



Stiftung Schweizerisches Notariat  
Fondation Notariat Suisse  
Fondazione Notariato Svizzero

# Gesellschaftsrecht und Notar

## La société au fil du temps

Schulthess §

# **Gesellschaftsrecht und Notar**

## **La société au fil du temps**

**Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung  
Schweizerisches Notariat vom 1. September 2015  
in Zürich und vom 8. September 2015 in Lausanne**

**Contributions des séminaires de formation continue  
organisés par la Fondation Notariat Suisse  
le 1<sup>er</sup> septembre 2015 à Zurich  
et le 8 septembre 2015 à Lausanne**

Herausgeber:

**Jürg Schmid**, a. Notariatsinspektor

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2016  
ISBN 978-3-7255-7512-1

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Inhaltsverzeichnis

|                                                                                                                                                        |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Préface .....</b>                                                                                                                                   | <b>V</b>   |
| MICHEL MONOD<br>Notaire, président de la Fondation Notariat Suisse                                                                                     |            |
| <b>Einleitung .....</b>                                                                                                                                | <b>VII</b> |
| JÜRGE SCHMID<br>a. Notariatsinspektor                                                                                                                  |            |
| <b>Gesellschaftsrecht und Notar – Entwicklungen und Tendenzen .....</b>                                                                                | <b>1</b>   |
| LUKAS GLANZMANN<br>Prof. Dr. iur., Titularprofessor für Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen<br>CLAUDIA WALZ<br>M.A. HSG (Law and Economics) |            |
| <b>Gründung und Kapital bei AG und GmbH .....</b>                                                                                                      | <b>39</b>  |
| LUKAS HANDSCHIN<br>Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel<br>CONRADIN CRAMER<br>Dr. iur. LLM, Advokat und Notar           |            |
| <b>Statutarische Gestaltungsmöglichkeiten bei AG und GmbH .....</b>                                                                                    | <b>87</b>  |
| CHRISTOPH KÄSER<br>Notar und Rechtsanwalt                                                                                                              |            |
| <b>Notarielle Pflichten bei gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen .....</b>                                                                           | <b>107</b> |
| PETER VOSER<br>Notar, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich                                                                                       |            |
| <b>Modalités et limites des privilèges concessibles aux actionnaires<br/>et fondateurs .....</b>                                                       | <b>171</b> |
| HENRY PETER<br>Dr. en droit, avocat et professeur à l'Université de Genève<br>GUILLAUME JACQUEMET<br>Assistant-doctorant à l'Université de Genève      |            |

**Vermögensübertragung nach FusG aus notarieller  
und grundbuchrechtlicher Sicht ..... 213**

BALTHASAR BESSENICH

Dr. iur., Advokat und Notar, Fachanwalt SAV Erbrecht

**Fusionsrechtliche Tatbestände sowie Sacheinlage  
und Sachübernahme bei Grundstücken ..... 261**

ANDREAS GERSBACH

Dr. iur. LL.M., Rechtsanwalt

FRANZ J. KESSLER

Dr. iur. LL.M., Rechtsanwalt

**Familieninterne Unternehmensnachfolge – gesellschaftsrechtliche  
Gestaltungsmöglichkeiten ..... 287**

PETRA HANSELMANN

Lic. iur. LL.M., Rechtsanwältin

SABINE HERZOG

Dr. iur. LL.M., Rechtsanwältin

**Les nouveautés du droit de l'assainissement ..... 315**

NICOLAS JEANDIN

Dr. en droit, avocat et professeur à l'Université de Genève

**Der Verkehr mit dem Handelsregisteramt – Fallstricke für den Notar 361**

RETO BERTHEL

Rechtskonsulent, Handelsregisterführer a.D.

**Dissolution volontaire et liquidation de la société ..... 427**

WALTER STOFFEL

Dr. en droit, professeur à l'Université de Fribourg

# Gesellschaftsrecht und Notar – Entwicklungen und Tendenzen

LUKAS GLANZMANN / CLAUDIA WALZ

## Inhaltsübersicht

|                                                                                     |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Literatur .....                                                                     | 2  |
| Materialien, kantonale Gesetze .....                                                | 3  |
| 1. Einleitung .....                                                                 | 4  |
| 2. Zweck der notariellen Beurkundung .....                                          | 5  |
| 2.1 Begriff der notariellen Urkunde .....                                           | 5  |
| 2.2 Belegfunktion .....                                                             | 5  |
| 2.3 Verfahrenskontrolle .....                                                       | 6  |
| 2.4 Schutz vor Unbedacht .....                                                      | 8  |
| 3. Beurkundungspflicht bei AG und GmbH .....                                        | 10 |
| 3.1 Beurkundungserfordernisse de lege lata .....                                    | 10 |
| 3.1.1 Gründung .....                                                                | 10 |
| 3.1.2 Statutenänderung .....                                                        | 11 |
| 3.1.3 Änderung des Kapitals .....                                                   | 12 |
| 3.1.3.1 Kapitalerhöhungen .....                                                     | 12 |
| 3.1.3.2 Kapitalherabsetzung .....                                                   | 13 |
| 3.1.3.3 Nachliberierung .....                                                       | 14 |
| 3.1.3.4 Würdigung .....                                                             | 15 |
| 3.1.4 Auflösung .....                                                               | 16 |
| 3.1.5 Umstrukturierungen nach Fusionsgesetz .....                                   | 16 |
| 3.2 Lockerung des Beurkundungszwangs .....                                          | 17 |
| 4. Notariatsgebühren .....                                                          | 19 |
| 4.1 Grosse kantonale Unterschiede .....                                             | 19 |
| 4.2 Grundsätze für die Bemessung der Notariatsgebühren .....                        | 22 |
| 4.3 Vermeidung hoher Gebühren durch Wahlfreiheit .....                              | 24 |
| 5. Einzelfragen .....                                                               | 26 |
| 5.1 Vernichtung eigener Aktien gemäss neuem Rechnungslegungsrecht ...               | 26 |
| 5.2 Legitimationsprüfung aufgrund der neuen GAFI-Transparenz-<br>vorschriften ..... | 29 |
| 5.2.1 Meldepflichten und Sanktionen .....                                           | 29 |
| 5.2.2 Auswirkungen auf die Legitimation .....                                       | 31 |

|                                                      |    |
|------------------------------------------------------|----|
| 5.2.3 Prüfung der Legitimation durch den Notar ..... | 33 |
| 5.3 Übertragung von Stammanteilen .....              | 35 |
| 6. Schlussbemerkungen .....                          | 36 |

## Literatur

Carl Baudenbacher, Kommentar zu Art. 624 OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012 (zit. BSK-Baudenbacher); Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung – unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4., vollständig neu bearbeitete Auflage, Zürich 2009; Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993; Christian Brückner/Peter Hettich, Gutachten betreffend verschiedene Fragen im Zusammenhang mit dem Notariatstarif des Kantons Aargau vom 12. November 2010, abrufbar unter: [http://www.cbrueckner.ch/pdf/2010\\_GutachtenNotariatsfragenAG.pdf](http://www.cbrueckner.ch/pdf/2010_GutachtenNotariatsfragenAG.pdf); Roland Bühler, Öffentliche Urkunden des Aktienrechts als Handelsregisterbelege, ZBGR 63 S. 321; Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht – Begründet von Theo Guhl, 11. Auflage, Zürich 2015; Lukas Glanzmann, Das neue Rechnungslegungsrecht, in: Kunz/Arter/Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Bern 2013 (zit. Glanzmann, Das neue Rechnungslegungsrecht); derselbe, Neue Transparenzvorschriften bei AG und GmbH, publiziert auf [www.recht.ch](http://www.recht.ch) bzw., in überarbeiteter Form, in: Kunz/Arter/Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Bern 2016 (in Vorbereitung) (zit. Glanzmann, Neue Transparenzvorschriften); derselbe, Umstrukturierungen – Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 3., überarbeitete und erweiterte Auflage, Bern 2014 (zit. Glanzmann, Umstrukturierungen); Daniel Hasler, Die Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften nach dem Fusionsgesetz, in: Hausheer (Hrsg.), Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Band 733, Bern 2007; Claire Huguenin/Christophe Peter Reitze, Kommentar zu Art. 59 ZGB, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler-Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. Auflage, Basel 2014 (zit. BSK-Huguenin/Reitze); Errol Küffer, Ein weiterer Beitrag zur Kambrischen Explosion: Aus der Notariatspraxis zum Fusionsgesetz, in: Keller/Wiprächtiger (Hrsg.), Recht zwischen Dogmatik und Theorie, Festschrift für Marc Amstutz zum 50. Geburtstag, Zürich 2012, S. 177–198; Flavio Lardelli, Kommentar zu Art. 9 ZGB, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. Auflage, Basel 2014 (zit. BSK-Lardelli); Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht – mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11., vollständig neu bearbeitete Auflage, Bern 2012; Leonhard Müller, Die Haftung der Urkundsperson – Mit besonderer Berücksichtigung des aargauischen Rechts, Diss. Universität Zürich 2000, in: Giger/Honsell/Schnyder (Hrsg.), Schriftreihe zum Obligationenrecht, Band 68, Zürich 2000; Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, Der Verwaltungsrat – Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4., ergänzte und überarbeitete Auflage, Zürich 2014; Peter Nobel, Gesellschaftsrecht, in: Schmid (Hrsg.), Die Belehrungs- und Beurkundungspflicht des Notars – L'obligation d'informer du notaire, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat 2005, Zürich 2006, S. 195–216; Matthias Oertle/Shelby du Pasquier, Kommentar zu Art. 784–791 OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012 (zit. BSK-Oertle/du Pasquier); Werner Ritter/Leo Gehrer, Beurkundungsrecht für Praktiker – dargestellt am Beispiel des Kantons St. Gallen – ohne Grundbuchsachen, Basel 2007; Peter Ruf/Roland Jeitziner, Verfahrensrechtliche Vereinfachungen für

Umstrukturierungstatbestände – Einbrüche in die kantonale Beurkundungszuständigkeit, in: ST 2004 S. 915; *Franz Schenker*, Kommentar zu Art. 634a OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012 (zit. BSK-Schenker); *Jörg Schmid*, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen – Ausgewählte bundesrechtliche Probleme, Diss. Universität Freiburg, 1988, in: Gauch (Hrsg.), Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 83, Freiburg 1988 (zit. Schmid, Die öffentliche Beurkundung); *derselbe*, Grundlagen zum Beurkundungsverfahren, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren – La procédure d'instrumentation des actes authentiques, Zürich 2007, S. 1–34 (zit. Schmid, Grundlagen); *Rino Siffert*, Kommentar zu Art. 82 HRegV, in: Siffert/Turin (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Handelsregisterverordnung, Bern 2013 (zit. SHK-Siffert); *Rino Siffert/Adrian Tagmann*, Kommentar zu Art. 54 HRegV, in: Siffert/Turin (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Handelsregisterverordnung, Bern 2013 (zit. SHK-Siffert/Tagmann); *Philip Spoerlé*, Die Inhaberaktie – Ausgewählte Aspekte unter Berücksichtigung der GAFI-Gesetzesrevision, Diss. Universität St. Gallen 2015, in: Forstmoser (Hrsg.), Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 331, Zürich 2015; *Hans Rudolf Trüeb*, Kommentar zu Art. 772–803 OR, in: Roberto/Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, unveränderter Nachdruck 2010, Zürich 2010 (zit. CHK-Trüeb); *Nicholas Turin/Florian Zihler*, Vision zum schweizerischen Handelsregisterwesen – Bern 9. November 2010, REPRAX 1/2011 S. 1; *Alexander Vogel/Michael Günter*, Immobilien und immobilienbezogene Rechte als Objekte einer Vermögensübertragung, AJP 2015 S. 1026; *Christoph Widmer*, Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Dissertation Universität Zürich 1997, in: Forstmoser (Hrsg.), Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 184, Zürich 1998; *Florian Zihler/Lukas Berger*, Vorentwurf zur Modernisierung des Handelsregisters und der damit verbundenen KMU-Erleichterungen, REPRAX 1/2013 S. 1.

## Materialien und kantonale Gesetze

*Bundesamt für Justiz*, Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht sowie Anpassungen im Aktien-, GmbH- und Genossenschaftsrecht) sowie des Revisionsaufsichtsrechts – Modernisierung des Handelsregisters und damit verbundene KMU-Erleichterungen, Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse, Vorentwurf vom August 2013 (zit. BJ, Zusammenfassung Vernehmlassungsergebnisse); *Staatsrat des Kantons Neuenburg*, Arrêté fixant le tarif des émoluments des notaires vom 13. Juni 2012 (166.31) (zit. NotGebT/NE); *Preisüberwacher*, Bericht über Kantonale Notariatstarife vom November 2009, abrufbar unter: <http://www.preisueberwacher.admin.ch/dokumentation/00073/00074/index.html?lang=de>; *Finanzdirektion des Kantons Zürich*, Dienstanweisung zur Notariatsverordnung vom 8. Juni 2009 (zit. DA NotGebV/ZH); *Kantonsrat Zürich*, Notariatsgebührenverordnung des Kantons Zürich vom 9. März 2009 (243) (zit. NotGebV/ZH); *Staatsrat des Kantons Wallis*, Reglement über den Tarif der Gebühren und der Auslagen der Notare vom 26. November 2008 (178.104) (zit. RGebT/VS); *Preisüberwacher*, Bericht über Kantonale Notariatstarife vom Juli 2007, abrufbar unter: <http://www.preisueberwacher.admin.ch/dokumentation/00073/00074/index.html?lang=de>; *Bundesamt für Justiz: Amt für Grundbuch- und Bodenrecht*, Erläuterungen zur Verordnung betreffend das Grundbuch (211.432.1), Art. 18a Abs. 1 Bst. e und f, vom August 2005, S. 3, abrufbar unter: [www.grundbuchverwalter.ch/download/dt/ORF05\\_D.pdf](http://www.grundbuchverwalter.ch/download/dt/ORF05_D.pdf); Notariatsgesetz des Kantons Wallis vom 15. Dezember 2004 (178.1) (zit. NotG/VS); Gesetz über die Gebühren und Gemengsteuern der Grundbuchämter und Notariate des Kantons Thurgau vom 20. November 1996 (632.1) (zit. GGG der Grundbuchämter und Notariate/TG); *Regierungsrat des Kantons Thurgau*,

Verordnung über die Gebühren der kantonalen Verwaltungsbehörden vom 16. Dezember 1992 (631.11) (zit. RRV Gebühren der kantonalen Verwaltungsbehörden/TG); *Obergericht des Kantons Luzern*, Verordnung über die Beurkundungsgebühren vom 24. November 1973 (258) (zit. Beurk-GebV/LU); *Grosser Rat des Kantons Luzern*, Gesetz über die öffentlichen Beurkundungen vom 18.9.1973 (255) (zit. BeurkG/LU); *Obergericht Zürich*, Vorordnung über die Geschäftsführung der Notariate vom 23. November 1960 (242.2) (zit. NotV/ZH).

## 1. Einleitung

Der vorliegende Aufsatz handelt von aktuellen Entwicklungen und Tendenzen der notariellen Tätigkeit im Gesellschaftsrecht. Der Notar bzw. die öffentliche Urkunde haben im Gesellschaftsrecht traditionell eine bedeutende Stellung. Dabei ist bemerkenswert, dass das Gesetz eine Beurkundung lediglich für Geschäfte von Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung sowie für Transaktionen nach dem Fusionsgesetz verlangt<sup>1</sup>. Beurkundungspflichtig sind zumeist Akte der Anteilseigner und nur vereinzelt Akte der Gesellschaftsorgane<sup>2</sup>. Deshalb ist es ebenso bemerkenswert, dass nur das OR und das FusG Beurkundungspflichten verankern; das für die besonders schützenswerten Publikumsaktionäre gleichsam bedeutsame Kapitalmarktrecht ist hingegen völlig frei von notariellen Beurkundungspflichten.

In den nachfolgenden Ausführungen werden in einem ersten Teil Sinn und Zweck der Beurkundungspflicht im Gesellschaftsrecht kritisch hinterfragt. Dabei wird zuerst generell der Zweck der öffentlichen Urkunde dargestellt (unten 2.), um dann zu prüfen, ob die aktuelle Regelung der Beurkundungspflicht im Gesellschaftsrecht diesem Zweck gerecht wird (unten 3.). In diesem Zusammenhang ist auch auf die in der Praxis äusserst zentrale Frage der Kosten einer öffentlichen Beurkundung einzugehen (unten 4.). In einem zweiten Teil (unten 5.) werden sodann ausgewählte Einzelfragen diskutiert, die aktuell bedeutsam sind, namentlich aufgrund jüngster Gesetzesänderungen. Dabei beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen jeweils auf die notarielle Beurkundung bei der AG und GmbH.

Bekanntermassen wird das Notariatsrecht durch kantonale und bundesrechtliche Bestimmungen gebildet. Während die Form des Beurkundungsverfah-

---

1 Vgl. Webseite der Notariate im Kanton Zürich, abrufbar unter: [http://www.notariate.zh.ch/not\\_ges.php](http://www.notariate.zh.ch/not_ges.php) (abgerufen am 22. September 2015).

2 So auch *Bühler*, S. 324.

rens ausschliesslich durch das Bundesrecht geregelt wird (Art. 11 OR i.V.m. Art. 49 Abs. 1 BV)<sup>3</sup>, sind für den Erlass verfahrensrechtlicher Regeln die Kantone zuständig (Art. 55 SchlT ZGB). Der Begriff der öffentlichen Beurkundung ist jedoch ein Begriff des Bundesrechts. Dieses setzt einerseits gewisse Mindeststandards, die das kantonale Recht erfüllen muss, und beschränkt anderseits die Maximalanforderungen, welche dieses nicht überschreiten und damit die Beurkundung erschweren darf<sup>4</sup>. Da vorliegend nicht auf 26 verschiedene kantonale Notariatsordnungen eingegangen werden kann, wird meistens einzig auf jene des Kantons Zürich verwiesen.

## 2. Zweck der notariellen Beurkundung

### 2.1 Begriff der notariellen Urkunde

Die notarielle Urkunde ist nur eine von mehreren Formen der öffentlichen Urkunde<sup>5</sup>. Sie zeichnet sich durch eine dem Notar persönlich zurechenbare Erklärung (Erklärungs-Autorschaft) aus<sup>6</sup>. Diese kann (i) im Festhalten von Willenserklärungen, die zu Urkund abgegeben werden, (ii) in der Protokollierung von Vorgängen unter dem Gesichtspunkt ihres rechtmässigen Ablaufs sowie (iii) in der Schaffung eines schriftlichen Beleges über Tatsachen für Zwecke des nichtstreitigen Rechtsverkehrs bestehen<sup>7</sup>. Inhaltlich kann sie auf die Beurkundung von Willenserklärungen (rechtsgeschäftliche Beurkundung) oder von Tatsachen und Feststellungsbeschlüssen (Sachbeurkundung) gericht-

---

3 Eine Ausnahme besteht gemäss Art. 55 ZGB zugunsten der kantonalen privatrechtlichen Körperschaften.

4 BGE 106 II 146 E. 2b; BGE 124 I 297 E. 4a; BGE 113 II 402 E. 2a; BGE 99 II 159 E. 2a; *Huguenin*, § 28, N. 2404; *Ritter/Gehrer*, S. 7; *Schmid*, Grundlagen, S. 32, 14 ff. m.w.H.

5 Als öffentliche Urkunde gilt jede Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staat geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren, also nebst der notariellen Urkunde insbesondere auch das gerichtliche Urteil und das öffentliche Register; BGE 99 II 159 E. 2a.

6 *Brückner*, N. 79.

7 *Brückner*, N. 76; zum Begriff «Erklärung zur Urkund» vgl. *Brückner*, N. 88 ff. m.w.H.

tet sein<sup>8</sup>. Häufige Anwendungsfälle einer Sachbeurkundung sind der Errichtungsakt einer Aktiengesellschaft und die Protokollierung der Generalversammlung<sup>9</sup>.

## 2.2 Belegfunktion

Primärer Zweck der öffentlichen Beurkundung – und damit auch der notariellen Beurkundung – ist stets die «Schaffung eines schriftlichen Belegs öffentlichen Glaubens für den Rechtsverkehr»<sup>10</sup>. Die öffentliche Urkunde dient damit der Sicherung verlässlicher Beweise<sup>11</sup>. Ihr kommt denn auch eine qualifizierte Beweiskraft zu, denn Art. 9 Abs. 1 ZGB statuiert die gesetzliche Vermutung ihrer Richtigkeit. Damit erbringt eine öffentliche Urkunde vollen Beweis, solange die Unrichtigkeit ihres Inhalts nicht bewiesen ist (Art. 9 Abs. 2 ZGB). Da dieser Nachweis mit beliebigen Beweismitteln erbracht werden kann<sup>12</sup>, relativiert sich die Bedeutung der gesetzlichen Vermutung und damit der Belegfunktion erheblich.

Eine zentrale Bedeutung der Belegfunktion der notariellen Urkunde im Gesellschaftsrecht ist die Datierung. Während bei einem notariell zu beglaubigenden Vorgang eine Rückdatierung praktisch ausgeschlossen ist, muss befürchtet werden, dass diese bei einfachen schriftlichen Belegen – ob mit oder ohne Unrechtsbewusstsein<sup>13</sup> – ab und zu vorkommt. So dürften Parteien hin und wieder versucht sein, die Übertragung von Aktien, die weder als Wertpapiere noch als Bucheffekten ausgegeben sind, «nachträglich zu korrigieren», weil sie ohne schriftliche Abtretung «übertragen» worden sind<sup>14</sup>. Mit GmbH-Anteilen war dies zumindest unter dem alten GmbH-Recht nicht möglich, da die Über-

---

8 Schmid, Grundlagen, S. 3; Bühler, S. 324; Müller, S. 8 f. FN 13 m.w.H.

9 BGE 102 II 420 E. 2b zu Art. 637 f. aOR. Zur Qualifikation des Errichtungsaktes einer AG und einer GmbH sowie anderer Versammlungs- und Sitzungsprotokolle als Protokolle und mithin Sachbeurkundungen in Abgrenzung zu individuellen Erklärungen siehe Brückner, N. 259, 284, 2963 ff., 2988 f., S. 846 FN 144.

10 Brückner, N. 240.

11 BGE 102 II 420 E. 2b.

12 BSK-Lardelli, N. 29 zu Art. 9 ZGB.

13 Eine Rückdatierung dürfte den objektiven Tatbestand einer Falschbeurkundung gemäss Art. 251 Ziff. 1 StGB meist erfüllen (BGE 129 IV 130 E. 2.3, 3.2 und 3.3). Zur Urkundenfälschung im Amt gemäss Art. 317 StGB vgl. BGE 113 IV 77 E. 3c.

14 Vgl. zur Übertragung von Aktien, die weder als Wertpapiere noch als Bucheffekten ausgegeben sind, LGVE 2004 I Nr. 53 vom 16. November 2004; Böckli, § 4 N. 122 ff., 127; Druey/Glanzmann, S. 138 FN 13.

tragung der Stammanteile der öffentlichen Beurkundung bedurfte<sup>15</sup>. Selbstverständlich rechtfertigt das Risiko einer Rückdatierung noch nicht die Einführung einer generellen Beurkundungspflicht, da sonst auch alle anderen Abtretungen notariell beurkundet werden müssten.

## 2.3 Verfahrenskontrolle

Ein weiterer Zweck der notariellen Beurkundung ist die Verfahrenskontrolle. Dabei geht es um die Kontrolle einer gesetzeskonformen Abwicklung der zu beurkundenden Veranstaltung und die Vermeidung unlauterer Machenschaften<sup>16</sup>. Kein Zweck der Verfahrenskontrolle ist, dass die Urkundsperson die Übereinstimmung von Erklärtem und wirklich Gewolltem anstrebt. Vielmehr fördert sie durch ihre Anwesenheit, ihr aufmerksames Beobachten und durch ihre schriftliche Dokumentation des Ablaufs das rechtmässige Verhalten der Beteiligten und gewährleistet eine objektive und unabhängige Feststellung der Vorgänge und Zustände. Sie trägt damit letztlich zur Vermeidung von Verfahrensfehlern bei<sup>17</sup>.

Die Verfahrenskontrolle ist vor allem bei Sachbeurkundungen relevant, wie z.B. bei der Protokollierung des Errichtungsakts gemäss Art. 629 Abs. 1 OR<sup>18</sup>. Neben dem Notar übt im Gesellschaftsrecht aber auch das Handelsregisteramt eine Verfahrenskontrolle aus. Nach Art. 28 HRegV i.V.m. Art. 940 Abs. 1 OR prüft dieses, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung ins Handelsregister erfüllt sind. Insbesondere muss es prüfen, ob die Anmeldung und die Belege den gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt aufweisen und keinen zwingenden Vorschriften widersprechen. Nach gefestigter bundesgerichtlicher Praxis kommt dem Handelsregisteramt eine umfassende Kognition bezüglich der formellen registerrechtlichen Voraussetzungen zu. Demgegenüber ist seine Prüfungsbefugnis in Belangen des materiellen Rechts beschränkt; es darf nur auf die Einhaltung jener zwingenden Gesetzesbestimmungen achten, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter aufgestellt sind<sup>19</sup>.

In der gesellschaftsrechtlichen Praxis führt die Prüfungspflicht des Handelsregisters dazu, dass gewisse Rechtshandlungen von zwei Instanzen, nämlich vom Notar und vom Handelsregisteramt, geprüft werden. Dazu gehören z.B.

---

15 Vgl. dazu unten 5.3.

16 BGE 102 II 420 E. 2b; *Brückner*, N. 283 ff.

17 *Müller*, S. 13; *Brückner*, N. 284 ff.

18 Vgl. BGE 102 II 420 E. 2b; *Brückner*, N. 283 f.; *Müller*, S. 13.

19 BGE 132 III 668 E. 3.1.

die Gründung einer Kapitalgesellschaft oder der Fusionsbeschluss. In beiden Fällen ist darüber eine öffentliche Urkunde zu errichten und wird der gesellschaftsrechtliche Akt erst mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam<sup>20</sup>. Andere Rechtshandlungen und Dokumente werden hingegen nur vom Notar geprüft. Dazu gehören z.B. bei einer Kapitalerhöhung die Kapitaleinzahlungsbestätigung, sofern die Bank in der öffentlichen Urkunde genannt wird<sup>21</sup>, sowie die Zeichnungsscheine. Ebenfalls in diese Kategorie fallen Statutenänderungen, die im Innenverhältnis sofort wirksam werden, wie z.B. die Einführung oder Aufhebung einer Wählbarkeitsvoraussetzung für die Mitglieder des Verwaltungsrats. Schliesslich gibt es Akte, die nur durch das Handelsregister geprüft werden, da sie keiner notariellen Beurkundung bedürfen. Dazu gehören z.B. Wahlen, insbesondere jene der Revisionsstelle. So muss das Handelsregister gemäss Art. 61 Abs. 2 HRegV durch Einsichtnahme in das Register der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde abklären, ob die gewählte Revisionsstelle zugelassen ist. Auch hat es die Eintragung zu verweigern, wenn die Umstände den Anschein einer Abhängigkeit erwecken (Art. 61 Abs. 3 HRegV).

Während in der Aktienrechtsrevision 1992 die Beurkundungspflicht noch ausgebaut worden ist<sup>22</sup>, hat sich seither die Verfahrenskontrolle eher auf andere Akteure verlagert. Wie bereits einleitend erwähnt, ist im äusserst praxisrelevanten Bereich des Kapitalmarktrechts, das sich mit Inkrafttreten des Börsengesetzes ab 1997 zu entwickeln begann, weder der Notar noch das Handelsregister für die Verfahrenskontrolle zuständig. Vielmehr wird dort die Einhaltung der einschlägigen Verfahrensbestimmungen durch die FINMA, die Börse (Art. 25 BEHV-FINMA sowie Art. 8 f. BEHG), die Übernahmekommission (Art. 23 Abs. 3 BEHG) oder die Prüfstelle (Art. 25 BEHG) kontrolliert. Daneben obliegt auch der Revisionsstelle eine immer grössere Verfahrenskontrolle ausserhalb ihres Kernbereichs der Prüfung der Jahresrechnung. Viele dieser Aufgaben wurden ebenfalls mit der Aktienrechtsrevision 1992 eingeführt, wie etwa die

---

20 Vgl. Art. 643 Abs. 1 und 2 OR resp. Art. 779 Abs. 1 und 2 OR für die Gründung und Art. 22 FusG für die Fusion. *Bühler* spricht von einem funktionellen Zusammenhang zwischen der Belegfunktion des aktienrechtlichen Beurkundungszwangs und dem handelsregisterrechtlichen Belegzwang (*Bühler*, S. 326).

21 Art. 46 Abs. 2 lit. e HRegV.

22 *Brückner* spricht im Zusammenhang mit der Vermehrung der Beurkundungsfälle durch die Aktienrechtsrevision 1992 gar von einem Missbrauch des Beurkundungswesens. Diese Vermehrung habe zu einem höheren Honorarvolumen der Urkundsperson geführt; in zahlreichen Fällen habe die Urkundsperson jedoch lediglich Checklisten abzuhaken, welche anschliessend wiederum durch den Handelsregisterführer abgehakt werden (*Brückner*, S. 846 FN 145).

Prüfung des Gründungsberichts (Art. 635a OR), des Kapitalerhöhungsberichts bei qualifizierten Kapitalerhöhungen (Art. 652f Abs. 1 OR), der Durchführung der bedingten Kapitalerhöhung (Art. 653f OR) oder der Streichung des bedingten Kapitals (Art. 653i OR)<sup>23</sup>. Andere Prüfungspflichten sind mit dem Fusionsgesetz 2004 eingeführt worden, wie die Prüfung der Fusion, Spaltung und Umwandlung (Art. 15, 40 und 62 FusG).

## 2.4 Schutz vor Unbedacht

Beurkundungen dienen neben der Belegbeschaffung und der Verfahrenskontrolle auch dem Schutz der Erklärenden vor Unbedacht anlässlich der Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten<sup>24</sup>. Deswegen ist die Urkundsperson verpflichtet, die Parteien im Rahmen des Beurkundungsverfahrens notariell zu belehren und zu beraten<sup>25</sup>. Dadurch soll gewährleistet werden, dass die Parteien den Inhalt ihrer Erklärungen verstehen und sich vor Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde der Tragweite derselben bewusst sind (sog. Schutz vor Unbedacht)<sup>26</sup>. Die Belehrungs- und Beratungspflicht dient hingegen nicht der Vermeidung wirtschaftlich unvorteilhafter Geschäfte<sup>27</sup>. Dementsprechend ist die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars im Kanton Zürich bei der Ermittlung und Formulierung der Willenserklärungen gemäss § 18 Abs. 2 NotV/ZH<sup>28</sup> auf die Unterrichtung der Parteien über die Tragweite ihrer Entschlüsse und Widersprüche ihrer Erklärungen zu den gesetzlichen Vorschriften beschränkt. Jegliche zudringliche Einflussnahme auf die Willensbildung der Erklärenden ist, insbesondere bezüglich der wirtschaftlichen Seite des Geschäfts, in § 18 Abs. 3 NotV/ZH ausdrücklich untersagt. Die Urkundsperson hat die nach der Bewusstmachung ergangenen Willenserklärungen zu beurkunden, sofern nicht die äusseren Umstände einer

---

23 Vgl. Konkordanztabellen Vergleich OR 1991/1936, in: *Böckli*, S. 1043.

24 Vgl. *Brückner*, N. 258; *Müller*, S. 10 f., welche den Schutz vor Unbedacht definitionsgemäss auf Beurkundungen von individuellen rechtsgeschäftlichen Erklärungen begrenzen.

25 *Brückner*, N. 263, 272, 1728 ff. und 1783 ff. mit ausführlichen Hinweisen zur Belehrungs- und Beratungspflicht im Allgemeinen; *Nobel*, mit weiteren Hinweisen zur Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars im Kanton Zürich.

26 *Brückner*, N. 268 f., 271 f.; *Müller*, S. 10 f.

27 *Brückner*, N. 272.

28 Vorordnung des Obergerichtes Zürich über die Geschäftsführung der Notariate (Notariatsverordnung) vom 23. November 1960 (242.2).

unfreiwilligen Willensbildung erkennbar sind oder die Unvernunft der Erklärenden zu ernsthaften Zweifeln an ihrer Urteilsfähigkeit Anlass gibt<sup>29</sup>.

Im Gesellschaftsrecht ist der Schutz vor Unbedacht von geringer Bedeutung. Das Bundesgericht und die h.L. verneinen diesen Schutzzweck bei Sachbeurkundungen wie des Errichtungsakts einer Aktiengesellschaft oder von Protokollen der Generalversammlung<sup>30</sup>. Damit reduziert sich der Anwendungsbereich des Schutzes vor Unbedacht im Gesellschaftsrecht auf die Übertragung von Grundstücken bei Sacheinlagen<sup>31</sup> und bei Vermögensübertragungen (Art. 70 Abs. 2 FusG).

### 3. Beurkundungspflicht bei AG und GmbH

#### 3.1 Beurkundungserfordernisse de lege lata

##### 3.1.1 Gründung

Beurkundungsbedürftig ist zunächst die Gründung der Aktiengesellschaft (Art. 629 Abs. 1 OR)<sup>32</sup>. Die öffentliche Gründungsurkunde muss eine Reihe von Erklärungen der Gründer enthalten (Art. 44 HRegV). Zudem sind ihr die Belege nach Art. 631 OR beizulegen, d.h. die Statuten, der Gründungsbericht, die Prüfungsbestätigung, die Kapitaleinzahlungsbestätigung, sofern die Bank in der öffentlichen Urkunde nicht genannt wird, sowie etwaige Sacheinlage- und bereits vorliegende Sachübernahmeverträge. Die Erklärungen der Gründer decken im Wesentlichen das ab, was sich aus den Belegen ohnehin schon ergibt.

Wie bei der Aktiengesellschaft bedarf auch der Gründungsakt der GmbH der öffentlichen Beurkundung (Art. 777 Abs. 1 OR). Die von den Gründern in der öffentlichen Gründungsurkunde vorzunehmenden Erklärungen entsprechen weitgehend jenen bei der Aktiengesellschaft (Art. 72 HRegV). Das Gleiche gilt für die der Gründungsurkunde beizulegenden Belege (Art. 777b Abs. 2 OR).

---

29 § 20 NotV/ZH; *Brückner*, N. 272; *Nobel*, S. 198, 200.

30 BGE 102 II 420 E. 2b zu Art. 637 f. aOR; *Brückner*, N. 258 f., 284; *Müller*, S. 11; *Nobel*, S. 200. Zur Qualifikation des Errichtungsaktes einer AG und einer GmbH als Protokoll und mithin Sachbeurkundung in Abgrenzung zu einer individuellen Erklärung siehe *Brückner*, N. 2963 ff. Zur Qualifikation des Fusionsbeschlusses als Sachbeurkundung siehe *Ruf/Jeitziner*, S. 916.

31 BGE 113 II 501 E. 3.

32 Vgl. auch *Hasler*, S. 106.

Bei der Gründung verlangt § 93 NotV/ZH von der Urkundsperson nur die Prüfung, ob die Belege ihrem äusseren Aussehen nach formell in Ordnung sind, sie die vom Gesetz verlangten Angaben enthalten und ob ihr Inhalt mit den zu beurkundenden Feststellungen der Gründer übereinstimmt. Hingegen wird nicht verlangt, dass der Notar das Bestehen der in den Belegen dargestellten Rechtsverhältnisse bezeugt (§ 93 Abs. 1 NotV/ZH). Insbesondere verlangt das Gesetz keine materiellrechtliche Prüfung des Statuteninhalts<sup>33</sup>. Insofern ist die Wirkung der Verfahrenskontrolle stark beschränkt. Immerhin sind die der Urkunde beiliegenden Belege auch dem Handelsregisterführer vorzulegen und mangels Beweisvermutung gestützt auf Art. 9 ZGB durch diesen ebenfalls zu prüfen<sup>34</sup>. Das Handelsregisteramt tritt folglich als zweite Prüfungsinstanz im Sinne der Verfahrenskontrolle hinzu<sup>35</sup>.

### 3.1.2 Statutenänderung

Beurkundungsbedürftig ist des Weiteren jeder Statutenänderungsbeschluss der Generalversammlung oder des Verwaltungsrats (Art. 647 OR) bzw. der Gesellschafterversammlung (Art. 780 OR) oder der Geschäftsführer (z.B. Art. 781 Abs. 5 Ziff. 5)<sup>36</sup>.

Nach § 96 NotV/ZH hat die Beurkundung von Statutenänderungen zum Ausdruck zu bringen, dass die Willensbildung auf Beschlüssen der Generalversammlung beruht. Der Notar hat sich dabei über die rechtliche Existenz der Gesellschaft zu vergewissern und zu prüfen, ob das Gesuch um Errichtung einer öffentlichen Urkunde von einer dazu ermächtigten Person gestellt wird (§ 96a Abs. 1 NotV/ZH). Er ist jedoch nicht verpflichtet, die Handlungsfähigkeit der an der Versammlung teilnehmenden Personen, die Zeichnungsbefugnis für juristische Personen und die Echtheit der Unterschriften zu prüfen (Art. 96a Abs. 2 NotV/ZH). Eine Pflicht zur Prüfung des Statuteninhalts könnte sich allenfalls aus einer analogen Anwendung von § 20 Abs. 2 und 3 NotV/ZH ergeben; danach muss der Notar etwaige Bedenken, dass das Geschäft nichtig oder anfechtbar ist, in einem Vorbehalt auf der Urkunde festhalten. Da es sich bei der fraglichen Bestimmung um eine Vorschrift betreffend die Urteilsfähigkeit bei der Abgabe von Willenserklärungen handelt, ist sie u.E. aber zurückhaltend anzuwenden. Ein entsprechendes Vorgehen des

---

<sup>33</sup> Vgl. dazu aber sogleich Kapitel 3.1.2.

<sup>34</sup> *Bühler*, S. 346 f.

<sup>35</sup> Vgl. oben Kapitel 2.3.

<sup>36</sup> Vgl. *Zihler/Berger*, S. 8.

Notars scheint nur angezeigt, wenn ein Statuteninhalt offensichtlich nichtig ist. Andere Kantone gehen noch weniger weit. So muss nach § 40 Abs. 5 BeurkG/LU der Notar die Beurkundung auch dann vornehmen, wenn er Zweifel an der Gültigkeit der Beschlüsse hat; er *kann* seine Zweifel in der Urkunde zum Ausdruck bringen.

Alles in allem muss man damit wohl konstatieren, dass die öffentliche Beurkundung aufgrund der kantonalen Beurkundungsvorschriften auch in diesem Bereich lediglich eine sehr beschränkt wirksame Verfahrenskontrolle zu leisten vermag.

### 3.1.3 Änderung des Kapitals

#### 3.1.3.1 Kapitalerhöhungen

Beurkundungsbedürftig sind auch Änderungen des Aktienkapitals (Art. 650, 652g, 653g, 734 OR) bzw. des Stammkapitals (Art. 781 f. OR):

Der Generalversammlungsbeschluss über eine *ordentliche Erhöhung des Aktienkapitals* ist gemäss Art. 650 Abs. 2 OR öffentlich zu beurkunden. Die öffentliche Urkunde muss die Angaben gemäss Art. 47 HRegV enthalten. Ebenfalls einer öffentlichen Beurkundung bedarf der statutenändernde Feststellungsbeschluss des Verwaltungsrats über die Durchführung der Kapitalerhöhung (Art. 652g OR). Diese öffentliche Urkunde muss die Angaben gemäss Art. 47 HRegV enthalten. Der öffentlichen Urkunde sind gemäss Art. 652g Abs. 3 OR die geänderten Statuten, der Kapitalerhöhungsbericht, eine etwaige Prüfungsbestätigung sowie etwaige Sacheinlage- und bereits vorliegende Sachübernahmeverträge beizulegen.

Bei der *genehmigten Kapitalerhöhung* ist der Generalversammlungsbeschluss über die Schaffung eines genehmigten Kapitals ebenso öffentlich zu beurkunden, da diese mittels Statutenänderung erfolgt (Art. 651 OR). Der Verwendungsbeschluss des Verwaltungsrats ist hingegen an keine besonderen Formen gebunden (Art. 651 Abs. 4 OR). Die Durchführung der genehmigten Kapitalerhöhung richtet sich im Übrigen nach den Bestimmungen über die ordentliche Kapitalerhöhung<sup>37</sup>.

Auch bei der *bedingten Kapitalerhöhung* ist der Generalversammlungsbeschluss über die Schaffung des bedingten Kapitals öffentlich zu beurkunden, da diese einer Statutenänderung bedarf (Art. 653 Abs. 1 i.V.m. Art. 647 OR).

---

<sup>37</sup> Vgl. Marginalie zu Art. 652 OR.

Nach der Ausübung der Wandel- oder Optionsrechte hat der Verwaltungsrat in öffentlicher Urkunde die Feststellungen gemäss Art. 653g Abs. 1 OR zu treffen und die Statuten anzupassen. Die öffentliche Urkunde muss die Angaben gemäss Art. 52 Abs. 2 HRegV enthalten. Die Urkundsperson hat insbesondere festzustellen, dass die Prüfungsbestätigung des Revisors die in Art. 653f OR verlangten Angaben enthält (Art. 653g Abs. 2 OR). Das gleiche Verfahren gilt, wenn die Wandel- oder Optionsrechte erloschen sind (Art. 653i OR).

Schliesslich ist auch der Beschluss der Gesellschafterversammlung über eine *ordentliche Erhöhung des Stammkapitals* öffentlich zu beurkunden (Art. 781 Abs. 5 Ziff. 1 i.V.m. 650 Abs. 2 OR). Gleiches gilt für den Beschluss über die Statutenänderung und die Feststellungen der Geschäftsführer (Art. 781 Abs. 5 Ziff. 5 i.V.m. 652g OR). Eine genehmigte oder bedingte Kapitalerhöhung ist bei der GmbH nicht zulässig.

### 3.1.3.2 Kapitalherabsetzung

Wie die Erhöhung bedarf auch die *Herabsetzung des Aktienkapitals* eines öffentlich zu beurkundenden Generalversammlungsbeschlusses. Beurkundungsbedürftig ist sowohl der Generalversammlungsbeschluss, der mit einer Statutenänderung verbunden ist (Art. 732 i.V.m. 647 OR), als auch die Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Wiedererhöhung auf den bisherigen Betrag, welche keine Statutenänderung erfordert<sup>38</sup>.

Im ersten Fall beschliesst die Generalversammlung gestützt auf den Bericht eines zugelassenen Revisionsexperten in Anwesenheit des zugelassenen Revisionsexperten und eines Notars über die Art der Durchführung der Herabsetzung, den Herabsetzungsbetrag, die Verwendung der verfügbar gemachten Mittel sowie die entsprechende Anpassung der Statuten. Der Notar erstellt hierüber eine erste notarielle Urkunde. Die Eintragung einer Kapitalherabsetzung im Handelsregister setzt gemäss Art. 734 OR eine weitere öffentliche Urkunde voraus, welche die korrekte Durchführung der Kapitalherabsetzung in Erfüllung der Vorschriften gemäss Art. 732–735 OR bestätigt. Sofern es sich nicht um eine deklarative Kapitalherabsetzung nach Art. 735 OR handelt, erstellt der Notar diese zweite öffentliche Urkunde erst nach dreimaliger Publikation des Herabsetzungsbeschlusses im SHAB und nach Ablauf der den

---

38 Vgl. Bühler, S. 328, 336; Ritter/Gehrer, S. 24.

Gläubigern gesetzten Frist sowie nach deren Befriedigung oder Sicherstellung. Der Urkunde ist der Prüfungsbericht des zugelassenen Revisionsexperten beizulegen<sup>39</sup>.

Im Fall einer Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Wiedererhöhung auf den bisherigen Betrag finden zugleich eine Kapitalherabsetzung und eine Kapitalerhöhung statt. Da sich die öffentliche Urkunde auf alle Willenserklärungen beziehen muss, die für das beurkundete Rechtsgeschäft wesentlich sind, sind sowohl der Kapitalherabsetzungs- als auch der Kapitalerhöhungsbeschluss von der öffentlichen Urkunde zu erfassen<sup>40</sup>.

Nach Art. 782 Abs. 4 OR sind die aktienrechtlichen Bestimmungen gemäss Art. 732–735 OR auch auf die Herabsetzung des Stammkapitals einer GmbH anwendbar.

### 3.1.3.3 *Nachliberierung*

Bei der Nachliberierung ist zu unterscheiden, ob diese auf das Aktienkapital oder auf das Agio erfolgt. Eine Teilliberierung im Sinne des Gesetzes liegt nur vor, wenn nicht der ganze Nennwert einbezahlt wurde; nur in diesem Fall müssen die Statuten einen Hinweis auf die Teilliberierung enthalten (Art. 626 Ziff. 3 OR)<sup>41</sup>. Entsprechend führt auch nur die Nachliberierung auf den Nennwert zu einer Statutenänderung. Damit sind solche Nachliberierungen immer mittels öffentlich beurkundeten Beschlusses des Verwaltungsrats vorzunehmen. Dieser hat die Angaben gemäss Art. 54 Abs. 2 HRegV zu enthalten. Hingegen muss der Beschluss des Verwaltungsrats, das nicht liberierte Aktienkapital nachträglich ganz oder teilweise einzufordern, nicht öffentlich beurkundet werden<sup>42</sup>.

Die Einzahlung des Agios unterliegt nicht der Offenlegungspflicht gemäss Art. 626 Ziff. 3 OR<sup>43</sup>. Somit führt eine das Agio betreffende Nachliberierung auch nicht zu einer Statutenänderung, sofern nicht gleichzeitig eine Sach-

---

39 Vgl. Müller/Lipp/Plüss, S. 315 f.

40 Vgl. Bühler, S. 336.

41 Druey/Glanzmann, § 8 N. 20.

42 Böckli, S. 112; BSK-Schenker, N. 5 zu Art. 634a OR; Brückner, N. 2994.

43 Druey/Glanzmann, § 8 N. 20; BSK-Baudenbacher, N. 1 zu Art. 624 OR. Der Ausgabebetrag ist jedoch in der notariellen Errichtungsurkunde zu erwähnen und ist in den Anmeldungsunterlagen beim Handelsregister einsehbar (Art. 629 Abs. 2 Ziff. 2 OR, Art. 630 Ziff. 1 OR, Art. 650 Abs. 2 Ziff. 3 OR, Art. 647 OR, Art. 43 Abs. 1 lit. a HRgV) (BSK-Baudenbacher, N. 1 zu Art. 624 OR).

einlage oder Sachübernahme vorgenommen wird. In der Lehre ist allerdings umstritten, ob solche Nachliberierungen ebenfalls einer öffentlichen Beurkundung bedürfen oder nicht<sup>44</sup>.

Eine öffentliche Beurkundung ist auch im Fall der nachträglichen Liberierung durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital notwendig. Obwohl in Art. 634a OR nicht erwähnt, ist die nachträgliche Liberierung durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital gemäss Art. 54 Abs. 1 Bst. d HRegV grundsätzlich zulässig. Nötig ist jedoch ein zweigeteiltes Verfahren. Zunächst bedarf es eines Beschlusses der Generalversammlung, das frei verwendbare Eigenkapital dem Verwaltungsrat zur Verfügung zu stellen, verbunden mit der Auflage, dieses für die Nachliberierung zu verwenden. Dieser Generalversammlungsbeschluss erfordert ein qualifiziertes Quorum (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5 OR) und ist gemäss Art. 54 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 HRegV öffentlich zu beurkunden. Im zweiten Schritt hat der Verwaltungsrat eine Nachliberierung gemäss Art. 634a OR wie dargelegt durchzuführen<sup>45</sup>.

### 3.1.3.4 Würdigung

Die öffentlichen Beurkundungen der Änderungen des Aktien- bzw. Stammanteilskapitals richten sich ebenfalls nach § 96 NotV/ZH und bewirken aus den bereits dargelegten Gründen nur eine beschränkt wirksame Verfahrenskontrolle<sup>46</sup>. Soweit der Notar nicht aufgrund des materiellen Rechts zur Prüfung bestimmter Belege verpflichtet ist (vgl. z.B. Art. 734 OR), dürfte ihm diese Aufgabe in analoger Anwendung von § 93 NotV/ZH zukommen<sup>47</sup>. Wenn der Beschluss offensichtlich nichtig ist, dann wird der Zürcher Notar in analoger Anwendung von § 20 Abs. 2 und 3 NotV/ZH einen Vorbehalt anbringen müssen<sup>48</sup>. Andere Kantone verpflichten den Notar nicht einmal zu dem; so sieht

---

44 So versteht *Böckli* unter der aktienrechtlichen Liberierung die Leistung des gesamten Ausgabetrages, d.h. des Nennwertes und des Agios. Dementsprechend wendet er die für die Erbringung des Aktienkapitals anwendbaren Bestimmungen auch auf das Agio an (*Böckli*, § 1, N. 357 f., 429 f., 482). Ein anderer Teil der Lehre möchte die Vorschriften zum Schutz der Kapitalaufbringung hingegen nur teilweise auf das Agio angewendet wissen (vgl. *Widmer*, S. 94 ff. m.w.H.; *BSK-Baudenbacher*, N. 7 zu Art. 624 OR; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 14, N. 23 FN 17a, N. 25, 42 FN 30).

45 Vgl. *SHK-Siffert/Tagmann*, N.17 f. zu Art. 54 HRegV.

46 Vgl. dazu oben Kapitel 3.1.2.

47 Vgl. dazu oben Kapitel 3.1.1.

48 Vgl. dazu oben Kapitel 3.1.2.

§ 40 Abs. 5 BeurkG/LU ausdrücklich vor, dass der Notar seine Zweifel an der Gültigkeit der Beschlüsse in der Urkunde zum Ausdruck bringen *kann*<sup>49</sup>.

Am wirksamsten ist die Verfahrenskontrolle bei der Kapitalherabsetzung, weil diesbezüglich das Gesetz selbst konkrete Vorschriften über den Inhalt des Beschlusses macht (Art. 732 Abs. 2 und 3 OR); der beurkundungsbedürftige Generalversammlungsbeschluss setzt den Bericht eines zugelassenen Revisionsexperten voraus und dessen Prüfergebnis ist im Beschluss zu erwähnen. Gleiches gilt für die Formvorschriften von Art. 734 und 782 Abs. 4 OR betreffend die Durchführung der Kapitalherabsetzung. Diese zweite öffentliche Urkunde darf erst nach dreimaliger Publikation des Herabsetzungsbeschlusses im SHAB und nach Ablauf der den Gläubigern gesetzten Frist sowie nach deren Befriedigung oder Sicherstellung errichtet werden. Ob allerdings Letzteres vorgenommen worden ist, dürfte vom Notar nur schwerlich geprüft werden können.

### 3.1.4 Auflösung

Letztlich ist auch die Auflösung der Gesellschaft durch Beschluss der Generalversammlung (Art. 736 Ziff. 2 OR) bzw. der Gesellschafter (Art. 821 Abs. 2 OR) beurkundungspflichtig.

Die Wirkung und das Bedürfnis nach einer Verfahrenskontrolle im Rahmen eines Auflösungsbeschlusses gemäss Art. 736 Abs. 1 und 821 Abs. 2 OR ist zumindest fraglich. Seine Rechtswirkung ist begrenzt auf die Änderung des bisherigen Gesellschaftszwecks im Hinblick auf die Liquidation. Er bewirkt nicht die Auflösung der Gesellschaft. Da ein Auflösungsbeschluss keine direkte Wirkung gegenüber Dritten entfaltet, besteht auch kein Bedürfnis nach Schutz durch eine notarielle Verfahrenskontrolle. Vielmehr wird der Schutz Dritter vor unlauteren Machenschaften durch die liquidationsrechtlichen Schutzvorschriften gewährleistet.

### 3.1.5 Umstrukturierungen nach Fusionsgesetz

Das FusG sieht für die Beschlussfassung der Generalversammlung betreffend Fusion, Spaltung und Umwandlung eine Beurkundungspflicht vor (Art. 20 Abs. 1, Art. 44 und Art. 65 FusG)<sup>50</sup>. Vom Erfordernis der öffentlichen Beurkun-

---

<sup>49</sup> Vgl. dazu oben Kapitel 3.1.2.

<sup>50</sup> Keiner öffentlichen Beurkundung bedarf die Fusion zwischen Vereinen (Art. 20 Abs. 2 FusG).

dung ausgenommen sind erleichterte Fusionen nach Art. 23 FusG. In diesen Fällen können die Gesellschaften auf den Fusionsbeschluss durch die Generalversammlung verzichten (Art. 24 FusG) und sich damit der Beurkundungspflicht entziehen. Damit ist es möglich, eine Gesellschaft aufzulösen, ohne eine öffentliche Urkunde erstellt zu haben. Daraus entsteht ein Wertungswiderspruch zu den strengen Formvorschriften für den gesellschaftsrechtlichen Auflösungsbeschluss nach Art. 736 Ziff. 2 und Art. 821 Abs. 2 OR. Dies ist umso bemerkenswerter, als Letzterer – im Gegensatz zur Fusion – noch nicht die Auflösung der Gesellschaft bewirkt, sondern lediglich den Gesellschaftszweck modifiziert<sup>51</sup>.

Grundsätzlich nicht beurkundungspflichtig ist die Vermögensübertragung. Werden hingegen Grundstücke übertragen, so bedürfen die entsprechenden Teile des Vertrages der öffentlichen Beurkundung (Art. 70 Abs. 2 FusG). Die gleiche Bestimmung gibt für diesen Fall noch Folgendes vor: Einerseits genügt eine einzige öffentliche Urkunde auch dann, wenn Grundstücke in verschiedenen Kantonen liegen. Die öffentliche Urkunde ist in diesem Fall in der Form der rechtsgeschäftlichen Beurkundung zu errichten<sup>52</sup>. Andererseits muss die Urkunde durch eine Urkundsperson am Sitz des übertragenden Rechtsträgers errichtet werden. Damit nimmt das Fusionsgesetz Abschied vom Erfordernis der zwingenden Beurkundung durch einen Notar am Ort der gelegenen Sache. Gleichzeitig führt es eine zwingende Zuständigkeit am Sitz des übertragenden Rechtsträgers ein<sup>53</sup>. Eine gleichlautende Bestimmung sieht der Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision vom 28. November 2014 für die Sacheinlage von Grundstücken vor (Art. 634 Abs. 3 VE-OR).

### 3.2 Lockerung des Beurkundungszwangs

Die Eidgenössische Expertenkommission für das Handelsregister verabschiedete am 9. November 2010 eine Vision zum schweizerischen Handelsregisterwesen. Diese kam zum Ergebnis, dass das geltende, oben dargestellte Recht den aktuellen Bedürfnissen nicht mehr gerecht werde, was eine Modernisie-

---

51 Vgl. dazu Kapitel 3.1.4.

52 Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz, Amt für Grundbuch- und Bodenrecht, zur Verordnung betreffend das Grundbuch, Art. 18a Abs. 1 Bst. e und f, vom August 2005, S. 3, abrufbar unter: [www.grundbuchverwalter.ch/download/dt/ORF05\\_D.pdf](http://www.grundbuchverwalter.ch/download/dt/ORF05_D.pdf); Vogel/Günter, S. 1029.

53 Vgl. die Kritik dazu unten Kapitel 4.3.

rung des Handelsregisterrechts notwendig mache<sup>54</sup>. Gestützt darauf schickte der Bundesrat am 19. Dezember 2012 einen Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht sowie Anpassungen im Aktien-, GmbH- und Genossenschaftsrecht) sowie des Revisionsaufsichtsrechts in die Vernehmlassung. Dieser Vorentwurf sah unter anderem für Gesellschaften, deren Statuten lediglich den Minimalinhalt aufweisen, d.h. nur die Firma, den Sitz, den Zweck und die Höhe des Kapitals enthalten, die einfache Schriftlichkeitsform für Bargründungen und Barkapitalerhöhungen vor (Art. 629 Abs. 3, 650 Abs. 4, 652g Abs. 4 bzw. 777 Abs. 3 VE-OR). Darüber hinaus hätte auch der Auflösungsbeschluss nicht mehr öffentlich beurkundet werden müssen (Art. 736 Ziff. 2 VE-OR).

Die vorgeschlagene Abschaffung der Beurkundungspflicht bei einfach strukturierten Gesellschaften sowie des Auflösungsbeschlusses wurde in der Vernehmlassung klar abgelehnt<sup>55</sup>. Weil die Belegfunktion nur eine eingeschränkte Bedeutung hat, die öffentliche Urkunde im Gesellschaftsrecht nicht den Schutz vor Unbedacht bezweckt und die Verfahrenskontrolle nur sehr beschränkt wirkt, ist diese strikte Ablehnung einer Lockerung des Beurkundungszwangs zu bedauern. Vermutungsweise war die Ablehnung monetär oder mit einem vermeintlichen Einbruch in die kantonale Beurkundungszuständigkeit begründet. Die strikte Ablehnung ist insbesondere auch deshalb bedenklich, da die im Rahmen der öffentlichen Beurkundung anfallenden Notariatsgebühren für die Beteiligten – wie soeben zu zeigen sein wird – eine hohe finanzielle Belastung darstellen können.

---

54 Vgl. *Turin/Zihler*, S. 1 ff. Der erstgenannte Autor Lukas Glanzmann war im damaligen Zeitpunkt noch nicht Mitglied dieser Kommission.

55 Vgl. *Zihler/Berger*, S. 1 ff.; *BJ*, Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse, S. 6 ff.

## 4. Notariatsgebühren

### 4.1 Grosse kantonale Unterschiede

Das Entgelt für die öffentliche Beurkundung richtet sich nach dem Tarif des Kantons, in dem die Beurkundung vorgenommen wird. Wie die folgenden Beispiele zeigen, variieren die Notariatsgebühren nicht nur nach beurkundungsbedürftigem Rechtsgeschäft, sondern auch danach, in welchem Kanton die Beurkundung durchgeführt wird<sup>56</sup>:

Die Notariatsgebühren für den Verkauf eines Immobilienportfolios von fünf Grundstücken in den Kantonen Thurgau, Luzern, Neuenburg, Zürich und Wallis mit einem Kaufpreis von je CHF 5 Mio. betragen bei einer Übertragung mittels fünf einzelner Grundstückkaufverträge (sog. Singularsukzession) CHF 43 011<sup>57</sup>. Werden die gleichen fünf Grundstücke mittels Vermögensübertragung übertragen, genügt eine öffentliche Urkunde<sup>58</sup>, und die Notariatsgebühren richten sich nach dem Tarif im Sitzkanton der übertragenden Gesellschaft. Unter der Annahme, dass die übertragende Gesellschaft ihren Sitz in

---

56 Vgl. ausführliche Darstellung der Tariftendenzen zwischen allen 26 Kantonen, Kritik und Änderungsvorschläge des Preisüberwachers, Berichte über Kantonale Notariatstarife vom Juli 2007 und November 2009, abrufbar unter: <http://www.preisueberwacher.admin.ch/dokumentation/00073/00074/index.html?lang=de>.

57 Der Betrag setzt sich aus folgenden kantonalen Gebühren zusammen: Im Kanton Thurgau CHF 5400 inkl. MwSt gem. § 14 Abs. 1 des GGG Grundbuchämter und Notariate/TG; im Kanton Luzern CHF 11 610 inkl. MwSt gem. § 21 Abs. 1 BeurGebV/LU; im Kanton Neuenburg CHF 7776 inkl. MwSt gem. Ziff. 54 NotGebT/NE; im Kanton Zürich CHF 5400 inkl. MwSt gem. § 1 Ziff. 1.1.1 Gebührentarif, Anhang zur NotGebV/ZH; im Kanton Wallis CHF 12 825 inkl. MwSt gem. Art. 11 Ziff. 4 Bst. a i.V.m. Art. 13 Abs. 1 RGebT/VS.

58 Vgl. oben Kapitel 3.1.5.

einem der fünf Kantone hat, wo auch ein Grundstück liegt, fallen folgende Gebühren an:

| <i>Sitzkanton</i> | <i>Gebühren (inkl. MWST)</i> |
|-------------------|------------------------------|
| Thurgau           | CHF 2 160 <sup>59</sup>      |
| Luzern            | CHF 20 250 <sup>60</sup>     |
| Neuenburg         | CHF 13 284 <sup>61</sup>     |
| Zürich            | CHF 27 000 <sup>62</sup>     |
| Wallis            | CHF 39 825 <sup>63</sup>     |

Auch bei anderen Beurkundungen variieren die Notariatsgebühren stark. So betragen diese für die Erhöhung des Aktienkapitals um CHF 100 Mio. in den gleichen fünf Kantonen:

| <i>Sitzkanton</i>                | <i>Gebühren (inkl. MWST)</i> |
|----------------------------------|------------------------------|
| Thurgau                          | CHF 13 189 <sup>64</sup>     |
| Luzern                           | CHF 34 290 <sup>65</sup>     |
| Neuenburg                        | CHF 26 568 <sup>66</sup>     |
| Zürich (für Publikumsgesellsch.) | CHF 24 300 <sup>67</sup>     |
| Wallis                           | CHF 108 000 <sup>68</sup>    |

59 Gemäss § 19 GGG der Grundbuchämter und Notariate/TG, i.V.m. § 4 Abs. 1 Ziff. 6 RRV Gebühren der kantonalen Verwaltungsbehörden/TG.

60 Gemäss § 21 Abs. 1 BeurkGebV/LU vom 24. November 1973 (258).

61 Gemäss Ziff. 81 lit. c i.V.m. a NotGebV/NE.

62 Gemäss § 1. Ziff. 1.6 i.V.m. Ziff. 1.1.1 GebT, Anhang zur NotGebV/ZH vom 7. November 1988 (243) und Ziff. 1.6 der DA NotGebV/ZH.

63 Gemäss Art. 11 Ziff. 4 Bst. f i.V.m. Art. 13 Abs. 1 des RGebT/VS.

64 Gemäss § 16 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 GGG der Grundbuchämter und Notariate/TG, i.V.m. § 4 Abs. 1 Ziff. 1 RRV Gebühren der kantonalen Verwaltungsbehörden/TG. Wobei sich dieser Betrag folgendermassen zusammensetzt: Beurkundungsgebühr von CHF 12 000, Beglaubigungsgebühr für die Statuten CHF 20 und eine Zusatzgebühr nach Stundenaufwand von min. CHF 200 zzgl. 8 % MwSt.

65 Gemäss § 38 Abs. 1 i.V.m. § 37 und § 38 Abs. 2 BeurkGebV/LU vom 24. November 1973 (258).

66 Gemäss Ziff. 81 lit. a Nr. 2 und 3 i.V.m. Nr. 1 Arrêté fixant le tarif des émoluments des notaires des Kantons Neuenburg vom 13. Juni 2012 (166.31).

Schliesslich betragen die Notariatsgebühren für eine Herabsetzung des Aktienkapitals um CHF 20 Mio. in diesen fünf Kantonen:

| <i>Sitzkanton</i>                | <i>Gebühren (inkl. MWST)</i> |
|----------------------------------|------------------------------|
| Thurgau                          | CHF 2 289 <sup>69</sup>      |
| Luzern                           | CHF 3 240 <sup>70</sup>      |
| Neuenburg                        | CHF 12 744 <sup>71</sup>     |
| Zürich (für Publikumsgesellsch.) | CHF 8 100 <sup>72</sup>      |
| Wallis                           | CHF 3 456 <sup>73</sup>      |

67 Gemäss § 1 Ziff. 4.4.3.1 und 4.4.3.2 GebT, Anhang zur NotGebV/ZH vom 7. November 1988 (243) und Ziff. 4.4.3.1 Nr. 1 und Ziff. 4.4.3.2 der DA NotGebV/ZH.

68 Gemäss Art. 50 Abs. 1 des NotG/VS.

69 Gemäss § 16 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 GGG der Grundbuchämter und Notariate/TG. Wobei sich dieser Betrag folgendermassen zusammensetzt: Beurkundungsgebühr von CHF 2000, Beglaubigungsgebühr für die Statuten CHF 20 und einer Zusatzgebühr nach Stundenaufwand von min. CHF 100 zzgl. 8 % MwSt.

70 Gemäss § 39 BeurkGebV/LU vom 24. November 1973 (258).

71 Ziff. 81 lit. a Nr. 2 i.V.m. Nr. 1 NotGebT/NE.

72 Gemäss § 1 Ziff. 4.4.3.2 GebT, Anhang zur NotGebV/ZH vom 7. November 1988 (243) und § 1 Ziff. 4.4.3.2 der DA NotGebV/ZH.

73 Gemäss Art. 16 Ziff. 6 Bst. a und c des RGebT/VS beträgt die Beurkundungsgebühr CHF 1200 zzgl. 8 % MwSt. Hinzu kommt eine Gebühr von CHF 200–1000 für die Ausarbeitung der Statuten gem. Art. 16 Ziff. 6 Bst. c RGebT/VS und eine etwaige Zusatzgebühr nach Stundenaufwand von CHF 500–1000 gem. Art. 16 Ziff. 6 Bst. c RGebT/VS. Im angeführten Beispiel wurden die Maximalgebührensätze verwendet.

## 4.2 Grundsätze für die Bemessung der Notariatsgebühren

Die Notariatsgebühren richten sich nach dem geltenden kantonalen Tarif für öffentliche Beurkundungen, der Teil des kantonalen öffentlichen Rechts und damit bindend ist. Eine Reduktion der Gebühren ist in der Regel nur in begründeten Fällen oder mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde zulässig<sup>74</sup>.

Auf die Bemessung der Notariatsgebühren sind die bundesrechtlichen Grundsätze über die Bemessung von Verwaltungsgebühren anwendbar<sup>75</sup>. Damit sind die Notariatsgebühren grundsätzlich an die Verfassungsgrundsätze des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips gebunden<sup>76</sup>.

Nach dem Kostendeckungsprinzip darf der Gesamtertrag der Gebühren die Gesamtkosten des betreffenden Verwaltungszweiges in der Regel nicht übersteigen. Bei der Gebührenbemessung können jedoch gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich auch die allgemeinen Unkosten des betreffenden Verwaltungszweiges mitberücksichtigt werden. Zudem darf mit den Gebühren für bedeutende Geschäfte der Ausfall aus Verrichtungen ausgeglichen werden, für die wegen des tiefen Interessenwerts keine kostendeckende Gebühr verlangt werden kann. Schliesslich ist es auch zulässig, die mit der staatlichen Handlung verbundene Verantwortung sowie die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die Interessen des Pflichtigen angemessen zu berücksichtigen<sup>77</sup>.

Die Verteilung der Gesamtkosten auf die einzelnen gebührenpflichtigen Verrichtungen unterliegt wiederum gewissen Schranken. Diese ergeben sich einerseits aus dem Wesen der Gebühr sowie aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und andererseits aus dem Gebot der rechtsgleichen Behandlung sowie aus dem Willkürverbot<sup>78</sup>. Konkret bedeutet dies, dass die Gebühr in keinem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen bewegen muss (sog. Äquivalenzprinzip). Zudem muss die Gebühr nach sachlich haltbaren Kriterien bemessen wer-

---

74 Brückner, N. 552, 554 f., 557 f.

75 BGE 103 Ia 85 E. 5a.

76 BGE 103 Ia 85 E. 5b.

77 BGE 103 Ia 85 E. 5b.

78 BGE 103 Ia 85 E. 5b.

den und darf keine Unterscheidungen treffen, für die kein vernünftiger Grund ersichtlich ist<sup>79</sup>.

Obwohl diese Verfassungsprinzipien grundsätzlich auch für das freiberufliche Notariat gelten<sup>80</sup>, sieht das Bundesgericht in der Anwendung des Kostendeckungsprinzips bei freiberuflichen Notaren unüberwindbare Hürden. Einerseits würde eine genaue Erhebung der Kosten eine Überprüfung der privaten Einkommensverhältnisse aller in einem Kanton freiberuflich tätigen Notare erfordern. Weil die Notare auch noch private Rechtsberatungen erbringen, müsste sodann das Einkommen aufgegliedert werden. Schliesslich müsste der Tatsache Beachtung geschenkt werden, dass zwischen Land und Stadt unterschiedliche Mandatsstrukturen bestehen und auch ein Landnotar ein genügendes Einkommen soll erzielen können<sup>81</sup>.

Gestützt auf diese Überlegungen kam das Bundesgericht bezüglich des freiberuflichen Notars zu dem Schluss, dass sich die verfassungsrechtliche Überprüfung auf folgende Grundsätze beschränken müsse: Die im konkreten Fall erhobene Gebühr (i) muss nach sachlich haltbaren Gesichtspunkten ausgestaltet sein, (ii) darf keine Unterscheidungen treffen, für die ein vernünftiger Grund nicht ersichtlich ist und (iii) muss in einem vernünftigen Verhältnis zur erbrachten Leistung stehen<sup>82</sup>. Ein offensichtliches Missverhältnis müsste als übermässige Erschwerung der Benutzung des privatrechtlichen Institutes der öffentlichen Beurkundung betrachtet werden und würde mithin gegen Sinn und Geist des Bundeszivilrechts verstossen<sup>83</sup>.

Im konkreten Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, dass eine Beurkundungsgebühr von CHF 2865 bei einem Kaufpreis von CHF 430 000 (d.h. von 6,6‰) zwar ungewöhnlich hoch sei, die verfassungsrechtlichen Prinzipien aber nicht verletze<sup>84</sup>. Während der Entscheid bei diesem absoluten Gebührenbetrag noch nachvollziehbar ist, dürfte die Argumentation bei sehr hohen Gebühren kaum mehr haltbar sein. Der oben dargestellte Fall, wo eine Beurkundungsgebühr (exkl. MwSt) CHF 100 000 betragen kann<sup>85</sup>, verstösst u.E. auch in einem privaten Notariat in den allermeisten Fällen offensichtlich gegen das

---

79 BGE 103 Ia 85 E. 5b.

80 BGE 103 Ia 85 E. 5a.

81 BGE 103 Ia 85 E. 5c; *Brückner*, N. 3519 FN 107.

82 BGE 103 Ia 85 E. 5c.

83 BGE 103 Ia 85 E. 5c; BGE 97 I 205; BGE 83 I 81 E. 6 und BGE 96 I 716 E. 3; *Brückner*, § 24 FN 40.

84 BGE 103 Ia 85 E. 6d.

85 Vgl. oben Beispiel Kapitalerhöhung im Kanton Wallis, Kapitel 4.1.

Kostendeckungsprinzip. Es kann nicht mit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen vereinbar sein, dass mit einer einzigen Transaktion Gebühren in der Höhe von 10 %, 20 % oder 30 % des Jahresumsatzes des Notars generiert werden, wenn dieser nur wenige Stunden dafür aufwenden muss<sup>86</sup>. Aus diesem Grund sollten die Maximalgebühren nicht nur an den Interessenwert geknüpft, sondern zusätzlich noch durch den Stundenaufwand des Notars begrenzt werden<sup>87</sup>. Selbst wenn dem Notar ein Stundenansatz von CHF 500 bis CHF 1000 zugestanden würde<sup>88</sup>, wäre eine solche Berechnung für die Parteien noch eher nachvollziehbar als eine reine Bemessung nach dem Interessenwert.

### 4.3 Vermeidung hoher Gebühren durch Wahlfreiheit

Wegen der teils sehr hohen Notariatsgebühren stellt sich in der Praxis immer wieder die Frage, wie diese vermieden werden können. Zu beachten ist dabei, dass die Parteien bei gesellschaftsrechtlichen Geschäften den Notar grundsätzlich frei wählen können<sup>89</sup>. Wie die oben aufgezeigten Beispiele veranschaulichen<sup>90</sup>, stellt die Nutzung dieser Wahlfreiheit aufgrund der grossen kantonalen Gebührenunterschiede ein wirksames Instrument zur Vermeidung hoher Gebühren für notarielle Beurkundungen dar<sup>91</sup>.

Die Wahlfreiheit ist jedoch auch im Gesellschaftsrecht nicht unbegrenzt. Zum einen bestehen rein faktische Schranken. So kann eine Publikumsgesellschaft ihre Generalversammlung rein faktisch nicht an jedem beliebigen Ort der Schweiz durchführen; zumindest ergäbe sich ein gewisser Erklärungsbedarf, wenn ein Zürcher Bank- oder Versicherungskonzern oder ein Basler Pharmakonzern seine Generalversammlung im Kanton Thurgau durchführte.

---

86 Vgl. Vorschlag des Preisüberwachers über Kantonale Notariatstarife vom Juli 2007, S. III abrufbar unter: <http://www.preisueberwacher.admin.ch/dokumentation/00073/00074/00076/index.html?lang=de>.

87 *Brückner*, N. 3526, 3528; für eine ausführliche Diskussion verschiedener Tarifvarianten siehe auch *Brückner/Hettich*, Gutachten betreffend verschiedene Fragen im Zusammenhang mit dem Notariatstarif des Kantons Aargau vom 12. November 2010, abrufbar unter: [http://www.cbrueckner.ch/pdf/2010\\_GutachtenNotariatsfragenAG.pdf](http://www.cbrueckner.ch/pdf/2010_GutachtenNotariatsfragenAG.pdf).

88 Vgl. *Brückner*, N. 3528.

89 Website der Notariate Zürich, abrufbar unter: [http://www.notariate.zh.ch/not\\_ges\\_age\\_gru.php](http://www.notariate.zh.ch/not_ges_age_gru.php).

90 Vgl. oben Kapitel 4.1.

91 Vgl. *Brückner*, § 24 FN 51.

Weiter sieht Art. 70 Abs. 2 FusG bei der Vermögensübertragung von Grundstücken eine zwingende Zuständigkeit der Urkundsperson am Sitz der übertragenden Gesellschaft vor<sup>92</sup>. Diese zwingende Zuständigkeit ist umso bedauerlicher, als es sich um ein unsachliches Anknüpfungskriterium handelt: Zwar statuiert die gefestigte bundesgerichtliche Rechtsprechung im Liegenschaftsverkehr eine zwingende örtliche Zuständigkeit für die Beurkundung am Ort der gelegenen Sache<sup>93</sup>. Art. 70 Abs. 2 FusG knüpft jedoch gerade nicht am Belegenheitsort des Grundstücks an, sondern am Sitz des übertragenden Rechtsträgers. Damit gibt die Bestimmung die gesellschaftsrechtliche Wahlfreiheit des Notars auf, ohne sich auf die zwingende Zuständigkeit am Ort der gelegenen Sache berufen zu können; am Sitz der übertragenden Gesellschaft liegt nämlich unter Umständen gar kein zu übertragendes Grundstück<sup>94</sup>. Entgegen einem Teil der Lehre ist nicht davon auszugehen, dass am Ort der zu übertragenden Grundstücke eine alternative Zuständigkeit besteht<sup>95</sup>.

Um die zwingende Zuständigkeit eines bestimmten Kantons bei einer Vermögensübertragung zu vermeiden, stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit einer kurzfristigen Sitzverlegung zum Zweck der Kostenreduktion. So könnte die übertragende Gesellschaft ihren Sitz vorgängig in einen anderen Kanton verlegen, dort die Vermögensübertragung durchführen und danach wieder in den ursprünglichen Kanton zurückziehen. Ein solches Vorgehen ist zulässig und nicht rechtsmissbräuchlich, weil dabei keine schutzwürdigen Interessen verletzt werden. Vielmehr nutzen die Parteien unterschiedliche Gebührenregelungen, was legitim ist<sup>96</sup>. Eine derartige Sitzverlegung kann insbesondere nicht mit einer Sitzverlegung verglichen werden, die nur durchgeführt wird, um sich einer Klage zu entziehen<sup>97</sup>.

Schliesslich darf im vorliegenden Zusammenhang auch die Frage gestellt werden, ob in Anbetracht der Regelung von Art. 70 Abs. 2 FusG die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend die zwingende Zuständigkeit bei Grundstückskaufverträgen noch aufrechterhalten werden kann. Tatsache ist, dass die Grundbuchämter im Rahmen von Vermögensübertragungen seit über zehn

---

92 Vgl. oben Kapitel 3.1.5.

93 BGE 113 II 501 E. 3a und b, zur Kontroverse betreffend die Lex-rei-sitae-Theorie in der Lehre vgl. Schmid, Die öffentliche Beurkundung, N. 242 ff.

94 Vgl. zur Kritik auch schon Glanzmann, Umstrukturierungen, N. 337 f.

95 So aber Vogel/Günter, S. 1030 welche der Auffassung von Küffer, S. 193 f. folgen.

96 Vgl. LGVE 2005 I Nr. 26 E. 3.2.3.

97 Urteil des OG ZH vom 12. April 2013, RA120007-O/U; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16 N. 133.

Jahren auch ausserkantonale Urkunden anerkennen müssen und sich in der Praxis diesbezüglich kaum je Probleme stellen. Somit scheinen sich die Befürchtungen des Bundesgerichts, dass diese Verträge ungenau, unklar und den örtlichen Verhältnissen zuwiderlaufend sind oder eine besonders enge Beziehung zur Beschaffenheit des Grundstücks, zu den Gebräuchen der Gegend, den Besonderheiten ihres Liegenschaftsverkehrs und der Organisation ihres Grundbuchwesens vermissen lassen<sup>98</sup>, in der Praxis nicht zu bewahrheiten. Dies ist Grund genug, die entsprechende Rechtsprechung zu überdenken.

## **5. Einzelfragen**

### **5.1 Vernichtung eigener Aktien gemäss neuem Rechnungslegungsrecht**

Das Kapitalherabsetzungsverfahren für Aktiengesellschaften ist in Art. 732–735 OR geregelt. Die gleichen Bestimmungen gelten aufgrund des Verweises in Art. 782 Abs. 4 OR auch für die GmbH. Obwohl die entsprechenden Regelungen seit Jahren keine Änderungen erfahren haben, sind bei einer Kapitalherabsetzung mittels Vernichtung eigener Aktien aufgrund des neuen Rechnungslegungsrechts ein paar Neuerungen zu beachten.

Die Neuerungen ergeben sich aufgrund der Behandlung eigener Aktien bzw. Stammanteile im neuen Rechnungslegungsrecht. Dieses ist am 1. Januar 2013 in Kraft getreten und findet erstmals zwingend auf das Geschäftsjahr Anwendung, das am oder nach dem 1. Januar 2015 begonnen hat (Art. 2 Abs. 1 UeB). Eine freiwillige vorzeitige Anwendung durch die Gesellschaften ist aber seit Inkrafttreten des Gesetzes zulässig<sup>99</sup>.

Nach bisherigem Recht waren eigene Anteile zum Anschaffungswert unter den Aktiven zu verbuchen und in der Höhe des Anschaffungswertes war eine Reserve für eigene Aktien (Art. 671a OR) zu bilden. Wenn eine Gesellschaft, deren Aktienkapital sich aus 2000 Namenaktien zu nominal je CHF 1000 zusammensetzt, 100 eigene Namenaktien zu einem Kaufpreis von je CHF 5000 kauft, dann war dies in der Bilanz wie folgt abzubilden:

---

98 So die Begründung des Bundesgerichts für die zwingende Zuständigkeit am Ort der gelegenen Sache in BGE 113 II 501 E. 3a und b.

99 Vgl. dazu *Glanzmann*, Das neue Rechnungslegungsrecht, S. 283.

In TCHF, bisheriges Recht (Art. 659a Abs. 2 OR)

|               |        |        |                           |
|---------------|--------|--------|---------------------------|
| Aktiven       | 18 000 | 15 000 | FK                        |
| Eigene Aktien | 500    | 2 000  | AK                        |
|               |        | 1 000  | Allgemeine Reserve        |
|               |        | 500    | Reserve für eigene Aktien |
|               | 18 500 | 18 500 |                           |

Das neue Rechnungslegungsrecht verbietet die Aktivierung von eigenen Anteilen. Vielmehr sind diese als Minusposten im Eigenkapital zu verbuchen (Art. 958a Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR). Der zu verbuchende Minusposten entspricht dem Anschaffungspreis der eigenen Aktien<sup>100</sup>. Damit sieht die Bilanz im oben stehenden Beispiel nach neuem Rechnungslegungsrecht wie folgt aus:

In TCHF, neues Recht (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3e OR)

|         |        |        |                    |
|---------|--------|--------|--------------------|
| Aktiven | 18 000 | 15 000 | FK                 |
|         |        | 2 000  | AK                 |
|         |        | 1 500  | Allgemeine Reserve |
|         |        | -500   | Eigene Aktien      |
|         | 18 000 | 18 000 |                    |

Die unterschiedliche bilanzielle Behandlung eigener Anteile im alten und neuen Rechnungslegungsrecht hat auch Auswirkungen auf den Wortlaut des Generalversammlungsbeschlusses, wenn eigene Anteile mittels Kapitalherabsetzung vernichtet werden sollen. Werden im obenstehenden Beispiel die 100 eigenen Aktien mittels Kapitalherabsetzung vernichtet, dann lautete der Beschlusstext bei einer Verbuchung nach altem Rechnungslegungsrecht und aktuellem Texthandbuch des Kantons Zürich folgendermassen:

1. Das Aktienkapital wird von CHF 2 000 000 um CHF 100 000 auf CHF 1 900 000 herabgesetzt;
2. als Ergebnis des Prüfungsberichtes wird festgestellt, dass die Forderungen der Gläubiger trotz der Herabsetzung des Aktienkapitals voll gedeckt sind;
3. die Kapitalherabsetzung wird in folgender Art und Weise durchgeführt:
  - a. durch Vernichtung von 100 Namenaktien zu je CHF 1000 nominal;

<sup>100</sup> Glanzmann, Das neue Rechnungslegungsrecht, S. 267.

- b. durch Verwendung des Herabsetzungsbetrages von CHF 100 000 zur Gutschrift auf dem Konto allgemeine Reserve (aus Kapitaleinlage);
- c. sowie zur Wertberichtigung des Wertschriftenkontos «eigene Aktien» bzw. zur Aufhebung der für eigene Aktien gebildeten Reserve im Sinne von Art. 659a Abs. 2 und Art. 671a OR im Betrage von CHF 500 000.

Da es nach neuem Rechnungslegungsrecht weder eine Reserve für eigene Aktien noch ein Aktivkonto «eigene Aktien» mehr gibt, muss auch der Wortlaut des Generalversammlungsbeschlusses angepasst werden. Gleich bleibt, dass das Aktienkapital um den Nennwert der vernichteten Aktien reduziert wird (vgl. Beschlussziffern 1 und 3a). Die Gegenbuchung der Herabsetzung des Aktienkapitals ist hingegen nicht auf dem Konto «Allgemeine Reserve», sondern bei der Minusposition «Eigene Aktien» vorzunehmen. Damit wird der Nennwert der vernichteten eigenen Aktien ausgebucht. In einem zweiten Schritt ist die Differenz zwischen Nennwert und Anschaffungskosten der vernichteten Aktien auszubuchen, und zwar indem der offen ausgewiesene Minusposten «Eigene Aktien» gegen das Konto «Allgemeine Reserve» ausgebucht wird. Folglich lautet der Buchungstext nach neuem Rechnungslegungsrecht:

1. Das Aktienkapital wird von CHF 2 000 000 um CHF 100 000 auf CHF 1 900 000 herabgesetzt.
2. Als Ergebnis des Prüfungsberichtes wird festgestellt, dass die Forderungen der Gläubiger trotz der Herabsetzung des Aktienkapitals voll gedeckt sind.
3. Die Kapitalherabsetzung wird in folgender Art und Weise durchgeführt:
  - a. durch Vernichtung von 100 Namenaktien zu einem Nennwert von CHF 1000;
  - b. durch Verwendung des Herabsetzungsbetrages von CHF 100 000 zur Gutschrift auf dem Konto «Eigene Aktien»; und
  - c. durch Ausbuchung des Restbuchwerts der vernichteten Aktien (Anschaffungskosten minus Herabsetzungsbetrag) von CHF -400 000 im Konto «Eigene Aktien» gegen die allg. Reserve.

In der Bilanz stellt sich die Kapitalherabsetzung durch Vernichtung eigener Aktien nach neuem Recht folgendermassen dar:

|                    | Ausgangslage |        | Schritt 3a/b |        | Schritt 3c |        |
|--------------------|--------------|--------|--------------|--------|------------|--------|
| Aktiven            | 18 000       |        | 18 000       |        | 18 000     |        |
| FK                 |              | 15 000 |              | 15 000 |            | 15 000 |
| AK                 |              | 2 000  |              | 1 900  |            | 1 900  |
| Allgemeine Reserve |              | 1 500  |              | 1 500  |            | 1 100  |
| Eigene Aktien      |              | -500   |              | -400   |            | 0      |
|                    | 18 000       | 18 000 | 18 000       | 18 000 | 18 000     | 18 000 |

Auch der im Handelsregister zu publizierende Text ist anzupassen. Dieser lautete nach altem Recht:

Bei der Kapitalherabsetzung vom XX.XX.2015 werden 100 eigene Namenaktien zu CHF 1000 vernichtet. Der Herabsetzungsbetrag wird zur Wertberichtigung des Wertschriftenkontos «Eigene Aktien» verwendet.

Nach neuem Recht lautet der Publikationstext schlicht wie folgt:

Bei der Kapitalherabsetzung vom XX.XX.2015 werden 100 eigene Namenaktien zu CHF 1000 vernichtet.

## 5.2 Legitimationsprüfung aufgrund der neuen GAFI-Transparenzvorschriften

### 5.2.1 Meldepflichten und Sanktionen

Im Rahmen der Umsetzung der im Jahr 2012 revidierten GAFI-Empfehlungen der OECD kam es zu wichtigen Neuerungen im Gesellschaftsrecht<sup>101</sup>. Seit dem 1. Juli 2015 gelten für Gesellschafter von Aktiengesellschaften und GmbHs neue Meldepflichten, deren Nichtbeachtung streng sanktioniert wird. Die neuen Meldepflichten gelten nicht für Anteile an börsenkotierten Gesellschaften sowie Anteile, die als Bucheffekte ausgestaltet sind.

Einerseits besteht neu die Pflicht, den Erwerb von Inhaberaktien oder Partizipationsscheinen innerhalb eines Monats nach deren Kauf der Gesellschaft zu melden (Art. 697i OR). Wer am 1. Juli 2015 bereits Eigentümer von Inhaberaktien war, muss innerhalb von sechs Monaten eine entsprechende Bestandsmeldung an die Gesellschaft machen, auch wenn keine weiteren Anteile erworben

101 Für eine detaillierte Darstellung vgl. *Glanzmann*, Neue Transparenzvorschriften, *passim* oder *Spoerlé*, S. 335–560.

werden (Art. 3 Abs. 1 UeB). Die Meldung ist der Gesellschaft bzw. einem von dieser bezeichneten Finanzintermediär zu erstatten (Art. 697k OR). Zu melden sind der Vor- und Nachname oder die Firma sowie die Adresse des Erwerbers (Art. 697i Abs. 1 OR). Obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich festgehalten, ist daneben auch die Anzahl der erworbenen Titel zu melden<sup>102</sup>. Zudem muss der Erwerber bei der Meldung den Besitz der Titel nachweisen und sich identifizieren (Art. 697i Abs. 2 OR). Die Identifikation erfolgt bei natürlichen Personen durch einen amtlichen Ausweis mit Fotografie, namentlich durch den Pass, die Identitätskarte oder den Führerausweis (lit. a), und bei juristischen Personen durch einen Handelsregisterauszug (lit. b). Bei ausländischen juristischen Personen ist ein aktueller beglaubigter Auszug aus dem ausländischen Handelsregister oder eine gleichwertige Urkunde erforderlich (lit. c)<sup>103</sup>.

Andererseits wurde die Pflicht zur Meldung der an den Anteilen wirtschaftlich berechtigten Personen eingeführt. Diese Pflicht ist nicht auf Inhaberaktionäre beschränkt, sondern obliegt jedem Gesellschafter einer AG oder GmbH. Dieser muss, wenn er alleine oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten mindestens 25 % des Aktienkapitals oder der Stimmrechte erwirbt, innert eines Monats die natürliche Person melden, für die er letztlich handelt (wirtschaftlich berechtigte Person) (Art. 697j bzw. Art. 790a OR). Für die an Inhabertiteln wirtschaftlich berechtigten Personen muss eine Meldung auch dann vorgenommen werden, wenn die Titel vor dem 1. Juli 2015 erworben worden sind; allerdings gilt dann eine Meldefrist von sechs Monaten (Art. 3 Abs. 1 UeB). Zu melden sind der Vor- und der Nachname sowie die Adresse der an den Anteilen wirtschaftlich berechtigten Personen sowie diesbezügliche Änderungen<sup>104</sup>. Zu beachten ist, dass die Meldepflicht dem direkten Gesellschafter und nicht etwa der wirtschaftlich berechtigten Person obliegt. Dies kann insbesondere in Konzernverhältnissen zu Problemen führen<sup>105</sup>.

Das Pendant der Meldepflichten der Gesellschafter ist die Verzeichnisführungspflicht der Gesellschaft. Die Gesellschaften müssen neu ein Verzeichnis der Inhaberaktionäre und der an den Anteilen wirtschaftlich berechtigten Personen führen (Art. 697l Abs. 1 bzw. Art. 790a Abs. 3 OR). Die Führung des Verzeichnisses obliegt grundsätzlich dem Verwaltungsrat bzw. den Geschäftsfüh-

---

102 Glanzmann, Neue Transparenzvorschriften, S. 22 f.

103 Vgl. zu weiteren Einzelheiten Spoerlé, N. 786 ff.

104 Zu den Einzelheiten vgl. Glanzmann, Neue Transparenzvorschriften, S. 9 ff.; Spoerlé, N. 837, 1112, 1115.

105 Vgl. dazu Glanzmann, Neue Transparenzvorschriften, S. 4 f.; Spoerlé, N. 876, 918 ff., 924 ff.

cern. Hat die Gesellschaft nach Art. 697k OR für Meldungen, die Inhaberaktien betreffen, einen Finanzintermediär bezeichnet, dann ist dieser für die Führung des Verzeichnisses zuständig (Art. 697l Abs. 4 OR). Das Verzeichnis muss den Vor- und den Nachnamen oder die Firma sowie die Adresse der Inhaberaktionäre bzw. der wirtschaftlich berechtigten Personen enthalten. Soweit die Inhaberaktionäre natürliche Personen sind, müssen zudem deren Staatsangehörigkeit und Geburtsdatum aufgenommen werden (Art. 697l Abs. 2 OR)<sup>106</sup>.

Im Falle einer Verletzung der Meldepflichten sieht Art. 697m OR drastische Sanktionen vor. Bis zur Vornahme der Meldung kann ein Gesellschafter weder seine Vermögens- noch Mitwirkungsrechte ausüben, d.h. z.B. weder an der Generalversammlung teilnehmen noch sein Stimmrecht ausüben (Art. 697m Abs. 1 und 2 OR). Wird die Meldung auch nicht innert eines Monats nach dem Erwerb vorgenommen, sind die bis zur Vornahme der Meldung entstandenen Vermögensrechte verwirkt (Art. 697m Abs. 3 OR). Nimmt ein Gesellschafter in Verletzung der Meldepflichten an der Generalversammlung teil und übt er sein Stimmrecht aus, dann ist der Beschluss nach Art. 691 Abs. 3 OR anfechtbar<sup>107</sup>.

### 5.2.2 Auswirkungen auf die Legitimation

Die neuen Transparenzvorschriften haben Auswirkung darauf, wie sich Gesellschafter einer Aktiengesellschaft oder GmbH gegenüber der Gesellschaft zur Ausübung ihrer Mitwirkungsrechte legitimieren müssen. Dabei ist einerseits zu beachten, dass bei einer Verletzung der Meldepflicht die Mitwirkungsrechte der Gesellschafter so lange ruhen, bis die Meldung nachgeholt wird<sup>108</sup>. Andererseits ist die Erfüllung der Meldepflichten für den Übergang des Eigentums an den Anteilen und die Anerkennung als Gesellschafter nicht konstitutiv<sup>109</sup>. Deshalb behalten die bisherigen Legitimationsnachweise uneingeschränkt Bedeutung, müssen aber mit dem Nachweis der Vornahme der Meldepflichten ergänzt werden<sup>110</sup>. Konkret bedeutet dies Folgendes:

Bei verbrieften *Inhaberaktien* setzt die Ausübung der Aktionärsrechte voraus, dass sich der Aktionär durch den Besitz und die Vorlage der Aktien legitimiert (Art. 689a Abs. 2 OR). Mangels anderer statutarischer Anordnung genügt auch

---

<sup>106</sup> Spoerlé, N. 972 ff., 987.

<sup>107</sup> Vgl. dazu Glanzmann, Neue Transparenzvorschriften, S. 34 f.; Spoerlé, N. 1034, 1046 ff., 1061, 1078.

<sup>108</sup> Spoerlé, N. 1034.

<sup>109</sup> Spoerlé, N. 992.

<sup>110</sup> Spoerlé, N. 993 f. FN 2578.

die Vorlage einer Depotbescheinigung einer Bank, aus welcher der Besitz an den Aktien hervorgeht<sup>111</sup>. Sind die Inhaberaktien nicht in einem Wertpapier verbrieft, ist grundsätzlich eine lückenlose Übertragungskette nachzuweisen, beginnend mit dem zuletzt im Verzeichnis nach Art. 697f OR eingetragenen Gesellschafter<sup>112</sup>. Nebst all dem muss der Inhaberaktionär auch noch eine Meldung gemäss Art. 697i OR (inkl. Identifikationsausweis) erstattet haben, damit er seine Mitwirkungsrechte ausüben kann. Hält er eine Beteiligung von 25 % (oder mehr) der Stimmrechte oder des Kapitals, kommt zudem die Erstattung der Meldung des wirtschaftlich Berechtigten als weitere Legitimationsvoraussetzung hinzu. Die Meldungen als Inhaberaktionär und der wirtschaftlich berechtigten Person sind auch bezüglich jener Inhaberaktien erforderlich, die vor dem 1. Juli 2015 erworben worden sind.

Bei *Namenaktien* ist grundsätzlich derjenige berechtigt, die Mitgliedschaftsrechte auszuüben, der im Aktienbuch der Gesellschaft eingetragen ist (Art. 689a Abs. 1 OR). Allerdings ist der Eintrag nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht konstitutiv; er ist weder Gültigkeitsvoraussetzung für den Erwerb der Aktionärsposition, noch steht diese aufgrund des Eintrags fest<sup>113</sup>. Aus diesem Grund kann die Mitwirkungsrechte nur ausüben, wer Anspruch auf Eintragung im Aktienbuch hat. Dieser Anspruch besteht, wenn die Aktien rechtsgültig erworben worden sind und die Gesellschaft bei einer Vinkulierung den Aktionär anerkannt hat<sup>114</sup>. Hält der Aktionär 25 % (oder mehr) des Kapitals oder der Stimmrechte, dann kommt wie bei den Inhaberaktien die Erstattung der Meldung des wirtschaftlich Berechtigten als weitere Legitimationsvoraussetzung hinzu, sofern der Aktionär die Titel seit dem 1. Juli 2015 erworben hat.

Die Legitimationslage bei *Stammanteilen* ist vergleichbar mit jener bei *Namenaktien*. Auch bei der GmbH gilt gegenüber der Gesellschaft nur derjenige als Gesellschafter, der im Anteilsbuch eingetragen ist<sup>115</sup>. Der Eintrag begründet eine widerlegbare Vermutung, dass die eingetragene Person Gesellschafterin ist<sup>116</sup>. Deshalb kann die Mitwirkungsrechte nur ausüben, wer Anspruch auf Eintragung im Anteilsbuch hat. Dazu bedarf es der formgültigen Übertragung der Stammanteile und, sofern erforderlich, der Zustimmung der Gesellschaft

---

111 Spoerlé, N. 781, 995.

112 Spoerlé, N. 782 m.w.H.

113 BGE 137 III 460 E. 3.2.2; BGE 90 II 164 E. 3.

114 Druey/Glanzmann, § 10 N. 49–51.

115 CHK-Trüeb, N. 9 zu Art. 790 OR.

116 BGE 124 III 350 E. 2c. für das Aktienbuch; CHK-Trüeb, N. 9 zu Art. 790 OR.

(Art. 785 f. OR). Hält ein GmbH-Gesellschafter seit dem 1. Juli 2015 eine Beteiligung von 25 % (oder mehr) des Kapitals oder der Stimmrechte, tritt die Meldung des wirtschaftlich Berechtigten als weitere Legitimationsvoraussetzung hinzu<sup>117</sup>.

### 5.2.3 Prüfung der Legitimation durch den Notar

Die oben dargestellten neuen Legitimationserfordernisse haben insbesondere Auswirkung auf die Ausübung der Mitwirkungsrechte anlässlich einer Generalversammlung. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwiefern der Notar diese Legitimationsvoraussetzungen bei der öffentlichen Beurkundung eines Generalversammlungsbeschlusses zu prüfen hat.

Für die Erstellung der Urkunde gilt der bundesrechtliche Minimalgrundsatz. Wo das Gesetz keine ausdrückliche Vorschrift enthält, darf jedenfalls nichts Unwahres beurkundet werden. Darüber hinaus gelten die kantonrechtlichen Verfahrensbestimmungen<sup>118</sup>. So hat sich der Notar gemäss § 96a NotV/ZH bei der Errichtung einer öffentlichen Urkunde über die Beschlüsse der Generalversammlung zu vergewissern und zu prüfen, ob das Gesuch um Errichtung einer öffentlichen Urkunde von einer dazu ermächtigten Person gestellt wird. Er ist jedoch ausdrücklich nicht dazu verpflichtet, die Handlungsfähigkeit der an der Versammlung teilnehmenden Personen, die Zeichnungsbefugnis für juristische Personen und die Echtheit der Unterschriften zu prüfen. Aufgrund dieser Bestimmung hat sich im Kanton Zürich folgende Praxis herausgebildet:

Wenn ein Mitglied des Verwaltungsrats oder ein Geschäftsführer die General- bzw. Gesellschafterversammlung leitet, dann ist der Vorsitzende vom Notar anlässlich der Protokollaufnahme zu identifizieren und seine Legitimation zu prüfen<sup>119</sup>. Die Teilnahmeberechtigung der übrigen Veranstaltungsteilnehmer muss von der Urkundsperson hingegen nicht überprüft werden. Vielmehr fällt sie in den Verantwortlichkeitsbereich des Vorsitzenden<sup>120</sup>. Die Urkunde enthält diesbezüglich lediglich Parteibehauptungen des Vorsitzenden, deren Richtigkeit nicht durch die Urkundsperson festgestellt wird<sup>121</sup>. Die Urkundsperson

---

117 *Glanzmann*, Neue Transparenzvorschriften, S. 11.

118 *Bühler*, S. 345 f.

119 *Brückner*, N. 2802 f.

120 *Brückner*, N. 2808.

121 Vgl. *Bühler*, S. 345 f.

hat jedoch zu prüfen, ob die Feststellungen des Vorsitzenden mit ihrer eigenen Wahrnehmung übereinstimmen<sup>122</sup>.

Fungiert ausnahmsweise kein Mitglied des Verwaltungsrats oder der Geschäftsführung als Vorsitzender, muss ein Vorsitzender durch Beschluss der Versammlung gewählt werden<sup>123</sup>. Der Notar hat in diesem Fall die Legitimation der Versammlung zur Beschlussfassung, d.h. die rechtsgültige Einberufung und ein etwaig erforderliches Präsenzquorum stimmberechtigter Gesellschafter, zu kontrollieren<sup>124</sup>. Die Prüfung der Stimmberechtigung geschieht grundsätzlich wie bisher, d.h. bei Inhaberaktien durch Vorlage der Titel bzw. einer Depotbescheinigung der Bank und bei Namenaktien bzw. Stammanteilen durch Vorlage des Gesellschafterverzeichnisses. Neu stellt sich aber die Frage, ob der Notar zusätzlich die GAFI-spezifischen Legitimationsnachweise prüfen muss, d.h. eine etwaige Meldung als Inhaberaktionär und, bei einer Beteiligung von mindestens 25 % der Stimmrechte oder des Kapitals der Gesellschaft, die Meldung des wirtschaftlich Berechtigten. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies aufgrund der folgenden Überlegungen nicht notwendig<sup>125</sup>. Mit der Legitimationsprüfung soll vermieden werden, dass ein nichtiger Beschluss gefasst wird, z.B. weil eine Versammlung durch Nicht-Gesellschafter abgehalten wird oder an einer Universammlung (Art. 701 bzw. Art. 805 Abs. 5 Ziff. 5 OR) nicht alle Gesellschafter anwesend sind<sup>126</sup>. Sind die an einer Versammlung vertretenen Gesellschafter jedoch lediglich deshalb nicht stimmberechtigt, weil sie ihrer Meldepflicht nicht nachgekommen sind, dann sind die entsprechenden Beschlüsse nur anfechtbar, aber nicht nichtig<sup>127</sup>. Aus diesem Grund muss der Notar u.E. nicht prüfen, ob die Meldungen erstattet worden sind.

Sollte der Notar die Stimmberechtigung der an einer Versammlung anwesenden Gesellschafter aufgrund der besonderen kantonalrechtlichen Vorschriften prüfen müssen, dann stellt sich die Frage, ob die Meldungen selbst zu prü-

---

122 Brückner, N. 2808.

123 Die Urkundsperson kann nicht selbst in privatrechtlicher Funktion die Leitung der Veranstaltung übernehmen und zugleich in amtlich-neutraler Eigenschaft den Verfahrensablauf kontrollieren. Ein auf diese Weise erstelltes Protokoll wäre keine öffentliche Urkunde (Brückner, N. 2741).

124 Brückner, N. 2805.

125 Noch anders die Auffassung des erstgenannten Autors anlässlich des in FN erwähnten Weiterbildungsseminars.

126 Zur Nichtigkeit von Beschlüssen einer nur vermeintlichen Universalversammlung vgl. BGE 137 III 460 E. 3.3.2.

127 Glanzmann, Neue Transparenzvorschriften, VI.2.; Spoerlé, N. 1078.

fen sind oder auf die Einträge im entsprechenden Verzeichnis vertraut werden darf. Nach der hier vertretenen Auffassung ist Letzteres zulässig, denn bei der Prüfung der Legitimation von Namenaktionären prüft der Notar auch lediglich das Aktienbuch und nicht die vorgelagerten Meldungen oder gar die Beschlüsse des Verwaltungsrats betreffend die Übertragungsgenehmigung bei vinkulierten Aktien. Aus dem gleichen Grund muss es auch genügen, wenn der Notar auf den Eintrag im Verzeichnis der Inhaberaktionäre bzw. der wirtschaftlich berechtigten Personen abstellt und sich nicht auch noch die vorgelagerten Meldungen vorlegen lässt. Sofern die sich auf Inhaberaktien beziehenden Meldungen an einen Finanzintermediär erstattet wurden, ist der Notar auf die Mitwirkung des Finanzintermediärs zur Prüfung der Legitimation angewiesen<sup>128</sup>.

### 5.3 Übertragung von Stammanteilen

Die Abtretung von GmbH-Stammanteilen bedarf seit der Inkraftsetzung des neuen GmbH-Rechts am 1. Januar 2008 nicht mehr der öffentlichen Beurkundung. Art. 785 Abs. 1 OR setzt für eine formgültige Abtretung von Stammanteilen und den Abschluss des Abtretungsvertrags lediglich einfache Schriftlichkeit voraus.

In der Praxis gibt es zahlreiche Statuten, die für die Übertragung von Stammanteilen eine öffentliche Beurkundung verlangen. Es stellt sich daher die Frage nach der Bedeutung solcher Statutenbestimmungen. Insbesondere wenn die Statutenbestimmung vor dem Inkrafttreten des neuen GmbH-Rechts beschlossen worden ist, könnte argumentiert werden, dass sie nur damals geltendes Recht wiedergibt und deshalb mit der Änderung des Rechts nicht mehr anzuwenden ist. Dazu Folgendes:

Wurde die Statutenbestimmung nach dem Inkrafttreten des neuen GmbH-Rechts, also nach dem 1. Januar 2008 eingeführt, handelt es sich zweifelsohne um eine gültige Formvorschrift nach Art. 16 OR. In diesem Fall ist die Formvorschrift ohne weiteres zu beachten und eine Übertragung, die nicht öffentlich beurkundet wird, ist ungültig.

Handelt es sich um eine altrechtliche Statutenbestimmung, d.h., wurde sie vor dem 1. Januar 2008 eingeführt, sind Art. 2 Abs. 1 und 2 UeB zu beachten. Danach müssen altrechtliche Statuten, die den neuen Vorschriften nicht entsprechen, innerhalb von zwei Jahren den neuen Bestimmungen angepasst

---

<sup>128</sup> Spoerlé, N. 948, 966, 968 f.

werden und entfalten keine Wirkung mehr, wenn sie mit dem neuen Recht nicht vereinbar sind. Bei einer statutarischen Beurkundungspflicht kann weder davon die Rede sein, dass sie den neuen Vorschriften nicht entspricht, noch, dass sie mit dem neuen Recht nicht vereinbar ist. Wie soeben gezeigt wurde, ist eine statutarisch vorgesehene Beurkundungspflicht für die Übertragung von Stammanteilen mit dem neuem Recht durchaus vereinbar. Deshalb bleibt eine entsprechende Statutenbestimmung weiterhin in Kraft<sup>129</sup>. Es kann auch nicht argumentiert werden, dass die Statutenbestimmung mit Inkrafttreten des neuen Rechts stillschweigend abgeändert worden sei, da man das jeweils geltende Recht wiedergeben wollte. Weil es sich um eine Statutenbestimmung handelt, bedarf deren Änderung einer öffentlichen Beurkundung. Die Beschlussfassung untersteht damit dem Formzwang i.S.v. Art. 11 OR, was die Möglichkeit einer stillschweigenden Änderung der Statuten ausschliesst<sup>130</sup>.

## 6. Schlussbemerkungen

Die oben stehenden Ausführungen zeigen, dass die notarielle Beurkundung im Gesellschaftsrecht traditionell eine prominente Rolle einnimmt. Die Erwartung vieler Praktiker an den Notar dürfte sein, dass dieser als Autorität die Gültigkeit der Urkunden prüft bzw. sicherstellt, dass die Beschlüsse gültig sind. Ein näherer Blick in den Aufgabenbereich des Notars zeigt aber, dass diese Erwartungen kaum erfüllt werden können. Die üblicherweise einer notariellen Urkunde zugeschriebenen Zwecke werden nämlich im Gesellschaftsrecht nur ganz rudimentär erfüllt. Selbst die Verfahrenskontrolle spielt sich auf einem sehr tiefen Niveau ab. Umso mehr muss man sich die Frage stellen, wie die mit der Beurkundung einhergehenden Kosten zu rechtfertigen sind. Letztlich sind diese nur vertretbar, wenn die Erstellung der Urkunde für die Parteien einen Mehrwert generiert. Dies wäre z.B. der Fall, wenn eine notarielle Beurkundung sicherstellte, dass die Transaktion rechtmässig abläuft. Dies scheint allerdings aufgrund der oben gewonnenen Erkenntnisse gerade nicht der Fall zu sein oder zumindest nicht in allen Kantonen. Aus diesem Grund wäre es ehrlicher, die gesellschaftsrechtlichen Beurkundungspflichten ohne voreingenommene Position zu überdenken. Insbesondere sollte in diesem Zusammenhang auch die Frage gestellt werden, wie weit die kantonale Autonomie bei

---

129 Gl.M. SHK-Siffert, N. 4 zu Art. 82 HRegV; a.M: BSK-Oertle/du Pasquier, N. 6 zu Art. 785 OR.

130 Vgl. ZBGR 83/2002 S. 361 E. 6c.

der Umsetzung der Verfahrenskontrolle wirklich gehen sollte, handelt es sich ja letztlich um die Durchsetzung von Bundesrecht. Leider scheint eine solche Auseinandersetzung im Moment politisch nicht opportun zu sein, wie die vehemente Ablehnung der in der Vernehmlassung zur Revision des Handelsregisterrechts vorgeschlagenen minimalen Erleichterung der Beurkundungspflicht zeigt. Dem gegenüber steht aber die Realität, dass sich das Gesellschaftsrecht massgebend auch ausserhalb des Obligationenrechts und des Fusionsgesetzes weiterentwickelt, und zwar in Rechtsbereichen, die völlig frei von Beurkundungspflichten sind (wie z.B. das Kapitalmarktrecht).