

Lukas Müller*

Digitales Notariat, elektronische öffentliche Beurkundung und digitale Gründung

Eine Analyse unter Berücksichtigung des revidierten Aktienrechts

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Herausforderungen bei der Digitalisierung der öffentlichen Beurkundung
III. Überblick über Gesetzgebungsprojekte
1. Zielsetzung des Bundesrats
2. Motion Silberschmidt: «Vollständig digitale Unternehmensgründung sicherstellen»
3. Elektronischer Geschäftsverkehr mit Behörden und Gerichten
4. Elektronische Ausfertigung von öffentlichen Urkunden und Beglaubigungen
5. Frühere Regulierungsversuche
5.1 Vorentwurf SchlT ZGB (2012)
5.2 Vorentwurf EÖBG (2019)
6. Entwurf für ein Bundesgesetz über die Digitalisierung im Notariat (E-DNG)
6.1 Allgemeines
6.2 Erstellung von öffentlichen Urkunden nach ausländischem Recht
6.3 Erstellung elektronischer Originale öffentlicher Urkunden
6.4 Elektronisches Urkundenregister
6.5 Die Transformation von der elektronischen öffentlichen Urkunde zum Papier
6.6 Änderungen in den SchlT ZGB
7. Groupe de réflexion: Einheitliches Beurkundungsverfahren in der Schweiz
8. Vereinfachung der öffentlichen Beurkundung bei Sacheinlagen
IV. Verbleibende Themen auf der Pendenzenliste
1. Fernbeurkundung und Identifikation der Beteiligten
2. Bereinigung von Fehlern und Rückzug einer elektronischen öffentlichen Urkunde
3. Vereinheitlichung von Verfahrensfragen
4. Freizügigkeit von öffentlichen Urkunden und Urkundspersonen
5. Strategie im Falle der verzögerten Einführung des digitalen Notariats
6. Software
V. Fazit

I. Einleitung

Dank des technischen Fortschritts, der zunehmenden Verbreitung von internetfähigen Smartphones und leistungsfähigen Computern findet zunehmend eine Verlagerung der Geschäftsprozesse in die digitale Welt statt.[1] Das revidierte Aktienrecht vom 19. Juni 2020 soll diese Digitalisierungstendenzen ebenfalls fördern. Hierzu gehören beispielsweise flexiblere Möglichkeiten für die Durchführung von Generalversammlungen und die unmittelbare elektronische Ausübung von Aktionärsrechten.[2] Obendrein wird die Zulässigkeit der Durchführung von Generalversammlungen mit mehreren Tagungsorten gesetzlich verankert sowie die Rechtsgrundlage für die virtuelle Generalversammlung («ohne Tagungsort») geschaffen.[3]

Trotz dieser Neuerungen verbleibt weiterer Regulierungs- oder Klärungsbedarf, sofern Rechtsgeschäfte vollständig digital abgewickelt werden sollen. Das betrifft namentlich die Gesellschaftsgründungen und Generalversammlungsbeschlüsse, die von einer Urkundsperson öffentlich zu beurkunden sind. Das Recht der öffentlichen Beurkundung ist grösstenteils kantonal geregelt, obschon gewisse bundesrechtliche Mindest- und

* Lukas Müller, Dr. oec. HSG, Rechtsanwalt, lic. iur., LL.M., MA UZH, Lehrbeauftragter an den Universitäten Freiburg, St. Gallen und Zürich, Partner bei Kaiser Odermatt & Partner AG, Zug.
Ich danke Philippe J.A. Kaiser, lic.iur. HSG, Rechtsanwalt und Notar, und Diego Benz, lic.iur., Rechtsanwalt und Notar, beide Partner bei Kaiser Odermatt & Partner AG, Zug, sowie Dr.iur. Pascal Müller, Rechtsanwalt und Notar, Leiter des Handelsregisteramts des Kantons Obwalden. Alle Gesprächspartner haben mir sehr geholfen; die hier vorgetragenen Meinungen verantworte ich indes alleine.

1 Vgl. Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz über die Digitalisierung im Notariat vom 17. Dezember 2021, BBl 2022 143 (nachfolgend: «Botschaft DNG»).

2 Vgl. Karin Poggio, Modernes und flexibles Aktienrecht vom Parlament verabschiedet, ExpertFocus, 2021, 242; Peter Jung/Peter V. Kunz/Harald Bärtschi, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, § 8 N 265 ff.

3 Vgl. zu den Möglichkeiten der Organisation einer Generalversammlung und den beurkundungsrechtlichen Aspekten vgl. Lukas Müller/Philippe J. A. Kaiser/Diego Benz, Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen, REPRAX, 2020, 217 ff.; Daniel Mitric, Il diritto della società anonima al passo con i tempi: trasformazione digitale, NF 12/2021, 702 ff.; Brigitte Tanner, Moderne Formen der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht 2020, SZW, 2021, 591; Peter V. Kunz, Zum «Aktienrecht 4.0»: Einordnung und Überblick zur neuen schweizerischen Aktienrechtsordnung, recht 2021, 203 ff.; Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, § 12 N 41 ff.; Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Bern 2022, Einleitung § 2 N 150 ff. und Art. 701c OR; Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, § 17 N 1040 ff.

Maximalanforderungen zu beachten sind.[4] Im Bundesrecht sind lediglich jene Typen von Rechtsgeschäften festgelegt, die der qualifizierten Form einer öffentlichen Beurkundung bedürfen.[5] Bislang fehlt ein konkretes Verfahren für die öffentliche Beurkundung der digitalen Gesellschaftsgründung und der Beschlüsse von virtuellen Generalversammlungen. Das ist ein Problem, da digital abgewickelte Rechtsgeschäfte mit der konventionellen nichtdigitalen Form des Notariats nicht vollständig kompatibel sind.[6] Somit verbleibt Regelungsbedarf an der Schnittstelle zwischen Notariatsrecht und den digital abzuwickelnden Rechtsgeschäften. Andernfalls können beispielsweise die materiell-rechtlich geschaffenen flexiblen Formen einer Generalversammlung nicht vollständig genutzt werden.[7] Dieser Aufsatz zeigt einen Überblick zu Reformprojekten bezüglich der Digitalisierung des Beurkundungsrechts, würdigt die diesbezüglichen Entwicklungen und weist auf weiteren Regulierungsbedarf hin.

II. Herausforderungen bei der Digitalisierung der öffentlichen Beurkundung

Der Begriff der öffentlichen Beurkundung gehört dem ungeschriebenen Bundesrecht an.[8] Das Bundesrecht bestimmt auch den Umfang des Formzwangs eines Rechtsgeschäfts.[9] Die öffentliche Beurkundung eines Rechtsgeschäfts «bedeutet nach dem üblichen Wortsinn das Herstellen eines Schriftstückes, das den Vertrag enthält, durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betrauten Person, in der vom Staate geforderten Form und in dem von ihm vorgeschriebenen Verfahren».[10] Gemäss Art. 9 Abs. 1 ZGB und Art. 179 ZPO erbringen öffentliche Urkunden für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist. Die einfache (unbeglaubigte) Papierkopie und ein gewöhnlicher PDF-Scan einer öffentlichen Urkunde haben hingegen nicht dieselbe Beweiswirkung wie die öffentliche Urkunde selbst. Dies ist insofern problematisch, sobald öffentliche Urkunden auf elektronischem Weg an eine Behörde übermittelt werden müssen. Immerhin hat der Bundesgesetzgeber 2012 hierfür eine politische Kompromisslösung ins Gesetz einführen können (vgl. dazu unten Abschnitt III.D).

Das Beurkundungsverfahren ist von althergebrachten Verfahrensnormen in den kantonalen und bundesrechtlichen Erlassen geprägt. Eine Urkundsperson soll den Willen der um eine öffentliche Beurkundung ersuchenden Person aufzeichnen oder ihre unmittelbaren Wahrnehmungen einer Veranstaltung protokollieren und entsprechend öffentlich beurkunden.[11]

Während der Corona-Pandemie hat sich gezeigt, dass bei Notariatsgeschäften die Verwendung informationstechnologischer Kommunikationsmittel in bestimmten Situationen wünschenswert wäre oder sogar notwendig ist, um persönliche Kontakte zu minimieren.[12] Inzwischen durfte und musste ein grosser Teil der Bevölkerung aufgrund der Corona-Pandemie Erfahrungen mit Videokonferenz-Software und Home Office sammeln. Somit konnten einerseits gewisse Ängste und Widerstände gegenüber diesen Informations- und Kommunikationstechnologien abgebaut werden. Andererseits sind sich viele Nutzer auch den Limitationen dieser Technologien etwas bewusster geworden. Ein physisches Zusammentreffen hat eine andere Qualität als eine virtuelle Sitzung über eine Videokonferenz-Software.

Angesichts des von den Corona-Massnahmen angestossenen Digitalisierungsschubs scheint der Zeitpunkt günstig, das Projekt der elektronischen Notariatsdienste weiter voranzutreiben. Die Schwierigkeit besteht darin, das Institut der öffentlichen Beurkundung in einer Form zu digitalisieren, so dass es nicht seines Sinns entleert wird.[13] Dabei stellt sich die Frage, welchen Sinn und Zweck eine öffentliche Beurkundung und Urkundspersonen in Zukunft haben sollen.[14] Geht es lediglich um die Qualitätssicherung bei der Gestaltung der Urkunde

---

4 Vgl. CR CC II-Mooser, Art. 55 Tit. fin. N 13 ff; BSK ZGB II-Schmid, Art. 55 SchlT N 1 ff.; Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 5 ff. und N 19 f.; Müller/Kaiser/Benz (FN 3), 220 ff.; Jürg Schmid, Elektronische öffentliche Urkunden im Verkehr mit den Registerbehörden, ZBGR, 2008, 260 ff.

5 Vgl. Michel Mooser, Le droit notarial en Suisse, 2. Aufl., Bern 2014, N 32, 458 ff.; Lukas Müller/Lara Pafumi, Die digitale öffentliche Urkunde im Kontext der AG, REPRAX 2020, 48 ff.; Lukas Glanzmann/Claudia Walz, Gesellschaftsrecht und Notar – Entwicklungen und Tendenzen, in: Schmid (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Notar, La société au fil du temps, Zürich 2016, 10 ff.

6 Vgl. Müller/Kaiser/Benz (FN 3), 234 ff., 241 ff.; Mitric (FN 3), 703 ff.

7 Vgl. Lukas Müller, Die Online-Gründung der Aktiengesellschaft, SJZ, 2020, 564 ff.; Müller/Kaiser/Benz (FN 3), 217 ff.

8 Vgl. BGE 113 II 402 E. 2a; Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Band I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, N 524; Ruth Arnet, «Form folgt Funktion», ZBJV, 2013, 393 ff.; CR CO I-Xoudis, Art. 11 N 20.

9 Vgl. BGE 113 II 402 E. 2a; BGer, 4A_24/2008, 12.6.2008, E. 3.1; Alfred Koller, Konsens- oder Formmangel?, AJP 2020, 165 f.

10 BGE 90 II 274 E. 6; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (FN 8), N 524.

11 Vgl. BGE 90 II 274 E. 5 und E. 6; Brückner (FN 4), N 133 ff., N 1671 ff.

12 Vgl. Harry Ziegler, Elektronische Urkunden, der Kanton Zug gehört hier zu den Letzten, Luzerner Zeitung, 27.4.2021, https://www.luzernerzeitung.ch/zentralschweiz/zug/elektronische-urkunden-der-kanton-zug-gehoert-hier-zu-den-letzten-ld.2126860 (zuletzt besucht am 28.1.2022).

13 Vgl. Müller/Kaiser/Benz (FN 3), 234 ff. Zu den wesentlichen Elementen des Verfahrens zur öffentlichen Beurkundung siehe sehr anschaulich CR CC II-Mooser, Art. 55 Tit. fin. N 36 ff., N 40 ff.

14 Vgl. Lukas Müller, Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2019 4: Fehlverhalten des Anwalts und Notars bei der öffentlichen Beurkundung und unsorgfältiges Verhalten gegenüber Dritten; § 10b BeurkG/ZG, AJP 2020, 1075 ff.

durch eine neutrale Fachperson und die neutrale Archivierung von Urkunden oder sollen die Parteien einer öffentlichen Beurkundung von einer neutralen Amtsperson beraten, belehrt und vor einem leichtfertigen Abschluss eines Rechtsgeschäfts oder vor Beeinflussungsversuchen unbefugter Dritten geschützt werden?[15] Hierbei gilt es die Herausforderung zu überwinden, dass in der Schweiz die wenigsten Personen über eine qualifizierte elektronische Unterschrift verfügen, welche gemäss Art. 14 Abs. 2bis OR einer eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt ist. Des Weiteren hat das Stimmvolk bekanntlich das E-ID-Gesetz mit Volksentscheid vom 7. März 2021 abgelehnt. Somit müssen sich Urkundspersonen bis zur Einführung eines staatlichen elektronischen Identitätsnachweises anderen Formen der Identitätsfeststellung behelfen, bevor Rechtsgeschäfte in digitaler Form öffentlich beurkundet werden. Schliesslich ist ebenfalls das Dogma kritisch zu überprüfen, ob eine öffentliche Beurkundung zwingend die physische Anwesenheit einer Urkundsperson bei den um eine öffentliche Beurkundung ersuchende Person voraussetzt. Oder sollte es im Rahmen eines künftigen Beurkundungsverfahrens für gewisse Rechtsgeschäfte – namentlich für Gesellschaftsgründungen und die Beschlüsse von Versammlungen – genügen, wenn eine Fernbeurkundung stattfindet, die mit den modernen Kommunikationsmöglichkeiten abgewickelt werden könnte.[16]

III. Überblick über Gesetzgebungsprojekte

1. Zielsetzung des Bundesrats

Die Plenarversammlung der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) und der Bundesrat haben inzwischen eine öffentlich-rechtliche Rahmenvereinbarung über die digitale Transformation ihrer Verwaltungen unterzeichnet, die am 1. Januar 2022 in Kraft getreten ist. Die KdK und der Bundesrat wollen die Organisation «Digitale Verwaltung Schweiz» aufbauen und damit bestimmte Standards entwickeln und Empfehlungen abgeben, um die digitale Transformation der Verwaltungen zu vollziehen.[17]

Der Bundesrat hat sich das Ziel gesetzt, staatliche Leistungen effizient und möglichst digital zu erbringen. Ein Element, um dieses Ziel zu erreichen, ist die Einführung der vollelektronischen öffentlichen Beurkundung.[18] Die Zielsetzung des Bundesrats, Beurkundungsprozesse digital zu gestalten, steht jedoch teilweise im Widerspruch zum geltenden Verständnis, welche Merkmale eine öffentliche Beurkundung überhaupt haben soll.[19]

Im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten zum revidierten Aktienrecht war das Anliegen des Bundesrats, die Anzahl der beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäfte zu reduzieren, im Parlament knapp nicht mehrheitsfähig. Hierbei ging es darum, bestimmte einfache Geschäfte, wie etwa die Bargründung von Aktiengesellschaften, in schriftlicher Form, statt mit öffentlicher Urkunde abzuwickeln.[20] Ein anderer verworfener Vorschlag sah vor, die Gründung in schriftlicher Form zu ermöglichen, sofern ein vom Bundesrat auszuarbeitendes Statutenmuster benutzt würde.[21]

2. Motion Silberschmidt: «Vollständig digitale Unternehmensgründung sicherstellen»

Nationalrat Andri Silberschmidt hat am 16. März 2021 die Motion «Vollständig digitale Unternehmensgründung sicherstellen» eingereicht (Nr. 21.3180).[22] Der Bundesrat wird damit beauftragt, die Gründung eines Unternehmens vollständig digital – ohne Medienbruch – zu ermöglichen. Der Motionär erhofft sich dadurch den Abbau von Bürokratie, die Reduktion von Aufwänden auf Seiten der Verwaltung und der Gründer und die Verkürzung des Gründungsprozesses. Die Digitalisierung des Unternehmensgründungsprozesses soll sämtliche Prozesse einer Unternehmensgründung umfassen. Dies umfasst die Urkunden, die von der öffentlichen Beurkundung bis hin zur Eintragung ins Handelsregister vorliegen müssen. Nationalrat Silberschmidt will mit seiner Motion den Bundesrat damit beauftragen, «die Verbreitung der Nutzung der qualifizierten elektronischen Signatur, die Einführung einer digitalen öffentlichen Urkunde (EÖBG) wie auch die Aktivierung des Schweizerischen Registers der Urkundspersonen (UP-

---

15 Vgl. Christian Brückner, Vereinheitlichung des notariellen Beurkundungsverfahrens, in: Schweizerischer Notarenverband (SNV) (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 4. Schweizerischer Notariatskongress, 15. März 2018, 62, 68 und 70; CR CC II-Mooser, Art. 55 Tit. fin. N 27 ff.; Müller/Kaiser/Benz (FN 3), 234 ff.

16 Vgl. Jürg Schmid, Die Fernbeurkundung, in: Schweizerischer Notarenverband (SNV) (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 4. Schweizerischer Notariatskongress, 15. März 2018, Bern 2018, 241 f.; Müller/Kaiser/Benz (FN 3), 234 ff.; Müller (FN 7), 565 f.; Brückner (FN 4), N 8 ff. und N 19 ff.

17 Vgl. Öffentlich-rechtliche Rahmenvereinbarung über die Digitale Verwaltung Schweiz, BBl 2021, 3030.

18 Vgl. Botschaft DNG, 9.

19 Siehe dazu insb. Brückner (FN 15), 65 ff.; Müller/Kaiser/Benz (FN 3), 220–241.

20 Vgl. Botschaft des Bundesrats vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017, 436 f.; Forstmoser/Küchler (FN 3), Art. 629 N 4 OR; Rolf Sethe/Meltem Cetinkaya, Sinn und Unsinn von Formerleichterungen im geplanten Aktienrecht, REPRAX, 2018, 153 ff.; Karin Poggio/Florian Zihler, Entwurf zur Revision des Aktienrechts als dritter Meilenstein, ExpertFocus, 2017, 95.

21 Vgl. Müller/Pafumi (FN 5), 70 ff. (mit einer Analyse der Voten der Parlamentarier); Sethe/Cetinkaya (FN 20), 157 ff.; Forstmoser/Küchler (FN 3), Art. 629 N 5 OR; Karin Poggio, Vierter Meilenstein in der Aktienrechtsrevision, ExpertFocus, 2020, 663 f.

22 Vgl. zum gleichen Anliegen: Müller (FN 7), 555 ff.

Reg) durch die Kantone zur Zielerreichung der Motion zu unterstützen.»[23]

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme vom 19. Mai 2021 zur Motion Nr. 21.3180 ausgeführt, dass er die Botschaft für das Bundesgesetz für die elektronische öffentliche Beurkundung verabschieden werde. Dabei sieht der Bundesrat die Notwendigkeit, dass sich die Gründer für eine vollständig digitale Gründung ohne physische Präsenz (d.h. virtuell oder aus der Ferne) am Beurkundungsverfahren beteiligen und identifizieren können. Eine solche «Fernbeurkundung» ist allerdings in den 26 kantonalen Regelungen zur öffentlichen Beurkundung noch nicht vorgesehen.[24] Weiter verweist der Bundesrat in seiner Stellungnahme auf die Regulierung in der Europäischen Union. Demnach sei mit der sogenannten «Digitalisierungsrichtlinie»[25] vorgesehen, dass die 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union bis am 1. August 2022 Verfahren zur Online-Gründung einführen müssen. Sinngemäss teilt der Bundesrat in seiner Stellungnahme zur Motion Silberschmidt mit, dass auch die Schweiz ein starkes Interesse an einem durchgehend digitalen Verfahren ohne Medienbrüche habe. Deshalb seien gerade im digitalen Bereich schweizweit einheitliche Regeln bei der öffentlichen Beurkundung sinnvoll. Der Bundesrat erwähnt dabei auch, dass eine Expertengruppe im Auftrag des Bundesamts für Justiz Leitsätze zu einem vereinheitlichten bundesrechtlichen Beurkundungsverfahren[26] erarbeitet habe. Auf dieser Grundlage sollen laut Bundesrat unter Einbezug der Kantone und des Notariats anschliessend auch Gesetzgebungsarbeiten im Hinblick auf einen vollständig digitalen Unternehmensgründungsprozess aufgenommen werden.[27]

Das Staatsekretariat für Wirtschaft SECO leitet und betreibt das Internet-Portal EasyGov.[28] Eine digitale Unternehmensgründung könnte theoretisch in Zukunft mit Hilfe dieser Website abgewickelt werden, sofern die entsprechenden Schnittstellen zu den Registerbehörden, Notariaten und weiteren Anspruchsgruppen (z.B. Steuer- und Sozialversicherungsbehörden) zentralisiert über eine staatliche Website miteinander verbunden würden. Somit könnten die verschiedenen Arbeitsschritte, wie etwa die Anmeldung eines Unternehmens beim Handelsregister, die Registrierung bei der Ausgleichskasse und Unfallversicherung sowie die Zuteilung der Mehrwertsteuernummer automatisiert und vollständig organisiert werden.[29]

Allerdings darf dabei nicht vergessen werden, dass das Ökosystem einer Gründung weit grösser ist, respektive weitere Parteien involviert sind, wie zum Beispiel Banken und Revisionsstellen. Diesem Umstand trägt beispielsweise das Digitalisierungsprojekt «Drakkensberg»[30] Rechnung. Es lässt bereits heute nicht nur einen – soweit gesetzlich zulässig – medienbruchfreien Austausch mit dem Handelsregisteramt zu, sondern involviert auch weitere Stakeholder, wie z.B. die Banken, mit dem Ziel eines vollständig digitalen End-zu-End Gründungsprozesses.

Ein effizienter digitaler Gründungsprozess sollte die zu erfassenden Daten möglichst nur einmal erfassen. Dabei ist auch zu prüfen, ob die verschiedenen öffentlichen oder behördlichen Datenbanken (AHV, Steuern, UID, Personeninformationen aus dem Zivilstandsregister etc.) miteinander verknüpft werden sollen, um überhaupt möglichst wenig Informationen doppelt zu erfassen. Dabei wären die automatische Erstellung von Dokumenten (Gründungsurkunden, Personeninformationen auf den verschiedenen Urkunden) und basierend darauf ein elektronischer Geschäftsverkehr mit Behörden einzurichten. Diese Dokumente könnten mit der Regelung des Zugriffs auf die Datenbanken automatisiert vom Handelsregisteramt (und gegebenenfalls von weiteren Behörden) überprüft werden. Auf diese Art und Weise könnte im Rahmen einer Gründung Zeit gespart werden. Dabei ist aber ebenfalls zu berücksichtigen, dass es oftmals nicht die Handelsregisterämter oder Notare sind, die den Gründungsprozess in die Länge ziehen, sondern die Eröffnung eines Kapitaleinzahlungskontos. Immerhin besteht bereits heute in einfachen Verhältnissen die Möglichkeit, solche Konti mehr oder weniger online zu eröffnen. Sobald die Verhältnisse etwas komplizierter werden, können sich die banken- und geldwäschereirechtlichen Compliance-Prüfungen im Zusammenhang mit einem Kapitaleinzahlungskonto jedoch um mehrere Wochen in die Länge ziehen. In der Praxis können zudem im Ausland errichtete öffentliche Urkunden und Beglaubigungen sowie Überbeglaubigungen und Apostillen einige Herausforderungen mit sich bringen. Schwierig wird es insbesondere, wenn die ausländischen (digitalen bzw. technischen) Standards und Verfahren

---

23 NR Silberschmidt, Motion Nr. 21.3180, «Vollständig digitale Unternehmensgründung sicherstellen».

24 Stellungnahme des Bundesrats vom 19. Mai 2021 zu NR Silberschmidt, Motion Nr. 21.3180, «Vollständig digitale Unternehmensgründung sicherstellen».

25 Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, ABl. L 186 vom 11.7.2019, S. 80–104 (nachfolgend «EU-Digitalisierungsrichtlinie»). Die Umsetzung der Richtlinie war an sich für 1. August 2021 vorgesehen. Die Mitgliedstaaten haben jedoch in der Richtlinie die Möglichkeit vorgesehen, die Umsetzungsfrist um ein Jahr (bis 1. August 2022) zu verlängern, falls sie länger Zeit benötigen, diese komplexe Vorlage umzusetzen; vgl. Art. 2 Abs. 3 EU-Digitalisierungsrichtlinie.

26 Vgl. hierzu Abschnitt III.G.

27 Stellungnahme des Bundesrats vom 19. Mai 2021 zur Motion Nr. 21.3180 von NR Silberschmidt, «Vollständig digitale Unternehmensgründung sicherstellen».

28 Dieses Portal kann über <https://www.easygov.swiss/> abgerufen werden.

29 Vgl. Müller (FN 7), 557 f.

30 Vgl. Müller (FN 7), 555 ff. und die Website der Drakkensberg AG mit einer Beschreibung des Gründungsprozesses: <https://www.drakkensberg.ch>.

von jenen in der Schweiz abweichen. Dementsprechend könnte die Motion Silberschmidt immerhin jene Gründungen erheblich beschleunigen, die keine komplizierten Compliance-Prüfungen erfordern oder schwierige grenzüberschreitende Anknüpfungspunkte aufweisen.

3. Elektronischer Geschäftsverkehr mit Behörden und Gerichten

Der Bundesgesetzgeber hat schrittweise bereits einige Rechtsgrundlagen in Kraft gesetzt, um den elektronischen Geschäftsverkehr mit Behörden und Gerichten zu ermöglichen.[31] Damit soll es möglich sein, dass öffentliche Urkunden eines Notars in elektronischer Form bei Handelsregister- und Grundbuchämtern eingereicht werden können.[32] Der elektronische Geschäftsverkehr mit Registerbehörden richtet sich grundsätzlich analog nach der Verordnung vom 18. Juni 2010 über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren (SR 272.1). Vereinfacht gesagt bedeutet das, dass anstatt mit konventioneller Briefpost und eigenhändig unterzeichneten Eingaben auch die elektronische Übermittlung mit den entsprechenden vom Bund anerkannten Zustellplattformen zulässig ist.[33] Im Falle der Urkunden handelt es sich jedoch um eine PDF/A-Kopie des physischen Dokuments, welches zusätzlich mit einer elektronischen Signatur durch die Urkundsperson zu versehen ist und noch bestimmte weitere technische Vorgaben gemäss Art. 11 EÖBV einhalten muss (vgl. dazu nachstehend unter III.D).

Derzeit sind weitere Gesetzesreformen pendent, die im Übrigen auch die elektronische Übermittlung von Rechtsschriften an Gerichte und Behörden regeln sollen. Hierzu gehört namentlich der Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ) vom 11. November 2020. Der Vorentwurf BEKJ sieht verschiedene Anpassungen in Prozessgesetzen vor.[34] Sofern öffentliche Urkunden und Beglaubigungen in elektronischer Form in der Justiz zum Einsatz kommen sollen, ist es von Vorteil, wenn keine Medienbrüche entstehen und potenzielle Fehlerquellen minimiert werden. Das heisst, dass öffentliche Urkunden und Beglaubigungen möglichst im Original elektronisch entstehen, archiviert und bei Bedarf digital zur Anwendung gelangen. Dazu gehören insbesondere auch allfällige in Zukunft anlässlich einer virtuellen Generalversammlung vollständig digital öffentlich beurkundeten Generalversammlungsbeschlüsse, die in einem Gerichtsverfahren digital als Beweismittel übermittelt werden könnten.[35]

4. Elektronische Ausfertigung von öffentlichen Urkunden und Beglaubigungen

Eine öffentliche Urkunde wird nach aktueller Beurkundungspraxis von einer Urkundsperson und gegebenenfalls von Urkundsparteien in Papierform eigenhändig unterzeichnet sowie entsprechend den jeweils geltenden kantonalen Vorgaben gebunden und gesiegelt oder gestempelt.[36] Damit der elektronische Geschäftsverkehr zwischen Notaren und Registerbehörden abgewickelt werden kann, müssen die Originale bzw. Ausfertigungen der öffentlichen Urkunden ebenfalls in digitaler Form an Behörden übermittelbar sein. Ein gewöhnlicher PDF-Scan (oder eine gewöhnliche Fotokopie) einer öffentlichen Urkunde hat nicht dieselben Beweiswirkungen wie die originale Urschrift einer öffentlichen Urkunde. Der Vorgang, ein Dokument zu scannen und als PDF per Email zu übermitteln, genügt nur für Dokumente, die eine einfache Schriftlichkeit voraussetzen, nicht jedoch für öffentliche Urkunden oder wenn beispielsweise die Beglaubigung einer Unterschrift verlangt wird.[37] Im Geschäftsverkehr mit Behörden wird zudem in der Regel die Übermittlung über eine anerkannte Zustellplattform vorausgesetzt, da viele Behörden und Gerichte die Übermittlung per Email üblicherweise nicht akzeptieren.

Das im Beurkundungsverfahren erstellte Original der Urkunde wird üblicherweise als sogenannte «Urschrift» bezeichnet.[38] Demgegenüber sind «Ausfertigungen» öffentliche Urkunden, welche den Inhalt der Urschrift wortgetreu wiedergeben, diese im Rechtsverkehr vertreten und denen die gleiche Beweiskraft zukommt wie der Urschrift.[39] Der Bundesgesetzgeber hat die Möglichkeit

---

31 Vgl. Roland Pfäffli, Der elektronische Geschäftsverkehr mit besonderer Berücksichtigung der elektronischen Grundbuchanmeldung, in: Jusletter 28. April 2014, Rz. 1 ff. mit einer Übersicht über die verschiedenen elektronischen Schnittstellen zwischen Staat und Bürger. Siehe auch Anne Elisabeth Schnierer, Die elektronische Ausfertigung der öffentlichen Urkunde im elektronischen Geschäftsverkehr mit Registerbehörden, in: Dal Molin-Kränzlin/Schneuwly/Stojanovic (Hrsg.), Digitalisierung – Gesellschaft – Recht, Zürich/St. Gallen 2019, 215 ff.

32 Vgl. Botschaft DNG, 7 f.; Art. 12*b* ff. HRegV; Art. 949*a* Abs. 2 Ziff. 3 ZGB; Art. 39 ff. GBV. Siehe hierzu bereits Jürg Schmid, Elektronische öffentliche Urkunden im Verkehr mit den Registerbehörden, ZBGR, 2008, 263 ff.; CR CC II-Mooser, Art. 949*a* N 5 ff.

33 Vgl. dazu insb. Müller/Kaiser/Benz (FN 3), 240.

34 Siehe dazu insb. Jacques Bühler/Barbara Widmer, Auf dem Weg zur digitalen Justiz – Ein Statusbericht, Anwaltsrevue 2021, 169 ff.; Christian Meyer, Im Windschatten von Justitia 4.0 zum digitalen Bundesverwaltungsverfahren?, SJZ, 2021, 855 ff.

35 Vgl. Müller/Kaiser/Benz (FN 3), 240 ff.; Müller (FN 7), 557 ff.

36 Für den Kanton St. Gallen siehe z.B. Verordnung über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung vom 2. November 2005 des Kantons St. Gallen (sGS 151.51); Werner Ritter/Leo R. Gehrer, Beurkundungsrecht für Praktiker, 2. Aufl., St. Gallen 2007, 169 ff.; CR CO I-Xoudis, Art. 11 N 20a; CR CC II-Mooser, Art. 55*a* Tit. fin. N 1.

37 Vgl. Pfäffli (FN 31), Rz. 13 f.

38 Vgl. Schnierer (FN 31), 211 ff.

39 Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im

geschaffen, eine digitale Ausfertigung einer öffentlichen Urkunde oder einer Beglaubigung mit denselben Rechtswirkungen auszustatten, die eine entsprechende öffentliche Urkunde oder Beglaubigung in traditioneller, nichtdigitaler Form hat. Diese Digitalisierungsmöglichkeit wurde vom Bundesgesetzgeber auf den 1. Januar 2012 mit dem Art. 55*a* SchlT ZGB in Kraft gesetzt. Gestützt auf diesen Artikel können die Kantone ihre Urkundspersonen ermächtigen, ihre öffentlichen Urkunden und Beglaubigungen, welche in Papierform als Urschrift vorliegen, elektronisch auszufertigen. Mit diesem Verfahren wird – vereinfacht ausgedrückt – die Papier-Version der öffentlichen Urkunde (oder Beglaubigung) in einem standardisierten Verfahren elektronisch eingelesen, entsprechend den bundesrechtlichen Vorgaben in einem bestimmten elektronischen Format abgespeichert, mit einem Beurkundungsvermerk versehen und von der hierzu ermächtigten Urkundsperson qualifiziert elektronisch signiert.[40] Die Originalurkunde (auch Urschrift genannt) ist nach Art. 55*a* SchlT ZGB immer noch in Papierform anzufertigen.[41] Ein rein elektronischer öffentlicher Beurkundungsvorgang ohne die Verwendung von Papier erfüllt die qualifizierten Formvorschriften einer öffentlichen Beurkundung gemäss herrschender Auffassung nach heute geltendem Recht nicht.[42] Eine nach Art. 55*a* SchlT ZGB elektronisch ausgefertigte öffentliche Urkunde hat in Gestalt des digitalen Dokuments (nicht aber ein Papierausdruck desselben) dieselben Eigenschaften wie die originale öffentliche Urkunde in Papierform.

Bislang haben erst 15 Kantone[43] ihre Urkundspersonen ermächtigt, ihre öffentlichen Urkunden und Beglaubigungen elektronisch auszufertigen. In den restlichen Kantonen wurde noch nicht von der 2012 mit Art. 55*a* SchlT ZGB geschaffenen Kompetenz Gebrauch gemacht.[44] Wenn eine Urkundsperson elektronische öffentlichen Urkunden oder elektronischen Beglaubigungen ausfertigen möchte, muss sich diese Urkundsperson in das Schweizerische Register der Urkundspersonen («UPReg») eintragen und von der zuständigen kantonalen Aufsichtsbehörde freischalten lassen.[45] Nach der Freischaltung ihres Eintrags kann die Urkundsperson den elektronischen Nachweis ihrer amtlichen Befugnis zur Erstellung von elektronischen öffentlichen Urkunden oder elektronischen Beglaubigungen abrufen («Zulassungsbestätigung»).[46] Diese Zulassungsbestätigung kann die Urkundsperson der jeweiligen elektronisch ausgefertigten öffentlichen Urkunde oder Beglaubigung anbringen. Die Ausführungsbestimmungen zur elektronischen Ausfertigung von öffentlichen Urkunden und Beglaubigungen sind in Verordnungen geregelt.[47]

5. Frühere Regulierungsversuche

Der Bundesrat versucht schon seit Jahren die Einführung des digitalen Notariats voranzutreiben. Dem am 17. Dezember 2021 veröffentlichten Entwurf zum Bundesgesetz über die Digitalisierung im Notariat (DNG) geht ein langer Entstehungsprozess voraus.[48]

5.1. Vorentwurf SchlT ZGB (2012)

Der Bundesrat eröffnete am 14. Dezember 2012 die Vernehmlassung zur Änderung des Zivilgesetzbuches im Bereich der öffentlichen Beurkundung. Im Vorentwurf zu Art. 55 ff. SchlT ZGB waren verschiedene Modernisierungen und Nachführungen des Beurkundungsrechts vorgesehen. Dazu gehören namentlich die (a) Kodifizierung bundesrechtlicher Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung, (b) die Ausdehnung der Freizügigkeit auf sämtliche öffentliche Urkunden im Bereich der Liegenschaftsgeschäfte, (c) die Ermöglichung, das Original der öffentlichen Urkunde in elektronischer Form zu erstellen und (d) das Betreiben einer zentralen Urkundendatenbank durch den Bund.[49]

Der Vorentwurf zu Art. 55 ff. SchlT ZGB von 2012 wurde in der Lehre kritisiert. So wurde namentlich bemängelt, dass sich die Notariatspraxis bewährt habe und kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Bereich der Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung aus-

Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, BBl 2007, 5341.

40 Vgl. CR CC II-Mooser, Art. 55*a* Tit. fin. N 7 ff.; Müller/Pafumi (FN 5), 59 ff.

41 Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (FN 8), N 527a; CR CC II-Mooser, Art. 55*a* Tit. fin. N 1.

42 Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (FN 8), N 527a; Ritter/Gehrer (FN 36), 169 f.; Brückner (FN 4), N 1331 ff.; Christian Brückner/Mathias Kuster, Die Grundstücksgeschäfte, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, N 898 ff. Es spricht meines Erachtens jedoch nichts dagegen, wenn ein Kanton in seinem Gebiet gestützt auf Art. 55 SchlT ZGB (anstelle von Art. 55*a* SchlT ZGB) die elektronische öffentliche Beurkundung zulässt, wenn die Reform des E-DNG scheitern würde; ähnlich Mitric (FN 3), 702 ff.

43 Es sind dies die Kantone Bern, Uri, Schwyz, Nidwalden, Zug, Freiburg, Solothurn, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Appenzell Innerrhoden, St. Gallen, Aargau, Thurgau, Waadt und Neuenburg.

44 Hierzu gehören die Kantone Zürich, Luzern, Obwalden, Glarus, Schaffhausen, Appenzell Ausserrhoden, Graubünden, Tessin, Wallis, Genf und Jura.

45 Vgl. Art. 5 ff. Verordnung über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBV; SR 211.435.1).

46 Vgl. Art. 2 lit. b EÖBV.

47 EÖBV und Verordnung des EJPD über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen vom 8. Dezember 2017 (EÖBV-EJPD; SR 211.435.11); Roland Pfäffli, Aktuelles zur Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: Schweizerischer Notarenverband (SNV) (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 4. Schweizerischer Notariatskongress, 15. März 2018, 87 f.

48 Vgl. Müller/Pafumi (FN 5), 62 ff.

49 Vgl. Botschaft DNG, 9 f.; Anja Risch, eUrkunde und eRegister: Wie weiter?, in: Schweizerischer Notarenverband (SNV) (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 4. Schweizerischer Notariatskongress, 15. März 2018, 252 ff.

zumachen sei.[50] Im Falle einer vollständig elektronischen Abwicklung einer elektronischen Beurkundung könnte der Hauptzweck der öffentlichen Beurkundung im Wesentlichen darin bestehen, die Qualitätssicherung durch die Mitwirkung einer Fachperson und die dauerhafte Archivierung der öffentlichen Urkunde an einem neutralen Ort sicherzustellen, wobei der Zweck des Übereilungsschutzes einen geringeren Stellenwert im Beurkundungsverfahren erhalten würde.[51]

Am 25. Mai 2016 teilte der Bundesrat mit, dass er ein Projekt betreffend die Digitalisierung und die öffentliche Beurkundung prioritär vorantreiben möchte.[52] Nach der Auswertung der Vernehmlassungsergebnisse zum Vorentwurf zu Art. 55 ff. SchlT ZGB wurde der weitere Fortgang dieses Gesetzgebungsprojekts in zwei Aufträge aufgeteilt: «Auftrag 1» umfasst den Auftrag, eine Botschaft zur Einführung des elektronischen Originals der öffentlichen Urkunde zu erarbeiten. Demgegenüber umfasst «Auftrag 2» die Ausarbeitung einer Botschaft zu den Bereichen «bundesrechtliche Mindestanforderungen» und «Freizügigkeit» zu prüfen.[53]

5.2. Vorentwurf EÖBG (2019)

Ende Januar 2019 hat der Bundesrat die Vernehmlassung für den Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen («VE EÖBG») eröffnet. Das Hauptziel war damals, dass der konsequente Schritt zur vollständig elektronischen öffentlichen Beurkundung bundesrechtlich vollzogen werden solle. Das Original einer öffentlichen Urkunde sollte demzufolge vollständig elektronisch anstatt in traditioneller Papierform erstellt werden.[54] Des Weiteren sah der VE EÖBG wiederum vor, dass ein elektronisches Original der öffentlichen Urkunden und der Beglaubigungen in einem zentralen, vom Bund geführten Urkundenregister abgelegt werden sollte. Schliesslich enthielt Art. 6 VE EÖBG auch die Möglichkeit, dass der Bund den Urkundspersonen technische Hilfsmittel für die Erstellung von Dokumenten nach diesem Gesetz bereitstellen kann. Es ging hierbei insbesondere darum, die Berechtigung zur Erstellung von elektronischen öffentlichen Urkunden nachzuweisen.[55]

Die Vernehmlassung zum VE EÖBG zeigte, dass der konsequente Schritt zur vollständig elektronischen öffentlichen Beurkundung weitgehend befürwortet wird. Das Zürcherische Notaren-Kollegium lehnte die Vorlage des VE EÖBG allerdings vorerst ab, da zuerst die bundesrechtlichen Minimalanforderungen an die Beurkundung geklärt werden müssten.[56] Der Klärung dieser allgemeinen beurkundungsrechtlichen Verfahrensfragen widmete sich eine Expertengruppe, die inzwischen zu Handen des Bundesrats einen Bericht und mehrere Gutachten erstattet hat (dazu Abschnitt III.G unten).

6. Entwurf für ein Bundesgesetz über die Digitalisierung im Notariat (E-DNG)

6.1. Allgemeines

Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 17. Dezember 2021 seine Botschaft zum Bundesgesetz über die Digitalisierung im Notariat (DNG)[57] sowie den entsprechenden Gesetzesentwurf (E-DNG) verabschiedet.[58] Der E-DNG ist das Ergebnis der bisherigen Regulierungsversuche im Bereich des digitalen Notariats.

Im Vergleich zum VE EÖBG (vgl. vorne Abschnitt III.E.2) wurde der Titel der Gesetzesvorlage angepasst. Mit der Bezeichnung «Bundesgesetz über die Digitalisierung im Notariat (DNG)» soll deutlicher zum Ausdruck gebracht werden, welche öffentlichen Urkunden vom Gesetz erfasst werden. Zudem soll nicht nur die elektronische Form, sondern auch die Aufbewahrung der öffentlichen Urkunden Gegenstand des DNG werden.[59] Art. 1 lit. b E-DNG stellt dabei auch klar, dass digitale Prozesse im Notariat vereinheitlicht und effizient ausgestaltet werden sollen.

Gemäss Art. 2 Abs. 1 E-DNG soll dieses Gesetz die notarielle Erstellung von elektronischen Originalen öffentlicher Urkunden, die elektronische Ausfertigung elektronischer Originale von öffentlichen Urkunden, die elektronische Ausfertigung von auf Papier errichteten Originalen öffentlicher Urkunden sowie die elektronische Beglaubigung regeln. Die kantonalen Bestim-

---

50 Vgl. Stephan Wolf/Anja Pfeuti/Yannick Minnig, Zur Zukunft des Notariats in der Schweiz – Einführung und Überblick, in: Jusletter, 28. Oktober 2013, Rz. 34 ff.

51 Vgl. Brückner (FN 15), 77; Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2. Aufl., Bern 1997, 247.

52 Vgl. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bundesrat will öffentliche Urkunden in elektronischer Form, Medienmitteilung vom 25. Mai 2016, https://www.bj.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2016/2016-05-251.html (zuletzt besucht am 28.1.2022); Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bundesrat stellt Möglichkeit eines einheitlichen Beurkundungsverfahren zur Diskussion, Medienmitteilung vom 20. Oktober 2021, https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-85516.html (zuletzt besucht am 28.1.2022).

53 Vgl. Botschaft DNG, 9 f.; CR CO I-Xoudis, Art. 11 N 20a.

54 Vgl. Bundesamt für Justiz, Bundesrat will öffentliche Urkunden in elektronischer Form, Medienmitteilung vom 25. Mai 2016, https://www.bj.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2016/2016-05-251.html (zuletzt besucht am 28.1.2022).

55 Vgl. Müller/Pafumi (FN 5), 65.

56 Vgl. Zürcherisches Notaren-Kollegium, Stellungnahme vom 18. März 2019 zum Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBG), 1 und 6; Müller/Pafumi (FN 5), 66 f.

57 Botschaft DNG.

58 Entwurf zum Bundesgesetz über die Digitalisierung im Notariat (E-DNG), BBl 2022 144.

59 Vgl. Botschaft DNG, 12 f.

mungen zur öffentlichen Beurkundung gelangen nach Art. 2 Abs. 4 E-DNG grundsätzlich subsidiär bei der Erstellung von öffentlichen Urkunden zur Anwendung, soweit das konkrete Verfahren nicht im E-DNG vorgegeben ist. Aus Art. 6 ff. E-DNG ergeben sich Vorgaben zur Durchführung der elektronischen öffentlichen Beurkundung. Nicht Gegenstand des E-DNG ist hingegen die Erstellung von öffentlichen Urkunden (sei es als Original oder als Ausfertigung) und Beglaubigungen auf Papier.[60] Die Regeln hierfür würden sich auch nach einer allfälligen Inkraftsetzung des DNG weiterhin aus den bisherigen bundes- und kantonalrechtlichen Erlassen ergeben. Ein Nebeneinander von bundesrechtlichen Erlassen sowie kantonalem Recht ist bereits unter dem Regime der heutigen EÖBV und der EÖBV-EJPD gegeben. Diese bundesrechtlichen Verordnungen regeln technische Fragen zur elektronischen Ausfertigung öffentlicher Urkunden und Beglaubigungen nach Art. 55*a* SchlT ZGB.[61]

Im E-DNG ist es vorgesehen, dass der Bundesrat gewisse technische Fragen in Verordnungsform regelt. Hierzu gehören beispielsweise die Festlegung der technischen Eigenschaften der elektronischen Dokumente, welche die Urkundsperson vor der Erstellung von Ausfertigungen und Beglaubigungen in Papierform zu überprüfen und deren visuelle Prüfung sie vorzunehmen hat, und in welcher Form sie das Prüfungsergebnis festzuhalten hat (Art. 18 Abs. 3 E-DNG). Des Weiteren sind einheitliche Schnittstellen, Formate und Standards unter Mitwirkung der Kantone festzulegen (Art. 19 E-DNG). Um die Verbreitung der elektronischen öffentlichen Beurkundung zu begünstigen, sollten die technischen Regelungen nicht zu detailliert sein und bloss die grundlegenden technischen Anforderungen regeln, die an die Software gestellt werden sollen. Der Entwurf macht zu Recht keine konkreten Vorgaben und ermächtigt den Bundesrat, technische Anforderungen in einer Verordnung zu regeln. Diese Delegation von Rechtsetzungskompetenzen erlaubt die zügige Anpassung an neuere technische Entwicklungen. Der Bundesrat sollte hierbei beachten, dass er keine zu starren Vorgaben macht. Es nützt nichts, wenn die technische Lösung zwar sehr sicher ist, aber aufgrund einer möglicherweise zu aufwendigen Umsetzung in der Praxis von niemandem genutzt wird. Letztlich sollten Notare und andere Verfahrensbeteiligte ein gewisses Ermessen haben, ihre technischen Mittel in einer konkreten Situation zu wählen. Die qualifizierte elektronische Signatur, die in der Praxis als zu kompliziert empfunden wird, ist ein mahnendes Beispiel.

Schliesslich wird auch die Prüfung elektronischer öffentlicher Urkunden sowie anderer elektronischer Dokumente und elektronischer Signaturen im Hinblick auf die Erstellung von Ausfertigungen und Beglaubigungen von Kopien in Papierform geregelt.[62]

6.2. Erstellung von öffentlichen Urkunden nach ausländischem Recht

Art. 4 E-DNG lässt es zu, dass schweizerische Urkundspersonen von den in der Schweiz geltenden Anforderungen an die Erstellung öffentlicher Urkunden abweichen können. Das betrifft gemäss Art. 4 Abs. 1 E-DNG den Fall, wenn eine elektronische öffentliche Urkunde oder eine elektronische Beglaubigung für die Verwendung im Ausland bestimmt ist. In diesem Fall kann sie in Abweichung von den Vorgaben des E-DNG und nach den im Ausland gültigen Anforderungen erstellt werden. Dies soll freilich nur dann gelten, sofern bei deren Einhaltung eine vergleichbare Sicherheit und Verlässlichkeit, insbesondere in Bezug auf die Integrität und die Authentizität, gewährleistet ist. Die Abweichung von den Vorgaben des E-DNG betrifft insbesondere die Anforderungen an das Datenformat, die Signatur oder den Inhalt einer öffentlichen Urkunde.[63] Nach traditioneller Auffassung soll dabei das Erfordernis, dass eine Urkundsperson ihre öffentliche Urkunde selber signiert, in jedem Fall eingehalten werden.[64]

Diese Bestimmung ist insbesondere für jene Fälle nützlich, in denen ein schweizerischer Notar eine öffentliche Urkunde elektronisch errichten soll, die bei einer Registerbehörde eines Mitgliedstaats der Europäischen Union eingereicht werden soll. Notare, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union tätig sind, bieten spätestens seit der Umsetzung der EU-Digitalisierungsrichtlinie[65] digitale notarielle Dienstleistungen an.[66] Vollständig digitale Notariatsdienstleistungen ermöglichen die medienbruchfreie Gründung von Kapitalgesellschaften.[67] Dabei ist zu berücksichtigen, dass diese Notariatsdienstleistungen in Zukunft vermehrt grenzüberschreitend angeboten werden können.[68]

Demgegenüber besteht in der Gestalt von Art. 25 HRegV bereits eine Rechtsgrundlage, um im Ausland von einer ausländischen Urkundsperson errichtete öffentliche Urkunden zu akzeptieren. Dabei ist es nicht ausgeschlossen, dass beispielsweise ein ausländischer Notar auf dem Wege einer Fernbeurkundung die Beschlüsse einer virtu-

---

60 Vgl. Botschaft DNG, 20.

61 Vgl. Botschaft DNG, 20.

62 Art. 2 Abs. 1 E-DNG.

63 Vgl. Botschaft DNG, 22. Bezüglich der elektronischen Möglichkeiten der qualifizierten elektronischen Signatur ist jedoch zu berücksichtigen, dass nicht alle ausländischen Signaturen in der Schweiz anerkannt werden.

64 Vgl. Botschaft DNG, 22.

65 EU-Digitalisierungsrichtlinie.

66 Vgl. Jakobus Schuster, Digitale notarielle Dienstleistungen in Deutschland und Österreich, RDi 2021, 496 ff.

67 Vgl. Tobias Keller/Kevin Schümmer, Digitale GmbH-Gründung, NZG 2021, 573 ff.

68 Vgl. Schuster (N 66), 501 f.

ellen Generalversammlung einer schweizerischen Aktiengesellschaft im Ausland öffentlich beurkundet.[69]

6.3. Erstellung elektronischer Originale öffentlicher Urkunden

Das E-DNG regelt lediglich die Grundsätze für die elektronische öffentliche Beurkundung. Kantonale beurkundungsrechtliche Vorgaben gelangen dann zur Anwendung, wenn das E-DNG und hierzu noch zu erlassende Ausführungsbestimmungen keine Regelung enthalten.[70]

Zu den zentralen Regelungsgegenständen im E-DNG gehören die Erfordernisse, dass die am Beurkundungsvorgang beteiligten Personen die Möglichkeit haben müssen, den Inhalt einer öffentlichen Urkunde zur Kenntnis zu nehmen (Art. 6 E-DNG), diesen genehmigen zu können (Art. 7 E-DNG) und dass der Beurkundungsvorgang nach den Vorgaben von Art. 8 E-DNG abgeschlossen wird.

Die Urkundsperson hat gemäss Art. 6 E-DNG dafür zu sorgen, dass die Wahrnehmbarkeit des Urkundeninhalts während des gesamten Beurkundungsvorgangs gewährleistet wird. Des Weiteren dürfen zwischen dem zur Kenntnis genommenen und dem genehmigten Urkundeninhalt keine Abweichungen bestehen. Sofern eine öffentliche Urkunde eine Genehmigung des Inhalts durch die Beteiligten erforderlich macht, so muss die Urkundsperson gemäss Art. 7 Abs. 1 E-DNG dafür sorgen, dass diese Genehmigung auf der öffentlichen Urkunde angebracht wird. Hier ist zu berücksichtigen, dass nach Art. 14 OR entweder eine eigenhändige Unterschrift oder eine mit einem qualifizierten Zeitstempel verbundene qualifizierte elektronische Signatur gemäss Bundesgesetz vom 18. März 2016 über die elektronische Signatur (SR 943.03; ZertES) verwendet werden sollte. Da sich diese qualifiziert elektronischen Signaturen in der breiten Bevölkerung noch nicht durchgesetzt haben, ist der Bundesrat zu Recht zur Ansicht gelangt, dass praxistaugliche Alternativen zum Einsatz kommen sollten.[71] In Art. 7 Abs. 2 E-DNG soll geregelt werden, dass Genehmigung der Beteiligten durch «die grafische Erfassung ihrer eigenhändigen Unterschriften zum Ausdruck» gebracht werden solle. Das heisst, dass «das dazu eingesetzte Eingabegerät in der Lage sein» muss, «alle zur Identifizierung der unterzeichnenden Personen nötigen biometrischen Merkmale dieser Unterschriften aufzuzeichnen».[72] In unseren Nachbarländern werden hierfür unter anderem Grafiktabletts eingesetzt.[73] Der Bundesrat stellt sich die praktische Umsetzung so vor, dass das Eingabegerät die «charakteristischen Informationen einer menschlichen Unterschrift, wie Schreibgeschwindigkeit, Neigungswinkel und Druckstärke, sowie allfällige weitere biometrische Daten» erfassen und in der Form von Randdaten in das unterschriebene elektronische Dokument einfügen müsse.[74] Der Bundesrat legt gemäss Art. 7 Abs. 4 E-DNG die technischen Anforderungen an die eingesetzten Eingabegeräte fest und bestimmt, welche weiteren Formen der Erfassung der Genehmigung durch die Beteiligten zulässig sind. Dieser Vorschlag klingt im Grundsatz alltagstauglich und ist deshalb sehr zu begrüssen. Es ist ohnehin kaum einleuchtend, weshalb eine Unterschrift auf einem entsprechend berührungsempfindlichen Grafiktablett nicht einer eigenhändigen Unterschrift auf Papier gleichgestellt werden soll.[75] Heutzutage hat ein grosser Teil der Bevölkerung Erfahrung mit Grafiktabletts sowie mit der eigenhändigen elektronischen Unterzeichnung. Die eigenhändige elektronische Unterzeichnung hat sich beispielsweise bei der Entgegennahme von Einschreiben der Post oder bei Sendungen von Paketdiensten bewährt. Dabei stellt sich nur aber immerhin die Frage, ob derzeit überhaupt Grafiktabletts auf dem Markt verfügbar sind, die Neigungswinkel und Druckstärke genügend sensitiv berücksichtigen, wie sich das der Bundesrat vorstellt, geschweige denn weitere biometrische Daten erfassen. Entsprechend dürfen die regulatorischen Vorgaben hinsichtlich der grafischen Erfassung der Unterschrift nicht zu streng gefasst werden. Es sollte meines Erachtens genügen, wenn eine Person so unterschreiben kann, wie dies heutzutage mithilfe eines Stifts für Grafiktabletts der aktuellen Generation umsetzbar ist.

Dabei ist es ebenfalls denkbar, die unmittelbare Wahrnehmung des Urkundeninhalts gleichzeitig allen an einer öffentlichen Beurkundung beteiligten Personen auf den jeweiligen Grafiktabletts wiederzugeben, wobei diese Wahrnehmung zugleich mit einer Videokonferenz-Software in Echtzeit mittels allseitigen Kommunikationsmöglichkeiten verbunden wird. Dadurch könnte den Anforderungen an Art. 6 und Art. 7 E-DNG Genüge getan werden. Hierbei erscheint es wichtig, dass den Urkundspersonen ein gewisses Ermessen belassen wird, welche Kommunikationsmittel diese verwenden und keinesfalls die Kantone oder der Bund eigene Kommunikationsplattformen zur Verfügung stellen, die zwingend benutzt werden müssen; heutzutage geht ein Notar ja auch nicht in einen Kantonsrat- oder Gerichtsaal, um eine öffentliche Beurkundung durchzuführen. Sofern

---

69 Vgl. Clemens Meisterhans/Michael Gwelessiani, in: Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Art. 25 HRegV N 136; Alexander Vogel, in: HRegV Kommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2020, Art. 25 HRegV N 4; Müller/Kaiser/Benz (FN 3), 223.

70 Vgl. Botschaft DNG, 22 und 23 ff.

71 Vgl. Botschaft DNG, 24.

72 Vgl. Art. 7 Abs. 2 E-DNG.

73 Vgl. Botschaft DNG, 24 und 14.

74 Vgl. Botschaft DNG, 24.

75 Vgl. Daniel Hürlimann, Zur Rechtskraft der Unterschrift auf einem Touchscreen, Gutachten im Auftrag der Kantonspolizei Zürich, 4.7.2016, abrufbar unter: https://www.alexandria.unisg.ch/253739/ (zuletzt besucht am 28.1.2022), 10 ff.; Müller (FN 7), 563.

ein Rechtsgeschäft zu kompliziert ist, um es im Rahmen einer Videokonferenz öffentlich zu beurkunden oder wenn eine Partei nicht einverstanden ist, die öffentliche Beurkundung elektronisch abzuwickeln, sollte jederzeit der Wechsel in das konventionelle Verfahren in Betracht gezogen werden. Der E-DNG steht einem Wechsel in die traditionelle Beurkundung mit Papier nicht im Wege. In diesem Fall müssen aber bisherige Handlungen im Kontext einer elektronischen öffentlichen Beurkundung, solange sie nicht rechtsgültig abgeschlossen wurden, wiederholt werden. Mit diesem Vorgehen wird der Grundsatz der Einheit des Beurkundungsverfahrens (ohne wesentliche Unterbrechung) eingehalten.[76]

Der Wahrnehmungs- und Genehmigungsmechanismus gemäss Art. 7 und Art. 8 E-DNG enthält seinem Wortlaut nach und auch gemäss den Erläuterungen in der bundesrätlichen Botschaft eine vollständig virtuelle Abwicklung der öffentlichen Beurkundung. Der E-DNG setzt sinnvollerweise nicht voraus, dass die Urkundsperson im gleichen physischen Raum ist, wie die an einer elektronischen öffentlichen Beurkundung beteiligten Personen. Somit könnte gestützt auf das E-DNG für die elektronische Beurkundung theoretisch eine Fernbeurkundung durchgeführt werden. Es handelt sich hierbei um ein Element, das für die Durchführung einer virtuellen Generalversammlung (ohne Tagungsort) notwendig ist. Die Urkundsperson müsste hierbei jedoch die öffentliche Beurkundung von ihrer Kanzlei bzw. innerhalb des Kantons ausüben, von dem sie zur öffentlichen Beurkundung ermächtigt wurde. Die Durchführung einer öffentlichen Beurkundung durch eine kantonale Urkundsperson im Ausland oder wenn sie in einem anderen Kanton (etwa aus dem ausserkantonalen Feriendomizil) amtet, wäre somit unzulässig und würde eine elektronische öffentliche Urkunde ungültig machen.[77]

Der voranstehend beschriebene Vorgang setzt voraus, dass die an einer elektronischen öffentlichen Beurkundung beteiligten Personen, die anlässlich eines solchen Verfahrens nach Art. 6 f. E-DNG wahrnehmen und genehmigen müssen, sich zu irgendeinem Zeitpunkt gegenüber einer Urkundsperson ausweisen können. Ohne die zuverlässige Feststellung der Identität der Beteiligten ist die elektronische öffentliche Beurkundung nicht vollständig digital möglich.[78] Sobald zuverlässige elektronische Formen des Identitätsnachweises möglich sind, könnte gestützt auf das elektronische Beurkundungsverfahren des E-DNG eine Fernbeurkundung ermöglicht werden. Das ist ein wichtiges Verfahrenselement einer vollständigen Verlagerung von beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäften in die digitale Welt. Dabei kann es in der Verantwortung der Urkundsperson verbleiben, wie sie eine Person auf Distanz identifiziert. Im Falle eines Missbrauchs oder Identitätsdiebstahls ist die Urkundsperson für unsorgfältige Amtshandlungen oder Unterlassungen verantwortlich.

Falls eine an der öffentlichen Beurkundung beteiligte Person nicht unterzeichnen kann, so soll sie gemäss Art. 7 Abs. 3 E-DNG die Möglichkeit haben, ihre Genehmigung in einer anderen Form zum Ausdruck zu bringen. Dabei hat die Urkundsperson den jeweiligen Umstand mit Angabe des Grundes in der öffentlichen Urkunde ausdrücklich zu erwähnen.[79] Diese Möglichkeit sollte nicht dazu verwendet werden, um generell auf die Dokumentierung der Genehmigung der beteiligten Person zu verzichten. Meines Erachtens wäre hier denkbar, dass die Zustimmung beispielsweise mitsamt der Verlesung der öffentlichen Urkunde in einem Video festgehalten würde. Alternativ könnten neutrale Zeugen einer öffentlichen Beurkundung die Zustimmung der beteiligten Person zum Inhalt der öffentlichen Urkunde bestätigen. Hier würde der Gesetzgeber allerdings gut daran tun, die Fälle aufzuzählen oder generell-abstrakt zu beschreiben, die eine alternative Form der Genehmigung der öffentlichen Urkunde zum Ausdruck bringt. Art. 7 Abs. 3 E-DNG sollte hingegen nicht zur Anwendung gelangen, wenn eine technische Störung die Dokumentation der Genehmigung verhindert. In einem solchen Fall ist es den beteiligten Personen zuzumuten, die öffentliche Beurkundung in nichtdigitaler Form durchführen zu lassen oder bis zur Behebung der technischen Störung zu warten, auch wenn diese länger andauern sollte und somit der Beurkundungsprozess unterbrochen werden muss und zu einem späteren Zeitpunkt zum Abschluss gebracht wird (vgl. dazu nachstehend in Abschnitt III.F.4).

In Art. 8 E-DNG ist der Abschluss des Beurkundungsvorgangs im sogenannten beurkundungsrechtlichen «Hauptverfahren» geregelt. Diesbezüglich geht diese bundesrechtliche Regelung einer kantonalen Regelung betreffend den Abschluss des Beurkundungsverfahrens vor. Laut Art. 8 E-DNG ist der Beurkundungsvorgang erst abgeschlossen, wenn das elektronische Original der öffentlichen Urkunde die Unterschrift der Urkundsperson und den elektronischen Nachweis trägt, dass die Urkundsperson im Zeitpunkt der Erstellung der elektronischen öffentlichen Urkunde zu deren Erstellung befugt ist. Des Weiteren hat die Urkundsperson nach Abschluss des Beurkundungsvorgangs die Pflicht, das elektronische Original der öffentlichen Urkunde im elektronischen Urkundenregister zu erfassen (Art. 9 Abs. 1 E-DNG). Solange das Original der elektronischen öffentliche Urkunde nicht im Urkundenregister erfasst wurde, kann die Urkundsperson die öffentlichen Urkunden gemäss Art. 9 Abs. 2 E-DNG nicht erstellen bzw. vervielfältigen

76 Vgl. Brückner (FN 4), N 2047 ff.
77 Vgl. Müller/Kaiser/Benz (FN 3), 225 ff.
78 Vgl. Müller (FN 7), 559 f. und 563.
79 Vgl. Botschaft DNG, 24.

und herausgeben (und somit z.B. auch nicht dem Handelsregister- oder Grundbuchamt einreichen).[80]

Der E-DNG differenziert nicht ausdrücklich bezüglich der öffentlichen Beurkundung von Willenserklärungen, Wissenserklärungen, Tatbeständen oder Hergängen.[81] In den kantonalen Beurkundungsgesetzen unterscheiden sich die Verfahren bezüglich der notariellen Ermittlungs- und Belehrungspflichten sowie der konkreten Ausgestaltung der Verfahrensgrundsätze. Mit dem Verzicht auf die Regelung des Verfahrens für die öffentliche Beurkundung der Willenserklärungen, Wissenserklärungen, Tatbestände oder Hergänge (oft auch – je nach kantonaler gesetzlicher Regelung – Willens- und Wahrnehmungs- bzw. Sachbeurkundungen genannt) stellt sich die Frage, ob hier wirklich gestützt auf Art. 2 Abs. 4 E-DNG auf das kantonale Recht zurückgegriffen werden sollte. Zugunsten einer rechtssicheren Anwendung des Verfahrensrechts ist es ratsam, wenn das Gesetz keinen allgemeinen Verweis auf kantonales Recht vornimmt und stattdessen abschliessende Verfahrensregeln schafft (vgl. Abschnitte III.G und IV.C). Bekanntlich stellt das Beurkundungsverfahren eine qualifizierte Formvorschrift dar und das öffentliche Beurkundungsverfahren soll gerade Rechtssicherheit für bestimmte Rechtsgeschäfte gewährleisten. Die Schaffung von Auslegungsproblemen würde hingegen den Nutzen des elektronischen Beurkundungsverfahrens erheblich schmälern, da diese Auslegungsprobleme potenziell auch die Gültigkeit von öffentlich zu beurkundenden Rechtsgeschäften beschlagen könnte. Insofern ist die Feststellung des Bundesrats in der Botschaft zum Entwurf des DNG «[o]b im Einzelfall Spielräume für kantonales Recht besteht (sic), ist daher im spezifischen Kontext oder im Einzelfall zu beantworten»[82] nicht zielführend. Durch eine abschliessende bundesrechtliche Verfahrensregelung können Probleme bei der Auslegung des E-DNG und damit auch potenzielle Gültigkeitsfehler im Beurkundungsverfahren vermieden werden.

6.4. Elektronisches Urkundenregister

Ein wichtiges Element des E-DNG ist das elektronische Urkundenregister. Gemäss Art. 10 E-DNG soll das Bundesamt für Justiz ein elektronisches Urkundenregister zur zentralen Erfassung und dauerhaften Aufbewahrung elektronischer Originale öffentlicher Urkunden betreiben. Eine Urkundsperson muss gemäss Art. 11 E-DNG jede elektronische öffentliche Urkunde im Urkundenregister erfassen und ablegen. Der Zweck von diesem Archiv ist, dass jederzeit das Original auffindbar ist. Die elektronisch archivierte öffentliche Urkunde kann zudem jederzeit dazu verwendet werden, um die Echtheit eines elektronischen Dokuments zu überprüfen.[83] Somit dient eine im Urkundenregister abgelegte öffentliche Urkunde gemäss Art. 12 E-DNG als Referenzexemplar. Anhand des elektronischen Urkundenregisters kann eine elektronische öffentliche Urkunde hinsichtlich der Übereinstimmung mit dem hinterlegten Referenzdokument validiert werden.[84] Falls dieses Referenzexemplar im elektronischen Urkundenregister fehlt, kann nicht verlässlich und mit Sicherheit überprüft werden, ob zirkulierende Exemplare einer öffentlichen Urkunde dem öffentlich beurkundeten Original entsprechen.[85] Damit wäre der Nutzen der elektronischen öffentlichen Beurkundung erheblich beeinträchtigt.

Im Falle einer technischen Störung im Zusammenhang mit dem elektronischen Urkundenregister sieht Art. 13 E-DNG vor, dass grundsätzlich die technische Störung zuerst zu beheben und anschliessend die öffentliche Beurkundung fortzusetzen ist. Dabei sieht der Bundesrat immerhin die Möglichkeit vor, eine beweiserhaltende Ausfertigung einer beglaubigten Kopie auf Papier als behelfsmässige Notlösung, bis die technische Störung behoben ist (Art. 13 Abs. 2 E-DNG).[86] Sofern vor der Behebung einer technischen Störung Exemplare einer öffentlichen Urkunde zirkulieren, kann die für eine Urkundsperson peinliche Situation entstehen, dass unterschiedliche Fassungen von ein und derselben elektronischen öffentlichen Urkunde ausgefertigt werden. Dieses Risiko ist zwingend zu minimieren, da ansonsten die Urkundsperson hierfür zur Verantwortung gezogen werden könnte. Am einfachsten lässt sich dieses Problem vermeiden, wenn die Urkundsperson bis zum vollständigen Abschluss einer öffentlichen Beurkundung und bis zum Eintrag eines Rechtsgeschäfts im Handelsregister oder Grundbuch keine Urkunde herausgibt.[87]

Auf die elektronisch hinterlegten öffentlichen Urkunden sollen Urkundspersonen, Behörden und Gerichte gestützt auf rechtskräftige Entscheide und die Aufsichtsbehörden zwecks Inspektion und Durchführung von Disziplinarverfahren zugreifen können (Art. 15 Abs. 1 E-DNG). Die jeweiligen Zugriffe werden protokolliert (Art. 15 Abs. 2 E-DNG).

6.5. Die Transformation von der elektronischen öffentlichen Urkunde zum Papier

Eine Urkundsperson kann von elektronischen Originalen öffentlicher Urkunden Ausfertigungen und beglaubigte Kopien in Papierform erstellen (Art. 18 Abs. 1

---

80 Vgl. Botschaft DNG, 26.

81 Vgl. BSK ZGB II-Schmid, Art. 55 SchlT N 49 ff.; Müller/Kaiser/Benz (FN 3), 230 f. und 234 ff.

82 Vgl. Botschaft DNG, 20.

83 Dies sollte zusätzlich über eine kryptografische Hashfunktion sichergestellt werden; jedes Dokument hat somit einen anderen Hashwert.

84 Art. 15 E-DNG.

85 Vgl. Botschaft DNG, 28 f.

86 Vgl. Botschaft DNG, 30.

87 Vgl. Brückner (FN 4), N 3401.

E-DNG). Des Weiteren können Urkundspersonen nach Art. 18 Abs. 2 E-DNG ein auf Papier ausgedrucktes elektronisches Dokument beglaubigen. Art. 18 Abs. 2 E-DNG übernimmt die bisher in Art. 1 Abs. 1 lit. c und Art. 17 EÖBV festgehaltenen Verordnungsbestimmungen nun auf der Stufe des Bundesgesetzes.[88] Obschon die Beurkundung in Papierform auch nach der Einführung des Entwurfs zum DNG immer noch in der kantonalen Hoheit liegt, muss der Bund aus Gründen der Rechtssicherheit regeln, welche technischen Merkmale einer elektronischen Urkunde durch die Urkundsperson zu überprüfen sind und wie diese Prüfung zu dokumentieren ist.[89]

6.6. Änderungen in den SchlT ZGB

Die elektronische öffentliche Beurkundung soll neu im DNG geregelt werden. Art. 22 E-DNG sieht zudem eine Anpassung von Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB vor. Demnach soll in der vorerwähnten Bestimmung eine neue Kompetenzregelung aufgeführt werden. Die Kantone können demnach die Erstellung öffentlicher Urkunden regeln, soweit das Bundesrecht – insbesondere jene gemäss E-DNG – keine besondere Regelung enthalte.

In Art. 22 E-DNG ist überdies vorgesehen, Art. 55*a* SchlT ZGB[90] aufzuheben. Nach Art. 5 Abs. 1 E-DNG werden Urkundspersonen dazu ermächtigt, elektronische Urkunden und Beglaubigungen vollständig in elektronischer Form zu errichten oder solche in Papierform in die entsprechende digitale Form zu überführen. Diese Änderung ist zu begrüssen, denn es hat sich gezeigt, dass seit 2012 lediglich 15 Kantone ihre Urkundspersonen dazu ermächtigt haben, nach Art. 55*a* SchlT ZGB ein Stück weit «digital» tätig zu werden. Es ist sinnvoll, dass der Bundesgesetzgeber die Rechtsetzung in diesem Bereich übernimmt, wenn Kantone ohne erkennbare Motive zögern.

7. Groupe de réflexion: Einheitliches Beurkundungsverfahren in der Schweiz

Wie bereits erwähnt wurde, hat der Bundesrat die Arbeiten am Projekt der elektronischen öffentlichen Beurkundung von der gesetzlichen Verankerung der bundesrechtlichen Mindestanforderungen für das Verfahren der öffentlichen Beurkundung getrennt (vgl. vorne Abschnitt E.1). Eine schweizerische Expertengruppe – die Groupe de réflexion: Einheitliches Beurkundungsverfahren in der Schweiz – hat am 18. August 2021 im Auftrag des Bundesrats Leitsätze und Erläuterungen bezüglich ein einheitliches Beurkundungsverfahren in der Schweiz vorgelegt. Der Bundesrat hat hiervon gemäss Medienmitteilung vom 20. Oktober 2021 Kenntnis genommen.[91]

Die Groupe de réflexion hat systematisch rechtliche Fragen des Beurkundungsrechts analysiert. Dazu gehören namentlich die Analyse der verfassungsmässigen Grundlagen sowie begriffliche Fragen insbesondere zum Amt und der Zuständigkeit der Urkundsperson. Des Weiteren gehören die Berufspflichten, das Beurkundungsverfahren, die Nicht-Entstehung der öffentlichen Urkunde, Fragen der Aufsicht und der Gebühren dazu. Wichtig ist, dass der geltende Art. 122 Abs. 1 BV dem Bund die Zuständigkeit verleihe, den Gesamtkomplex des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts zu regeln. Hierzu gehört nach Meinung des Bundesamts für Justiz auch das Verfahren der notariellen Erstellung öffentlicher Urkunden, und zwar unabhängig davon, ob das Beurkundungsrecht eher dem Zivilrecht oder dem Zivilprozessrecht zuzuschlagen sei.[92] Prof. Dr. Ruth Arnet hat am 26. November 2018 ein überzeugendes Gutachten vorgelegt, welches zum Ergebnis kommt, dass die Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung als Zivilrecht im Sinne von Art. 122 Abs. 1 BV einzuordnen seien.[93] Entsprechend würden sich bereits heute die Mindestanforderungen an das Verfahren einer öffentlichen Beurkundung aus dem Bundesrecht ergeben.[94] Somit würde die Einführung vereinheitlichter Beurkundungsregeln keine Verfassungsänderung erfordern.

Im Hinblick auf die Durchführung einer vollständig elektronisch abzuwickelnden Gründung oder einer virtuellen Generalversammlung ist von Interesse, dass die Groupe de réflexion einer Fernbeurkundung gegenüber positiv eingestellt ist.[95] Voraussetzung einer Fernbeurkundung dürfte noch die Klärung einiger rechtlicher und technischer Fragen sein. Dabei sollten meines Erachtens internationale Sachverhalte nicht ausser Acht gelassen werden. Gerade im grenzüberschreitenden Beurkundungsverfahren könnten sich neue Probleme stellen. Dies umso mehr, da Art. 4 E-DNG auch die Errichtung von elektronischen öffentlichen Urkunden fürs Ausland zulässig macht. Wenn öffentliche Urkunden fürs Aus-

---

88 Vgl. Botschaft E-DNG, BBl 2022 143, Ziff. 5.7 zu Art. 18 Abs. 2 E-DNG.

89 Vgl. Botschaft E-DNG, BBl 2022 143, Ziff. 5.7 zu Art. 18 Abs. 3 E-DNG.

90 Vgl. dazu Abschnitt III.D.

91 Vgl. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bundesrat stellt Möglichkeit eines einheitlichen Beurkundungsverfahren zur Diskussion, Medienmitteilung vom 20. Oktober 2021, https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-85516.html (zuletzt besucht am 28.1.2022).

92 Vgl. Groupe de réflexion: Einheitliches Beurkundungsverfahren in der Schweiz, Leitsätze und Erläuterungen, 18. August 2021, Anhang 2 (nachfolgend «Groupe de réflexion, Leitsätze»).

93 Vgl. Groupe de réflexion, Leitsätze (FN 92), 1 ff.

94 Vgl. Groupe de réflexion, Leitsätze (FN 92), Anhang 3, 5 ff. mit weiteren Nachweisen. Gl. M. Müller/Kaiser/Benz (FN 3), 220 ff.

95 Vgl. Groupe de réflexion, Leitsätze (FN 92), 68 ff. Der Bericht verweist auf Schmid (FN 16), 231 ff., Müller (FN 7), 565 f., und Müller/Pafumi (FN 5), 77 f., und folgt im Wesentlichen den dort vorgebrachten Ideen.

land bestimmt sind, müssen auch Formen der elektronischen Überbeglaubigung und der elektronischen Apostille mitberücksichtigt werden.[96]

In jedem Fall wird auch nach einer allfälligen Inkraftsetzung eines Bundesgesetzes über das digitale Notariat weiterer Regulierungsbedarf in Bezug auf das Notariat verbleiben. Der Bericht der Groupe de réflexion stellt meines Erachtens eine hervorragende Grundlage dar, um künftig sämtliche Beurkundungsregeln und die Regeln des Notariatsberufs auf wissenschaftlicher Basis weiterzuentwickeln (vgl. hierzu unten Abschnitt IV).

8. Vereinfachung der öffentlichen Beurkundung bei Sacheinlagen

Im Rahmen einer Gründung oder Kapitalerhöhung können Sachen statt Bargeld als Deckung für die Kapitaleinzahlungsverpflichtung dienen. Ein Sacheinlagevertrag ist im Normalfall schriftlich zu vereinbaren. Falls Grundstücke als Sacheinlagen in eine Gesellschaft eingebracht werden, muss dieses Rechtsgeschäft öffentlich beurkundet werden. Das revidierte Aktienrecht sieht in Art. 634 Abs. 3 OR vor, dass für die öffentliche Beurkundung eines Sacheinlagegeschäfts auch dann eine einzige öffentliche Urkunde genügt, wenn Grundstücke in verschiedenen Kantonen liegen. In diesem Fall ist ein Notar am Sitz der Gesellschaft (und nicht jener am Ort der gelegenen Sache) für die öffentliche Beurkundung des Grundstücksgeschäfts zuständig. Das gilt selbst dann, wenn die Grundstücke in anderen Kantonen gelegen sind als der Notar wirkt. Art. 634 Abs. 3 OR ist von Art. 70 Abs. 2 FusG inspiriert, der sinngemäss die gleichen Zuständigkeiten definiert hat.[97] Der Ort des eigentlichen Akts der öffentlichen Beurkundung kann damit vom Ort der Grundstücke auseinanderklaffen.

Wenn verschiedene Grundstücke im gleichen Kanton gelegen sind, kommt die Bestimmung des revidierten Art. 634 Abs. 3 OR nicht zur Anwendung. Der Bundesrat erachtet es jedoch als sinnvoll, falls innerkantonal verschiedene Zuständigkeiten für die öffentliche Beurkundung gegeben sind, dass dann die revidierte Regelung von Art. 634 Abs. 3 OR analog angewandt wird.[98]

Die revidierte Regelung des Art. 634 Abs. 3 OR stellt einen weiteren Schritt zum Vollzug der Freizügigkeit von öffentlichen Urkunden im Bereich der Grundstücksgeschäfte dar. Nach Inkrafttreten des revidierten Art. 634 Abs. 3 OR derogiert das Bundesrecht allfällige kantonale Regelungen, die eine zwingende Zuständigkeit von Urkundspersonen am Ort der gelegenen Sache vorsehen.[99] Konsequenterweise besteht hierbei Anpassungsbedarf bei bundesrechtswidrigen kantonalen Beurkundungszuständigkeiten. Es wäre auch unabhängig von der Inkraftsetzung des revidierten Art. 634 Abs. 3 OR sinnvoll, generell für Grundstücksgeschäfte nicht mehr die Zuständigkeit von Urkundspersonen am Sitz der gelegenen Sache vorzusehen und stattdessen dem Grundsatz der Freizügigkeit von öffentlichen Urkunden Nachachtung zu verschaffen.

IV. Verbleibende Themen auf der Pendenzenliste

Die aktuellen Entwicklungstendenzen des materiellen Rechts – namentlich die virtuelle Generalversammlung und das Bedürfnis nach einer vollständig digital abzuwickelnden Gründung – sowie die neuen technologischen Möglichkeiten können nicht gänzlich von beurkundungsrechtlichen Fragen getrennt werden.

1. Fernbeurkundung und Identifikation der Beteiligten

Damit Beurkundungsverfahren vollständig elektronisch abgewickelt werden können, ist die Möglichkeit der Fernbeurkundung einzuführen. Eine solche Rechtsgrundlage könnte in Gestalt der Art. 6 ff. E-DNG umgesetzt werden.[100] Die Fernbeurkundung setzt allerdings auch voraus, dass die teilnehmenden Personen nachvollziehbar identifiziert werden können. Hierfür könnten die Anforderung an die Art der elektronischen Identifikation in allgemeiner Art festgelegt werden.[101] Das Volk hat indes die Einführung eines Bundesgesetzes über elektronische Identifizierungsdienste (E-ID-Gesetz, BGEID) mit der Volksabstimmung vom 7. März 2021 abgelehnt. Der Bundesrat will deshalb Mitte 2022 ein Gesetz für eine staatliche E-ID veröffentlichen und damit in die Vernehmlassung gehen.[102] Eine solche staatliche E-ID könnte als Grundlage für die Identifikation im Rahmen einer elektronischen öffentlichen Beurkundung dienen. Falls es nicht gelingt, eine standardisierte Form

---

96 Zur elektronischen Apostille vgl. https://www.hcch.net/en/instruments/specialised-sections/apostille (zuletzt besucht am 28.1.2022).

97 Vgl. Lukas Müller/Philippe J. A. Kaiser/Diego Benz, Sacheinlagegründung im revidierten Aktienrecht, Praxisempfehlungen aus notarieller Sicht, ExpertFocus 2021, 284; Forstmoser/Küchler (FN 3), Art. 634 N 11 OR.

98 Vgl. Botschaft des Bundesrats vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017, 491.

99 Vgl. Art. 49 BV.

100 Vgl. vorne Abschnitt III.F.3.

101 Vgl. Müller (FN 7), 559 f. und 563.

102 Vgl. Bundesamt für Justiz, Bundesrat trifft Richtungsentscheid zur E ID, Medienmitteilung vom 17. Dezember 2021, https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/mm.msg-id-86465.html (zuletzt besucht am 28.1.2022). Siehe hierzu auch DIDAS, Eine E-ID auf Basis SSI – welche regulatorischen Voraussetzungen müssen geschaffen werden?, 17. Dezember 2021, https://www.didas.swiss/de/2021/12/17/eine-e-id-auf-basis-ssi-welche-regulatorischen-voraussetzungen-muessen-geschaffen-werden/ (zuletzt besucht am 28.1.2022).

der elektronischen Identifikation einzuführen, müssen Urkundspersonen auf alternative Formen der Identifikation im virtuellen Raum zurückgreifen. Eine Identifikationsform sollte zudem so festgelegt werden, dass ausländische Formen der elektronischen Identifikation akzeptiert werden, sofern diese eine Funktion haben, die einem Personalausweis oder Reisepass in physischer Form äquivalent sind. Ohne einen staatlichen Identitätsnachweis sollte eine Urkundsperson das physische Ausweispapier (Reisepass, Ausländerausweise, Identitätskarte etc.) als elektronisch beglaubigte Kopie bei sich zu den Akten nehmen.[103] Die Vorgaben hinsichtlich der Identifikation der an der Beurkundung teilnehmenden Personen sollte derart geschehen, dass durch eine schlanke Regulierung Hilfsmittel zur Verfügung gestellt werden, wie sich eine fremde Person rechtssicher gegenüber einer Urkundsperson ausweisen kann. Die Urkundsperson sollte Risiken des Identitätsdiebstahls mit vernünftigen Massnahmen minimieren können. Dabei ist auch daran zu denken, dass es bereits heute anlässlich konventioneller öffentlicher Beurkundungen zulässig ist, wenn eine Urkundsperson festhält, ihr sei eine Person persönlich bekannt.[104]

Bis ein staatlicher elektronischer Identitätsnachweis verfügbar ist, ist es denkbar, dass Urkundspersonen eine digitalisierte Form eines Reisepasses oder einer Identitätskarte kopieren und als Beglaubigung nach Art. 55*a* SchlT ZGB bzw. Art. 5 E-DNG elektronisch ausfertigen. Alternativ könnten die Parteien eine PDF/A-Kopie ihres Ausweises erstellen und mit einer digitalen Signatur versehen, welche einen Zeitstempel hat und bei welcher das PDF/A nicht verfälscht werden kann. Diese signierte Kopie kann sodann der Urkundsperson im Chat des Video-Calls oder per E-Mail unmittelbar zugestellt werden.

2. Bereinigung von Fehlern und Rückzug einer elektronischen öffentlichen Urkunde

Wie ist bei der Bereinigung von inhaltlichen oder redaktionellen Fehlern in der Urkunde vorzugehen und macht dies eine Nachbeurkundung notwendig? Da eine Urkunde nach Abschluss der elektronischen öffentlichen Beurkundung bereits im Urkundenregister registriert ist und nicht zurückgezogen werden kann, muss wohl eine Nachbeurkundung durchgeführt werden.[105] Auch ein Rückzug von Urkunden oder eine Vernichtung dergleichen durch die Parteien ist ungeklärt. Eine letztwillige Verfügung kann beispielsweise nach Art. 510 ZGB durch Vernichtung widerrufen werden. Die entsprechenden elektronischen Rückzugs- bzw. Vernichtungsmöglichkeiten sollten gesetzlich geklärt werden.

3. Vereinheitlichung von Verfahrensfragen

Die Groupe de réflexion hat in ihren Erläuterungen wichtige Fragen gestellt, die es vom Gesetzgeber zu klären gilt. Hierzu gehört die Regelung der örtlichen Zuständigkeit der Urkundsperson. Für eine Fernbeurkundung ist es aus praktischer Sicht nicht notwendig, dass die an einer öffentlichen Beurkundung beteiligten Personen im gleichen Kanton oder im gleichen Land sind. Die Wahrnehmung einer Urkundsperson ist genau gleich, unabhängig davon, ob die an der elektronischen öffentlichen Beurkundung beteiligten Personen virtuell vom Büro nebenan oder von einem anderen Kontinent aus in Echtzeit mittels Telefon- oder Videokonferenz teilnehmen. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass öffentliche Urkunden – mit Ausnahme jener über Grundstücke – bereits heute an einem beliebigen Ort in der Schweiz von einer zuständigen Urkundsperson nach ihrem Heimatrecht in Anwesenheit der Beteiligten errichtet werden können und von den Registerbehörden in der ganzen Schweiz zu akzeptieren sind. Schliesslich ist auch daran zu denken, dass sich das Berufsbild des Notars gerade in gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen gewandelt hat. Bereits heute ist es Praxis, dass Gründer und Aktionäre für eine öffentliche Beurkundung eher selten persönlich zu einer Urkundsperson gehen, um deren Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Stattdessen behelfen sich die Gründer und Aktionäre in kleinen Verhältnissen des Instituts der Stellvertretung. Deshalb kommt es oft vor, dass Urkundspersonen gestützt auf Vollmachten Gesellschaftsgründungen und Generalversammlungsbeschlüsse öffentlich beurkunden.[106] Damit ist es möglich, dass etwa ein Gründer mit Wohnsitz in Genf eine Gesellschaftsgründung bei einer Urkundsperson in St. Moritz öffentlich beurkunden lässt und diese Gesellschaft im Handelsregister des Kantons Schaffhausen eintragen lässt. Die Aufgabe der Stellvertretung der Gründer übt regelmässig eine Person aus, die bei der Urkundsperson in der Kanzlei arbeitet, wobei insbesondere die beurkundungsrechtlichen Unvereinbarkeits- und Ausstandsvorschriften zu beachten sind.[107] Je nachdem ist es ratsam, dass der Gründer ausdrücklich auf eine Anfechtung infolge Ausstandgründe für sich und seine Rechtsnachfolger verzichtet, soweit dies im konkreten Fall zulässig ist.

Denis Piotet weist zu Recht daraufhin, dass das Beurkundungsverfahren eng mit der Organisation des Notariats verwoben ist.[108] Da nun bezüglich der elektro-

---

103 Vgl. Bundesrat, Bundesrat trifft Richtungsentscheid zur E ID, Medienmitteilung vom 17. Dezember 2021, https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/mm.msg-id-86465.html (zuletzt besucht am 28.1.2022).

104 Vgl. Brückner (FN 4), N 2170 ff.

105 Vgl. Müller (FN 14), 1076 f.

106 Vgl. Müller (FN 7), 560 ff.

107 Vgl. Brückner (FN 4), N 1628 ff.; Müller (FN 14), 1077 ff.

108 Vgl. Denis Piotet, L'acte authentique cantonal et le registre foncier fédéral, ZBGR, 2003, 137.

nischen öffentlichen Beurkundung einheitliche Regeln im E-DNG vorgegeben werden, ist es umso weniger sinnvoll, immer noch kantonal unterschiedliche Regeln vorzusehen. Gerade angesichts der Tatsache, dass die elektronische öffentliche Beurkundung noch weniger ortsbezogen, sondern virtuell ist und Fernbeurkundungen ermöglichen könnte, ist es nicht nachvollziehbar, weshalb diesbezüglich immer noch unterschiedliche kantonale Beurkundungs- und Berufsregeln ihren Bestand haben sollen.

In einem künftigen Bundesgesetz bzw. einer allfälligen Vereinheitlichung der Beurkundungs- und Berufsregeln des Notariatsrechts sollten zudem die materiell-rechtlichen Folgen eines Verfahrensfehlers geregelt werden. Typische Fehler könnten darin bestehen, dass eine Urkundsperson nicht über die Beurkundungsbefugnis verfügt, sachlich oder örtlich nicht zuständig war, eine Selbstbeteiligung der Urkundsperson vorliegt, die Urkundsperson die beurkundeten Willenserklärungen oder Vorgänge nicht selber wahrgenommen hat, die Erklärenden nicht persönlich Kenntnis vom Inhalt der Urkunde genommen haben, ihre Genehmigung dazu nicht geäussert haben oder dass Unterschriften fehlen.[109] Ist in diesem Fall eine öffentliche Urkunde nicht entstanden und damit die qualifizierte Form nicht gewahrt? Gemäss dem Bericht der Groupe de réflexion zum einheitlichen Beurkundungsverfahren ist die Frage bezüglich der Entstehung oder der Nicht-Entstehung einer öffentlichen Urkunde nicht mit den damit einhergehenden materiellrechtlichen Wirkungen gleichzusetzen.[110] Gemäss BGE 106 II 146 bestimme das kantonale Recht über die materiell-rechtliche Wirkung einer nicht entstandenen öffentlichen Urkunde. Ein Nebeneinander von kantonalen Regelungen verschiedener Kantone, die eine absolute oder eine relative Ungültigkeit vorsehen, ist für die einheitliche Rechtsanwendung störend. Entsprechend muss – zumindest im Anwendungsbereich eines Bundesgesetzes betreffend das digitale Notariat bzw. im Anwendungsbereich bundesrechtlicher Beurkundungsregeln eine Lösung im Bundesgesetz vorgesehen werden. Hier wäre es möglich, auf Stufe des Bundesgesetzes die Typen der Beurkundungsfehler aufzuführen, zur Ungültigkeit einer öffentlichen Urkunde führen.[111]

4. Freizügigkeit von öffentlichen Urkunden und Urkundspersonen

Die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden sollte für sämtliche Grundstücksgeschäfte geregelt werden. Eng mit dieser Vereinheitlichung der Regeln verbunden ist auch die Frage der Freizügigkeit der Urkundspersonen. Eine ähnliche Empfehlung hat bereits die Wettbewerbskommission WEKO formuliert.[112] Dabei ist zu bedenken, dass eine elektronische öffentliche Beurkundung nicht mehr von der physischen Anwesenheit der Beteiligten abhängig und ortsgebunden ist, sondern die virtuelle bzw. elektronische Teilnahme am Verfahren voraussetzt. Damit ist auch nicht mehr vernünftig begründbar, wenn für öffentliche Urkunden bezüglich Grundstückgeschäfte und Urkundspersonen an kantonalen Grenzen festgehalten wird.

Eine politisch machbare Regulierungslösung könnte darin bestehen, dass analog der Regelungstechnik des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA, SR 935.61) vom 23. Juni 2000 in einem künftigen «Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Notare und der notariellen Urkunden» die Freizügigkeit der Notare und ihrer öffentlichen Urkunden gewährleistet werden könnte. Des Weiteren könnten in einem solchen Erlass die Grundsätze für die öffentliche Beurkundung – nicht nur jene der elektronischen öffentlichen Beurkundung – sowie der Ausübung des Berufs als freiberufliche Urkundsperson in der Schweiz geregelt werden. Obschon dieses Vorgehen auf Widerstand stossen dürfte, ist an das Beispiel des BGFA zu denken. Das BGFA hat sich – trotz der unterschiedlichen Anforderungen an den Erwerb eines kantonalen Fähigkeitsausweises, der damals kantonal verschiedenen Anwaltsberufsregeln sowie Prozessgesetze – bewährt.

5. Strategie im Falle der verzögerten Einführung des digitalen Notariats

Falls die bundesrechtlichen Regelungsversuche betreffend die digitalen Formen der öffentlichen Beurkundung zu lange auf sich warten lassen (oder sogar scheitern), wäre zu prüfen, ob kantonale Beurkundungsregeln geschaffen werden können, die eine elektronische öffentliche Beurkundung ermöglichen. Diesem Ansinnen steht meines Erachtens kein geschriebenes Bundesrecht entgegen.[113] Im Übrigen bestimmen die Kantone nach Art. 55 SchlT ZGB, «in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öf-

---

109 Vgl. Groupe de réflexion, Leitsätze (FN 92), 81.

110 Vgl. Groupe de réflexion, Leitsätze (FN 92), 83 f.

111 Vgl. Brückner (FN 15), 74.

112 Vgl. Wettbewerbskommission WEKO, Empfehlung Nr. 614–0002 vom 23. September 2013: Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden, S. 3 f. Zur Freizügigkeit der Notare siehe auch Matthias Oesch, Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, SZIER, 2011, 583 ff. Diese Ansicht de lege lata ablehnend: Denis Piotet, Quel marché intérieur pour les notaires et les actes authentiques? Réflexions à partir de la consultation 614–0002 de la commission fédérale de la concurrence, Not@lex 2013, 114 ff.; Denis Piotet, L'incroyable course d'obstacles de la Recommandation 614–0002 de la Commission fédérale de la Concurrence en matière de circulation des notaires et actes authentiques, ZBGR, 2014, 156 ff.; Roland Pfäffli/Fabrizio Andrea Liechti, Bemerkungen zu den rechtlichen Einschätzungen der eidgenössischen Wettbewerbskommission (WEKO) zur Freizügigkeit der Notare, in: Jusletter 16. Dezember 2013, insb. Rz. 33 ff.

113 Vgl. Mitric (FN 3), 702 ff.; Müller/Kaiser/Benz (FN 3), 222 f.

fentliche Beurkundung hergestellt wird.» Kantonale Gesetzgeber haben in der Vergangenheit jedoch keine Eile an den Tag gelegt, um beurkundungsrechtliche Neuerungen einzuführen. Beleg hierfür ist zögerliche Einführung der Ermächtigung der kantonalen Urkundspersonen nach Art. 55*a* SchlT ZGB, die bis heute erst von 15 Kantonen vollzogen wurde.[114]

6. Software

Ein Wildwuchs von zahlreichen Software-Systemen bei den Behörden des Bundes und der Kantone wäre der Verbreitung einer elektronischen öffentlichen Beurkundung hinderlich. Deshalb sind einheitliche bzw. standardisierte Schnittstellen vorzusehen. Für Urkundspersonen wäre es praktisch, wenn es standardisierte Systeme gäbe. Hierfür wäre es sinnvoll, eine E-Justiz-Plattform im Rahmen des Projekts «Justitia 4.0» um ein elektronisches öffentliches Beurkundungsverfahren zu ergänzen.

Der Einsatz von Software muss zudem datenschutz-, berufs- und strafrechtlich analysiert werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sowohl neue elektronische Verfahren als auch der Verzicht auf digitale Arbeitswerkzeuge und das Festhalten an alten Softwaresystemen und ihren Prozessen mit Risiken verbunden sind.[115]

V. Fazit

Das revidierte Aktienrecht vom 19. Juni 2020 führt die virtuelle Generalversammlung ins Obligationenrecht ein. Eine virtuelle Generalversammlung hat keinen Tagungsort. Mangels eines physischen Tagungsorts stellt sich die Frage, wie beurkundungspflichtige Beschlüsse beurkundet werden müssen. Das gleiche Problem stellt sich im Falle einer Umsetzung der Motion von Nationalrat Andri Silberschmidt (Nr. 21.3180). Bevor eine vollständig digitale Unternehmensgründung oder eine Generalversammlung mit beurkundungspflichtigen Beschlussgegenständen vollständig virtuell durchgeführt werden kann, muss das Beurkundungsrecht den Schritt in die vollständige Digitalisierung ebenfalls vollziehen. Ein sinnvoller Zwischenschritt zu diesem Ziel wurde inzwischen vom Bundesrat in Gestalt des Entwurfes zum Bundesgesetz über die Digitalisierung des Notariats (DNG) vorgelegt. Die Arbeiten an einem vereinheitlichten Beurkundungsverfahren dürfen jedoch nicht vernachlässigt werden. Ohne ein vereinheitlichtes Beurkundungsverfahren auf Stufe des Bundesrechts schafft das DNG eher neue Auslegungsprobleme und vereitelt womöglich dessen Zweck, anstatt die Rechtssicherheit des elektronischen Beurkundungsverfahrens zu gewährleisten.[116] Unsicherheiten bezüglich der Gültigkeit von öffentlichen Beurkundungen könnten deren Attraktivität in Praxis erheblich schmälern.

---

[114] Vgl. vorne Abschnitt III.D.

[115] Vgl. Daniel Hürlimann/Martin Steiger, Auf dem Weg zur digitalen Anwaltskanzlei trotz Berufsgeheimnis und Datenschutz, Anwaltsrevue 2021, 199 ff., 205.

[116] Vgl. dazu Abschnitt III.F.3 *in fine.*