

## Öffentliche Beurkundung von Urabstimmungen und Zirkularbeschlüssen

von Prof. Dr. Christian Brückner (Basel)

erschienen in: Schweizerische Juristenzeitung (SJZ), Bd. 94 (1998), Nr. 2, S. 33-35

### INHALT

1. Problemstellung
2. Formulierungsvorschlag für die öffentliche Beurkundung einer Urabstimmung
3. Einzelfragen
4. Beurkundbarkeit von Zirkularbeschlüssen

*\*\*SJZ 94 (1998) Nr. 2, S. 33\*\**

*Da grundsätzlich nur Erklärungen von anwesenden Personen öffentlich beurkundet werden können, fragt es sich, ob eine öffentliche Beurkundung von Zirkularbeschlüssen (etwa des Verwaltungsrates einer AG) und Urabstimmungen (im Genossenschaftsrecht) möglich ist. Der Autor, der dies früher verneint hat, zeigt nachstehend einen gangbaren Weg auf. Fo.*

*Est-il possible de dresser l'acte authentique des décisions prises par voie de circulation (par exemple par le conseil d'administration d'une société anonyme) ou de votations (dans une société coopérative), alors qu'en principe les déclarations de personnes présentes peuvent seules faire l'objet d'un acte notarié? L'auteur qui avait auparavant une autre opinion propose une solution. Hj. P.*

### 1. Problemstellung

Im Beurkundungsrecht gilt seit BGE 90 II 274 der Grundsatz, dass nur solche Erklärungen öffentlich beurkundet werden können, die von anwesenden Personen vor der Urkundsperson abgegeben werden. Der Grundsatz gilt gleichermassen für Erklärungen zu Urkund und für Erklärungen zu Protokoll<sup>1</sup>. Aus diesem Grundsatz hat der Verfasser ehemals abgeleitet, Urabstimmungen und Zirkularbeschlüsse seien nicht öffentlich beurkundbar<sup>2</sup>. Die Schlussfolgerung ist nicht zwingend und bedarf angesichts der Beurkundungsbedürftigkeit gewisser Genossenschaftsbeschlüsse<sup>3</sup> der Wiedererwägung. Bei Grossgenossenschaften kann es schwierig sein, die Mitglieder zu beschlussfähigen Versammlungen zusammenzurufen<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Zu den Begriffen der Erklärungen "zu Urkund" und "zu Protokoll" vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 57-64. - Als Erklärungen zu Urkund werden insbesondere die Parteienerklärungen in Grundstückkäufen, Eheverträgen etc. bezeichnet, wo die Urkundsperson den wirklichen inneren Willen der Erklärenden zu ermitteln und die Erklärenden erforderlichenfalls durch notarielle Belehrung vor Unbedacht zu schützen hat. Als Erklärungen zu Protokoll werden beispielsweise die Voten von Aktionären an öffentlich beurkundeten Generalversammlungen bezeichnet; die Urkundsperson hat sich hier nicht um den wirklichen inneren Willen zu kümmern, sondern das Votum als äusseren Vorgang, d.h. als das Sprechverhalten der erklärenden Person, zu protokollieren.

<sup>2</sup> Vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2890.

<sup>3</sup> Vgl. Art. 874 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 732 Abs. 1 und Art. 647 Abs. 1 OR (Änderungen an den Haftungs- oder Nachschussverpflichtungen der Genossenschafter sowie Herabsetzung oder Aufhebung der Anteilscheine).

<sup>4</sup> Angesichts des bundesrechtlichen Beurkundungszwangs postuliert neuestens MANFRED KÜNG, Urabstimmung und öffentliche Beurkundung, Der Bernische Notar (1997), S. 1-16, die Beurkundbarkeit von Urabstimmungen, unter Verweis auf die ebenfalls befürwortenden

Die beurkundungsrechtliche Schwierigkeit entfällt, wenn solche Beschlüsse nicht als Erklärungen von Einzelpersonen, sondern als Abstimmungsverhalten eines Kollektivs betrachtet werden. Überwacht die Urkundsperson das Auszählen der Stimmen, so kann sie das Zustandekommen des Beschlusses als einen *in wesentlichen Teilen selber wahrgenommenen Vorgang bezeugen*. Das zweckmässige Verfahren wird mit dem nachfolgenden Formulierungsvorschlag veranschaulicht.

## **2. Formulierungsvorschlag für die öffentliche Beurkundung einer Urabstimmung**

### **ÖFFENTLICHE URKUNDE**

*Ich, die unterzeichnete Urkundsperson, beurkunde was folgt:*

**\*\*SJZ 94 (1998) Nr. 2, S. 34\*\***

*1. Ich habe mich am 25. Juni 1997 in die Räume der X-Genossenschaft begeben und daselbst der Erhaltung der Urabstimmung vom Juni 1997 beigewohnt. Anwesend waren der mir bekannte Herr Y, Verwaltungsratspräsident der Genossenschaft, ferner Herr Z, ebenfalls persönlich bekannt, welcher mir vom Verwaltungsratspräsidenten als Chef des Abstimmungsbüros vorgestellt wurde, sowie drei Mitarbeiter der Genossenschaft.*

*2. Die Herren Y und Z haben, nachdem ich sie auf ihre Wahrheitspflicht hingewiesen habe, vor mir erklärt:*

*- Die X-Genossenschaft hat zwischen dem 26. Mai 1997 (Versand) und dem 20. Juni 1997 (Ende der Rücksendefrist) eine Urabstimmung betreffend Statutenänderung (Aufhebung der Nachschusspflicht der Genossenschafter) durchgeführt.*

*- Am Versanddatum hatte die Genossenschaft 8'427 Mitglieder.*

*- Beim Versand wurde jedem Mitglied der Antrag des Verwaltungsrates mitsamt altem und neuem Statutentext zugestellt, ferner ein Instruktionsblatt bezüglich Ausfüllen und fristgebundener Rücksendung des Stimmzettels, schliesslich der Stimmzettel und ein vorfrankierter, an das Abstimmungsbüro der X-Genossenschaft adressierter Briefumschlag. Für diesen Rücklauf wurde ein eigenes Postfach eingerichtet, zu welchem allein der Chef des Abstimmungsbüros Zugang hatte.*

*- Die beiden hier aufgestellten Behältnisse "A" und "B" enthalten alle und nur die von den Stimmberechtigten bis heute zurückgesandten Sendungen, und zwar Behältnis "A" die rechtzeitig eingegangenen, Behältnis "B" die verspäteten. Die Briefumschläge sind noch uneröffnet.*

*2. Hierauf wurden die in den beiden Behältnissen enthaltenen Briefumschläge durch Herrn Z und die drei weiteren anwesenden Mitarbeiter der Genossenschaft vor mir eröffnet, sortiert, gebündelt und ausgezählt, wobei ich mich durch meine Wahrnehmungen während dieser Vorgänge und durch anschliessende Stichproben von der Richtigkeit der Auszählung überzeugt habe.*

*3. Die Auszählung ergab 5'804 rechtzeitig eingegangene Stimmzettel, wovon 4812 Ja-Stimmen, 797 Nein-Stimmen, 82 Stimmenthaltungen und 113 ungültige Stimmen, ferner 47 verspätet eingegangene Stimmzettel.*

*4. Demgemäss beurkunde ich, dass die X-Genossenschaft am 20. Juni 1997 durch Urabstimmung ihre Statuten in der beigefügten Fassung beschlossen hat.*

---

Lehrmeinungen von BK-JANGGEN/BECKER (1939), N 18 zu Art. 777 OR; OR-DREIFUSS/LEBRECHT, N 24 zu Art. 808 OR, und auf den nicht wirklich einschlägigen BGE 67 I 342 (346, E. 3).

5. Ein vollständiger Satz der Abstimmungsunterlagen einschliesslich der nunmehr gültigen Statuten ist der Urkunde mit Schnur und Siegel beigefügt.

[Ort], den 26. Juni 1997 / Notar-Unterschrift / Siegel

### 3. Einzelfragen

Die der Auszählung vorangehenden organisatorischen Vorkehren zur Ermittlung des wirklichen Mehrheitswillens der Stimmberechtigten<sup>5</sup> fallen in den Verantwortungsbereich der Klientschaft. Die Urkundsperson hat sich diese Vorkehren von der Klientschaft erklären zu lassen und die wesentlichen Teile dieser Erklärungen in der Urkunde zu protokollieren. Dabei muss und darf sie sich auf die mündlichen Erklärungen des zuständigen Gesellschaftsorgans verlassen<sup>6</sup>.

Die Urkundsperson würdigt die Zweckmässigkeit dieser Vorkehrungen frei, wobei unter dem Gesichtswinkel des Verhältnismässigkeitsprinzips auch die Interessenlage bzw. Brisanz der Abstimmungsfrage von Belang sein kann. Wohl keine einzelne Vorkehrung kann, für sich allein genommen, als unabdingbar bzw. als Beurkundungsvoraussetzung gelten. Die Urkundsperson hat die Teilnahme am Auszählungsvorgang und die Beurkundung des Beschlusses jedoch abzulehnen, wenn die vorgängige Organisation derart unklar oder dürftig war, dass das zu ermittelnde Resultat trotz notarieller Auszählungs-Kontrolle mit relevanten Fehlermöglichkeiten behaftet erscheint.

Zum Prüfungsbereich der Urkundsperson gehören Inhalt und Klarheit von Abstimmungsinstruktion, Abstimmungsfrage und -antwort (bzw. die Bedeutung von JA und NEIN auf den ausgefüllten Stimmzetteln) in Bezug auf den zu beurkundenden Beschluss.

Das Beschlussdatum ist dasjenige des letzten Tages der Rücksendefrist,

*\*\*SJZ 94 (1998) Nr. 2, S. 35\*\**

nicht dasjenige der Auszählung. Das Auszählungsdatum muss in der Urkunde angegeben werden. Die Urkunde soll vom Tag der notariellen Urkunden-Unterzeichnung datiert werden<sup>7</sup>.

In der Lehre<sup>8</sup> wird empfohlen, dass die Urkundsperson das Abstimmungsmaterial versendet und sich die Stimmzettel an die eigene Adresse zurücksenden lässt. Erforderlich ist dies nicht. Die Urabstimmung der Rentenanstalt vom Juni 1997 mit über 600'000 Stimmberechtigten macht deutlich, dass die Möglichkeiten des Notariats in Einzelfällen überschritten würden.

Die Urkundsperson hat die Erklärungen zum Verfahrensverlauf aus den eingangs erwähnten Gründen als mündliche Erklärungen anwesender, auf ihre Wahrheitspflicht<sup>9</sup> hingewiesenen

<sup>5</sup> Dazu gehören: Gewährleistung des Versands an alle und nur an Stimmberechtigte; Beseitigung der ungebrauchten Restauflage von Abstimmungsmaterialien; Verwendung spezifisch bedruckten, im Handel nicht erhältlichen Papiers für die Stimmzettel und die Rücklauf-Couverts; Trennung des Stimmzettel-Rücklaufs vom normalen Posteingang; Ausschluss Unbefugter vom Rücklauf-Depot; rechtzeitige Abholung aller fristgemäss zurückgesendeten Stimmzettel zwecks klarer Trennung von den verspäteten.

<sup>6</sup> Dies in Analogie zu den Verhältnissen bei grossen Versammlungen; vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 3004.

<sup>7</sup> Zur Datierung von Veranstaltungsprotokollen vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2939 ff.

<sup>8</sup> BK-JANGGEN/BECKER (1939), N 18 zu Art. 777 OR; OR-DREIFUSS/LEBRECHT, N 24 zu Art. 808 OR.

<sup>9</sup> Zur Wahrheitspflicht der veranstaltungsleitenden Personen bezüglich des Verfahrensablaufs vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 1107.

Personen entgegenzunehmen, nicht als schriftliche Mitteilung abwesender Personen. Es wäre ungenügend, wenn das zuständige Genossenschaftsorgan die Behältnisse mit den Stimmcouverts postalisch der Urkundsperson zur Auszählung zukommen liesse und den bisherigen Verfahrensverlauf brieflich erläuterte.

Die Handlungsverantwortung für das Auszählen soll von der Klientschaft getragen werden, wogegen die Urkundsperson die Verantwortung für die Kontrolle und Protokollierung dessen trägt, was die Klientschaft tut. Aufgabe der Urkundsperson ist grundsätzlich die Kontrolle und Protokollierung fremder Akte, nicht der eigenen<sup>10</sup>.

Auch bei öffentlicher Beurkundung muss die geheime (anonyme) Stimmabgabe möglich sein. Die Urkundsperson kann nicht verlangen, dass die Stimmzettel unterzeichnet sind.

#### **4. Beurkundbarkeit von Zirkularbeschlüssen**

Gleich wie Urabstimmungen sind auch Zirkularbeschlüsse - etwa des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft - von Beurkundungsrechts wegen beurkundbar. Jedoch kommt in den wenigen Fällen beurkundungsbedürftiger Verwaltungsrats-Beschlussfassung, nämlich bei der Kapitalerhöhung gemäss Art. 653g und 653i OR, gemäss Art. 652g OR, der Zirkularbeschluss nicht in Frage, weil das Bundesprivatrecht hier die notarielle Feststellung verlangt, dass bestimmte Dokumente dem Verwaltungsrat anlässlich der Beschlussfassung "*vorgelegen haben*" - eine Tatsache, die nur dann notariell bezeugt werden kann, wenn der Beschluss von einer Versammlung gleichzeitig anwesender Personen gefasst wird<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Zur Irregularität jener Protokollierungen, in denen die Urkundsperson eigenes Handeln mit öffentlichem Glauben bezeugt, vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 3033.

<sup>11</sup> In diesem Sinne auch KÜNG, a.a.O. (Fussnote 4), S. 10, Ziff. 8.2; PETER RUF, Gründung und Kapitalerhöhung im neuen Aktienrecht, Der Bernische Notar 1992, S. 379.