Absage einzelner Traktanden einer GV oder einer GV insgesamt

Bundesgerichtsurteil 4A_380/2022 vom 30. Januar 2023 (BGE 149 III 1)

Mit Bemerkungen von Markus Vischer und Dario Galli*

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt
II. Erwägungen des Bundesgerichts
1. Traktandierungs- und Antragsrecht
2. Ausübung des Antragsrechts
3. Rechtsfolgen der Verletzung des Antragsrechts
III. Bemerkungen
1. Vorbemerkungen
2. Absage eines Traktandums der GV
3. Lehren für die Ausgestaltung der GV gemäss Art. 701 Abs. 3 OR
4. Zusammenfassung

I. Sachverhalt

Mit Schreiben vom 6. Mai 2020 lud der Verwaltungsrat (VR) der A AG (Beklagte, Beschwerdeführerin, nachfolgend: A AG) die Aktionäre zur ordentlichen Generalversammlung (GV) auf den 18. Juni 2020 ein. Es war vorgesehen, die GV gestützt auf die damals geltenden Covid-19-Verordnungen auf schriftlichem Weg durchzuführen. Dem Einladungsschreiben legte der VR unter anderem die Traktandenliste samt seinen Anträgen sowie einen Stimmzettel bei. Traktandiert war unter Ziff. 6 eine Statutenrevision, wobei der VR den Aktionären zwei Anträge unterbreitete, nämlich unter Ziff. 6.1 den Antrag zur Genehmigung der Änderung des Zweckartikels und unter Ziff. 6.2 den Antrag zur Genehmigung der übrigen geänderten Artikel. Die Aktionäre wurden eingeladen, ihre Stimme zu den Anträgen des VR schriftlich bis spätestens 17. Juni 2020 abzugeben, und zwar durch Setzen eines Kreuzes in einer der Rubriken «Ja», «Nein» oder «Enthaltung».[1]

Mit Schreiben vom 11. Mai 2020 gelangte die Einwohnergemeinde B (Klägerin, Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Gemeinde B) als Aktionärin der A AG an den VR. Sie stellte «zu Handen der Generalversammlung vom 18. Juni 2020» unter anderem folgende Anträge:

«1. Es sei die Statutenrevision zu verschieben auf eine der nachfolgenden ordentlichen Generalversammlungen.
[…]
3. Für den Fall, dass die Generalversammlung vom 18.06.2020 dem Verschiebungsantrag gemäss Ziff. 1 hiervor nicht folgt, sei der Antrag des Verwaltungsrats betreffend die Revision von Art. 9 Abs. 2 Ziff. 3, Art. 9 Abs. 2 Ziff. 6, Art. 36 und Art. 37 der Statuten abzuweisen.»[2]

Der VR antwortete mit Schreiben vom 2. Juni 2020, dass es sich bei diesem Verschiebungsantrag um einen «Verfahrensantrag» handle. Beschlüsse über Verfahrensanträge lägen in der «Entscheidungskompetenz des Vorsitzenden der Versammlung» und «nicht in der Kompetenz der Aktionäre». Er (der VR) lasse die Aktionäre über diesen Antrag nicht abstimmen.[3]

Am 18. Juni 2020 fand die GV in Abwesenheit der Aktionäre statt. Die Zweckänderung wurde aufgrund des erhöhten Quorums abgelehnt, während die Revision der übrigen Statutenänderungen angenommen wurde (912 Ja-Stimmen, 882 Nein-Stimmen, 99 Enthaltungen).[4]

Nach durchgeführtem Schlichtungsverfahren reichte die Gemeinde B beim Zivilkreisgericht Basel-Landschaft West eine Klage ein. Sie begehrte, der Beschluss der GV vom 18. Juni 2020 betreffend Traktandum 6.2 (Statutenrevision, Genehmigung der übrigen Artikel), eventualiter hinsichtlich der Art. 9 Abs. 2 Ziff. 3, Art. 9 Abs. 2 Ziff. 6, Art. 36 und Art. 37, sei für ungültig zu erklären und aufzuheben, soweit dieser Beschluss nicht ohnehin nichtig sei. Mit Entscheid vom 11. November 2021 hiess das Zivilkreisgericht die Klage gut und stellte fest, dass der Beschluss vom 18. Juni 2020 zu Traktandum 6.2 nichtig sei. Die A AG focht diesen Entscheid mit Berufung beim Kantonsgericht Basel-Landschaft an, welches die Berufung mit Entscheid vom 16. Mai 2022 abwies.[5]

Die A AG verlangte mit Beschwerde in Zivilsachen, der Entscheid des Kantonsgerichts sei aufzuheben. Es sei festzustellen, dass der Beschluss der GV

[1] BGE 149 III 1 Sachverhalt Teil A.a S. 2.

[2] BGE 149 III 1 Sachverhalt Teil A.b S. 2.
[3] BGE 149 III 1 Sachverhalt Teil A.b S. 3.
[4] BGE 149 III 1 Sachverhalt Teil A.c S. 3.
[5] BGE 149 III 1 Sachverhalt Teil B S. 3.

* Dr. iur. *Markus Vischer,* LL.M., und Dr. iur. *Dario Galli,* LL.M., sind Rechtsanwälte in Zürich.

vom 18. Juni 2020 betreffend Traktandum 6.2 gültig sei.[6] Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.[7]

II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Traktandierungs- und Antragsrecht

Bis am 31. Dezember 2022 habe gemäss Obligationenrecht (OR) was folgt gegolten: Oberstes Organ der Aktiengesellschaft (AG) sei die GV (Art. 698 Abs. 1 [a]OR). Sie sei als Präsenzveranstaltung konzipiert. Eine schriftliche Beschlussfassung sei im Gesetz nicht vorgesehen, anders als bei anderen Gesellschaftsformen (so bei der Gesellschafterversammlung im Recht der GmbH: Art. 805 Abs. 4 [a]OR; und bei der Generalversammlung der Genossenschafter: Art. 880 OR) und auch anders als in Bezug auf VR-Beschlüsse (Art. 713 Abs. 2 [a]OR). Eine schriftliche Abstimmung auf dem Korrespondenzweg an Stelle der Beschlussfassung in der GV sei demnach – selbst bei Einstimmigkeit – unzulässig.[8]

Die GV werde grundsätzlich durch den VR, nötigenfalls durch die Revisionsstelle einberufen (Art. 699 Abs. 1 Satz 1 [a]OR). Vertreten ein oder mehrere Aktionäre mindestens 10% des Aktienkapitals resp. Aktien im Nennwert von CHF 1 Mio., könnten auch diese die Einberufung einer GV bzw. die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstands verlangen (Art. 699 Abs. 3 [a]OR). In der Einberufung seien die Traktanden sowie die Anträge des VR und der Aktionäre bekanntzugeben, welche die Durchführung einer GV oder die Traktandierung eines Traktandums verlangt haben (Art. 700 Abs. 2 [a]OR).[9]

Unabhängig von den Quoren nach Art. 699 Abs. 3 OR stehe jeder Aktionärin – ungeachtet ihrer Kapitalbeteiligung – das Recht zu, im Rahmen der angekündigten Traktanden schriftlich oder mündlich vor der GV oder dann mündlich während der GV Anträge zu stellen (sog. individuelles Antragsrecht, Art. 700 Abs. 4 [a]OR).[10]

Der VR der A AG habe in seinem Schreiben vom 2. Juni 2020 noch die Meinung kundgetan, die Behandlung des Verschiebungsantrags der Gemeinde B liege allein in der Kompetenz des Vorsitzenden der Versammlung und nicht in jener der GV. Diese Auffassung vertrete die A AG vor Bundesgericht nicht mehr. Sie anerkenne, dass es sich um einen Antrag handle, der bei Anwendung des OR zulässig und der GV zur Abstimmung zu unterbreiten gewesen wäre. Sie berufe sich vielmehr auf die während der Covid-19-Pandemie geltende Rechtslage.[11]

2. Ausübung des Antragsrechts

Die A AG berufe sich darauf, dass gemäss Art. 6*b* der damals geltenden Covid-19-Verordnung 2 das individuelle Antragsrecht seiner Natur nach nur in der GV unter Anwesenden ausgeübt werden könne.[12]

Die Rechtsauffassung der A AG treffe nicht zu.[13] Sie liefe auf eine Ausserkraftsetzung des individuellen Antragsrechts hinaus. Ein derartiger Eingriff in die Aktionärsrechte könne nicht Gehalt von Art. 6*b* der damals geltenden Covid-19-Verordnung gewesen sein. Mit diesen Verordnungen sollte vordringlich das Risiko der Übertragung des Coronavirus vermindert werden. Inwiefern es zur Bewältigung der Pandemie hätte notwendig oder auch bloss hilfreich sein sollen, den Aktionären *a priori* zu verbieten, Anträge zu traktandierten Verhandlungsgegenständen auf schriftlichem Weg zu stellen, sei nicht erkennbar und könne sich jedenfalls nicht auf den Schutzgedanken der Covid-19-Verordnungen stützen. Das Recht auf schriftliche Antragsstellung sei entgegen der A AG kein «durch Richterrecht geschaffenes Novum». Das OR lasse es bereits seit langem zu, dass die Aktionäre ihre Anträge vor der GV schriftlich stellen.[14]

Dass die Beschlussfassung über Anträge nicht zwingend an die physische Teilnahme an der GV gekoppelt sei, zeige sich sodann daran, dass überhaupt jeder an der GV gefasste Beschluss auf einem Antrag beruhe: ohne Antrag, kein Beschluss (Art. 700 Abs. 2 und 3 [a]OR). Entsprechend sei auch an der GV der A AG vom 18. Juni 2020 über Anträge abgestimmt worden, nämlich über jene des VR.[15]

6 BGer 4A_380/2022 vom 30.1.2023 Sachverhalt Teil C (in BGE 149 III 1 nicht publiziert).
7 BGE 149 III 1 Sachverhalt Teil B *in fine* S. 3.
8 BGE 149 III 1 E. 3 Ingress und 3.1 S. 4.
9 BGE 149 III 1 E. 3.2 S. 4.
10 BGE 149 III 1 E. 3.3 S. 4.
11 BGE 149 III 1 E. 3.4 S. 5.
12 BGer 4A_380/2022 vom 30.1.2023 E. 6.1 (in BGE 149 III 1 nicht publiziert).
13 BGer 4A_380/2022 vom 30.1.2023 E. 7 Ingress (in BGE 149 III 1 nicht publiziert).
14 BGE 149 III 1 E. 7.1 S. 6 f.
15 BGE 149 III 1 E. 7.2 S. 7 f.

Zu Recht habe das Zivilkreisgericht schliesslich auf den engen Zusammenhang von Stimmrecht und Antragsrecht hingewiesen und in der Nichtzulassung des Antrags der Gemeinde B das Stimmrecht der übrigen Aktionäre verletzt gesehen. In der Tat verlöre das Stimmrecht deutlich an Tragweite, wenn es vom VR darauf beschränkt werde, dessen eigene Vorschläge anzunehmen oder abzulehnen, ohne Gegenanträge zur Abstimmung zuzulassen.[16]

Das Vorgehen des VR der A AG, Anträge ihrer Aktionäre nicht zuzulassen, sei nicht statthaft.[17]

Damit sei nicht gesagt, wie das Antragsrecht und die mit diesem Recht verbundenen Abläufe administrativ zu handhaben gewesen seien. Im vorliegenden Fall habe sich das Problem ergeben, dass der VR die Traktandenliste mit den Stimmzetteln am 6. Mai 2020 verschickte, worauf einzelne Aktionäre offenbar ihre Stimme abgaben, bevor ihnen der vom 11. Mai 2020 datierende Antrag der Gemeinde B zur Kenntnis und zur Abstimmung hätte gebracht werden können. Wie derartige (Abstimmungs-)Schwierigkeiten zu verhindern bzw. zu lösen seien, sei in der Kompetenz des VR gestanden. Die Vorinstanz habe angeregt, den Aktionären mit dem Versand der Traktandenliste eine Frist anzusetzen, um Anträge zu den traktandierten Verhandlungsgegenständen zu stellen, und erst nach Ablauf dieser Frist die Stimmzettel zu allen Anträgen zu verschicken. Das Problem sei jedenfalls lösbar gewesen, was sich bereits daran zeige, dass auch das GmbH-Recht – welches ebenfalls ein Antragsrecht der Gesellschafter kenne (Art. 805 Ziff. 2 und 4 [a]OR) – Beschlüsse der Gesellschafter seit jeher auf schriftlichem Weg zulasse (Art. 805 Abs. 4 [a]OR [neu Art. 805 Abs. 5 Ziff. 5 i.V.m. Art. 701 Abs. 3 OR]); entsprechend präsentiere das Schrifttum Vorschläge, wie Anträge bei Beschlussfassung auf dem Schriftweg gestellt werden können. Darauf brauche hier nicht abschliessend eingegangen zu werden. Fest stehe, dass der VR die effektive Ausübung der Aktionärsrechte und somit des Antragsrechts ermöglichen müsse.[18]

3. Rechtsfolgen der Verletzung des Antragsrechts

Zu den Rechtsfolgen der Verletzung des Antragsrechts sei was folgt festzuhalten: Gemäss Art. 706 Abs. 1 OR könne jede Aktionärin Beschlüsse der GV, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, beim Gericht mit Klage gegen die Gesellschaft anfechten. Auch Beschlüsse, deren Zustandekommen mangelhaft war, unterlägen der Anfechtung. Gemäss Art. 706*b* OR könnten sich Beschlüsse der GV auch als nichtig erweisen, so etwa, wenn sie das Recht auf Teilnahme an der GV oder andere vom Gesetz zwingend gewährte Rechte der Aktionärin entziehen oder beschränken (Ziff. 1). Neben den ausdrücklich aufgeführten schweren Mängeln primär inhaltlicher Natur könnten auch schwerwiegende formelle Mängel in der Beschlussfassung zur Nichtigkeit führen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei bei der Annahme von Nichtigkeit Zurückhaltung geboten. Denn aus Gründen der Rechtssicherheit seien rechtswidrige resp. rechtswidrig zustande gekommene GV-Beschlüsse vermutungsweise nur anfechtbar und nicht nichtig. Werde einer Aktionärin im Einzelfall verweigert, einen Antrag einzubringen, gehe die Doktrin von der Anfechtbarkeit des damit zusammenhängenden GV-Beschlusses aus.[19]

Der Beschluss vom 18. Juni 2020 betreffend Traktandum 6.3 sei unter Missachtung des unentziehbaren Antragsrechts zustande gekommen und erweise sich demzufolge grundsätzlich als anfechtbar im Sinne von Art. 706 OR. Die Nichtzulassung des Antrags als solche führe allerdings nicht zur Nichtigkeit des streitgegenständlichen GV-Beschlusses, da erstens die Anfechtung der Aktionärin in einer solchen Konstellation eine hinreichende Handhabe biete, um gegen die Verletzung ihres Rechts vorzugehen, und zweitens vorliegend die besonderen Gegebenheiten der Covid-19-Pandemie zu berücksichtigen seien. Es wäre mit der Rechtssicherheit nicht vereinbar, das in der damaligen ausserordentlichen Lage im Einzelfall gewählte Vorgehen des VR mit Nichtigkeit des darauf beruhenden GV-Beschlusses zu sanktionieren.[20]

Somit sei der GV-Beschluss vom 18. Juni 2020 betreffend Traktandum 6.2 in Gutheissung der An-

[16] BGE 149 III 1 E. 7.5 S. 9.
[17] BGE 149 III 1 E. 7.6 S. 10.
[18] BGer 4A_380/2022 vom 30.1.2023 E. 8 (in BGE 149 III 1 nicht publiziert).
[19] BGE 149 III 1 E. 9 Ingress und 9.1 S. 10.
[20] BGE 149 III 1 E. 9.3 S. 11.

fechtungsklage der Gemeinde B rückwirkend aufzuheben.[21]

Die Beschwerde sei abzuweisen.[22]

III. Bemerkungen

1. Vorbemerkungen

Im vorliegenden Fall stellte die Gemeinde B vor der GV vom 18. Juni 2020 einen Antrag auf Verschiebung der in Ziff. 6.1 und 6.2 für die GV vom 18. Juni 2020 traktandierten Statutenrevision auf eine der nachfolgenden ordentlichen GV und eventualiter auf Ablehnung des VR-Antrags betreffend Revision von Art. 9 Abs. 2 Ziff. 3, Art. 9 Abs. 2 Ziff. 6, Art. 36 und Art. 37 der Statuten.

Der Hauptantrag der Gemeinde B ist (gemäss der geforderten objektiven Auslegung)[23] im ersten Teil ein Antrag auf Absage zweier vom VR auf die Traktandenliste einer GV gesetzten Traktanden. Im zweiten Teil ist der Hauptantrag unterschiedlich interpretierbar, z.B. als Traktandierungsbegehren für eine der nachfolgenden ordentlichen GV oder als (bereits vor der GV stellbarer)[24] Antrag auf Einberufung einer GV i.S.v. Art. 700 Abs. 3 Halbsatz 2 aOR[25] (neu: Art. 704*b* OR) verbunden mit einem Rückkommens-/Wiedererwägungsantrag bei Gutheissung der Statutenrevision gemäss Traktanden 6.1 und 6.2 in der GV vom 18. Juni 2020.[26] Dabei bleibt bei der ersten Interpretationsvariante offen, ob die Gemeinde B über ein Traktandierungsrecht i.S.v. Art. 699 Abs. 3 Satz 2 aOR[27] verfügte.[28]

Der Eventualantrag der Gemeinde B ist (gemäss der geforderten objektiven Auslegung) ein Antrag auf Abweisung des VR-Antrags zu einem auf die Traktandenliste einer GV gesetzten Traktandum.

Im Fokus der nachfolgenden Ausführungen steht der erste Teil des Hauptantrags der Gemeinde B, weil nur er entscheidungsrelevant war.

Nicht eingegangen wird auf die Anträge der Gemeinden C und D zur GV vom 18. Juni 2020, die Gegenstand der beiden parallelen Urteile des Bundesgerichts 4A_384/2022 und 4A_388/2022 vom 30. Januar 2023 waren. Diese Anträge sind in der Substanz deckungsgleich mit den Anträgen der Gemeinde B im hier besprochenen Fall.

Nachstehend werden die Vorschriften des neuen (und in den Fussnoten des alten) Aktienrechts erwähnt, wobei in Bezug auf die GV vom 18. Juni 2020 intertemporalrechtlich nach Art. 1 Abs. 1 UeB i.V.m. Art. 1–4 SchlT ZGB bzw. Art. 1–4 SchlT ZGB das zur Zeit der am 6. Mai 2020 erfolgten Einberufung der GV vom 18. Juni 2020 (und das zur Zeit der GV vom 18. Juni 2020) geltende (alte) Aktienrecht und (alte) Covid 19-Recht[29] massgebend waren.[30]

2. Absage eines Traktandums der GV

2.1 Individuelles Antragsrecht im Allgemeinen

Jedem Aktionär steht gemäss Art. 699*b* Abs. 5 OR[31] ein individuelles Antragsrecht zu.[32] Dieses Recht gehört zu den persönlichen Mitwirkungsrechten gemäss Art. 689 OR.[33]

Art. 699*b* Abs. 5 OR spricht von der Ausübung des individuellen Antragsrechts «in der Generalversammlung»,[34] während Art. 700 Abs. 4 aOR offener formuliert war. Aber auch Art. 699*b* Abs. 5 OR erlaubt es, dass das individuelle Antragsrecht vor der GV ausge-

21 BGE 149 III 1 E. 9.4 S. 12.

22 BGE 149 III 1 Sachverhalt B *in fine* S. 3.

23 Siehe dazu Kapitel III.2.2.

24 Siehe dazu Kapitel III.2.1.

25 Unter «aOR» wird in diesem Beitrag die bis 31. Dezember 2022 geltende Fassung des OR verstanden.

26 Zur Möglichkeit, auf Beschlüsse der GV zurückzukommen und sie *ex nunc* oder sogar *ex tunc* aufzuheben z.B. *Peter Böckli,* Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich/Genf 2022, § 8 Rz. 370 ff.; *Dieter Dubs/Roland Truffer,* in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 703 N 4a und 19, betreffend aOR.

27 Art. 699*b* Abs. 1 Ziff. 2 OR.

28 Siehe zum Begriff des Verschiebens einer GV als Absage der GV unter gleichzeitiger Einberufung einer neuen GV im Allgemeinen auch *Christian Kunz,* Werben um Aktionärsstimmen bei Schweizer Publikumsgesellschaften («Proxy Fights»), Diss. Zürich 2015 = ZStP Band 264, Zürich/Basel/Genf 2015, Rz. 130 (Anm. 308).

29 Genauer: Art. 6*b* Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020 (Stand am 30.4.2020), SR 818.101.24.

30 Siehe auch BGE 149 III 1 E. 4.1 S. 5.

31 Art. 700 Abs. 4 aOR.

32 *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 193, 335, 337; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 700 N 18 f., betreffend aOR; siehe auch BGE 149 III 1 E. 3.3 S. 4; Art. 701*e* Abs. 2 Ziff. 3 OR.

33 Art. 689 aOR.

34 Siehe auch Art. 689 Abs. 1 OR.

übt wird.[35] Nur muss ein derart gestellter Antrag nicht in die Einberufung der GV aufgenommen werden.[36]

Anträge müssen so formuliert sein, dass sie von der GV zum Beschluss erhoben werden können. Entsprechend ist der Antrag ein Beschlussvorschlag[37] bzw. ein vorgeschlagener Beschlusswortlaut.[38] Sie müssen das Gebot der Einheit der Materie beachten, auch wenn Art. 700 Abs. 3 OR dieses Gebot nur im Zusammenhang mit den Traktanden erwähnt.[39] Zudem müssen die mit dem Antrag beantragten Beschlüsse der GV im Rahmen der Kompetenz der GV liegen.[40]

2.2 Individuelles Antragsrecht im Rahmen der Traktanden

Aufgrund des individuellen Antragsrechts gestellte Anträge müssen «im Rahmen der Verhandlungsgegenstände» (Traktanden) liegen (sogenannte Traktandengebundenheit der Anträge).[41] Ob ein bestimmter Antrag im Rahmen eines Traktandums liegt, ergibt sich durch Auslegung zunächst des betreffenden Traktandums und dann des betreffenden Antrags. Diese Auslegung ist objektiv, also nach dem Erklärungs- bzw. Vertrauensprinzip, und nicht subjektiv-objektiv, also nach dem Willensprinzip, und, wenn nicht schlüssig, nach dem Erklärungs- bzw. Vertrauensprinzip vorzunehmen.[42] Das Traktandum «Varia» ist kein taugliches Gefäss für individuelle Anträge.[43]

Ausnahmen von der Ausübung des individuellen Antragsrechts nur im Rahmen der Traktanden ergeben sich aus Art. 704*b* OR.[44] Ausgenommen sind damit Anträge auf Einberufung einer ausserordentlichen GV,[45] auf Durchführung einer Sonderuntersuchung und auf Wahl einer Revisionsstelle.[46] Sie können «bekanntmachungsfrei»[47] gestellt werden.

Gemäss Art. 701 Abs. 1 und 2 OR[48] gilt die Regel, wonach das individuelle Antragsrecht nur im Rahmen der Traktanden ausgeübt werden kann, nicht für eine als Universalversammlung abgehaltene GV.[49] Ebenso gilt die Regel nicht für eine gemäss Art. 701 Abs. 3 OR abgehaltene GV, welche GV-Form nach dem neuen Aktienrecht im Unterschied zum alten Aktienrecht neu zulässig ist.[50]

Ob es weitere Ausnahmen von der Regel in Art. 704*b* OR[51] gibt, ist umstritten. Als Ausnahmen werden z.B. individuelle Anträge auf Verzicht auf die Präsenz der Revisionsstelle in der GV nach Art. 731

35 *Urs Schenker/Olivier Schenker,* Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, Bern 2023, S. 211 f.; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 700 N 18, betreffend aOR; siehe auch BGE 149 III 1 E. 3.3 S. 4, E. 7.1 S. 7 und E. 7.2 S. 7, betreffend aOR; unklar *Nicolas Wagnon,* Préface aux arrêts du TF 4A_380/2022, 4A_384/2022 et 4A_388/2022 du 30 janvier 2023, REPRAX 2023, S. 103 ff., S. 104; *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 207 f.

36 *Schenker/Schenker* (Fn. 35), S. 211 f.; zu dem von einer qualifizierten Minderheit gemäss Art. 699*b* Abs. 2 OR vor der GV gestellten, gemäss Art. 700 Abs. 2 Ziff. 4 OR in die Einberufung der GV aufzunehmenden Antrag z.B. *Schenker/Schenker* (Fn. 35), S. 212 f.; *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 152, 207, 217 und 335.

37 Z.B. *Ulrich Noack/Dirk Zetzsche,* in: Ulrich Noack/Dirk Zetsche (Hrsg.), Kölner Kommentar, Band 9, Teilband 2 und 3, 4. Aufl., Hürth 2023, § 121 N 23, 71 f. und 107 sowie § 124 N 60 f., 101 und 106, betreffend deutsches Recht.

38 *Michael Nagel,* Das Einberufungs- und Traktandierungsrecht von Minderheitsaktionären einer Aktiengesellschaft, Diss. Bern 2022 = SSHW Band 362, Zürich/St. Gallen 2023, Rz. 150 und 160; *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 152, 217 und 332; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 700 N 11b, betreffend aOR.

39 Z.B. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 167, 208 und 336; siehe auch *Nagel* (Fn. 38), Rz. 159, wonach sich das Gebot der Einheit der Materie für Anträge auch aus dem Grundsatz der Traktandengebundenheit der Anträge (siehe dazu Kapitel III.2.2) ergibt.

40 Z.B. *Nagel* (Fn. 38), Rz. 171 ff., 188 ff. und 212, m.H. auf BGE 137 III 503 E. 4.1 S. 513 = Pra 2012, Nr. 64, S. 446; *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 149 und 199; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 699 N 27, betreffend aOR.

41 Art. 699*b* Abs. 5 OR; Art. 700 Abs. 4 aOR; z.B. *Nagel* (Fn. 38), Rz. 149, 159 f. und 331 ff.; siehe auch BGE 149 III 1 E. 3.3 S. 4, betreffend aOR; siehe ferner Art. 704*b* OR und Art. 700 Abs. 3 aOR.

42 Im Resultat gl.M. *Nagel* (Fn. 38), Rz. 149; *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 334; BGE 121 III 420 E. 2a S. 424, betreffend aOR; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 700 N 11 und 19, betreffend aOR; siehe auch *Markus Vischer,* Protokollierung von GV- und VR-Beschlüssen als Gültigkeitsform, SZW 2022, S. 416 ff., S. 426 f., zur Auslegung von Beschlüssen.

43 Z.B. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 343.

44 Art. 700 Abs. 3 aOR.

45 Siehe dazu schon Kapitel III.1.

46 Zu dieser zu breit formulierten letzten Ausnahme *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 170, 334 und 342.

47 Zum Begriff z.B. *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), § 124 N 113 und 116, betreffend deutsches Recht.

48 Art. 701 Abs. 1 und 2 aOR.

49 *Peter Forstmoser/Marcel Küchler,* Schweizerisches Aktienrecht 2020, Bern 2022, Art. 704*b* OR Rz. 7.

50 Siehe auch BGE 149 III 1 E. 3.1 S. 4, betreffend aOR.

51 Art. 700 Abs. 3 aOR.

Abs. 2 OR[52] und auf die Ernennung von Sachverständigen nach Art. 731*a* Abs. 3 OR[53] genannt.[54] Keine Ausnahme mehr ist die «Antragsstellung ohne Beschlussfassung» gemäss Art. 700 Abs. 4 aOR. Denn diese Antragsstellung ist im Unterschied zu Art. 700 Abs. 4 aOR in Art. 699*b* Abs. 5 OR nicht mehr erwähnt, womit der Gesetzgeber eine materielle Änderung beabsichtigte.[55]

Keine Ausnahme von Art. 704*b* OR besteht für Leitungsentscheide der GV, weil die GV für solche nicht zuständig ist.[56]

2.3 Kompetenz zur Absage eines Traktandums der GV vor der GV

Gemäss Art. 699 Abs. 1 Satz 1 OR[57] wird die GV durch den VR, nötigenfalls durch die Revisionsstelle einberufen.[58] Das Einberufungsrecht steht gemäss Art. 699 Abs. 1 Satz 2 OR[59] auch den Liquidatoren und den Vertretern der Anleihensgläubiger zu.[60] Zum Einberufungsrecht gehört auch das Recht, Traktanden auf die Traktandenliste der GV zu setzen und Anträge zu diesen Traktanden zu stellen.[61]

Vertreten ein oder mehrere Aktionäre zusammen mindestens 5% des Aktienkapitals oder der Stimmen bei börsenkotierten Gesellschaften bzw. mindestens 10% des Aktienkapitals oder der Stimmen bei nicht börsenkotierten Gesellschaften, können sie gemäss Art. 699 Abs. 3 OR die Einberufung einer GV (unter Angabe von Traktanden und Anträgen)[62] bzw. die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstands (unter Angabe eines Antrags)[63] verlangen.[64] Ebenso können die Aktionäre an jeder GV auf Antrag eines Aktionärs mit dem Quorum von Art. 703 OR[65] die Einberufung einer (weiteren) GV verlangen, wobei ein solcher Beschluss wie bereits ausgeführt gemäss Art. 704*b* OR[66] auch ohne vorgängige Traktandierung gefasst werden kann. Auch in diesen beiden Fällen ruft aber aufgrund des Charakters des Einberufungsrechts der Aktionäre und der GV als nur mittelbares Einberufungsrecht bzw. Einberufungsveranlassungsrecht der VR die verlangte GV ein[67] bzw. setzt der VR aufgrund des Charakters des Traktandierungsrechts als nur mittelbares Traktandierungsrecht bzw. Traktandierungsveranlassungsrecht das verlangte Traktandum auf die Traktandenliste der GV.[68] Ruft der VR die verlangte GV nicht ein bzw. setzt der VR das verlangte Traktandum nicht auf die Traktandenliste der GV, ordnet das Gericht gemäss Art. 699 Abs. 5 OR[69] die Einberufung oder Traktandierung (gegenüber der

52 Art. 731 Abs. 2 aOR.

53 Art. 731*a* Abs. 3 aOR.

54 Z.B. *Forstmoser/Küchler* (Fn. 49), Art. 704*b* OR Rz. 6.

55 *Forstmoser/Küchler* (Fn. 49), Art. 700 OR Rz. 23, a.M. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 170; siehe auch *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), § 124 N 120 f. und Anhang zu § 129 N 100, betreffend deutsches Recht.

56 Siehe dazu Kapitel III.2.4; a.M. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 149 (Anm. 504), 150, 170 (Anm. 593), 335 und 689 sowie § 13 Rz. 539, auch mit der abzulehnenden Meinung, der Verzicht auf die Präsenz der Revisionsstelle in der GV sei ein Leitungsentscheid der GV, siehe auch § 8 Rz. 335 (Anm. 1101) mit der korrekten Feststellung, dass Leitungsentscheide in Art. 704*b* OR nicht erwähnt werden.

57 Art. 699 Abs. 1 Satz 1 aOR.

58 Zum Begriff «nötigenfalls», auch im Lichte des möglichen Organisationsmängelverfahrens gemäss Art. 731*b* OR, z.B. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 188 und § 13 Rz. 545 f.

59 Art. 699 Abs. 1 Satz 2 aOR.

60 Siehe auch BGE 149 III 1 E. 3.2 S. 4, betreffend aOR; siehe ferner BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 699 N 10, zum Einberufungsrecht der Partizipanten betreffend aOR.

61 *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 191, betreffend Revisionsstelle; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 699 N 6, betreffend Revisionsstelle nach aOR, N 8 betreffend Vertreter der Anleihensgläubiger nach aOR, N 14 im Allgemeinen zum aOR; BSK OR II-*Watter/Roth Pellanda* (Fn. 26), Art. 716*a* N 30, betreffend VR nach aOR; *François Bianchi,* Die Traktandenliste der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1981 = SSHW Band 64, Zürich 1982, S. 42 ff. und S. 50 ff., betreffend aOR.

62 *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 197 ff.

63 *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 203.

64 Zu den alten Schwellenwerten Art. 699 Abs. 3 aOR, siehe dazu auch BGE 149 III 1 E. 3.2 S. 4.

65 Art. 703 aOR.

66 Art. 700 Abs. 3 aOR.

67 *Dieter Dubs,* in: Peter Nobel/Christoph Müller (Hrsg.), Berner Kommentar, Das Aktienrecht – Kommentar der ersten Stunde, Bern 2023, § 12 N 121 ff.; *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 128, 197 und 342; *Brigitte Tanner,* in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, Art. 699 OR N 45 ff., betreffend aOR; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 699 N 15, betreffend Einberufungsrecht der Aktionäre nach aOR, unpräzis N 2 und 11 f., betreffend Einberufungsrecht der GV nach aOR; siehe auch *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), § 124 N 100, betreffend deutsches Recht.

68 ZK-*Tanner* (Fn. 67), Art. 699 OR N 70 ff., betreffend aOR.

69 Art. 699 Abs. 4 aOR.

Gesellschaft, nicht gegenüber dem säumigen VR)[70] an.[71]

Gemäss Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 6 OR[72] zählt die Vorbereitung der GV zu den unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des VR. Dazu gehört auch die Einberufung der GV,[73] wobei diese Kompetenz wie ausgeführt eine nicht exklusive Kompetenz ist. Die Vorbereitungs- und damit Einberufungskompetenz des VR ergibt sich bereits aus der Oberleitungskompetenz des VR gemäss Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 1 OR. Sie ergibt sich auch aus Art. 716 OR, ist die Vorbereitungs- und Einberufungskompetenz doch nicht der GV zugewiesen. Die Vorbereitung und damit die Einberufung gehört aufgrund der Verortung in Art. 716 f. OR[74] zur Geschäftsführung durch den VR, in welche die GV aufgrund des Paritätsprinzips (bzw. der Paritätstheorie) auch ausserhalb von Art. 716*b* OR nicht mittels einer statutarischen Regelung und damit nicht mittels einer Kompetenzattraktion eingreifen darf.[75] Es ist eine Kompetenz des Gesamt-VR und nicht etwa nur des VR-Präsidenten.[76]

Gemäss Art. 700 Abs. 1 OR[77] teilt der VR den Aktionären die Einberufung der GV mindestens 20 Tage vor dem Verhandlungstag mit.[78] Entgegen dem zu engen Wortlaut gilt diese Einberufungsfrist auch bei der Einberufung durch eine andere Stelle als den VR, z.B. bei der Einberufung durch die Revisionsstelle.[79] Daraus ergibt sich, dass die einberufende Stelle und der VR die Traktanden der einberufenen GV innerhalb der Mindesteinberufungsfrist nicht durch neue Traktanden ergänzen und die bestehenden Traktanden nicht mehr ändern dürfen.[80] Die einberufende Stelle und der VR sind deshalb an die Einberufung gebunden, was als negative Bindungswirkung bezeichnet wird.[81] Vorbehalten bleiben unbedeutende Korrekturen und Präzisierungen des Wortlauts eines Traktandums durch die einberufende Stelle oder den VR, wenn das Traktandum wie objektiv ausgelegt[82] nicht geändert wird.[83]

Ob auch eine positive Bindungswirkung an die Einberufung in dem Sinne besteht, dass die einberufende Stelle und der VR nach der Einberufung der GV, aber vor der GV, ein Traktandum der GV (im Sinne einer Teilabsage der GV)[84] bzw. die GV insgesamt nicht mehr absagen (bzw. absetzen, widerrufen, zurücknehmen oder zurückziehen) können, ist umstritten.[85]

70 Z.B. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 214; *Stefan Knobloch,* Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich 2011, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 436.

71 Z.B. BGer 4A_369/2022 vom 7.2.2023 E. 9; *Schenker/Schenker* (Fn. 35), S. 213; *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 214 ff.

72 Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 6 aOR.

73 Z.B. BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 699 N 2 und Art. 700 N 6, betreffend aOR.

74 Art. 716 f. aOR.

75 Z.B. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 51 sowie § 9 Rz. 342, 350 und 353 f.; zum Paritätsprinzip im Allgemeinen z.B. *Hans Caspar von der Crone,* Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, Rz. 753 ff. und Rz. 915, und *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel,* Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 20 Rz. 9 ff., betreffend aOR; zur Weitergeltung des Paritätsprinzips im neuen Aktienrecht z.B. *Forstmoser/Küchler* (Fn. 49), Vorbemerkungen zu Art. 698–731*b* OR Rz. 5 und 7 sowie Art. 698 OR Rz. 7; Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399, 456; a.M. BK-*Dubs* (Fn. 67), § 12 N 59, und Botschaft (Fn. 75), S. 555, beide betreffend statutarische Regelungen zu Form, Inhalt und Mitteilung der Einberufung.

76 *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 129; BGer 5A_205/2013 vom 16.8.2013 E. 4, betreffend aOR; BSK OR II-*Watter/Roth Pellanda* (Fn. 26), Art. 716*a* N 30, betreffend aOR; *Peter Böckli,* Die Leitungsbefugnisse des Präsidenten in der Generalversammlung, in: Jean Nicolas Druey/Peter Forstmoser (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, S. 47 ff., S. 60, betreffend aOR.

77 Art. 700 Abs. 1 aOR.

78 Zur Berechnung der Frist z.B. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 140 ff.

79 Z.B. *Urs Chicherio,* Die Einberufung der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft durch die Kontrollstelle, Diss. Zürich 1973, Zürich 1973, S. 93 f.

80 *Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss,* Der Verwaltungsrat, Band I, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Rz. 7.81; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 699 N 31 und Art. 700 N 11a, betreffend aOR; *Kunz* (Fn. 28), Rz. 241, betreffend aOR; *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), § 121 N 107, betreffend deutsches Recht; *Hans Michael Riemer,* Berner Kommentar, 3. Aufl., Bern 1990, Art. 67 ZGB N 84, betreffend Vereinsrecht.

81 Z.B. *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), § 121 N 72, betreffend deutsches Recht.

82 Siehe dazu Kapitel III.2.2.

83 *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 185: «Präzisierungen und sinnerläuternde Berichtigungen»; *Müller/Lipp/Plüss* (Fn. 80), Rz. 7.82; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 700 N 11a und 23, betreffend aOR; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 75), § 23 Rz. 80, betreffend aOR.

84 So z.B. *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), § 121 N 109, betreffend deutsches Recht.

85 Zum Begriff der positiven Bindungswirkung z.B. *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), § 121 N 72, betreffend deutsches Recht.

Entsprechend der deutschen h.M. zu dieser Frage[86] steht dem VR aufgrund von Art. 716 f. OR[87] ein solches Absagerecht bis zu Beginn der GV (Eröffnung der GV) zu.[88] Dieses Absagerecht steht dem VR auch dann zu, wenn er die GV nicht einberufen hat. Ob dieses Absagerecht im Falle der Einberufung der GV durch eine andere einberufende Stelle als durch den VR der einberufenden Stelle zusteht, ist offen, aber zu bejahen, beinhaltet das Einberufungsrecht doch auch das Absagerecht.[89] Dem VR steht das Absagerecht auch zu, wenn er die GV auf Verlangen der Aktionäre einberufen oder ein Traktandum auf Verlangen der Aktionäre auf die Traktandenliste der GV gesetzt hat.[90] Den Aktionären, welche die Einberufung der GV oder die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstands verlangt haben, steht dagegen kein solches Absagerecht zu.[91] Für die Absage ist die Angabe von Gründen nicht erforderlich, jedoch zweckmässig.[92]

Dieses Absagerecht des VR ergibt sich aus der gesetzlichen Kompetenzordnung, die nicht vermischt werden darf mit den Pflichten der einberufenden Stelle und des VR in Bezug auf die Einberufung.[93] Mit anderen Worten kann die Absage eines Traktandums der GV bzw. der GV pflichtwidrig sein, also bei Absage durch den VR z.B. zu einer Verletzung von Art. 699 Abs. 2 OR[94] oder zu einer Verletzung von Art. 717 OR[95] führen. Umgekehrt kann die Absage eines Traktandums bzw. der GV durch die einberufende Stelle und den VR in Erfüllung der sie bzw. ihn treffenden Pflichten, z.B. beim VR gemäss Art. 717 OR,[96] geboten sein, etwa dann, wenn sich die Umstände seit der Traktandierung bzw. Einberufung wesentlich verändert haben.[97] Eine Pflichtwidrigkeit kann eine Verantwortlichkeit begründen, beim VR also z.B. eine Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 Abs. 1 OR.[98]

Entsprechend braucht es für die Absage eines Traktandums der GV bzw. der GV insgesamt keinen sachlichen Grund wie z.B. eine wesentliche Veränderung der Umstände.[99] Fehlt aber ein sachlicher Grund

86 BGH II. ZR 142/14 vom 30.6.2015 Rz. 25; *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), § 121 N 72 und 108 f. sowie Anhang zu § 129 N 98.

87 Art. 716 f. aOR.

88 Gl.M. *Nagel* (Fn. 38), Rz. 180, 183 und 365; *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 186 f.; *Müller/Lipp/Plüss* (Fn. 80), Rz. 7.81 und 7.84 f.; gl.M. betreffend aOR: *Henry Peter/Francesca Cavadini,* in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade, Commentaire romand, Code des obligations II, 2. Aufl., Basel 2017, Art. 700 N 20; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 699 N 32 und Art. 700 N 22; *Kunz* (Fn. 28), Rz. 129 ff. und 188 ff.; *Georg Krneta,* Praxiskommentar, Verwaltungsrat, 2. Aufl., Bern 2005, N 1452; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 75), § 23 Rz. 81; *Christoph D. Studer,* Die Einberufung der Generalversammlung, Diss. Zürich 1995, Bern 1995, S. 136, anders S. 138 f., betreffend Absage eines Traktandums nach aOR; *Wolfgang Maute,* Die Durchführung der Generalversammlung, Zürich 1993, S. 21, anders S. 46, betreffend Absage eines Traktandums; *F. Wolfhart Bürgi,* Zürcher Kommentar, Zürich 1969, Art. 699 OR N 24; allerdings je mit unterschiedlichen Anforderungen an die Voraussetzungen für eine Absage nach aOR; siehe auch BK-*Riemer* (Fn. 80), Art. 64 ZGB N 45 und Art. 67 ZGB N 84, betreffend Vereinsrecht; a.M. wohl *Nicolas Rouiller/Marc Bauen/Robert Bernet/Colette Lassere Rouiller,* La société anonyme suisse, 3. Aufl., Genf/Zürich 2022, Rz. 408 (GV-Kompetenz).

89 Gl.M. *Nagel* (Fn. 38), Rz. 181 und 183.

90 Wohl gl.M. *Nagel* (Fn. 38), Rz. 180 f.; BK-*Riemer* (Fn. 80), Art. 64 ZGB N 45, betreffend Vereinsrecht; BGH II. ZR 142/14 vom 30.6.2015 Rz. 25 ff., betreffend deutsches Recht; *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), § 121 N 108 f., § 122 N 3 und Anhang zu § 129 N 98, betreffend deutsches Recht; a.M. *Kunz* (Fn. 28), Rz. 187, betreffend aOR.

91 *Nagel* (Fn. 38), Rz. 181 und 183; *Kunz* (Fn. 28), Rz. 184 f., betreffend Traktandierungen nach aOR; teilweise a.M. BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 699 N 31, und *Dieter Dubs,* Das Traktandierungsbegehren im Aktienrecht, Zürich/St. Gallen 2008, S. 57 und 103 ff., betreffend Traktandierungen nach aOR.

92 *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), § 121 N 108, betreffend deutsches Recht.

93 BGH II. ZR 142/14 vom 30.6.2015 Rz. 26.

94 Art. 699 Abs. 2 aOR.

95 Art. 717 aOR.

96 Art. 717 aOR.

97 Gl.M. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 186 f.; *Müller/Lipp/Plüss* (Fn. 80), Rz. 7.81 und 7.84 f.; CR CO II-*Peter/Cavadini* (Fn. 88), Art. 700 N 23, betreffend aOR; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 699 N 32 und Art. 700 N 22; allerdings je mit unterschiedlichen Anforderungen an die Voraussetzungen für eine Absage nach aOR; für ein prominentes Beispiel einer Absage eines Traktandums siehe Pressemitteilung der Credit Suisse vom 29.3.2023 betreffend Rücknahme der Traktanden Entlastung und Boni in Bezug auf die GV vom 4.4.2023, abrufbar unter: *<https://www.credit-suisse.com/about-us-news/en/articles/media-releases/board-of-directors-announces-the-withdrawal-of-proposals-for-the-202303.html>* (zuletzt besucht am 1.8.2023).

98 Art. 754 aOR; siehe *Krneta* (Fn. 88), N 1452, und *Studer* (Fn. 88), S. 136; beide betreffend aOR (pflichtwidrige Absage).

99 BGH II. ZR 142/14 vom 30.6.2015 Rz. 25 f., betreffend deutsches Recht; a.M. *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), Anhang zu

für die Absage, besteht u.U. eine Verantwortlichkeit der absagenden Stelle oder des absagenden VR.

Wie bereits im Allgemeinen ausgeführt, ist diese gesetzliche Kompetenzordnung statutarisch nicht veränderbar. Sie ist statutenresistent.[100]

2.4 Kompetenz zur Absage eines Traktandums der GV während der GV

Im Gesetz finden sich nur wenige Vorschriften zur Durchführung der GV und insbesondere zu deren Leitung und zu den Befugnissen dieser Leitung. Es besteht diesbezüglich «ein weisser Fleck auf der aktienrechtlichen Landkarte»,[101] was sich unter dem neuen Aktienrecht nicht geändert hat. Die Regeln parlamentarischer Debatten helfen hier nicht weiter.[102] Das Schlagwort der «Aktionärsdemokratie» ist entsprechend schon im Ansatz verfehlt.[103]

Nach der hier vertretenen Auffassung ergibt sich die Durchführungskompetenz aus der Einberufungskompetenz und damit, was Einberufungen durch den VR betrifft, aus Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 6 OR.[104] Denn die Einberufung und die Durchführung lassen sich logisch nicht trennen, was im Beispiel der im Zusammenhang mit der Einberufung der GV angeordneten Ausübung der Aktionärsrechte an der GV unter Verwendung elektronischer Mittel gemäss Art. 701*c* OR (und Art. 701*e* OR) besonders augenfällig ist.[105] Die Durchführungskompetenz des VR ergibt sich bereits aus dessen Oberleitungskompetenz gemäss Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 1 OR.[106] Sie ergibt sich auch aus Art. 716 Abs. 1 OR,[107] da die Durchführungskompetenz gesetzlich nicht der GV zugewiesen ist.[108] Damit ist der VR zur Durchführung der GV zuständig, nach der hier vertretenen Auffassung auch dann, wenn er nicht die einberufende Stelle ist. Auch das Gesetz geht von dieser VR-Kompetenz aus, was sich z.B. aus Art. 701*e* OR und Art. 702 OR[109] ergibt. Die Durchführung der GV gehört aufgrund der Verortung in Art. 716 f. OR[110] zur Geschäftsführung durch den VR, in welche die GV aufgrund des Paritätsprinzips auch ausserhalb von Art. 716*b* OR nicht mittels einer statutarischen Regelung eingreifen darf.[111] Die Durchführungskompetenz des VR ist eine Kompetenz des Gesamt-VR und nicht etwa nur des VR-Präsidenten.

Der Richter kann deshalb dem VR gestützt auf Art. 699 Abs. 5 OR[112] nicht nur befehlen, die GV einzuberufen, sondern sie auch durchzuführen.[113]

Man wird nur in einem Fall eine Kompetenz der GV zur Durchführung der GV annehmen dürfen, nämlich kraft expliziter Regelung im Gesetz im Fall einer Universalversammlung gemäss Art. 701 Abs. 1 und 2 OR, welche die Aktionäre ohne den VR abhalten können.[114] Entgegen Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 1 und 6 OR[115] verallgemeinert die Rechtsprechung und Lehre die-

§ 129 N 98 f., betreffend deutsches Recht; a.M. wie ausgeführt *Nagel* (Fn. 38), Rz. 180, 183 und 365; *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 186 f.; *Müller/Lipp/Plüss* (Fn. 80), Rz. 7.81 und 7.84 f.; CR CO II-*Peter/Cavadini* (Fn. 88), Art. 700 N 23, betreffend aOR; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 699 N 32 und Art. 700 N 22; mit je unterschiedlichen Anforderungen an die Voraussetzungen für eine Absage nach aOR.

100 Bei Fn. 75.

101 *Böckli* (Fn. 76), S. 48, betreffend aOR; aufgenommen von ZK-*Tanner* (Fn. 67), Art. 702 OR N 123, betreffend aOR.

102 *Böckli* (Fn. 76), S. 50, betreffend aOR; *Peter Jäggi,* Von der Beratung an der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, in: Riccardo L. Jagmetti/Walter R. Schluep (Hrsg.), Festschrift für Walder Hug, Bern 1968, S. 333 ff., S. 340, betreffend aOR; teilweise a.M. ZK-*Tanner* (Fn. 67), Art. 702 OR N 145, betreffend aOR; *Hans Caspar von der Crone/Franz J. Kessler,* Die Leitung der Generalversammlung, SZW 2004, S. 2 ff., S. 13 ff., betreffend aOR.

103 Z.B. *Peter Böckli,* «Aktionärsdemokratie»: ein Schlagwort mit Schlagseite, GesKR 2013, S. 179 ff., S. 192: «Der Aktionär ist kein Demokrat, und die Aktiengesellschaft ist keine Demokratie.»; wohl gl.M. *Peter Jäggi,* Vom Abstimmungsverfahren in der Aktiengesellschaft, in: Solothurnischer Juristenverein (Hrsg.), Festgabe für Max Obrecht, Solothurn 1961, S. 394 ff., S. 394; siehe auch *Salim Rizvi,* Die Kompetenzen der Generalversammlung im Spannungsverhältnis zu den Kompetenzen des Verwaltungsrats, 2. Aufl., Bern 2019, S. 288: «Irrglaube der Aktionärsdemokratie».

104 Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 6 aOR.

105 Siehe auch *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 309: «Die Leitung der Versammlung ist funktional mit den unentziehbaren Vorbereitungsaufgaben eng verwoben […]».

106 Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 1 aOR; *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 309, siehe aber auch Rz. 323, wo zu Unrecht von einem ungeschriebenen Recht der Versammlungsleitung die Rede ist.

107 Art. 716 Abs. 1 aOR.

108 Gl.M. *von der Crone/Kessler* (Fn. 102), S. 4, und *Ivo W. Hungerbühler,* Der Verwaltungsratspräsident, Diss. Zürich 2003 = SSHW Band 219, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 135, betreffend Bestimmung des Vorsitzenden der GV nach aOR.

109 Art. 702 aOR.

110 Art. 716 f. aOR.

111 Siehe dazu Kapitel III.2.3.

112 Art. 799 Abs. 5 aOR.

113 BGer 4A_507/2014 und 4D_73/2014 vom 15.4.2015 E. 5.7.

114 Z.B. *Schenker/Schenker* (Fn. 35), S. 259; *von der Crone* (Fn. 75), Rz. 1025.

115 Art. 716*a* Abs. 1 und 6 aOR.

sen Fall, und nimmt generell dann eine Kompetenz der GV zur Durchführung der GV an, wenn der (gesamte) VR verhindert ist.[116]

Wer durchführt, leitet, womit auch die Leitung der GV (vorbehältlich gewisser Ausnahmen wie der gerade genannte Fall der Verhinderung) eine VR-Kompetenz ist.[117] Wie die Durchführung gehört diese Leitung zur Geschäftsführung durch den VR im Sinne von Art. 716 f. OR.[118] Die Leitungskompetenz umfasst die Bestimmung der Leitung, die (vorbehältlich gewisser Ausnahmen) also ebenfalls eine VR-Kompetenz ist.[119] Entsprechend kann die GV den vom VR bestimmten Vorsitzenden nicht abberufen, auch nicht aus wichtigem Grund.[120] Meist betraut der VR eine Einzelperson mit der Leitung der GV, was keine Verletzung von Art. 716*b* OR[121] darstellt, liegt doch keine Übertragung der Geschäftsführung gemäss dieser Bestimmung vor.[122] Üblicherweise wird der VR-Präsident und etwas seltener ein anderes VR-Mitglied mit der Leitung der GV betraut.[123] Der VR kann aber auch eine andere Person als ein VR-Mitglied, also einen Dritten, z.B. einen Rechtsanwalt oder Notar, mit der Leitung beauftragen.[124] Die betraute Person wird als Vorsitzender der GV bezeichnet.[125] Bestimmt ausnahmsweise die GV den Vorsitzenden, wird dieser Tagespräsident genannt.[126] Auch der Tagespräsident kann ein Dritter sein.[127] Die betraute Person muss nicht notwendigerweise während der ganzen GV die gleiche Person sein, was bei Leitung der GV durch den VR-Präsidenten z.B. dann der Fall ist, wenn ein bestimmtes Traktandum infolge eines Interessenkonflikts des VR-Präsidenten auf Anordnung des Gesamt-VR von einem anderen VR-Mitglied oder einem Dritten «betreut» wird.[128]

Der VR kann mittels ad hoc abgehaltener VR-Sitzungen in die Leitung der GV durch den Vorsitzenden eingreifen, sollte er dies für angezeigt halten.[129] Zu diesem Zwecke kann der Vorsitzende der GV (bzw. der Gesamt-VR) die GV kurz unterbrechen.[130]

116 BK-*Dubs* (Fn. 67), § 12 N 34; *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 309, siehe auch Rz. 309 (Anm. 1012); *Müller/Lipp/Plüss* (Fn. 80), Rz. 7.133; BGE 71 II 277 E. 3 S. 281 f., betreffend aOR; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 702 N 24, betreffend aOR; *von der Crone/Kessler* (Fn. 102), S. 4, betreffend aOR; *Hungerbühler* (Fn. 108), S. 135, betreffend aOR; *Böckli* (Fn. 76), S. 62, betreffend aOR; *Jäggi* (Fn. 103), S. 395, betreffend aOR; *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), Anhang zu § 129 N 25, betreffend deutsches Recht; siehe auch BGE 116 II 320 (Kammgarnspinnerei Interlaken AG in Konkurs), zu einer umgekehrten Konstellation, in der dem VR in einer Notsituation Kompetenzen der GV zugebilligt werden.

117 *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 309, 323 und 344, siehe aber auch Rz. 632 (Anm. 1941), wonach die Leitungskompetenz weder Vorbereitung noch Ausführung der GV-Beschlüsse ist; *Hungerbühler* (Fn. 108), S. 134 f., betreffend aOR; *Jäggi* (Fn. 102), S. 340 ff., betreffend aOR; *Jäggi* (Fn. 103), S. 395, betreffend aOR; a.M. betreffend aOR *von der Crone/Kessler* (Fn. 102), S. 10, welche die Leitungskompetenz aus den GV-Kompetenzen ableiten.

118 *Alfred Schett,* Stellung und Aufgaben der Verwaltung einer AG bei der Durchführung der ordentlichen GV, Diss. Zürich 1977, Diessenhofen 1977, S. 50 f., betreffend aOR; *Jäggi* (Fn. 102), S. 340, betreffend aOR: «Die Leitung der GV ist ein Akt der Geschäftsführung.»

119 Betreffend aOR: *von der Crone/Kessler* (Fn. 102), S. 4; *Hungerbühler* (Fn. 108), S. 135; *Böckli* (Fn. 76), S. 61 f.; *Otto Bruderer,* Das Antragsrecht des Aktionärs, Diss. St. Gallen 1980, Gais 1981, S. 75 f.; *Schett* (Fn. 118), S. 50 f., *Jäggi* (Fn. 102), S. 340; teilweise mit der hier abgelehnten Auffassung, die Statuten oder ein Reglement können eine andere Regelung vorsehen; a.M. *Peter Haefliger,* Die Durchführung der Generalversammlung bei der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1977 = ASR Heft 455, Bern 1978, S. 59 f., betreffend aOR.

120 *Böckli* (Fn. 76), S. 61 f., betreffend aOR; differenzierend *von der Crone/Kessler* (Fn. 102), S. 6, betreffend aOR; a.M. *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), Anhang zu § 129 N 33 ff. und 105, betreffend deutsches Recht.

121 Art. 716*b* aOR.

122 Gl.M. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 632 (Anm. 1941), siehe auch Rz. 309 und 323 sowie § 9 Rz. 497; im Resultat gl.M. *von der Crone* (Fn. 75), Rz. 1073; BSK OR II-*Watter/Roth Pellanda* (Fn. 26), Art. 716*a* N 31, betreffend aOR; *von der Crone/Kessler* (Fn. 102), S. 4, betreffend aOR; *Hungerbühler* (Fn. 108), S. 138, betreffend aOR.

123 BGE 143 III 120 E. 3.2 S. 124, betreffend aOR; *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 309 und 323; BSK OR II-*Watter/Roth Pellanda* (Fn. 26), Art. 716*a* N 31, betreffend aOR.

124 CR CO II-*Peter/Cavadini* (Fn. 88), Art. 702 N 25, betreffend aOR; BSK OR II-*Watter/Roth Pellanda* (Fn. 26), Art. 716*a* N 31, betreffend aOR.

125 Siehe z.B. Art. 689*f* Abs. 2 OR (Art. 689*e* Abs. 2 aOR), Art. 702 Abs. 3 OR, Art. 703 Abs. 2 OR oder Art. 710 Abs. 2 OR.

126 Z.B. *von der Crone* (Fn. 75), Rz. 1073; *Hungerbühler* (Fn. 108), S. 135, betreffend aOR; *Böckli* (Fn. 76), S. 62, betreffend aOR.

127 Z.B. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 309.

128 *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 325; *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), Anhang zu § 129 N 28 ff., betreffend deutsches Recht.

129 Z.B. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 315 und 327; *Müller/Lipp/Plüss* (Fn. 80), Rz. 7.142; *Hungerbühler* (Fn. 108), S. 138, betreffend aOR: «Notverwaltungsratssitzung».

130 A.M. *Müller/Lipp/Plüss* (Fn. 80), Rz. 7.142 (Kompetenz letztlich der GV); siehe auch *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), § 124 N 116, Anhang zu § 129 N 136 f., betreffend deutsches Recht.

Der Vorsitzende der GV trifft (vorbehältlich der genannten Kompetenz des Gesamt-VR) sämtliche Leitungsentscheide,[131] auch Ordnungs- bzw. Verfahrensentscheide genannt.[132] Das ergibt sich *e contrario* auch aus Art. 710 Abs. 2 OR, welche Bestimmung (unglücklicherweise) für einen bestimmten Leitungsentscheid[133] eine Ausnahme vorsieht, nämlich für die Anordnung der «in globo-Wahl» des VR bei nicht börsenkotierten Gesellschaften, die der Vorsitzende bei einer fehlenden statutarischen Grundlage nicht allein, sondern nur mit dem Einverständnis aller vertretenen Aktionäre anordnen kann. Diese Ausnahme gilt nicht analog für den Leitungsentscheid der «in globo-Décharge» des VR bei nicht börsenkotierten Gesellschaften.[134] Dieser Entscheid steht vielmehr in der alleinigen Kompetenz des Vorsitzenden (bzw. des Gesamt-VR).

Wie jede Kompetenz ist die Leitungskompetenz ein Recht (d.h. eine Befugnis), aber auch eine Pflicht. Sämtliche Leitungsentscheide des Vorsitzenden der GV (bzw. des Gesamt-VR) sind deshalb pflichtgemäss zu treffen, ansonsten nicht die Nichtigkeit des entsprechenden Entscheids, aber eine Verantwortlichkeit z.B. gemäss Art. 754 OR droht. Denn Leitungsentscheide gehören wie ausgeführt zur Geschäftsführung. Die Lenkungsentscheide stehen zudem immer unter dem Vorbehalt der Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit des GV-Beschlusses, auf den sie sich auswirken. Eine «in globo-Décharge» des VR bei nicht börsenkotierten Gesellschaften kann deshalb pflichtwidrig sein, den Vorsitzenden der GV (bzw. den Gesamt-VR) der Verantwortlichkeit aussetzen und den betreffenden GV-Beschluss anfechtbar oder sogar nichtig machen.

Leitungsentscheide des Vorsitzenden der GV beschlagen u.a. die Zulassung zur GV (inkl. Entscheide über Einsprachen gemäss Art. 691 Abs. 3 OR)[135], die Konstituierung (z.B. die Bestimmung des Protokollführers[136] und der Stimmenzähler,[137] nicht jedoch den Entscheid über die Anwesenheit der Revisionsstelle, der ein materieller Entscheid und kein Leitungsentscheid ist[138] und gemäss Art. 731 Abs. 2 Satz 2 OR in der Kompetenz der GV steht[139]), die Umstellung der Traktanden,[140] die Abstimmungsmodalitäten (insbesondere die Anordnung der offenen oder der schriftlichen bzw. elektronischen [und damit bis zu einem gewissen Grad geheimen bzw. verdeckten][141] Abstimmung und die Bestimmung der Auszählmethode), die Bestimmung der Reihenfolge der Redner, die *prima facie*-Überprüfung der Anträge, die Gruppierung und Einordnung der Anträge in den Ablauf der Abstimmungen, Ordnungsfragen wie allgemeine und individuelle Rede- und Fragerechtsbeschränkungen, Wortentzüge, Ermahnungen, Warnungen, Wegweisungen (Ausschlüsse aus der GV),[142] die Entscheide im Zusammenhang mit der Auskunftserteilung, kurze Unterbrechungen der GV, z.B. zur Durchführung einer ad hoc abzuhaltenden VR-Sitzung[143] oder infolge technischer Probleme gemäss Art. 701*f* OR, die Erwahrung der Beschlüsse der GV[144] etc.[145]

Zu den dem Vorsitzenden vorbehaltenen Leitungsentscheiden gehört auch die nach Eröffnung der GV und damit während der GV erfolgende Absage eines Traktandums und die Schliessung der Debatte zu einem Traktandum und der GV insgesamt.[146] Keine

131 Betreffend aOR: *Krneta* (Fn. 88), N 560: «absolute Leitungsbefugnis»; *Hungerbühler* (Fn. 108), S. 139; *Jäggi* (Fn. 102), S. 339 ff.; a.M. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 150 und 309 f.; BK-*Riemer* (Fn. 80), Art. 65 ZGB N 28, betreffend Vereinsrecht.

132 Z.B. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 150, 309, 632 und 689, § 9 Rz. 68 und § 13 Rz. 539.

133 *Böckli* (Fn. 26), § 9 Rz. 68.

134 A.M. *Böckli* (Fn. 76), S. 67, betreffend aOR.

135 Z.B. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 347.

136 *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 72 und 310, betreffend Protokollführer.

137 *Böckli* (Fn. 76), S. 62 f., betreffend aOR; *Jäggi* (Fn. 103), S. 395, betreffend aOR; a.M. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 310.

138 A.M. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 150, 335 und 689 sowie § 13 Rz. 539.

139 Siehe dazu schon Kapitel III.2.2.

140 Z.B. *Nagel* (Fn. 38), Rz. 292; *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 326; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 700 N 11e, betreffend aOR; siehe dazu auch *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), Anhang zu § 129 N 92 f., betreffend deutsches Recht.

141 Siehe dazu auch *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), Anhang zu § 129 N 115, betreffend deutsches Recht.

142 Siehe dazu auch *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), Anhang zu § 129 N 178 ff., betreffend deutsches Recht.

143 Bei Fn. 130.

144 Zur (umstrittenen) Rechtsnatur von Beschlüssen im Allgemeinen z.B. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 347; *Vischer* (Fn. 42), S. 425; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 703 N 4a und 4d, betreffend aOR; siehe dazu auch *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), § 130 N 166 ff., betreffend deutsches Recht.

145 Z.B. *Hungerbühler* (Fn. 108), S. 144 ff., und *Böckli* (Fn. 76), S. 61 ff., beide betreffend aOR.

146 Gl.M. *David Ballmer/Joel Fischer,* Die hybride und virtuelle Generalversammlung, GesKR 2023, S. 172 ff., S. 185 f.,

Rolle spielt, ob die Absage und die Schliessung der Debatte zu einem Traktandum und der GV insgesamt mit dem Versprechen des Vorsitzenden der GV (bzw. des Gesamt-VR) gekoppelt ist, ein bestimmtes Traktandum anlässlich einer nächsten GV wiederaufzunehmen, welchen Vorgang man als Verschiebung oder Vertagung bezeichnet.[147] Ebenso spielt keine Rolle, ob die GV im Sinne von Art. 704*b* OR die Einberufung einer neuen GV beschlossen hat. Zur neuen GV ist vom VR ordentlich einzuladen,[148] auch bei Abbruch einer GV infolge technischer Probleme gemäss Art. 701*f* Abs. 1 OR.[149]

Trifft der Vorsitzende (bzw. der Gesamt-VR) die nötigen Leitungsentscheide, ist auch gesagt, dass die GV diese Leitungsentscheide (vorbehältlich weniger Ausnahmen, z.B. bei einer Verhinderung des gesamten VR oder bei einer «in globo»-Wahl des VR) nicht treffen kann.[150] Dies betrifft auch die Konstituierungsentscheide, weshalb die oft gehörte Aussage, wonach die GV sich selbst konstituiert,[151] (vorbehältlich weniger Ausnahmen) nicht korrekt ist.[152] Die GV hat deshalb (vorbehältlich weniger Ausnahmen) keine Organisationsautonomie.[153] Entsprechend leiten sich die Leitungsrechte des Vorsitzenden (bzw. des Gesamt-VR) auch nicht aus den Rechten der GV ab. Sie sind vielmehr originär eigene Rechte.[154]

Gibt es (vorbehältlich weniger Ausnahmen) keine Zuständigkeit der GV für Leitungsentscheide, ist sie in Bezug auf Leitungsentscheide des Vorsitzenden (und gegebenenfalls des VR) auch nicht Kassations- oder Berufungsinstanz.[155] Das gilt auch für die Leitungsentscheide des Vorsitzenden der GV (bzw. des Gesamt-VR) bezüglich Absage eines Traktandums und der Schliessung der Debatte zu einem Traktandum und der GV insgesamt.

Liegt die Kompetenz zur Absage eines Traktandums und zur Schliessung der Debatte zu einem Traktandum beim Vorsitzenden der GV (bzw. beim Gesamt-VR), ist klar, dass die GV nicht befugt ist, Nichteintretensentscheide zu einem Traktandum zu fällen.[156] Die GV kann aber einen ablehnenden Sachentscheid fällen, was im Ergebnis meistens einem Nichteintretensentscheid gleichkommt.[157]

betreffend Abbruch der GV infolge technischer Probleme; teilweise a.M. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 186 und 327; *Hungerbühler* (Fn. 108), S. 142 f., betreffend aOR; *Böckli* (Fn. 76), S. 58, 72 und 75, betreffend aOR; *Bruderer* (Fn. 119), S. 89 ff., betreffend aOR; *Haefliger* (Fn. 119), S. 71 f. und 108 f., betreffend aOR; *Schett* (Fn. 118), S. 53 und 65, betreffend aOR; ZK-*Bürgi* (Fn. 88), Art. 702 OR N 22, betreffend aOR; a.M. BGH II. ZR 142/14 vom 30.6.2015 Rz. 31 f., und *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), § 121 N 72 und 108 f., § 122 N 3, § 124 N 102 ff. und 116 sowie Anhang zu § 129 N 98 f., 105, 132 ff. und 138, beide betreffend deutsches Recht, wonach nach Eröffnung der Hauptversammlung diese grundsätzlich für die Absage eines Traktandums und die Schliessung der Debatte zu einem Traktandum und der GV insgesamt zuständig ist.

147 Zum Begriff der Vertagung z.B. *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), § 124 N 102 sowie Anhang zu § 129 N 98 und 138, betreffend deutsches Recht.

148 Siehe dazu schon Kapitel III.2.3.

149 Gl.M. wohl BK-*Dubs* (Fn. 67), § 12 N 113; a.M. *Forstmoser/Küchler* (Fn. 49), Art. 700 OR Rz. 11, Art. 701*f* OR Rz. 8; Botschaft (Fn. 75), 560.

150 Z.B. BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 700 N 11e, betreffend Umstellung der Traktanden nach aOR.

151 Z.B. *Müller/Lipp/Plüss* (Fn. 80), Rz. 7.133, allerdings mit dem Vorbehalt der Leitung durch den VR; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 702 N 1, betreffend aOR; ZK-*Bürgi* (Fn. 88), Art. 698 N 20 und Art. 702 OR N 16, betreffend aOR.

152 BK-*Dubs* (Fn. 67), § 12 N 34; *von der Crone* (Fn. 75), Rz. 1070 (Anm. 673); ZK-*Tanner* (Fn. 67), Art. 702 OR N 127 ff. und 197 ff., betreffend aOR; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 702 N 30, betreffend aOR; *von der Crone/Kessler* (Fn. 102), S. 4 f., betreffend aOR; *Hungerbühler* (Fn. 108), S. 136 f., betreffend aOR; *Böckli* (Fn. 76), S. 61 f., betreffend aOR; unpräzis *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 309 und 330; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 75), § 23 Rz. 97, betreffend aOR; a.M. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 310, betreffend Protokollführer (anders noch *Böckli* [Fn. 76], S. 63, betreffend aOR), § 8 Rz. 335, betreffend Verzicht auf die Anwesenheit der Revisionsstelle, und § 8 Rz. 349, betreffend offene oder schriftliche Abstimmung.

153 Zu diesem Begriff *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), § 119 N 83, betreffend deutsches Recht.

154 Siehe auch *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), Anhang zu § 129 N 8 ff., betreffend deutsches Recht.

155 *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 632, betreffend Entscheide über Einsprachen gemäss Art. 691 Abs. 3 OR; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 702 N 25, betreffend Ordnungsmassnahmen des Vorsitzenden nach aOR; *Hungerbühler* (Fn. 108), S. 140 ff., betreffend aOR; *Böckli* (Fn. 76), S. 56 ff., betreffend aOR, allerdings teilweise mit der hier nicht geteilten Auffassung, dass es sich betreffend Absage eines Traktandums, Schliessung der Debatte zu einem Traktandum und der GV insgesamt anders verhalte; *Bruderer* (Fn. 119), S. 85 f., betreffend aOR.

156 A.M. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 186; ZK-*Tanner* (Fn. 67), Art. 702 OR N 189 ff., betreffend aOR; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 75), § 23 Rz. 106, betreffend aOR; *Bruderer* (Fn. 119), S. 90 f., betreffend aOR; ZK-*Bürgi* (Fn. 88), Art. 700 OR N 30, betreffend aOR.

157 Z.B. *Kunz* (Fn. 28), Rz. 193 (Anm. 450), betreffend aOR; *Böckli* (Fn. 76), S. 66, betreffend aOR.

Die Aktionäre können deshalb (vorbehältlich weniger Ausnahmen) keine Leitungsanträge (bzw. Verfahrens- bzw. Ordnungsanträge) stellen, über die der Vorsitzende (bzw. der Gesamt-VR) die GV abzustimmen lassen hätte.[158] Das gilt auch bezüglich Absage eines Traktandums und der Schliessung der Debatte zu einem Traktandum und der GV insgesamt. Das individuelle Antragsrecht erfasst damit (vorbehältlich weniger Ausnahmen) nur Sachanträge, weil nur bei diesen die Entscheidungskompetenz bei der GV liegt.

Entsprechend können die Aktionäre auch keine Nichteintretensanträge zu einem Traktandum stellen. Sie können jedoch eine Ablehnung des zur Diskussion stehenden Sachentscheids beantragen.

Der Vorsitzende der GV (bzw. der Gesamt-VR) kann seine Leitungskompetenz aufgrund des Paritätsprinzips nicht im Sinne einer «Delegation nach oben» an die GV delegieren.[159] Er kann die Aktionäre zwar mittels Konsultativabstimmungen in der GV in Leitungsfragen konsultieren.[160] Doch ist dies in der Regel «inopportun»[161] und bewirkt auf jeden Fall lediglich ein rechtliches Nullum, wobei natürlich wie immer Art. 2 Abs. 2 ZGB vorbehalten bleibt.[162]

Erneut darf diese Kompetenzverteilung zwischen Vorsitzendem der GV (und des VR) und GV nicht mit der Pflichtenordnung vermischt werden. Entsprechend kann ein Leitungsentscheid des Vorsitzenden pflichtwidrig oder pflichtgemäss sein. Eine Pflichtwidrigkeit führt wiederum nicht zur Nichtigkeit des Entscheids des Vorsitzenden, sondern allenfalls zu einer Verantwortlichkeit des Vorsitzenden insbesondere gemäss Art. 754 OR. Denn unabhängig davon, ob der Vorsitzende VR-Mitglied ist, kommt diesem Organstellung i.S.v. Art. 754 OR zu, gehört die Leitung der GV doch zur von dieser Bestimmung erfassten Geschäftsführung.[163] Eventuell besteht auch eine Verantwortlichkeit weiterer Personen, z.B. aller VR-Mitglieder bei Bestimmung des Vorsitzenden durch ihn. An dieser Verantwortlichkeit ändert eine allfällige Konsultativabstimmung nichts.

Wie bereits in allgemeiner Form erwähnt, ist diese gesetzliche Kompetenzordnung statutarisch nicht veränderbar. Sie ist statutenresistent.[164] Ebenso ist sie reglementsresistent.[165] Vorbehalten bleibt u.a. die bereits erwähnte (unglückliche) Ausnahme, wonach die Statuten gemäss Art. 710 Abs. 2 OR bei nicht börsenkotierten Gesellschaften eine Ausnahme von der Einzelwahl des VR vorsehen können.[166]

158 *Hungerbühler* (Fn. 108), S. 143, betreffend aOR; wohl a.M. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 310, betreffend Protokollführer (anders noch *Böckli* [Fn. 76], S. 63, betreffend aOR), § 8 Rz. 328, 334 und 335, auch betreffend Verzicht auf die Anwesenheit der Revisionsstelle, § 8 Rz. 349, betreffend offene oder schriftliche Abstimmung; *Böckli* (Fn. 76), S. 66, betreffend offene oder schriftliche Abstimmung nach aOR, S. 67, betreffend «in globo»-Décharge des VR nach aOR; unklar *Nagel* (Fn. 38), Rz. 222 und 293, v.a. betreffend Reihenfolge der Traktanden; siehe auch *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), § 124 N 116 und Anhang zu § 129 N 104 ff., betreffend deutsches Recht.

159 *Hungerbühler* (Fn. 108), S. 143, betreffend aOR; siehe auch *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 51 und § 9 Rz. 352, zur «Delegation nach oben» im Allgemeinen.

160 *Nagel* (Fn. 38), Rz. 172 (Anm. 436); *Hungerbühler* (Fn. 108), S. 143, betreffend aOR; *Jäggi* (Fn. 103), S. 395, betreffend aOR.

161 *Böckli* (Fn. 76), S. 63, betreffend Bestimmung des Protokollführers nach aOR; siehe auch *Bruderer* (Fn. 119), S. 85, betreffend aOR: «[…] unnötiger Konsultativbeschluss […]».

162 *Hungerbühler* (Fn. 108), S. 143, betreffend aOR; siehe auch *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 54 und 93 ff. sowie § 9 Rz. 355, und BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 703 N 4b, und wohl auch *Nagel* (Fn. 38), Rz. 172, zur Zulässigkeit, aber rechtlichen Unverbindlichkeit von Konsultativabstimmungen in der GV im Allgemeinen nach aOR; siehe auch *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), Anhang zu § 129 N 9 und 190, betreffend deutsches Recht.

163 Bei Fn. 110; zur Organstellung des Vorsitzenden auch *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), Anhang zu § 129 N 52 ff., betreffend deutsches Recht.

164 *Böckli* (Fn. 76), S. 61 f., betreffend aOR; a.M. im Allgemeinen: *von der Crone/Kessler* (Fn. 102), S. 11, betreffend aOR; BK-*Riemer* (Fn. 80), Art. 65 ZGB N 28, betreffend Vereinsrecht; *Jäggi* (Fn. 102), S. 334, 338 f. und 342 f., betreffend aOR; betreffend Wahl des Vorsitzenden der GV: *Müller/Lipp/Plüss* (Fn. 80), Rz. 7.134; *von der Crone* (Fn. 75), Rz. 1073; CR CO II-*Peter/Cavadini* (Fn. 88), Art. 700 N 25, betreffend aOR; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 702 N 1 f. und 24, betreffend aOR; *von der Crone/Kessler* (Fn. 102), S. 5 f., betreffend aOR; *Hungerbühler* (Fn. 108), S. 135, betreffend aOR; siehe auch *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), Anhang zu § 129 N 68 ff., betreffend deutsches Recht.

165 A.M. z.B. ZK-*Tanner* (Fn. 67), Art. 702 OR N 185 ff., betreffend aOR; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 702 N 1 f., betreffend aOR; *von der Crone/Kessler* (Fn. 102), S. 11, betreffend aOR; *Hungerbühler* (Fn. 108), S. 140, betreffend aOR; BK-*Riemer* (Fn. 80), Art. 65 ZGB N 28, betreffend Vereinsrecht; *Jäggi* (Fn. 102), S. 336 f. und 338, betreffend aOR; siehe auch *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), § 129 N 1 ff. und Anhang zu § 129 N 67, betreffend deutsches Recht.

166 Siehe auch *Forstmoser/Küchler* (Fn. 49), Art. 710 OR Rz. 9, mit einer Kritik dieser Regelung.

Nachzutragen ist, dass fehlerhafte Leitungsentscheide des Vorsitzenden, d.h. Verfahrensfehler des Vorsitzenden, zur Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit von GV-Beschlüssen führen können.[167]

2.5 Schlussfolgerungen für den vom Bundesgericht beurteilten Fall

Wie gezeigt ist in aller Regel der VR vor und während der GV für die Absage eines Traktandums zuständig. Damit besteht in Bezug auf die Absage eines Traktandums auch kein individuelles Antragsrecht der Aktionäre vor und während der GV. Das Bundesgericht hätte demzufolge im vorliegenden Fall kein solches Antragsrecht der Gemeinde B bejahen dürfen, über das in der GV vom 18. Juni 2020 hätte abgestimmt werden müssen, womit die am 18. Juni 2020 abgehaltene GV der A AG entgegen dem Bundesgericht weder nichtig noch anfechtbar war.

Das Bundesgericht hätte dies nach dem Grundsatz *iura novit curia* von Amtes wegen berücksichtigen müssen.[168] Entsprechend hätte es sich nicht mit der Aussage begnügen dürfen, die A AG anerkenne, dass es sich beim Hauptantrag Teil 1 «um einen Antrag handelt, der bei Anwendung des Obligationenrechts zulässig und der Generalversammlung zur Abstimmung zu unterbreiten gewesen wäre».[169]

Daran, dass die am 18. Juni 2020 abgehaltene GV entgegen dem Bundesgericht weder nichtig noch anfechtbar war, ändert auch der Eventualantrag der Gemeinde B nichts. Dieser ist nicht als Gegenantrag (auch Alternativantrag[170] oder Eventualantrag genannt)[171] zu qualifizieren, also als Antrag, der eine Beschlussalternative zu dem vom VR mit seinem Antrag vorgeschlagenen Beschluss ermöglichen würde.[172] Vielmehr ist der Eventualantrag der Gemeinde B lediglich ein Antrag auf Abweisung des VR-Antrags, über den der Vorsitzende die GV nicht separat abstimmen lassen muss, würde eine Abstimmung über ihn nicht zu einem anderen Beschluss als die Abstimmung über den VR-Antrag führen.[173] Entsprechend wurde an der GV vom 18. Juni 2020 über diesen Antrag rechtsgenüglich im Rahmen der Abstimmung über den VR-Antrag (mit-)abgestimmt.[174]

An diesem Resultat ändert nichts, dass die GV vom 18. Juni 2020 nicht als Präsenz-GV nach den Regeln einer Präsenz-GV, sondern nach den speziellen Regeln der zur Zeit der GV vom 18. Juni 2020 geltenden Covid-19-Verordnungen auf dem schriftlichen Weg durchgeführt wurde. Auch in diesem Verfahren konnten die Aktionäre vor und während der GV keine Anträge auf Absage eines Traktandums stellen, über die der Vorsitzende die GV hätte abstimmen lassen müssen.

3. Lehren für die Ausgestaltung der GV gemäss Art. 701 Abs. 3 OR

Das Bundesgericht scheint im hier besprochenen Urteil den Vorgang gemäss Art. 701 Abs. 3 OR (bzw. Art. 805 Abs. 5 Ziff. 5 i.V.m. Art. 701 Abs. 3 OR bei der GmbH), den diese Bestimmung ausdrücklich als GV bezeichnet,[175] dem Vorgang gemäss den zur Zeit der GV vom 18. Juni 2020 geltenden Covid-19-Verordnungen und dem Vorgang gemäss Art. 805 Abs. 4 aOR gleichzustellen.[176]

167 Z.B. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 621 und 653 ff.; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 702 N 25, betreffend aOR; *Bruderer* (Fn. 119), S. 85 f., betreffend aOR; *Jäggi* (Fn. 102), S. 344 f., betreffend aOR; siehe auch BGer 4A_380/2022 vom 30.1.2023 E. 9 (in BGE 149 III 1 nur teilweise publiziert).

168 Art. 106 Abs. 1 BGG; siehe auch *Milos Karic/Dario Galli/Markus Vischer,* Beachtung der Nichtigkeit von Amtes wegen?, dRSK vom 26.10.2022, Rz. 13, zur zunehmenden Zurückdrängung des Grundsatzes *iura novit curia* durch prozessuale Hürden; siehe auch KGer BL 400 22 39 vom 10.5.2022 (Vorentscheid zu BGer 4A_388/2022 vom 30.1.2022) E. 6.4.3 siehe jetzt aber auch BGer 4A_372/2022 vom 9.9.2023, wo das Bundesgericht bei der Auslegung von AGB die Ungewöhnlichkeitsregel anwandte, obwohl weder die Parteien noch die Vorinstanz diese aufgebracht hatten (so auch die Einschätzung von *Ariane Legler,* Clause insolite dans les conditions générales d'un contrat informatique, LawInside vom 9.9.2023).

169 BGE 149 III 1 E. 3.4 S. 5.

170 Z.B. *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), § 124 N 108 ff., betreffend deutsches Recht.

171 Z.B. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 338.

172 BGE 149 III I E. 7.5 S. 9.

173 Siehe auch BK-*Dubs* (Fn. 67), § 12 N 129 mit folgender Aussage, die auch für die Anträge gemäss Art. 699*b* Abs. 5 OR (Art. 700 Abs. 4 aOR) gilt: «Ablehnende Anträge (d.h. der Vorschlag, einfach eine Neinstimme abzugeben), sind nicht Regelungsgegenstand des Art. 699*b* […] Abs. 2 (und 3) OR.»

174 Im Allgemeinen: *Haefliger* (Fn. 119), S. 80; *Noack/Zetzsche* (Fn. 37), § 124 N 107, betreffend deutsches Recht.

175 BK-*Dubs* (Fn. 67), § 12 N 19.

176 BGer 4A_380/2022 vom 30.1.2023 E. 8 (in BGE 149 III 1 nicht publiziert).

Wie immer man diese beiden letzteren Vorgänge auslegt, ist festzuhalten, dass Art. 701 Abs. 3 OR (bzw. Art. 805 Abs. 5 Ziff. 5 i.V.m. Art. 701 Abs. 3 OR bei der GmbH) keine Urabstimmung vorsieht. Eine solche ist auch nach dem neuen Aktienrecht (und damit auch nach dem neuen GmbH-Recht) unzulässig,[177] auch wenn man die Zustimmung zu einem Antrag gemäss Art. 701 Abs. 3 OR als eine Art Urabstimmung bezeichnen mag.[178] Vielmehr sieht Art. 701 Abs. 3 OR die Zustimmung zu einem Antrag[179] in einer erweiterten Schriftform[180] vor und beschränkt als Zustimmung zu einem Antrag die (erweiterte) Schriftlichkeit auf die eigentliche Beschlussfassung[181] und damit auf die Ausübung des Stimmrechts.[182] Im Rahmen dieser Beschlussfassung können die Aktionäre zum Antrag entweder «Ja» oder «Nein» sagen oder sich der Stimme enthalten, womit nicht nur (in der Sache) gutheissende, sondern auch (in der Sache) ablehnende Beschlüsse und Mehrheitsbeschlüsse möglich sind.[183] Keinesfalls können die Aktionäre anlässlich dieser Beschlussfassung weitere Rechte wie ihre Traktandierungs- und Antragsrechte ausüben. Es ist deshalb beim Beschluss gemäss Art. 701 Abs. 3 OR auch von einem Zirkulationsbeschluss (oder Zirkularbeschluss) die Rede.[184] An einem solchen Zirkulationsbeschluss müssen im Übrigen keineswegs alle Aktionäre teilnehmen, unterscheidet doch Art. 701 OR klar zwischen der Universalversammlung[185] und der Zustimmung zu einem Antrag (Zirkulationsbeschluss).[186] Vielmehr haben die Aktionäre auch bei einem Zirkulationsbeschluss gemäss Art. 701 Abs. 3 OR die Möglichkeit, an der Beschlussfassung nicht teilzunehmen, weshalb keine Einstimmigkeit in Bezug auf die Verfahrensart und wie gerade ausgeführt schon gar nicht in Bezug auf die Sache notwendig ist.[187] Bei Nichtteilnahme einzelner Aktionäre an der

177 Z.B. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 91; *Vischer* (Fn. 42), S. 419; *von der Crone* (Fn. 75), Rz. 1044; a.M. *Stephanie Eggimann/Kathrin Häcki/Pascal Zysset,* Schriftliche Beschlüsse der Generalversammlung – überfällige Gesetzesrevision oder toter Buchstabe?, REPRAX 2020, S. 295 ff., S. 312 ff., allerdings immer wieder mit dem Zusatz «de lege ferenda»; BSK OR II-*Truffer/Dubs* (Fn. 26), Art. 805 N 40, betreffend Art. 805 Abs. 4 aOR im (alten) GmbH-Recht.

178 So BK-*Dubs* (Fn. 67), § 12 N 18 und 25 f., allerdings mit einer künstlichen, von Art. 701 Abs. 3 OR nicht gedeckten Aufteilung in ein Zirkulationsverfahren und eine Urabstimmung (so auch Praxismitteilung EHRA 1/23 vom 21.3.2023 [REPRAX 2023, S. 121 ff.] Ziff. 3.2, wo unnötigerweise zwischen schriftlicher Beschlussfassung und Zirkulationsbeschluss unterschieden wird); *Vischer* (Fn. 42), S. 419.

179 Siehe Marginalie zu Art. 701 OR.

180 Zu diesem erweiterten Schriftformerfordernis z.B. *Vischer* (Fn. 42), S. 418.

181 *Martin F. Nussbaum,* in: Martin F. Nussbaum/Reto Sanwald/Markus Scheidegger (Hrsg.), Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Muri bei Bern 2007, Art. 805 OR N 27, betreffend Art. 805 Abs. 4 aOR im (alten) GmbH-Recht.

182 BK-*Dubs* (Fn. 67), § 12 N 21.

183 *Mathieu Blanc/Rafaella Demierre,* Le nouveau droit de la société anonyme et son impact sur l'activité notariale, ZBGR 2023, S. 197 ff., S. 216; *Isabelle Chabloz/Nicolas A. Aymon,* Das Gesellschaftsrecht 2022/2023, SZW 2023, S. 348 ff., S. 352; *Wagnon* (Fn. 35), S. 105; *Thomas Jutzi/Quirin Meier,* Übersicht über die Neuerungen im Aktienrecht, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Das neue Aktienrecht – insbesondere Aspekte aus der notariellen Praxis, Bern 2023, S. 1 ff., S. 60; BK-*Dubs* (Fn. 67), § 12 N 40; *Schenker/Schenker* (Fn. 35), S. 250; *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 84; siehe zu den drei Möglichkeiten des Stimmens («Ja», «Nein», «Enthaltung») bei einem Zirkulationsbeschluss im Allgemeinen auch *Vischer* (Fn. 42), S. 418; a.M. *Oliver Dreyer,* Antragsrecht auch bei schriftlicher Generalversammlung nach COVID-19-Gesetzgebung, iusNet GR vom 30.3.2023, Kommentar 3a *in fine,* wonach die Aktionäre nur mit «Ja» oder «Nein» («take it or leave it») stimmen können; siehe auch *Wolfgang Ernst,* Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren, recht 2020, S. 168 ff., S. 170, wonach nicht ausgefülltes («leeres»), aber retourniertes Stimmmaterial als Enthaltung gilt.

184 BK-*Vischer* (Fn. 67), § 9 N 7; *Vischer* (Fn. 42), S. 417 ff.

185 Art. 701 Abs. 1 und 2 OR.

186 Art. 701 Abs. 3 OR; *Vischer* (Fn. 42), S. 419; a.M. *Nagel* (Fn. 38), Rz. 339; *Jutzi/Meier* (Fn. 183), S. 60, wonach die «Generalversammlung auf dem Zirkularweg […] eine Art ‹Universalverfahren›» ist; wohl ebenfalls a.M. *Wagnon* (Fn. 35), S. 105.

187 *Alexander Vogel,* Orell Füssli Kommentar, Handelsregisterverordnung, 2. Aufl., Zürich 2023, Art. 23 HRegV N 3; BK-*Dubs* (Fn. 67), § 12 N 22 und 40; *Vischer* (Fn. 42), S. 418 f. («Nichtäusserung»); *Brigitte Tanner,* Moderne Formen der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht 2020, SZW 2021, S. 589 ff., S. 594; a.M. *Roland Müller/Fabian Akeret,* Die Generalversammlung nach revidiertem Aktienrecht, SJZ 2021, S. 7 ff., S. 12, und *Eggimann/Häcki/Zysset* (Fn. 177), S. 307 ff., S. 319, betreffend Zirkulationsbeschluss, die zur Begründung ihrer Meinungen u.a. auf die Botschaft (Fn. 75), 496 bzw. 555, verweisen, aber übersehen, dass das Parlament Art. 701 Abs. 3 OR gegenüber dem Entwurf 2016 des Bundesrats entscheidend verändert hat (dazu BK-*Dubs* [Fn. 67], § 12 N 27; *Forstmoser/Küchler* [Fn. 49], Art. 701 OR Rz. 4; *Vischer* [Fn. 42], S. 419); a.M. wohl auch *Karin Poggio-Widmer,* Notariatsrelevante Aspekte der Aktienrechtsrevision, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Das neue Aktienrecht – insbesondere Aspekte aus der notariellen Praxis, Bern 2023, S. 85 ff., S. 110, *Christine*

Beschlussfassung ist bezüglich der vertretenen Stimmen und der vertretenen Aktiennennwerte gemäss Art. 703 OR und Art. 704 OR auf diejenigen Aktionäre abzustellen, die sich in der Sache (schriftlich) mit «Ja», «Nein» oder «Enthaltung» geäussert haben.[188] Selbst wenn nicht sämtliche Aktionäre an der Beschlussfassung teilnehmen, dispensiert Art. 701 Abs. 3 OR von der «Einhaltung der für die Einberufung geltenden Vorschriften», also z.B. von der Einhaltung der Einberufungsfrist von Art. 700 Abs. 1 OR.[189]

Ein Aktionär kann eine Beschlussfassung in (erweiterter) Schriftform gemäss Art. 701 Abs. 3 OR nur vermeiden, in dem er die mündliche Beratung in einer «normalen» GV verlangt.

Verlangt ein Aktionär die Beratung, hat die einberufende Stelle, also i.d.R. der VR, eine «normale» GV einzuberufen, wobei die einberufende Stelle entscheidet, in welcher Form diese durchgeführt wird.[190] Alsdann stehen den Aktionären vor und während der «normalen» GV die «normalen» Rechte, insbesondere die «normalen» Traktandierungs- und Antragsrechte, zu.

Verlangen die Aktionäre diese mündliche Beratung nicht, verzichten sie auf eine «normale» GV und damit auch auf die ihnen bei einer «normalen» GV zustehenden «normalen» Traktandierungs- und Antragsrechte.[191]

Die GV gemäss Art. 701 Abs. 3 OR ist deshalb keine «normale» GV, die (erweitert) schriftlich wie eine Präsenz-, hybride oder virtuelle GV[192] durchzuführen wäre.[193]

Selbst wenn den Aktionären aber in Bezug auf eine GV gemäss Art. 701 Abs. 3 OR die «normalen» Rechte und damit auch die «normalen» Traktandierungs- und Antragsrechte zustehen würden, könnten sie wie bei einer «normalen» GV vor und während der GV keine Leitungsanträge stellen. Insbesondere könnten sie keine Anträge auf Absage eines Traktandums, geschweige denn auf Absage der GV insgesamt stellen.

Vielmehr ist wie bei einer «normalen» GV die einberufende Stelle, also i.d.R. der VR, zur Einleitung («Einberufung»[194]) und Durchführung einer GV gemäss Art. 701 Abs. 3 OR zuständig.[195] Die einberufende Stelle kann dies aus eigenem Antrieb oder gestützt auf ein Einberufungs- und Traktandierungsbegehren der Aktionäre tun.[196] Die einberufende Stelle kann auf diesem Weg auch einen von einer qualifizierten Minderheit gemäss Art. 699 Abs. 2 OR gestellten Aktionärsantrag abhandeln.[197] Wie bei einer «normalen» GV ist die einberufende Stelle und der VR zur Absage einer GV gemäss Art. 701 Abs. 3 OR und zur Absage diesbezüglicher Traktanden und Anträge zuständig.[198]

Glättli/Peter Muntwyler, Statuten einer Aktiengesellschaft – Vorstellung der Musterurkunde der Musterurkundensammlungskommission des Verbandes bernischer Notare, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Das neue Aktienrecht – insbesondere Aspekte aus der notariellen Praxis, Bern 2023, S. 119 ff., S. 153 (Anm. 58), und *Jutzi/Meier* (Fn. 183), S. 60, wobei Letztere immerhin konzedieren, dass die Zustimmung zur Verfahrensart auch konkludent erfolgen kann; siehe auch *Vischer* (Fn. 42), S. 421, zum Zirkulationsbeschluss des VR gemäss Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 Satz 1 OR, an dem ebenfalls nicht sämtliche VR-Mitglieder teilnehmen müssen.

188 *Vischer* (Fn. 42), S. 418.

189 *Lukas Müller/Philippe J. A. Kaiser/Diego Benz,* Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen (2/2), REPRAX 2020, S. 241 ff., S. 246; a.M. *Eggimann/Häcki/Zysset* (Fn. 177), S. 316, betreffend Urabstimmung.

190 BK-*Dubs* (Fn. 67), § 12 N 29.

191 *Poggio-Widmer* (Fn. 187), S. 110; BK-*Dubs* (Fn. 67), § 12 N 21 und 34, siehe auch N 19, wonach bei der GV gemäss Art. 701 Abs. 3 OR keine «Interaktion unter den Aktionären erfolgt»; *von der Crone* (Fn. 75), Rz. 1043; wohl gl.M. *Böckli* (Fn. 26), § 8 Rz. 84; *Eggimann/Häcki/Zysset* (Fn. 177), S. 311, betreffend Zirkulationsbeschluss; eher a.M. *Dreyer* (Fn. 183), Kommentar 3c; a.M. *Chabloz/Aymon* (Fn. 183), S. 352; *Nagel* (Fn. 38), Rz. 339; *Eggimann/Häcki/Zysset* (Fn. 177), S. 317 f., betreffend die von ihnen für zulässig gehaltene Urabstimmung; BSK OR II-*Truffer/Dubs* (Fn. 26), Art. 805 N 40, betreffend Art. 805 Abs. 4 aOR im (alten) GmbH-Recht, siehe schon *Arnold Janggen/Hermann Becker,* Berner Kommentar, Bern 1939, Art. 809 OR N 11, betreffend altes GmbH-Recht; siehe auch BGer 4A_380/2022 vom 30.1.2023 E. 8 (in BGE 149 III 1 nicht publiziert).

192 Dazu z.B. *Vischer* (Fn. 42), S. 416 ff.

193 Siehe aber auch *Ballmer/Fischer* (Fn. 146), S. 177 f., zur verkürzt hybriden GV und zum dort möglichen Verzicht des Aktionärs auf gewisse Mitwirkungsrechte durch die virtuelle und damit nicht physische Teilnahme an der GV.

194 BK-*Dubs* (Fn. 67), § 12 N 36.

195 BK-*Janggen/Becker* (Fn. 191), Art. 809 OR N 6, betreffend altes GmbH-Recht; a.M. BK-*Dubs* (Fn. 67), § 12 N 33 f. und 36 f., wonach nur der VR eine GV gemäss Art. 701 Abs. 3 OR einberufen kann; siehe dazu im Allgemeinen Kapitel III.2.3.

196 Siehe dazu im Allgemeinen Kapitel III.2.3.

197 BK-*Dubs* (Fn. 67), § 12 N 36; siehe dazu im Allgemeinen Kapitel III.2.2.

198 Siehe dazu im Allgemeinen Kapitel III.2.3 und Kapitel III.2.4.

Statutarisch kann an dieser Kompetenzverteilung zwischen GV und einberufender Stelle, also i.d.R. der VR, nichts geändert werden. Sie ist statutenresistent.

Nachzutragen ist, dass in der Praxis Zirkulationsbeschlüsse der GV (und des VR) meist in der Annahme vorbereitet und in Zirkulation gesetzt werden, dass alle Beteiligten auf die Durchführung einer «normalen» GV (bzw. VR-Sitzung) verzichten und mit Ja stimmen. Trifft diese Annahme zu, erlaubt dies das einfache Fassen von Zirkulationsbeschlüssen der GV (und des VR) mittels DocuSign, Scribble und ähnlichen Verfahren, was sich in der Praxis einer grossen Beliebtheit erfreut. Die Freuden der Digitalisierung werden allerdings durch das EHRA getrübt, welches die Auffassung vertritt, auch Zirkulationsbeschlüsse müssten nachträglich protokolliert werden.[199] Das führt dazu, dass bei Zirkulationsbeschlüssen der GV (und des VR) ein Zusatzaufwand anfällt, weil der VR in Bezug auf den Zirkulationsbeschluss eine Art «Erwahrungsprotokoll»[200] erstellen muss. Dieses Protokoll muss zudem, soweit es als Beleg für eine Handelsregisteranmeldung dienen soll, der strikten und nicht der erweiterten Schriftform genügen. Die Auffassung des EHRA ist allerdings unzutreffend, weil Zirkulationsbeschlüsse nicht zusätzlich noch protokolliert werden müssen.[201] Auch statuiert Art. 23 Abs. 2 HRegV explizit, dass nicht nur (Beschluss-)Protokolle, sondern auch Zirkulationsbeschlüsse genügende Handelsregisterbelege sind. Damit soll nicht gesagt werden, Art. 23 Abs. 2 HRegV sei gesetzeskonform. Vielmehr ist Art. 23 Abs. 2 HRegV insoweit nicht gesetzeskonform, als diese Bestimmung entgegen dem Ausgeführten für Zirkulationsbeschlüsse, aber auch für Protokolle,[202] die strikte Schriftform und entgegen dem Ausgeführten für Zirkulationsbeschlüsse die Unterzeichnung durch alle Personen, die dem betreffenden Organ angehören, verlangt.[203]

4. Zusammenfassung

Die Aktionäre können weder vor noch in der GV Anträge zur Leitung der GV stellen, unabhängig davon, in welcher Form die GV durchgeführt wird. Insbesondere können sie keine Anträge auf Absage eines Traktandums oder der GV insgesamt stellen.

Die GV nach Art. 701 Abs. 3 OR ist keine «normale» GV im (erweiterten) schriftlichen Verfahren. Vielmehr erlaubt Art. 701 Abs. 3 OR einen Zirkulationsbeschluss in (erweiterter) Schriftform, bei dem die Aktionäre nur das Stimmrecht im eigentlichen Sinn und keine weiteren Aktionärsrechte ausüben können. Sie können allerdings eine «normale» GV verlangen, bei der sie vor und in der GV die «normalen» Rechte ausüben können.

199 Praxismitteilung EHRA 1/23 vom 21.3.2023 (Fn. 178), Ziff. 3.2.

200 Z.B. *Clemens Meisterhans/Michael Gwelessiani,* Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, N 125.

201 *Vischer* (Fn. 42), S. 424.

202 Zum erweiterten Schriftformerfordernis auch für Protokolle z.B. *Vischer* (Fn. 42), S. 424 ff.

203 Gl.M. *Vogel* (Fn. 187), Art. 23 HRegV N 3, betreffend VR-Beschlüsse.