

Gesellschaftsrecht als Basisrecht für Notare und andere öffentliche Urkundspersonen

PETER V. KUNZ*

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis	170
1. Einleitung.....	170
1.1 Theoretische Grundlagen.....	170
1.1.1 Notariatsrecht und Gesellschaftsrecht.....	170
1.1.2 Notare als vorsorgende Rechtspfleger	172
1.2 Grundsatzfragen (und -antworten).....	174
1.2.1 «Was wird im Gesellschaftsrecht – im Allgemeinen – beurkundet»?	174
1.2.2 «Welche generellen Zwecke verfolgen diese Beurkundungen?»	175
1.2.3 «Ist die öffentliche Urkundsperson eine Hilfsperson der Kapitalgebers»?	177
1.2.4 «Wie steht es um die Verantwortlichkeit aus Basisrecht?»	178
1.2.5 «Welche Rechtsfolge droht bei Fehlen einer öffentlichen Beurkundung»?	179
2. Schweizerisches Kapitalgesellschaftsrecht als Basisrecht.....	180
2.1 Heftische Aktivitäten des Gesetzgebers	180
2.2 Aktienrecht.....	181
2.2.1 Heute	181
2.2.1.1 Beispiel – genehmigte Aktienkapitalerhöhung.....	181
2.2.1.2 Beispiel – (noch) Fehlen einer genehmigten Aktienkapitalherabsetzung	182
2.2.2 Zukunft.....	183
2.2.2.1 Status quo der «grossen Aktienrechtsrevision».....	183
2.2.2.2 Beispiel – Neuerung des Kapitalbandes.....	185
2.3 GmbH-Recht.....	186
2.3.1 Heute	186
2.3.2 Zukunft.....	187
2.4 Fusionsrecht.....	187
2.4.1 Übersicht zum Transaktionsablauf	187
2.4.2 Regelfälle und Ausnahmefälle	189
2.5 Ausgewählte Spezialfragen aus der Praxis	190
2.5.1 Notare an «freundlichen» GV	190
2.5.2 Notare an «unfreundlichen» GV	192

* Dieser Beitrag entstand unter aktiver Mitarbeit meines Assistenten am IWR, MLaw *Matthias Heiniger*, dem dafür sowie für die Co-Gesprächsmitleitung am Seminar bestens gedankt sei.

Literaturverzeichnis

Biber René/Watter Rolf, Notariatsparxis bei Gründung und ordentlicher Kapitalerhöhung AJP/PJA 1992 S. 701–707; zit.: *Biber/Watter*, Notariatsparxis; *Böckli Peter*, Schweizer Aktienrecht (3. A. Zürich 2005); zit.: *Böckli*, Aktienrecht; *Brückner Christian*, Schweizerisches Beurkundungsrecht (Zürich 1993); zit.: *Brückner*, Beurkundungsrecht; *Büren Roland von/Stoffel Walter A./Weber Rolf H.*, Grundriss des Aktienrechts (2. A. Zürich 2007); zit.: *von Büren/Stoffel/Weber*, Grundriss; *Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter*, Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996); zit.: *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht; *Kunz Peter V.*, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht – Eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen (Habil. Bern 2001); zit.: *Kunz*, Minderheitenschutz; *Marti Hans*, Bernisches Notariatsrecht (Bern 1983); zit.: *Marti*, Notariatsrecht; *Mauch Christian*, Vorsorgende Rechtspflege in Europa am Beispiel der GmbH – Lateinisches Notariat und seine Entsprechungen im common law, ZVglRWiss 106 (2007) S. 272 – 298; zit.: *Mauch*, Rechtspflege; *Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht (10. A. Bern 2007); zit.: *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Gesellschaftsrecht; *Müller Leonhard*, Die Haftung der Urkundsperson – Mit besonderer Berücksichtigung des aargauischen Rechts (Diss. Zürich 2000); zit.: *Müller*, Haftung; *Nobel Peter*, Gesellschaftsrecht, in: Die Belehrungs- oder Beratungspflicht des Notars, Hrsg. Jürg Schmid (Zürich 2005), S. 195–216; zit.: *Nobel Peter*, Gesellschaftsrecht; *Schmid Jörg*, Grundlagen zum Beurkundungsverfahren, vorn S. 1–33; zit.: *Schmid*, Grundlagen; *Trigo Trindade Rita/Griessen Cotti Anne*, Application en droit des sociétés, in: Die Belehrungs- oder Beratungspflicht des Notars, Hrsg. Jürg Schmid (Zürich 2005), S. 217–240; zit.: *Trigo Trindade/Griessen Cotti*, Application.

1. Einleitung

1.1 Theoretische Grundlagen

1.1.1 Notariatsrecht und Gesellschaftsrecht

Das sog. *Notariatsrecht* hat sich im Laufe der Zeit zu einer eigentlichen rechtlichen Spezialistenmaterie entwickelt – der Unterzeichner ist zwar kein «Notariatsrechtler», und trotzdem wird der vorliegende Aufsatz unter einem spezifischen Blickwinkel gewagt. Das Notariatsrecht, das sowohl kantonalrechtliche als auch bundesrechtliche Elemente¹ enthält², befindet sich nicht

¹ Dass das Notariats- bzw. Beurkundungsrecht zahlreiche bundesrechtliche Vorgaben zu beachten hat, wird von Nicht-Spezialisten oftmals verkannt – als Übersicht: *Schmid*, Grundlagen, S. 8 ff.; *Müller*, Haftung, S. 14 ff.; zudem: *Hans Huber*, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ZBJV 103 (1967) S. 249 ff. = ZBGR 69 (1988) S. 228 ff.

² Grundlegend: *Brückner*, Beurkundungsrecht, § 2 N 5 ff.; jüngst nunmehr: *Schmid*, Grundlagen, S. 7 ff.

im luftleeren Raum, sondern – der Ausdruck sei dem Schreiber verziehen – «dient» m.E. im Prinzip eigentlich nur gewissen sog. Basisrechten.

Die Rechtsmaterie des Notariatsrechts regelt auf der einen Seite im Wesentlichen, zugegebenermassen etwas trivialisiert, (i) *wer* überhaupt ein Notar bzw. eine öffentliche Urkundsperson³ sein kann⁴ und (ii) *wie* eine Beurkundung zu erfolgen hat⁵. Das (bundesrechtlichen) Basisrecht⁶ hält auf der anderen Seite schliesslich fest, (iii) *wann* bzw. für welche Lebenssachverhalte eine öffentliche Urkunde nötig ist. Zu diesen Basisrechten gehören beispielsweise das Eherecht⁷, das Erbrecht⁸ sowie das Sachenrecht⁹.

Des Weiteren stellt das im OR geregelte *Gesellschaftsrecht*, und zwar in erster Linie das sog. *Kapitalgesellschaftsrecht*¹⁰, ein zentrales Basisrecht zum Notariatsrecht dar. Das sog. *Personengesellschaftsrecht*¹¹ hat die Notare und

³ Notariatsrechtlich sind die Begriffe «Notar» einerseits sowie «öffentliche Urkundsperson» andererseits eigentlich zu unterscheiden – detaillierter: *Müller*, Haftung, S. 5 f. m.w.H. Im Rahmen dieses Beitrags werden die Begriffe hingegen als Synonyme verwendet.

⁴ Statt aller: *Brückner*, Beurkundungsrecht, § 13 N 361 ff.; *Müller*, Haftung, S. 5 f.; ausserdem: *Marti*, Notariatsrecht, S. 11 ff.; in diesem Zusammenhang sind ausserdem die Berufspflichten der Notare wichtig: a.a.O. (des letzteren), S. 64 ff.

⁵ Als (früheres) Beispiel: *Marti*, Notariatsrecht, S. 126 ff. – allg.: *Gerhard Balbi*, Das Recht der öffentlichen Beurkundung in Nidwalden (Diss. Freiburg 1981) S. 3 ff.; nunmehr etwa: *Schmid*, Grundlagen, S. 3 ff.; *Müller*, Haftung, S. 31 ff.

⁶ Es geht jeweils um das Privatrecht, also um Rechtsgebiete aus dem Zivilgesetzbuch (ZGB) und aus dem Obligationenrecht (OR).

⁷ Art. 90 ff. ZGB – z.B. muss der Ehevertrag «öffentlich beurkundet» sein (Art. 184 ZGB).

⁸ Art. 457 ff. ZGB – z.B. braucht der Erbvertrag ebenfalls eine öffentliche Beurkundung (Art. 512 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 499 ZGB); allg. hierzu den Beitrag von *Stephan Wolf* zum «Referat Erbrecht» S. 63.

⁹ Art. 641 ff. ZGB; im Vordergrund steht das sog. Immobiliarsachenrecht, zu dem auch das Kaufrecht des OR gehört – z.B. bedarf der Grundstückskaufvertrag der «öffentlichen Beurkundung» (Art. 216 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 655 ZGB); allg. sei verwiesen auf den Beitrag von *Benno Schneider* zum «Workshop Grundstücksrecht», S. 119.

¹⁰ Beim *Kapitalgesellschaftsrecht* stehen das Recht der Aktiengesellschaft (AG) gemäss Art. 620 ff. OR sowie das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) im Rahmen von Art. 772 ff. OR im Vordergrund – dies gilt auch für diese Darstellung: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2/Ziff. 2.3. Statt von *Kapitalgesellschaften* kann auch von *Körperschaften* gesprochen werden: *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Gesellschaftsrecht, § 2 N 8 ff.

¹¹ Bis anhin kannte die schweizerische Rechtsordnung drei Personengesellschaften, nämlich die einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR), die Kollektivgesellschaft (Art. 552 ff. OR) sowie die Kommanditgesellschaft (Art. 594 ff. OR); per 1. Januar 2007 hat nun das neue Kollektivanlagengesetz (KAG) eine vierte Personengesellschaft eingeführt, und zwar die sog. Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (Art. 98 ff. KAG); statt aller: *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Gesellschaftsrecht, § 22 N 1 ff., v.a. N 125 ff. Generell: *Peter V. Kunz*, Aktualitäten im schweizerischen Personengesellschaftsrecht – ein erster Überblick, in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II* (Bern 2007) S. 135 ff.

anderen öffentlichen Urkundspersonen meist weniger zu interessieren, weil für diese Gesellschaftsformen – z.B. bei der Gründung – anders als bei den Kapitalgesellschaften keine Beurkundungen vorgesehen sind¹²; eine Ausnahme besteht indes für den Fall, dass Personengesellschaften in fusionsrechtliche Transaktionen (Restrukturierungen) involviert werden¹³.

Der vorliegende Beitrag befasst sich schwergewichtig mit ausgewählten Aspekten des schweizerischen Kapitalgesellschaftsrechts¹⁴.

1.1.2 Notare als vorsorgende Rechtspfleger

Um die Funktion des Notars und der öffentlichen Urkundsperson im Schweizer Staatswesen – gerade im Bereich des Gesellschaftsrechts – besser zu verstehen, sollte m.E. unbedingt ein (rechtsvergleichender) Blick ins Ausland gewagt werden; tatsächlich dürfte die wissenschaftliche Disziplin der sog. Rechtsvergleichung und deren wichtige Erkenntnisse gerade von Praktikern oftmals unterschätzt werden¹⁵.

International gibt es im Wesentlichen zwei Modelle im Hinblick auf mögliche Streitigkeiten bzw. Streitbelegungen in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten¹⁶:

(i) Die sog. *vorsorgende Rechtspflege* sowie (ii) die sog. *primäre streitige Gerichtsbarkeit*. Beim zweiten Modell wird auf jegliche präventive Rechtskontrolle verzichtet und die Konfliktlösung bei Streitigkeiten den Gerichten überlassen; beim ersten Modell erfolgt hingegen eine Art staatliche «Vorkontrolle», die gewisse Streitpotentiale (z.B. im Hinblick auf die Gesell-

¹² Zu den Personengesellschaften bzw. Rechtsgemeinschaften: *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Gesellschaftsrecht, § 2 N 62 ff. m.w.H.

¹³ Gemäss Fusionsgesetz (FusG) sind zahlreiche Transaktionen beurkundungsbedürftig: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.4. Sollten Personengesellschaften darin einbezogen sein, werden diese Gesellschaften ebenfalls bei öffentlichen Beurkundungen – mindestens mittelbar – involviert (z.B. bei der Fusion einer Kollektivgesellschaft durch eine AG: Art. 4 Abs. 1 lit. c FusG i.V.m. Art. 18 Abs. 2 FusG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 FusG).

¹⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. 2. Sollte der Text nicht ausdrücklich etwas anderes vorsehen, erfolgt ausserdem ein Fokus auf das Aktienrecht sowie auf das GmbH-Recht – und das erstere Rechtsgebiet steht im Vordergrund.

¹⁵ Allg. zur Thematik: *Peter V. Kunz*, Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz – Ein bedeutsames juristisches Fachgebiet für Studenten sowie Praktiker zwischen «notwendigem Übel» sowie «Königdisziplin», recht 24 (2006) S. 37 ff.

¹⁶ Hierzu grundlegend: *Mauch*, Rechtspflege, S. 272 ff.

schaftsgründung oder die Änderung von Statuten oder die Übertragung von Anteilen) vorsorgend entschärfen soll¹⁷.

Im angelsächsischen Bereich (z.B. in den USA und in Grossbritannien) herrscht das zweite Modell und im kontinentaleuropäischen Bereich (Schweiz, Deutschland, Österreich etc.) das erste Modell vor. Die vorsorgende Rechtspflege führt im Hinblick auf gesellschaftsrechtliche Beurkundungen zum sog. Lateinischen Notariat (oder: Notariat lateinischer Prägung)¹⁸, bei dem «bestimmte Aufgaben der vorsorgenden Rechtspflege im innerstaatlichen Rechtsverkehr durch Notare als Träger eines öffentlichen Amtes erfüllt» werden¹⁹.

In der Schweiz sind die Notare und öffentlichen Urkundspersonen somit eigentliche vorsorgende Rechtspfleger, die in die präventive gesellschaftsrechtliche «Vorkontrolle» integriert werden. Diese staatliche «Vorkontrolle» ist indes in der Schweiz zweigeteilt, und die Notare spielen, wenn überhaupt, nur die zweite Geige: Solisten bei der «Vorkontrolle» sind vielmehr die Handelsregisterämter, die – im Rahmen der seit vielen Jahren umstrittenen sog. beschränkten Kognition der HR-Führer²⁰ – die eigentliche «Ober-Kontrolle» wahrnehmen²¹. M.E. hat der Notar grundsätzlich²² keine Kognition in diesem Zusammenhang²³.

¹⁷ *Mauch*, Rechtspflege, S. 275 f.: «Unter vorsorgender Rechtspflege versteht man die Unterstützung der rechtssuchenden Bevölkerung bei der Gestaltung ihrer privaten Rechtsbeziehungen, insbesondere um Rechtssicherheit zu gewährleisten und künftigen Streit zu vermeiden».

¹⁸ Details dazu: *Mauch*, Rechtspflege, S. 276 m.w.H. in FN 21/FN 22.

¹⁹ *Mauch*, Rechtspflege, S. 276.

²⁰ Es handelt sich also nicht um registerrechtliche, sondern um *materiellrechtliche* Fragestellungen; zur Kognitionsthematik: BGE 125 III 21 Erw. 3 b. («pouvoir limité»); BGE 119 II 465 Erw. 2 b.

²¹ Hierzu statt aller: *Kunz*, Minderheitenschutz, § 6 N 239 ff. m.w.H.

²² Differenzierend: *Peter V. Kunz*, Flexibilisierung des Aktienkapitals – ein Hybrid-Konzept im Spannungsfeld von zwingendem Aktienrecht und Eigenverantwortlichkeit, REPRAX 2000 S. 26 f. FN 65 (sc. Notar als sog. «relativer Wächter des Minderheitenschutzes» verstanden), *ders.*, Minderheitenschutz, § 6 N 2 FN 7 a.E.

²³ Vgl. dazu hinten Ziff. 1.2.3. Tritt ein Notar indes als eigentlicher Berater einer Gesellschaft auf, muss er sich m.E. allenfalls an einem anderen Massstab messen lassen – allg.: *Kunz*, Minderheitenschutz, § 6 N 154 ff.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 14 N 73.

1.2 Grundsatzfragen (und –antworten)

1.2.1 «Was wird im Gesellschaftsrecht – im Allgemeinen – beurkundet?»

Das (Kapital-)Gesellschaftsrecht als Basisrecht²⁴ bestimmt, welche Lebenssachverhalte für ein Wirksamwerden eine öffentliche Beurkundung brauchen. Gesellschaftsrecht ist im Allgemeinen ein Organisationsrecht, das für die Gesellschaften sowohl interne Aspekte (z.B. die Struktur des VR) als auch externe Aspekte (z.B. die Vertretungsmacht der VR-Mitglieder) regelt. Die grosse Mehrheit gesellschaftlicher Aktivitäten bzw. Verhaltenweisen müssen de lege lata nicht öffentlich beurkundet werden.

Es gilt somit der Grundsatz der gesellschaftsrechtlichen Beurkundungsfreiheit – es sei denn, dass das Gesellschaftsrecht (geregelt im OR oder in Spezialgesetzen²⁵) etwas anderes als Ausnahme vom erwähnten Prinzip vorsieht.

Nach einer Analyse der gesellschaftsrechtlichen Beurkundungstatbestände²⁶ in der Schweiz steht ohne weiteres fest, dass der Gesetzgeber einzig Sachverhalte mit gewichtigen Rechtswirkungen «gegen aussen» zur Beurkundung vorsieht²⁷ – hierbei gibt es m.E. indes keine «absolute Wahrheit», was öffentlich beurkundet werden soll und was eben nicht²⁸. Unmittelbar betroffen vom Beurkundungszwang sind jeweils (i) die Gesellschaften sowie (ii) die

²⁴ Vgl. dazu vorne Ziff. 1.1.1.

²⁵ Heute im Vordergrund als «lex specialis» zum OR-Gesellschaftsrecht steht ohne Zweifel das Fusionsrecht, das einige Beurkundungstatbestände eingeführt hat: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.4.2.

²⁶ Übersicht – (i) Aktienrecht: Art. 629 OR, Art. 634 OR, Art. 640 OR, Art. 647 OR, Art. 650 OR, Art. 652g OR, Art. 652h OR, Art. 653g OR, Art. 653i OR, Art. 720 OR, Art. 732 OR, Art. 734 OR, Art. 736 OR, Art. 751 OR; (ii) GmbH-Recht (neu = revOR): Art. 777 revOR, Art. 777a revOR, Art. 777b revOR, Art. 780 revOR, Art. 782 revOR, Art. 795c revOR, Art. 821 revOR.

²⁷ Wegen dieser Aussenwirkung bedarf es meist zusätzlich einer Handelsregisterpublizität; die Notare einerseits und die Handelsregisterämter andererseits bilden gemeinsam (wenn auch nicht gleichgewichtig) die zweigeteilte staatliche «Vorkontrolle» des vorsorgenden Rechtsschutzes: Vgl. dazu vorne Ziff. 1.1.2.

²⁸ Mit Grund spricht Brückner, Beurkundungsrecht, § 7 N 287 von einer «[h]istorische[n] Bedingtheit des Katalogs beurkundungsbedürftiger Geschäfte»; es handelt sich immer um einen rechtspolitischen Entscheid des Gesetzgebers – dass es ausserdem keine Besitzstandsgarantie für Notare betreffend Beurkundungstatbestände gab und gibt, zeigt sich beispielsweise mit dem revidierten GmbH-Recht, das eine Streichung vornimmt: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.2.

Gesellschafter, mittelbar des Weiteren ebenfalls (iii) die Gesellschaftsgläubiger.

Die wohl wichtigsten Sachverhalte im «Leben» einer Gesellschaft sind deren «Geburt» und deren «Tod»; es kann deshalb nicht erstaunen, dass der Gesetzgeber die Notwendigkeit von öffentlichen Beurkundungen für diese Zentralereignisse vorgesehen hat, d.h. der Notar stellt sowohl den Geburtschein als auch den Totenschein aus: Art. 629 Abs. 1 OR²⁹ sowie Art. 779 Abs. 1 OR (Gründung); Art. 736 Ziff. 2 OR sowie Art. 820 Ziff. 2 OR (Auflösung). Ebenfalls äusserst gewichtig erscheint die Eigenkapitalfinanzierung einer Gesellschaft, so dass Kapitalveränderungen «gegen oben» oder «gegen unten» öffentlich zu beurkunden sind: z.B. Art. 650 Abs. 2 OR sowie Art. 786 OR i.V.m. Art. 779 OR (Kapitalerhöhung)³⁰; Art. 734 OR sowie Art. 788 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 734 OR (Kapitalherabsetzung).

1.2.2 «Welche generellen Zwecke verfolgen diese Beurkundungen?»

Traditionellerweise wird in der Schweiz – zumindest generell gesprochen – von drei Zwecken der öffentlichen Beurkundungen ausgegangen³¹, wobei zwischen den Basisrechten regelmässig nicht unterschieden wird, nämlich: (i) Der *Belegfunktion*, (ii) dem *Schutz vor Unbedacht* sowie (iii) der *Verfahrenskontrolle*. M.E. steht bei der «Belegfunktion»³² die Rechtssicherheit, beim «Schutz vor Unbedacht»³³ (eine Art von «Übereilungsschutz») der Fairnessgedanke und bei der «Verfahrenskontrolle»³⁴ erneut die Rechtssicherheit im Vordergrund.

²⁹ Hinweise: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 14 N 68 ff.; Brückner, Beurkundungsrecht, § 106 N 2963 ff.

³⁰ Hierzu: Brückner, Beurkundungsrecht, § 106 N 2990 ff.

³¹ Detailliert: Brückner, Beurkundungsrecht, § 6 N 239 ff.; weitere Zwecke: Müller, Haftung, S. 10 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 14 N 70 ff.

³² Brückner, Beurkundungsrecht, § 6 N 240: «Jede öffentliche Beurkundung bezweckt die Schaffung eines schriftlichen Belegs öffentlichen Glaubens für den Rechtsverkehr. Bei der Beurkundung bestehender Tatsachen ist diese Belegfunktion der einzige Zweck».

³³ Brückner, Beurkundungsrecht, § 6 N 258: «Wo das Gesetz die öffentliche Beurkundung für individuelle rechtsgeschäftliche Erklärungen verlangt, dient das Beurkundungsverfahren neben der Belegschaffung dem Schutz der Erklärenden vor Unbedacht anlässlich der Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten».

³⁴ Brückner, Beurkundungsrecht, § 6 N 283: «Wo das Gesetz die Protokollierung von Veranstaltungen in öffentlicher Urkunde verlangt, dient das Beurkundungsverfahren neben der Belegschaffung der Kontrolle des rechtmässigen Ablaufs der betreffenden Veranstaltung, nicht jedoch dem Schutz vor Unbedacht».

Das Gesellschaftsrecht als Basisrecht stellt selten einen Gegenstand der notariatsrechtlichen Auseinandersetzung dar³⁵. Dies überrascht insofern, als in diesem Bereich einige Besonderheiten zu beachten wären – beispielsweise kann die öffentliche Beurkundung keinen Schutz vor Unbedacht bezwecken³⁶: Mittelbar profitieren die Kapitalgeber der Gesellschaft vom Beurkundungszwang, und zwar sowohl die Eigenkapitalgeber³⁷ als auch die Fremdkapitalgeber³⁸. Doch dieser (Schutz-)Aspekt steht sicherlich nicht im Vordergrund:

Eigen- und Fremdkapitalgeber von Gesellschaften müssen m.E. eigenverantwortlich handeln³⁹, d.h. das Notariatsrecht bietet im Bereich des Gesellschaftsrechts keinen Sozialschutz.

Bei gesellschaftsrechtlichen Lebenssachverhalten ist die Rechtssicherheit das Mass aller Dinge. Beurkundungen sind folglich der erste Schritt und Registereintragungen der zweite Schritt für diese aussenwirksamen Sachverhalte⁴⁰; folglich geht es in erster Linie um die Belegfunktion, weil überhaupt erst die Grundlage geschaffen wird für eine anschliessende Eintragung im Handelsregister (HR)⁴¹. Beim Gesellschaftsrecht dürfte ausserdem der öffentlichen

³⁵ Immerhin als wichtige Ausnahme erwähnt: *Brückner*, Beurkundungsrecht, § 106 N 2963 ff.

³⁶ Gl.M.: *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 14 N 75. Dies gilt unbesehen der Tatsache, dass sich vermutlich gewisse (Gründer-)Gesellschafter bei Anwesenheit eines Notars an einer Veranstaltung der besonderen Bedeutung des Anlasses stärker gewahrt werden; allg. zum reduzierten Zweck im Gesellschaftsrecht: *Brückner*, Beurkundungsrecht, § 106 N 2978 ff.

³⁷ Beispielsweise ist der Notar anwesend bei der ordentlichen Kapitalerhöhung einer AG (Art. 650 Abs. 2 OR) – seine Anwesenheit bedeutet nicht, dass er mit den Aktionären kommunizieren – z.B. ihre Fragen beantworten – muss oder darf: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.2.

³⁸ Die öffentliche Urkunde nimmt z.B. ausdrücklich Bezug auf die Gesellschaftsgläubiger im Zusammenhang mit einer Aktienkapitalherabsetzung bei einer AG: Art. 734 OR.

³⁹ Grundlegend (für Eigenkapitalgeber): *Kunz*, Minderheitenschutz, § 6 N 5 ff.; für Fremdkapitalgeber gilt ohnehin die Vertragsfreiheit, die ohne Eigenverantwortung sinnlos wäre.

⁴⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. 1.1.2.

⁴¹ Gl.M.: *Biber/Watter*, Notariatspraxis, S. 701; *Nobel*, Gesellschaftsrecht, S. 201. Das Bundesgericht betont gerade bei der Gesellschaftsgründung, dass durch die Beurkundung «verlässliche Beweise gesichert» werden sollen: BGE 102 II 424 Erw. 2. b.; generell: *Müller*, Haftung, S. 14; wohl ähnlich: *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 14 N 75.

Urkunde eine präventive Wirkung zukommen, indem die Hemmschwelle für Betrügereien (z.B. bei Sacheinlagen⁴²) faktisch erhöht wird⁴³.

1.2.3 «Ist die öffentliche Urkundsperson eine Hilfsperson der Kapitalgeber?»

Sollten sich (Eigen-)Kapitalgeber beispielsweise anlässlich einer Generalversammlung (GV) mit ihren Vorstellungen nicht durchsetzen, könnten sie versucht sein, staatliche Instanzen anzurufen, um doch noch zu ihren Zielen zu gelangen. Im Vordergrund stehen hierbei jeweils ex post (i) die *Gerichte*, die mittels zahlreicher Klagen⁴⁴ angerufen werden können. Als schnelle «Alternative» werden in der Praxis immer häufiger ex ante (ii) die *Handelsregisterämter* angegangen, und zwar durch einen sog. privatrechtlichen Einspruch, der zu einer (vorläufigen) Handelsregisterstopp führt⁴⁵ und relativ risikolos für den Einsprecher ist⁴⁶.

Als weitere «Alternative» drängt sich geradezu eine Instrumentalisierung (iii) des *Notars* oder der öffentlichen Urkundsperson auf. Die Kognition und die Kompetenzen der Notare als staatliche «Vorkontrolle» beim vorsorgenden Rechtsschutz sind noch geringer als bei den Handelsregisterämtern⁴⁷. Insbesondere wird durch sie keine Inhalts- oder Richtigkeitskontrolle vorgenommen⁴⁸, so dass m.E. die Notare und öffentlichen Urkundspersonen auch keine «Hilfspersonen» der Kapitalgeber sein können⁴⁹.

Nichtsdestotrotz werden in der harten Wirtschaftsrealität immer wieder Wege gesucht (und teilweise gefunden), um Notare «unter Druck» zu setzen und

⁴² Beispiel: Art. 634 Ziff. 1 OR.

⁴³ Dass dies unter verschiedenen Aspekten auch Auswirkungen hat auf die für Unternehmungen immer wichtiger werdende «Compliance»-Thematik, versteht sich m.E. von selber – und soll im Rahmen dieser Ausführungen nicht weiter vertieft werden.

⁴⁴ Gegen die GV-Beschlüsse bei AG richten sich in erster Linie die Anfechtungsklage (Art. 706 f. OR) sowie die Nichtigkeitsklage (Art. 706b OR); allg.: *Peter V. Kunz*, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht (Zürich 1997) S. 41 ff. m.w.H.

⁴⁵ Art. 32 Abs. 2 HRV.

⁴⁶ Im Detail: *Kunz*, Minderheitenschutz, § 11 N 177 ff. m.w.H.; des Weiteren: *Matthias Kuster*, Die Einsprache nach Art. 32 Abs. 2 HRegV, in: Jahrbuch des Handelsregisters 1997 (Zürich 1997) S. 105 ff.

⁴⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. 1.1.2.

⁴⁸ Bezüglich einer AG-Gründung: *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 14 N 73.

⁴⁹ Gl.M.: *Biber/Watter*, Notariatspraxis, S. 701.

sie faktisch von der Beurkundung abzuhalten – darauf wird zurückzukommen sein⁵⁰.

1.2.4 «Wie steht es um die Verantwortlichkeit aus Basisrecht?»

Notare und Urkundspersonen werden infolge ihrer Tätigkeiten mit einer breiten Palette von (möglichen) Verantwortlichkeiten oder «Sanktionen» konfrontiert⁵¹, wobei nebst (i) *strafrechtlichen* sowie (ii) *disziplinarrechtlichen* auch (iii) *vermögensrechtliche* Aspekte nicht zu vernachlässigen sind. Die disziplinarischen Themen⁵² interessieren im Folgenden überhaupt nicht und die strafrechtlichen Probleme⁵³ eher am Rande.

Das Basisrecht (konkret hier nun also das Gesellschaftsrecht)⁵⁴ kann eine Haftungsgrundlage für die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit⁵⁵ darstellen, wobei sich aus dieser Rechtsmaterie zumindest keine unmittelbaren «Sanktionen» ergeben. Im Übrigen können sich geschädigte Personen gegen einen Notar oder eine öffentliche Urkundsperson auf den AT OR berufen und entweder deliktische Ansprüche oder – je nach konkreter Tätigkeit – vertragliche Forderungen⁵⁶ geltend machen.

Die Beweisthemen⁵⁷ in diesen drei vermögens- bzw. zivilrechtlichen Zusammenhängen sind immer die gleichen⁵⁸, nämlich: Schaden, Widerrechtlichkeit, Verschulden sowie Kausalzusammenhang.

⁵⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.2. Pressionsversuche kommen in der Wirtschaftsrealität nach eigener Beobachtung des Unterzeichners häufiger vor als wohl meist vermutet – zumindest in einer «unfriendly situation».

⁵¹ Allg.: *Marti*, Notariatsrecht, S. 105 ff.; *Brückner*, Beurkundungsrecht, § 25 N 599 ff.

⁵² Übersicht: *Müller*, Haftung, S. 49 ff.

⁵³ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.2.

⁵⁴ Die Fragestellung lautet beispielsweise, ob der Notar als materielles bzw. faktisches Organ zur Verantwortung gezogen werden kann oder nicht: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.2.

⁵⁵ Statt aller: *Müller*, Haftung, S. 51 ff. m.w.H.; zudem: *Sylvie d'Aumeries*, La responsabilité civile du notaire et son assurance (Diss. Lausanne 1980) S. 3 ff.; *Felix Lanz*, Zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des bernischen Notars, BN (1984) S. 325 ff.; *Walter Fellmann*, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars unter besonderer Berücksichtigung der Zusammenarbeit mit dem Treuhänder, ZBGR 67 (1986) S. 129 ff.

⁵⁶ Die Vertragshaftung (Art. 97 ff. OR) betrifft die freiberuflichen Urkundspersonen aus nebenberuflicher Tätigkeit: *Brückner*, Beurkundungsrecht, § 25 N 599.

⁵⁷ Die Beweislasten können indes differieren – insbesondere wird der Notar, wenn gegen ihn auf vertraglicher Grundlage vorgegangen wird, mit einer Verschuldensvermutung konfrontiert (Art. 97 Abs. 1 OR).

⁵⁸ Grundlegend: *Müller*, Haftung, S. 73 ff.

1.2.5 «Welche Rechtsfolge droht bei Fehlen einer öffentlichen Beurkundung?»

Sollten Beurkundungsvorschriften vom Notar – aus welchen Gründen auch immer – missachtet werden und somit Verfahrensmängel vorliegen, kann z.B. die Gültigkeit der Urkunde in Frage gestellt sein, und die öffentliche Urkundsperson muss mit Sanktionen rechnen⁵⁹. Eine andere Frage ist, welche Rechtsfolge droht, wenn eine öffentliche Beurkundung fehlt:

In der Praxis handelt es sich in aller Regel um ein eher theoretisches Problem, weil im Gesellschaftsrecht als Basisrecht die öffentliche Beurkundung allein ohnehin niemals genügt, sondern noch eines zusätzlichen HR-Eintrags bedarf⁶⁰, d.h. nebst dem Notar kommt ausserdem der HR-Führer «zum Einsatz»⁶¹ – also beide als staatliche «Vor-Kontrollure»⁶².

Rechtlich besonders interessant wird der Fall, wenn bei einem Lebenssachverhalt die obligatorische Beurkundung fehlt, aber trotzdem eine HR-Eintragung erfolgte, was m.E. zur folgenden Rechtslage führt: (i) In Bezug auf die Beschlussfassung der GV⁶³ oder des VR⁶⁴ besteht eine sog. Nichtigkeit, d.h. der nicht beurkundete Rechtsakt gilt als nichtig⁶⁵. (ii) Durch die HR-Eintragung,

⁵⁹ Hinweise: *Schmid*, Grundlagen, S. 30 f.

⁶⁰ Als Beispiel die AG-Gründung: (i) Art. 629 Abs. 1 OR (öffentliche Beurkundung) sowie (ii) Art. 640 OR (HR-Eintragung).

⁶¹ Der HR-Führer hat in Bezug auf das Vorliegen der erforderlichen öffentlichen Urkunde als Anmeldebeleg – was nicht eine materiellrechtliche, sondern eine registerrechtliche Frage ist: *Kunz*, Minderheitenschutz, § 6 N 243 m.w.H. – eine sog. unbeschränkte Kognition, d.h. er *verweigert* die Eintragung im HR, wenn die Beurkundung fehlt; zur Kognitionsthematik: BGE 125 III 21 Erw. 3. b. («plein pouvoir d'examen»), BGE 119 II 465 Erw. 2. b.; BGE 114 II 69 Erw. 2.

⁶² Vgl. dazu vorne Ziff. 1.1.2.

⁶³ Gerade bei Kapitalerhöhungen von AG gibt es eine Aufgabenteilung zwischen GV einerseits und VR andererseits: *Böckli*, Aktienrecht, § 2 N 54 ff.; beurkundet werden sowohl GV-Beschlüsse als auch VR-Beschlüsse.

⁶⁴ Beispiel: VR-Beschluss und VR-Feststellung im Rahmen der Kapitalerhöhung einer AG sind ebenfalls öffentlich zu beurkunden (Art. 652g Abs. 2 OR); rechtlich umstritten ist, (i) ob die Statuten das Präsenzquorum für die Beurkundung auf ein einziges Mitglied des VR reduzieren dürfen oder nicht – m.E. sicherlich rechtswidrig wäre es, (ii) wenn der Notar einen VR-Zirkularbeschluss in diesem Zusammenhang für die Beurkundung genügen lassen würde; gl.M.: *Böckli*, Aktienrecht, § 2 N 171; *Peter Forstmoser*, Ungeheimheiten und Unklarheiten im neuen Aktienrecht, SZW 64 (1992) S. 59 f.; *Brückner*, Beurkundungsrecht, § 106 N 2995.

⁶⁵ Im Aktienrecht: Art. 706b OR (GV) sowie Art. 714 OR (VR); generell: *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 25 N 117; *Böckli*, Aktienrecht, § 1 N 384.

die für Dritte eine wichtige vertrauensbildende Funktion⁶⁶ wahrnimmt, erfolgt indes eine sog. Heilung, was bedeutet, dass der an sich nichtige Rechtsakt nichtsdestotrotz als gültig behandelt wird⁶⁷.

2. Schweizerisches Kapitalgesellschaftsrecht als Basisrecht

2.1 Hektische Aktivitäten des Gesetzgebers

Seit der letzten umfassenden Revision des Aktienrechts zu Beginn der 1990er-Jahre zeichnet sich der Schweizer Gesetzgeber durch hektisches Legiferieren in erster Linie zum Kapitalgesellschaftsrecht⁶⁸ aus⁶⁹. Die Notare und öffentlichen Urkundspersonen sind dadurch unmittelbar betroffen, weil die Beurkundungen ohne genaue Kenntnisse der gesellschaftsrechtlichen Grundlagen entweder unmöglich oder aber mindestens unseriös wären.

Die Know-how-Herausforderungen nicht nur, aber ebenfalls für die Notare sind immens. Die öffentlichen Urkundspersonen werden seit Jahren durch zahlreiche Spezialgesetze einerseits⁷⁰ und durch verschiedene OR-Revisionen andererseits gefordert⁷¹ – und eine Änderung bzw. Beruhigung der Situation

⁶⁶ Die Rede ist vom sog. öffentlichen Glauben des HR, der indes nach wie vor äusserst umstritten ist; statt aller: *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Gesellschaftsrecht, § 6 N 80 ff.

⁶⁷ BGE 78 III 33; kritisch: *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 25 N 117; allg. zur heilenden Wirkung von HR-Eintragungen: *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Gesellschaftsrecht, § 6 N 70 ff. m.w.H.

⁶⁸ M.E. wurde und wird – notabene zu Unrecht – das Personengesellschaftsrecht vom Gesetzgeber etwas «vergessen», obwohl hier ein OR-Änderungsbedarf ausgewiesen erscheint: *Peter V. Kunz*, Besteht ein gesetzgeberischer Revisionsbedarf? Finanz und Wirtschaft Nr. 55 (14. Juli 2007) S. 29.

⁶⁹ Eine zusammenfassende Darstellung findet sich bei: *Peter V. Kunz*, Permanenter Umbruch im Gesellschaftsrecht – eine Übersicht zu den legislativen Sturm böen seit 1991, SJZ 102 (2006) S. 145 ff.; m.E. bedenklich erscheint nicht zuletzt die konfuse Art und Weise, wie legiferiert wird – gl.M.: *Peter Forstmoser*, Im Huckepackverfahren und auf der Überholspur – Zwei fragwürdige «Novitäten» schweizerischer Gesetzgebung, NZZ Nr. 44 (2007) S. 27.

⁷⁰ Erwähnt werden kann seit jüngstem das KAG; nicht zu vergessen ist zudem das FusG: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.4.

⁷¹ Beispielsweise tritt am 1. Januar 2008 eine OR-Revision in Kraft, die wichtige Änderungen bei Gründungen von Körperschaften mit sich bringen wird und somit für Notare bedeutsam ist – insbesondere werden künftig sog. Einpersonen-AG bzw. sog. Einpersonen-GmbH formell zugelassen.

ist nicht absehbar, sogar ganz im Gegenteil⁷², indem eine weitere sog. «grosse Aktienrechtsrevision» zurzeit pendent ist⁷³.

Die öffentlichen Urkundspersonen waren zwar bei den diversen Gesellschaftsrechtsrevisionen bis anhin niemals zentrales Augenmerk in den Vorbereitungen, doch unbesehen dessen wurde jeweils für die Notare «gut geschaut» – was ein Indiz für eine starke «Lobby» darstellen dürfte. Äusserst selten wurde ein gesellschaftsrechtlicher Lebenssachverhalt aus der bisherigen Beurkundungspflicht entlassen⁷⁴; auf der anderen Seite wurden einige neue Beurkundungstatbestände – z.B. durch das KAG⁷⁵ sowie das FusG⁷⁶ – eingeführt.

2.2 Aktienrecht

2.2.1 Heute

2.2.1.1 Beispiel – genehmigte Aktienkapitalerhöhung

Nebst den AG-Gründungen stellen insbesondere die Kapitalveränderungen – z.B. die sog. genehmigte Aktienkapitalerhöhung (Art. 651 ff. OR) – ein gewichtiges Tätigkeitsgebiet für Notare und öffentliche Urkundspersonen dar⁷⁷. Bei der erwähnten Spezialform der Kapitalerhöhung, die eine Flexibilisierung des Aktienkapitals⁷⁸ mit sich bringen soll⁷⁹, erweist sich der Notar sogar als eine Art ständiger Begleiter des Transaktionsablaufs:

⁷² Mit dieser Revision werden Änderungen erfolgen, die für Notare wichtig sind – auf ein zentrales Beispiel wird noch näher eingegangen: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.2.2.

⁷³ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.2.1.

⁷⁴ Eine grösse Ausnahme bildet die GmbH-Rechtsrevision: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.2.

⁷⁵ Beispiel: Die in der Schweiz gänzlich neue Rechtsform der sog. Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (SICAV) ist eine Körperschaft und deren Gründung «richtet sich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über die Gründung der Aktiengesellschaft» (Art. 37 Abs. 1 KAG), d.h. eine öffentliche Beurkundung der SICAV-Gründung wird erforderlich.

⁷⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.4.2.

⁷⁷ Übersicht: *Nobel*, Gesellschaftsrecht, S. 202 ff.; des Weiteren: *Trigo Trindade/Griessen Cotti*, Application, S. 230 ff.

⁷⁸ Die Flexibilisierung des Aktienkapitals erscheint nicht nur «nach oben», sondern ebenfalls «nach unten» wünschbar: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.1.2/Ziff. 2.2.2.2.

⁷⁹ Statt aller: *von Büren/Stoffel/Weber*, Grundriss, N 362 ff.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 52 N 22 f. sowie N 208 ff.

(i) Der sog. *Basis-Beschluss* der GV für die genehmigte Aktienkapitalerhöhung ist (anders als bei der ordentlichen Kapitalerhöhung) statutenändernd und muss (wie bei der ordentlichen Erhöhung) öffentlich beurkundet werden⁸⁰. (ii) Der sog. *Kapitalerhöhungs-Beschluss* des VR im Rahmen des Basis-Beschlusses muss – weil die Statuten noch nicht angepasst werden – nicht durch einen Notar beurkundet werden⁸¹. (iii) Der sog. *Feststellungs-Beschluss* des VR⁸² nach durchgeführter Kapitalerhöhung muss ebenso wie schlussendlich (iv) der sog. *Anpassungs-Beschluss* des VR⁸³ wieder öffentlich beurkundet werden.

2.2.1.2 Beispiel – (noch) Fehlen einer genehmigten Aktienkapitalherabsetzung

Die Flexibilisierung des Kapitals wurde aktienrechtlich bis anhin einzig «nach oben» eingeführt, und zwar einerseits mit der genehmigten Aktienkapitalerhöhung (Art. 651 ff. OR)⁸⁴ und andererseits mit der sog. bedingten Erhöhung des Aktienkapitals (Art. 653 ff. OR)⁸⁵. Die flexible Veränderung «nach unten» ist im Aktienrecht – und ebenso im allgemeinen Kapitalgesellschaftsrecht – de lege lata noch unmöglich, und das Kapitalherabsetzungsverfahren (Art. 732 ff. OR)⁸⁶ erweist sich als äusserst starr.

Die Praxis und die Lehre sind sich seit langer Zeit bereits einig, dass eine generelle Kapitalflexibilisierung bei Körperschaften – ähnlich wie bei den sog. Anlagefonds (sc. «open-ended») – im Prinzip wünschbar ist. De lege

⁸⁰ Bei der genehmigten Kapitalerhöhung ergibt sich die Beurkundungspflicht aus Art. 651 OR i.V.m. Art. 647 Abs. 1 OR (also: «Änderung der Statuten») und bei der ordentlichen Aktienkapitalerhöhung aus Art. 650 Abs. 2 OR (also: Spezialregelung zur Kapitalerhöhung): *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 52 N 243.

⁸¹ Hierzu: *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 52 N 266.

⁸² *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 52 N 267 sowie N 170.

⁸³ Wenn der VR seine Ermächtigung zur Kapitalerhöhung innert zwei Jahren wahrnimmt und das Aktienkapital erhöht, muss der VR jeweils den Nennbetrag des genehmigten Kapitals in den Statuten herabsetzen, d.h. es braucht eine weitere öffentliche Beurkundung: Art. 651a Abs. 1 OR i.V.m. Art. 647 OR; hierzu etwa: *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 52 N 274.

⁸⁴ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.1.1.

⁸⁵ Übersicht: von *Büren/Stoffel/Weber*, Grundriss, N 388 ff.

⁸⁶ In diesem Verfahren sind die Notare ebenfalls involviert: Art. 734 OR.

ferenda wurde deshalb, notabene ausländischen Modellen folgend, schon früh die Einführung von sog. «SICAV»⁸⁷ postuliert⁸⁸.

Das Problembewusstsein ist in der Schweiz in den letzten Jahren grösser geworden, und zwar in erster Linie in der Finanzindustrie im Zusammenhang mit den «Investmentgesellschaften»⁸⁹, die einen ausgewiesenen Bedarf für eine Flexibilisierung haben. Die Entwicklung verlief bzw. verläuft in zwei Richtungen: (i) Das neue *Kollektivanlagengesetz* ermöglicht seit Kurzem tatsächlich die Gründung von «Investmentgesellschaften mit variablem Kapital» (bzw. SICAV); und (ii) die neue «*grosse Aktienrechtsrevision*» soll ebenfalls eine entsprechende Flexibilisierung «nach unten» mit sich bringen⁹⁰.

2.2.2 Zukunft

2.2.2.1 Status quo der «grossen Aktienrechtsrevision»

Der Gesetzgeber geht das neue Jahrtausend mit einem gesellschaftsrechtlichen Mammutprojekt an, nämlich einer weiteren (nunmehr: dritten) «grossen Aktienrechtsrevision» seit dem 19. Jahrhundert. Der Vorentwurf der Bundesverwaltung wurde am 2. Dezember 2005 bis Ende Mai 2006 in eine breite und gut genutzte Vernehmlassung geschickt, die zu äusserst unterschiedlichen Ergebnissen geführt hat⁹¹.

⁸⁷ Im Wesentlichen handelt es sich bei einem SICAV um eine AG mit variablem Kapital – SICAV bedeutet denn auch: «Société d'Investissement à Capital Variable».

⁸⁸ *Kunz*, Minderheitenschutz, § 12 N 154 ff. sowie N 163 f., v.a. N 164.

⁸⁹ Allg.: *Peter V. Kunz*, Achterbahnfahrt für Anlagegesellschaften – Bewusste Todesstösse für Investmentgesellschaften in der Schweiz?, NZZ Nr. 75 (2006) S. 31; *ders.*; Investmentgesellschaften – ein Testfall für das Geldwäschereigesetz (GwG)?, ZBJV 142 (2006) S. 249 ff.

⁹⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.2.2.

⁹¹ Details: <http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.Par.0006.File.tmp/VE%20definitiveFassung%2005.11.30%20Variante%20EDA.pdf> (Vorentwurf vom 2. Dezember 2005 – zit.: VE OR); http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1275/Bericht_d.pdf (Begleitbericht vom 2. Dezember 2005 – zit.: Begleitbericht); <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.Par.0014.File.tmp/20070214-ve-res-d.pdf> (Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse); Stellungnahme der Doktrin zum Revisionsvorhaben: *Peter Böckli*, Zum Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, GesKR 1/2006 S. 4 ff; *Peter V. Kunz*, Status quo der «grossen Aktienrechtsrevision» – Ein legislatives Mammutprojekt für das 21. Jahrhundert, in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III* (Bern 2008) – in Vorbereitung.

Im Vordergrund – sozusagen als allgemeiner «Leitstern» des Revisionsvorhabens⁹² – steht die sog. Corporate Governance, die für die Notare nicht von herausragendem Interesse sein dürfte. Doch einige Neuerungen dürften die öffentlichen Urkundspersonen interessieren⁹³:

Das Institut der GV wird in umfassender und auch die Notare betreffenden Weise überarbeitet⁹⁴. Beispielsweise sollen in Zukunft (i) sog. *elektronische GV* (auch «Internet-GV» genannt)⁹⁵ sowie (ii) sog. *multilokale GV* (also: GV an verschiedenen Orten)⁹⁶ zugelassen werden; die GV soll ausserdem die Kompetenz erhalten, eine genehmigte Aktienkapitalherabsetzung oder (wahrscheinlicher) (iii) ein *Kapitalband* zu beschliessen⁹⁷.

Es erscheint im heutigen sehr frühen Zeitpunkt müssig, über das «ob» oder das «wann» eines möglichen Inkrafttretens des «neuen» Aktienrechts philosophieren zu wollen – es kommt, wann (nicht: wenn) es kommt. M.E. wird es aber ganz sicher in einigen Jahren in Kraft gesetzt werden und das Schweizer Kapitalgesellschaftsrecht dominieren. Aus diesem Grund erscheint bereits im heutigen Zeitpunkt eine Auseinandersetzung damit nicht bloss

⁹² Begleitbericht: S. 8 f. sowie S. 10 ff.

⁹³ Nur am Rande sei vermerkt, dass der Vorentwurf (i) die bisherige Praxis zur solidarischen Haftung für Gebühren kodifiziert, so dass insbesondere (nach klaren Materialien) auch Notare haftbar sind – Begleitbericht: S. 95; zudem: Art. 943a VE OR; des Weiteren (ii) genügt eine einzige öffentliche Urkunde im Hinblick auf in verschiedenen Kantonen gelegene Grundstücke als Sacheinlage, wobei der Notar am Sitz der Gesellschaft zuständig sein wird: Art. 634 Abs. 3 VE OR – Begleitbericht: S. 41; und schliesslich soll (iii) neu die öffentliche Beurkundung der Statutenänderung bei einer bedingten Kapitalerhöhung wegfallen: Art. 653i Abs. 3 VE OR; Begleitbericht: S. 50.

⁹⁴ Die Vorschläge laufen unter dem Stichwort: «Aktualisierung» – hierzu der Begleitbericht: S. 29 ff.

⁹⁵ Eine elektronische GV wird ausgeschlossen sein, wenn es um beurkundungspflichtige Beschlüsse geht: Art. 701d Ziff. 2 VE OR; zur Begründung der Begleitbericht: S. 31: «Die Grundprinzipien der öffentlichen Beurkundung lassen eine Verurkundung ohne räumlichen Tagungsort nicht zu (dies folgt namentlich aus den Prinzipien der Einheit des Beurkundungsakts und der Einheit des Orts)».

⁹⁶ Anders als bei elektronischen GV sind bei multilokal GV beurkundungspflichtige Beschlussfassungen möglich; der VR muss indes einen sog. Haupttagungsort bestimmen, an dem nicht nur die GV geleitet wird, sondern an dem ebenfalls die entsprechenden GV-Beschlüsse notariell beurkundet werden: Art. 701a Abs. 4 Ziff. 2 VE OR; zudem der Begleitbericht: S. 29 sowie S. 79.

⁹⁷ Der Vorentwurf sieht einerseits die Variante «genehmigte Kapitalherabsetzung» und andererseits die Variante «Kapitalband» vor; Begleitbericht: S. 22 ff. – doch die Vernehmlassung deutet eindeutig auf die zweite Variante hin, so dass sich diese Ausführungen darauf konzentrieren werden: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.2.2.

zulässig, sondern sogar geboten – nicht zuletzt durch Notare und öffentliche Urkundspersonen.

2.2.2.2 Beispiel – Neuerung des Kapitalbandes

M.E. die voraussichtlich bedeutsamste Neuerung, die mit der «grossen Aktienrechtsrevision» ins schweizerische Recht eingeführt werden könnte, dürfte das sog. Kapitalband sein⁹⁸ – für einmal ein Schweizer Eigengewächs. Dieses neue originelle Rechtsinstitut dient in erster Linie der Flexibilisierung des Aktienkapitals, indem im Prinzip die genehmigte Kapitalerhöhung⁹⁹ mit einer genehmigten Kapitalherabsetzung¹⁰⁰ «kombiniert» wird¹⁰¹.

Etwas trivialisiert erteilt die GV dem VR eine Schwankungsermächtigung, und zwar «nach oben» und «nach unten». Die Statuten¹⁰² können nebst dem (i) *Aktienkapital* (d.h. der im HR eingetragenen Kapitalziffer) ein (ii) sog. *Basiskapital* (d.h. eine ziffernmässige Reduktion bzw. eine Untergrenze)¹⁰³ und bzw. oder¹⁰⁴ (iii) ein sog. *Maximalkapital* (d.h. eine ziffernmässige Expansion bzw. eine Obergrenze)¹⁰⁵ für Kapitalveränderungen vorsehen¹⁰⁶.

Es überrascht kaum, dass die Notare und öffentlichen Urkundspersonen in diese Transaktionen involviert werden sollen: Insbesondere muss der GV-Beschluss zur Einführung des Kapitalbandes öffentlich beurkundet werden¹⁰⁷; dieselbe Regelung gilt m.E. notabene ebenfalls bei der allfälligen «ausserterminlichen» Streichung des Kapitalbandes, weil es sich um eine reguläre

⁹⁸ Art. 653r ff. VE OR; Begleitbericht: S. 22 f. sowie S. 54 ff.

⁹⁹ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.1.1.

¹⁰⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.1.2.

¹⁰¹ Gewisse Änderungen gegenüber dem Vorentwurf scheinen unerlässlich zu sein – m.E. liegen die grössten Probleme (noch) beim Gläubigerschutz.

¹⁰² Zu deren Inhalt: Art. 653s VE OR.

¹⁰³ Das Basiskapital darf nicht kleiner als 50 Prozent des Aktienkapitals sein: Art. 653r Abs. 2 Satz 2 VE OR («um höchstens die Hälfte unterschreiten»); das Basiskapital übernimmt die Funktion einer Sperrziffer – hierzu der Begleitbericht: S. 22.

¹⁰⁴ Es bestehen verschiedene Kombinationsmöglichkeiten: Art. 653r Abs. 3 VE OR; allg. hierzu der Begleitbericht: S. 22 f.

¹⁰⁵ Das Maximalkapital darf nicht grösser als 150 Prozent des Aktienkapitals sein: Art. 653r Abs. 2 Satz 1 VE OR («um höchstens die Hälfte überschreiten»).

¹⁰⁶ Diese Ermächtigung an den VR wird von der GV zeitlich limitiert, und zwar auf maximal fünf Jahre: Art. 653r Abs. 1 VE OR; während dieser Zeit darf der VR aber so oft er will bzw. es für zweckmässig erachtet, Kapitalveränderungen innerhalb der statutarischen «Bandbreite» vornehmen.

¹⁰⁷ Art. 653r Abs. 7 VE OR; Begleitbericht: S. 54.

Statutenänderung handelt¹⁰⁸ – sollte indes das Kapitalband wegen Zeitablaufs (sozusagen im Sinne einer blossen «Statutenreinigung») gestrichen werden, braucht es keine öffentliche Beurkundung¹⁰⁹. Will der VR seine Ermächtigung durch Erhöhung oder Herabsetzung wahrnehmen, werden weitere öffentliche Beurkundungen notwendig¹¹⁰.

2.3 GmbH-Recht

2.3.1 Heute

Die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) stammt ursprünglich aus Deutschland und wurde für die Schweiz – sozusagen durch rechtsvergleichendes «Abkupfern» im Ausland – bei der OR-Revision 1936 übernommen. Seither blieben die Regelungen zur GmbH zumindest formell unverändert¹¹¹.

In etwa die gleichen Lebenssachverhalte wie bei den AG sind ebenfalls bei den GmbH beurkundungspflichtig. Zu erwähnen sind insbesondere (i) die GmbH-Gründungen¹¹², (ii) die Statutenänderungen¹¹³, (iii) die Veränderungen beim Stammkapital¹¹⁴ sowie schliesslich (iv) die Auflösung der GmbH¹¹⁵; der zentrale Unterschied zum Aktienrecht besteht allerdings darin, dass (v) die Abtretung bzw. Übertragung von GmbH-Anteilen – anders als die Veräusserung von Aktien – ebenfalls öffentlich beurkundet werden muss¹¹⁶, wobei zwei Beurkundungen gegeben sind («Abtretung» und «Verpflichtung zur Abtretung»)¹¹⁷.

¹⁰⁸ Zur Anwendung gelangt somit Art. 647 Abs. 1 OR.

¹⁰⁹ Art. 653s Abs. 2 VE OR; Begleitbericht: S. 55.

¹¹⁰ Die Regelungen zur den Aktienkapitalerhöhungen bzw. –herabsetzungen werden «sinn-gemäss» angewendet: Art. 653t Abs. 2 VE OR.

¹¹¹ Dies wird sich mit der ersten (formellen) GmbH-Rechtsrevision ändern: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.2.

¹¹² Art. 779 Abs. 1 OR.

¹¹³ Art. 784 Abs. 1 OR.

¹¹⁴ Erhöhung: Art. 786 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 779 Abs. 1 OR; Herabsetzung: Art. 788 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 734 OR.

¹¹⁵ Art. 820 Ziff. 2 OR.

¹¹⁶ Art. 791 Abs. 4 OR; detaillierter: *Brückner*, Beurkundungsrecht, § 106 N 2998 f.

¹¹⁷ Es handelt sich um das Verpflichtungsgeschäft einerseits und um das Verfügungsgeschäft andererseits, die indes meist in derselben Urkunde enthalten sind: *Jeannette K. Wibmer*, OR-Handkommentar (Zürich 2002), N 3 zu Art. 791 OR

2.3.2 Zukunft

Das GmbH-Recht wurde soeben einer ersten formellen Revision unterzogen¹¹⁸, die anfangs des Jahres 2008 in Kraft treten wird. Diese gesellschaftsrechtliche Grossrevision bringt zahlreiche Neuerungen mit sich¹¹⁹ – erwähnt seien beispielsweise die Zulassung von Einpersonen-GmbH, die Abschaffung eines Maximalkapitals, das Obligatorium der Vollübertragung des Stammkapitals oder die Abschaffung der subsidiären Gesellschafterhaftung.

Das neue GmbH-Recht ändert indes das Beurkundungsrecht zur GmbH (meist Verweisungen auf das Aktienrecht) nicht bzw. kaum. Besonders zu erwähnen ist immerhin die sicherlich gewichtigster Neuerung für Notare: Abtretungen bzw. Übertragungen von GmbH-Stammanteilen erfolgen anders als früher¹²⁰ künftig ohne öffentliche Beurkundung¹²¹, was eine m.E. sinnvolle Annäherung an das AG-Konzept darstellt.

2.4 Fusionsrecht

2.4.1 Übersicht zum Transaktionsablauf

Das neue Fusionsgesetz (FusG)¹²² mit immerhin mehr als 100 Artikeln trat nach langen Vorbereitungsarbeiten¹²³ am 1. Januar 2004 in Kraft und stellt

¹¹⁸ Hinweise: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2002/3148.pdf> (Botschaft); <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2002/3265.pdf> (Revisionsentwurf); <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/gmbh.Par.0014.File.tmp/un-ve-d.pdf> (Vorentwurf für die Vernehmlassung).

¹¹⁹ Übersichten statt aller: *Peter V. Kunz*, Grosse GmbH-Reform als Chance und Herausforderung für schweizerische Unternehmungen – Die GmbH (bzw. GoGh) als neuer «Superstar» im Gesellschaftsrecht?, *Jusletter* 30. April 2007, Rz 1 ff.; *Beat Brechtbühl/Daniel Emch*, Die neue GmbH als massgeschneidertes Rechtskleid für Joint Ventures, *SZW* 4/2007 S. 271 ff.; *Peter Böckli*, Das neue schweizerische GmbH-Recht – was ist wirklich neu? Eine Übersicht, in: *Das neue schweizerische GmbH-Recht* (Zürich 2006), S. 1 ff.; *Peter Forstmoser*, Das neue Recht der Schweizer GmbH, in: *FS für Peter Böckli* (Zürich 2006), S. 535 ff.

¹²⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.1.

¹²¹ Nur, aber immerhin Schriftform ist erforderlich: Art. 785 revOR.

¹²² Erster Überblick zum FusG: *von Büren/Stoffel/Weber*, Grundriss, N 1345 ff.; ausserdem: *Böckli*, Aktienrecht, § 3 N 15 ff.

¹²³ Die Botschaft des Bundesrates zum FusG, die nicht bei allen aktuellen Transaktionen weiterhilft (insbesondere nicht bei der Vermögensübertragung, die erst mit der parlamentarischen Beratung eingeführt wurde), stammt vom 13. Juni 2000: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2000/4337.pdf>.

bezüglich gewisser Umstrukturierungen von Gesellschaften eine eigentliche «Klammer» zum Kapitalgesellschaftsrecht sowie zum Personengesellschaftsrecht dar. In den letzten fast vier Jahren konnten nun erste Erfahrungen mit dem Fusionsrecht gesammelt werden¹²⁴.

Im Wesentlichen geht es um vier Transaktionen, nämlich die Fusionen (Art. 3 ff. FusG)¹²⁵, die Spaltungen (Art. 29 ff. FusG)¹²⁶, die Umwandlungen (Art. 53 ff. FusG) sowie die Vermögensübertragungen (Art. 69 ff. FusG)¹²⁷. Eine zentrale Errungenschaft des FusG ist die transaktionsrechtliche Effizienzsteigerung, indem – im Prinzip¹²⁸ – bei allen Umstrukturierungen ein modellartiger Transaktionsablauf stattfindet:

Zuerst wird (i) ein *Vertrag bzw. Plan* (z.B. Fusionsvertrag¹²⁹ oder Spaltungsplan¹³⁰) erarbeitet, über den (ii) ein *Bericht* (z.B. Umwandlungsbericht¹³¹) – des VR oder eines anderen obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans – erstellt wird. Diese und weitere Unterlagen werden geprüft, so dass (iii) ein *Prüfungsbericht* eines besonders befähigten Revisors (neu: zugelassener Revisor) folgt¹³², der (iv) zur *Einsicht der Gesellschafter* aufgelegt¹³³ wird. Danach kommt es (v) zur *Beschlussfassung der GV* in den Gesellschaften, was wichtig ist für die Notare, denn (vi) diese Beschlüsse müssen *öffentlich beurkundet* werden¹³⁴. Der Transaktionsprozess wird abgeschlossen (vii) mit der *HR-Eintragung*, die konstitutiv ist¹³⁵. Gewisse Betroffene haben (viii)

¹²⁴ Auswahl: *Andreas Binder*, Wege, Irrwege und Umwege für Umstrukturierungen, GesKR 2/2007 S. 123 ff.; *Hans-Jakob Käch*, Die Praxis des Handelsregisteramtes Kanton Zürich zum Fusionsgesetz, GesKR 2/2007 S. 133 ff.; *Rita Trigo Trindade/Anne Griessen Cotti*, FusG – Echo aus der Praxis, GesKR 2/2007 S. 144 ff.

¹²⁵ Jüngst: *Urs Schenker*, Fusion – Erleichterung oder Erschwerung durch das Fusionsgesetz?, GesKR 2/2007, S. 153 ff.

¹²⁶ Unter praktischem Aspekt: *Rolf Watter/Raffael Büchi*, Die Spaltung nach Fusionsgesetz als Mauerblümchen der Praxis?, GesKR 2/2007 S. 164 ff.

¹²⁷ Nunmehr: *Rudolf Tschäni*, Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz und auf anderen Wegen, GesKR 2/2007 S. 170 ff.

¹²⁸ Die grosse Ausnahme bildet die Transaktionsform der *Vermögensübertragung*, bei der einige *Spezialitäten* zu beachten sind; statt aller: *Peter V. Kunz*, Umwandlung und Vermögensübertragung im schweizerischen Fusionsrecht – Blicke zurück und nach vorne, AJP 13 (2004) S. 802 ff., v.a. S. 810 ff.

¹²⁹ Art. 12 f. FusG.

¹³⁰ Art. 36 ff. FusG.

¹³¹ Art. 61 FusG.

¹³² Beispiele: Art. 15 FusG; Art. 62 FusG.

¹³³ Beispiele: Art. 16 FusG; Art. 63 FusG.

¹³⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.4.2.

¹³⁵ Obwohl die Vermögensübertragung im Transaktionsablauf einen eigentlichen Sonderfall darstellt, erfolgt hier ebenfalls eine Eintragung im HR: Art. 73 FusG.

Klagemöglichkeiten (z.B. eine Anfechtungsklage¹³⁶ sowie eine Verantwortlichkeitsklage¹³⁷).

2.4.2 Regelfälle und Ausnahmefälle

Nach dem erwähnten Transaktionsablauf¹³⁸ verlaufen prinzipiell (i) die *Fusionen*, (ii) die *Spaltungen* sowie die (iii) *Umwandlungen*. Bei diesen Umstrukturierungen hat das Fusionsrecht in Bezug auf die Beschlussfassungen in den GV drei neue Beurkundungstatbestände geschaffen – zumindest als Regelfall¹³⁹: Art. 20 Abs. 1 FusG (Fusion), Art. 44 FusG (Spaltung) sowie Art. 65 FusG (Umwandlung); die «KMU-Privilegierung»¹⁴⁰, die von gewissen fusionsrechtlichen Pflichten befreit¹⁴¹, gilt m.E. *nicht* betreffend die Beurkundung.

Die Pflicht zur Beurkundung dieser Beschlussfassungen wurde nicht etwas unbedacht oder zufällig eingeführt. Vielmehr soll die öffentliche Beurkundung als zusätzlicher Sicherungsmechanismus der Rechtssicherheit der FusG-Transaktion dienlich sein¹⁴².

Den grossen Ausnahmefall vom «Prinzip der GV-Beschlussbeurkundung im FusG» stellen (iv) die *Vermögensübertragungen* dar: Beschlüsse der GV werden bei dieser Umstrukturierungsform – mindestens regelmässig¹⁴³ – überhaupt nicht gefasst, so dass in diesem Bereich (eben als Ausnahme) *kein* Beurkundungstatbestand besteht; immerhin muss ein Spezialfall erwähnt werden: Übertragungsverträge, die Grundstücke betreffen, müssen

¹³⁶ Art. 106 f. FusG.

¹³⁷ Art. 108 FusG.

¹³⁸ Vgl. dazu vorne 2.4.1.

¹³⁹ Ausnahmefall: Fusionen zwischen Vereinen sind nicht beurkundungspflichtig (Art. 20 Abs. 2 FusG); sollte ein Verein hingegen nicht mit einem anderen Verein, sondern mit einem anderen Rechtsträger fusionieren, kommt Art. 20 Abs. 2 FusG nicht zur Anwendung und eine Beurkundung wird wieder obligatorisch: *Thomas Gelzer*, N 18 zu Art. 20 FusG, in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz (Zürich 2004).

¹⁴⁰ Legaldefinition des kleinen und mittleren Unternehmens (KMU): Art. 2 lit. e FusG; allg.: *Lukas Glanzmann*, Umstrukturierungen (Bern 2006), N 27 ff.

¹⁴¹ Beispiele zur Fusion: Art. 14 Abs. 2 FusG (Fusionsbericht); Art. 15 Abs. 2 FusG (Fusionsprüfung); Art. 16 Abs. 2 FusG (Einsichtsverfahren für Gesellschafter).

¹⁴² In diesem Sinne bereits: *Peter V. Kunz*, Das neue Fusionsgesetz (FusG), in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I* (Bern 2006), S. 203 m.w.H.

¹⁴³ Gelegentlich sind mit Vermögensübertragungen auch Statutenänderungen verbunden (z.B. wegen einer Zweckänderung) – die entsprechenden GV-Beschlüsse müssen selbstverständlich *beurkundet* werden.

(nun sozusagen als Gegen Ausnahme) öffentlich beurkundet werden (Art. 70 Abs. 2 FusG)¹⁴⁴.

2.5 Ausgewählte Spezialfragen aus der Praxis

2.5.1 Notare an «freundlichen» GV

Notare und öffentliche Urkundspersonen kommen insbesondere an Generalversammlungen zum Einsatz. Die meisten Versammlungen verlaufen friedlich oder «freundlich», doch gibt es immer mehr GV mit Streitigkeiten beispielsweise im Aktionariat, so dass das Zusammensein fast als feindlich oder zumindest als «unfreundlich» bezeichnet werden muss¹⁴⁵. Sowohl im ersten als auch im zweiten Szenario werden Notare immer wieder mit Sondersituationen bzw. Fragen konfrontiert¹⁴⁶, die nicht einfach zu beantworten sind; einige subjektive Antwortversuche des Unterzeichners sollen nun im Folgenden gegeben werden:

- Notare als unabhängige Stimmrechtsvertreter: Eine Publikumsgesellschaft¹⁴⁷ mit Sitz in der Innerschweiz mandatierte jeweils als Notar für die beurkundungspflichtigen GV-Beschlüsse eine öffentliche Urkundsperson, die gleichzeitig als sog. unabhängiger Stimmrechtsvertreter für diese GV eingesetzt wurde¹⁴⁸.

M.E. ist diese Personalunion unzulässig. Die Begründung ergibt sich nicht aus dem Notariatsrecht, sondern aus dem Aktienrecht. Der unabhängige Stimmrechtsvertreter muss nämlich – wie der Name sagt – «unabhängig» sein¹⁴⁹, und die öffentliche Urkundsperson als Auftragnehmerin der Ge-

¹⁴⁴ Details: *Piera Beretta*, N 17 zu Art. 70 FusG, in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz (Zürich 2004); zuständig ist der Notar am Sitz des übertragenden Rechtsträgers: Art. 70 Abs. 2 FusG.

¹⁴⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.2. Diese Terminologie lehnt sich an den im Finanzmarktrecht eingebürgerten Begriff des «unfriendly takeovers» an.

¹⁴⁶ Es sei betont, dass alle sechs in Ziff. 2.5.1 und Ziff. 2.5.2 geschilderten Sachverhalte in der früheren Wirtschaftsadvokaturpraxis des Unterzeichners realiter vorgefallen sind.

¹⁴⁷ Der Begriff bedeutet, dass deren Beteiligungspapiere (d.h. deren Aktien) an der SWX Swiss Exchange kotiert sind – was indes für die in Frage stehende Problematik keine Rolle spielt.

¹⁴⁸ Art. 689c OR; allg.: von *Büren/Stoffel/Weber*, Grundriss, N 539 ff.

¹⁴⁹ Der Massstab für die Unabhängigkeit muss sicherlich an Art. 727c OR (Unabhängigkeit der Revisionsstelle; neu: Art. 728 revOR) gemessen werden; gl.M.: von *Büren/Stoffel/Weber*, Grundriss, N 540.

sellschaft für die Beurkundung kann dies (realiter bzw. mindestens dem Anschein nach¹⁵⁰) eben gerade nicht sein¹⁵¹.

- Notare und das Auszählen der GV-Stimmen: Die soeben erwähnte Urkundsperson verlangte für diese GV in seiner Funktion als Notar jeweils, dass die Stimmen (meist waren mehr als 1'000 Aktionäre anwesend!) im Hinblick auf die Beurkundung im einzelnen ausgezählt werden – das «offene Handmehr» sollte nach seiner Ansicht nicht akzeptiert werden, und zwar selbst für den Fall, dass die Stimmverhältnisse eindeutig waren¹⁵². M.E. ist dieses «Verlangen» des Notars unzulässig, d.h. es muss nicht in jedem Fall ausgezählt werden¹⁵³. Teil der Verhandlungsleitung des Vorsitzenden der GV ist nämlich die Feststellung, ob überhaupt ein GV-Beschluss zustande gekommen ist oder nicht – die öffentlichen Urkundsperson hat dies nicht nachzuprüfen, sondern einzig die Aussagen des GV-Vorsitzenden öffentlich zu protokollieren¹⁵⁴.
- Notare als Adressaten von Fragen: An einigen GV wurden seitens der Aktionäre zahlreiche Fragen an die VR-Mitglieder (oder an die Revisionsstelle) gerichtet. Als keine oder – nach Ansicht der Fragesteller – zumindest bloss unbefriedigende Antworten erhältlich waren, haben die Aktionäre sich in der GV an den Notar gewandt mit den entsprechenden Fragen und von ihm Antworten verlangt¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Es darf also nicht der Eindruck der fehlenden Unabhängigkeit entstehen – zu Art. 727c OR: *Böckli*, Aktienrecht, § 15 N 67 m.w.H.

¹⁵¹ Gl.M. wie hier *Böckli*, Aktienrecht, § 12 N 290: «Als unabhängiger Stimmrechtsvertreter kommt z.B. ein *Notar* (...) in Frage, vorausgesetzt, der Auserkorene steht auch nicht anderweitig in Mandatsverhältnissen zu der Gesellschaft oder zum Konzern» (Hervorhebung des Originals weggelassen und Hervorhebungen hinzugefügt).

¹⁵² Spezifisch zur «Protokollierung grosser Aktionärsversammlungen», die mit besonderen Problemen verbunden ist: *Brückner*, Beurkundungsrecht, § 106 N 3002 ff.

¹⁵³ *Brückner*, Beurkundungsrecht, § 106 N 3016: «Wird eine weitgehend einheitliche Meinung der Versammlungsteilnehmer erwartet oder in der Diskussion offenbar, so wird die Abstimmung zweckmässigerweise mit dem offenen Handmehr durchgeführt».

¹⁵⁴ Gl.M. *Brückner*, Beurkundungsrecht, § 106 N 3016: «In der öffentlichen Urkunde wird dann protokolliert, der Antrag des Verwaltungsrates sei in offener Abstimmung mit überwiegendem Mehr, bei X ablehnenden und Y Stimmenthaltenen, zum Beschluss erhoben worden. Auf eine Bezifferung der zustimmenden Voten ist, wenn sie nicht konkret ausgezählt wurden, zu verzichten» – die Zahlen der ablehnenden Voten und der Stimmenthaltungen können die Stimmzähler «vor Ort» durch Nachfragen ermitteln (a.a.O. N 3016).

¹⁵⁵ Gerade Laien mögen den Notar als Respektsperson sozusagen als *generelle* «Klagemauer» missverstehen.

M.E. hat der Notar indes weder ein Recht noch eine Pflicht zu Antworten bzw. zu Kommunikationen in der GV, denn er ist formell weder Aktionär noch Organ der Gesellschaft¹⁵⁶, sondern als Mandatar blosser GV-Gast, der weder Diskussions-, noch Stimm- oder Antragsrecht hat. Die öffentliche Urkundsperson hat ausserdem bloss in den seltensten Fällen tatsächlich das Wissen zu den Antworten – doch selbst, wenn dieses vorhanden wäre, kann der Notar niemals Adressat von Fragen in einer GV sein¹⁵⁷.

Die Schnittstellen von Notariatsrecht und Gesellschaftsrecht sind noch (zu) wenig erforscht, so dass es nicht selten an Rechtssicherheit mangelt – die notariatsrechtliche Doktrin ist hier in erster Linie gefordert, wenn auch unterstützt von den «Basisrechtlern».

Immerhin dürfte es in der schweizerischen Wirtschaftsrealität in den soeben geschilderten Fällen kaum zu Streitigkeiten kommen; die ersten beiden Fallkonstellationen wurden in der Praxiserfahrung des Unterzeichners denn auch jeweils «à l'amiable» gelöst. Doch der Übergang von «freundlichen» zu «unfreundlichen» Szenarien ist – wie wohl gerade das letzte Beispiel erahnen lässt¹⁵⁸ – gerade im Zeitalter des «institutional shareholder activism» meist fließend.

2.5.2 Notare an «unfreundlichen» GV

Es gibt wohl (leider) nichts, was es nicht gibt – bei Streitigkeiten beispielsweise zwischen Aktionären anlässlich von GV geraten nicht zuletzt die anwesenden Notare immer wieder ins Kreuzfeuer von Auseinandersetzungen. Investoren können versucht sein, nicht bloss den VR (und dessen Berater), sondern ebenfalls den anwesenden Notar im eigentlichen Sinne unter Druck zu setzen. Es seien drei Beispiele erwähnt, deren erlebte reale Aggressivität auf dem Papier nur unzureichend zum Ausdruck gelangen kann:

¹⁵⁶ Adressaten von Fragen in GV sind ausschliesslich der Verwaltungsrat und – in eingeschränktem Ausmass (sc. «über Durchführung und Ergebnis» der Revision) – die Revisionsstelle: Art. 697 Abs. 1 OR; allg.: Peter V. Kunz, OR-Handkommentar (Zürich 2002), N 1 ff. zu Art. 697 OR.

¹⁵⁷ Wenn sich z.B. ein Aktionär in der GV direkt an den Notar wendet, sollte m.E. der GV-Vorsitzende die Urkundsperson aus dem möglichen Schussfeld nehmen und die Frage einfach «nicht zulassen».

¹⁵⁸ Der Unterzeichner hat schon an «unfreundlichen» GV erlebt, dass Aktionäre den Notar unter Druck zu setzen versuchten mittels «kritischer Fragen» und sich auf Art. 697 OR beriefen.

- *Fremde Notare*: Ein grosser (Minderheits-)Aktionär hat einen beurkundungspflichtigen GV-Beschluss traktandieren lassen, vermutete aber (notabene: zu recht!), dass die betroffene AG keinen Notar «aufbieten» würde. Dieser Aktionär nahm deshalb einen «eigenen» Notar mit, dem seitens der AG indes der Eingang zur GV verwehrt wurde; mangels Anwesenheit eines Notars wurde das Traktandum nicht zur Abstimmung gebracht.

M.E. sind – trotz dem wohl rechtmisbräuchlichen Verhalten der AG im beschriebenen Fall¹⁵⁹ – sog. «fremde Notare», d.h. nicht von der Gesellschaft mandatierte öffentliche Urkundspersonen unzulässig; die Beurkundung erfolgt rechtlich im Auftrag der Gesellschaft und nicht des Gesellschafters¹⁶⁰. Die obligatorische Anwesenheit eines Notars gehört zur Durchführung der GV; sollte die AG eine entsprechende Mandatierung verweigern, erscheint eine Klagemöglichkeit gegeben¹⁶¹.

AG können weitere «notariatsrechtliche Obstruktion» betreiben wie folgt: Damit der Notar eine öffentliche Urkunde überhaupt errichten kann bzw. darf, muss der VR-Präsident oder ein für ihn handelnder Vorsitzender (in der GV oder im VR) anwesend sein¹⁶²; ansonsten fehlt es an der Beurkundung, und die Beschlussfassung erweist sich als nichtig¹⁶³. Das «Timeing» von Ferien etc. kann somit durchaus instrumentalisiert werden.

- *Drohung mit Strafanzeige* gegen Notare: Ein Aktionär behauptete anlässlich einer GV, dass ein früherer Teilverkauf seiner Aktien an einen anderen Investor nichtig sei, so dass er mit «zu wenigen» Aktien bzw. der andere Aktionär mit «zu vielen» Aktien vertreten sei. Sollte der Notar die realiter «falschen» Stimmverhältnisse beurkunden, wäre dies nach Ansicht des Aktionärs eine sog. Falschbeurkundung – er drohte mit einer Strafanzeige¹⁶⁴, sollte der Notar trotzdem den GV-Beschluss beurkunden.

¹⁵⁹ Sollte der VR einer AG mit dem «Nichtaufbieten» eines Notars ein solches juristisches «Buebe-Trickli» vornehmen, könnte dies zu seiner Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 ff. OR führen – m.E. dürfte in einem solchen Fall zumindest eine Widerrechtlichkeit wegen Verletzung von Art. 717 Abs. 1 OR gegeben sein.

¹⁶⁰ Die Thematik «Who ist he Client» erweist sich für die Notare als besonders wichtig beispielsweise im Zusammenhang mit ihren sog. notariatsrechtlichen *Ausstandspflichten*.

¹⁶¹ Als Rechtsgrundlage dient m.E. Art. 699 Abs. 4 OR.

¹⁶² In diesem Sinne: Böckli, Aktienrecht, § 1 N 384.

¹⁶³ Vgl. dazu vorne Ziff. 1.2.5.

¹⁶⁴ Konkret geht es um den Straftatbestand von Art. 317 StGB.

Unsicherheit mögen sibyllinische Aussagen in der Lehre verursachen: «Für die materielle Richtigkeit trägt die Urkundsperson zwar keine Verantwortung, doch soll sie die Beurkundung klar rechtswidriger Beschlüsse verweigern»¹⁶⁵ – was indes «klar rechtswidrige Beschlüsse» sind¹⁶⁶ und was «soll (...) verweigern» konkret bedeuten möge, steht der Interpretation offen und unterminiert die Rechtssicherheit.

M.E. kann sich ein Notar niemals strafbar machen wegen Falschbeurkundung, wenn er (i) einen anfechtbaren GV-Beschluss (Art. 706 f. OR) beurkundet¹⁶⁷ – anders sieht es nur, aber immerhin bei (ii) einem nichtigen GV-Beschluss (Art. 706b OR) aus. Die Urkunde muss nämlich nur im Zeitpunkt der Beurkundung «wahr» sein, d.h. das spätere Schicksal des Beschlusses liegt ausserhalb der Einflussmöglichkeiten des Notars¹⁶⁸.

- *Notare als Verantwortlichkeitsbeklagte*: Ein Aktionär setzte sich – ohne Erfolg – anlässlich einer GV gegen eine Aktienkapitalerhöhung zur Wehr; er machte einen Schaden auf seiner Seite als Folge der «rechtswidrigen» Kapitalerhöhung geltend und drohte den VR-Mitgliedern und anlässlich der GV zusätzlich dem beurkundenden Notar mit einer Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 753 ff. OR.

M.E. ist die öffentliche Urkundsperson in einem Verantwortlichkeitsprozess wegen den vorgenommenen Beurkundungen (z.B. bei der Gründung oder bei der Erhöhung des Aktienkapitals) ohne weiteres passivlegitimiert und kann somit eingeklagt werden¹⁶⁹. Zwar ist der Notar (i) kein sog. *formelles Organ*, doch er gehört durch seine Tätigkeit beispielsweise zu

¹⁶⁵ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 14 N 73 a.A.

¹⁶⁶ Nach der hier vertretenen Ansicht muss – zumindest im Hinblick auf das *Strafrecht* – bei der Rechtswidrigkeit von GV-Beschlüssen klar unterschieden werden zwischen Anfechtbarkeit einerseits und Nichtigkeit andererseits.

¹⁶⁷ Dies gilt sogar für den Fall, dass der Notar ernsthafte Zweifel an der Gültigkeit der Beschlussfassung hat. Dass ein solches Verhalten zwar keine strafrechtlichen, allenfalls aber disziplinarische bzw. notariatsrechtliche Konsequenzen für den Notar haben kann, ist ein anderes Thema. A.M. ohne Differenzierung BGE 120 IV 199 Erw. 3.1.

¹⁶⁸ Ein anfechtbarer Beschluss ist (anders als ein nichtiger GV-Beschluss) im Zeitpunkt der Beschlussfassung insofern «wahr», als er ja sogar trotz diesem Rechtsmangel gültig werden bzw. bleiben kann – und zwar, wenn keine Anfechtungsklage gemäss Art. 706 f. OR erhoben wird. Es liegt am eigenverantwortlichen Aktionär, sich gegen einen anfechtbaren GV-Beschluss zur Wehr zu setzen, und nicht am Notar – dieser ist keine Hilfsperson des Investors: Vgl. dazu vorne Ziff. 1.2.3.

¹⁶⁹ Gl.M.: Müller, Haftung, S. 64 f. m.w.H.

den «Personen, die bei der Gründung mitwirken» (Art. 753 a.A. OR) und wird folglich zum (ii) sog. *materiellen Organ* der Gesellschaft¹⁷⁰.

Tatsächlich ist es nicht immer leicht, als öffentliche Urkundsperson in der Schweiz tätig zu sein, und die mit grossem Stress verbundenen «unfriendly situations» (wie z.B. «unfreundliche» GV) scheinen seit einigen Jahren immer häufiger vorzukommen. In erste Linie sollten die Notare m.E. vermeiden, sich leicht einschüchtern zu lassen; sie müssen zwar neutral sein, doch sind sie nicht Helfer der (gelegentlich: querulatorischen) Aktionäre¹⁷¹ – Auftraggeber ist und bleibt die Gesellschaft. Doch fast noch wichtiger m.E. ist bzw. wäre, dass die öffentlichen Urkundspersonen genau wissen, wie sich die Rechtslage verhält, so dass Rechtssicherheit herrscht – leider ist dies heute (noch) nicht immer der Fall. Sollte der vorliegende Aufsatz einen kleinen Beitrag zur Verbesserung leisten können, wurde mehr erreicht als erhofft.

¹⁷⁰ Das Risikopotential für Notare und öffentliche Urkundspersonen erscheint indes eher gering, weil sie gesellschaftsrechtlich ein beschränktes Pflichtenheft haben – z.B. braucht es keine Inhaltskontrolle beim Sacheinlagevertrag gemäss Art. 634 OR.

¹⁷¹ Vgl. dazu vorne Ziff. 1.2.3.