

<sup>44</sup> Vgl. BGer, 1P.227/2005, 13.5.2005, E. 3.1; BGE 134 II 108 E. 4.2 und E. 5; OGer OW, 24.11.2000, in: AbR 2000/2001, Nr. 2, E. 4c. M.E. kann im Streitfall auch keine Anerkennung gemäss § 9 BeurkG/ZG erfolgen, da dies dem bundesrechtlichen Zweck des Beurkundungsverfahrens widerspricht; zu diesem Zweck vgl. BGE 99 II 159 E. 2; BGE 106 II 146 E. 1. § 9 Abs. 3 BeurkG/ZG erlaubt gemäss (bundesrechtswidriger) Zuger Praxis einer Gemeinde ihre eigenen Geschäfte durch ihren Notar beurkunden zu lassen; für Anwälte gilt dieser Ausstandsdispens indes nicht, da insbesondere Art. 12 lit. c BGFA und bundesrechtliche Ausstandsvorschriften diesem entgegenstehen; BGer, 2C\_183/2018, 6.9.2018, E. 5.3.2 und E. 5.3.3.

<sup>45</sup> Vgl. VGer GR, U 07 98, 25.1.2008, in: PVG 2008, Nr. 5, E. 3b.

<sup>46</sup> Vgl. BRÜCKNER (FN 13), N 1166 und N 1097 ff.

<sup>47</sup> Vgl. BRÜCKNER (FN 13), N 1827.

<sup>48</sup> Vgl. BSK ZPO-SCHMID, Art. 166 N 20, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), ZPO, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017; BSK StPO-VEST/HORBER, Art. 171 N 8c und N 10 ff., in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), StPO, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2014.

<sup>49</sup> Vgl. BRÜCKNER (FN 13), N 1097 ff., N 1651 f., N 1827 und N 3110.

<sup>50</sup> Vgl. BGer, 5P.165/2004, 20.7.2004, E. 2.

<sup>51</sup> Vgl. AK 2019 4 (FN 1), E. 5.1 und E. 5.2; BRÜCKNER (FN 13), N 1651.

<sup>52</sup> Vgl. MICHAEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, 2. A., Bern 2014, N 243a.

ren. Dies betrifft namentlich Streitigkeiten über öffentlich beurkundete Sachverhalte, die bereits zu Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren führten und mit der Verpflichtung zum Rückzug von rechtshängigen Klagen oder Beschwerden in Zivil- und Verwaltungsprozessen sowie der Abgabe einer Saldo-Quittung endgültig geregelt werden sollten.<sup>53</sup> Solches nachträgliches Tätigwerden, um «verunglückte» öffentliche Beurkundungen (oder deren Beurkundungsversuche) vertraglich mittels Vergleichsvereinbarungen zu korrigieren, ist rechtswidrig, verstösst gegen Berufsregeln und steht im Widerspruch zur hoheitlichen Funktion des Notars. Ein Notar kann und darf nicht über seine öffentlichen Beurkundungen (oder damit connexe Sachverhalte) Prozessvergleiche oder andere Vereinbarungen abschliessen.<sup>54</sup>

Wer als Notar Personen unter Druck setzt oder für einzelne Parteien einseitig anwaltlich handelt, verletzt die Vorschriften zur Unparteilichkeit und seine notarielle Sorgfaltspflicht. Entsprechend ist das streitbare Auftreten des Rechtsanwalts und Notars A. gegenüber dem Handelsregisterführer in vielerlei Hinsicht problematisch. Falls die Klienten des Notars die Eintragungsfähigkeit der durch den Notar A. erstellten öffentlichen Urkunden auf dem Rechtsweg hätten überprüfen lassen wollen, dann wäre ein vom Notar A. unabhängiger Rechtsanwalt einer anderen Kanzlei, der sich nicht in einem Interessenkonflikt befindet, damit zu mandatieren gewesen.<sup>55</sup> Falls ein Notar selber als Anwalt im beurkundeten Sachverhalt tätig wird, verletzt er damit die Regeln zum Interessenkonflikt nach Art. 12 lit. c BGFA in Verbindung mit den Ausstandsnormen des Beurkundungsrechts. Rechtsschriften, die in Verletzung von Art. 12 lit. c BGFA Eingang in Verfahren finden, sind von Amtes wegen in Verfahren vor Verwaltungsbehörden oder Gerichten aus dem Recht zu weisen und der entsprechende Anwalt ist aus dem Verfahren als Rechtsvertreter auszuschliessen.<sup>56</sup>

Im vorliegenden Fall, den die Aufsichtskommission im Verfahren AK 2019 4 zu beurteilen hatte, verletzte der Rechtsanwalt und Notar A. seine Berufspflichten mehrfach. Falls es bei der ursprünglichen Beurkundung zu einem späteren Gerichtsprozess gekommen wäre, hätte A. über sei-

ne notariellen Wahrnehmungen an den Versammlungsbeschlüssen unparteiisch als Zeuge Auskunft geben können, sofern er sich nicht nach der öffentlichen Beurkundung parteilich verhalten hätte. Im Ergebnis hat der Rechtsanwalt und Notar durch sein parteiliches Verhalten den Beweiswert der von ihm geschaffenen öffentlichen Urkunden zunichtegemacht. Seine Zeugenaussage vor Gericht kann er nicht mehr glaubwürdig leisten. Der Zweck der öffentlichen Beurkundung ist damit vereitelt und die Interessen der an der öffentlichen Beurkundung beteiligten Personen sind dadurch verletzt. Darüber hinaus stellt das energische, parteiliche Auftreten des Notars gegenüber Dritten eine schwere Berufspflichtverletzung dar und hatte zurecht disziplinarische Konsequenzen.<sup>57</sup> Der Versuch, Fehler in öffentlichen Urkunden mittels Androhung wirtschaftlicher Nachteile gegenüber dem Kanton Nidwalden zur Eintragung im Handelsregister zu erwirken, stellt ein sachfremdes Mittel zur Durchsetzung eines Beurkundungsgeschäfts dar. Zugleich ist dies eine rechtswidrige Zweckverfolgung durch den Notar, die ebenfalls berufsrechtlich, insbesondere aus voranstehend erwähnten Gründen, streng untersagt ist.<sup>58</sup>

#### D. Exkurs: Strafrechtliche Aspekte

Das Verfahren AK 2019 4 hatte bei der Aufsichtskommission lediglich die Berufspflichten des Anwalts und Notars A. zum Gegenstand. Der Entscheid prüft die Strafbarkeit des Rechtsanwalts und Notars A. hingegen nicht. Beim Streit, der dem Verfahren AK 2019 4 zugrunde lag, hätte man sich auch fragen können, ob eine Strafbarkeit des Notars gegeben sein könnte. Die nachträgliche Abänderung der öffentlichen Urkunden inkl. Rückdatierung sowie deren Einreichung beim Handelsregister wäre insbesondere bezüglich der Urkundendelikte (Art. 251, Art. 253 StGB) oder der Urkundenfälschung im Amt (Art. 317 StGB) zu prüfen. Wer zudem eine Handelsregisterbehörde zu einer unwahren Eintragung veranlasst oder ihr eine eintragungspflichtige Tatsache verschweigt, macht sich nach Art. 153 StGB strafbar. Im Verfahren AK 2019 4 sind auch die Drohungen gegenüber dem Handelsregisterführer erwähnt. Sofern ein Notar einen Handelsregisterführer mittels Androhung ernstlicher Nachteile zu einer widerrechtlichen Eintragung veranlassen möchte, könnte dies z.B. die Tatbestände der Nötigung nach Art. 181 StGB oder Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte nach Art. 285 StGB erfüllen.

Es handelt sich bei den vorerwähnten Straftatbeständen um Officialdelikte. Strafbehörden sowie die Mitglieder der Behörden der Kantone und des Bundes haben die Pflicht, Straftaten den zuständigen Strafbehörden anzuzeigen, so-

<sup>53</sup> Vgl. OGer OW, 8.11.2002, in: AbR 2000/2001, Nr. 2, E. 4b, E. 4c und E. 5.

<sup>54</sup> Vgl. OGer OW, 8.11.2002, in: AbR 2000/2001, Nr. 2, E. 4b, E. 4c und E. 5.

<sup>55</sup> Vgl. ALEXANDER BRUNNER/MATTHIAS CHRISTOPH HENN/KATHRIN KRIESI, *Anwaltsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2015, Kapitel 4 N 163 ff.

<sup>56</sup> Vgl. WALTER FELLMANN/YVONNE BURGER, *Verbot von Interessenkollisionen und seine Durchsetzung im Prozess*, *Anwaltsrevue* 1/2020, 14 ff.; vgl. z.B. Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 59 f. ZPO; BGer, 1B\_7/2009, 16.3.2009, E. 2 bis E. 5.13; BVGer, A-6040/201, 2.5.2019, *passim*.

<sup>57</sup> Vgl. AK 2019 4 (FN 1), E. 5, E. 5.1 und E. 5.2.

<sup>58</sup> Vgl. AK 2019 4 (FN 1), E. 5.1.

weit sie nicht selbst für die Strafverfolgung zuständig sind, damit die Strafbehörden bei hinreichendem Tatverdacht weitere Abklärungen vornehmen können.<sup>59</sup>

### III. Fazit

Der Entscheid AK 2019 4 überzeugt sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis. Er zeigt, wie das Stammkapital vorgängig zur Umwandlung der GmbH in eine Aktiengesellschaft zu erhöhen ist. Dabei werden die beurkundungsrechtlichen Aspekte und die Folgen der fehlerhaften öffentlichen Beurkundung nachvollziehbar dargestellt. Die unwahre öffentliche Beurkundung, insbesondere die Rückdatierung, hat die Nichtigkeit zur Folge. Der Entscheid zeigt auch, dass fehlerhaft durchgeführte Versammlungsbeschlüsse neu durchzuführen sind und nicht nachträglich bloss redaktionell korrigiert werden können. Es gibt zudem im Beurkundungsrecht des Kantons Zug keine gesetzliche Grundlage für die Korrekturen von offensichtlichen redaktionellen Mängeln, obschon der Entscheid AK 2019 4 die nachvollziehbar gestaltete Korrektur von offensichtlich redaktionellen Fehlern im Text implizit nicht auszuschliessen scheint, solange damit keine Änderung des durch den Notar bescheinigten Inhalts erfolgt.

Mit seinem Vorgehen hat Rechtsanwalt und Notar A. die Sorgfaltspflicht als Notar und die Pflicht zur unparteilichen Wahrung der Interessen der an einer Beurkundung beteiligten Personen verletzt und den Beweiswert der von ihm in den öffentlichen Urkunden bescheinigten Wahrnehmungen vereitelt. In einem allfälligen Streit über die von ihm öffentlich beurkundeten Sachverhalte kann er als Zeuge nicht mehr zur Verfügung stehen. Aus den qualifizierten Verletzungen des Beurkundungsverfahrens ergibt sich, dass die von Notar A. erstellten öffentlichen Urkunden insgesamt nichtig wurden.<sup>60</sup>

Der Handelsregisterführer des Kantons Nidwalden hat den fehlbaren Rechtsanwalt und Notar A. somit zurecht bei der Aufsichtskommission des Kantons Zug angezeigt. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass Gerichte und Behörden von Amtes wegen Verletzungen des Berufsrechts der Anwälte und Notare bei den zuständigen Anwalts- bzw. Notariatsaufsichtsbehörden anzuzeigen haben.<sup>61</sup> Die Durchsetzung der Normen des Berufsrechts ist unverzichtbar, um die Glaubwürdigkeit der korrekt handelnden Notare, ihrer öffentlichen Urkunden und des Justizsystems zu gewährleisten.

<sup>59</sup> Vgl. Art. 302 Abs. 1 und Abs. 2 StPO; Art. 309 StPO.

<sup>60</sup> Vgl. AK 2019 4 (FN 1), E. 4.4.

<sup>61</sup> Vgl. AK 2019 4 (FN 1), E. 4.8; vgl. z.B. § 33a Abs. 2 BeurkG/ZG; §§ 12 ff. EG BGFA/ZG; Art. 15 BGFA; Art. 71 VwVG.