

# Die Generalversammlung nach revidiertem Aktienrecht



Prof. Dr. iur. Roland Müller, Rechtsanwalt und Notar, St. Gallen\*



Fabian Akeret, M.A. HSG in Law and Economics, Junior Associate, Zürich\*\*

## 1. Einleitung

Das schweizerische Aktienrecht wurde seit dem 19. Jahrhundert einige Male umfassend revidiert, das letzte Mal zu Beginn der 1990er-Jahre. Am 19. Juni 2020 verabschiedete das Parlament, nachdem der Bundesrat den Vorentwurf samt Begleitbericht im Jahr 2005 erstmals vorgelegt hatte die dritte «grosse» Aktienrechtsrevision seit der Vereinheitlichung des Gesellschaftsrechts. Unter Beibehaltung der Kernprinzipien erfährt das Schweizer Aktienrecht eine Modernisierung in den Bereichen Corporate Governance, Aktionärsrechte, Generalversammlung, Aktienkapital und dessen Veränderung, Umsetzung der VegüV, Neuerungen bei den aktienrechtlichen Klagen, Neuregelung des Sanierungs- und Insolvenzrechts sowie der Geschlechtervertretung im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung der meisten Publikumsgesellschaften.<sup>1</sup> Das Inkrafttreten der revidierten aktienrechtlichen Bestimmungen wird durch den Bundesrat bestimmt. Es ist davon auszugehen, dass der revidierte Gesetzestext frühestens in der zweiten Hälfte 2021, wohl aber eher per 1. Januar 2022 in Kraft treten wird. Nach dem Inkrafttreten der Revision steht den Gesellschaften ein Zeitfenster von zwei Jahren zur Verfügung, um ihre Statuten bei Bedarf anzupassen.

Im Bereich der Generalversammlung kommt es mit der Revision des Aktienrechts zu diversen Anpassungen und

Die mit der Aktienrechtsrevision revidierten Bestimmungen im Bereich der Generalversammlung werden zu einer verbesserten Diskussion und Willensbildung unter den Aktionären, zu einer höheren Präsenz der Teilnehmer, zu einer effizienteren sowie unkomplizierteren Durchführung der General- bzw. Universalversammlung und damit zur Verbesserung der Corporate Governance und zu mehr Effizienz seitens der Gesellschaften führen. Sie bedeuten zwar eine komplexere Gesetzgebung, jedoch lässt das revidierte Aktienrecht eine Anpassung an die individuellen Bedürfnisse einer Gesellschaft und deren Aktionariat zu. Die Abhandlung zeigt die gesetzlichen Anpassungen, die neu zur Verfügung stehenden Instrumente und den Handlungsspielraum, um Chancen zu nutzen und Risiken zu minimieren.

Les dispositions révisées relatives à l'assemblée générale assureront vraisemblablement une meilleure discussion et formation de la volonté des actionnaires, un taux de participation plus élevé, un déroulement plus efficace et moins compliqué de l'assemblée générale ou de l'assemblée universelle, ce qui va améliorer la gouvernance des entreprises et augmenter l'efficacité au sein des sociétés. La mise en œuvre correcte de cette législation certes plus complexe permettra une approche mieux adaptée aux intérêts individuels d'une société et de son actionariat. La contribution présente les adaptations, les nouveaux instruments et la marge de manœuvre à prendre en compte pour bien saisir les opportunités et minimiser les risques. (P.P.)

\* Prof. Dr. iur. Roland Müller arbeitet als Rechtsanwalt, Notar und Konsulent und ist Partner bei ME Advocat Rechtsanwälte in St. Gallen. Zudem ist Prof. Dr. iur. Roland Müller Titularprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht sowie Luftfahrtrecht an der Universität St. Gallen sowie Titularprofessor und Lehrbeauftragter für Arbeitsrecht an der Universität Bern.

\*\* Fabian Akeret, M.A. HSG in Law and Economics, arbeitet als Junior Associate bei der Bianchischwald GmbH in Zürich. Zudem ist er Doktorand an der Universität St. Gallen.

1 Vgl. für einen Überblick über die Neuerungen im Aktienrecht Dieter Gericke/Andreas Müller/Daniel Häusermann/Nina Hagmann, Aktienrecht: Tour d'Horizon, GesKR 2020 1 ff.

Ergänzungen des Gesetzestexts, die einerseits in höhere Flexibilität und mehr Spielraum für Gesellschaften und andererseits in eine Stärkung der Aktionärsrechte aufgrund verbesserter Teilnahmemöglichkeiten der Aktionäre münden. So kommt es bei der Einberufung der Generalversammlung zu beachtenswerten Neuerungen. Sodann regelt das Aktienrecht nun explizit, dass die Generalversammlung an mehreren Tagungsorten, an einem ausländischen Tagungsort und aus einer Kombination von physischem Tagungsort und Zuschaltung per Internetverbindung stattfinden kann. Ebenso ist die Universalversammlung auch per Zirkularbeschluss durchführbar. Von grosser Bedeutung ist insbesondere, dass das Gesetz die Möglichkeit zur Durchführung der virtuellen Generalversammlung ohne physischen Tagungsort bietet. Diese Neuerungen werfen sodann neue Fragen hinsichtlich der Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen auf, die es zu beantworten gilt.<sup>2</sup>

## 2. Durchführung der Generalversammlung mit physischem Tagungsort

### 2.1 Elektronische Einberufung der Generalversammlung

Die elektronische Einberufung der Generalversammlung ist bereits unter geltendem Recht zulässig.<sup>3</sup> Jedoch muss gemäss Art. 696 OR der Geschäfts- und der allfällige Revisionsbericht den Aktionären am Gesellschaftssitz zur Einsicht aufgelegt werden, wobei die Bekanntgabe dieser Auflage an die Aktionäre in schriftlicher Form erfolgen muss. Mit der Aktienrechtsrevision gilt weiterhin, dass die Einberufung der Generalversammlung gemäss Art. 626 Abs. 1 Ziff. 7 revOR durch die zwingend in den Statuten vorgeschriebene Form zu erfolgen hat. Somit ist auch unter dem revidierten Aktienrecht die elektronische Einberufung auf Basis der entsprechenden Statutenbestimmung möglich.<sup>4</sup> Mit der Aktienrechtsrevision wird aber Art. 696 OR aufgehoben und damit das Erfordernis der physischen Auflage des Geschäfts- bzw.

des Revisionsberichts und die diese Auflage betreffende, zwingende schriftliche Mitteilung an die Aktionäre abgeschafft. Der Geschäfts- und der allfällige Revisionsbericht müssen gemäss Art. 699a Abs. 1 revOR mindestens 20 Tage vor der Generalversammlung den Aktionären «zugänglich» gemacht werden.<sup>5</sup> Sofern die Unterlagen «nicht elektronisch zugänglich» sind, kann jeder Aktionär indessen verlangen, dass ihm diese rechtzeitig und kostenlos zugestellt werden.<sup>6</sup> Weiter bestimmt Art. 700 Abs. 2 revOR den gesetzlich vorgegebenen Mindestinhalt an Information, der die Einberufung zur Generalversammlung zu enthalten hat. So muss den Aktionären in der Einberufung gemäss Art. 700 Abs. 2 Ziff. 1 revOR das Datum, der Beginn, die Art und – falls keine virtuelle Generalversammlung durchgeführt wird – der Ort der Generalversammlung bekannt gegeben werden. Aus der Angabe zur Art und zum Ort der Generalversammlung ist erkennbar, ob eine ordentliche oder ausserordentliche Generalversammlung stattfindet, ob ein bzw. mehrere physische Tagungsorte bestehen, ob elektronische Mittel eingesetzt werden oder eine rein virtuelle Generalversammlung vorgesehen ist.<sup>7</sup> Gemäss Art. 700 Abs. 2 Ziff. 2 revOR sind den Aktionären die Verhandlungsgegenstände bzw. die Traktanden des Verwaltungsrats und der einzelnen Aktionäre bekannt zu geben.<sup>8</sup> Sodann sind gemäss Art. 700 Abs. 2 Ziff. 3 und 4 revOR die Anträge der Verwaltungsräte und Aktionäre zwingender Bestandteil der Einberufung einer Generalversammlung.<sup>9</sup> Bei gesetzlich oder statutarisch vorgeschriebenem unabhängigem Stimmrechtsvertreter muss dieser vom Verwaltungsrat gemäss Art. 700 Abs. 2 Ziff. 5 revOR in der Einberufung bezeichnet werden.

<sup>2</sup> Artikelzitate ohne Zusatz beziehen sich auf das geltende Obligationenrecht. Als «revOR» werden die Artikel des revidierten Aktienrechts bezeichnet.

<sup>3</sup> Vgl. dazu auch *Nina Reiser*, Neuerungen bei der Durchführung von Generalversammlungen, *GesKR* 2020 229 ff., 232.

<sup>4</sup> Es gilt zu beachten, dass für die elektronische Einberufung via E-Mail ein Register mit den E-Mail-Adressen sämtlicher Aktionäre anzulegen ist, was bei zahlreichen Aktionären mit entsprechendem Aufwand verbunden ist. Vgl. dazu *Hans Caspar von der Crone/Thomas Grob*, Die virtuelle Generalversammlung, *SZW* 2008 5 ff., 8, 13.

<sup>5</sup> Den Aktionären kann zum Beispiel die Möglichkeit gegeben werden, mittels Benutzername und Passwort auf der Homepage der Gesellschaft Zugang zum Geschäfts- und allfälligen Revisionsbericht zu erhalten, oder die entsprechenden Unterlagen werden direkt per E-Mail versendet. Es versteht sich von selbst, dass dabei eine Abwägung zwischen den dadurch entstehenden Sicherheitsrisiken, der Zustellungsproblematik und dem potenziellen Nutzen aus einer verbesserten Effizienz erfolgen muss. Vgl. dazu Botschaft des Bundesrates vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), *BBJ* 2017, 16.077 (nachfolgend *Botschaft Aktienrecht*), 399 ff., 550.

<sup>6</sup> Art. 699a Abs. 1 revOR; *Botschaft Aktienrecht* (Fn. 5) 550.

<sup>7</sup> *Botschaft Aktienrecht* (Fn. 5) 553.

<sup>8</sup> Vgl. dazu auch Art. 704b revOR.

<sup>9</sup> Der Verwaltungsrat von börsenkotierten Gesellschaften hat seine Anträge zusätzlich kurz zu begründen. Weiter haben die Aktionäre das Recht, mit der Traktandierung oder den Anträgen eine kurze Begründung einzureichen. Der Verwaltungsrat muss diese Begründung in der Einberufung der Generalversammlung aufnehmen. Vgl. dazu Art. 699b Abs. 3 revOR.

## 2.2 Festlegung des Tagungsortes durch den Verwaltungsrat

Mit den Art. 701a ff. revOR hat der Gesetzgeber ausdrückliche Bestimmungen zum Tagungsort der Generalversammlung ins Gesetz aufgenommen. Entsprechend konkretisiert Art. 701a OR, dass der Verwaltungsrat den Tagungsort der Generalversammlung bestimmt, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen.<sup>10</sup> Der Verwaltungsrat kann die Generalversammlung an einem Tagungsort in der Schweiz, an mehreren Tagungsorten gleichzeitig, an einem Tagungsort im Ausland, an einem physischen Tagungsort mit unmittelbarer Teilnahmemöglichkeit via Internet oder aber als virtuelle Generalversammlung ohne physischen Tagungsort durchführen lassen. Bei der Festlegung des Tagungsortes ist der Verwaltungsrat also grundsätzlich frei, wobei er beachten muss, dass dadurch für keinen der Aktionäre die Ausübung seiner Aktionärsrechte in unsachlicher Weise erschwert wird.<sup>11</sup> Deshalb ist der Verwaltungsrat bei der Festlegung an das Gleichbehandlungs- und Sachlichkeitsgebot gebunden. Diese Gebote wären insbesondere verletzt, wenn der Verwaltungsrat einen für das Aktionariat schwer zugänglichen Tagungsort der Generalversammlung wählen würde. Der Tagungsort darf folglich nicht so gewählt werden, dass ein wesentlicher Teil des Aktionariats an der Teilnahme gehindert wird. In gleicher Weise unzulässig wäre die Wahl einer Verhandlungssprache, die von einem wesentlichen Teil des teilnehmenden Aktionariats nicht verstanden würde.<sup>12</sup> Eine sachgemässe Festlegung des Tagungsortes einer Generalversammlung dürfte demgegenüber gegeben sein, wenn dieser zwar nicht für alle Aktionäre optimal erreichbar ist, ihnen jedoch eine gleichwertige Alternative zur physischen Teilnahme, zum Beispiel über eine Teilnahmemöglichkeit via Internet, gewährt oder ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter in der Einberufung bezeichnet wird.<sup>13</sup> Eine gegen das Gleichbehandlungs- und Sachlichkeitsgebot

verstossende Festlegung des Tagungsortes hat grundsätzlich die Anfechtbarkeit und in gravierenden Fällen die Nichtigkeit der betroffenen Generalversammlungsbeschlüsse zur Folge.<sup>14</sup> Es ist dem Verwaltungsrat überlassen, wie er im Rahmen seiner Sorgfaltspflichten eine Generalversammlung mit mehreren in- und ausländischen Tagungsorten bzw. mit Teilnahmemöglichkeiten über elektronische Mittel durchführt. In dieser Hinsicht muss er insbesondere Themen wie die Anwesenheit der Urkundsperson und der Revisionsstelle sowie die Gefahr der Begründung ausländischer Gerichtsstände beachten.<sup>15</sup> Ebenfalls zu beachten gilt, dass die Komplexität der Organisation einer Generalversammlung mit mehreren Tagungsorten, mit Tagungsort im Ausland und zusätzlicher Teilnahmemöglichkeit via Internet bedeutend steigen kann.

## 2.3 Tagungsort im Ausland

Nach revidiertem Aktienrecht hält Art. 701b revOR ausdrücklich fest, dass die Generalversammlung nicht nur an einem Tagungsort in der Schweiz, sondern auch an einem Tagungsort im Ausland durchführbar ist. Die Durchführung der Generalversammlung im Ausland ist nach herrschender Lehre bereits unter geltendem Recht zulässig, sofern sachliche Gründe vorliegen.<sup>16</sup> Einerseits wird dazu vorausgesetzt, dass eine Statutenbestimmung die Durchführbarkeit der Generalversammlung an einem ausländischen Tagungsort explizit vorsieht.<sup>17</sup> Eine Statutenbestimmung zur Durchführung der Generalversammlung im Ausland bedarf der Zustimmung von mindestens zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und der Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte.<sup>18</sup> Andererseits muss der Verwaltungsrat bei der Einberufung der Generalversammlung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter bezeichnen.<sup>19</sup> Bei einer nicht börsenkotierten Gesellschaft kann der Verwaltungsrat auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichten, sofern alle Aktionäre damit einverstanden sind.<sup>20</sup> Hierzu regelt der Verwaltungsrat die Modalitäten

10 Vgl. dazu auch *Hans Caspar von der Crone/Sandro Bernet*, Der Tagungsort der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht, in: Matthias P. A. Müller/Lucas Forrer/Floris Zuur (Hrsg.), Festschrift zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, 260; Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 556.

11 Art. 701a Abs. 2 revOR. Vgl. dazu umfassend *Hans Caspar von der Crone*, Aktienrecht, 2., vollständig überarbeitete Auflage auf Grundlage des revidierten Aktienrechts vom 19. Juni 2020, 473 ff.

12 Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 556.

13 Der unabhängige Stimmrechtsvertreter von börsenkotierten Gesellschaften muss die Weisungen der Aktionäre bis zur Generalversammlung vertraulich behandeln. Jedoch kann er der Gesellschaft frühestens drei Tage vor der Generalversammlung eine allgemeine Auskunft über die eingegangenen Weisungen erteilen und muss an der Generalversammlung erklären, welche Informationen er der Gesellschaft mitgeteilt hat. Vgl. dazu Art. 689c Abs. 5 revOR.

14 Vgl. zur Anfechtbarkeit und Nichtigkeit die Ausführungen in Abschnitt 4.

15 Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 556 ff.

16 *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 23 N 84.

17 Art. 701b Abs. 1 revOR.

18 Art. 704 Abs. 1 Ziff. 11 revOR.

19 Art. 701b Abs. 1 revOR.

20 Art. 701b Abs. 2 revOR.

betreffend das Einholen der Zustimmung aller Aktionäre, sofern dies nicht die Statuten regeln.<sup>21</sup>

Hinsichtlich der Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen und der gerichtlichen Zuständigkeit gilt es zu bedenken, dass ein Tagungsort in der Schweiz ein erhöhtes Mass an Rechtssicherheit bietet. Gegen die Durchführung einer Generalversammlung mit Tagungsort im Ausland sprechen die ebenfalls im Gesetz verankerten Möglichkeiten zur Durchführung einer virtuellen Generalversammlung oder zur Teilnahme an einer Generalversammlung mit physischem Tagungsort via Internet.<sup>22</sup> Die virtuelle Generalversammlung bzw. die Teilnahmemöglichkeit via Internet an einer Generalversammlung mit physischem Tagungsort bietet auch den Aktionären im Ausland eine praktisch ebenbürtige Alternative zur physischen Teilnahme. Aufgrund des Territorialitätsprinzips können Beschlüsse einer Generalversammlung mit Tagungsort im Ausland nicht von einer Schweizer Urkundsperson beurkundet werden. Folglich gilt es Beschlüsse der Generalversammlung, die der öffentlichen Beurkundung unterliegen, von einer gemäss der Gesetzgebung des Tagungsortes zuständigen ausländischen Urkundsperson beurkunden zu lassen. Dabei ergeben sich die Voraussetzungen zur Anerkennung der ausländischen Beurkundung und Eintragung des Beschlusses im Handelsregister aus Art. 25 HRegV.<sup>23</sup>

#### 2.4 Gerichtliche Zuständigkeit bei ausländischem Tagungsort

Sofern sich sämtliche Tagungsorte der Generalversammlung in der Schweiz befinden, werden für Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen gegen die Gesellschaft keine zusätzlichen Gerichtsstände begründet, wobei diesbezüglich das Gericht am Sitz der Gesellschaft zuständig ist.<sup>24</sup> Bei Verantwortlichkeitsklagen ist der Gerichtsstand alternativ am Sitz bzw. Wohnsitz der beklagten Partei oder am Sitz der Gesellschaft.<sup>25</sup> Demgegenüber besteht bei einer Generalversammlung mit Tagungsort im Ausland das Risiko der Begründung eines zusätzlichen ausländischen Gerichtsstands. Gemäss

Art. 22 Ziff. 2 LugÜ sind für Klagen, welche die Gültigkeit der Beschlüsse der Organe einer Gesellschaft zum Gegenstand haben (Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen), zwingend die Gerichte des LugÜ-Staates zuständig, in dessen Hoheitsgebiet die Gesellschaft jeweils ihren Sitz hat. In diesem Zusammenhang wendet das angerufene Gericht zur Bestimmung des Gesellschaftssitzes sein eigenes Kollisionsrecht an, wobei die Sitzdefinition gemäss Art. 60 LugÜ hierbei keine Anwendung findet.<sup>26</sup> Wird gemäss ausländischem Kollisionsrecht der Gesellschaftssitz nach der Theorie der tatsächlichen Verwaltung definiert, könnte folglich ein ausländischer Sitz am Tagungsort ableitbar sein. Für die Klagen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit sind die allgemeinen Zuständigkeitsregeln gemäss Art. 2 ff. LugÜ anwendbar.<sup>27</sup> Je nach Qualifikation des Verantwortlichkeitsanspruchs könnte ein zusätzlicher Gerichtsstand am ausländischen Tagungsort als Erfüllungsort gemäss Art. 5 Ziff. 1 lit. a LugÜ oder am Deliktsort gemäss Art. 5 Ziff. 3 LugÜ begründet werden.<sup>28</sup> Ebenfalls denkbar wäre, dass ein Gericht am ausländischen Tagungsort vorsorgliche Massnahmen betreffend die Generalversammlung erlassen könnte.<sup>29</sup> Den Aktionären verbleibt jedoch in jedem Fall der Schweizer Gerichtsstand am Sitz der Gesellschaft. Bei der Durchführung einer Generalversammlung mit Tagungsort im Ausland obliegt es dem Verwaltungsrat, die möglichen Vorteile mit den Nachteilen eines ausländischen Tagungsortes zur Durchführung der Generalversammlung sorgfältig abzuwägen.

#### 2.5 Mehrere Tagungsorte

Obwohl schon unter geltendem Recht die sogenannte multilokale Generalversammlung von der herrschenden Lehre als zulässig erachtet und vereinzelt auch in der Praxis durchgeführt wurde, hält nun Art. 701a Abs. 3 revOR explizit fest, dass die Generalversammlung an verschiedenen Orten gleichzeitig durchgeführt werden

21 Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 556.

22 Vgl. zur Teilnahme via Internet die Ausführungen in Abschnitt 2.6 und zur virtuellen Generalversammlung ohne physischen Tagungsort die Ausführungen in Abschnitt 3.

23 Vgl. Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 557; Rino Siffert, in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013, Art. 25 HRegV, N 1 ff.

24 Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO.

25 Art. 40 ZPO.

26 Von der Crone/Bernet (Fn. 10) 263 m.w.H.

27 Dieter Gericke/Stefan Waller, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Vorbemerkung Art. 754–761 OR, 5. A., Basel 2016, N 4a.

28 Von der Crone/Bernet (Fn. 10) 264 m.w.H.

29 Art. 31 LugÜ; Markus Vischer/Dieter Hofmann, Vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit Generalversammlungen im Lichte der Rechtsprechung, SZW 2016 503 ff.

kann.<sup>30</sup> Voraussetzung hierfür ist, dass durch die Festlegung der Tagungsorte für die Aktionäre nicht die Ausübung ihrer Rechte in unsachlicher Weise erschwert und die Stimmen sämtlicher Teilnehmer unmittelbar in Bild und Ton an sämtlichen Tagungsorten übertragen werden.<sup>31</sup> Trotz mehrerer Tagungsorte liegt gemäss Art. 701a Abs. 3 revOR formell nur eine Generalversammlung vor. Die Art und Weise der Durchführung einer Generalversammlung an mehreren Tagungsorten ist ebenso wie bei der Generalversammlung mit Tagungsort im Ausland bzw. der virtuellen Generalversammlung dem Verwaltungsrat im Rahmen seiner Sorgfaltspflichten überlassen.<sup>32</sup> Zur Durchführung einer Generalversammlung mit mehreren Tagungsorten bedarf es keiner Statutenbestimmung, denn gemäss Art. 701a Abs. 1 revOR obliegt es dem Verwaltungsrat, den Tagungsort bzw. die Tagungsorte für die Generalversammlung zu bestimmen.

Beurkundungspflichtige Beschlüsse einer Generalversammlung, die an mehreren Tagungsorten durchgeführt wird, sind an einem davon von einer zuständigen Urkundsperson zu beurkunden. In der Schweiz sind die Anforderungen an die öffentliche Urkunde bundesrechtlich geregelt, wobei sich die formellen Voraussetzungen nach kantonalem Recht richten.<sup>33</sup> Die Urkundsperson beurkundet sowohl die Beschlüsse am Tagungsort, an welchem sie physisch anwesend ist, als auch jene an den weiteren Tagungsorten, wobei sie sich hierbei der korrekten Übermittlung von Bild und Ton sowie der Abstimmungsergebnisse zu vergewissern hat.<sup>34</sup> Entsprechend empfiehlt es sich aus Praktikabilitätsgründen, eine Urkundsperson an einem schweizerischen Tagungsort die Beurkundung der Beschlüsse vornehmen zu lassen. Möglich wäre aber auch die Beurkundung an einem ausländischen Tagungsort, wobei es in diesem

30 Brigitte Tanner, Generalversammlung ohne Tagungsort? Zur Flexibilisierung der Generalversammlung von Aktiengesellschaften gemäss dem Vorentwurf zur Aktienrechtsreform, in: Gaudenz G. Zindel/Patrik R. Peyer/Bertrand Schott (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 2008, 165 ff., 168 f.; Reiser (Fn. 3) 231; Roman Schister/Marisa Walker, Virtuelle Generalversammlung – Zulässigkeit, Chancen und Risiken einer Modernisierung, in: Sandra Brändli/Roman Schister/Aurelia Tamò (Hrsg.), Multinationale Unternehmen und Institutionen im Wandel – Herausforderungen für Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Schriften der Assistenten der Universität St. Gallen (HSG), Band Nr. 8, Bern 2013, 1 ff., 5 f.; eher kritisch: Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genève 2009, § 12 N 11.

31 Art. 701a Abs. 2 und Abs. 3 revOR.

32 Vgl. Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 556. Eingehend zu diesem Thema: Kaspar Theiler, Gedanken zur Zulässigkeit und Durchführbarkeit der virtuellen Generalversammlung de lege lata, AJP 2012 69 ff., 81 f.

33 Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB.

34 Vgl. dazu die Ausführungen in: Sascha Daniel Patak, Die virtuelle Generalversammlung im schweizerischen Aktienrecht, Zürich 2005, SSWV Bd. 239, 147 ff.

Fall für die Beurkundung das anwendbare Recht vor Ort zu beachten gilt.<sup>35</sup>

## 2.6 Physischer Tagungsort und Teilnahme via Internet

Seit Annahme der eidgenössischen Initiative «gegen die Abzockerei» müssen Aktionäre von börsenkotierten Gesellschaften gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. a BV elektronisch fernabstimmen können. Folglich kann der Aktionär dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter auch elektronische Vollmachten und Weisungen erteilen, was *indirect voting* genannt wird. Die Ausübung des Stimmrechts erfolgt in diesem Rahmen indirekt gegenüber der Gesellschaft über den unabhängigen Stimmrechtsvertreter. Neu regelt Art. 689c revOR die elektronische Vollmachten- und Weisungserteilung rund um den unabhängigen Stimmrechtsvertreter. Davon abzugrenzen gilt es das *internet proxy voting*, bei dem der Aktionär einem persönlich an der Generalversammlung teilnehmenden Vertreter in Echtzeit elektronische Weisungen erteilt. Beim sogenannten *direct voting* übt der Aktionär sein Stimmrecht unmittelbar und direkt an der Generalversammlung aus, wobei die Stimmabgabe elektronisch erfolgt.<sup>36</sup> Der Verwaltungsrat kann neu auf der Grundlage von Art. 701c revOR vorsehen, dass Aktionäre, die nicht am Tagungsort bzw. an einem der Tagungsorte der Generalversammlung physisch anwesend sein können, ihre Rechte auf elektronischem Weg, im Rahmen des soeben erwähnten *direct voting*, ausüben können. Folglich bedarf die Verwendung elektronischer Mittel anlässlich einer Generalversammlung mit physischem Tagungsort keiner statutarischen Grundlage, wodurch dem Verwaltungsrat die Kompetenz zukommt, über die Einführung des *direct voting* zu entscheiden.<sup>37</sup> Somit besteht die Möglichkeit, dass Aktionäre ihre Rechte an der Generalversammlung aktiv und unmittelbar von einem beliebigen Standort aus auf elektronischem Weg ausüben. Dazu gehört insbesondere die elektronische Stimmabgabe via Internet.<sup>38</sup> Bei der Verwendung elektronischer Mittel hat der Verwaltungsrat sicherzustellen, dass die vier Mindestvoraussetzungen von Art. 701e Abs. 2 OR erfüllt sind.<sup>39</sup> Von den Voraussetzungen gemäss Art. 701c ff. revOR nicht erfasst werden die blosse Übertragung der Generalver-

35 Von der Crone/Bernet (Fn. 10) 265 f.

36 Vgl. dazu von der Crone/Grob (Fn. 4) 8 f.

37 Art. 701c revOR i.V.m. Art. 701d Abs. 1 revOR e contrario.

38 Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 558.

39 Vgl. zu den Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel die Ausführungen in Abschnitt 3.1.

sammlung im Internet ohne Interaktionsmöglichkeit und der Einsatz elektronischer Abstimmungsgeräte am Tagungsort.<sup>40</sup>

## 2.7 Universalversammlung – physischer Tagungsort, elektronisch und auf dem schriftlichen Weg

Die Beschlussfassung per Zirkularbeschluss ist im Rahmen einer Universalversammlung unter geltendem Recht nicht zulässig. Mit der durch die Aktienrechtsrevision neu eingeführten Möglichkeit des Zirkularbeschlusses im Rahmen der Universalversammlung wird Gesellschaften mit kleinem Aktionariat und Gesellschaften, die in einen Konzern eingebunden sind, mehr Flexibilität ermöglicht.<sup>41</sup> Eine Universalversammlung, an der per Definition gemäss Art. 701 Abs. 1 revOR die Eigentümer sämtlicher Aktien der Gesellschaft an einem physischen Tagungsort und ohne Einhaltung der Einberufungsfrist teilnehmen, kann gemäss Art. 701 Abs. 3 Satz 1 revOR auch ohne Einhaltung der für die Einberufung geltenden Vorschriften abgehalten werden, wenn die Beschlüsse auf schriftlichem Weg auf Papier oder in elektronischer Form erfolgen.<sup>42</sup> Jedoch kann die Universalversammlung nicht auf schriftlichem Weg durchgeführt werden, wenn ein Aktionär oder dessen Vertreter in Anwendung von Art. 701 Abs. 3 Satz 2 revOR die mündliche Beratung verlangt. Weiter wird Art. 701 Abs. 2 revOR so angepasst, dass die Möglichkeit zur Verwendung elektronischer Mittel besteht. Nämlich wurde die Gesetzesbestimmung von Art. 701 Abs. 2 OR dahingehend revidiert, dass neu gemäss Art. 701 Abs. 2 revOR der Passus «anwesend sein» durch «teilnehmen» ersetzt wurde. Somit wird grammatikalisch zum Ausdruck gebracht, dass die physische Präsenz der Aktionäre bei einer Universalversammlung nicht mehr zwingend notwendig ist. Die Universalversammlung kann deshalb auch virtuell stattfinden, wobei es dafür keiner statutarischen Grundlage bedarf.<sup>43</sup> Zur Durchführung einer Universalversammlung per Zirkularbeschluss kann die Zustimmung der Aktionäre konkludent erfolgen, indem diese an der Beschlussfassung durch Zustimmung, Ablehnung oder Enthaltung aktiv teilnehmen. Ebenso denkbar ist, dass ein Aktionär einer Durchführung der Universalversammlung auf schriftlichem Weg ausdrücklich zustimmt – dies auch wenn er

nicht aktiv an der eigentlichen Beschlussfassung teilnehmen würde.<sup>44</sup> Falsch wäre jedoch die Auslegung, dass gemäss Art. 701 Abs. 3 revOR die Generalversammlung generell per Zirkularbeschluss durchführbar sei. Art. 701 Abs. 3 revOR erwähnt zwar den Begriff «Generalversammlung» und nicht den Begriff «Universalversammlung». Unterzieht man Art. 701 Abs. 3 revOR jedoch einer umfassenden Auslegung, wird umgehend klar, dass der Gesetzgeber mit dem Begriff «Generalversammlung» klarerweise nur die Universalversammlung versteht. Systematisch ist Art. 701 Abs. 3 revOR einerseits unter Randtitel 5 «Universalversammlung und Zustimmung zu einem Antrag» einzuordnen. Andererseits wird der Begriff «Generalversammlung» auch unter Art. 701 Abs. 1 und 2 revOR klar und nur im Zusammenhang mit der Universalversammlung verwendet. Aus teleologischer Sicht ist darauf zu verweisen, dass bei einer auf schriftlichem Weg auf Papier oder elektronisch durchgeführten Generalversammlung, an der nicht die Eigentümer sämtlicher Aktien vertreten sind bzw. ihre Zustimmung dazu erteilt haben, die Mitwirkungsrechte – insbesondere das Rede- und Fragerecht – der Aktionäre nicht gewahrt wären und die Einberufungsvorschriften sowie das Unmittelbarkeitsprinzip verletzt würden. Schlussendlich gibt der Gesetzgeber seinem Willen auch in der Botschaft klaren Ausdruck, indem er erwähnt: «Alle Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien müssen gemäss Absatz 3 Satz 2 ihre Zustimmung zu dieser Art der Beschlussfassung erteilen»<sup>45</sup>.

## 3. Durchführung der virtuellen Generalversammlung

### 3.1 Gesetzliche Voraussetzungen zur Verwendung elektronischer Mittel

Nach Art. 701c revOR kann der Verwaltungsrat vorsehen, dass Aktionäre, die nicht am Ort der Generalversammlung anwesend sind, ihre Rechte auf elektronischem Weg ausüben können.<sup>46</sup> Werden bei der Generalversammlung elektronische Mittel wie Bild- und Tonübertragungen verwendet, ist die Verwendung dieser Mittel gemäss Art. 701e Abs. 1 revOR vom Verwaltungsrat zu

40 Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 558.

41 Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 555.

42 Die Universalversammlung kann weiterhin ohne Teilnahme des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung durchgeführt werden. Vgl. dazu Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 562 f. und Art. 701 Abs. 1 revOR.

43 Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 555; vgl. zur Durchführung der virtuellen Generalversammlung die Ausführungen in Abschnitt 3.

44 Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 555 f.

45 Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) S. 555.

46 Art. 701e revOR zu den Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel kommt sowohl bei der Durchführung der Generalversammlung mit physischem Tagungsort und Teilnahmemöglichkeit via Internet als auch bei der virtuellen Generalversammlung zur Anwendung. Vgl. *Peter V. Kunz*, Generalversammlungen von AG: «Landesgemeinden» oder «Chatrooms»?; SZW 2020 297 ff.; von *der Crone* (Fn. 11) 483 ff.

regeln und bedarf der Einhaltung der in Art. 701e Abs. 2 revOR aufgelisteten vier Mindestvoraussetzungen. Der Verwaltungsrat muss demnach bei der Verwendung elektronischer Mittel sicherstellen, dass (1) die Identität der Generalversammlungsteilnehmer feststeht; (2) die Stimmen in der Generalversammlung unmittelbar übertragen werden; (3) jeder Teilnehmer Anträge stellen und sich an der Diskussion beteiligen kann. Ebenso ist sicherzustellen, dass (4) bei der Verwendung elektronischer Mittel das Abstimmungsergebnis nicht verfälscht werden kann.<sup>47</sup> Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, den Einsatz elektronischer Mittel statutarisch an weitere Voraussetzungen zu knüpfen. Mit welcher Art von elektronischem Mittel schliesslich die unmittelbare Kommunikation erfolgt, ist aufgrund der technologie-neutralen Formulierung dieser Gesetzesbestimmung von untergeordneter Bedeutung, solange die Voraussetzungen von Art. 701c ff. revOR und insbesondere von Art. 701e Abs. 2 revOR erfüllt sind. Folglich besteht kein zwingendes Erfordernis einer Bildübertragung. Deshalb besteht auch die Möglichkeit der Teilnahme an der virtuellen Generalversammlung via Telefon.<sup>48</sup> Auch die Universalversammlung ist virtuell und ohne die Definition eines physischen Tagungsorts durchführbar.<sup>49</sup> Schliesslich müssen bei der Durchführung der virtuellen Generalversammlung sämtliche Vorschriften erfüllt werden, die es auch bei der Durchführung der herkömmlichen Generalversammlung mit physischem Tagungsort zu beachten gilt. Deshalb hat der Verwaltungsrat insbesondere für die korrekte Einberufung der Generalversammlung und die Bekanntmachung des Geschäftsberichts gemäss Art. 699 ff. revOR sowie für die Führung des Protokolls gemäss Art. 702 Abs. 2 revOR zu sorgen.<sup>50</sup> Zudem verpflichtet Art. 717 Abs. 2 OR den Verwaltungsrat zur Gleichbehandlung der Aktionäre. Weiter sieht das Gesetz als Voraussetzung zur Durchführung einer virtuellen Generalversammlung die im nachfolgenden Kapitel dargelegten statutarischen Voraussetzungen vor.

47 Art. 701e Abs. 2 revOR; vgl. zur Identifikation der teilnehmenden Aktionäre Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 559 f. und die Ausführungen in Abschnitt 3.3.

48 Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 559.

49 Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 555; vgl. zur Universalversammlung die Ausführungen in Abschnitt 2.7.

50 Jeder Aktionär kann gemäss Art. 702 Abs. 4 revOR verlangen, dass ihm das Protokoll innerhalb von 30 Tagen nach der Generalversammlung zugänglich gemacht wird. Bei börsenkotierten Gesellschaften sind gemäss Art. 702 Abs. 5 revOR die Beschlüsse und Wahlergebnisse unter Angabe der genauen Stimmverhältnisse innerhalb von 15 Tagen nach der Generalversammlung auf elektronischem Weg zugänglich zu machen.

### 3.2 Statutarische und reglementarische Voraussetzungen

Neben den zuvor ausgeführten gesetzlichen Voraussetzungen müssen die Statuten gemäss Art. 701d Abs. 1 revOR die Durchführung einer virtuellen Generalversammlung vorsehen. Zudem muss der Verwaltungsrat bei der Einberufung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter bezeichnen.<sup>51</sup> Bei nicht börsenkotierten Gesellschaften können die Statuten vorsehen, dass der Verwaltungsrat im Rahmen der Einberufung der Generalversammlung auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreter verzichten kann.<sup>52</sup> Ein Generalversammlungsbeschluss, der vorsieht, dass der Verwaltungsrat bei der Einberufung einer virtuellen Generalversammlung auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreter verzichten kann, bedarf der Zustimmung von mindestens zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und der Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte.<sup>53</sup> Folglich ist es zukünftig auch ohne die Zustimmung sämtlicher Aktionäre möglich, eine virtuelle Generalversammlung durchzuführen. Der einzelne Aktionär kann über den für die Statutenänderung notwendigen Mehrheitsbeschluss dazu verpflichtet werden, über das entsprechende Medium an der virtuellen Generalversammlung teilzunehmen. Technisch weniger affinen Aktionären kann über die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreter die Möglichkeit geboten werden, auch ohne Teilnahme an der virtuellen Generalversammlung ihr Stimmrecht trotzdem auszuüben. Indessen ist der Verwaltungsrat im Rahmen seiner Sorgfaltspflichten dafür verantwortlich, dem technisch durchschnittlich begabten und ausgerüsteten Aktionär die Teilnahme an der virtuellen Generalversammlung zu ermöglichen.<sup>54</sup> Die Verwendung elektronischer Mittel kann in den Statuten geregelt werden, was jedoch nicht zu empfehlen ist, da sich der Stand der Technik laufend ändert und die Statuten deshalb wiederholt anzupassen wären. Sofern die Statuten die Verwendung elektronischer Mittel nicht bestimmen, regelt gemäss Art. 701e Abs. 1 revOR der Verwaltungsrat die Einzelheiten der Verwendung elektronischer Mittel. Folglich besteht die Möglichkeit, dass der Verwaltungsrat die Verwendung elektronischer Mittel in einem eigens angelegten Regle-

51 Art. 701d Abs. 1 revOR.

52 Art. 701d Abs. 2 revOR.

53 Art. 704 Abs. 1 Ziff. 15 revOR.

54 Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 557 m.w.H. auf BGE 121 III 420 E. 2a. Beim durchschnittlichen Aktionär dürfen ein Internetzugang sowie Grundkenntnisse im Umgang mit elektronischen Mitteln vorausgesetzt werden.

ment abhandelt,<sup>55</sup> was jedoch in den meisten Fällen zu weit gehen dürfte. Deshalb wird vorliegend empfohlen, dass der Verwaltungsrat die Verwendung elektronischer Mittel im Organisationsreglement aufnimmt, womit die Anpassungs- und Reaktionsfähigkeit hinsichtlich technischer Innovationen erhalten bleibt.

Zur Durchführung einer virtuellen Generalversammlung bedarf es nach dem Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen des Aktienrechts in einem ersten Schritt einer herkömmlichen Generalversammlung mit physischem Tagungsort, an welcher gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR die zuvor umschriebenen zwingenden und zusätzlich im Einzelfall allenfalls nötigen Statutenänderungen zur Durchführung einer virtuellen Generalversammlung beschlossen werden. Diese Statutenänderungen gilt es aufgrund von Art. 647 revOR öffentlich zu beurkunden und ins Handelsregister einzutragen.<sup>56</sup> Bei der Statutenüberarbeitung muss insbesondere beachtet werden, dass die Durchführung einer virtuellen Generalversammlung nicht im Konflikt zu anderen Statutenbestimmungen steht, die möglicherweise explizit einen physischen Tagungsort vorsehen bzw. bestimmen, dass der physische Tagungsort in der Einberufung zu erwähnen ist.<sup>57</sup> Die nötigen Generalversammlungsbeschlüsse zur Statutenänderung können bei Dringlichkeit möglichst bald nach dem Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen des Aktienrechts an einer ausserordentlichen Generalversammlung beschlossen werden oder bei der nächsten ordentlich stattfindenden Generalversammlung.

### 3.3 Identifikation der teilnehmenden Aktionäre

Wie zuvor unter den gesetzlichen Voraussetzungen zur Durchführung der virtuellen Generalversammlung erwähnt, hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 701e Abs. 2 Ziff. 1 und 4 revOR die Identifikation der Generalversammlungsteilnehmer sicherzustellen, damit das Abstimmungsergebnis nicht verfälscht werden kann. Bei der virtuellen Generalversammlung muss der Verwaltungsrat deshalb dafür sorgen, dass die technischen Voraussetzungen erfüllt sind, um die teilnehmenden Aktionäre identifizieren zu können. Ebenso muss der

Verwaltungsrat dafür sorgen, dass die verwendete Software vor unbefugten Beitritten schützt.<sup>58</sup> Im Gegensatz zum Vorentwurf wird unter Art. 701e Abs. 2 Ziff. 1 revOR nicht mehr die «eindeutige» Feststellung der Identität durch den Verwaltungsrat vorgesehen. In diesem Sinn soll nämlich, wie in der Botschaft erwähnt, nicht der Eindruck erweckt werden, dass der Verwaltungsrat sämtliche Risiken, die mit der Verwendung elektronischer Mittel verbunden sind, auszuschliessen hat.<sup>59</sup> Entsprechend hat der Verwaltungsrat bei der Identifikation der teilnehmenden Aktionäre in einem «technisch zumutbaren und vernünftigerweise zu erwartenden Rahmen zu handeln».<sup>60</sup> Auf ein unsicheres elektronisches Mittel hat er deshalb zu verzichten. Um den soeben umschriebenen Anforderungen zu genügen, kann der Verwaltungsrat im Rahmen der Einberufung einer virtuellen Generalversammlung jedem Aktionär einzeln einen personalisierten Zugang zur Software anhand eines Benutzernamens und Passworts oder eines personalisierten Links mit der Einberufung zustellen.<sup>61</sup> Um die Sicherheit im Rahmen der Identifikation der Teilnehmer zusätzlich zu erhöhen, könnte die Einberufung per verschlüsselte E-Mail versendet werden.<sup>62</sup> Zur weiteren Identifikation wäre auch denkbar, dass die teilnehmenden Aktionäre über Videotelefonie die Identitätskarte o.Ä. bzw. eine allfällige Vollmacht vorweisen. Ebenso denkbar ist, dass die Identität der Teilnehmer über eine Gesichtserkennungs-Software oder über einen – zukünftig noch zu entwickeln – virtuellen Identitätsausweis sichergestellt wird.<sup>63</sup> Kommt ein Generalversammlungsbeschluss unter der Mitwirkung von unbefugten Teilnehmern zustande, ist dieser Generalversammlungsbeschluss von jedem Aktionär, auch wenn dieser gegen den Beschluss keine Einsprache erhoben hat, gemäss Art. 691 Abs. 3 OR anfechtbar.<sup>64</sup> Demgegenüber kann die dadurch beklagte Gesellschaft jedoch nachweisen, dass die Mitwirkung der unbefugten teilnehmenden Person keinen Einfluss auf die

55 Vgl. dazu den entsprechenden Vorschlag in Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 557.

56 Eine solche Statutenänderung wäre zwar vor dem Inkrafttreten der revidierten Gesetzesbestimmungen mit entsprechendem Wortlaut wohl möglich. Dieses Vorgehen dürfte jedoch aufgrund der Ablehnung der Handelsregistereintragung seitens der Handelsregisterämter scheitern.

57 Vgl. zur Anfechtbarkeit und Nichtigkeit die Ausführungen in Abschnitt 4; von der Crone/Grob (Fn. 4) 12.

58 Reiser (Fn. 3) 234.

59 Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 559 f.

60 Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 560.

61 So auch Ines Pöschel, Generalversammlung und Internet: Versuch einer Ent-Täuschung, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, SSHW Band 300, Zürich 2010, 223 ff., 235; Patak (Fn. 34) 31.

62 Pöschel (Fn. 61) 241.

63 Hierzu stellen sich datenschutzrechtliche Fragen, die es im Voraus zu klären gilt. Dazu ausführlich Theiler (Fn. 32) 80.

64 Die Anfechtungsklage gemäss Art. 691 Abs. 3 OR ist ein Unterfall der allgemeinen Anfechtungsklage gemäss Art. 706 OR. Vgl. dazu BGE 122 III 279 E. 2; BGE 96 II 18 E. 3; BGE 4C.107/2005 vom 29.6.2005 E. 2.2 f. Vgl. zur Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Beschlüssen im Rahmen der virtuellen Generalversammlung die Ausführungen in Abschnitt 4.



Beschlussfassung hatte und dadurch die Anfechtung abweisen.<sup>65</sup>

### 3.4 Durchführung der virtuellen Generalversammlung im engeren Sinn

Bei der Durchführung der virtuellen Generalversammlung im engeren Sinn gilt es seitens des Verwaltungsrats die Mitwirkungsrechte der Aktionäre und damit insbesondere das Rede- und Fragerecht zu wahren.<sup>66</sup> Während der Durchführung der virtuellen Generalversammlung obliegt die Leitungsbefugnis dem Vorsitzenden, der sich unter anderem am Gebot der Entscheidungseffizienz zu orientieren hat.<sup>67</sup> Das gewählte Kommunikationsmedium muss deshalb zwingend eine unmittelbare Kommunikationsfunktion – nicht zwingend eine Bildübertragung – beinhalten, anhand welcher die Teilnehmer Anträge stellen, Auskunft verlangen sowie Voten abgeben können und die anderen Teilnehmer diese Beiträge unmittelbar mitverfolgen können. Folglich wird im Rahmen der Durchführung der virtuellen Generalversammlung auch das Unmittelbarkeitsprinzip hinreichend erfüllt.<sup>68</sup> Bei der Durchführung der virtuellen Generalversammlung per E-Mail wäre aufgrund der zeitlichen Versetzung das Unmittelbarkeitsprinzip nicht erfüllt. Einen Grenzfall dürfte das Senden von Audionachrichten darstellen, wobei das Unmittelbarkeitsprinzip auch hier nicht erfüllt sein dürfte. Da bei der Durchführung einer virtuellen Generalversammlung kein zwingendes Erfordernis der Bildübertragung besteht, ist bei Gesellschaften mit kleinerem Aktionariat auch eine virtuelle Generalversammlung per Telefonkonferenz möglich.<sup>69</sup> Ein unmittelbarer Audiostream, ähnlich einer Telefonkonferenz, würde dem Unmittelbarkeitsprinzip ebenfalls genügen.

Bei der Wahl der Software ist der Verwaltungsrat frei, solange die Voraussetzungen zur Verwendung elektronischer Mittel gemäss Art. 701e Abs. 2 revOR erfüllt sind. Jedoch muss die gewählte Software für die gängigen Betriebssysteme den Aktionären kostenlos zur Verfügung

stehen.<sup>70</sup> Diesbezüglich bietet der Softwaremarkt bereits heute einige Möglichkeiten zur Durchführung einer virtuellen Generalversammlung bzw. zur Teilnahme an einer Generalversammlung mit physischem Tagungsort mit elektronischem Mittel.<sup>71</sup> Zukünftig dürfte sich in dieser Hinsicht weitere Software entwickeln, welche die Durchführung virtueller Generalversammlungen vereinfachen sollte. Zurzeit bietet sich die Videotelefonie bereits als geeignete Technologie zur Durchführung einer virtuellen Generalversammlung an. Die Voraussetzungen von Art. 701e Abs. 2 revOR für die Verwendung elektronischer Mittel sind mit den gängigen Softwareanbietern erfüllbar, wobei bei grösserem Aktionariat bzw. hoher Teilnehmerzahl an der Generalversammlung das Hauptaugenmerk auf der Wahrung der Mitwirkungsrechte (Rede- und Fragerecht) der Aktionäre, auf der sauberen Übertragung von Voten und insbesondere auf der Stimmrechtsausübung liegen sollte und damit verbunden die Hauptschwierigkeit die korrekte Auszählung sämtlicher Stimmen darstellen dürfte. Sofern die Voraussetzungen von Art. 701e revOR gewahrt werden, besteht zudem Raum für weitere technische Innovationen. Schliesslich wird bei grösserem Teilnehmerkreis empfohlen, den Aktionären für Fragen und bei Komplikationen einen Chat- und/oder telefonischen Support vor und während der Durchführung der virtuellen Generalversammlung zur Verfügung zu stellen.

Führt man die virtuelle Generalversammlung über eine aktuell verfügbare Software durch – so z.B. die Zoom- oder Teams-Applikation –, ist wie zuvor erwähnt unter anderem das Hauptaugenmerk auf die Stimmrechtsausübung zu richten. Dabei ist auf drei praktikable Varianten zur Durchführung einer virtuellen Generalversammlung hinzuweisen, wobei kurz- und mittelfristig bis zum Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts mit weiteren Innovationen zu rechnen ist. Die erste nachfolgend erläuterte Variante ist auf allen Konferenz-Applikationen anwendbar, die eine Chatfunktion anbieten. Indem der Verwaltungsrat bzw. der Verwaltungsrats-Sekretär wie unter Abschnitt 3.3 ausgeführt vor der Generalversammlung sämtliche Teilnehmer korrekt identifiziert, kann er in einem ersten Schritt den teilnehmenden Aktionären über das Aktienbuch die entsprechenden Stimmen zuteilen, bspw. in einem eigens dafür angelegten

65 Gemäss Art. 706a Abs. 1 OR erlischt das Anfechtungsrecht, wenn die Klage nicht spätestens zwei Monate nach der Generalversammlung angehoben wird.

66 Reiser (Fn. 3) 234.

67 Böckli (Fn. 30) § 12 N 173 f.; von der Crone/Grob (Fn. 4) 17.

68 Für weitere Ausführungen zum Unmittelbarkeitsprinzip vgl. von der Crone/Grob (Fn. 4) 14; Reiser (Fn. 3) 233; Schister/Walker (Fn. 30) 8; Peter V. Kunz, Evolution ins 21. Jahrhundert – oder: Zukunft der Generalversammlung von Aktiengesellschaften in der Schweiz, AJP 2011 155 ff., 156.

69 Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 559.

70 Von der Crone/Grob (Fn. 4) 15.

71 So auch von der Crone/Grob (Fn. 4) 9 und 15. Denkbar ist eine Teilnahme an der virtuellen Generalversammlung zurzeit zum Beispiel über eine Software auf dem Computer bzw. auf dem Notebook, über eine App auf einem Mobiltelefon bzw. auf einem Tablet oder über eine Browseranwendung auf sämtlichen der soeben erwähnten Geräte.

Excel-Dokument. Das ermöglicht die Feststellung der teilnehmenden und vertretenen Stimmen im Sinne von Art. 702 revOR. Sodann empfiehlt es sich in einem zweiten Schritt, die Beschlussfassung über die Chat-Funktion zu vollziehen, indem die teilnehmenden Aktionäre zu den entsprechenden Anträgen des Verwaltungsrats die Chat-Nachricht «Antrag 1: Angenommen», «Antrag 1: Abgelehnt» oder «Antrag 1: Enthaltung» versenden. Bei offener Beschlussfassung können die teilnehmenden Aktionäre ihre Stimme über den Chat sogleich an alle Teilnehmer versenden. Bei verdeckter Beschlussfassung müssen die Aktionäre ihre Stimme über den Chat direkt dem Stimmzähler per private Chat-Nachricht zusenden. In einem dritten Schritt überträgt der Stimmzähler die im Chat erfolgten Beschlüsse jedes teilnehmenden Aktionärs in das anfänglich angelegte Excel-Dokument, berechnet das Verhältnis der Stimmen und kann entsprechend feststellen, ob ein Antrag angenommen oder abgelehnt wird. Der Vorteil einer Beschlussfassung über die Chat-Funktion liegt darin, dass sich die Abstimmungsergebnisse klar dokumentieren und abspeichern lassen. Es empfiehlt sich folglich auch, dass der Chat-Verlauf am Ende der virtuellen Generalversammlung in ein eigens dafür angelegtes Dokument kopiert und dieses abgespeichert wird. Die zweite nachfolgend erläuterte Variante ist aktuell auf der Zoom-Applikation anwendbar. Zur hinreichenden Identifikation der Teilnehmer kann einerseits die Meeting-Option «Registrierung» aktiviert werden, damit im Hintergrund ein Registrierungsbericht erstellt wird, der über Vor- und Nachnamen, E-Mail-Adresse, Datum und Uhrzeit der Registrierung und den Genehmigungsstatus der einzelnen Teilnehmer informiert. Um andererseits über die Anträge Beschluss zu fassen, bietet sich die Option «Umfrage» an, die ebenfalls für das entsprechende Zoom-Meeting aktiviert werden muss. Damit lässt sich im Voraus eine Umfrage erstellen, die während der virtuellen Generalversammlung gezielt für jedes einzelne Traktandum durchgeführt werden kann. Über die Umfrage wird im Hintergrund ebenfalls ein Umfragebericht erstellt, der über Benutzername und E-Mail-Adresse, Datum und Uhrzeit, die gestellte Frage sowie die Antwort jedes einzelnen Teilnehmers informiert. Bei dieser Variante gilt es jedoch zu beachten, dass die Zoom-Applikation aktuell noch nicht die Gewichtung der einzelnen Stimmen gemäss Aktienbucheintrag zulässt. Das angezeigte Umfrageresultat zeigt lediglich das Beschlussergebnis pro Kopf an und muss entsprechend dem Vorgehen der zuvor erläuterten Variante manuell gewichtet werden. In diesem Bereich gilt es zukünftige Software-Entwicklungen im Auge zu behalten. Schlussendlich ist auf Anbieter zu verweisen, welche die Durch-

führung virtueller Generalversammlungen als Gesamtpaket anbieten, teilweise auch in Kombination mit der Führung des Aktienbuches.

### 3.5 Technische Probleme und Cyberangriffe

Kommt es während der Generalversammlung zu nicht behebbaren technischen Problemen, sodass die Generalversammlung nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden kann, muss sie wiederholt werden.<sup>72</sup> Beschlüsse, die während des Auftretens technischer Probleme gefasst werden, sind ungültig und bedürfen einer erneuten Abstimmung.<sup>73</sup> Treten während der Generalversammlung technische Probleme auf, gilt es diese deshalb in erster Linie zu beheben, um nach deren Behebung über die während des technischen Problems ergangenen, ungültigen Beschlüsse erneut abzustimmen. So bleiben Beschlüsse, die von der Generalversammlung vor dem Auftreten der technischen Probleme gefasst werden, gültig und bedürfen keiner erneuten Beschlussfassung.<sup>74</sup> Zudem gilt es das Auftreten relevanter technischer Probleme bei der Durchführung der Generalversammlung im Protokoll festzuhalten.<sup>75</sup> Nicht als technische Probleme im Sinne von Art. 701f revOR gelten Schwierigkeiten im Verantwortungsbereich der Aktionäre, so zum Beispiel Verbindungsprobleme aufgrund der von ihnen verwendeten Verbindung bzw. Probleme bei ihrem Telekommunikationsanbieter oder Komplikationen der vom Teilnehmer verwendeten Soft- oder Hardware.<sup>76</sup> Hat jedoch ein bedeutendes Telekommunikationsunternehmen flächendeckende Probleme und ist davon auszugehen, dass ein wesentlicher Teil der Aktionäre dessen Dienste beansprucht, so kann der Verwaltungsrat diese Schwierigkeiten nicht ignorieren. Ähnlich wäre ein flächendeckender Stromausfall einzustufen. Gegebenenfalls hat der Vorsitzende in solchen Fällen die Generalversammlung für eine kurze Zeit zu unterbrechen oder diese sogar zu einem späteren Zeitpunkt fortzuführen bzw. zu wiederholen. Folglich sind nur technische Probleme, die in den Verantwortungsbereich der Gesellschaft fallen, aktienrechtlich relevant.<sup>77</sup> Ebenso muss der Verwaltungsrat aufgrund von Art. 701e Abs. 2 Ziff. 4 revOR verhindern, dass die Abstimmungsergebnisse durch Cyberangriffe verfälscht werden. In dieser Hin-

72 Art. 701f Abs. 1 revOR.

73 Vgl. zur Anfechtbarkeit und Nichtigkeit die Ausführungen in Abschnitt 4.

74 Art. 701f Abs. 2 revOR.

75 Art. 702 Abs. 2 Ziff. 6 revOR.

76 Vgl. zum Ganzen Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 560.

77 Reiser (Fn. 3) 234.

sicht hat der Verwaltungsrat die bereits umschriebenen allgemeinen gesetzlichen Mindestanforderungen und allfälligen statutarischen sowie reglementarischen Anforderungen einzuhalten. Es empfiehlt sich deshalb, dass der Verwaltungsrat zur Abwendung von Cyberangriffen die nötigen Sicherheitsmassnahmen ergreift, die dem aktuellen Stand der Technik entsprechen.<sup>78</sup>

Wird die Generalversammlung aufgrund technischer Probleme zu einem späteren Zeitpunkt wiederholt, muss gemäss Botschaft die in Art. 700 Abs. 1 revOR vorgesehene Frist von 20 Tagen zur Einberufung der Generalversammlung nicht eingehalten werden, wenn das Datum der Wiederholungs-Generalversammlung so angesetzt wird, dass die Mehrheit der Aktionäre nicht von vornherein von der Teilnahme ausgeschlossen ist.<sup>79</sup> Da Art. 701f revOR dies aber nicht eindeutig regelt, sondern die erneute Einberufung ohne Beachtung der entsprechenden Frist lediglich in der Botschaft so erwähnt wird, empfiehlt es sich, bei einer Wiederholung der Generalversammlung die 20-tägige Einberufungsfrist gemäss Art. 701 Abs. 1 revOR einzuhalten.<sup>80</sup> Wird die ursprüngliche Traktandenliste angepasst oder ergänzt, gilt es zwingend die gesetzlichen und statutarischen Einberufungsvorschriften wieder einzuhalten, da es sich um eine neue Einberufung handelt.<sup>81</sup>

### 3.6 Öffentliche Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen

Auch im Rahmen einer virtuellen Generalversammlung können Beschlüsse, die zu deren Gültigkeit der notariellen Beurkundung bedürfen, gefasst werden.<sup>82</sup> Für die Willensbeurkundung – zum Beispiel für den Errichtungsakt bei der Gründung einer Aktiengesellschaft gemäss Art. 629 revOR – setzt das kantonale Recht für einige Kantone einen physischen Tagungsort voraus (Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB), den es bis zu weiteren Gesetzesanpassungen auf kantonaler Ebene zu beachten gilt.<sup>83</sup> Die öffentliche Urkunde über die Generalversammlung,

die als Sachbeurkundung Auskunft über einen tatsächlichen Vorgang gibt, was bei Generalversammlungsbeschlüssen der Regelfall ist, kann hingegen auch anlässlich einer virtuellen Generalversammlung erstellt werden.<sup>84</sup> Weil bei der virtuellen Generalversammlung ein physischer Tagungsort fehlt, muss sich die notarielle Zuständigkeit gemäss einem Teil der Lehre aus dem Teilnahmeort der Urkundsperson ergeben, von welchem aus sie an der virtuellen Generalversammlung teilnimmt.<sup>85</sup> Die örtliche Zuständigkeit der Urkundsperson wäre demnach gegeben, wenn sie sich während ihrer Teilnahme an der virtuellen Generalversammlung im eigenen Hoheitsgebiet befindet. Demgegenüber geht eine weitere Lehrmeinung davon aus, dass betreffend die Beurkundung ein fiktiver Tagungsort im Sitzkanton der Gesellschaft besteht, wobei empfohlen wird, dass der Vorsitzende der virtuellen Generalversammlung aus den Büroräumlichkeiten einer Urkundsperson aus dem Sitzkanton der Gesellschaft an der virtuellen Generalversammlung teilnimmt.<sup>86</sup> Damit sollen allfällige Schwierigkeiten mit dem Handelsregisteramt und der Zuständigkeit der Urkundsperson vermieden werden. Vorliegend wird die Meinung vertreten, dass zwar eine Urkundsperson aus dem Sitzkanton der Gesellschaft einzusetzen ist, um allfällige Komplikationen hinsichtlich eines Handelsregistereintrags und der Zuständigkeit der Urkundsperson zu vermeiden. Es erscheint jedoch nicht zielführend und war auch nicht die Intention des Gesetzgebers, dass der Vorsitzende in den Büroräumlichkeiten der entsprechenden Urkundsperson an der virtuellen Generalversammlung teilnehmen soll.<sup>87</sup> Unter Berücksichtigung des revidierten Gesetzestexts und Sinn und Zwecks der Einführung der virtuellen Generalversammlung in die Bestimmungen des Aktienrechts ist es nicht notwendig, dass sich der Vorsitzende zur Durchführung der virtuellen Generalversammlung in den Büroräumlichkeiten der entsprechenden Urkundsperson aufhält. Vielmehr kann der Vorsitzende aus Praktikabilitätsgründen von einem beliebigen physischen Ort aus an der virtuellen Generalversammlung teilnehmen.<sup>88</sup> Klar ist indessen, dass sich die Urkundsperson im eigenen Hoheitsgebiet befinden muss und die Abläufe während

78 Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 557; Reiser (Fn. 3) 235.

79 Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 560.

80 Vgl. dazu Reiser (Fn. 3) 234 f.

81 Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 560.

82 Zu beurkunden sind zum Beispiel die Beschlüsse zur Änderung der Statuten gemäss Art. 647 revOR oder zur Änderung des Aktienkapitals gemäss Art. 650 Abs. 2 revOR. Vgl. dazu Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 559; von der Crone/Bernet (Fn. 10) 269. Vgl. dazu umfassend Lukas Müller/Philippe J. A. Kaiser/Diego Benz, Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen, REPRAX 3/2020 241 ff., 262 ff.

83 Zur Unterscheidung zwischen der Willens- und Wahrnehmungsbeurkundung vgl. Theiler (Fn. 32) 81 ff.

84 Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 559; Theiler (Fn. 32) 82 f.

85 Von der Crone/Bernet (Fn. 10) 269.

86 Theiler (Fn. 32) 83 ff.; Schister/Walker (Fn. 30) 12 f.; vgl. zu beiden Lehrmeinungen Patak (Fn. 34) 152 ff.

87 Botschaft Aktienrecht (Fn. 5) 559 m.w.H. auf Christian Brückner, Öffentliche Beurkundung von Urabstimmungen und Zirkularbeschlüssen, SJZ 1998 33 ff.

88 Gleicher Meinung von der Crone/Bernet (Fn. 10) 270; Müller/Kaiser/Benz (Fn. 82) 262 ff.

der virtuellen Generalversammlung und die Feststellungen des Vorsitzenden persönlich und ohne Unterbrechung wahrnehmen muss.<sup>89</sup> Diesbezüglich muss sich die Urkundsperson auf zweckmässige Weise vom einwandfreien Funktionieren der elektronischen Mittel überzeugen können und kann in dieser Hinsicht auch auf die Bestätigung von sachkundigen Dritten abstellen.<sup>90</sup>

## 4. Anfechtung und Nichtigkeit von Beschlüssen der virtuellen Generalversammlung

### 4.1 Grundsätzliches zur Anfechtbarkeit und Nichtigkeit

Gemäss Art. 706 OR können der Verwaltungsrat und die Aktionäre einen Generalversammlungsbeschluss anfechten, wenn dieser gegen das Gesetz oder die Statuten verstösst. In dieser Hinsicht zeigt der nicht abschliessende Katalog von Art. 706 Abs. 2 OR mögliche Anfechtungsgründe.<sup>91</sup> Im Gegensatz zur Anfechtbarkeit stellt die Nichtigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses gemäss Art. 706b OR die Ausnahme dar. Lediglich fundamentale Fehler können zur Nichtigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses führen. Nichtige Generalversammlungsbeschlüsse können nicht geheilt werden und gelten als nicht gefasst. Jedermann ist berechtigt, eine Nichtigkeitsklage zu erheben.<sup>92</sup> Als Grundsatz gilt, dass ein Verstoss gegen die Statuten zur Anfechtbarkeit des entsprechenden Beschlusses führt. Von diesem Grundsatz gilt es nur abzuweichen, wenn (1) die Statutenbestimmung zwingend im öffentlichen Interesse erlassen wurde, (2) die Grundstruktur der Aktiengesellschaft oder des Kapitalschutzes verletzt wird oder wenn (3) durch die Statutenverletzung den Aktionären nicht entziehbare Kernrechte entzogen werden.<sup>93</sup> Mit Fokus auf die virtuelle Generalversammlung bestehen die nachfolgend erläuterten, kritischen Punkte, die zur Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklage veranlassen könnten.

89 Patak (Fn. 34) 147 f. und 151 ff.; Peter Voser, Notarielle Pflichten bei gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Notar, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 1. September 2015 in Zürich und vom 8. September 2015 in Lausanne, Zürich 2016, 107 ff., 124 und 148 f.

90 Patak (Fn. 34) 148; Theiler (Fn. 32) 83.

91 Die Anfechtungsklage gilt es nach Art. 706a Abs. 1 OR innert einer Verwirklichungsfrist von zwei Monaten nach der Generalversammlung am Sitz der Gesellschaft zu erheben. Wird während dieser Frist keine Anfechtungsklage erhoben, gilt der Mangel des Generalversammlungsbeschlusses als geheilt.

92 Vgl. zur Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage Böckli (Fn. 30) § 16 N 99 ff. und N 155 ff.

93 Böckli (Fn. 30) § 16 N 157a.

### 4.2 Mangelhafte Einberufung, unbefugte Teilnahme Dritter und Zirkularbeschlüsse

Eine Verletzung der Einberufungsvorschriften führt im Zweifel nicht zur Nichtigkeit, sondern zur Anfechtbarkeit sämtlicher Beschlüsse, der dadurch betroffenen Generalversammlung.<sup>94</sup> Wird die Einberufung der Generalversammlung auf elektronischem Weg versendet, obwohl die dazu erforderliche Statutenbestimmung gemäss Art. 626 Abs. 1 Ziff. 7 revOR fehlt, dürften die betroffenen Generalversammlungsbeschlüsse kaum nichtig, sondern anfechtbar sein. Ebenso hat die geringfügige Nichteinhaltung der Einberufungsfrist gemäss Art. 700 Abs. 1 revOR die Anfechtbarkeit sämtlicher Beschlüsse der Generalversammlung auf der Basis von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 OR zur Folge. Bei absichtlicher Verkürzung der Einberufungsfrist oder bei in bedeutendem Umfang kürzer ausfallender Einberufungsfrist sind die Generalversammlungsbeschlüsse nach Art. 706b Ziff. 1 OR jedoch nichtig.<sup>95</sup> Bei der Einberufung gilt es nebst der 20-tägigen Einberufungsfrist ebenfalls die inhaltlichen Mindestangaben aus Art. 700 Abs. 2 revOR zu beachten. Bei der Angabe nicht hinreichend klarer Traktanden ist der Beschluss höchstens anfechtbar.<sup>96</sup> Eine inhaltlich schwerwiegend fehlerhafte Einberufung, so zum Beispiel eine Einberufung ohne Angabe der Verhandlungsgegenstände oder Anträge, ohne Angabe des Datums, der Zeit, der Art und/oder des Orts der Generalversammlung, dürfte zur Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse führen.<sup>97</sup> Das dürfte auch der Fall sein, wenn die mit der Einberufung versendeten Log-in-Daten für die virtuelle Generalversammlung fehlerhaft sind und deshalb ein grösserer Teil des Aktionariats nicht teilnehmen kann. Wird die elektronische Einberufung nicht korrekt zugestellt, sind die Konsequenzen entsprechend der Ursache entweder von der Gesellschaft oder vom Aktionär zu tragen. Liegt die Ursache im Einflussbereich des Aktionärs, weil dieser zum Beispiel eine neue E-Mail-Adresse hat und diese der Gesellschaft nicht meldete, sind die Konsequenzen vom Aktionär zu tragen. Liegt die Ursache aber im Einflussbereich der Gesellschaft, da es zum Beispiel zu Schwierigkeiten beim Versand der elektronischen Einberufung kam, steht primär die Anfechtbarkeit gemäss Art. 691 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 706 f. OR und bei besonders gravie-

94 Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, Der Verwaltungsrat, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2014, 481 f.

95 Vgl. dazu Schister/Walker (Fn. 30) 20. Zum Ganzen Böckli (Fn. 30) § 12 N 88 f. und § 16 N 175.

96 Vgl. Böckli (Fn. 30) § 12 N 110.

97 Müller/Lipp/Plüss (Fn. 94) 482; Böckli (Fn. 30) § 12 N 112.

renden Versandproblemen sogar die Nichtigkeit gemäss Art. 706b Ziff. 1 OR im Vordergrund.<sup>98</sup>

Als besonderer Anwendungsfall der Anfechtungsklage gilt die Stimmrechtsklage gemäss Art. 691 Abs. 3 OR.<sup>99</sup> Beschlüsse, die unter Mitwirkung von Personen zustande gekommen sind, die nicht zur Teilnahme an der Generalversammlung berechtigt waren, sind demgemäss anfechtbar und nicht nichtig.<sup>100</sup> Die dadurch beklagte Gesellschaft kann jedoch nachweisen, dass die Mitwirkung der unbefugt teilnehmenden Person keinen Einfluss auf die Beschlussfassung hatte, und dadurch die Anfechtung abweisen.<sup>101</sup> Dieser Anwendungsfall der Anfechtungsklage kommt zum Einsatz, wenn sich ein unberechtigter Dritter in beliebiger Form Zutritt zur virtuellen Generalversammlung verschafft. Schliesslich bleiben Zirkularbeschlüsse auch im revidierten Aktienrecht – Ausnahme stellt der Zirkularbeschluss im Rahmen der Universalversammlung<sup>102</sup> gemäss Art. 701 Abs. 3 revOR dar – unzulässig und haben die Nichtigkeit der dadurch gefassten Beschlüsse zur Folge.<sup>103</sup>

#### 4.3 Fehlende und widersprüchliche Statutenbestimmungen

Anfechtbare bzw. nichtige Generalversammlungsbeschlüsse dürften sich im Zusammenhang mit der virtuellen Generalversammlung in der Praxis zum einen dadurch ergeben, dass Gesellschaften eine virtuelle Generalversammlung durchführen, obwohl die Statuten die virtuelle Durchführung der Generalversammlung nicht vorsehen. Zum anderen dürfte es zu Fallkonstellationen kommen, in denen zwar die Statuten die Durchführung der virtuellen Generalversammlung vorschreiben, daneben jedoch eine widersprüchliche Statutenbestimmung besteht, die zum Beispiel einen physischen Tagungsort für die Generalversammlung vorsieht, was von einer unzureichenden Statutenüberarbeitung herühren dürfte. Nach der hier vertretenen Meinung sind Beschlüsse einer Generalversammlung gemäss Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 OR anfechtbar, wenn zwar die Statutenbestimmung zur Durchführung einer virtuellen General-

versammlung fehlt, die virtuelle Generalversammlung ansonsten aber gesetzes- und statutenkonform einberufen und durchgeführt wird. So wird in der erstgenannten Fallkonstellation im Sinne von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 OR gegen die gesetzliche Voraussetzung der Statutenbestimmung zur Durchführung der virtuellen Generalversammlung gemäss Art. 701d Abs. 1 revOR verstossen. In der zweitgenannten Fallkonstellation wird im Sinne von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 OR gegen die Statuten verstossen, wenn diese zwar in der einen Bestimmung die Durchführung der virtuellen Generalversammlung vorsehen, in einer anderen Bestimmung jedoch noch vorausgesetzt wird, dass die Generalversammlung an einem physischen Tagungsort durchzuführen ist, und trotzdem eine virtuelle Generalversammlung durchgeführt wird.<sup>104</sup> Bei fehlenden oder widersprüchlichen Statutenbestimmungen dürfte aber entscheidend sein, dass bei der Einberufung insbesondere ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter bezeichnet wird.<sup>105</sup> Dadurch würde dem Aktionär das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung nicht vollends verwehrt, da er einerseits an der virtuellen Generalversammlung selbst teilnehmen oder aber den unabhängigen Stimmrechtsvertreter bevollmächtigen könnte. Folglich wären Beschlüsse einer virtuellen Generalversammlung, die unter den soeben beschriebenen Umständen ergangen sind, gemäss Art. 706 OR lediglich anfechtbar.

Demgegenüber dürften die Beschlüsse einer virtuellen Generalversammlung gemäss Art. 706b Ziff. 1 OR nichtig sein, wenn die Statuten die Durchführung einer virtuellen Generalversammlung nicht vorsehen<sup>106</sup> und in der Einberufung die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters im Sinne von Art. 701d Abs. 1 revOR unterlassen wird. In diesem Fall kann, je nach Befähigung im Umgang mit elektronischen Mitteln, einem beachtlichen Teil des Aktionariats das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung verwehrt werden, was einen Verstoß gegen das gesetzlich zwingende Teilnahmerecht gemäss Art. 689 OR bedeutet und unter

98 Kunz (Fn. 68) 161.

99 BGE 122 III 279 E. 2.

100 Vgl. dazu BGE 122 III 279 E. 2; BGE 96 II 18 E. 3; BGer 4C.107/2005 vom 29.6.2005 E. 2.2 f.

101 Gemäss Art. 706a Abs. 1 OR erlischt das Anfechtungsrecht, wenn die Klage nicht spätestens zwei Monate nach der Generalversammlung angehoben wird.

102 Vgl. zur Durchführung der Universalversammlung die Ausführungen in Abschnitt 2.7.

103 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 16) § 23 N 9 ff.; BGE 67 I 342 E. 3.

104 Dieter Dubs/Roland Truffer, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. A., Basel 2016, Art. 706 OR N 10 f.

105 Dies wird so auch von Art. 701d Abs. 2 revOR vorausgesetzt, wobei diese Bestimmung bei nicht börsenkotierten Gesellschaften lediglich dispositiver Natur ist. Folglich kann in den Statuten auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichtet werden. Vgl. zu den statutarischen und reglementarischen Voraussetzungen die Ausführungen in Abschnitt 3.2.

106 Wenn die Statuten die Durchführung einer virtuellen Generalversammlung nicht vorsehen, dürfte wohl auch keine Statutenbestimmung nach Art. 701d Abs. 2 revOR bestehen, gemäss der von der Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters in der Einberufung abgesehen werden kann.

diesen Voraussetzungen infolge von Art. 706b Ziff. 1 OR die Nichtigkeit der entsprechenden Beschlüsse zur Folge hätte.<sup>107</sup> Auch hier kommt es aber auf den Sachverhalt des Einzelfalls an. Wird nämlich nur ein Aktionär von der Teilnahme an der Generalversammlung ausgeschlossen, so stellt sich unter diesem Aspekt nur die Frage der Anfechtbarkeit und nicht die der Nichtigkeit.<sup>108</sup>

#### 4.4 Beschlussfassung trotz technischer Probleme

Aus Art. 701f Abs. 2 revOR folgt im Umkehrschluss, dass Beschlüsse, welche die Generalversammlung während des Auftretens technischer Probleme gefasst hat, ungültig sind. Die technischen Probleme müssen dabei im Verantwortungsbereich der Gesellschaft lokalisierbar sein, um von Art. 701f revOR erfasst zu werden. Des Öfteren dürften sich in der Praxis nämlich technische Probleme ergeben, die aufgrund von Software- oder Hardwareproblemen aufseiten der Aktionäre in ihrem eigenen Verantwortungsbereich liegen.<sup>109</sup> Die Beschlüsse, die während des Auftretens technischer Probleme gefasst werden, müssen wiederholt oder es muss gemäss Art. 701f Abs. 1 revOR die gesamte Generalversammlung wiederholt werden, wenn diese nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden kann. Werden nun die Beschlüsse nach Behebung der technischen Probleme nicht erneut zur Abstimmung gebracht oder wird die Generalversammlung mangels ordnungsgemässer Durchführung nicht erneut abgehalten, sind die während des Auftretens der technischen Probleme gefassten Beschlüsse im Sinne von Art. 701f Abs. 2 revOR e contrario ungültig und können mit der Nichtigkeitsklage gemäss Art. 706b Ziff. 1 OR beanstandet werden. Dies lässt sich dadurch begründen, dass durch den Verzicht auf erneute Beschlussfassung bzw. erneute Durchführung der Generalversammlung gegen die zwingenden Bestimmungen von Art. 701f OR verstossen wird.

107 Zur Nichtigkeit und zur Verwehrung des Teilnahmerechts vgl. Böckli (Fn. 30) § 16 N 159 ff. und N 175.

108 Vgl. dazu auch BSK OR II - Dubs/Truffer (Fn. 104) vor Art. 706b OR N 9 m.w.H.; a.M. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 16) § 25 N 115.

109 Vgl. zu den technischen Problemen bei der Durchführung der Generalversammlung die Ausführungen in Abschnitt 3.5.

## 5. Zusammenfassung und Empfehlungen

Im Rahmen des revidierten Aktienrechts kann die Einberufung der Generalversammlung nun vollständig elektronisch erfolgen, da das Erfordernis der physischen Auflage des Geschäfts- und allfälligen Revisionsberichts und die diese Auflage betreffende zwingend schriftliche Mitteilung an die Aktionäre aufgehoben wurde und nun ebenfalls elektronisch erfolgen kann. Sodann überträgt das Gesetz dem Verwaltungsrat die Kompetenz zur Festlegung des physischen Tagungsortes der Generalversammlung und lässt ihm auch offen, ob die Generalversammlung an mehreren physischen Tagungsorten durchführbar ist. Dies kann dennoch in den Statuten abweichend geregelt werden. Für die Durchführung der Generalversammlung an mehreren Tagungsorten wird eine unmittelbare Bild- und Tonübertragung vorausgesetzt. Mit einem Generalversammlungsbeschluss, der mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte auf sich vereinigt, können die Statuten nun auch vorsehen, dass die Generalversammlung an einem Tagungsort im Ausland durchführbar ist. Bei der Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen mit Tagungsort im Ausland ist jedoch eine Urkundsperson im entsprechenden Hoheitsgebiet beizuziehen. Ferner ist es möglich, dass durch den ausländischen Tagungsort die Zuständigkeit eines ausländischen Gerichtes für Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen begründet wird. Keiner Statutenbestimmung bedarf die Durchführung einer Generalversammlung mit physischem Tagungsort und zusätzlicher Teilnahmemöglichkeit via Internet, da dieser Entscheid im Kompetenzbereich des Verwaltungsrats liegt. Hierbei hat der Verwaltungsrat sicherzustellen, dass die gesetzlich zwingenden Voraussetzungen zur Verwendung elektronischer Mittel erfüllt sind. Schliesslich gilt es auch hervorzuheben, dass die Universalversammlung nun auch per schriftlichen Zirkularbeschluss auf Papier oder elektronisch erfolgen kann.

Die Einführung der virtuellen Generalversammlung dürfte die bedeutendste Neuerung des revidierten Aktienrechts im Bereich der Generalversammlung darstellen. Hierzu bedarf es zum einen einer statutarischen Grundlage, welche die Durchführung der virtuellen Generalversammlung vorsieht, und zum anderen müssen wiederum die gesetzlich zwingenden Voraussetzungen zur Verwendung elektronischer Mittel erfüllt sein. Diesbezüglich wird empfohlen, die Verwendung elektronischer Mittel im Organisationsreglement zu regeln. Bei der Einberufung muss sodann ein unabhängiger

Stimmrechtsvertreter bezeichnet werden, wobei darauf verzichtet werden kann, wenn dies die Statuten so vorsehen. Für eine solche Statutenänderung bedarf es wiederum eines Generalversammlungsbeschlusses, der mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte auf sich vereinigt. Bei der Durchführung der virtuellen Generalversammlung ist darauf zu achten, dass die Identifikation der Teilnehmer korrekt erfolgt, dass die Teilnahme- und Mitwirkungsrechte der Aktionäre gewahrt werden und dass die Stimmauszählung genau funktioniert. Beim Auftreten technischer Probleme gilt es, diese im Protokoll festzuhalten und sie zu beheben. Beschlüsse, die während des Auftretens technischer Probleme gefasst wurden, bedürfen einer wiederholten Beschlussfassung.

Sind die technischen Probleme nicht behebbar, muss die Generalversammlung wiederholt werden. Auch im Rahmen der virtuellen Generalversammlung ist die öffentliche Beurkundung von Beschlüssen in vielen Fällen möglich, wobei es die Unterschiede in der kantonalen Gesetzgebung zu beachten gilt. Schliesslich entstehen mit dem revidierten Aktienrecht im Bereich der Generalversammlung auch neue Möglichkeiten zur Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, insbesondere bei mangelhafter Einberufung, unberechtigter Teilnahme Dritter, Durchführung der Generalversammlung anhand eines Zirkulars, fehlenden oder widersprüchlichen Statutenbestimmungen und bei einer Beschlussfassung trotz technischer Probleme.