

Lukas Müller */ Philippe J. A. Kaiser **/ Diego Benz ***

Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen

Praxiserfahrungen und Ausblick auf das neue Aktienrecht sowie beurkundungsrechtliche Aspekte

Inhaltsübersicht

- | | |
|-------------------------------------|--|
| I. Einleitung | III. «Digitale» und andere
Versammlungsbeschlüsse |
| II. Beurkundungsrechtliche Vorgaben | IV. Fazit |

Das neue Aktienrecht bringt eine Flexibilisierung für die Durchführung von Generalversammlungen und der Beschlussfassung mit sich. So wird z.B. die unmittelbare elektronische Ausübung der Mitwirkungsrechte der Aktionäre gesetzlich geregelt. Generalversammlungen können an mehreren Tagungsorten, ohne Tagungsort (virtuell), mit elektronischen Mitteln oder auch auf elektronischem oder schriftlichem Weg oder mittels Zirkularbeschluss ihren Willen bilden. Die beurkundungsrechtlichen Aspekte sind im neuen Aktienrecht nicht ausdrücklich geregelt. Entsprechend ist zu prüfen, inwiefern das Beurkundungsrecht des Bundes oder kantonales Beurkundungsrecht die neuen Formen der Beschlussfassung der Generalversammlung berücksichtigt. Allfällige Hindernisse des Beurkundungsrechts sind rechtzeitig zu beseitigen. Soweit dies nicht bereits der Fall ist, sollten die elektronische öffentliche Beurkundung, die Fernbeurkundung oder die öffentliche Beurkundung von Zirkularbeschlüssen ausdrücklich zugelassen respektive entsprechende Rechtsgrundlagen geschaffen werden.

* LUKAS MÜLLER, Prof. Dr. oec. HSG, Rechtsanwalt, lic. iur., LL.M., MA UZH, Assistenzprofessor für Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Gesellschaftsrecht, IFF-HSG, Universität St. Gallen und Gerichtsschreiber, Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, St. Gallen.

** PHILIPPE J.A. KAISER, lic.iur. HSG, Rechtsanwalt und Notar, Partner bei Kaiser Odermatt & Partner AG, Zug.

*** DIEGO BENZ, lic.iur., Rechtsanwalt und Notar, Partner bei Kaiser Odermatt & Partner AG, Zug.

Die Autoren danken herzlich MLaw Stefania Bizirianis, Juristische Mitarbeiterin bei Kaiser Odermatt & Partner AG für die Mitarbeit an diesem Artikel.

I. Einleitung

Der Frühling 2020 war geprägt von der COVID-19-Pandemie, umfassenden Einschränkungen der Grundrechte und Massnahmen wie dem Social Distancing.¹ Diese Pandemie ist die «erste voll digitalisierte Krise der Geschichte»², bei der die Erfassung und Verarbeitung von Informationen verstärkt auf elektronischen Kanälen erfolgte. Die behördlichen Massnahmen und die zahlreichen COVID-19-Verordnungen des Bundesrates hatten ebenfalls einen erheblichen Einfluss auf die Rechtspraxis. Dies konfrontierte zahlreiche Akteure und Organisationen mit der Notwendigkeit der Technologisierung der juristischen Abläufe. Gerade während der COVID-19-Pandemie mussten Anwälte, Rechtsdienstleister, Gerichts- und Verwaltungsbehörden aufgrund der äusseren Umstände die Digitalisierung vorantreiben oder sich mit der Digitalisierung der Rechtswirklichkeit befassen. Dies umfasste insbesondere die Durchführung von Einvernahmen, Verhandlungen und Versteigerungen – in Abweichung der Vorgaben der ZPO und des SchKG – mit modernen Kommunikationsmitteln.³ Zudem tritt der Umstand hinzu, dass Mitte März bis Mitte April 2020 einige Notariatsklienten und Notare vermehrt Hemmungen hatten, physische Meetings zu besuchen oder zu veranstalten, um sich nicht der Gefahr einer Ansteckung durch COVID-19 auszusetzen. Obschon sich einige Personen vermehrt über Vorsorgeaufträge, Patientenverfügungen und Regelungen ihres Nachlasses Gedanken machten und entsprechenden Beratungsbedarf hatten, scheuten sie persönliche Kontakte oder die Versammlung einer Personengruppe beim Notar, da sie selbst zur COVID-19-Risikogruppe gehörten.⁴ Hervorzuheben sind hierbei auch die technischen Entwicklungen im Zusammenhang mit der virtuellen Generalversammlung sowie des temporär durch den Bundesrat verordneten Veranstaltungs- und Versammlungsverbots, das die Durchführung von Generalversammlungen auf alternativen Wegen erforderlich machte.⁵ Immerhin zeigt eine erste Zwischenbilanz bei Publikumsgesellschaften, dass die Aktionäre im Frühling 2020 – trotz bundesrätlich verordnetem Ver-

¹ Vgl. hierzu insbesondere die Chronologie der Ereignisse, dargestellt in: ANDREA CARONI/STEFAN G. SCHMID, Notstand im Bundeshaus, AJP 2020, 711 ff.

² PETER KURER, Gute Nacht, Welt, NZZ, 5.6.2020, 29.

³ Vgl. PATRICK GUIDON, COVID-19, Entwicklung und Einschätzung der Massnahmen im Justizbereich, Anwaltsrevue 5/2020, 199 ff.; Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht; SR 272.81; befristet bis am 30.9.2020).

⁴ Insbesondere die öffentliche Beurkundung eines Ehe- und Erbvertrages, bei dem die Ehegatten Verwandte miteinbezogen, war problematisch, zumal zusätzlich zu den Urkundsparteien auch der Notar sowie zwei Zeugen am Beurkundungsverfahren hätten gleichzeitig erscheinen und teilnehmen müssen; vgl. Art. 512 i.V.m. Art. 499 ff. ZGB.

⁵ Vgl. ANDREAS BINDER/DAVID HOFSTETTER/JAINA BILAND/CLAUDIA BOLLMANN, Der Anwendungsbereich von Art. 6a COVID-19 Verordnung 2, Jusletter, 6.4.2020, N 1 ff.; Art. 6f Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung 2; SR 818.101.24) vom 13.3.2020 (Stand am 8.6.2020) per 22. Juni 2020 ersetzt die Verordnung 3 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung 3, SR 818.101.24) vom 19. Juni 2020 die COVID-19 Verordnung 2. Art. 6f COVID-19 Verordnung 2 wird damit in Art. 27 COVID-19 Verordnung 3 verschoben.

sammlungsverbot – ca. 71 % der Stimmen abgegeben haben; im Jahr zuvor waren es ca. 70 %, wobei hiervon im Jahr 2019 ca. 24,6 % der Aktienstimmen in der Generalversammlung persönlich abgegeben wurden.⁶ Die Pandemie führte zeitweise auch zu Problemen bei der Zustellung von Gerichtssendungen und Rechtschriften. Dabei zeigte es sich, dass Zustellungsprobleme elegant verhindert werden konnten, sofern die Verfahrensbeteiligten ihre Rechtschriften, Beweismittel bzw. Beilagen und Verfahrensakten in elektronischer Form nach den Vorgaben der entsprechenden Verfahrensordnung der Verfahrensleitung oder der Behörde übermittelten.⁷

Die öffentliche Beurkundung, die von Urkundspersonen bzw. Notaren vorgenommen wird, ist ein typisches «people's business», welches sich nicht so leicht mit Social Distancing und Versammlungsverboten verträgt. Die speziellen Umstände im Zusammenhang mit COVID-19 schafften deshalb gerade für Urkundspersonen bzw. Notare Herausforderungen, die es nötig machten, alternative Wege zu finden, um der öffentlichen Beurkundung bedürftige Geschäfte in die rechtsgültige Form zu bringen.

Der vorliegende Aufsatz betrachtet dabei hauptsächlich die öffentliche Beurkundung von Versammlungsbeschlüssen, wie dies bei der Generalversammlung oder der Sitzung eines Verwaltungsrats der Fall sein könnte. Dabei untersuchen wir ebenfalls punktuell die Aktienrechtsreform, die eine virtuelle Generalversammlung einführen wird. Diese Analyse basiert zum Teil auf den während der COVID-19-Pandemie gewonnenen Erfahrungen. Wir konzentrieren uns bei der vorliegenden Analyse auf die beurkundungsrechtlichen Aspekte, die bislang weder in den Gesetzesmaterialien noch in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung vertieft diskutiert wurden. Um die Besonderheiten im Zusammenhang mit der öffentlichen Beurkundung von Versammlungsbeschlüssen zu untersuchen, sind zunächst die allgemeinen Grundsätze des Beurkundungsrechts darzustellen. Diese sind auch für Versammlungsbeschlüsse zu beachten. Aus den Beurkundungsgrundsätzen entwickeln wir im Hinblick auf die Beurkundung der Beschlüsse der elektronischen und virtuellen Generalversammlungen Empfehlungen für die Praxis.

⁶ Vgl. MONICA HEGGLIN, Gut besuchte Geister-Generalversammlungen, Finanz und Wirtschaft, 20.06.2020, 12.

⁷ Vgl. z.B. Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht; SR 272.81; befristet bis am 30.9.2020); Art. 11b Abs. 2, Art. 21a, Art. 26 Abs. 1^{bis}, Art. 34 Abs. 1^{bis} des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) vom 20.12.1968; Bundesverwaltungsgericht, Medienmitteilung, Gerichtsbetrieb während der Coronakrise, 26.3.2020, https://www.bvger.ch/bvger/de/home/das-bundesverwaltungsgericht/corona_gerichtsbetrieb_und_fristen.html.

II. Beurkundungsrechtliche Vorgaben

A) Allgemeines

«Digitale» Generalversammlungen, sei es in der Form einer elektronischen oder virtuellen Generalversammlung – stellen die Urkundspersonen sowie Gerichte und Aufsichtsbehörden vor neue Herausforderungen.⁸ National- und Ständerat haben zwar im Rahmen der Aktienrechtsreform beschlossen, die virtuelle Generalversammlung ins OR aufzunehmen.⁹ Der Bundesgesetzgeber hat indes keine spezifischen Vorgaben zur öffentlichen Beurkundung aufgestellt. Weder in den kantonalen Rechten noch auf der Stufe des Bundes gibt es derzeit ausdrückliche Regelungen, wie eine elektronische oder eine virtuelle Generalversammlung respektive die Beschlüsse dieser Generalversammlungen öffentlich zu beurkunden sind. Entsprechend ist es angezeigt, die beurkundungsrechtlichen Grundlagen darzustellen, um zu zeigen, wie die öffentliche Beurkundung der «digitalen» Versammlungen organisiert werden kann.

B) Bundesrechtliche Mindest- und Maximalanforderungen

Der Begriff der öffentlichen Beurkundung gehört zum Bundesrecht.¹⁰ 1958 hat das Bundesgericht gestützt auf die bewährte Lehre damit begonnen, Mindestanforderungen zu entwickeln, die erfüllt sein müssen, damit ein Dokument eine öffentliche Urkunde im Sinne des Bundesrechts ist.¹¹ Das Bundesrecht bestimmt, welche Rechtsgeschäfte zu ihrer Gültigkeit der Form der öffentlichen Beurkun-

⁸ Zum Ganzen vgl. z.B. HANS CASPAR VON DER CRONE/SANDRO BERNET, Der Tagungsort der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht, in: Matthias P. A. Müller/Lucas Forrer/Floris Zuur (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, 259 ff.; KASPAR THEILER, Gedanken zur Zulässigkeit und Durchführbarkeit der virtuellen Generalversammlung de lege lata, AJP 2012, 69 ff.; PETER V. KUNZ, Evolution ins 21. Jahrhundert – oder: Zukunft der Generalversammlung von Aktiengesellschaften in der Schweiz, AJP 2011, 155 ff.; ROMAN SCHISTER/MARISA WALKER, Virtuelle Generalversammlung – Zulässigkeit, Chancen und Risiken einer Modernisierung, in: Sandra Brändli/Roman Schister/Aurelia Tamò (Hrsg.), Multinationale Unternehmen und Institutionen im Wandel – Herausforderungen für Wirtschaft, Recht und Gesellschaft. Bern 2013, 1 ff.; BRIGITTE TANNER, Generalversammlung ohne Tagungsort?, in: Gaudenz G. Zindel/Patrik R. Peyer/Bertrand Schott (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich/St. Gallen 2008, 165 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE, Die Internet-Generalversammlung, in: Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, 155 ff.; SASCHA DANIEL PATAK, Virtuelle Generalversammlung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Luzern, Zürich/St. Gallen 2005, insb. 60 ff.

⁹ Vgl. dazu insbesondere die neuen Art. 701c ff. OR.

¹⁰ Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 5 ff.; RUTH ARNET, «Form folgt Funktion» – Zur Bedeutung der öffentlichen Beurkundung im Immobiliarsachenrecht, ZBJV 2013, 393.

¹¹ Vgl. z.B. BGE 84 II 636 E. 1; BGE 90 II 274 E. 5, BGE 99 II 159 E. 2a; BGE 106 II 146 E. 1; CHRISTIAN BRÜCKNER, Vereinheitlichung des notariellen Beurkundungsverfahrens, in: Schweizerischer Notarenverband (SNV) (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 4. Schweizerischer Notariatskongress, 15. März 2018, 59; ALFRED KOLLER, Konsens- oder Formmangel?, AJP 2020, 165 ff.; MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, 2. Aufl., Bern 2014, N 37 ff.

dung bedürfen sowie die Wirkungen beim Fehlen der Beurkundung.¹² Gemäss SCHMID ist dies der materiellrechtliche Teil des Beurkundungsrechts und des Bundesprivatrechts.¹³ Das formelle Beurkundungsrecht umfasst sämtliche Rechtsnormen, welche die Durchführung des Beurkundungsverfahrens und die Organisation des Beurkundungs- bzw. Notariatswesens regulieren. Im Bundesrecht sind – abgesehen von den Vorschriften über die öffentlichen letztwilligen Verfügungen, die Erbverträge sowie der Vermögensübertragung nach Art. 70 Abs. 2 FusG und dem revidierten Art. 634 Abs. 3 OR – keine Verfahrensvorschriften über die öffentliche Beurkundung enthalten.¹⁴ Gemäss der revidierten (und Art. 70 Abs. 2 FusG nachempfundenen) Regelung des Art. 634 Abs. 3 OR genügt eine einzige öffentliche Urkunde «auch dann, wenn Grundstücke, die Gegenstand der Sacheinlage sind, in verschiedenen Kantonen liegen. Die Urkunde muss durch eine Urkundsperson am Sitz der Gesellschaft errichtet werden».¹⁵

Beurkunden bedeutet «das schriftliche Festhalten von Informationen zwecks Sicherung oder Gestaltung von Rechten und Rechtsverhältnissen».¹⁶ Die öffentliche Urkunde ist das Produkt der öffentlichen Beurkundung. Gemäss Bundesgericht ist darunter «die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betrauten Person in der vom Staate dafür geforderten Form und in dem dafür vorgesehen Verfahren»¹⁷ zu verstehen. Auch der Begriff der öffentlichen Urkunde gehört gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichtes dem Bundesrecht an, weshalb sich die Mindestanforderungen ebenfalls nach Bundesrecht zu beurteilen haben.¹⁸

Die wichtigsten bundesrechtlichen Vorgaben des Beurkundungsrechts, die das Bundesgericht entwickelt hat, werden gemäss BRÜCKNER von allen Kantonen respektiert. Dazu gehört beispielsweise die Regel, dass Verträge und letztwillige Verfügungen in ununterbrochener Anwesenheit der Parteien oder ihrer Stellvertreter und des Notars gelesen, genehmigt und unterschriftlich in Kraft gesetzt werden.¹⁹ Der Notar bzw. die Urkundsperson amtet als unparteiliche Interessen wahrende,²⁰ hoheitliche Person der nichtstreitigen freiwilligen Gerichtsbarkeit und kennzeichnet den amtlichen Charakter seiner Mitwirkung durch die Beifügung

¹² Vgl. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht. Band I, Zürich/Basel/Genf 2014, N 524 ff.; BSK ZGB II-JÜRIG SCHMID, SchIT ZGB 55 N 1. Siehe dazu auch nachstehend Abschnitt II.C.

¹³ Vgl. BSK ZGB II-JÜRIG SCHMID, SchIT ZGB 55 N 1.

¹⁴ Vgl. Art. 499 ff. ZGB; BSK ZGB II-JÜRIG SCHMID, SchIT ZGB 55 N 2; CR CC II-MICHEL MOOSER, Art. 55 Tit. fin. N 62; STEPHAN WOLF/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017, N 403 ff.

¹⁵ Art. 634 Abs. 3 OR. Siehe dazu Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017, 491 f.

¹⁶ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 10), N 74.

¹⁷ BGE 90 II 274 E. 5.

¹⁸ Vgl. BGE 90 II 274 E. 5; BGE 106 II 146 E. 1 und E. 2.

¹⁹ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 11), 64.

²⁰ Vgl. CR CC II-MICHEL MOOSER, Art. 55 Tit. fin. N 33; ARNET (Fn. 10), 395 f.

des Worts «Notar» oder «Urkundsperson» mitsamt eines Siegels oder Stempels.²¹ Zudem wird in allen Kantonen eine notarielle Urkunde mit einem Ingress und einer abschliessenden Beurkundungsklausel als solche gekennzeichnet.²² Des Weiteren bewahren Notare ihre öffentlichen Urkunden in einer Urschrift auf und übergeben diese bei Beendigung der Berufstätigkeit einem kantonalen Archiv.²³

Eine bundesrechtliche Minimalanforderung stellt auch die Voraussetzung der Einheit des Aktes (Ort, Zeit und Verfahren) dar. Dazu gehört gemäss PATAK die minimale Voraussetzung, dass der Notar und der Vorsitzende der Versammlung während des Beurkundungsaktes zwingend gleichzeitig und unmittelbar teilnehmen müssen.²⁴ Diese Anforderung ist jedoch unseres Erachtens im Lichte der neu eingeführten Möglichkeiten der virtuellen Versammlungen und der mit dem revidierten Art. 701 Abs. 3 OR neu geschaffenen Möglichkeit der Zirkularbeschlüsse einer Generalversammlung zu relativieren.²⁵

Das Bundesrecht sieht neben den vorerwähnten Mindestanforderungen auch Maximalanforderungen vor, die von den Kantonen nicht überschritten werden dürfen. Die Kantone dürfen demnach die Zugänglichkeit der öffentlichen Beurkundung nicht ungebührlich erschweren oder gar vereiteln. Sie müssen eine angemessene, den Beurkundungsbedürfnissen entsprechende Beurkundungsorganisation bereitstellen.²⁶ Die bundesrechtlichen Anforderungen des Beurkundungsrechts in Verbindung mit den kantonalen Regelungen berücksichtigen noch ausdrücklich nicht die technologischen Entwicklungen im Zusammenhang mit den modernen Kommunikationsmitteln, insbesondere mit Videokonferenzen, wie sie heutzutage auf jedem Computer oder Smartphone nutzbar sind. Uns erscheint der Umstand zentral, dass nicht jedes Beurkundungsgeschäft die gleiche Komplexität aufweist und eine Differenzierung je nach Geschäft angebracht ist. Dabei sollte eine Regelung technologieneutral verstanden werden und die modernen Kommunikationsmittel in sinnvollem Rahmen berücksichtigen. Da der Bundesgesetzgeber ausdrücklich eine virtuelle Generalversammlung ohne Tagungsort²⁷ einführt, darf die Durchführung ebensolcher Versammlung nicht durch die ungebührliche Erschwerung des kantonalen Beurkundungsrechts vereitelt werden. Entsprechend ist mit der Regelung der virtuellen Generalversammlung im revidierten Aktienrecht auch die bundesrechtliche Maximalanforderung des Beurkundungsrechts zu beachten. Die Kantone haben mit ihrem Beurkundungsrecht für die öffentliche Beurkundung von virtuellen Versammlungsbeschlüssen rechts-

²¹ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 11), 64; § 19 Abs. 3 BeurkG/ZG. Eine Ausnahme bildet der Kanton St. Gallen. Rechtsanwälte, die als öffentliche Notare amten, müssen nicht zwingend einen Stempel verwenden, um eine öffentliche Urkunde gültig zu errichten; vgl. Art. 5 Abs. 1 Verordnung über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung des Kantons St. Gallen vom 2.11.2005 (sGS 151.51); WERNER RITTER/LEO GEHRER, *Beurkundungsrecht für Praktiker*, Basel 2007, 172 f.

²² Vgl. BRÜCKNER (Fn. 11), 64; §§ 16 ff. BeurkG/ZG.

²³ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 11), 64.

²⁴ Vgl. PETER RUF, *Notariatsrecht*, Langenthal 1995, N 1476 ff.; PATAK (Fn. 8), 149.

²⁵ Vgl. nachstehend die Abschnitte II.F und II.G.3 und insb. die Abschnitte III.C und III.G.

²⁶ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 10), N 19.

²⁷ Vgl. den neuen Art. 701d OR.

sichere Rechtsgrundlagen zu schaffen oder zumindest eine Praxismitteilung, ein Rundschreiben oder dergleichen zu erlassen. Andernfalls werden durch eine überspitzte Auslegung der althergebrachten Beurkundungserlasse die Möglichkeiten der virtuellen Generalversammlung nicht nutzbar. Dies würde die Gesellschaften dazu zwingen, die öffentlichen Beurkundungen in Kantonen durchführen zu lassen, die ein liberales Regime der Sachbeurkundung zulassen oder insbesondere ausdrücklich eine Fernbeurkundung von Versammlungsbeschlüssen kennen oder tolerieren. Im Extremfall müsste die öffentliche Beurkundung einer virtuellen Versammlung im Ausland in einer Jurisdiktion stattfinden, die eine Fernbeurkundung kennt. Die Anerkennung ausländischer öffentlicher Urkunden ist gemäss Art. 25 HRegV zulässig. Hierfür wird vorausgesetzt, dass das ausländische Beurkundungsverfahren dem schweizerischen Beurkundungsverfahren gleichwertig ist. Ein ausländisches Verfahren zur öffentlichen Fernbeurkundung von Versammlungsbeschlüssen sollte mit dem schweizerischen Recht kompatibel sein. Diese Schlussfolgerung lässt sich zumindest implizit aus der Botschaft des Bundesrats zum Aktienrecht ziehen.²⁸

C) Zweck der öffentlichen Beurkundung

Das Bundesrecht sieht für bestimmte Sachverhalte und Rechtsgeschäfte die öffentliche Beurkundung als qualifizierte Form vor.²⁹ Im Aktienrecht gehören insbesondere die Gründung der Aktiengesellschaft, die Beschlüsse der Generalversammlung oder des Verwaltungsrates zu Statutenänderungen (Art. 647 OR), Beschlüsse im Zusammenhang mit der Erhöhung des Kapitals oder der Herabsetzung hiervon (Art. 650 ff.), gewisse Umstrukturierungen nach Fusionsgesetz oder die Beendigung der Gesellschaft zu den qualifiziert formbedürftigen Geschäften.³⁰ Sofern Beschlüsse zu fassen sind, die der öffentlichen Beurkundung bedürfen, muss ein Notar mitwirken und die Versammlungsbeschlüsse mit seiner Belehrung, Beratung und der widerspruchsfreien Redaktion der öffentlichen Urkunden in die richtige (in das Handelsregister eintragungsfähige) Form bringen.³¹

Bei der Erstellung notarieller Protokolle untersteht die Urkundsperson bzw. der Notar der notariellen Wahrheitspflicht.³² Stellt sich im Nachhinein heraus,

²⁸ Zur öffentlichen Beurkundung einer schweizerischen Generalversammlung im Ausland vgl. Art. 25 HRegV; dazu Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017, 557; vgl. auch nachstehend Abschnitt II.G.3.

²⁹ Vgl. Art. 11 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, (Fn. 12), N 524 ff.; MOOSER (Fn. 11), N 422 ff.; ARNET (Fn. 10), 392 f.

³⁰ Vgl. LUKAS MÜLLER/LARA PAFUMI, Die digitale öffentliche Urkunde im Kontext der AG, REPRAX 1/2020, 48 ff.

³¹ Vgl. § 10b des Gesetzes des Kantons Zug vom 3.6.1946 über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung in Zivilsachen (Beurkundungsgesetz; BeurkG/ZG; BGS 223.1). Entscheid der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2019 4, 1.10.2019, E. 2, E. 5.1; ROLF SETHE/MELTEM CETINKAYA, Sinn und Unsinn von Formerleichterungen im geplanten Aktienrecht, REPRAX 4/2018, 165 f.

³² Vgl. Entscheid der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, 18.2.2019, AK 2018 11, E. 2; Entscheid der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2019 4, 1.10.2019, E. 4.1.

dass eine öffentliche Urkunde wahrheitswidrige Angaben zu Ort oder Datum enthält (insb. die Vor- oder Rückdatierung der Versammlungsbeschlüsse), hat dies die Nichtigkeit der Urkunde zur Folge.³³ Der Unterzeichnungsvorgang, die Urteils- und Handlungsfähigkeit einer Partei oder Vertretungsverhältnisse müssen ebenfalls wahrheitsgemäss wiedergeben werden.³⁴ Der Notar hat für die beurkundeten Erklärungen in der Regel eine umfassende Wahrheitsgewähr und muss umfassend den von ihr bezeugten Willen einer Partei oder die von ihr vorbehaltlos bezeugten Tatsachen mit Gewissheit bezeugen.³⁵ Eine reduzierte bzw. bloss teilweise Wahrheitsgewähr besteht gemäss BRÜCKNER für die Urkundsperson bezüglich des Inhalts beurkundeter individueller Willenserklärungen und des Inhalts protokollierter Erklärungen Dritter zum Veranstaltungsverlauf, welche von der Urkundsperson aufgrund unmittelbarer Wahrnehmung auf ihre Glaubhaftigkeit hin kontrolliert werden können, soweit nicht objektive Anhaltspunkte bestehen.³⁶ Selbst wenn eine Urkundsperson nur eine teilweise Wahrheitsgewähr hat, muss sie die Beurkundung ebenfalls mit aller Sorgfalt wahrnehmen und die Urkundsparteien haben für die Wahrhaftigkeit ihrer Aussagen volle Gewissheit zu gewährleisten.³⁷ Diese Unterscheidung drängt sich auf, da eine Urkundsperson den inneren Willen der Parteien gar nie nach aussen hin vollständig und wahrheitsgemäss überprüfen kann.³⁸ Deshalb muss diesbezüglich für die Urkundsperson lediglich das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügen, womit keine objektiven Gründe der zu bescheinigenden Tatsache entgegenstehen dürfen.³⁹ Wer beispielsweise an einer Universalversammlung die Erklärungen des Vorsitzenden protokolliert, es seien sämtliche Aktien vertreten, und gestützt auf dieses Protokoll eine Handelsregisteranmeldung bezweckt werden soll, kann sich nach Art. 251 StGB strafbar machen, sofern nebst dem Vorsatz auch die Schädigungs- oder Vorteilsabsicht gegeben sind.⁴⁰ Wenn in der vorerwähnten Konstellation zwar sämtliche Aktien vertreten sind, aber unklar ist, wer an diesen Aktien berechtigt ist, kann sich der Protokollführer eventualvorsätzlich einer Falschbeurkundung strafbar machen.⁴¹

³³ Daran würde auch die Eintragung einer nichtigen öffentlichen Urkunde im Handelsregister nichts ändern, da im Fall der Nichtigkeit keine «Heilung» mit der Handelsregistereintragung möglich ist; vgl. Entscheid der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, 18.2.2019, AK 2018 11, E. 2.2.

³⁴ Vgl. BGE 113 IV 77 E. 3 und E. 5a; BSK StGB/JSStG-MARKUS BOOG, Art. 317 StGB N 14; CR CC II-MICHEL MOOSER, Art. 55 Tit. fin. N 30.

³⁵ Vgl. RITTER/GEHRER (Fn. 21), 155 ff.; BRÜCKNER (Fn. 10), N 127, N 1671 ff.; MOOSER (Fn. 11), N 427 ff.

³⁶ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 10), N 129; HANS MARTI, Notariatsprozess, Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz, Bern 1989, 60 f.; RUF (Fn. 24), N 834; THIERRY SCHNYDER ET AL., Der Notar im Kanton Wallis, Bern 2018, 10 ff. und 15 f.

³⁷ Vgl. RUF (Fn. 24), N 835; BRÜCKNER (Fn. 10), N 130 f.

³⁸ Vgl. MARTI (Fn. 36), 90 und 95 f.; BRÜCKNER (Fn. 10), N 132.

³⁹ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 10), N 129.

⁴⁰ Vgl. BGE 120 IV 199 E. 3d.

⁴¹ Vgl. BGE 120 IV 199 E. 3e.

D) Zuständigkeit der Urkundsperson

Wer als Urkundsperson öffentliche Beurkunden durchführen kann, bestimmt das kantonale Recht gestützt auf Art. 55 SchlT ZGB. Im Kanton Zug sind die zur öffentlichen Beurkundung ermächtigten Rechtsanwälte (d.h. insbesondere Inhaber des Anwaltpatents des Kantons Zug), solange sie im Anwaltsregister eingetragen sind, für sämtliche beurkundungsrechtlichen Geschäfte zuständig, die nicht in die ausschliessliche Zuständigkeit der Gemeindeschreiber bzw. Grundbuchverwaltung fallen.⁴²

Gemäss Art. 55 SchlT ZGB bestimmen die Kantone, «in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird». Eine Urkundsperson kann und darf somit Versammlungen nur beurkunden, die im entsprechenden Kanton abgehalten werden, in dem sie als Urkundsperson amten kann. Das ergibt sich aus der Territorialität respektive der örtlichen Begrenzung der Beurkundungsbefugnis. Die an einem beliebigen Ort durch die zuständige Urkundsperson gültig errichtete Urkunde muss – mit Ausnahme der öffentlichen Urkunden betreffend gewisse Grundstücksgeschäfte⁴³ – in der ganzen Schweiz anerkannt werden.⁴⁴ Das Obergericht des Kantons Obwalden hat entschieden, dass ein Notar nur auf dem Gebiet jenes Kantons Beurkundungen vornehmen darf, welcher ihm die Befugnis verliehen hat, öffentlich zu beurkunden. Eine Überschreitung der örtlichen Zuständigkeit bei der öffentlichen Beurkundung kann als Amtsanmassung qualifiziert werden und ist disziplinarisch relevant.⁴⁵ Immerhin kann die Urkundsperson im Rahmen ihrer örtlichen und sachlichen Zuständigkeit öffentliche Beurkundungen durchführen, wobei der Grundsatz der Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden gilt.⁴⁶ In einem solchen Fall gebietet es die Sorgfaltspflicht des Notars einerseits, die Person an die örtlich und sachlich zuständige Person im entsprechenden Kanton zu verweisen, andererseits, die Partei zur Durchführung des zu beurkundenden Geschäfts in den Kantonen kommen zu lassen, der dem Notar die Ermächtigung zur öffentlichen Beurkundung verliehen hat. Das ist auch dann zulässig, wenn sich der Sitz einer Gesellschaft in einem anderen Kanton befindet.⁴⁷ Versammlungen brauchen nicht zwingend in der Kanzlei der Ur-

⁴² Vgl. § 7 BeurkG/ZG. In anderen Kantonen sind Anwälte ebenfalls gleichzeitig als Inhaber des jeweiligen kantonalen Anwaltpatents zur öffentlichen Beurkundung ermächtigt. Siehe z.B. die Regelungen in den Kantonen St. Gallen und Schwyz, vgl. Art. 15 Abs. 2 Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kantons St. Gallen (EG-ZGB/SG) vom 3.7.1911 (sGS 911.1) und Art. 8 Abs. 1 lit. c und Art. 18^{bis} ff. Anwaltsgesetz des Kantons St. Gallen (AnwG/SG) vom 11.11.1993 (sGS 963.70); § 10 lit. b Einführungsgesetz zum schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kantons Schwyz (EG ZGB/SZ; SRSZ 210.100) vom 14.9.1978; RITTER/GEHRER (Fn. 21), 124.

⁴³ Vgl. z.B. BGE 113 II 501; BGE 47 II 383 ff.

⁴⁴ Vgl. BGE 113 II 501 E. 3b; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, (Fn. 12), N 528.

⁴⁵ Vgl. Entscheid des Obergerichts des Kantons Obwalden, 14.1.1988, AbR 1988/89 Nr. 4, S. 36, E. 1; CR CC II-MICHEL MOOSER, Art. 55 Tit. fin. N 56 ff.

⁴⁶ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, (Fn. 12), N 528; CR CC II-MICHEL MOOSER, Art. 55 Tit. fin. N 61 ff.

⁴⁷ Vgl. Entscheid des Obergerichts des Kantons Obwalden, 14.1.1988, AbR 1988/89 Nr. 4, S. 36, E. 1b.

kundsperson stattzufinden, zumal dies bei Gesellschaften mit vielen Aktionären gar nicht möglich ist. Stattdessen ist ein genügend grosser kanzleiexterner Versammlungsort zu wählen.⁴⁸ Bei Publikumsgesellschaften ist es üblich, dass ein grosser Kongress-, Konzertsaal oder ein Sportstadion als Versammlungsort dient.

Bei einer virtuellen Versammlung fehlt der Tagungsort von Gesetzes wegen.⁴⁹ Hier muss sich die notarielle Zuständigkeit der Urkundsperson aus dem (realen, physischen) Ort ergeben, an dem die Urkundsperson mit technischen Mitteln an der virtuellen Generalversammlung teilnimmt.⁵⁰ Bei virtuellen Versammlungsbeschlüssen hat die Urkundsperson somit das Geschehen der virtuellen Versammlung im Kanton mitzuverfolgen, welcher ihr die Urkundsbefugnis erteilt hat. Die öffentliche Beurkundung der nach künftigem Recht zulässigen Zirkularbeschlüsse einer Generalversammlung⁵¹ kann theoretisch jede Urkundsperson beigezogen werden, solange sie sachlich und örtlich zuständig ist. Entscheidend ist hierbei, dass sich die Urkundsperson während der öffentlichen Beurkundung in jenem Kanton aufhält, der ihr die Ermächtigung zur öffentlichen Beurkundung verliehen hat.

Wenn eine Urkundsperson in eigener Sache handeln müsste oder wenn ihr aus irgendwelchen Gründen die notwendige Distanz zum Beurkundungsgegenstand fehlt, muss sie in den Ausstand treten.⁵² Dabei ist bereits die abstrakte bzw. blossige Möglichkeit eines Interessenkonflikts oder Befangenheitsgrunds der Urkundsperson ausstands begründend; ein konkreter Interessenkonflikt ist nicht nötig.⁵³ Eine öffentliche Beurkundung kann keine rechtsgültige Wirkung entfalten, wenn ein Notar Beschlüsse einer Gesellschaft öffentlich beurkundet, bei der er ein Mitglied des Verwaltungsrats ist oder anderweitig eine zu geringe Distanz zum Beurkundungsgegenstand hat.⁵⁴ Sofern die Urkundsperson Aktien oder andere Beteiligungspapiere oder ein anderweitiges privates Interesse an dieser Gesellschaft hat, ist es ihr in jedem Fall untersagt, bei ihrer Beschlussfassung der Aktiengesell-

⁴⁸ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 11), 72.

⁴⁹ Vgl. den neuen Art. 701d Abs. 1 OR.

⁵⁰ Vgl. VON DER CRONE/BERNET (Fn. 8), 269.

⁵¹ Vgl. nachstehend Abschnitt II.G.3 und Abschnitt III.C; MÜLLER/PAFUMI (Fn. 30), 76 ff.

⁵² Vgl. BGer, 2C_814/2014, 22.1.2015 E. 4.1.1 bis E. 4.1.6; BGer, 2C_518/2009, 9.2.2010, E. 4.2; Entscheid des Obergerichts des Kantons Obwalden, 8.11.2002, AbR 2000/2001, Nr. 2, S. 43, E. 4.a)aa) und E. 5a); § 8a BeurkG/ZG; Art. 12 lit. c BGFA; RITTER/GEHRER (Fn. 21), 126 ff.; BRÜCKNER (Fn. 10), N 2738; CR CC II-MICHEL MOOSER, Art. 55 Tit. fin. N 18, N 29 ff., N 33.

⁵³ Vgl. BGer, 2C_183/2018, 6.9.2018, E. 5.3.2; Entscheid des Obergerichts des Kantons Obwalden, 8.11.2002, AbR 2000/2001, Nr. 2, S. 43, E. 4.a)aa) und E. 5a); § 8a BeurkG/ZG i.V.m. Art. 12 lit. c BGFA; RITTER/GEHRER (Fn. 21), 126 ff.; BRÜCKNER (Fn. 10), N 2738; CR CC II-MICHEL MOOSER, Art. 55 Tit. fin. N 18, N 29 ff., N 33; LUKAS MÜLLER, Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen 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. mit zahlreichen Hinweisen zur Rechtsprechung.

⁵⁴ Vgl. Justizdepartement Tessin, 1.7.1948, Rep. 81 S. 346, SJZ 1949, 326; BK-ZGB, MAX KUMMER, Art. 9 N 32.

schaft als Notar zu amten.⁵⁵ Die Urkundsperson darf das Protokoll der Generalversammlung auch für den nicht notariellen Teil verfassen oder Dolmetscherdienste und dergleichen übernehmen. Ein Notar ist jedoch nicht befugt, die Versammlung als Vorsitzender zu leiten, da ansonsten dem von ihm selbst errichteten notariellen Protokoll der öffentliche Glaube abgeht und keine öffentliche Urkunde entsteht.⁵⁶ Die Verantwortung für die Veranstaltungsleitung muss beim Vorsitzenden der Generalversammlung liegen, i.d.R. beim Präsidenten des Verwaltungsrats.⁵⁷

E) Öffentliche Urkunden als Belege für die Eintragung ins Handelsregister

Die durch den Notar öffentlich beurkundeten Beschlüsse sind als Belege für die Eintragung im Handelsregister bestimmt. Öffentliche Beurkundungen haben in erster Linie den Zweck der dokumentarischen Feststellung in einer mit erhöhten Beweiswirkung ausgestalteten öffentlichen Urkunde für den Rechtsverkehr.⁵⁸ Eine öffentliche Beurkundung kann ihre Funktion nur dann erfüllen, wenn das Beurkundungsverfahren richtig und vollständig vom zuständigen, unparteilich Interessen wahren und hoheitlich amtenden Notar sorgfältig durchgeführt wird, sowie die in der öffentlichen Urkunde bescheinigten Feststellungen den Tatsachen entsprechen.⁵⁹ Eine solche Urkunde hat nur dann den Beweiswert im Sinne des Art. 9 ZGB und Art. 179 ZPO, wenn der Notar die von ihm aufgezeichneten Tatsachen effektiv geprüft hat und die Tatsachen unbestritten feststehen.⁶⁰ Falls der Sachverhalt unklar ist oder die Tatsachen nicht ermittelbar sind, muss die öffentliche Beurkundung abgelehnt werden. Ein umstrittener Sachverhalt kann vom Notar nicht beurteilt oder öffentlich beurkundet werden. Stattdessen kommen beim umstrittenen Sachverhalt die Regelung der Beweislastverteilung und die Folgen der Beweislosigkeit im kontradiktorischen Verfahren zur Anwendung, wenn ein unklarer Sachverhalt autoritativ beurteilt werden muss. Entsprechend ist dieses Verfahren gemäss Art. 1 lit. a ZPO durch kantonale Gerichtsinstanzen nach den Regeln der Zivilprozessordnung zu entscheiden; der Notar kann somit im Streit nicht amten.⁶¹ Die verstärkte Beweiskraft nach Art. 9 ZGB bzw.

⁵⁵ Vgl. Entscheid des Obergerichts des Kantons Obwalden vom 28.1.1997, AbR 1996/97 Nr. 1, S. 33, E. 1 bis E. 3; Aufsichtsbehörde über die Urkundspersonen (Kanton Luzern), 12.2.1974, ZBGR 1976, 92; vgl. aber §§ 8a f. BeurkG/ZG, die dem Sinn des Art. 9 ZGB und Art. 179 ZPO zuwiderläuft, falls nachträglich Streit entsteht. § 9 Abs. 3 BeurkG/ZG erlaubt gemäss (bundesrechtswidriger) Zuger Praxis einer Gemeinde ihre eigenen Geschäfte durch ihren Notar beurkunden zu lassen; für Anwälte gilt dieser Ausstandsdispens indes nicht, da insbesondere Art. 12 lit. c BGFA und bundesrechtliche Ausstandsvorschriften diesem Dispens entgegenstehen.

⁵⁶ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 10), N 2738 ff.

⁵⁷ Vgl. BSK OR II-DIETER DUBS/ROLAND TRUFFER, Art. 702 OR N 24 ff.; Art. 699 ff. OR.

⁵⁸ Vgl. Art. 9 ZGB und Art. 179 ZPO; JÜRIG SCHMID, Die Fernbeurkundung, in: Schweizerischer Notarenverband (SNV) (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 4. Schweizerischer Notariatskongress, 15. März 2018, 232 f.

⁵⁹ Vgl. §§ 9a und 10 BeurkG/ZG; SCHMID (Fn. 58), 232 f.

⁶⁰ Vgl. BGer, 6B_453/2017, 16.3.2018, E. 6.2.3; SETHE/CETINKAYA (Fn. 31), 159.

⁶¹ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 10), N 1620, N 2718 f.; Botschaft des Bundesrats zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28.6.2006, BBl 2006, 7257.

Art. 179 ZPO kann bezüglich des Urkundeninhalts ohnehin nur das umfassen, «was die Urkundsperson nach Massgabe der Sachlage kraft eigener Prüfung als richtig bescheinigen kann. Irgendwelche rechtsgeschäftlichen Erklärungen erhalten keine verstärkte Beweiskraft für ihre inhaltliche Richtigkeit, nur weil sie öffentlich beurkundet worden sind.»⁶² Die Urkundsperson muss den Sachverhalt sorgfältig und ohne Verzug abklären und beurkundet das Ergebnis ihrer Ermittlungen vollständig und klar.⁶³ Was die Urkundsperson nicht oder nicht mit der notwendigen Sorgfalt mit ihren Sinnen überprüft hat⁶⁴ oder nicht überprüfen konnte, kann nicht die verstärkte Beweiskraft erlangen. Andernfalls wäre es möglich, die Regeln über die Beweisführung und die Beweislastverteilung durch die Art der Abfassung öffentlich beurkundeter Erklärungen zulasten einer Partei, die auf die öffentliche Beurkundung keinen Einfluss nehmen konnte, beliebig zu verändern.⁶⁵ Die erhöhte Beweiskraft gilt nur für Erklärungen und Feststellungen der Urkundsperson, die sich auf den Vertragswillen der Parteien beziehen.⁶⁶ Im Falle der öffentlichen Beurkundung von Generalversammlungen kann sich die erhöhte Beweiskraft auf die von der Urkundsperson öffentlich beurkundeten Feststellungen des Vorsitzenden des Ablaufs der Generalversammlung inklusive der Beschlüsse beziehen. Dies trifft jedoch nur unter der Voraussetzung zu, dass die betreffende Tatsache von der Urkundsperson zu prüfen und sie in der Lage gewesen ist, Feststellungen dieser Art aufgrund eigener Wahrnehmung zuverlässig zu treffen.⁶⁷ Die öffentliche Urkunde kann indes nur für jene Tatsachen eine verstärkte Beweiskraft nach Art. 9 ZGB und Art. 179 ZPO entfalten, die der Natur nach durch die öffentliche Urkunde bezweckt ist; beliebige sachfremde, aber in der öffentlichen Urkunde erwähnte Feststellungen haben keine verstärkte Beweiskraft.⁶⁸ Das heisst, die verstärkte Beweiskraft erfasst somit nur die objektiven und die vertrags- oder geschäftstypischen subjektiven Punkte sowie Nebenabreden, die für die Feststellung des Geschäftswillens der Parteien wesentlich sind.⁶⁹ Die Handelsregisterverordnung enthält einen Katalog der beurkundungspflichtigen Punkte und Feststellungen für gesellschaftsrechtliche Geschäfte, die in einer öffentlichen Urkunde zu prüfen und zu bescheinigen sind.⁷⁰

Eine Urkundsperson darf nur Tatsachen sowie Rechtsverhältnisse beurkunden, an deren Belegung in einer Urkunde ein schutzwürdiges Interesse besteht und deren rechtliche Bedeutung von der Urkundsperson überblickt wird. Unzu-

⁶² BGer, 5A_507/2010, 15.12.2010, E. 4.2.

⁶³ Vgl. Art. 8 Abs. 3 Verordnung über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung des Kantons St. Gallen vom 02.11.2005 (sGS 151.51).

⁶⁴ Vgl. § 10b BeurkG/ZG; siehe z.B. auch Art. 13 Abs. 1 und Abs. 2 BeurkG/OW.

⁶⁵ Vgl. BGer, 5A_507/2010, 15.12.2010, E. 4.2.

⁶⁶ Vgl. BGer, 5A_507/2010, 15.12.2010, E. 4.2; BGE 113 Ib 289 E. 4c.

⁶⁷ Vgl. BGE 110 II 1 E. 3; Handelsgericht des Kantons Zürich, HG170189, 24.9.2019, E. 3.4.2, MOOSER (Fn. 11), N 445.

⁶⁸ Vgl. BGer, 2C_219/2015, 20.11.2015, E. 6.3; BGE 130 III 478 E. 3.3; BGE 110 II 1 E. 3.

⁶⁹ Vgl. BSK ZGB II-FLAVIO LARDELLI/MEINRAD VETTER, Art. 9 ZGB N 28; BGE 113 II 402, 404; BGer, 4A_24/2008, 12.6.2008, E. 3.1; KOLLER (Fn. 11), 166.

⁷⁰ Vgl. z.B. CR CO II-CARLO LOMBARDINI/CAROLINE CLEMETSON, art. 629 N 27 ff.; CR CO II-MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN/LUCA URBENN, art. 652g N 13 ff.; vgl. z.B. Art. 43 ff. HRegV.

lässig ist es, durch eine öffentliche Urkunde ein Gerichtsverfahren zu präjudizieren, indem eine öffentliche Urkunde erstellt wird, obwohl die Tatsachen gar nicht objektiv oder unumstritten feststehen.⁷¹ Falls ein Streit über den beurkundeten Sachverhalt entsteht, muss die Urkundsperson sämtlichen Beteiligten und dem Staat als unparteiisch Interessen wahrende Person im kontradiktorischen Verfahren zur Verfügung stehen.⁷² Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Rechtsanwalt, der als freiberuflicher Notar amtiert, bei der Entbindung vom Berufsgeheimnis als Notar zur Aussage verpflichtet werden kann.⁷³ Wenn er die Aussage verweigert und sich beispielsweise auf das Anwaltsgeheimnis beruft, riskiert er, dass das Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach Art. 157 ZPO bestrittene Tatsachen als nicht gegeben betrachtet, obschon eine solche in einer Urkunde vom Notar als wahr bescheinigt wurde.⁷⁴ Die Aussageverweigerung des Notars kann im Extremfall zur Vereitelung des Beweisziels führen, den die öffentliche Urkunde nach Konzeption unseres Rechtssystems beinhaltet. Die öffentliche Urkunde kann somit die verstärkte Beweiskraft im Sinne der Art. 9 ZGB und Art. 179 ZPO verlieren und sich als nichtig herausstellen, wenn die Verfahrensregeln für die Erstellung der öffentlichen Urkunde nicht mängelfrei sind.⁷⁵ Dabei spielt es keine Rolle, wenn ein Notar eine abweisende Verfügung vom Handelsregisteramt eröffnet erhielt,⁷⁶ insbesondere in Streitigkeiten mit dem Handelsregister darf er nicht als Anwalt beraten oder sogar die notarielle Klientschaft in einem Streit vertreten, wenn er zuvor als Notar tätig war.⁷⁷ Die Behörden oder Gerichte sind

⁷¹ Vgl. RITTER/GEHRER (Fn. 21), 156; Verordnung über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung des Kantons St. Gallen vom 02.11.2005 (sGS 151.51).

⁷² Vgl. BGer, 2C_518/2009, 9.2.2010, E. 4.2; Entscheid des Obergerichts vom 8.11.2002, AbR 2000/01 Nr. 2, S. 43 E. 5a.

⁷³ Vgl. Art. 166 ZPO und Art. 170 f. StPO; § 33 Abs. 1^{bis} lit. e BeurkG/ZG i.V.m. § 14 Abs. 1 lit. h EG BGFA/ZG; siehe z.B. die ausdrückliche Regelung in Art. 14 Abs. 3 des Gesetzes über die öffentliche Beurkundung des Kantons Obwalden (Beurkundungsgesetz; BeurkG/OW; GDB 210.3).

⁷⁴ Vgl. BGer, 5P.165/2004, 20.7.2004, E. 2; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden, U 07 98, 25.1.2008, PVG 2008, Nr. 5, S. 33, E. 3b. Entsprechend ist von Anfang an klar, dass eine gleichzeitige Tätigkeit als Anwalt und Notar im selben Sachverhalt, selbst wenn es nur einzelne Sachverhaltselemente betrifft, ausnahmslos unzulässig ist; vgl. BGer, 2C_407/2008, 23.10.2008, E. 3.3; BGer, 2C_518/2009, 9.2.2010, E. 4.1, E. 4.2a; Entscheid des Obergerichts des Kantons Obwalden, 8.11.2002, AbR 2000/2001, Nr. 2, S. 43, E. 4a)aa); WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, 2. Aufl., Bern 2017, N 411; BRÜCKNER (Fn. 10), N 902, N 1097 ff., N 1651 f., N 1827 und N 3110.

⁷⁵ Vgl. BK-ZGB, STEPHAN WOLF, Art. 9 ZGB N 36 f.

⁷⁶ Das Handelsregisteramt ist verpflichtet, die abweisende Verfügung betreffend eine Handelsregisteranmeldung derjenigen Person zu eröffnen, die namens ihrer Klientschaft die Anmeldung der Behörde übermittelte, da es sich ansonsten um eine mangelhafte Eröffnung der Verfügung handelt; vgl. BGE 99 V 177 E. 3; BVGer, D-5434/2012, 30.10.2012 E. 1.6.

⁷⁷ Vgl. Entscheid der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2019 4, 1.10.2019, E. 4 bis und mit E. 5.2; RETO STOCKER, Entscheid der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, REPRAX 2/2020, 208 ff.; MÜLLER (Fn. 53), 1075 ff.

in einem solchen Fall verpflichtet, ein Vertretungsverbot zu verfügen und entsprechende Gesuche oder Rechtsschriften des Notars aus dem Recht zu weisen.⁷⁸

F) Willensbeurkundung und Beurkundung übriger Rechtshandlungen

Das Beurkundungsrecht des Kantons Zug unterteilt die öffentliche Beurkundung in die Willensbeurkundung⁷⁹ und die Beurkundung der üblichen Rechtshandlungen.⁸⁰ Gemäss der publizierten Aufsichtspraxis des Kantons Zug wird Letztere auch als Sachbeurkundung bezeichnet.⁸¹

Die Willensbeurkundung besteht nach §§ 13 ff. BeurkG/ZG unter anderem darin, dass die Urkundsperson sich über die Identität und Handlungsfähigkeit der vor ihr erscheinenden Personen zu vergewissern und allfällige Vollmachten der Vertreter zu prüfen hat.⁸² Ohne die Feststellung der Identität und der Handlungsfähigkeit kann keine rechtsgültige öffentliche Beurkundung vorgenommen werden.⁸³ Bei der öffentlichen Beurkundung der Willenserklärung hat sich die Urkundsperson durch eigene Wahrnehmung davon zu überzeugen, dass die Urkunde dem Parteiwillen entspricht.⁸⁴ Der Notar hat den wirklichen inneren Willen der erklärenden Personen zu ermitteln, die Erklärenden zur Wahrhaftigkeit anzuhalten und sie bei der Bildung des fehlerfreien Willens durch die notarielle Belehrung zu unterstützen.⁸⁵ Um diesen Zweck zu erreichen, hat die Urkundsperson den Parteien die Urkunde vorzulesen oder zum Lesen zu geben. Anschliessend erklären die sich Parteien mit dem Inhalt der Urkunde einverstanden und unterzeichnen die öffentliche Urkunde.⁸⁶

Die Willensbeurkundung ist nur beim Gründungsprozess notwendig; bei den anderen Beurkundungsgeschäften im Kontext des Aktienrechts ist die Wahrnehmungs- bzw. Sachbeurkundung anzuwenden. Beim Gründungsprozess ergibt sich das Erfordernis, eine Willensbeurkundung durchzuführen, aus dem materiellen Recht, da die Gründer nach Art. 629 Abs. 1 OR ausdrücklich und einstimmig die Gründung einer Aktiengesellschaft erklären müssen. Zudem sind sie von der Urkundsperson über die Tragweite des Geschäfts im Hinblick auf ihre innere Willensbildung aufzuklären.⁸⁷

⁷⁸ Vgl. z.B. BGer, 1B_7/2009, 16.3.2009, E. 2 bis E. 5.13; BVGer, A-6040/201, 2.5.2019, *passim*; Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 59 f. ZPO; WALTER FELLMANN/YVONNE BURGER, Das Verbot von Interessenkollisionen und seine Durchsetzung im Prozess, *Anwaltsrevue* 2020, 14 ff.; MÜLLER (Fn. 53), 1075 ff.

⁷⁹ Vgl. §§ 13 ff. BeurkG/ZG.

⁸⁰ Vgl. §§ 21 BeurkG/ZG.

⁸¹ Vgl. Entscheid der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2019 4, 1.10.2019, E. 3.1; BRÜCKNER (Fn. 10), N 2855.

⁸² Vgl. § 13 Abs. 1 BeurkG/ZG.

⁸³ Vgl. § 9a Abs. 2 lit. c i.V.m. § 13 BeurkG/ZG; Beschluss der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, 12.1.2004, GVP 2003, 248, E. 2 und E. 3.

⁸⁴ Vgl. § 16 Abs. 1 BeurkG/ZG.

⁸⁵ Vgl. § 10b Abs. 3 BeurkG/ZG; BRÜCKNER (Fn. 10), N 59.

⁸⁶ Vgl. § 16 Abs. 1 BeurkG/ZG.

⁸⁷ Vgl. BSK OR II-FRANZ SCHENKER, Art. 629 OR N 2 ff.; BRÜCKNER (Fn. 10), N 60.

Die Beurkundung der übrigen Rechtshandlungen orientiert sich gemäss § 21 BeurkG/ZG in ihrer Anwendung sinngemäss an der Willensbeurkundung, wobei nicht der wirkliche innere Wille der erklärenden Personen ermittelt werden soll. Stattdessen hält die Urkundsperson die abgegebenen Erklärungen als äusseren Vorgang fest, namentlich die Feststellungen des Vorsitzenden der Generalversammlung sowie die Anzahl der Stimmen bei der Beschlussfassung einer Generalversammlung. Sofern Versammlungsbeschlüsse zu fassen sind, die der öffentlichen Beurkundung bedürfen, muss ein Notar an der Versammlung teilnehmen und jene Vorgänge protokollieren, die er unmittelbar bzw. mit eigenen Sinnen wahrnimmt.⁸⁸ Was der wirkliche innere Wille der Aktionäre bei ihren Voten oder ihrer Stimmabgabe ist, geht den Notar bei der Sachbeurkundung nichts an.⁸⁹ Die Urkundsperson muss an der gesamten Generalversammlung teilnehmen und sich während der gesamten Dauer der Generalversammlung mit den Teilnehmern verständigen können. Die Teilnehmer sollen der Urkundsperson Fragen hinsichtlich des Beurkundungsverfahrens stellen können.⁹⁰

Die unmittelbare Wahrnehmung ist insofern relevant, da die Urkundsperson damit in einem späteren Gerichtsverfahren als unparteiischer Zeuge über die für die öffentliche Beurkundung im Sinne des Art. 9 ZGB und Art. 179 ZPO bescheinigten Tatsachen aufgrund seiner eigenen Wahrnehmung («ex propriis sensibus») präzise Auskunft geben kann.⁹¹ In den späteren Ausführungen dieses Aufsatzes ist auch anhand von Beispielen darauf zurückzukommen, wie die «unmittelbare» Wahrnehmung unter Berücksichtigung der modernen Technologie sorgfältig praktiziert werden könnte. Anhand der Anwendungsbeispiele lässt sich besser nachvollziehen, welche Anforderungen an die «unmittelbare» Wahrnehmung gestellt werden können und welche nicht – oder ob sogar unter Berücksichtigung der modernen Technik eine Fernbeurkundung mit dem aktuellen Beurkundungsrecht in Betracht kommen könnte.⁹²

Bei der Protokollierung hat die Urkundsperson eine Belehrungspflicht hinsichtlich der rechtmässig durchzuführenden Veranstaltungen; der innere Wille der Veranstaltungsteilnehmer hat die Urkundsperson nicht zu kümmern.⁹³ Die Urkundsperson hat auf die rechtsgültige Durchführung und Protokollierung der Veranstaltung hinzuwirken und entsprechende Auskünfte zum Ablauf der Ver-

⁸⁸ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 10), N 60; LUKAS MÜLLER/JENNIFER ALIG, Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen des Kantons Zug, AK 2018 11 vom 18.2.2019, § 10b BeurkG/ZG, Öffentliche Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen einer Aktiengesellschaft. AJP 2020, 947 ff.

⁸⁹ Vgl. § 21 BeurkG/ZG; BRÜCKNER (Fn. 10), N 60.

⁹⁰ Vgl. PATAK (Fn. 8), 151.

⁹¹ Vgl. CR CC I-MICHEL MOOSER, art. 9 N 23; vgl. auch die Ausführungen zu Art. 9 ZGB und Art. 179 ZPO voranstehend in Abschnitt II.E.

⁹² Vgl. Abschnitt II.G.3 und Abschnitt III.

⁹³ Vgl. § 10b Abs. 2 BeurkG/ZG; Entscheidung der Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen des Kantons Zug, AK 2019 4, 1.10.2019, E. 4.1; BRÜCKNER (Fn. 10), N 102.

anstellung zu erteilen. Es geht dabei insbesondere darum, falls die Veranstaltungsleitung oder die Aktionäre materiell ungültige Beschlüsse fassen wollen, dass die Urkundsperson diese Begehren in eine in das Handelsregister eintragungsfähige Form bringt.⁹⁴ Das heisst somit, dass die Urkundsperson der um die öffentliche Beurkundung ersuchenden Gesellschaft, handelnd durch den Verwaltungsrat, klarmachen muss, was es für die rechtsgültige Beschlussfassung formell und materiell braucht und dass die notwendigen Vorbereitungs-handlungen rechtzeitig vorgenommen werden.⁹⁵

G) Digitalisierung der öffentlichen Beurkundung

Das Beurkundungsrecht ist von hergebrachten Vorstellungen geprägt. Nach bisherigem Verständnis nimmt ein Notar an einer Versammlung teil, zeichnet seine Wahrnehmungen auf und erstellt die öffentliche Urkunde. Die COVID-19-Pandemie hat aber gezeigt, dass relativ viele Besprechungen und Treffen auch virtuell sinnvoll abgehalten werden können. Entsprechend ist im Hinblick auf die weitere Entwicklung der Beurkundung von Versammlungsbeschlüssen auf den während der Pandemie gewonnenen Erfahrungen aufzubauen. Dabei zeigte sich, dass trotz Geltung des Versammlungsverbots und bestehender Ansteckungsgefahr, Klienten nicht auf dringende Geschäfte verzichten wollten oder konnten. Somit musste die notarielle Tätigkeit der Urkundsperson anders erbracht werden, damit sich nicht sämtliche Aktionäre physisch im gleichen Tagungslokal treffen mussten. Entsprechende Varianten werden unter Abschnitt III skizziert, wobei auch die Möglichkeiten des revidierten Aktienrechts mitberücksichtigt werden.

1. Elektronische Ausfertigung der öffentlichen Urkunde und der Beglaubigung

Seit 1. Januar 2012 ist Art. 55a SchIT ZGB in Kraft. Gestützt auf diese Bestimmung können die Kantone Urkundspersonen dazu ermächtigen, im beurkundungsrechtlichen Nachverfahren elektronische Ausfertigungen der von ihnen errichteten öffentlichen Urkunden sowie elektronische Beglaubigungen zu erstellen. Sobald ein Kanton die gesetzliche Grundlage geschaffen hat, können die Urkundspersonen sich im Urkundspersonenregister (UPReg) registrieren und ihre qualifizierte elektronische Signatur gemäss ZertES hinterlegen. Die Registrierung der kantonalen Urkundsperson muss im UPReg von der zuständigen kantonalen Aufsichtsbehörde freigeschaltet bzw. bestätigt werden.⁹⁶ Sobald diese Schritte vollzogen wurden, kann die Urkundsperson ihre ursprünglich aus Papier bestehenden öffentlichen Urkunden in elektronischer Form ausfertigen. Bis dato ist es Urkundspersonen von lediglich dreizehn Kantonen möglich, sich im UPReg zu registrieren.⁹⁷

⁹⁴ Vgl. Entscheid der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2019 4, 1.10.2019, E. 3 bis und mit E. 5; STOCKER (Fn. 77), 208 ff.

⁹⁵ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 10), N 2787.

⁹⁶ Vgl. Art. 5 ff. EÖBV; MÜLLER/PAFUMI (Fn. 30), 60 f.

⁹⁷ Vgl. <https://www.upreg.ch/proof/web/?1>. Es handelt sich um die Kantone Bern, Uri, Schwyz, Nidwalden, Freiburg, Solothurn, Basel-Stadt, Appenzell Innerrhoden, St. Gallen, Aargau, Thurgau, Waadt und Neuenburg.

Das Verfahren zur Erstellung der elektronischen Ausfertigungen der öffentlichen Urkunden und Beglaubigungen wird in Art. 55a Abs. 4 SchIT ZGB und der gestützt darauf erlassenen Verordnungen des Bundes und des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements geregelt. Hierfür sind insbesondere die Vorgaben zu befolgen, die in der Verordnung über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBV; SR 211.435.1) vom 8. Dezember 2017 sowie in der Verordnung des EJPD über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBV-EJPD; SR 211.435.11) vom 8. Dezember 2017 enthalten sind. Mit diesem Verfahren ist es immer noch notwendig, die Urschrift – das Original – der öffentlichen Urkunde in Papierform anzufertigen.⁹⁸ Die Papierausfertigung kann anschliessend nach dem dafür vorgesehenen Verfahren als Scan in Form einer PDF/A-Datei gesichert und qualifiziert elektronisch von der Urkundsperson signiert werden.

Das Ergebnis dieser elektronisch ausgefertigten öffentlichen Urkunden besteht aus einem PDF/A-Scan, der von der Urkundsperson nach den Vorgaben der EÖBV und der EÖBV-EJPD zu erstellen und qualifiziert elektronisch zu signieren ist. Das PDF/A-Format soll gewährleisten, dass die PDF-Dateien nicht nachträglich verändert werden. Eine Papierausfertigung der öffentlichen Urkunde lässt sich demgegenüber mit weniger Aufwand manipulieren als eine PDF/A-Fassung einer öffentlichen Urkunde.

Die elektronisch ausgefertigte öffentliche Urkunde in Form der signierten PDF/A-Datei ist gemäss Art. 3 EÖBV der Papierfassung der öffentlichen Urkunde gleichwertig. Demgegenüber hat eine ausgedruckte Papierfassung der PDF/A nicht den Stellenwert einer ausgefertigten Fassung der öffentlichen Urkunde. Der Papierausdruck ist schlicht und einfach eine ausgedruckte Fassung der Datei; die Sicherheitsmerkmale der PDF/A-Fassung sind auf Papier nicht enthalten. Immerhin kann der Papierausdruck im privaten Rechtsverkehr oder als Beweismittel bei Gerichtsprozessen eingereicht werden. Dabei kann es im Bestreitungsfall notwendig werden, auf einem Datenträger gleichzeitig eine elektronische Kopie der elektronischen Ausfertigung der öffentlichen Urkunde in Gestalt der durch die Urkundsperson ausgefertigten PDF/A-Datei mitzuliefern.⁹⁹ Mit der elektronischen Fassung des PDF/A, die von der Urkundsperson qualifiziert elektronisch signiert und mit dem Zeitstempel versehen wurde, lässt sich überprüfen, ob die elektronische Ausfertigung nachträglich verändert wurde oder immer noch identisch ist.

Elektronische Ausfertigungen der öffentlichen Urkunden und Beglaubigungen nach Art. 55a SchIT ZGB können im elektronischen Rechtsverkehr verwendet werden. Die gesamte beurkundungsrechtliche Dokumentation eines Geschäfts kann somit elektronisch eingereicht werden.¹⁰⁰

⁹⁸ Vgl. CR CC I-MICHEL MOOSER, art. 9 N 16; BSK ZGB II-JÜRIG SCHMID, Art. 55a SchIT ZGB N 4.

⁹⁹ Vgl. Art. 178 f. ZPO.

¹⁰⁰ Vgl. nachstehend Abschnitt II.G.4.

2. Elektronische öffentliche Beurkundung und Beglaubigung nach EÖBG

Der Bundesrat hat am 30. Januar 2019 den Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Erstellung öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBG) in die Vernehmlassung geschickt.¹⁰¹ Diese Gesetzesvorlage soll namentlich die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden sowie deren Aufbewahrung regeln. Im Gegensatz zur Regelung nach Art. 55a SchIT ZGB soll gemäss VE-EÖBG die öffentliche Beurkundung in elektronischer Form – ohne die Verwendung von Papier – langfristig zum Standard werden. Die Urfassung der öffentlichen Urkunde soll somit elektronisch ohne Papier errichtet werden.¹⁰²

Des Weiteren soll gemäss VE-EÖBG ein zentrales nationales Urkundenregister geschaffen werden. In diesem Register soll jeweils eine öffentliche Urkunde gespeichert werden. Damit sollen der Zugang zu den öffentlichen Urkunden sowie die Datensicherheit verbessert werden.¹⁰³

Wenn Klienten ihre öffentlichen Urkunden oder andere wichtige Dokumente, welche beim Handelsregister hinterlegt sind, verlieren oder vergessen, kann das in der Praxis problematisch sein. Dieser Fall könnte insbesondere dann eintreten, wenn ein Unternehmen verkauft oder anderweitig in neue Hände übergeben werden soll (z.B. im Rahmen einer Nachlassplanung). Die neuen Aktionäre sowie neugewählte Verwaltungsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft haben in einem solchen Fall keinen Zugriff auf die bisherige handels- und beurkundungsrechtliche Dokumentation einer Aktiengesellschaft. Die Belegbestellung beim Handelsregister ist zwar möglich, aber zeitaufwendig. Die Handelsregisterämter der Kantone Zürich und Basel-Stadt haben bereits eine automatisierte und digitale Zustellung von Belegen umgesetzt, was dieses Problem etwas entschärft. Ein künftiger Zugriff auf ein nationales, zentrales Urkundenregister würde dies schweizweit ermöglichen und zusätzlich ein digitales Original anstelle einer einfachen Kopie zur Verfügung stellen.

Die VE-EÖBG enthält sinnvolle Neuerungen, die den notariellen Alltag für Klienten, Behörden und Notare erleichtern könnten. Es wäre zu begrüssen, wenn der VE-EÖBG zum Gesetz werden könnte.

3. Fernbeurkundung

Unter «Fernbeurkundung» wird die Durchführung des Beurkundungsverfahrens verstanden, bei welchem sich die Parteien auf Distanz (bzw. in Abwesenheit) am Hauptverfahren der öffentlichen Beurkundung beteiligen oder wenn eine öffent-

¹⁰¹ Zum Ganzen vgl. MÜLLER/PAFUMI (Fn. 30), 61 ff.; vgl. Bundesamt für Justiz (BJ), Elektronische öffentliche Urkunden und elektronische Beglaubigungen, https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2019/ref_2019-01-300.html; vgl. Vorentwurf vom 30.1.2019 zum Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBG) (zit. VE-EÖBG).

¹⁰² Vgl. Art. 2 Abs. 1 VE-EÖBG; MÜLLER/PAFUMI (Fn. 30), 64.

¹⁰³ Vgl. Art. 4 VE-EÖBG; Bundesamt für Justiz, Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBG), Erläuternder Bericht, 11.12.2018, 7.

liche Urkunde über einen Sachverhalt oder Hergang errichtet wird, bei dem der Notar nicht (persönlich) anwesend ist.¹⁰⁴ Als eine besondere Art der Fernbeurkundung bezeichnet SCHMID die Errichtung einer öffentlichen Urkunde über eine Generalversammlung oder eine Verwaltungsratssitzung, an welcher Stimmberechtigte in Abwesenheit teilnehmen und ihre Stimme abgeben.¹⁰⁵ Im Beurkundungsrecht herrschte gemäss BRÜCKNER seit BGE 90 II 274 der «Grundsatz, dass nur solche Erklärungen öffentlich beurkundet werden können, die von anwesenden Personen vor der Urkundsperson abgegeben werden».¹⁰⁶ Der gleiche Grundsatz gelte für Erklärungen, die zu Protokoll abgegeben werden. Diese Ansicht wird inzwischen seit einiger Zeit vom Bundesrat und von BRÜCKNER nicht mehr als absolut zutreffend betrachtet.¹⁰⁷

BRÜCKNER beurteilt die Fernbeurkundung bei der Beurkundung von Willenserklärung als problematisch und lehnt sie ab; bei der Wahrnehmungsbeurkundung sieht er keine grundsätzlichen Einwände.¹⁰⁸ Die Wahrnehmungsbeurkundung ist nämlich in geringerem Ausmass vom persönlichen Eindruck abhängig als dies bei Willensbeurkundungen, etwa bei der öffentlichen Beurkundung eines Ehe- und Erbvertrages, der Fall ist. Zudem handelt es sich bei der öffentlichen Beurkundung von Versammlungsbeschlüssen eher um standardisierte Geschäfte, und der innere Wille der Teilnehmer hat die Urkundsperson nicht zu interessieren.¹⁰⁹ Stattdessen ist der Notar zuständig, darauf hinzuwirken, dass die Beschlüsse in der richtigen Form öffentlich beurkundet werden. Falls die Versammlungsleitung die Beschlüsse ungültig (insb. unsittlich, widerrechtlich oder unmöglich) abfassen möchte, hat der Notar die Pflicht, die Versammlungsleitung entsprechend zu beraten und zu belehren.¹¹⁰ Bei Ehe- und Erbverträgen oder bei sachenrechtlichen Geschäften sind die Umstände des Einzelfalls demgegenüber komplexer als beim Gesellschaftsrecht.

Die Beurkundung von Willenserklärungen muss gemäss BRÜCKNER im Beurkundungsort der Urkundsperson stattfinden, sofern keine sachlichen Gründe einen anderen Beurkundungsort erfordern würden. Es sei gerade ein wichtiges Element des Übereilungsschutzes, dass für den Klienten der Gang zur Urkundsperson auf sich genommen werde. Zudem sei die Zusammenführung der Parteien an einem neutralen Ort ohne das Beisein unbefugter Dritter zentral, um leichtfer-

¹⁰⁴ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 10), N 8 ff., N 15 ff.; SCHMID (Fn. 58), 231.

¹⁰⁵ Vgl. SCHMID (Fn. 58), 232.

¹⁰⁶ CHRISTIAN BRÜCKNER, Öffentliche Beurkundung von Urabstimmungen und Zirkularbeschlüssen, SJZ 1998, 33. Gleichermassen kann BGE 106 II 146 ff. verstanden werden: Eine in Abwesenheit der Urkundsperson des Kantons Obwalden von den Parteien unterzeichnete Planskizze, die der öffentlichen Urkunde beigelegt wurde, galt in diesem Entscheid nicht als öffentlich beurkundet und durfte für die Auslegung der öffentlichen Urkunde nicht verwendet werden.

¹⁰⁷ Vgl. Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017, 559; BRÜCKNER (Fn. 106), 33.

¹⁰⁸ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 11), 68 und 72 f.

¹⁰⁹ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 10), N 60, N 102.

¹¹⁰ Vgl. z.B. Entscheid der Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2019 4, 1.10.2019, E. 2 bis und mit E. 5.

tige Vertragsschlüsse und Druckeinflüsse Dritter zu vermindern.¹¹¹ Deshalb sei auch eine Videokonferenz mittels Skype für die öffentliche Beurkundung von Willenserklärungen abzulehnen. Wenn sich die Parteien und der Notar nur mittels Videofenster mit dem Gesicht zeigen und an verschiedenen Orten befänden, sei die Situation nicht besser als beim Vertragsschluss in schriftlicher Form. Entsprechend wäre der Sinn der qualifizierten Formerfordernisse infrage gestellt, wenn die Urkundsperson das Verfahren nicht in Anwesenheit der Parteien durchführen kann. Eine Selbstlesung in Abwesenheit der Urkundsperson ist gemäss MARTI keine öffentliche Beurkundung.¹¹² Während der öffentlichen Beurkundung muss der Grundsatz der Einheit des Beurkundungsaktes bei Willensbeurkundungen erfüllt sein.¹¹³ Die Urkundsparteien, der Notar und, soweit nötig, Nebenpersonen müssen während des gesamten Hauptverfahrens der öffentlichen Beurkundung anwesend sein. Das Hauptverfahren der öffentlichen Beurkundung ist zudem ohne wesentliche Unterbrechung zu Ende zu führen.¹¹⁴ Diese strenge Auslegung der Formalien bei Willensbeurkundungen ist zu hinterfragen. Mag dies für einzelne Willensbeurkundungen wie Ehe- und Erbverträge durchaus gerechtfertigt sein, ist es insbesondere bei gesellschaftsrechtlichen Geschäften kaum notwendig. Nicht zuletzt deswegen hat der Gesetzgeber anlässlich der laufenden Aktienreform das Beurkundungserfordernis für Gesellschaftsgründungen bei einfachen Verhältnissen sogar infrage gestellt.¹¹⁵ Der Übereilungsschutz sowie das Verhindern von Druckeinflüssen Dritter können bei einer digitalen Gründerkonferenz per Videoschaltung ohne Weiteres gleichwertig gewährleistet werden. Dies mit einem Vertragsschluss in schriftlicher Form gleichzusetzen, ist realitätsfremd.

Bei Sachbeurkundungen gibt es hingegen – soweit ersichtlich – kein bundesrechtliches Erfordernis an einen Grundsatz der Einheit des Aktes.¹¹⁶ Sofern die Abstimmung in einer Generalversammlung nicht als Willenserklärungen einzelner Aktionäre, sondern als ein Beschluss eines Kollektivs verstanden wird, entfallen gemäss BRÜCKNER die beurkundungsrechtlichen Schwierigkeiten einer Wahrnehmungsbeurkundung. Wenn die Urkundsperson das Verfahren und das Auszählen der Stimmen überwachen könne, stehe diesbezüglich einer Beurkundung unter Abwesenden nichts entgegen, wenn sie die Stimmen eines Zirkularbeschlusses (etwa die Urabstimmung einer Genossenschaft nach Art. 880 OR) öffentlich beurkundet. Voraussetzung hierfür bildet insbesondere, dass die Urkundsperson den Versand der Stimmzettel sowie die Auszählung prüfen könne.¹¹⁷

Ein weiteres Element zur Fernbeurkundung könnte das Bundesgesetz über die elektronischen Identitätszertifizierungsdienste (E-ID-Gesetz, BGEID) darstellen, welches die Basis für die elektronische Identifizierungsmittel schafft. Damit sollen sich Inhaber einer entsprechenden elektronischen Identität im digitalen

¹¹¹ Vgl. § 16 Abs. 1 BeurkG/ZG; BRÜCKNER (Fn. 11), 68.

¹¹² Vgl. MARTI (Fn. 36), 114.

¹¹³ Vgl. CR CC II-MICHEL MOOSER, Art. 55 Tit. fin. N 44 ff.

¹¹⁴ Vgl. RUF (Fn. 24), N 1474 ff.

¹¹⁵ Vgl. AB N 2019 2381 ff.; dazu eingehend: MÜLLER/PAFUMI (Fn. 30), 70 ff.

¹¹⁶ Vgl. RUF (Fn. 24), N 1504.

¹¹⁷ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 106), 33 ff.

Raum identifizieren können. Das BGEID soll elektronische Geschäftsprozesse erleichtern.¹¹⁸ Hierzu gehören auch potenzielle künftige Anwendungen im Bereich der Fernbeurkundung. Da das Referendum gegen das BGEID ergriffen wurde, haben die Stimmberechtigten noch über das Gesetz zu befinden.¹¹⁹ Die E-ID kann die unmittelbare Identitätsprüfung via Internet erleichtern.

Gemäss Botschaft des Bundesrats zur Aktienrechtsreform sind keine sachlichen Gründe erkennbar, weshalb eine virtuelle Generalversammlung selbst bei Vorliegen einer Pflicht zur öffentlichen Beurkundung unzulässig sein sollte. Bereits heute ist die öffentliche Beurkundung von Urabstimmungen und Zirkularbeschlüssen als möglich und zulässig eingestuft worden, sofern das kantonale Recht dies zulässt.¹²⁰ Die Ausführung in der Botschaft des Bundesrats ist jedoch insofern zu präzisieren, als dass die öffentliche Beurkundung von Urabstimmungen und Zirkularbeschlüssen nur zulässig ist, soweit sie auch mit dem materiellen Recht verträglich ist. Generalversammlungsbeschlüsse können bei der Aktiengesellschaft – im Gegensatz zur Genossenschaft und zur GmbH – nach bisherigem Recht nicht auf dem Wege einer Urabstimmung oder eines Zirkularbeschlusses gefällt werden.¹²¹ Der revidierte Art. 701 Abs. 3 OR sieht für die Generalversammlung «die Beschlussfassung auf schriftlichem Weg auf Papier oder in elektronischer Form»¹²² vor, «sofern nicht ein Aktionär oder dessen Vertreter die mündliche Beratung verlangt».¹²³ Diese Regelung ist mit jener des Rechts der GmbH gemäss Art. 805 Abs. 4 OR vergleichbar.¹²⁴

Die Ausfertigung der öffentlichen Urkunde über die Beschlüsse einer Versammlung muss nicht direkt an der Versammlung selbst erfolgen, es sei denn, das kantonale Recht sieht etwas anderes vor.¹²⁵ Das Beurkundungsrecht des Kantons Nidwalden definiert die Einheit des Akts besonders streng. Der Nidwaldner Notar muss die Urkunde den Parteien gemäss §§ 25 ff. der Beurkundungsverordnung des Kantons Nidwalden auch bei Sachbeurkundungen unmittelbar vorlesen, was die Abfassung der Urkunde während der Veranstaltung voraussetzt.¹²⁶ Diese Re-

¹¹⁸ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 1.8.2018 zum Bundesgesetz über elektronische Identifizierungsdienste, BBl 2018, 3916 ff.

¹¹⁹ Vgl. Schweizerische Bundeskanzlei, Referendum gegen das Bundesgesetz vom 27.9.2019 über elektronische Identifizierungsdienste (E-ID-Gesetz, BGEID), Zustandekommen, 12.2.2020, BBl 2020, 1285 f.

¹²⁰ Vgl. Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017, 559. Siehe auch RITTER/GEHRER (Fn. 21), 44 f.

¹²¹ Vgl. BGE 67 I 342 E. 3; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018, § 16 N 529 f.; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, § 12 N 52.

¹²² Art. 701 Abs. 3 OR in der revidierten Fassung.

¹²³ Art. 701 Abs. 3 OR in der revidierten Fassung. Vgl. auch Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017, 496; PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeleitet!, in: Jusletter 10.2.2020, N 36.

¹²⁴ Vgl. zur Regelung in der GmbH: BSK OR II-ROLAND TRUFFER/DIETER DUBS, Art. 805 N 37 ff.

¹²⁵ Vgl. PATAK (Fn. 8), 151; RUF (Fn. 24), N 1504 ff.

¹²⁶ Vgl. Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die öffentliche Beurkundung (Beurkundungsverordnung, BeurkV/NW; NG 268.11) des Kantons Nidwalden; RUF (Fn. 24), N 1505.

gelung des Kantons Nidwalden ist im Hinblick auf die öffentliche Beurkundung von Beschlüssen einer virtuellen Generalversammlung mit zahlreichen Veranstaltungsteilnehmern sehr umständlich, zumal die Urkundsperson bei grösseren Versammlungen gar nicht den inneren Willen der Veranstaltungsteilnehmer zu überprüfen hat. Entsprechend ist es derzeit nicht sinnvoll, für virtuelle Generalversammlungen einen Notar des Kantons Nidwalden zu mandatieren, solange §§ 25 ff. der BeurkV/NW in Kraft ist. Andernfalls müssten einige Veranstaltungsteilnehmer (der Vorsitzende und evtl. der Stimmrechtsvertreter) einer virtuellen Generalversammlung dennoch beim Notar im Kanton Nidwalden zugegen sein, was gerade nicht der Sinn einer Versammlung ohne Tagungsort respektive einer virtuellen Generalversammlung ist. Stattdessen müssen die Dienste eines Notars eines Kantons in Anspruch genommen werden, der in einem Kanton mit liberaler Regelung der Sachbeurkundungen praktiziert. Des Weiteren sollte die Aktienrechtsreform zum Anlass genommen werden, die öffentliche Beurkundung virtueller Versammlungsbeschlüsse von Urkundspersonen zu regeln oder zumindest schwerfällige Regelungen, wie jene des Kantons Nidwalden, zu modernisieren. Damit können die bundesrechtlichen Anforderungen des Beurkundungsrechts eingehalten werden.¹²⁷

Demgegenüber ist die öffentliche Beurkundung im Notariatsgesetz des Kantons Wallis bereits heute auf virtuelle Versammlungen vorbereitet. Art. 98 des Notariatsgesetzes des Kantons Wallis besagt: «Das Protokoll einer Generalversammlung oder einer Verwaltungsratssitzung kann gültig durch eine Fernbeurkundung öffentlich errichtet werden. Ein Reglement des Staatsrates regelt die Modalitäten der Fernbeurkundung.»¹²⁸ Eine solche Regelung der Fernbeurkundung würde wohl voraussetzen, dass die Teilnehmer ohne Probleme mit der Urkundsperson kommunizieren können und Letztere die Geschehnisse bzw. den Ablauf der Versammlung beobachten kann. Moderne Kommunikationsmittel ermöglichen dies ohne Probleme. Die entsprechenden Erfahrungen konnten inzwischen während der COVID-19-Pandemie gesammelt werden.

Ein Beurkundungsvorgang umfasst zudem bei der Willensbeurkundung eine Lesung des Texts durch die Parteien oder eine Vorlesung durch die Urkundsperson oder die Selbstlesung durch die Urkundspartei in Anwesenheit der Urkundsperson.¹²⁹ Dies gilt auch für den Fall, dass die Urkundspartei den öffentlich zu beurkundeten Text bereits vorgängig zur Kenntnis genommen hat.¹³⁰ Falls eine Fernbeurkundung die Kommunikation nur mittels Audio-Übertragung, aber ohne Bild, stattfindet, kann die Urkundsperson nicht mit Sicherheit feststellen, ob eine Partei den Text gelesen hat. Auch im Vorlesungsverfahren lässt sich nicht mit Sicherheit

¹²⁷ Vgl. voranstehend Abschnitt II.B.

¹²⁸ Art. 98 Abs. 1 Notariatsgesetz des Kantons Wallis, (NG/VS; SGS 178.1) vom 15.12.2004. Art. 37 Abs. 1 des Reglements betreffend das Notariatsgesetz (RNG/VS; SGS 178.101) des Kantons Wallis vom 7.9.2005 besagt jedoch: «Die Fernbeurkundung wird in einem besonderen Reglement des Staatsrates geregelt und zur Genehmigung dem eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement unterbreitet. In der Zwischenzeit kann der Notar keine Fernbeurkundungen vornehmen.» Das entsprechende Reglement liegt derzeit noch nicht vor.

¹²⁹ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 11), 68; MARTI (Fn. 36), 114.

¹³⁰ Vgl. MARTI (Fn. 36), 114.

feststellen, ob eine Urkundspartei zuhört und den Text verstanden hat. Bei der direkten Kommunikation mit Video und Ton lässt sich nicht immer ohne Weiteres feststellen, ob die Parteien alle denselben Text vor sich liegen haben. Es hängt von den Umständen ab, wie geschäftserfahren die Parteien sind, wie ihre intellektuellen Fähigkeiten und gross ihre Aufmerksamkeit ist, komplizierte Texte zu lesen und zu verstehen.¹³¹ Dieses Problem lässt sich mit einer Kommunikationsform angehen, die ein «screen sharing» zulässt, damit die Urkundsperson und die Urkundsparteien das gleiche Dokument auf ihren jeweiligen Bildschirmen sehen können. Eine weitere Schwierigkeit besteht darin, dass im Bild nicht sichtbare Dritte eine Urkundspartei bei der öffentlichen Beurkundung beeinflussen könnten. Entsprechend wäre sicherzustellen, dass keine Dritten einer Fernbeurkundung beiwohnen oder Einfluss auf den Willen einer Partei nehmen können.

Bei der öffentlichen Beurkundung eines Versammlungsbeschlusses steht der Übereilungsschutz nicht im Vordergrund. Es genügt, wenn die Versammlungsteilnehmer vorgängig den Text lesen konnten, der Text an der Versammlung selbst vorgelesen wird oder die Teilnehmer die Möglichkeit hatten, den Beschlusstext vorgängig zur Kenntnis zu nehmen.¹³²

Die Rolle der Urkundsperson besteht bei der öffentlichen Beurkundung von Versammlungsbeschlüssen darin, als neutrale Fachperson durch die Verfahrenskontrolle einwandfreie Belege zu schaffen. Sofern es im Nachhinein zu Streitigkeiten kommt, muss die Urkundsperson über ihre eigenen Sinneswahrnehmungen betreffend die Versammlung genügend substantiiert Auskunft geben können.¹³³ Dabei kann es beispielsweise darum gehen, was für Vorgänge sich an der Versammlung ereignet haben, wie die Veranstaltung formell abgehalten wurde, welche Voten abgegeben wurden und was beschlossen wurde. Entsprechend muss die Urkundsperson während der gesamten relevanten Dauer das Geschehen mitverfolgen können.

Einen nicht zu unterschätzenden Aspekt stellt auch die Grösse einer Versammlung respektive die Anzahl Versammlungsteilnehmer dar. Die Grösse einer Versammlung hat Einfluss darauf, inwiefern eine Urkundsperson die Vorgänge einer Versammlung bescheinigen kann. Je grösser die Veranstaltung ist, desto schwieriger wird es, konkrete, einzelne Vorgänge zu beurkunden. Bei einer klassischen, kleinen Generalversammlung mit wenigen Teilnehmern stellt es kein Problem dar, sämtliche Vorgänge wahrzunehmen. Es ist jedoch von Gesetzes wegen gar nicht nötig, dass ein Notar sämtliche Vorgänge protokolliert. Es ist nur die Errichtung einer öffentlichen Urkunde über die formbedürftigen Beschlüsse notwendig.¹³⁴ Je grösser eine Veranstaltung wird (beispielsweise kann hier an eine Versammlung einer Generalversammlung in einem Stadion oder in einer Kongresshalle gedacht werden), desto eher lassen sich nur noch jene Voten wahrnehmen,

¹³¹ Vgl. vorne Abschnitt II.E.

¹³² Vgl. BRÜCKNER (Fn. 11), 72.

¹³³ Vgl. CR CC I- MICHEL MOOSER, Art. 9 N 23; BRÜCKNER (Fn. 11), 72. Vgl. z.B. die ausdrückliche Regelung in § 33 Abs. 1^{bis} lit. e BeurkG/ZG i.V.m. § 14 Abs. 1 lit. h EG BGFA/ZG oder Art. 14 Abs. 3 BeurkG/OW.

¹³⁴ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 11), 69.

die unter Einsatz eines Mikrofons an einem Rednerpult gemacht werden. Die an der Generalversammlung auftretenden Aktionäre sind zudem unter Umständen der Versammlungsleitung und der Urkundsperson nicht persönlich bekannt.¹³⁵ Entsprechend kann es sogar sein, dass die Urkundsperson ihre Wahrnehmungen von der Veranstaltung via Videokonferenz exakter und sorgfältiger machen kann, als dies vor Ort in einer grossen Generalversammlung der Fall ist.

Unzulässig ist aber in jedem Fall die öffentliche Beurkundung oder Beglaubigung, sofern die Urkundsperson mit ihrer öffentlichen Beurkundung oder Beglaubigung bescheinigt, dass die Person eine Erklärung, Stimme an einer Versammlung oder Unterschrift abgegeben hat, obschon die Urkundspartei oder Versammlungsteilnehmerin nicht anwesend war.¹³⁶

4. Elektronischer Geschäftsverkehr mit dem Handelsregister

In der Handelsregisterverordnung ist der elektronische Geschäftsverkehr ausdrücklich zugelassen. Die Rechtsgrundlagen finden sich in Art. 12b ff. HRegV.¹³⁷ Der elektronische Geschäftsverkehr im Handelsregister richtet sich demnach grundsätzlich analog nach den Art. 130 Abs. 2 und Art. 143 Abs. 2 ZPO und 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). Das bedeutet im Wesentlichen, dass anstatt mit konventioneller Post und eigenhändig unterschriebenen Handelsregisteranmeldungen auch die elektronische Übermittlung mit den entsprechenden vom Bund anerkannten Zustellplattformen (z.B. IncaMail der Schweizerischen Post und PrivaSphere Secure Messaging der Firma PrivaSphere AG) zulässig ist.¹³⁸ Hierfür ist es notwendig, dass die öffentlichen Urkunden und Beglaubigungen nach dem Verfahren von Art. 55a SchlT elektronisch ausgefertigt wurden und dass die Handelsregisteranmeldung qualifiziert elektronisch von der für die Anmeldung zuständigen Person mit dem entsprechenden elektronischen Zeitstempel signiert wird.¹³⁹ Die Möglichkeiten des elektronischen Rechtsverkehrs werden derzeit kaum genutzt. Das mag daran liegen, dass die Technik derzeit nicht benutzerfreundlich ausgestaltet ist und dass die Nutzer wenig Erfahrung damit haben. Oftmals ist es aber einfacher, die öffentlichen Urkunden und Belege in ein Couvert einzupacken und mit der konventionellen Post dem Handelsregisteramt zu übermitteln.¹⁴⁰ Es ist aber auch dem Umstand geschuldet, dass Kantone mit vielen Handelsregistergeschäften wie z.B. Zürich und Zug, die Voraussetzungen für den elektronischen Verkehr mit dem Handelsregisteramt bisher wegen fehlender gesetzlicher Grundlage nicht zulassen.

Nach bisherigem Recht ist ausschliesslich der Verwaltungsrat (respektive die in Art. 17 HRegV aufgeführten Personen) für die Anmeldung beim Handelsregis-

¹³⁵ Vgl. PATAK (Fn. 8), 100 f.

¹³⁶ Vgl. RUF (Fn. 24), N 837 ff.

¹³⁷ Vgl. EDGAR PHILIPPIN, Numérisation et registre du commerce, SZW 2018, 21 ff.

¹³⁸ Vgl. PHILIPPIN (Fn. 137), 28 ff.

¹³⁹ Vgl. Art. 2 lit. e und lit. j ZertES.

¹⁴⁰ Vgl. PHILIPPIN (Fn. 137), 29 f.

ter zuständig. Ab 1. Januar 2021 ist die Stellvertretung für die Handelsregisteranmeldung ebenfalls zulässig, da auf diesen Zeitpunkt die revidierte Handelsregisterverordnung in Kraft tritt.¹⁴¹

Eine alternative Variante der elektronischen Übermittlung wurde wegen der COVID-19-Massnahmen vereinzelt bei einigen Gerichten angewandt bzw. wird immer noch angewandt. Zum Teil werden Verfahrensparteien in Gerichtsverfahren eingeladen, Belege in Papierform und zusätzlich auf einem Datenträger (z.B. als PDF/A gescannt und auf Daten-CD oder USB-Stick gespeichert) eingereicht. Die rechtsgültige Übermittlung erfolgt mit einem eigenhändig unterschrieben Begleitbrief. Der Vorteil dieser Variante ist, dass der Scan-Vorgang für die Dokumente beim Gericht oder bei der Handelsregisterbehörde entfallen kann. Dieses Vorgehen kann den Verfahrensablauf und insbesondere die Archivierung von Belegen bei der Behörde bzw. dem Gericht beschleunigen. Zudem muss keine Zustellplattform verwendet werden, mit der die Verfahrensbeteiligten noch wenig Erfahrung haben. Oftmals haben die Verfahrensbeteiligten Hemmungen, die Variante des elektronischen Geschäftsverkehrs zu verwenden, da sie damit nicht vertraut sind. Zum Teil sind sich die Verfahrensbeteiligten auch nicht sicher, ob sie mit den elektronischen Übermittlung ihre Fristen wahren.¹⁴²

III. «Digitale» und andere Versammlungsbeschlüsse

A) Allgemeines

Die Generalversammlung kann auf verschiedene Wege organisiert werden. Das neue Aktienrecht bringt diesbezüglich einige Flexibilisierungen mit sich. Sobald Beschlüsse zu fassen sind, die der öffentlichen Beurkundung bedürfen, muss die Organisation der Generalversammlung dieser qualifizierten Form Rechnung tragen. Andernfalls lässt sich nicht gültig Beschluss fassen.

Nachstehend skizzieren wir, wie Versammlungsbeschlüsse mit dem Einsatz moderner Kommunikationsmittel durchgeführt werden können. Wir beschränken uns hierbei nicht ausschliesslich auf die Geschäfte, die einer öffentlichen Beurkundung durch eine Urkundsperson bzw. einen Notar bedürfen. Wir stellen zu Illustrationszwecken auch andere Geschäfte dar, die nicht notwendigerweise von einer Urkundsperson protokolliert werden müssen. Mit den hinsichtlich der Formvorschriften weniger strengen Geschäften lassen sich Erfahrungen sammeln, wie im künftigen Recht alternative Formen der Generalversammlung (insbeson-

¹⁴¹ Vgl. Art. 18 Abs. 1 HRegV gemäss Fassung vom 6.3.2020, AS 2020, 971 ff., die auf 1.1.2021 in Kraft tritt.

¹⁴² Vgl. hierzu z.B. Art. 8b der Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren (VeÜ-ZSSV; SR 272.1) vom 18. Juni 2010; Art. 21a Abs. 3 VwVG und Art. 5a der Verordnung vom 18. Juni 2010 über die elektronische Übermittlung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens (VeÜ-VwV). Dabei ist zu beachten, dass die Behörde bei gegebenen Voraussetzungen die Nachreichung in Papierform verlangen kann; vgl. z.B. Art. 8a VeÜ-ZSSV.

dere Zirkularbeschlüsse, elektronische oder virtuelle Versammlungen) organisiert und öffentlich beurkundet werden können.

Die Gestaltung des Protokolls über die Generalversammlung erfährt mit dem revidierten Art. 702 OR einige Ergänzungen, die den Möglichkeiten der neuen Versammlungstypen Rechnung trägt. Gemäss der revidierten Fassung des Art. 702 OR sorgt der Verwaltungsrat für die Führung des Protokolls und hält unter anderem – wie bisher – das Datum, den Beginn und das Ende sowie die Art und den Ort der Generalversammlung fest. Hier muss nicht zwangsläufig ein physischer Ort angegeben werden. Es kann auch eine Versammlung «ohne Tagungsort», d.h. im virtuellen Raum, infrage kommen. Weiterhin werden auch im neuen Aktienrecht die Beschlüsse und die Wahlergebnisse, die in der Generalversammlung gestellten Begehren um Auskunft und die darauf erteilten Antworten sowie die von den Aktionären zu Protokoll gegebenen Erklärungen festgehalten. Schliesslich ist nach neuem Art. 702 Abs. 2 Ziff. 6 OR im Protokoll festzuhalten, wenn relevante technische Probleme bei der Durchführung der Generalversammlung auftreten. Falls unbefugte Personen bei einer Versammlung teilnehmen – sei es bei einer physischen oder virtuellen – ist dies ebenfalls im Protokoll zu vermerken. Nach Art. 691 Abs. 3 OR kann für den Fall, dass Personen bei der Beschlussfassung mitwirken, die zur Teilnahme an der Generalversammlung nicht befugt sind, jeder Aktionär, auch wenn er nicht Einspruch erhoben hat, diesen Beschluss anfechten, sofern die beklagte Gesellschaft nicht nachweist, dass diese Mitwirkung keinen Einfluss auf die Beschlussfassung ausübte. Eine solche Fremdeinwirkung könnte sich als technische Störung aufgrund einer Sicherheitslücke im Videokonferenzsystem manifestieren, weshalb je nach Art der Fremdbeeinflussung entweder Art. 691 Abs. 3 OR anwendbar ist oder der entsprechende Beschluss nach dem revidierten Art. 701f OR nochmals zu beschliessen ist. Technische Störungen lassen sich nie gänzlich ausschliessen. Die Videokonferenz-Software «Zoom» ist ein zur Vorsicht mahnendes Beispiel. Nach einer anfänglichen Euphorie über «Zoom» hatte sich relativ früh Ernüchterung breitgemacht, als sich zwischenzeitliche Sicherheitslücken offenbarten.¹⁴³ Solche Sicherheitslücken sollten aber einer Nutzung der neuen Kommunikationsmöglichkeiten nicht grundsätzlich entgegenstehen.

Mit dem künftigen Aktienrecht wird die virtuelle Generalversammlung ins Gesetz aufgenommen. Es handelt sich hierbei um eine Generalversammlung «ohne Tagungsort». ¹⁴⁴ Der Vorsitzende trifft dabei in der Eröffnung der Generalversammlung die Feststellungen, dass die Voraussetzungen für die Verwendung der elektronischen Mittel der virtuellen Generalversammlung erfüllt sind. Sofern die Möglichkeiten der elektronischen oder der virtuellen Versammlung genutzt wer-

¹⁴³ Vgl. CORINNE PLAGA, Der Grosse Bruder schaut womöglich mit, Videokonferenzen boomen in der Corona-Krise – und damit auch der Dienstleister Zoom – Aber wie sicher ist die Software?, NZZ, 11.4.2020, 44.

¹⁴⁴ Vgl. den neuen Art. 701d Abs. 1 OR.

den, ist es angezeigt, dies in der öffentlichen Urkunde klar und nachvollziehbar darzustellen.¹⁴⁵ Entsprechende Beurkundungsbeispiele sind nachstehend in Abschnitt III.J für die Generalversammlungen nach der COVID-19 Verordnung 2 dargestellt. Die folgenden Ausführungen gelten auch für die Rechtslage unter der seit 22. Juni 2020 geltenden COVID-19 Verordnung 3, wobei die Nummerierung des einschlägigen Artikels der COVID-19 Verordnung 2 und COVID-19 Verordnung 3 verschieden ist. Nach dem zum Zeitpunkt der Drucklegung geltenden Recht sind die Versammlungen von Gesellschaften inzwischen in Art. 27 COVID-19 Verordnung geregelt.

Neben den neuen Regelungen ist auch auf die auf den 1. Mai 2021 in Kraft tretende Fassung des Art. 731*b* OR hinzuweisen. Die Verantwortung für die Führung des Aktienbuches liegt beim Verwaltungsrat.¹⁴⁶ Falls er das Aktienbuch nicht ordnungsgemäss führt, liegt gemäss der auf den 1. Mai 2021 in Kraft tretenden Fassung des Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 3 OR ein Organisationsmangel vor.¹⁴⁷ Das Organisationsmängelverfahren führt dazu, dass das Gericht auf Gesuch des Handelsregisters, eines Aktionärs oder eines Gläubigers die erforderlichen Massnahmen zur Behebung des Organisationsmangels anordnen muss.¹⁴⁸ Die Führung des Aktienbuches ist in Art. 686 f. OR geregelt. Im neuen Art. 686 Abs. 2^{bis} OR wird die Pflicht eingeführt, dass Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, sicherstellen müssen, dass die Eigentümer oder Nutzniesser das Gesuch um Eintragung in das Aktienbuch auf elektronischem Weg stellen können. Eine nicht vorschriftsgemässe Führung des Aktienbuchs im Sinne des Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 3 OR liegt beispielsweise vor, wenn kein Aktienbuch geführt wird, die Einträge falsch, unvollständig oder veraltet sind. Eine nicht ordnungsgemässe Führung des Aktienbuchs liegt ebenfalls vor, wenn nicht jederzeit von der Schweiz aus auf das Aktienbuch zugegriffen werden kann.¹⁴⁹ Mit Art. 686 Abs. 1 OR ist auch klargestellt, dass die Urkundsperson nicht für die Führung des Aktienbuchs verantwortlich ist. Sie benötigt aber das Aktienbuch als ein Beweismittel, um die Legitimation der an der Generalversammlung teilnehmenden Personen und den ordnungsgemässen Versammlungsverlauf im Hinblick auf die öffentliche Beurkundung zu prüfen.¹⁵⁰

¹⁴⁵ Vgl. SCHMID (Fn. 58), 232.

¹⁴⁶ Vgl. Art. 686 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 716 Abs. 2 OR; CR CO II-RITA TRIGO TRINDADE, Art. 686 N 6.

¹⁴⁷ Ab dem 1.5.2021 ergibt sich Fassung gemäss Ziff. 1 1 des BG vom 21.6.2019 zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke, in Kraft seit 1.11.2019 (AS 2019 3161 ff.; BBl 2019 279 ff.).

¹⁴⁸ Zum bisherigen Recht vgl. hierzu: LUKAS MÜLLER/PASCAL MÜLLER, Organisationsmängel in der Praxis – Ausgewählte Aspekte zu Art. 731*b* OR aus Sicht des Handelsregisters und der Rechtsprechung, AJP 2016, 42 ff.

¹⁴⁹ Vgl. Art. 686 Abs. 1 OR.

¹⁵⁰ Vgl. hierzu auch die Abschnitte II.C und II.F sowie BGE 120 IV 199 E. 3e.

B) «Physische» Generalversammlung mit einem Tagungsort

Die Generalversammlung wird vom Gesetz als oberstes Organ der Aktiengesellschaft bezeichnet.¹⁵¹ Art. 698 Abs. 2 OR zählt die wichtigsten Kompetenzen der Generalversammlung auf. Der Verwaltungsrat hat die Generalversammlung frist- und formgerecht nach Art. 699 f. OR einzuberufen (im revidierten Aktienrecht wird dies in Art. 699 ff. OR präzisiert und um elektronische Mittel ergänzt). Sofern sämtliche Aktien an der Generalversammlung vertreten sind und kein Widerspruch erhoben wird, können die Aktionäre nach Art. 701 OR als Universalversammlung tagen und über sämtliche Gegenstände Beschlüsse fassen, solange die Eigentümer oder die Vertreter sämtlicher Aktien anwesend sind.

Im einfachsten Fall nehmen sämtliche Aktionäre an der Generalversammlung in einem Sitzungszimmer oder einem anderen physischen Tagungsort teil. Dies geschieht entweder in Form einer Universalversammlung oder mit der frist- und formgerecht durch den Verwaltungsrat (oder das Gericht) einberufenen Generalversammlung.¹⁵² An der Generalversammlung beschliessen die Aktionäre (respektive deren Stellvertreter) über die traktandierten Geschäfte. Öffentliche Urkunden eines Notars über Versammlungsbeschlüsse sind nur notwendig, sofern ein entsprechend formbedürftiges Geschäft beschlossen wird.¹⁵³

Wenn keine Universalversammlung durchgeführt wird, werden die Feststellungen des Vorsitzenden über die Einberufung der Generalversammlung protokolliert. Die Gesellschaft stellt üblicherweise der Urkundsperson die entsprechende Korrespondenz mit der Einladung zur Generalversammlung vorgängig zur Versammlung zur Verfügung, damit die Urkundsperson die einleitenden Feststellungen der Versammlungsleitung über die Formalitäten der Einberufung der Generalversammlung überprüfen kann. Hierzu gehört auch die Feststellung des Vorsitzenden über die Anzahl, die Art, den Nennwert und die Kategorie der vertretenen Aktien, unter Angabe der Aktien, die vom unabhängigen Stimmrechtsvertreter, von den Organstimmrechtsvertretern oder von Depotvertretern vertreten werden.¹⁵⁴

Wie bereits erwähnt, ist teilweise für die Beschlüsse der Generalversammlung und des Verwaltungsrats die öffentliche Beurkundung erforderlich.¹⁵⁵ Wenn zum Beispiel eine Statutenänderung beschlossen wird, muss die hierzu zuständige¹⁵⁶ Urkundsperson über das beurkundungspflichtige Geschäft eine öffentliche Urkunde errichten, und der entsprechende Beschluss ist ins Handelsregister einzutragen.¹⁵⁷ Der Verwaltungsrat ist anschliessend dafür verantwortlich, dass

¹⁵¹ Vgl. Art. 698 Abs. 1 OR; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE/SETHE (Fn. 121), § 16 N 473.

¹⁵² Vgl. Art. 699 ff. OR.

¹⁵³ Vgl. z.B. Art. 647 OR; BSK OR II-FRANZ SCHENKER, Art. 647 OR N 5 ff.; RITTER/GEHRER (Fn. 21), 20.

¹⁵⁴ Vgl. den revidierten Art. 702 Abs. 2 Ziff. 2 OR; BGE 120 IV 199 E. 3e.

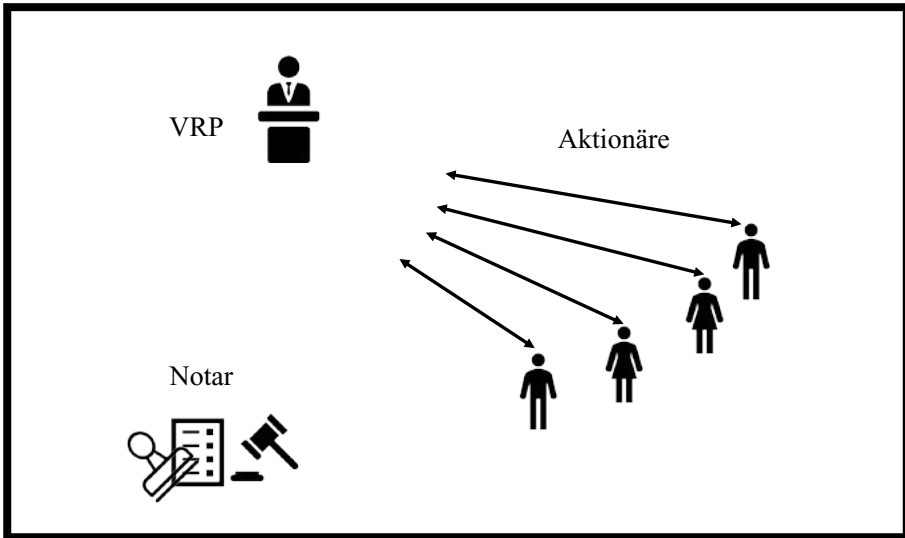
¹⁵⁵ Vgl. vorne Abschnitt II.D.

¹⁵⁶ Vgl. vorne Abschnitt II.C.

¹⁵⁷ Vgl. z.B. Art. 647 OR; vorne Abschnitt II.C.

der entsprechende Beschluss beim Handelsregister angemeldet und eingetragen wird.¹⁵⁸

Abbildung 1: Generalversammlung an einem physischen Ort



Die voranstehende Abbildung visualisiert die Vorgänge, die sich an einer Generalversammlung abspielen. Sämtliche Aktionäre sind an der Generalversammlung in einem Veranstaltungslokal anwesend und üben ihre Mitwirkungsrechte aus. Der Notar ist ebenfalls zugegen. Falls die Gesellschaft ihren Geschäftsbericht ordentlich revidieren lässt, muss die Revisionsstelle an der Generalversammlung ebenfalls anwesend sein, es sei denn, die Aktionäre verzichten mit einstimmigem Beschluss auf die Anwesenheit der Revisionsstelle.¹⁵⁹ Der Verwaltungsratspräsident (oder das einzige Mitglied des Verwaltungsrats) leitet üblicherweise die Generalversammlung und die Aktionäre können ihre Aktionärsrechte ausüben. Hierzu gehört insbesondere die Abgabe der Stimmen, die Ausübung von Auskunftsrechten oder wenn bestimmte Erklärungen zu Protokoll abgegeben werden. Letzteres kann insbesondere für Rechtstreitigkeiten im Hinblick auf die Anfechtung von Beschlüssen bedeutend sein, wenn Aktionäre einen Beschluss anfechten und sicherstellen möchten, nicht mit der Behauptung konfrontiert zu werden, sie hätten dem anzufechtenden Beschluss mit Wissen und Willen zugestimmt.

¹⁵⁸ Vgl. vorne Abschnitt II.C.

¹⁵⁹ Vgl. Art. 731 Abs. 2 OR.

C) Zirkularbeschluss einer Generalversammlung

Art. 701 OR betreffend die Universalversammlung ist mit der Aktienrechtsreform angepasst und um die «Zustimmung zu einem Antrag»¹⁶⁰ ergänzt worden. Eine Universalversammlung kann nach Art. 701 Abs. 1 OR durchgeführt werden, wenn die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien vertreten sind und kein Widerspruch erhoben wird. Damit müssen die für die Einberufung geltenden Vorschriften nicht eingehalten werden.¹⁶¹ In der Universalversammlung kann über alle in den Geschäftskreis der Generalversammlung fallenden Gegenstände gültig verhandelt und Beschluss gefasst werden, solange die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien daran teilnehmen.¹⁶² Die Formerleichterungen gelten indes nicht nur für die Universalversammlung, sondern auch für die mit dem revidierten Art. 701 Abs. 1 OR neu geschaffene Möglichkeit, wenn «Beschlüsse auf schriftlichem Weg auf Papier oder in elektronischer Form erfolgen, sofern nicht ein Aktionär oder dessen Vertreter die mündliche Beratung verlangt».¹⁶³ Diese Regel entspricht im Prinzip dem Verfahren, wie es im Recht der GmbH in Art. 805 Abs. 4 OR normiert ist.¹⁶⁴ Zirkularbeschlüsse sind auch im Umstrukturierungsrecht anerkannt, sofern die involvierten Rechtsträger nach ihrem materiellen Recht und den Statuten die Beschlussfassung auf dem Wege des Zirkularbeschlusses zulassen.¹⁶⁵

Die öffentliche Beurkundung eines solchen Beschlusses ist gemäss Botschaft des Bundesrats zulässig, sofern kein kantonales Recht einer solchen öffentlichen Beurkundung entgegensteht.¹⁶⁶ Hierfür ist es notwendig, dass die Urkundsperson sicherstellen kann, dass sie die Abstimmung, die auf schriftlichem Weg stattfindet, persönlich überprüfen kann.¹⁶⁷

Die Rollenverteilung zwischen der Gesellschaft und der Urkundsperson ergibt sich aus dem Beurkundungsrecht und dem Aktienrecht.¹⁶⁸ Sämtliche der Auszählung der Stimmen vorausgehenden organisatorischen Vorkehren zur Ermittlung des wirklichen Mehrheitswillens der stimmberechtigten Gesellschafter bzw. Aktionäre fallen in die Verantwortung der Gesellschaft respektive der Tagungsleitung und sind zu protokollieren.¹⁶⁹ Die Urkundsperson hat sich diese organisatorischen Vorkehren von der Gesellschaft bzw. vom Vorsitzenden der Versammlung erklären zu lassen und die wesentlichen Teile dieser Erklärungen in der öffentlichen

¹⁶⁰ Vgl. die neue Marginalie des Art. 701 OR in der revidierten Fassung.

¹⁶¹ Vgl. Art. 701 Abs. 1 OR in der revidierten Fassung.

¹⁶² Vgl. Art. 701 Abs. 2 OR in der revidierten Fassung.

¹⁶³ Art. 701 Abs. 3 OR in der revidierten Fassung; vgl. CR CO II-HENRY PETER/FRANCESCA CAVADINI, Art. 701 N 8.

¹⁶⁴ Vgl. BSK OR II-ROLAND TRUFFER/DIETER DUBS, Art. 805 N 37 ff.

¹⁶⁵ Vgl. BSK FUSG-PATRICK SCHLEIFFER, Art. 18 FUSG N 6; RITTER/GEHRER (Fn. 21), 44 f.

¹⁶⁶ Vgl. Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017, 559 mit Verweis auf BRÜCKNER (Fn. 106), 33 ff. (dort mit einem Textbeispiel für die Beurkundung einer Urabstimmung einer Genossenschaft); RITTER/GEHRER (Fn. 21), 45.

¹⁶⁷ Vgl. RITTER/GEHRER (Fn. 21), 45.

¹⁶⁸ Vgl. voranstehend Abschnitt II.E.

¹⁶⁹ Vgl. Art. 702 Abs. 2 und Abs. 3 OR (in der revidierten Fassung); BRÜCKNER (Fn. 106), 34.

Urkunde zu protokollieren.¹⁷⁰ Der Notar muss die Gesellschaft bzw. die Versammlungsleitung zur Wahrheitspflicht ermahnen und darf sich auf die mündlichen Erklärungen des zuständigen Gesellschaftsorgans verlassen.¹⁷¹ Die Urkundsperson würdigt die Zweckmäßigkeit dieser organisatorischen Vorkehrungen frei und unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Dabei ist insbesondere die Interessenlage oder eine etwaige Brisanz der Abstimmungsfragen mitzubersichtigen.¹⁷² Die Aktionäre sollten zudem vorgängig darauf aufmerksam gemacht werden, dass jeder Aktionär das Veto gegen diese Art der Beschlussfassung auf dem Zirkularweg einlegen und eine Versammlung auf mündlichem Weg verlangen kann.¹⁷³

Der Notar muss indes die Teilnahme am Auszählungsvorgang und die öffentliche Beurkundung des Beschlusses ablehnen, wenn die vorgängigen organisatorischen Vorkehren des Zirkularbeschlusses unklar waren. Gleiches gilt, wenn nicht sichergestellt ist, dass die Vorgaben nach dem neuen Art. 701 Abs. 3 OR gegeben sind und dass das zu ermittelnde Abstimmungsresultat trotz der notariellen Auszählung und Kontrolle mit Fehlermöglichkeiten behaftet erscheint.¹⁷⁴

In den Prüfungsbereich gehört auch der Inhalt und die Klarheit von Abstimmungsinstruktion, die Abstimmungsfrage und sowie die Antworten.¹⁷⁵ Die Antworten der Versammlungsteilnehmer sind von der Versammlungsleitung auszulegen und die entsprechende Berücksichtigung im Abstimmungsergebnis auch durch die Urkundsperson zu würdigen. Dies gilt insbesondere in jenen Fällen, in denen Stimmzettel oder anderweitige Antworten auslegungsbedürftig sind. Ein auf dem Zirkularweg gefällter Beschluss gilt als beschlossen, sobald die letzte Stimme eingegangen ist und damit sämtliche Aktionäre ihre Stimme widerspruchsfrei abgegeben haben.¹⁷⁶ Theoretisch können damit sämtliche Aktionäre schriftlich ihre Meinung kundtun, und es ist denkbar, dass ein einziger Aktionär die mündliche Verhandlung verlangt. Durch den Antrag auf die mündliche Verhandlung kann jeder Aktionär ein Veto gegen die Beschlussfassung auf dem Zirkularweg einlegen. Damit ist das auf dem Zirkularweg gefasste Abstimmungsresultat nicht zu berücksichtigen, und es muss eine Generalversammlung mit mündlicher Verhandlung durchgeführt werden.¹⁷⁷

In der öffentlichen Urkunde ist das Auszählungsdatum sowie der Ort anzugeben, an dem die Urkundsperson die Auszählung überwachen konnte.¹⁷⁸ Die Urkunde soll am Tag der notariellen Urkunden-Unterzeichnung datiert werden, da andernfalls eine unwahre Sachbeurkundung vorgenommen wird, die zur Nichtigkeit der Urkunde führt.¹⁷⁹

¹⁷⁰ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 106), 34 f.

¹⁷¹ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 106), 34 f.

¹⁷² Vgl. BRÜCKNER (Fn. 106), 34 f.

¹⁷³ Vgl. Art. 701 Abs. 3 OR in der revidierten Fassung.

¹⁷⁴ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 106), 34 f.

¹⁷⁵ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 106), 34 f.

¹⁷⁶ Vgl. Art. 701 Abs. 3 OR in der revidierten Fassung; BRÜCKNER (Fn. 106), 35.

¹⁷⁷ Vgl. Art. 701 Abs. 3 OR in der revidierten Fassung.

¹⁷⁸ Vgl. RITTER/GEHRER (Fn. 21), 45.

¹⁷⁹ Vgl. MÜLLER/ALIG (Fn. 88), 947 ff.

Es lässt sich darüber diskutieren, ob eine Urkundsperson das Abstimmungs-material an die Aktionäre versenden und sich die Stimmzettel an die eigene Adresse zurücksenden lassen soll. So könnte der korrekte Ablauf der Abstimmung in überschaubaren Verhältnissen relativ gut sichergestellt werden. Das ist grundsätzlich zulässig, aber nicht in jedem Falle empfehlenswert. Der Versand des Abstimmungsmaterials kann auch indirekt über die Zustellung von Zugangsdaten zu einem Online-Aktionärsportal oder Abstimmungsportal, auf elektronischem Weg oder mit konventioneller Post erfolgen. Sofern sehr viele Stimmen auszuwerten sind, übersteigt dies in der Regel die Bearbeitungskapazität einer Notariatskanzlei. Entsprechend wäre auf spezialisierte Dienstleister zurückzugreifen.¹⁸⁰ Die Verantwortung für den Ablauf des gesamten Vorgangs der Generalversammlung – inkl. Versand und Auswertung der abgegebenen Stimmen und den Abgleich mit dem Aktienbuch – trägt die Versammlungsleitung bzw. die Gesellschaft.¹⁸¹ Bei dieser Art des Verfahrens muss der Vorsitzende der Versammlung, der die Verantwortung über die Veranstaltung hat, seine Erklärungen mündlich der Urkundsperson erläutern. Die Urkundsperson weist die Veranstaltungsleitung daraufhin, dass letztere ihre Erklärungen zum Abstimmungsverlauf wahrheitsgemäss machen muss. Eine schriftliche bzw. briefliche Erläuterung unter abwesenden Personen kann nicht entgegengenommen werden.¹⁸²

Die Urkundsperson muss die Kontrolle und Protokollierung fremder Akte vornehmen; die eigene Arbeit kann sie nicht objektiv kontrollieren, da ansonsten ein solcher Beurkundungsakt keine Wirkung nach Art. 9 ZGB und Art. 179 ZPO entfalten kann.¹⁸³ Bei der Auszählung der Stimmen und der öffentlichen Beurkundung des Beschlusses muss die anonyme bzw. geheime Stimmabgabe möglich sein; die Aktionäre können jedoch darauf verzichten. Entsprechend kann die Urkundsperson nicht verlangen, dass die Stimmzettel unterzeichnet sind.¹⁸⁴ Die gegenteilige Ansicht würde die Rechtsnatur der Aktiengesellschaft («société anonyme») gerade infrage stellen.

D) Generalversammlung mit verschiedenen physischen Tagungsorten

Im revidierten Art. 701a Abs. 3 OR ist geregelt, dass die Generalversammlung an verschiedenen Orten gleichzeitig durchgeführt werden kann. Dies ist unter der Bedingung zulässig, dass «die Voten der Teilnehmer unmittelbar in Bild und Ton an sämtliche Tagungsorte übertragen werden».

Das Gesetz sagt nicht ausdrücklich aus, an welchem Ort eine Generalversammlung stattfinden soll. Somit kann der Tagungsort theoretisch an einem beliebigen Ort oder an mehreren Orten stattfinden.¹⁸⁵ Der revidierte Art. 701b Abs. 1

¹⁸⁰ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Fn. 121), § 16 N 500.

¹⁸¹ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 106), 35; siehe auch voranstehend Abschnitt III.A.

¹⁸² Vgl. RITTER/GEHRER (Fn. 21), 45; BRÜCKNER (Fn. 106), 35.

¹⁸³ Vgl. voranstehend die Abschnitte II.C, II.D und II.E sowie CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 3033.

¹⁸⁴ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 106), 35.

¹⁸⁵ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Fn. 121), § 16 N 498.

OR stellt klar, dass die Generalversammlung im Ausland¹⁸⁶ durchgeführt werden kann, «wenn die Statuten dies vorsehen und der Verwaltungsrat in der Einberufung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter bezeichnet». ¹⁸⁷ Bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an der Börse kotiert sind, kann auf einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter verzichtet werden. Die öffentliche Beurkundung einer solchen Generalversammlung kann in der Schweiz erfolgen. ¹⁸⁸

Die Kompetenz zur Festsetzung des Tagungsortes der Generalversammlung liegt beim Verwaltungsrat.¹⁸⁹ Normalerweise wird die Generalversammlung am Sitz der Gesellschaft (oder zumindest nicht weit davon entfernt) einberufen. Die ABB Ltd gilt als Vorreiter der elektronischen Generalversammlung, da sie am 16. März 2000 die erste Generalversammlung an zwei verschiedenen Tagungsorten, unter Einsatz von Satellitenübertragung und einem drahtlosen elektronischen Stimmabgabesystem, durchgeführt hat. Generalversammlungen mit mehreren Tagungsorten gewinnen für Gesellschaften, bei welchen ein grosser Teil der Aktionäre nicht am oder in der Nähe des Sitzes der Gesellschaft stationiert sind, an Bedeutung. Eine Ursache dafür kann unter anderem eine internationale Umstrukturierung, eine Abspaltung oder eine Fusion sein.¹⁹⁰

Für die öffentliche Beurkundung kann hierfür auf die voranstehenden Ausführungen in Abschnitt II verwiesen werden. Dabei hat sich bereits eingebürgert, dass für diese Art der Wahrnehmungsbeurkundung¹⁹¹ in der Regel nur an einem Ort ein Notar anwesend ist. Die Aufgabenverteilung auf je einen Notar pro Versammlungsort, wie sie von LAMBERT skizziert wird, klingt zwar einleuchtend und praktikabel.¹⁹² Diese Vorgehensweise ist jedoch nicht mit der Vorgabe verträglich, dass eine Urkundsperson für ihre öffentliche Beurkundung die Verantwortung vollständig und unabhängig übernimmt. Ein Abhängigkeitsverhältnis, das entsteht, wenn die Aufgaben auf verschiedene Notare verteilt werden, verträgt sich nicht mit der Vorgabe der unabhängigen Berufsausübung; stattdessen könnte hingegen ein Notar in seiner Verantwortung die öffentliche Beurkundung mit seinen Hilfspersonen vornehmen.¹⁹³

¹⁸⁶ Der ausländische Tagungsort ändert nichts daran, dass für die Generalversammlung immer noch schweizerisches Recht anwendbar ist; CLAUDE LAMBERT, Die Durchführung einer Generalversammlung an zwei verschiedenen Tagungsorten, REPRAX 2/2000, 45.

¹⁸⁷ Der Beschluss für die Statutenbestimmung zur Durchführung der Generalversammlung im Ausland benötigt die Zustimmung von mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und der Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte; vgl. den neuen Art. 704 Abs. 1 Ziff. 11 OR.

¹⁸⁸ Zur öffentlichen Beurkundung einer schweizerischen Generalversammlung im Ausland vgl. Art. 25 HRegV; Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017, 557; VON DER CRONE/BERNET (Fn. 8), 262 und 265 f.

¹⁸⁹ Vgl. Art. 701a Abs. 1 OR des neuen Aktienrechts.

¹⁹⁰ Vgl. LAMBERT (Fn. 186), 39.

¹⁹¹ Vgl. vorne Abschnitt II.F.

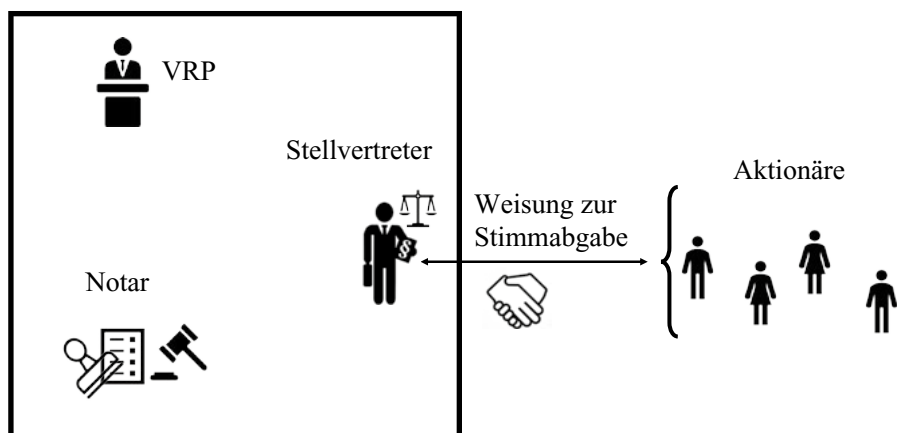
¹⁹² Vgl. LAMBERT (Fn. 186), 45.

¹⁹³ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 10), N 361; § 10a Abs. 2 BeurkG/ZG.

E) «Elektronische» Generalversammlung (mittels Stellvertreter)

Generalversammlungen können effizienter organisiert werden, sofern Aktionäre ihre Rechte mittels eines Stellvertreters wahrnehmen. Hierzu können sie einen Stellvertreter ermächtigen, die Aktionärsrechte an der Generalversammlung auszuüben. Dabei ist es üblich, den diesbezüglichen Auftrag mit einer entsprechenden Weisung für die Ausübung des Stimmrechts dem Stellvertreter in Form einer schriftlichen Vollmacht zu erteilen. Diese Vollmacht soll es für Dritte transparent machen, dass die an der Generalversammlung teilnehmende Person die entsprechenden Aktionäre bzw. Aktien rechtsgültig vertritt. Eine symbolhafte Darstellung einer solchen Veranstaltung ist in Abbildung 2 skizziert.

Abbildung 2: Generalversammlung mit Stellvertreter



Wenn sich die Urkundsparteien, Veranstaltungsteilnehmer oder Aktionäre vertreten lassen, ist dies in der öffentlichen Urkunde anzugeben.¹⁹⁴ Andernfalls könnte dies die öffentliche Urkunde unwahr machen und könnte potenziell ein Urkundendelikt darstellen.¹⁹⁵ Unrichtige Bezeichnungen der Parteien oder der für sie handelnden Personen oder Vertreter stellen einen Verstoss gegen die Wahrheitspflicht dar, da der Sachverhalt vollständig und wahr beurkundet werden muss.¹⁹⁶

Die Urkundsparteien oder Beteiligten können sich bei einer Veranstaltung respektive der Beschlussfassung, die der öffentlichen Beurkundung bedarf, vertreten lassen, sofern dies das materielle Recht zulässt. In absolut höchstpersönlichen Geschäften – wie etwa der öffentlichen Beurkundung einer letztwilligen Verfü-

¹⁹⁴ Vgl. RUF (Fn. 24), N 837 ff. Siehe dazu den strafrechtlichen Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden in PKG 1989 Nr. 37 und für den zivilrechtlichen Sachverhalt PKG 1985 Nr. 5 sowie BGE 112 II 330.

¹⁹⁵ Vgl. RUF (Fn. 24), N 836 f.

¹⁹⁶ Vgl. Art. 317 StGB; BGE 90 II 282; RUF (Fn. 24), N 162 f.

gung – ist das Geschäft vertretungsfeindlich.¹⁹⁷ Die Mitwirkung an der Generalversammlung ist nach Massgabe von Art. 689 Abs. 2 OR grundsätzlich vertretungsfreundlich.¹⁹⁸

Einige Gesellschaften haben in ihren Statuten die Einschränkung getroffen, dass nur andere Aktionäre die Stimmrechte der Aktionäre vertreten dürfen. Diesbezüglich besteht beim Vorliegen einer solchen Statutenbestimmung eine entsprechende Überprüfungspflicht. Im neuen Aktienrecht wird die Stimmrechtsvertretung in Art. 689a ff. OR revidiert. Die entsprechenden Vertretungsverhältnisse sind ebenfalls mit den entsprechenden Feststellungen der Versammlungsleitung in die öffentliche Urkunde aufzunehmen. Im neuen Art. 689d Abs. 1 OR ist geregelt, dass die Statuten von Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, vorsehen können, dass ein Aktionär nur durch einen anderen Aktionär in der Generalversammlung vertreten werden kann. Diesfalls muss der «Verwaltungsrat auf Verlangen eines Aktionärs einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter oder einen Organstimmrechtsvertreter bezeichnen, dem die Ausübung der Mitwirkungsrechte übertragen werden kann».¹⁹⁹ Der Verwaltungsrat muss hierfür spätestens zehn Tage vor der Generalversammlung den Aktionären mitteilen, wen sie mit der Vertretung beauftragen können. Wenn der Verwaltungsrat dieser Pflicht nicht nachkommt, kann der Aktionär einen beliebigen Dritten mit der Vertretung beauftragen.²⁰⁰

Gemäss Art. 95 Abs. 3 BV ist die elektronische Fernabstimmung mit direkter Interaktionsmöglichkeiten der Aktionäre gemäss extensiver Auslegung der Verfassungsbestimmung zulässig (oder sogar verfassungsrechtlich erwünscht), obschon Aktionäre keinen direkt durchsetzbaren verfassungsmässigen Anspruch auf die unmittelbare Teilnahme an einer Generalversammlung mittels Internet haben.²⁰¹ Die einschränkenden Stimmen, die in Art. 95 Abs. 3 BV nur das «indirect voting» mittels Erteilung von Vollmachten auf elektronischem Weg als Minimalstandard des Mitwirkungsrechts der Aktionäre sehen, sind so zu verstehen, dass der Aktionär keinen Anspruch auf die unmittelbare Wahrnehmung der Stimmrechte haben soll.²⁰² Die Stimmabgabe gestützt auf Art. 6f der COVID-19-Verordnung 2 (bzw. derzeit nach Art. 27 COVID-19 Verordnung 3) soll auf schriftlichem oder elektronischem Weg erfolgen. Alternativ ist die Stimmabgabe auch durch einen vom Veranstalter bezeichneten unabhängigen Stimmrechtsvertreter zulässig.²⁰³

¹⁹⁷ Vgl. BSK OR I-ROLF WATTER, Art. 32 OR N 3; Art. 498 ff. ZGB.

¹⁹⁸ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Fn. 121), § 16 N 542 ff. mit Hinweisen.

¹⁹⁹ Art. 689d Abs. 2 OR des revidierten Aktienrechts.

²⁰⁰ Art. 689d Abs. 3 OR des revidierten Aktienrechts.

²⁰¹ Vgl. NAGIHAN MUSLIU, Die Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen, Diss. Zürich, Zürich/St.Gallen 2019, 204 mit Hinweisen.

²⁰² Vgl. BSK BV-FELIX UHLMANN, Art. 95 N 40 (mit Hinweisen auf zahlreiche gegenteilige Meinungen); das «indirect voting» mittels Vollmachten- und Stimmweisungserteilung ist in Art. 9 Abs. 1 Ziff. 3 VegüV vorgesehen.

²⁰³ Vgl. Art. 6f Abs. 1 lit. b COVID-19-Verordnung 2 bzw. Art. 27 Abs. 1 lit. b COVID-19 Verordnung 3; vgl. dazu auch die nachstehenden Beispiele unter Abschnitt III.J.

Bei Publikumsgesellschaften ist zu berücksichtigen, dass der unabhängige Stimmrechtsvertreter die Weisungen der einzelnen Aktionäre gemäss dem neuen Art. 689c Abs. 5 OR bis zur Generalversammlung vertraulich behandeln muss. Er kann zwar der Gesellschaft eine allgemeine Auskunft über die eingegangenen Weisungen erteilen. Der unabhängige Stimmrechtsvertreter darf jedoch die Auskunft frühestens drei Werktage vor der Generalversammlung erteilen. Anlässlich der Generalversammlung hat er der Generalversammlung zu erklären, welche Informationen er der Gesellschaft erteilt hat.²⁰⁴

Die Formvorschriften für die Vollmacht richten sich dabei nach dem Gesetz. Namenaktionäre oder deren Vertreter können die Rechte aus den Namenaktien ausüben, wenn sie durch den Eintrag im Aktienbuch ausgewiesen oder vom Aktionär dazu schriftlich bevollmächtigt sind und die Statuten dies zulassen.²⁰⁵ Die Aktionäre können sich somit an der Generalversammlung mittels schriftlicher oder elektronischer Vollmacht durch bevollmächtigte Stellvertreter vertreten lassen, die nach dispositiver Regelung nicht selbst Aktionäre sein müssen (vgl. die neuen Regelungen in Art. 689a ff. OR). Wer Mitwirkungsrechte als Vertreter ausübt, muss gemäss bisheriger Fassung des Art. 689b Abs. 1 OR die Weisungen des Vertretenen befolgen.²⁰⁶ Die Nichtbefolgung der Weisung ist allerdings nur im Innenverhältnis zwischen dem Aktionär und dem Stellvertreter relevant; nicht für die Generalversammlung als solche.²⁰⁷ Ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter entfällt sich im neuen Aktienrecht der Stimme, wenn er keine Weisung erhalten hat.²⁰⁸

Somit sind – wie in Abbildung 2 ersichtlich ist – die Veranstaltungsleitung, Stellvertreter sowie die Urkundsperson am gleichen Tagungsort. Sämtliche Wahrnehmungen können ohne Einsatz von elektronischen Mitteln unmittelbar gemacht werden. Die Vollmachtserteilung kann auf elektronischem Weg erfolgen. Damit lässt sich sicherstellen, dass die Legitimation der Anwesenden gegeben ist und die Vollmachtserteilung richtig erfolgte. Die Legitimationsprüfung liegt in der Verantwortung des Veranstalters. Die Urkundsperson hat die Verantwortung darüber, dass das Abstimmungsverfahren richtig durchgeführt wird. Wenn das Abstimmungsverfahren mit Fehlern behaftet erscheint, muss die Urkundsperson die öffentliche Beurkundung ablehnen.²⁰⁹

Die Urkundspersonen müssen grundsätzlich die Legitimation des Aktionärs überprüfen. Die Festlegung des Umfangs der Prüfung obliegt dem Notar. Er entscheidet, ob ihm eine elektronische Vollmachtsurkunde (z.B. in Form eines PDF oder einer E-Mail) genügt. Dies ist bei ihm bekannten Aktionären und Verhältnissen vertretbar. Bei ihm nicht persönlich bekannten Aktionären muss allenfalls

²⁰⁴ Vgl. Art. 689c Abs. 5 OR; DANIEL HÄUSERMANN, Ein Stimmgeheimnis für die Publikumsgesellschaft?, in: Matthias P. A. Müller/Lucas Forrer/Floris Zuur (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, 285 ff.

²⁰⁵ Vgl. Art. 689a Abs. 1 OR.

²⁰⁶ Vgl. Art. 689b Abs. 1 OR.

²⁰⁷ Vgl. BSK OR II-INES PÖSCHEL, Art. 689b N 15.

²⁰⁸ Vgl. Art. 689b Abs. 1 und Abs. 3 OR (revidierte Fassung).

²⁰⁹ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 106), 34 f.

die Unterschrift des vollmachterteilenden Aktionärs auf der Vollmachtsurkunde beglaubigt werden. Der Notar überprüft, ob der Vollmachtgeber bzw. der Aktionär im Aktenbuch eingetragen ist. Die Richtigkeit des Aktienbuches überprüft die Urkundsperson hingegen nicht. Dies kann dazu führen, dass der einzige Verwaltungsrat seine eigene Aktionärseigenschaft durch ein Aktienbuch belegt, welches er erstellt und unterzeichnet hat. Es wäre ein unverhältnismässiger Aufwand, die Richtigkeit der Vollmacht durch den Notar überprüfen zu lassen. Stattdessen liegt es in der Verantwortung des Verwaltungsrats, die ordnungsgemässe Organisation der Veranstaltung sicherzustellen. Der Veranstaltungsleitung muss wahrheitsgemäss die entsprechenden Feststellungen in der Generalversammlung machen und die Anzahl gültig an der Generalversammlung stimmberechtigter Aktien zuverlässig angeben.

Die virtuelle Identifizierung eines Aktionärs kann in einfachen Fällen bei einer elektronischen Stimmabgabe anlässlich eines Video-Calls erfolgen, sofern die Aktionäre von der Urkundsperson und der Versammlungsleitung eindeutig identifizierbar sind. In grösseren Verhältnissen (z.B. Publikumsgesellschaften) ist die Identifizierung über ein TAN-Verfahren oder mit einer Mobile ID denkbar.²¹⁰ Es muss in jedem Fall – unabhängig davon, ob dies elektronisch, virtuell oder analog geschieht, – die Teilnahme von Unberechtigten mit verhältnismässigen Mitteln verhindert werden. Es lässt sich jedoch nie vollständig ausschliessen, dass sich unberechtigte Dritte mit krimineller Energie in eine Versammlung einmischen – das gilt im Übrigen auch für «physische» Generalversammlungen. Für die Fälle, in denen sich Unberechtigte in eine Generalversammlung einmischen, gibt es indes die Regelung des Art. 691 Abs. 3 OR.

Die elektronische Stimmabgabe könnte als elektronische Vollmacht an einen Stimmrechtsvertreter erfolgen. Der Stimmrechtsvertreter wäre in diesem Fall anwesend. Hierzu gibt es etablierte Tools wie z.B. jenes von der smartprimes GmbH²¹¹ oder von der Swisscom AG.²¹² Je grösser die Anzahl Versammlungsteilnehmer ist, desto eher lohnt sich der Einsatz eines solchen Dienstes.

Eine alternative Variante der Legitimationsprüfung könnte darin bestehen, das Aktienbuch mit der Distributed Ledger Technologie zu verbinden. In diesem Fall könnte die Abstimmung auch mittels Kryptotoken erfolgen.²¹³ Diese Variante könnte vielversprechend sein, insbesondere da der Gesetzgeber die Einführung einiger Gesetzesänderungen beschlossen hat, um das schweizerische Recht mit der Blockchain bzw. Distributed Ledger Technologie rechtssicher zu gestalten, und das neue Aktienrecht die elektronische Verwaltung des Aktienbuchs

²¹⁰ Hierfür wäre in Zukunft allenfalls auch die Identifizierung über die E-ID denkbar; vgl. voranstehend Abschnitt II.G.3.

²¹¹ Vgl. <http://www.primesvote.ch>.

²¹² Vgl. <https://ip.computershare.ch/swisscom>.

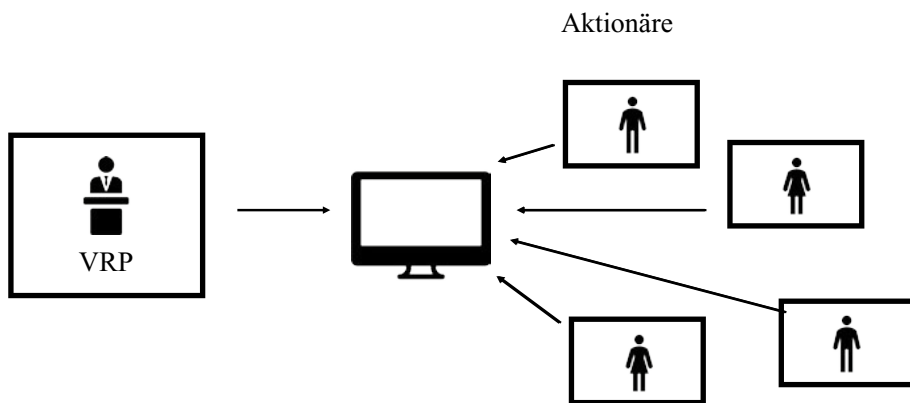
²¹³ Vgl. <https://cvj.ch/fokus/legal-compliance/die-virtuelle-generalversammlung-abstimmungen-mit-erc-20-token/>.

gestützt auf den neuen Art. 686 Abs. 2^{bis} OR auch für solche modernen Systeme zugänglich macht.²¹⁴

F) Generalversammlung mittels Videokonferenz (ohne Urkundsperson)

Nach bisherigem Recht ist die Zulässigkeit einer rein virtuellen Generalversammlung ohne Tagungsort umstritten.²¹⁵ Eine rechtssichere Variante wird mittels Stellvertreterlösungen durchgeführt. Hierfür kann auf die voranstehenden Ausführungen verwiesen werden.²¹⁶ Die Generalversammlung mittels Videokonferenz findet formell an jenem Ort statt, an dem die Gesellschaft die Generalversammlung einberuft. Rechtlich könnte man dies auch als Generalversammlung mit mehreren physischen Tagungsorten oder mit einer Video-Konferenz auslegen, bei welcher sich die Teilnehmer mit direkten Kommunikationsmitteln zum Konferenzraum einwählen.²¹⁷ Entscheidend ist in jedem Fall, dass die Aktionäre unmittelbar mit den Kommunikationsmitteln der Generalversammlung folgen und ihre Aktionärsrechte ausüben können. Alternativ sollte ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter beim Vorsitzenden der Versammlung physisch anwesend sein. Diese Veranstaltungform ist symbolhaft in Abbildung 3 dargestellt.

Abbildung 3: Generalversammlung mit Videokonferenz



²¹⁴ Vgl. Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register. Siehe dazu insbesondere die Botschaft des Bundesrates vom 27.11.2019 zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register, BBl 2020, 233 ff. bzw. die aktuelle Gesetzesvorlage unter der Geschäftsnummer des Bundesrats 19.074, wie sie vom Nationalrat am 17.6.2020 beschlossen wurde. Das Geschäft ist zum Zeitpunkt der Drucklegung bei der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates (WAK-S).

²¹⁵ Vgl. die Übersicht zu den verschiedenen Lehrmeinungen: THEILER (Fn. 8), 70 ff.

²¹⁶ Vgl. voranstehend Abschnitt III.E.

²¹⁷ Vgl. voranstehend Abschnitt III.D.

Eine virtuelle Generalversammlung mittels Videokonferenz ist vermutlich für viele Veranstaltungsteilnehmer und Organisatoren eine neue Erfahrung und wird alle involvierten Akteure vor neue Herausforderungen stellen. Entsprechend bietet es sich an, eine solche Veranstaltung mit unumstrittenen Traktanden zu üben, damit gestützt darauf Erfahrung gesammelt werden kann. Mindestens einmal im Jahr muss eine Aktiengesellschaft eine Generalversammlung durchführen, an welcher über die üblichen, im Gesetz vorgesehenen Traktanden zu beschliessen ist. Dies umfasst beispielsweise die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle, die Genehmigung des Lageberichts, der Konzernrechnung und der Jahresrechnung sowie die Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinnes (insbesondere die Festsetzung der Dividenden) oder die Entlastung des Verwaltungsrats.²¹⁸ Die Teilnehmer einer solchen Veranstaltung konnten zumindest in privatem Rahmen während der COVID-19-Pandemie mittels Videokonferenz-Software wie Zoom, Skype Business, Microsoft Teams oder sogar WhatsApp eine gewisse Erfahrung sammeln. SWITCH bietet ebenfalls eine relativ sichere Software-Lösung an, die mit einer End-zu-End-Verschlüsselung funktioniert.²¹⁹ Insbesondere aus Sicherheits- und Datenschutzgründen ist Zoom zurzeit nicht zu empfehlen. Als zahlreiche Universitäten ihren Vorlesungsbetrieb mit Zoom organisierten, wurde der Online-Vorlesungsbetrieb vereinzelt durch unberechtigte Dritte, die sich Zugang zu den Vorlesungen verschafften, beeinträchtigt. Die unbefugten Teilnehmer verbreiteten während der Online-Vorlesungen rassistische, pornografische oder anderweitig unangemessene Inhalte und störten erfolgreich den Veranstaltungsbetrieb.²²⁰ Hier wäre derzeit wohl – namentlich für schweizerische Gesellschaften – die Lösung von SWITCH mit einer End-zu-End-Verschlüsselung vorzuziehen.

Für eine erfolgreiche Organisation der Videokonferenz ist es ratsam, sämtliche involvierten Personen mit der Videokonferenzsoftware vertraut zu machen; allenfalls mit einem vorgängigen Testlauf. Es bietet sich hierfür an, den Veranstaltungsteilnehmern die Nutzung der Funktion einer Videokonferenz-Software mittels einer leichtverständlichen Anleitung zu erläutern. Diese Anleitung kann mit der Einladung zur Versammlung mitverschickt werden. Zugleich kann vorgängig ein Testlauf mit der Software stattfinden, damit sich die Teilnehmer vorgängig mit der Software vertraut machen. Die meisten Videokonferenz-Programme sind für die Nutzung der Desktop-Variante wie PC oder Laptop gedacht, ermöglichen jedoch auch die Teilnahme via Smartphone.

Sinnvoll ist es auch, den Aktionären trotz Anleitung und einem vorgängigen Testlauf auch die Möglichkeit zu geben, sich bei Fragen oder Problemen bei der Nutzung der Funktionen, an jemanden wenden zu können; idealerweise eine Hilfs-

²¹⁸ Vgl. die Liste in Art. 698 OR, soweit damit keine Statutenänderungen verbunden sind. Insbesondere Wahlen, Gewinnverwendungsbeschlüsse sowie Genehmigung der entsprechenden Geschäfts- und Vergütungsberichte benötigen nicht die Mitwirkung einer Urkundsperson.

²¹⁹ Vgl. <https://www.switch.ch/videoconf/>.

²²⁰ Vgl. PLAGA (Fn. 143), 44; STEFAN BETSCHON, Dank Videokonferenzen zum Milliardär, NZZ, 27.3.2020, 18.

person der Veranstaltungsleitung. Mit der Anleitung erhält der Veranstaltungsteilnehmer zugleich Kenntnis davon, welches Videokonferenz-Programm genutzt werden soll. Hierfür bietet es sich an, dass die Teilnehmer vorgängig per Brief und E-Mail darauf aufmerksam gemacht werden, wie sie die Videokonferenz-Software installieren oder ohne Installation (z.B. mittels einer Adresse im Internet) nutzen können. Dabei ist zu beachten, dass in der letzteren Variante manche Funktionen allenfalls fehlen können oder dass Bild und Ton in etwas geringerer Qualität dargestellt werden. Deshalb ist die Variante mit der Installation grundsätzlich empfohlen, obschon die Nutzungsmöglichkeit ohne Installation für die Veranstaltungsteilnehmer bequemer ist.

Damit nur die eingeladenen Personen (und keine unberechtigten Dritten) an der Videokonferenz teilnehmen können, sollte das Meeting mit einem Passwort geschützt werden. Diese Einstellung kann in den meisten Videokonferenz-Programmen vom Organisator beim Erstellen des Meetings gewählt werden. Sinnvoll ist es, die Warteraum-Funktion zu nutzen. Die gängigen Videokonferenz-Programme bieten eine solche Funktion an. Diese Funktion dient dazu, dass die Teilnehmenden erst in einen virtuellen Warteraum kommen, bevor der Organisator der Videokonferenz die Veranstaltungsteilnehmer in die virtuelle Generalversammlung eintreten lässt. Dies verhindert, dass unbefugte Personen, die auf irgendeine Weise an die Zugangsdaten kommen, an der Videokonferenz teilnehmen können. Nach dem Beitritt ins Meeting muss der Name der Aktionäre eingegeben werden. Nun kann der Host (Organisator des Meetings) den Aktionär zum Meeting hinzufügen. Die Teilnehmenden müssen vom Organisator (eine Hilfsperson des Vorsitzenden der Versammlung) im Blick behalten werden, um eventuell unbefugte Personen rechtzeitig auszuschliessen. Privatsphäre-Einstellungen sind sinnvoll und sollten vorgenommen werden. Meetings sollten nur dann aufgezeichnet werden, wenn alle Teilnehmenden dem zugestimmt haben. Die Zustimmung für die Aufzeichnung kann vorgängig zur Generalversammlung von den Veranstaltungsteilnehmern eingeholt werden.

Der Organisator kann zudem mit den entsprechenden Software-Einstellungen verhindern, dass lokale Aufzeichnungen durch die Teilnehmenden gemacht werden. Damit keine unerwünschten Bildschirminhalte für alle Teilnehmenden geteilt werden, kann der Organisator diese Funktion mit den entsprechenden Einstellungen bezüglich des «screen sharing» und der Video-Einstellungen einschränken. Nützlich ist auch die Zulassung einer Chat-Funktion oder zumindest die Möglichkeit, dass dem Vorsitzenden Fragen gestellt werden können.

Sobald alle Aktionäre anwesend sind, gibt es bei einigen Software-Lösungen die Möglichkeit, dass der Organisator das virtuelle Meeting bzw. dessen Zutritt sperren kann. Damit sich keine unbefugten Dritten zum Meeting zuschalten können, müssen die Login-Daten für die virtuelle Versammlung möglichst direkt an die geplanten Teilnehmer versendet werden. Auf jeden Fall sollte verhindert werden, dass die Zugangsdaten für die virtuelle Versammlung in öffentlichen Gruppen auf sozialen Netzwerken und dergleichen gepostet oder per E-Mail an Dritte verschickt werden.

Die Organisation mittels einer Videokonferenz-Software ermöglicht es ohne Probleme, genau festzuhalten, zu welcher Zeit welche Aktionäre anwesend waren. Dabei sind die Namen der anwesenden Veranstaltungsteilnehmer mit dem Aktienbuch abzugleichen. Dadurch können auch die Anzahl der abgegebenen Stimmen und die Beschlussquoten ermittelt werden. Abstimmungen können im Idealfall mit dem Videokonferenz-Programm durchgeführt werden – sei es über ein Umfragetool, das in das Videokonferenz-Programm integriert ist, oder über separate Lösungen, die parallel zur Videokonferenz genutzt werden. Im einfachsten Fall können die Veranstaltungsteilnehmer beispielsweise mittels E-Mail oder Ausfüllen einer Web-Umfrage (z.B. Doodle) abstimmen. In sehr kleinen Verhältnissen können die Teilnehmer auch mittels Erheben der Hand oder mündlich abstimmen. Unabhängig davon, wie aufwendig die Lösung ist, es muss stets gewährleistet sein, dass nur berechnigte Teilnehmer mit der richtigen Anzahl Stimmen und nicht mehrmals abstimmen, da andernfalls das Abstimmungsergebnis nach Art. 691 Abs. 3 OR oder anderweitig anfechtbar ist.

Die Veranstaltungsteilnehmer sollten der Versammlungsleitung auf dem Bildschirm gezeigt werden. Grundsätzlich sollten Teilnehmer auf stumm geschaltet werden und nur mitreden dürfen, wenn ihnen von der Versammlungsleitung das Wort erteilt wird. Die Aktionäre sollten nicht das Recht haben, die Stummschaltung selbst aufzuheben. Stattdessen muss dies im Chat oder durch geeignete Nachricht bei der Versammlungsleitung (oder einer Hilfsperson von ebendieser) beantragt werden, da die Veranstaltung ansonsten chaotisch werden könnte. Des Weiteren wäre allenfalls ein Zeitlimit einzuführen. Eine Redezeitbeschränkung ist aktienrechtlich zulässig, solange das Gleichbehandlungsprinzip nach Art. 717 Abs. 2 OR gewahrt wird und sich die Redezeitbeschränkung sachlich aufdrängt.²²¹ Im Übrigen sollte auch verhindert werden, dass Aktionäre den Anzeigenamen ändern können, da sonst Verwechslungsgefahr entsteht oder dass die anonyme Anzeige für Aktionäre und nur für VR mit Namen erfolgt. Die entsprechenden Vorgaben sind vom Verwaltungsrat zu regeln. Falls sich ein Aktionär an der Generalversammlung ungebührlich benimmt, ist im Extremfall auch der Ausschluss des Teilnehmers von der Versammlung zulässig.²²²

Falls der Vorsitzende der Versammlung eine Powerpoint-Präsentation hält, kann mit den gängigen Videokonferenz-Programmen eine Bildschirmfreigabe durch den Vorsitzenden (oder dessen Hilfsperson) erfolgen. Es sollten jedoch nur einzelne Fenster und nicht der gesamte Bildschirm geteilt werden. Man sollte tunlichst vermeiden, dass die Veranstaltungsteilnehmer Einblick in vertrauliche Dateien oder E-Mails erhalten. Deshalb sollten nur einzelne Fenster, nicht aber der ganze Bildschirm geteilt werden. Entsprechend ist der Bildschirm nur selektiv mit den Aktionären zu teilen. Entsprechend ist es ratsam, die Präsentation mit der Versammlungsleitung zu üben respektive, dass die Steuerung der Software durch eine Hilfsperson erfolgt. Falls die Videokonferenz-Software die Annotie-

²²¹ Vgl. BÖCKLI (Fn. 121), § 12 N 177; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 23 N 101.

²²² Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 221), § 23 N 101; BSK OR II-DIETER DUBS/ROLAND TRUFFER, Art. 702 N 25.

rung der Präsentation durch die Veranstaltungsteilnehmer zulässt, sollte dies für die Aktionäre deaktiviert werden. Ansonsten haben die Aktionäre die Möglichkeit, Chat, Folien, Berichte, Präsentationen etc. zu kommentieren, was den Veranstaltungsablauf stören kann.

Die direkte Kommunikation zwischen den Veranstaltungsteilnehmern und der Versammlungsleitung kann mit einem Chat sowie einem Q&A erfolgen. Dieses sollte durch eine juristisch ausgebildete Person erfolgen. Die Veranstaltungsleitung sollte den Chat nicht betreuen müssen, da dies aufwendig ist und ablenkt.

Weitere Diskussionspunkte stellen etwa die Zugriffsrechte und die Datensicherheit dar. Wer hat zu welchen Zeiten auf welche Daten Zugang? Hier sollten Aktionäre unter gleichen Bedingungen nach Massgabe von Art. 717 Abs. 2 OR gleich behandelt werden. Die Veranstaltungsleitung muss indes in jedem Fall Zugriff auf die Daten haben – und wenn es ein beurkundungspflichtiges Traktandum gibt, auch die Urkundsperson. Eine Ausnahme kann nur für den Fall gelten, wenn bestimmte Personen für ein Traktandum im Ausstand sind. Für die hochgeladenen Unterlagen sollte der entsprechende Schreibschutz eingefügt werden, damit nur die Betrachtung, aber nicht die Manipulation, der Daten erfolgen kann. Zu prüfen ist auch die Aktualisierungsmöglichkeit für die hochgeladenen Dokumente, z.B. dass die Veranstaltungsleitung diese während der Versammlung anpassen kann. Dies kann sich etwa anbieten, wenn während der Versammlung ein Beschluss umformuliert wird. Hier könnten die Dokumente mit Link oder «screen sharing» mit den Veranstaltungsteilnehmern geteilt werden.

Das Versammlungsprotokoll – insbesondere soweit es die Beschlüsse betrifft – sollte unbedingt ebenfalls mit den entsprechenden Zugriffs- und Bearbeitungsrechten vorbereitet werden. Hier ist stets sicherzustellen, dass nur die berechtigten Personen (insb. Protokollführer) Zugriff auf das Dokument haben. Für ein beurkundungspflichtiges Traktandum muss auch die Urkundsperson Zugriff darauf haben. Nach Ende der Veranstaltung muss die Unveränderbarkeit und die sichere Archivierung der Unterlagen sichergestellt werden. Zudem ist zu definieren, welche Unterlagen in welcher Form an ein Handelsregisteramt gesendet werden können. Falls etwa Mutationen in der Zeichnungsberechtigung beschlossen werden, sollen nur die entsprechenden Protokollauszüge (inkl. der beglaubigten Unterschriftenmuster) dem Handelsregisteramt übermittelt werden. Die restlichen Traktanden sollten nicht im Protokoll aufgeführt werden, sofern sie keine Relevanz zur Handelsregistereintragung haben. Die Belege im Handelsregister sind für beliebige Dritte ohne Interessennachweis einsehbar (Art. 930 OR). Entsprechend könnten Informationen im entsprechenden Protokoll beim Handelsregister hinterlegt werden, die nicht für die Öffentlichkeit gedacht sind.

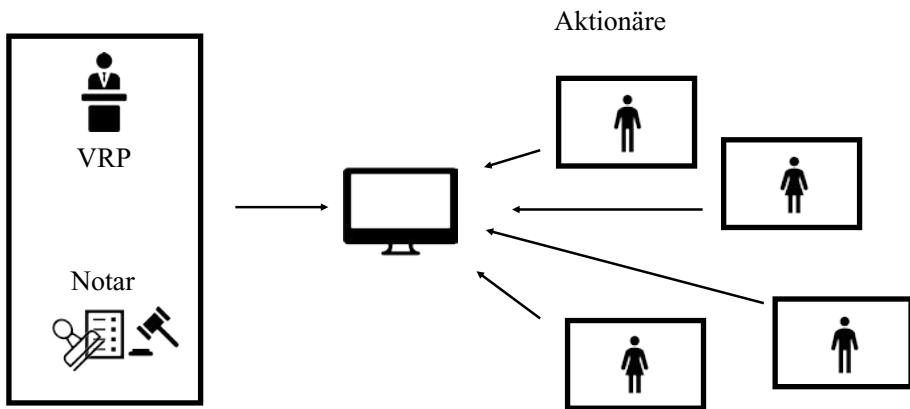
Für die Sicherung der Daten stellt sich die Frage, über welches Medium die Versammlungsleitung, die protokollführende Person und der Notar Zugriff haben sollten. Es ist zu klären, ob die Dateien bei einem Cloud-Anbieter gespeichert werden oder in einer besonderen sicheren Lösung. Vorzuziehen wäre insbeson-

dere eine revisionssichere Lösung, wie z.B. der SwissTrustRoom.²²³ Bei dieser Lösung können Accounts mit verschiedenen Zugriffsberechtigungen erstellt werden. Das Login funktioniert nur über eine Zwei-Faktoren-Authentifikation («2FA»). Dokumente können dort auch qualifiziert elektronisch und mit Zeitstempel über ZertES signiert werden. Zudem ist jeder Schritt revisionssicher gespeichert und geloggt.

G) Virtuelle Generalversammlung nach revidiertem Aktienrecht

Die virtuelle Generalversammlung mit Teilnahmemöglichkeit via Internet findet grundsätzlich wie eine herkömmliche Generalversammlung statt. Die örtliche Anordnung ist auf Abbildung 4 veranschaulicht. Jeder Veranstaltungsteilnehmer nimmt von einem anderen Ort an der Veranstaltung teil. Lediglich die Urkundsperson bzw. der Notar ist bei der Versammlungsleitung im gleichen Raum. Bei der virtuellen Generalversammlung handelt es sich um eine nicht-physische Versammlung bei dem ein eigentlicher Tagungsort entfällt. Sämtliche Teilnehmer können sich von ihren Büros oder anderen Orten in die Versammlung einwählen.

Abbildung 4: Virtuelle Generalversammlung nach revidiertem Aktienrecht



Die Durchführung der Generalversammlung ist unabhängig vom Standort. Es muss jedoch für die Veranstaltungsteilnehmer die Möglichkeit bestehen, auf elektronische Mittel zurückzugreifen. Damit sind die Vorkehrungen gemeint, welche es den Aktionären erlauben, trotz physischer Abwesenheit, ihre Rechte an der Generalversammlung aktiv und unmittelbar via Internet ausüben zu können.²²⁴ Im Gegensatz zur indirekten Teilnahme mittels elektronischer Weisungs-

²²³ Vgl. <https://www.swisscom.ch/de/business/enterprise/angebot/security/swiss-trust-room.html> bzw. <https://www.swisstrustroom.com>.

²²⁴ Vgl. den neuen Art. 701c OR.

abgabe, entfällt ein persönlich teilnehmender Vertreter, und die Aktionäre können ihre Stimmen in diesem Fall direkt elektronisch abgeben.

Die virtuelle Veranstaltung findet im Prinzip ubiquitär mit einem Kommunikationsmedium statt.²²⁵ Im Vordergrund stehen verschiedene Formen der präsenzlosen Teilnahme. Eine solche Versammlung sollte nicht nur via Internet, sondern das Gesetz will auch andere Formen erfassen, wie beispielsweise Telefon- und Videokonferenzen.²²⁶ Gemäss Art. 701d Abs. 1 OR in der revidierten Fassung kann die Generalversammlung elektronisch durchgeführt werden, wenn einerseits die Statuten dies vorsehen und zudem der Verwaltungsrat in der Einberufung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter bezeichnet. Somit kann ein Aktionär die Versammlung von zu Hause aus am Computerbildschirm mitverfolgen und anschliessend seine Stimme per Mausklick abgeben. Laut dem neuen Art. 701d Abs. 2 OR kann der Verwaltungsrat einer Gesellschaft, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichten, sofern alle Aktionäre damit einverstanden sind.

Der neue Art. 701e OR normiert die Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel. Demnach hat der Verwaltungsrat die Verwendung elektronischer Mittel zu regeln.²²⁷ Dies geschieht sinnvollerweise im Organisationsreglement oder zumindest in einem Beschluss des Verwaltungsrats. Der Verwaltungsrat hat bei dieser Regelung sicherzustellen, dass die Identität der Teilnehmer feststeht, die Voten in der Generalversammlung unmittelbar übertragen werden, jeder Teilnehmer Anträge stellen und sich an der Diskussion beteiligen kann und dass das Abstimmungsergebnis nicht verfälscht werden kann.²²⁸

Die virtuelle Generalversammlung ist «spätestens 20 Tage vor dem Versammlungstag in der durch die Statuten vorgeschriebenen Form einzuberufen»²²⁹. Nachdem den Aktionären der Zugang zu einer Plattform zur Verfügung gestellt wird, können sich diese durch ein entsprechendes Identifikations- und Legitimationssystem einloggen.²³⁰ Sobald die Veranstaltungsteilnehmer in der virtuellen Generalversammlung elektronisch zugeschaltet sind und die Kommunikation in sämtliche Richtungen möglich ist, sind die Teilnehmer im Prinzip wie Anwesende zu behandeln. Eine ähnliche Normierung kennt der allgemeine Teil des Obligationenrechts mit Art. 4 Abs. 2 OR, wenn Parteien am Telefon Antrag und Annahme sogleich kommunizieren. Es steht ausser Frage, dass Vertragsparteien am Telefon einen Vertrag abschliessen, dies als ein Vertragsschluss «unter Anwesenden» gilt, obschon sie nicht im gleichen Raum befinden.²³¹

²²⁵ Entsprechend würde sich ebenfalls aufdrängen, das Beurkundungsrecht – zumindest für Versammlungsbeschlüsse – im geschriebenen Bundesrecht zu normieren; vgl. MÜLLER/PAFUMI (Fn. 30), 73 ff.

²²⁶ Vgl. Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017, 557 ff.

²²⁷ Vgl. den neuen Art. 701e Abs. 1 OR.

²²⁸ Vgl. den neuen Art. 701e Abs. 2 OR.

²²⁹ Art. 700 Abs. 1 OR.

²³⁰ Vgl. PETER FORSTMOSER/HERBERT WOHLMANN/KARL HOFSTETTER, Stärkung der Aktionärsdemokratie durch das Internet, NZZ, 3.4.2012, 29.

²³¹ Vgl. BSK OR I-CORINNE ZELLWEGE-GUTKNECHT, Art. 4 OR N 5 ff.

Da gewisse Beschlüsse der Generalversammlung der Gültigkeit einer öffentlichen Beurkundung bedürfen, müssen die Vorgaben des Beurkundungsrechts eingehalten werden.²³² Nun stellt sich die Frage, ob Beschlüsse – welche der ordentlichen Beurkundung bedürfen – virtuell durchzuführen sind. Beispielsweise kann ein räumlicher Tagungsort für die Gründung einer Gesellschaft gemäss Art. 629 OR durch das kantonale Recht vorausgesetzt werden, jedoch können an der virtuellen Generalversammlung auch beurkundungspflichtige Beschlüsse gefasst werden. Gemäss Art. 55 Abs. 2 SchlT ZGB bestimmen die Kantone, «in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird». Die Vorgaben zur örtlichen Zuständigkeit der Urkundsperson sind in jedem Fall einzuhalten.²³³ Hingegen ist es anders bei der öffentlichen Urkunde über die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, welche als Sachbeurkundung Auskunft gibt über einen tatsächlichen Vorgang. Diese kann nach Ansicht des Bundesrats auch anlässlich einer virtuellen Generalversammlung erstellt werden, sofern das kantonale Recht dem nicht entgegensteht.²³⁴

Die Digitalisierung ist auch bezüglich der Unterlagen für die Generalversammlung konsequent digital. So können Geschäfts- und Revisionsberichte nur dann auf Papier verlangt werden, wenn die Unterlagen nicht elektronisch zugänglich sind.²³⁵ Dies ist für den Notar unproblematisch. Für allfällige Prüfungsbestätigungen der Revisionsstelle ist hingegen keine elektronische Form zwingend.

Die Verhandlungsgegenstände müssen in der Einberufung nur noch summarisch dargestellt werden, wenn den Aktionären weiterführende Informationen elektronisch zugänglich gemacht werden.²³⁶ Auch diese Vorgabe ist für Urkundspersonen unproblematisch.

Die Teilnahme an der Generalversammlung ist im neuen Aktienrecht mit Art. 701c OR auf elektronischem Weg möglich. Diesfalls kann das Beurkundungsrecht Hindernisse aufstellen, die es zu überwinden gilt. Hier muss für die öffentliche Beurkundung von Protokollen bzw. für die Wahrnehmungsbeurkundung die Fernbeurkundung längerfristig zulässig sein und eventuelle Hindernisse im kantonalen Beurkundungsrecht sind von den zuständigen Gesetzgebern zu beseitigen.²³⁷ Dabei ist freilich zu betonen, dass beim Zirkularbeschluss die Aktionäre – im Gegensatz zur virtuellen Versammlung – keine unmittelbare Kommunikationsmöglichkeiten zu den anderen Teilnehmern der Versammlung haben.²³⁸ Alternativ müsste die öffentliche Beurkundung einer virtuellen Versammlung analog jener eines Zirkularbeschlusses erfolgen.²³⁹ Während des Gesetzgebungsverfahrens war Art. 701b OR zwischenzeitlich so gefasst, dass die virtuelle Versammlung nicht zulässig ist, wenn öffentlich zu beurkundende Beschlüsse gefasst

²³² Vgl. hierzu vorne Abschnitt II.

²³³ Vgl. voranstehend Abschnitt II.D.

²³⁴ Vgl. Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017, 559.

²³⁵ Vgl. Art. 700 Abs. 4 OR in der revidierten Fassung.

²³⁶ Vgl. Art. 699a OR in der revidierten Fassung.

²³⁷ Vgl. voranstehend Abschnitt II.G.3.

²³⁸ Vgl. THEILER (Fn. 8), 74.

²³⁹ Vgl. voranstehend Abschnitt III.C.

werden müssen.²⁴⁰ Im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens ist hiervon wieder abgesehen worden. Entsprechend kann aus der historischen Auslegung geschlossen werden, dass die öffentliche Beurkundung auch bei virtuellen Versammlungen im Sinne des Bundesgesetzgebers zulässig sein muss. Diesbezüglich besteht – soweit ersichtlich – in den meisten Kantonen ein Regelungsdefizit im Beurkundungsrecht. Hier sind kantonale Gesetzgeber und Aufsichtsbehörden gefordert, keine überspitzten Anforderungen an das Beurkundungsrecht zu stellen, damit die Minimal- und die Maximalanforderungen des Bundesrechts eingehalten werden.²⁴¹ Es wäre ein Wertungswiderspruch, wenn der Bundesgesetzgeber eine Flexibilisierung für die Veranstaltung von Generalversammlungen einführt, aber ein kantonales Beurkundungsgesetz dieser Durchführungsart entgegensteht. Als Hilfskonstrukt könnte hier auch die Lösung gewählt werden, dass eine öffentliche Beurkundung eines Zirkularbeschlusses gewählt wird. Dies könnte eine Alternative darstellen, obschon der Zirkularbeschluss nur eine mittelbare Mitwirkung der Aktionäre gestattet, bei der virtuellen Generalversammlung hingegen eine unmittelbare Ausübung der Aktionärsrechte vorgesehen ist. Entsprechend ist im engeren Sinn gar keine Fernbeurkundung gegeben, da die Feststellung des Vorsitzenden der Generalversammlung öffentlich beurkundet wird.

Für die Durchführung der virtuellen Generalversammlung empfiehlt es sich zudem, dass der Vorsitzende Feststellung darüber trifft, ob während der Versammlung technische Schwierigkeiten aufgetreten sind, etwa hinsichtlich der Übertragung von Bild und Ton oder der Sicherstellung der Kommunikation zwischen den Versammlungsteilnehmern, der Versammlungsleitung und der Urkundsperson. Damit kann dem revidierten Art. 701f OR Rechnung getragen werden. Wenn während der Generalversammlung technische Probleme auftreten, sodass die Generalversammlung nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden kann, muss sie wiederholt werden.²⁴² Die öffentliche Urkunde respektive das Versammlungsprotokoll ist auch im Hinblick auf den revidierten Art. 701f Abs. 2 OR abzufassen, wonach Beschlüsse, welche die Generalversammlung vor dem Auftreten der technischen Probleme gefasst hat, gültig bleiben.

H) Vollständig virtuelle Generalversammlung mit Fernbeurkundung?

Aus beurkundungsrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob sämtliche Teilnehmer einer Versammlung von verschiedenen physischen Orten aus an der virtuellen Versammlung (ohne Tagungsort) teilnehmen dürfen. Dieser Veranstaltungsablauf ist symbolisch in Abbildung 5 dargestellt.

Falls keine beurkundungspflichtigen Geschäfte auf der Traktandenliste stehen, ist diese Form der Versammlung problemlos zulässig. Wenn beurkundungspflichtige Beschlüsse zu fällen sind, hängt es davon ab, ob die Urkundsperson,

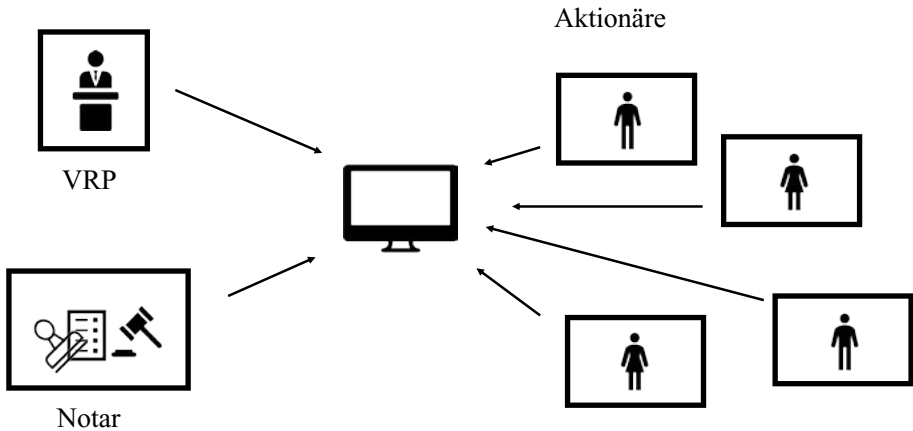
²⁴⁰ Vgl. THEILER (Fn. 8), 81 f. Dies ergibt sich zumindest aus Art. 701b OR, wie er vom Nationalrat in seiner Sitzung vom 1.6.2011 beschlossen wurde; vgl. AB 2011 N 840.

²⁴¹ Vgl. voranstehend Abschnitt II.B.

²⁴² Vgl. den revidierten Art. 701f Abs. 1 OR.

die eine öffentliche Urkunde über den Beschluss errichten soll, beurkundungsrechtlich hierzu ermächtigt ist. Hierfür ist zunächst auf die voranstehenden Ausführungen in Abschnitt II.B betreffend die bundesrechtlichen Mindest- und Maximalanforderungen des Beurkundungsrechts sowie Abschnitt II.G.3 betreffend die Fernbeurkundung zu verweisen. Es ist allerdings aus praktischen Gründen nicht einsehbar, wieso der Notar eine unmittelbare Wahrnehmung nicht genau gleich wie sämtliche Veranstaltungsteilnehmer und die Leitung der Versammlung unmittelbar elektronisch mitverfolgen soll und gestützt darauf seine öffentliche Beurkundung treffen kann. Dies gilt umso mehr, da sogar der allgemeine Teil des Obligationenrechts die unmittelbare Kommunikation zwischen verschiedenen Vertragsparteien als Vertragsschluss «unter Anwesenden» bezeichnet.²⁴³ Bei einer Wahrnehmungsbeurkundung muss die Urkundsperson den Ablauf der Versammlung bescheinigen. Dies kann mit der heutigen Technik auch mit einer Videoübertragung und Kommunikation in Echtzeit erfolgen. Sofern kantonale Gesetzgeber und Aufsichtsbehörden untätig bleiben, könnten die Veranstalter schlimmstenfalls für rein virtuelle Generalversammlungen die Dienste ausländischer Notare in Anspruch nehmen, die gestützt auf Art. 25 HRegV eine öffentliche Beurkundung im Fernbeurkundungsverfahren durchführen könnten.

Abbildung 5: Alternative Variante der virtuellen Generalversammlung nach revidiertem Recht



²⁴³ Vgl. Art. 4 Abs. 2 OR.

Moderne Videokonferenzprogramme ermöglichen die unmittelbare Mitwirkung sämtlicher Versammlungsteilnehmer an der Generalversammlung. Die öffentliche Beurkundung eines solchen Beschlusses unterscheidet sich im Prinzip nicht von der öffentlichen Beurkundung eines Zirkularbeschlusses.²⁴⁴ Bei dieser Variante der virtuellen Generalversammlung könnte alternativ mittels einer Fernbeurkundung eine öffentliche Beurkundung durchgeführt werden, sofern das kantonale Recht dies zulässt.²⁴⁵ Für die Zukunft würde auch die elektronische öffentliche Beurkundung, wie sie das EÖBG in der Fassung des Vorentwurfs²⁴⁶ vorsieht, die Ausfertigung der öffentlichen Urkunde erleichtern. Dies ist aber nicht zwingend notwendig, da die öffentliche Urkunde auch im Nachverfahren nach der Generalversammlung ausgefertigt werden kann, sofern das kantonale Recht dies zulässt.²⁴⁷

I) Beschlüsse des Verwaltungsrats

Der Verwaltungsrat kann auf elektronischem Weg Beschlüsse fassen, falls es hierzu eine Grundlage in den Statuten, im Organisationsreglement oder in einem Beschluss des Verwaltungsrats gibt. Für Standardgeschäfte, wie etwa die Statutenänderungen bei Kapitalveränderungen, ist es üblich, dass ein einziges Mitglied für eine öffentliche Beurkundung die notwendigen Feststellungen gegenüber der Urkundsperson abgibt. Andere Geschäfte liegen in der Kompetenz der Generalversammlung.

Die restlichen Mitglieder des Verwaltungsrats können auf die Teilnahme an der Verwaltungsratssitzung verzichten.

Die Beschlüsse des Verwaltungsrats könnten grundsätzlich ohne Probleme auf dem Zirkularweg öffentlich beurkundet werden.²⁴⁸ Hier besteht jedoch das Hindernis in der Tatsache, dass in den Fällen der beurkundungspflichtigen Beschlussfassung nach den Art 652g, Art. 653g und Art. 653i OR (bzw. im revidierten Aktienrecht gemäss Art. 652g OR, Art. 653g OR und Art. 653o OR) dem Verwaltungsrat die Belege, die der Kapitalerhöhung oder der Kapitalherabsetzung zugrunde liegen, «vorgelegen haben» müssen.²⁴⁹ Daraus wird die Schlussfolgerung gezogen, dass hier ein physisches Treffen des Verwaltungsrats und der Urkundsperson nötig sei.²⁵⁰ Wenn bestimmte Belege sowohl dem Vorsitzenden einer Versammlung als auch der Urkundsperson vorliegen, kann man dieses Problem jedoch lösen, indem Belege vervielfältigt und im Verfahren nach Art. 55a SchlT ZGB als elektronisch beglaubigte Kopien erstellt werden. Die elektronisch beglaubigte Fassung ist ohnehin der Papierfassung eines Beleges gleichwertig.²⁵¹

²⁴⁴ Vgl. voranstehend Abschnitt III.C.

²⁴⁵ Vgl. voranstehend Abschnitt II.G.4.

²⁴⁶ Vgl. voranstehend Abschnitt III.G.

²⁴⁷ Die Regelung des Kantons Nidwalden erscheint für diesen Versammlungstyp, wie voranstehend in Abschnitt II.G.3 erwähnt, zu restriktiv.

²⁴⁸ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 106), 35.

²⁴⁹ Vgl. voranstehend Abschnitt II.G.3.

²⁵⁰ Vgl. nachstehend Abschnitt III.I; BRÜCKNER (Fn. 106), 35.

²⁵¹ Vgl. Art. 3 EÖBV.

Falls Unterschriften zu leisten sind, kann man sich hierbei in Zukunft, sobald das EÖBG²⁵² in Kraft tritt, der entsprechenden elektronischen öffentlichen Beurkundung bedienen, was wiederum eine Fernbeurkundung eher erleichtern könnte, da eine Urausfertigung in Papier entfallen kann. Diese Belege sind der öffentlichen Urkunde beizulegen. Während der öffentlichen Beurkundung könnte die Urkundsperson via Videokonferenz sicherstellen, dass via «screen sharing»-Funktion sämtliche Teilnehmer der Videokonferenz dieselben Belege sehen. Die Zulässigkeit dieses Vorgehens ist jedoch vorgängig bei der zuständigen Aufsichtsbehörde betreffend dieses Beurkundungsgeschäft in Erfahrung zu bringen. Eine Regelung für die Fernbeurkundung von Protokollen, wie sie zumindest in Art. 98 des Notariatsgesetzes des Kantons Wallis geschaffen wurde, könnte allenfalls notwendig werden.²⁵³

J) Exkurs: Generalversammlungsbeschlüsse während des COVID-19-Regimes

Mitte März wurde die COVID-19-Verordnung 2 erlassen.²⁵⁴ Darin wurde (ursprünglich als Art. 6a und inzwischen) in Art. 6f die Organisation der Versammlungen von Gesellschaften vom Bundesrat verordnet. Bei Versammlungen von Gesellschaften kann gemäss Art. 6f Abs. 1 der COVID-19-Verordnung 2 der Veranstalter ungeachtet der voraussichtlichen Anzahl Teilnehmer und ohne Einhaltung der Einladungsfrist anordnen, dass die Teilnehmer ihre Rechte ausschliesslich auf schriftlichem Weg oder in elektronischer Form oder durch einen vom Veranstalter bezeichneten unabhängigen Stimmrechtvertreter ausüben können. Die entsprechende vom Veranstalter getroffene Anordnung muss gemäss Art. 6f Abs. 2 der COVID-19 Verordnung 2 spätestens vier Tage vor der Veranstaltung schriftlich mitgeteilt oder elektronisch veröffentlicht werden. Per 22. Juni 2020 wurde die COVID-19 Verordnung 2 durch die COVID-19 Verordnung 3 ersetzt. Seither ist die Vorgabe von Art. 6f der COVID-19 Verordnung 2 neu in Art. 27 der COVID-19 Verordnung enthalten. Materiell ist des derselbe Regelungsinhalt, da lediglich die Nummerierung verschieden ist.

Am 25. März 2020 hat das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (EHRA) die Praxismitteilung EHRA 2/20 erlassen. Diese Praxismitteilung und insbesondere das darin erwähnte «FAQ»²⁵⁵ diente als wichtiges Instrument für die Gesellschaften und Notare, um mit dieser Ausnahmesituation während der COVID-19-Pandemie gesellschafts- und beurkundungsrechtlich umzugehen.

²⁵² Vgl. voranstehend Abschnitt II.G.2.

²⁵³ Vgl. voranstehend Abschnitt II.G.3.

²⁵⁴ Vgl. FLORIAN BRUNNER/MARTIN WILHELM/FELIX UHLMANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, AJP 2020, 686 f.

²⁵⁵ Vgl. voranstehend Abschnitt III.F.

1. Versammlung als Video Call (ohne öffentliche Beurkundung)

Eine Generalversammlung kann beispielsweise als Video-Konferenz durchgeführt werden.²⁵⁶ Diese Versammlung funktioniert fast identisch wie das voranstehend in Abschnitt III.F dargestellte Beispiel. Es ergeben sich lediglich die Abwandlungen, die aufgrund von Art. 6f COVID-19-Verordnung 2 (bzw. Art. 27 COVID-19 Verordnung 3) vorgesehen sind, was insbesondere die Veränderung der Formalitäten der Einberufung und der Durchführung der Generalversammlung betrifft. Eine solche Versammlung gemäss COVID-19-Verordnung 2 (bzw. Art. 27 COVID-19 Verordnung 3) kann wie folgt protokolliert werden, wenn keine Beschlüsse gefasst werden, die der Form der öffentlichen Beurkundung bedürfen.

Der Vorsitzende stellt fest, dass die Versammlung gestützt auf Art. 27 COVID-19 Verordnung 3 elektronisch in Form eines Video Calls abgehalten wird. Dafür braucht es weder eine statuarische Grundlage noch einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter. Organvertreter sowie andere vorgeschlagene abhängige Stimmrechtsvertreter i.S.v. Art. 689c OR als auch Depotvertreter i.S.v. Art. 689d OR können keine Mitwirkungsrechte ausüben. Zudem ist das gesamte Aktienkapital der Gesellschaft vertreten. Die heutige Generalversammlung ist gültig als Universalversammlung i.S.v. Art. 701 OR sowie gemäss COVID-19 Verordnung 3 konstituiert und beschlussfähig. Gegen diese Feststellungen wird kein Widerspruch erhoben.

Die Abhaltung einer Generalversammlung unter der COVID-19 Verordnung 3 (bzw. COVID-19 Verordnung 2) unterscheidet sich von einer Versammlung vor COVID-19 im Wesentlichen darin, dass keine Aktionäre physisch am Tagungsort zugelassen sind. Die Ausübung der Aktionärsrechte während der Versammlung werden beim Video-Call elektronisch ausgeübt, wobei sich die vorstehend unter Abschnitt III.F gestellten Schwierigkeiten ergeben.

2. Versammlung mit unabhängigem Stellvertreter und öffentliche Beurkundung

Die folgenden Text-Muster könnten als Inspirationsquelle für die Vorbereitung von öffentlichen Urkunden dienen und in die übliche beurkundungsrechtliche Dokumentation eingefügt werden. Diese Text-Muster berücksichtigen die Regelungen zu den Versammlungen, wie sie unter dem COVID-19-Verordnung 2 abzuhalten waren. Es handelt sich hierbei um Muster, die sich in der Praxis unter Geltung der COVID-19 Verordnung 2 bewährt haben. Nach dem zur Zeitpunkt der Drucklegung geltenden Recht ist entsprechend der Text an die jeweils anwendbare Rechtsgrundlage (namentlich Art. 27 COVID-19 Verordnung 3) anzupassen. Mit dieser Formulierungsvariante wird klargestellt, dass ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter die Aktionärsrechte ausübt.

Der unterzeichnende Notar des Kantons Zug, *Name des Notars*, Rechtsanwalt, *Adresse*, hat an der heute abgehaltenen ausserordentlichen Generalversammlung der oben erwähnten Gesellschaft teilgenommen und über deren Beschlüsse nach den Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechtes (OR) und der COVID-19-Verordnung 2 diese öffentliche Urkunde errichtet. **Es sind keine Organvertreter i.S.v. Art. 689c OR vorgeschlagen. Gestützt auf Art. 6f der COVID-19-V-**

²⁵⁶ Vgl. das «FAQ Coronavirus und Generalversammlungen» auf der Website des Bundesamts für Justiz <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/coronavirus.html>.

erordnung 2 ist ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter in Person des Vorsitzenden vorge-schlagen. Die heutige Generalversammlung ist gültig als Universalversammlung i.S.v. Art. 701 OR sowie gemäss COVID-19-Verordnung 2 konstituiert und beschlussfähig.

Der unabhängige Stimmrechtsvertreter ist ein bekanntes und bewährtes Institut des Aktienrechts, womit sich hier in der Praxis unter COVID-19 keine wesentlichen rechtlichen Änderungen ergeben haben.²⁵⁷ Der praktische Unterschied des COVID-19 besteht indes darin, dass der Stimmrechtsvertreter alleine mit dem Vorsitzenden, dem Sekretär und dem Notar in einem Raum sass. Ein schriftlicher Abstimmungsbeschluss – analog dem revidierten Art. 701 Abs. 3 OR – könnte wie folgt gefasst werden:

Der unterzeichnende Notar des Kantons Zug, *Name des Notars*, Rechtsanwalt, *Adresse*, hat an der heute abgehaltenen ausserordentlichen Generalversammlung der oben erwähnten Gesellschaft teilgenommen und über deren Beschlüsse nach den Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechtes (OR) und der COVID-19-Verordnung 2 diese öffentliche Urkunde errichtet. **Es liegt ein schriftlicher Abstimmungsbeschluss der einzigen Aktionärin, welche das gesamte Aktienkapital der Gesellschaft vertritt, i.S.v. Art. 6f COVID-19-Verordnung 2 vor.** Die heutige Generalversammlung ist gültig als Universalversammlung i.S.v. Art. 701 OR sowie gemäss COVID-19-Verordnung 2 konstituiert und beschlussfähig.

In der Praxis wurde, so zumindest ist die Wahrnehmung der Autoren, wenig von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, da die schriftliche Abstimmung sehr wohl auch über den unabhängigen Stimmrechtsvertreter – die Stimmabgabe durch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter ist im weitesten Sinne auch eine schriftliche Abstimmung – oder durch einen einzigen Vertreter mittels Bevollmächtigung mit schriftlichen Instruktionen zur Abstimmung gelöst werden kann. Dennoch gab es vereinzelt Fälle, in welchen schriftlich abgestimmt wurde, wobei der Vorsitzende das Resultat respektive den Willen der Aktionäre dem Notar kundgeben musste – der Notar kann nicht die schriftlichen Abstimmungen beurkunden, sondern hat die Wahrnehmung anlässlich der Generalversammlung und so das Ergebnis der schriftlichen Abstimmung festzuhalten. Die vorsitzende Person informiert, dass die schriftliche Beschlussfassung zu Traktandum 1 einstimmig und ohne Stimmenthaltung ergeben hat, den Sitz der Gesellschaft von Zug ZG nach Zürich ZH zu verlegen und Artikel 1 Absatz 1 der Statuten zu ändern. In diesem Fall gibt ein einziger Vertreter vor der Versammlungsleitung die nötigen Stimmen stellvertretend ab. Dieses Muster funktioniert im Prinzip gleich wie die in Abschnitt III.C veranschaulichte Variante. Wenn ein einziger Vertreter vor der Urkundsperson erscheint, konnte folgende Formulierung in der öffentlichen Urkunde verwendet werden:

Der unterzeichnende Notar des Kantons Zug, *Name des Notars*, Rechtsanwalt, *Adresse*, hat an der heute abgehaltenen ausserordentlichen Generalversammlung der oben erwähnten Gesellschaft teilgenommen und über deren Beschlüsse nach den Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechtes (OR) und der COVID-19-Verordnung 2 diese öffentliche Urkunde errichtet. **Das gesamte Aktienkapital in Höhe von CHF 100 000.00, eingeteilt in 100 vinkulierte Namensaktien im Nennwert von je CHF 100.00, an der heutigen Versammlung durch einen einzigen Bevoll-**

²⁵⁷ Vgl. zum Organisatorischen auch voranstehend Abschnitt III.E.

mächtigten in Übereinstimmung mit Art. 6a der einzigen Bevollmächtigten in Übereinstimmung mit Art. 6f der COVID-19-Verordnung 2 (Ziffer 6 des FAQ des BJ) vertreten ist. Die heutige Generalversammlung ist gültig als Universalversammlung i.S.v. Art. 701 OR sowie gemäss COVID-19-Verordnung 2 konstituiert und beschlussfähig.

Von diesem Institut wurde in der Praxis sehr häufig Gebrauch gemacht, und es scheint für einfachere Verhältnisse geeignet zu sein. Da auch bereits vor COVID-19 Generalversammlungen auf diesem Weg beurkundet wurden, haben sich hier keine besonderen Schwierigkeiten gestellt.

Die elektronische Beschlussfassung kann analog nach dem in Abschnitt III.E dargestellten Beispiel erfolgen. Eine entsprechende Formulierung in der öffentlichen Urkunde lautete unter COVID-19 Verordnung 2 wie folgt:

Der unterzeichnende Notar des Kantons Zug, *Name des Notars*, Rechtsanwalt, *Adresse*, hat an der heute abgehaltenen ausserordentlichen Generalversammlung der oben erwähnten Gesellschaft teilgenommen und über deren Beschlüsse nach den Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechtes (OR) und der COVID-19-Verordnung 2 diese öffentliche Urkunde errichtet. **Die Aktionäre, welche das gesamte Aktienkapital der Gesellschaft von CHF 100 000.00 vertreten, geben ihre Stimme in elektronischer Form gegenüber dem Vorsitzenden mittels Online-Video-Meeting i.S.v. Art. 6f COVID-19-Verordnung 2 ab.** Die heutige Generalversammlung ist gültig als Universalversammlung i.S.v. Art. 701 OR sowie gemäss COVID-19-Verordnung 2 konstituiert und beschlussfähig.

3. Auszug aus dem Beurkundungsverbal am Beispiel des Kantons Zug

Nachstehend ist ein Beurkundungsverbal aufgeführt, das für Versammlungsbeschlüsse nach der COVID-19-Verordnung 2 verwendet wurde und sich in der Praxis bewährt hat. Dieses Verbal basiert auf dem üblichen Musterverbal für eine Wahrnehmungsbeurkundung bzw. Sachbeurkundung und gibt klar an, dass die Versammlung für einen nach der COVID-19-Verordnung 2 zutreffenden Anwendungsfall stattgefunden hat. Die Urkundsperson kann somit beispielsweise folgendes Schlussverbal verwenden, um den Sachverhalt vollständig, klar und wahrheitsgemäss öffentlich zu beurkunden, wobei die entsprechend zeitlich anwendbare Rechtsgrundlage des einschlägigen COVID-19 Erlasses zu erwähnen ist (z.B. zum Zeitpunkt der Drucklegung dieses Artikels ist dies Art. 27 COVID-19 Verordnung 3 anstelle von Art. 6f COVID-19 Verordnung 2):

Die vorstehende Urkunde stimmt mit den von mir an der heutigen ausserordentlichen Generalversammlung der vorgenannten Gesellschaft gemachten Wahrnehmungen überein und wurde in meiner Gegenwart von der in der Urkunde genannten erschienenen Person unterzeichnet, wobei der Notar festhält, dass die Beurkundung in Verbindung mit Art. 6f COVID-19-Verordnung 2 erstellt wurde. Sämtliche in dieser Urkunde genannten Belege haben uns vorgelegen.

IV. Fazit

Bis zum Inkrafttreten des neuen Aktienrechts wird es noch länger dauern. Zugleich wird mit dem Inkrafttreten des neuen Aktienrechts auch eine Revision der Handelsregisterverordnung notwendig, was wiederum einen Einfluss auf die no-

tarielle Tätigkeit haben wird. Eine erste Analyse der verschiedenen Möglichkeiten der Durchführung der Generalversammlung zeigt, dass das Recht bereits heute relativ flexibel gestaltet ist. Das neue Aktienrecht wird eine zusätzliche Flexibilisierung mit sich bringen. Derzeit könnten die Beurkundungsrechte einiger Kantone noch Hindernisse für die Veranstaltung von virtuellen Generalversammlungen darstellen. Das neue Aktienrecht führt zudem die Möglichkeit ein, mit den neuen Art. 701 Abs. 1 OR Generalversammlungsbeschlüsse auf schriftlichem oder elektronischem Weg zu treffen. Dies trifft insbesondere auf Kantone zu, die gegenüber der Fernbeurkundung von virtuellen Versammlungsbeschlüssen oder der öffentlichen Beurkundung von Zirkularbeschlüssen kritisch eingestellt sind. Unseres Erachtens sind die kantonalen Beurkundungserlasse im Hinblick auf die Einführung der virtuellen und elektronischen Versammlungsbeschlüsse einer eingehenden Überprüfung zu unterziehen. Allfällige beurkundungsrechtliche Hindernisse sind rechtzeitig mit Inkrafttreten des neuen Aktienrechts zu beseitigen. Andernfalls könnten vereinzelte in den kantonalen Beurkundungserlassen geregelte Verfahren betreffend die öffentliche Beurkundung von Versammlungsbeschlüssen den bundesrechtlichen Mindest- und Maximalanforderungen des Beurkundungsrechts nicht genügen. Es wäre damit absehbar, dass die Veranstalter virtueller oder elektronischer Versammlungen auf Kantone ausweichen, die eine liberale Praxis haben. Schlimmstenfalls würden die Veranstalter auf Dienste ausländischer Urkundspersonen zurückgreifen und schweizerische Urkundspersonen für virtuelle Generalversammlungen nicht berücksichtigen. Entsprechend sind die kantonalen Gesetzgeber in der Pflicht, die beurkundungsrechtlichen Fragen für die neuen Versammlungstypen im kantonalen Beurkundungsverfahren angemessen zu berücksichtigen.

Es ist in jedem Fall zu begrüßen, dass das neue Aktienrecht eine flexiblere Organisation der Durchführung der Generalversammlung ermöglicht. Die elektronischen oder virtuellen Formen der Generalversammlung könnten die Ausübung der Mitwirkungsrechte der Aktionäre erleichtern. Dies ist auch für die Tätigkeit der Urkundspersonen relevant, da der Versammlungsverlauf im Protokoll respektive in der öffentlichen Urkunde entsprechend zu bescheinigen ist. Während der COVID-19-Pandemie hat sich gezeigt, dass die Aktionäre auch ohne physische Teilnahme wie eh und je diesen Frühling an den Generalversammlungen teilgenommen haben. Alternative Formen der Durchführung einer Generalversammlung haben sich somit bereits im Frühling 2020 bewährt. Zwar mag das soziale Element beim Apéro etwas zu kurz gekommen sein, dafür hat die Anzahl der Stimmabgaben im Vergleich zum Vorjahr leicht zugenommen. Aus gesundheitspolitischen Gründen könnte es sich lohnen, gewisse Bestimmungen des neuen Aktienrechts – etwa jene zur virtuellen GV – etwas früher in Kraft zu setzen. Damit könnte ein weiteres Notverordnungsregime des Bundesrats bezüglich der Organisation von Generalversammlungen entbehrlich werden.