

Der Regierungsrat des Kantons Thurgau an den Grossen Rat

Frauenfeld, 18. Februar 2025
Nr. 81

20	MO 58	653
----	-------	-----

Motion von Hermann Lei, Beat Rüedi, Michèle Strähl und Beda Stähelin vom 28. Februar 2024 „Angleichen des Beurkundungsrechts, um Fernbeurkundungen zu ermöglichen und die Effizienz von Unternehmen zu sichern“

Beantwortung

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren

1. Ausgangslage

Mit der Motion (4 Erst- und 82 Mitunterzeichnerinnen und -zeichner) soll der Regierungsrat beauftragt werden, die bestehende gesetzliche Grundlage so anzupassen, dass das Beurkundungsrecht der Aktienrevision entspricht. Das revidierte Aktienrecht räumt den Gesellschaften beziehungsweise Unternehmen mehr Flexibilität ein, z.B. bei der Durchführung von Generalversammlungen, die neu an mehreren verschiedenen Tagungsorten gleichzeitig, virtuell oder mit dem Einsatz von elektronischen Mitteln durchgeführt werden können. Demzufolge soll das Beurkundungsrecht an die Aktienrechtsrevision schnellstmöglich angepasst und die elektronische öffentliche Beurkundung, die Fernbeurkundung (z.B. bei virtuellen Generalversammlungen) sowie die öffentliche Beurkundung von Zirkularbeschlüssen gesetzlich zugelassen werden. Andernfalls bestehe das Risiko, dass Fernbeurkundungen ohne entsprechende gesetzliche Grundlage von Handelsregisterämtern in anderen Kantonen abgelehnt werden könnten.

2. Rechtslage

2.1. Formen von Generalversammlungen (GV) nach der Revision des Aktienrechts

Das revidierte Aktienrecht ist am 1. Januar 2023 in Kraft getreten und stellt eine Modernisierung und Flexibilisierung des bisherigen Aktienrechts dar, indem es u.a. zahlreiche

neue Regelungsmöglichkeiten für Aktiengesellschaften (AG), Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH, vgl. Art. 805 Abs. 5 Ziff. 2^{bis} des Obligationenrechts [OR; SR 220]) und Genossenschaften (Art. 893a OR) vorschreibt und diesen Gesellschaften neue Möglichkeiten zur Durchführung einer Generalversammlung (GV) einräumt.

Nach der Revision des Aktienrechts können GV je nach statutarischer Regelung auf verschiedene Weise durchgeführt werden. So kann die GV neu an verschiedenen Orten gleichzeitig durchgeführt werden, wobei die Voten der Teilnehmerinnen und Teilnehmer unmittelbar in Bild und Ton (Video- oder Telefonkonferenz) an sämtliche Tagungsorte übertragen werden müssen (Art. 701a Abs. 3 OR). Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer sind physisch präsent und haben die Wahl hinsichtlich des Versammlungsortes.

Sodann ist eine GV nicht nur am Tagungsort in der Schweiz, sondern neu auch an einem Tagungsort im Ausland durchführbar, wenn die Statuten dies vorsehen und der Verwaltungsrat (VR) in der Einberufung eine unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter bezeichnet (Art. 701b Abs. 1 OR). Diese Vertretung garantiert, dass Aktionärinnen und Aktionäre, die nicht ins Ausland reisen und somit nicht unmittelbar an der Diskussion anlässlich der GV teilnehmen, zumindest ihr Stimmrecht ausüben können.

Ferner kann der VR vorsehen, dass Aktionärinnen und Aktionäre, die am Tagungsort der GV nicht anwesend sind, ihre Rechte alternativ auf elektronischem Weg am Tagungsort ausüben können (teilvirtuelle GV, d.h. einzelnen Teilnehmerinnen und Teilnehmern wird ermöglicht, an der GV mittels elektronischer Mittel teilzunehmen [Art. 701c OR]). Die Aktionärinnen und Aktionäre schalten sich in diesem Fall entweder per Audio (z.B. per Telefon) oder audiovisuell dazu und nehmen in Bild oder Ton an der GV teil. Da die Aktionärinnen und Aktionäre weiterhin über die Möglichkeit verfügen, an der GV physisch teilzunehmen, ist für die Durchführung einer solchen GV keine statutarische Grundlage notwendig.

Eine GV kann zudem mit elektronischen Mitteln ohne Tagungsort durchgeführt werden, wenn die Statuten dies vorsehen und der VR in der Einberufung eine unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter bezeichnet (virtuelle GV, d.h. ohne physischen Tagungsort und ohne physische Präsenz der Teilnehmerinnen und Teilnehmer [Art. 701d Abs. 1 OR]). Die Voraussetzungen für die Verwendung der elektronischen Mittel sind in Art. 701e f. OR geregelt.

Schliesslich kann die GV ohne Einhaltung der für die Einberufung geltenden Vorschriften durchgeführt werden, wenn die Beschlüsse auf schriftlichem Weg auf Papier oder in elektronischer Form (insbesondere mittels Zirkulationsbeschluss) erfolgen, sofern nicht eine Aktionärin oder ein Aktionär oder die Vertretung die mündliche Beratung verlangt (Art. 701 Abs. 3 OR). Eine statutarische Grundlage ist hierfür nicht erforderlich, falls alle Aktionärinnen und Aktionäre der schriftlichen Beschlussfassung zustimmen.

2.2. Beurkundungsrecht

Das Beurkundungsrecht ist sowohl im Bundesrecht als auch im kantonalen Recht geregelt. Der Begriff der öffentlichen Beurkundung gehört zum Bundesrecht (BGE 84 II 636 E. 1, S. 640). Im Bundesrecht ist namentlich geregelt, welche Rechtsgeschäfte als öffentlich beurkundungspflichtige Geschäfte gelten (z.B. die zahlreichen Beschlüsse der GV bei Kapitalerhöhungen, Sitzverlegungen, Änderung der Firma, Zweck- und Statutenänderungen). Das Bundesrecht regelt die Mindestvoraussetzungen für das Beurkundungsverfahren – z.B. die Einheit des Aktes (Ort, Zeit, Verfahren) und Mitwirkung der Urkundsperson –, die durch die Kantone eingehalten werden müssen (MÜLLER LUKAS/KAISER PHILIPPE J.A./BENZ DIEGO, Öffentliche Beurkundung von virtuellen Generalversammlungsbeschlüssen nach neuem Aktienrecht, ZBGR 104/2023 S. 65, 70). Die Einheit des Ortes verlangt, dass die Urkundsperson und die Urkundsparteien während des Hauptverfahrens am gleichen Ort anwesend sein müssen. Gemäss dem Prinzip der Einheit der Zeit müssen die beteiligten Personen während der ganzen Dauer des Hauptverfahrens, das ohne wesentliche Unterbrechung zu Ende zu führen ist, anwesend sein. Die Einheit des Verfahrens verlangt, dass das Hauptverfahren vollständig durchzuführen ist, ohne dass ein anderes Beurkundungsverfahren dazwischengeschaltet werden darf. Das Erfordernis der Einheit des Aktes ist im kantonalen Beurkundungsrecht in § 29 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG ZGB; RB 210.1) geregelt. Gemäss § 29 Abs. 1 EG ZGB erfolgt die Beurkundung i.d.R. ohne Unterbruch (Einheit in zeitlicher Hinsicht) bei gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten (Einheit in verfahrensmässiger und persönlicher Hinsicht) in den Amtsräumen der Urkundsperson (Einheit in örtlicher Hinsicht). Im Gegensatz zu den Willenserklärungen kann die Urkundsperson die Errichtung der öffentlichen Urkunde unterbrechen (keine Einheit in zeitlicher Hinsicht). Sind beim Beurkundungsakt gemäss § 29 EG ZGB nicht alle Parteien gleichzeitig anwesend, ist dies in der Beurkundungserklärung festzuhalten (§ 11 der Verordnung über das Grundbuch- und Notariatswesen [GNV; SR 211.431]). Eine Unterbrechung des Hauptverfahrens ist daher zulässig.

Die GV an verschiedenen Tagungsorten ist gemäss Art. 701a Abs. 3 OR unter der Voraussetzung zulässig, dass die Voten der Teilnehmerinnen und Teilnehmer unmittelbar in Bild und Ton an sämtliche Tagungsorte übertragen werden. Diese Bestimmung erlaubt somit die gleichzeitige Durchführung der GV an mehr als zwei verschiedenen Tagungsorten. Beurkundungspflichtige Beschlüsse einer GV, die an mehreren Tagungsorten durchgeführt wird, stellen keine Probleme dar, da diese an einem Tagungsort von einer zuständigen Urkundsperson beurkundet werden können. Es reicht aus, wenn sich die Urkundsperson an einem der verschiedenen Tagungsorte befindet und von dort aus die Beschlüsse, die über virtuelle Übertragung auch an anderen Tagungsorten gefasst werden können, beurkundet. Am Tagungsort, an dem die Urkundsperson physisch anwesend ist, kann sie die Vorgänge unmittelbar wahrnehmen. Neu ist es nach Art. 701b OR zulässig, eine GV im Ausland durchzuführen. Werden anlässlich einer solchen GV Beschlüsse gefasst, die der öffentlichen Beurkundung unter-

liegen, kommt im Hinblick auf die Eintragung ins Handelsregister Art. 25 der Handelsregisterverordnung (HRegV; SR 221.411) zur Anwendung, da Beschlüsse einer GV mit Tagungsort im Ausland aufgrund des Territorialitätsprinzips nicht von einer Schweizer Urkundsperson beurkundet werden können, sondern vielmehr mit einer Bescheinigung der am Errichtungsort zuständigen Behörde (Urkundsperson des ausländischen Tagungsorts) versehen sein müssen. Bei der teilvirtuellen GV ist ein Teil der Aktionärinnen und Aktionäre abwesend und ein räumlicher Tagungsort vorhanden. Bei der virtuellen GV sind alle Aktionärinnen und Aktionäre abwesend, und ein räumlicher Tagungsort fehlt. Es stellt sich daher die Frage, ob eine öffentliche Beurkundung auch stattfinden kann, wenn eine GV oder Beschlussfassung nach diesen neuen möglichen Formen erfolgt und der räumliche Tagungsort nicht vorhanden ist und die Teilnehmerinnen und Teilnehmer physisch abwesend sind, was dem oben erwähnten Prinzip der Einheit des Beurkundungsaktes und der Einheit des Ortes der öffentlichen Beurkundung widerspricht. Es geht hier um die Problematik der von der Motion angesprochenen „Fernbeurkundung“, bei der sich die Urkundsperson oder die Urkundsparteien nicht physisch, sondern vielmehr auf Distanz am Hauptverfahren und unter Einsatz von elektronischen Kommunikationsmitteln beteiligen oder keine der Urkundsparteien vor der Urkundsperson erscheint.

Der Bundesgesetzgeber wollte die neuen Formen von GV und Beschlussfassungen nicht von vornherein ausschliessen, wenn Beschlüsse gefällt werden, die der öffentlichen Beurkundungspflicht unterliegen. Die öffentliche Sachbeurkundung von GV-Beschlüssen ist – im Gegensatz zur Beurkundung von Willenserklärungen – von Bundesrechts wegen deshalb zulässig, weil es sich bei den beurkundungspflichtigen Beschlüssen einer GV um einen tatsächlichen Vorgang und daher um eine Sachbeurkundung handelt, bei der die Urkundsperson lediglich den zu beurkundenden tatsächlichen Vorgang wahrnehmen muss (Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, Aktienrecht, nachfolgend: Botschaft AR, BBl 2017 399 559). Schliesslich bilden Feststellungen der Urkundsperson über bestehende Tatsachen den Gegenstand von Sachbeurkundungen. Im Bereich der Sachbeurkundungen ist die Fernbeurkundung daher durchaus möglich, ist doch bei einer Sachbeurkundung einerseits eine Unterbrechung des Hauptverfahrens zulässig und die räumliche Präsenz der Urkundsperson oder der Urkundsparteien am gleichen Tagungsort nicht zwingend notwendig. Der Bundesgesetzgeber lässt die öffentliche Beurkundung der (teil-)virtuellen GV folglich explizit zu. Von Bundesrechts wegen ist auch die öffentliche (Sach-)Beurkundung von Beschlüssen, die auf dem Zirkularweg oder an einer (teil-)virtuellen Versammlung gefasst werden, zulässig. Die (teil-)virtuellen Sachbeurkundungen werden weitgehend als unproblematisch erachtet, da bei voller Funktionstüchtigkeit der elektronischen Mittel die erforderliche persönliche und uneingeschränkte Wahrnehmungsmöglichkeit der Urkundsperson in Bezug auf die Vorgänge an der GV sowie die Feststellungen der Tagungsleiterin oder des Tagungsleiters grundsätzlich gewährleistet werden kann. Die beurkundungsrechtlichen Aspekte beziehungsweise die Frage, wie die Beschlüsse der (teil-) virtuellen GV öffentlich zu beurkunden sind, ist im neuen Aktienrecht nicht explizit geregelt.

2.3. Kantonales Beurkundungsverfahren

Grundsätzlich ist das Beurkundungsverfahren im kantonalen Recht geregelt. Art. 55 des Schlusstitels zum Zivilgesetzbuch (SchlT ZGB; SR 210) schreibt vor, dass die Kantone für ihr Gebiet festlegen, wie die öffentliche Beurkundung vorzunehmen ist, soweit das Bundesrecht keine ausdrückliche Regelung enthält. Die Kantone sind in ihrer (Gesetzgebungs-)Kompetenz betreffend die Durchführung des Beurkundungsverfahrens sowie die Organisation des Beurkundungs- und Notariatswesens jedoch insofern beschränkt, als sie die Mindestanforderungen des Bundes sowie die bundesrechtlichen Regelungen zu beachten haben. Da die neuen Formen der Beschlussfassung an einer GV aufgrund des revidierten Aktienrechts zulässig sind und das Bundesrecht die entsprechenden öffentlichen Beurkundungen ausdrücklich erlaubt, sollen solche Beschlüsse künftig im Kanton Thurgau öffentlich beurkundet werden können. Festzuhalten ist, dass es nicht notwendig ist, in der entsprechenden kantonalen Gesetzgebung eine explizite Ermächtigung der Urkundspersonen aufzunehmen. Anderenfalls hätte der Bund eine solche Ermächtigung ausdrücklich ins Bundesgesetz aufgenommen analog zu beispielsweise Art. 55a Abs. 1 SchlT ZGB, wonach die Kantone die Urkundspersonen ermächtigen können, elektronische Ausfertigungen der von ihnen errichteten öffentlichen Urkunden zu erstellen. Das kantonale Recht muss die öffentlichen Beurkundungen von Beschlüssen nach den neuen Formen nicht ausdrücklich regeln, da es Bundesrecht folgt (Grundsatz des Vorrangs von Bundesrecht nach Art. 49 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101]), es darf sie aber auch nicht verhindern. Infolgedessen ist fraglich, ob das kantonale Beurkundungsrecht angepasst werden muss und ob es der Durchführung von (teil-)virtuellen GV mit elektronischen Mitteln oder mittels Zirkulationsbeschlüssen entgegensteht.

Der Kanton Thurgau verfügt über kein eigentliches Beurkundungsgesetz. Das thurgauische Beurkundungsrecht setzt sich aus dem EG ZGB und der Verordnung über das Grundbuch- und Notariatswesen (GNV; RB 211.431) zusammen. Der Kanton Thurgau hat gestützt auf Art. 55 SchlT ZGB im Zusammenhang mit der öffentlichen Beurkundung verschiedene Bestimmungen in das EG ZGB und die GNV aufgenommen. Das EG ZGB regelt insbesondere die öffentliche Beurkundung auf dem Gebiet des Kantons durch Urkundspersonen (§ 24 bis § 32 EG ZGB), die GNV die Zuständigkeit, Beurkundung von Willenserklärungen sowie weitere Beurkundungsfälle (§ 4 bis § 24 GNV). Das Notariat ist insbesondere zuständig für die öffentliche Beurkundung rechtsgeschäftlicher Erklärungen oder rechtlich erheblicher Tatsachen in Fällen, in denen diese Form vorgeschrieben ist oder von den Beteiligten gewünscht wird (§ 8 Abs. 1 Ziff. 1 EG ZGB). Wie das Notariat bei einer öffentlichen Beurkundung vorzugehen hat, wird einerseits in den § 24 bis § 34 EG ZGB, andererseits in der GNV geregelt. In § 24 bis § 34 EG ZGB wird das Vor- und Hauptverfahren der öffentlichen Beurkundung, das Erstellen der Urkunde, das Vorgehen in speziellen Beurkundungsfällen (insbesondere bei behinderten oder fremdsprachigen Personen) sowie die Einheit des Beurkundungsaktes dargelegt. Die Einzelheiten sind wiederum in der GNV geregelt.

Die öffentliche Beurkundung ist die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staat geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren (BGE 99 II 159 E. 2a, S. 161). Das kantonale Beurkundungsrecht unterscheidet zwischen öffentlicher Beurkundung von Willenserklärungen (§ 24 ff. EG ZGB, § 7 bis § 18 GNV) und öffentlicher Beurkundung rechtlich erheblicher Tatsachen oder Vorgänge (§ 32 EG ZGB, § 19 bis § 20 GNV). Bei allen der Gesellschaftsgründung nachfolgenden Veränderungen (Statutenänderungen, Auflösungsbeschlüsse) oder bei der Feststellung gesellschaftsrechtlicher Vorgänge (Erhöhung oder Herabsetzung des Aktienkapitals, Herabsetzung des Stammkapitals) beruht die Beurkundung nicht auf Willenserklärungen der Beteiligten, sondern auf Gesellschaftsbeschlüssen und Wahrnehmungen, die gemäss § 19 GNV zu beurkunden sind. Dabei hat sich die Beurkundung auf die Durchführung der GV und ihre Beschlussfassung zu beziehen, und die Urkundsperson hat in diesem Fall die Identität und die Handlungsfähigkeit der an der Versammlung teilnehmenden Personen sowie die Echtheit von Unterschriften auf Vollmachten nicht zu überprüfen (§ 62 GNV). Sodann bestimmt sich die Beurkundung rechtlich erheblicher Tatsachen oder Vorgänge (Sachbeurkundung gemäss § 19 Abs. 1 GNV) nach den eigenen Wahrnehmungen der Urkundsperson, die sich von der Wahrheit des beurkundeten Verhältnisses zu überzeugen hat. Unterlagen, auf die sich die Beurkundung stützt, sind in der Urkunde aufzuführen. Bezieht sich die Beurkundung auf einen Augenschein oder sonstige Wahrnehmungen, sind Ort und Zeit der Feststellung anzugeben. Handelt es sich um Schriftstücke, denen beurkundete Feststellungen entnommen werden, sind sie genau zu bezeichnen (§ 19 GNV).

Bei der öffentlichen Beurkundung von Beschlüssen anlässlich einer GV handelt es sich nach den kantonalen Bestimmungen um eine Sachbeurkundung über tatsächliche Verhältnisse oder Vorgänge und nicht um eine öffentliche Beurkundung von Willenserklärungen. Im kantonalen Beurkundungsrecht sind mit Blick auf die Sachbeurkundung daher keine beurkundungsrechtlichen Hindernisse für die Durchführung einer GV an mehreren in- oder ausländischen Tagungsorten oder einer (teil-)virtuellen GV ersichtlich. Vielmehr genügt das kantonale Verfahren betreffend die öffentliche Beurkundung von GV-Beschlüssen, die nach den neuen Formen gefasst worden sind, den bundesrechtlichen Anforderungen des Beurkundungsrechts. Eine physische Präsenzpflcht nach dem kantonalen Recht ist bei diesbezüglichen Sachbeurkundungen jedenfalls nicht vorgeschrieben. Hingegen sind öffentliche Beurkundungen von Willenserklärungen gemäss § 7 ff. GNV, wenn sie (teil-)virtuell oder auf dem schriftlichen Weg erfolgen sollen, nicht möglich, da die beteiligten Personen und Urkundsperson an der öffentlichen Beurkundung persönlich anwesend (§ 29 EG ZGB) oder vertreten (§ 10 GNV) sein müssen. Eine öffentliche (Sach-)Beurkundung von (teil-)virtuellen GV- oder Zirkulationsbeschlüssen nach dem geltenden kantonalen Beurkundungsrecht ist jedoch möglich, schreibt das aktuelle kantonale Beurkundungsrecht doch keine zwingende persönliche Anwesenheit bei Sachbeurkundungen vor. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen dürfen die Handelsregisterämter anderer Kantone Eintragungen, die auf Urkunden beruhen, die durch Urkundspersonen im Kanton Thurgau nach den neuen Formen erstellt

worden sind, nicht ablehnen. Es liegt primär in der Verantwortung der Urkundsperson, dass das kantonale Notariatsrecht eingehalten wird. Die Kognition der Handelsregisterbehörden ist in diesem Bereich nur sehr eingeschränkt (Praxismitteilung EHRA 1/24 vom 20.6.2024, Ziff. 2.3, erster Absatz, auffindbar unter: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/handelsregister/praxismitteilungen.html>).

3. Digitale Beurkundung

Mit der Einführung von Art. 55a SchlT ZGB haben die Kantone die Kompetenz erhalten, die Urkundspersonen zu ermächtigen, elektronische Ausfertigungen der von ihnen errichteten öffentlichen Urkunden zu erstellen. Gestützt darauf sind die Urkundspersonen gemäss § 6a GNV ermächtigt, elektronische Ausfertigungen der von ihnen errichteten öffentlichen Urkunden zu erstellen. Sie können die Übereinstimmung der von ihnen erstellten elektronischen Kopien mit den Originaldokumenten auf Papier sowie die Echtheit von Unterschriften elektronisch beglaubigen. Nach dem geltenden Recht muss daher das Original der öffentlichen Urkunde als Papierdokument erstellt werden. Der Bundesgesetzgeber hat am 16. Juni 2023 das Bundesgesetz über die Digitalisierung im Notariat (Notariatsdigitalisierungsgesetz, DNG; BBl 2023 1523) verabschiedet. Damit soll inskünftig u.a. das Original einer öffentlichen Urkunde auch in elektronischer Form erstellt und ein zentrales elektronisches Urkundenregister geschaffen werden (Botschaft zum Bundesgesetz über die Digitalisierung im Notariat, nachfolgend: Botschaft DNG, BBl 2022 S. 143 ff. Ziff. 2.2.1). Das DNG wird in Bezug auf den Beurkundungsvorgang zur Erstellung elektronischer Originale öffentlicher Urkunden lediglich die Grundsätze regeln. Die Ausführungsgesetzgebung wird derzeit erarbeitet. Das DNG soll gleichzeitig mit den Ausführungsbestimmungen in Kraft treten. Mit der Inkraftsetzung ist in zwei bis drei Jahren zu rechnen. Mit der Einführung des DNG müssen sämtliche Bestimmungen betreffend die öffentliche Beurkundung angepasst werden. In diesem Zusammenhang könnte auch das Anliegen der Motion umgesetzt werden, sofern dies aufgrund der bis dann gemachten Erfahrungen noch notwendig ist.

4. Zusammenfassende Beurteilung

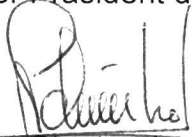
Hauptziel der Motion ist, das kantonale Beurkundungsrecht an die Revision des Aktienrechts anzupassen und elektronische öffentliche Beurkundung, Fernbeurkundungen (z.B. von virtuellen GV) sowie öffentliche Beurkundung von Zirkularbeschlüssen zuzulassen. Der Regierungsrat beurteilt diesbezügliche Anpassungen als sachlich nicht notwendig, da für weite Teile des Anliegens die geltenden Vorschriften genügen und eine allfällige kantonale Neuregelung des Beurkundungsverfahrens erst mit der Einführung des DNG nötig wird.

8/8

5. Antrag

Aus den dargelegten Gründen beantragen wir, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren, die Motion nicht erheblich zu erklären.

Der Präsident des Regierungsrates


Der Staatsschreiber