

Stephanie Eggimann/Kathrin Häcki/Pascal Zysset*

Schriftliche Beschlüsse der Generalversammlung – überfällige Gesetzesrevision oder toter Buchstabe?

Inhaltsübersicht

- | | |
|------------------------|--|
| I. Einleitung | V. Praktische Bedeutung des Zirkularbeschlusses und der Urabstimmung |
| II. Grundlagen | VI. Schlussbemerkungen |
| III. Zirkularbeschluss | |
| IV. Urabstimmung | |

I. Einleitung

«Die Zukunft gehört der digitalen Welt» – diese Aussage trifft klarerweise auch auf das schweizerische Gesellschaftsrecht zu. Künftig werden nicht nur die *Corporate Docs*¹ automatisch erstellt, sondern auch die Beschlüsse digitalisiert gefasst, etwa durch virtuelle Generalversammlungen (GV²). Der gesteigerte Effizienzgewinn durch digitale Teilnahme führt im Optimalfall zu einer erhöhten Teilnahmefreudigkeit der Gesellschafter³, was im Lichte der *Corporate Governance* positiv zu würdigen ist.⁴ Diejenigen Gesellschafter, die nur aufgrund des auf Gesellschaftskosten servierten Essens der Versammlung beiwohnten, wurden in der Vergangenheit ohnehin vermehrt enttäuscht, da dieser gesellige Teil des Programms bei einigen Gesellschaften bereits zu *Ante-Corona*-Zeiten aufgegeben wurde.

Das neue Aktienrecht enthält neben dem rein digitalen Update auch eine neue analoge Option, nämlich diejenige, dass die GV schriftliche Beschlüsse fas-

* MLaw STEPHANIE EGGIMANN, lic. iur. KATHRIN HÄCKI, LL.M. und Dr. iur. PASCAL ZYSSET sind Rechtsanwälte bei der Walder Wyss AG.

¹ Angesprochen sind insbesondere die standardisierten gesellschaftsrechtlichen Dokumente wie beispielsweise die Unterlagen zur Gründung einer Gesellschaft.

² Die Abkürzung «GV» steht in diesem Beitrag sowohl für die Generalversammlung der Aktiengesellschaft (AG) und der Genossenschaft wie auch für die Gesellschafterversammlung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). Die praktische Bedeutung dieser rechtlichen Grundlagen ist immens. Alleine für AG wird die jährliche Anzahl stattfindender GV auf 250 000 geschätzt, PETER V. KUNZ, Generalversammlungen von AG: «Landsgemeinden» oder «Chatrooms»? , SZW 2/2020, S. 297.

³ Nachfolgend wird grundsätzlich das generische Maskulinum verwendet, wobei natürlich immer Personen aller Geschlechter eingeschlossen sind.

⁴ In diese Richtung auch PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 12 N 324 mit dem Hinweis, dass durch die schriftliche Beschlussfassung die letzte verbleibende Möglichkeit zu einer persönlichen Begegnung zwischen dem Exekutivorgan und den Gesellschaftern und damit zu einer möglichen Debatte verloren geht.

sen kann.⁵ Damit distanziert sich der Gesetzgeber von der strikten Anwendung des Unmittelbarkeitsprinzips⁶ und bewegt sich vom eher erzieherisch anmutenden Hintergrund, dass die Meinungsbildung der Aktiengesellschafts-GV in einem diskursiv-interaktiven Prozess stattzufinden hat, hin zu einem liberalen, auf Teilnahmeflexibilisierung und -maximierung ausgerichteten Ansatz.

Diese Form der Durchführung von GV war bis vor Kurzem gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung unzulässig (AG) oder führte ein stiefmütterliches Dasein (GmbH und Genossenschaft). Durch die Massnahmen rund um die Bekämpfung des Coronavirus erlebten schriftliche GV jedoch urplötzlich Hochkonjunktur, nicht zuletzt, weil die digitale Welt auf diese Schnelle in vielen Fällen (noch) keine effiziente Alternative anbieten konnte. Damit gab Corona einen ersten Einblick in eine in gewissen Konstellationen interessante Alternative zur traditionellen und mithin zur (künftig) virtuellen Versammlungsform. Die Autoren beleuchten in diesem Beitrag die Anwendungsfälle von schriftlichen GV und die sich dabei stellenden Rechtsfragen.

II. Grundlagen

A) Bedeutung der Schriftlichkeit

Die Schriftlichkeit ist ein technischer Begriff des OR⁷. Gemäss Art. 13 Abs. 1 OR ist dabei grundsätzlich die Unterschrift der willenserklärenden Person erforderlich, wobei diese eigenhändig zu schreiben ist (Art. 14 Abs. 1 OR). Der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt ist die qualifizierte elektronische Signatur mit qualifiziertem Zeitstempel (Art. 14 Abs. 2^{bis} OR) – eine (Unter-)Form, die sich trotz erheblicher Effizienzsteigerung in der Praxis nur langsam durchzusetzen scheint.⁸

Fraglich ist, ob der Gesetzgeber mit der neuen Grundlage für schriftliche Beschlüsse in Art. 701 Abs. 3 nOR⁹ von einem solchen technischen Schriftlichkeitsbegriff ausgeht. Entscheidend ist der Wortlaut von «auf schriftlichem Weg auf Papier oder in elektronischer Form». Grammatikalisch ergibt sich u. E. je

⁵ Bei der GmbH, bei der Genossenschaft und beim Verein gibt es diese Möglichkeit bereits heute, vgl. dazu unten Kapitel II.B)1.

⁶ Vgl. auch PETER V. KUNZ, Evolution ins 21. Jahrhundert – oder: Zukunft der Generalversammlung von Aktiengesellschaften in der Schweiz, AJP 2/2011, S. 166. Generell zum Unmittelbarkeitsprinzip: HANS CASPAR VON DER CRONE/THOMAS GROB, Die virtuelle Generalversammlung, SZW 1/2018, S. 13 f.

⁷ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR, SR 220).

⁸ Die qualifizierte elektronische Signatur (QES) ist abzugrenzen von der einfachen elektronischen Signatur (EES) und der fortgeschrittenen elektronischen Signatur (FES). Letztere zwei Signaturen sind der Schriftlichkeit nach Art. 12 ff. OR *nicht* gleichgestellt, können aber in allen formfrei abschliessbaren Verträgen zumindest eine gewisse Beweiskraft sowie eine gewisse Identifizierung gewährleisten.

⁹ Obligationenrecht (Aktienrecht) in der Fassung der vom Parlament beschlossenen Änderung vom 19. Juni 2020.

nach Lesart eine andere Bedeutung dieser Formulierung. Denkbar ist einerseits, dass die Wendung «auf Papier oder in elektronischer Form» die Schriftlichkeit näher umschreibt und letzterer Satzteil auf die Möglichkeit der qualifizierten elektronischen Form anspielt. Ein solches Verständnis führte tendenziell zu einem technischen Schriftlichkeitsverständnis. Andererseits erscheint möglich, dass nur die Wendung «auf Papier» auf den «schriftlichen Weg» Bezug nimmt und demgegenüber der Satzteil «in elektronischer Form» auf eine weitere, untechnisch zu verstehende, digitale Form zielt.¹⁰

Die historische Auslegung hilft in dieser Frage nicht wesentlich weiter, da sich die Botschaft nicht ausdrücklich äussert und auch in den Ratsdebatten nicht darauf eingegangen wurde. Immerhin scheint der Gesetzgeber gemäss Botschaft offen für ein weites Schriftlichkeitsverständnis zu sein, indem bei der GV-Einberufung die Einladung *via* E-Mail zulässig sein soll.¹¹ Allerdings findet sich im für die Einladung relevanten Art. 700 OR gerade keine Bezugnahme auf die Schriftlichkeit.

In systematischer Hinsicht ist augenfällig, dass sich der Gesetzgeber am geltenden GmbH-Recht orientierte.¹² Er ging gar einen Schritt weiter und schuf ein *level playing field*, indem das GmbH-Recht künftig für die schriftliche GV-Beschlussfassung auf das Aktienrecht verweist (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 5 nOR). Zieht man aufgrund dieses Konnexes die einschlägige Lehre zum GmbH-Recht bei, erkennt man eine liberale Haltung, welche auch untechnische Schriftformen wie die E-Mail zulässt.¹³ Eine abschliessende Klärung kann aber mit diesem Bezug nicht erreicht werden, da der bestehende Wortlaut für das künftige Aktienrecht nicht übernommen, sondern angepasst wurde. Eine ähnliche Tendenz gibt es mit einem Vergleich zur bestehenden Möglichkeit von schriftlichen Beschlüssen der Exekutive (Art. 713 Abs. 2 OR für die AG oder analog Art. 805 Abs. 4 OR für die GmbH¹⁴). Auch dort ist sich die Lehre mehrheitlich einig, dass ein weiter Schriftlichkeitsbegriff einschlägig ist.¹⁵ Bei diesem Vergleich ist jedoch nicht nur der

¹⁰ In jedem Fall muss aber ein gewisser Textbezug bleiben. Unter Art. 701 Abs. 3 nOR ausgeschlossen ist damit eine virtuelle GV im Sinne einer Videokonferenz. Dies zeigt sich nur schon daran, dass bei der Einberufung der virtuellen GV gemäss Art. 701d OR mit der Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters gewisse Vorschriften eingehalten werden müssen. Sodann macht die Abgrenzung von Art. 701 Abs. 3 nOR (letzter Satzteil) zur mündlichen Beratung klar, dass ein verbaler Bezug unzureichend ist. Vgl. zur Abgrenzung auch unten Kapitel II.C)2.

¹¹ Botschaft Aktienrecht 2017, BBl 2017 399 553.

¹² LUKAS MÜLLER/PHILIPPE J.A. KAISER/DIEGO BENZ, Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen, REPRAX 3/2020, S. 237.

¹³ Dazu BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 805 N 41; DIRK KOEHLER, Die GmbH in der Schweiz und in Deutschland. Ein Rechtsvergleich unter Einschluss des schweizerischen Reformprojekts und unter Berücksichtigung ihrer Eignung als Projektträgersgesellschaft für Joint Ventures, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 143.

¹⁴ Dazu BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 809 N 21 m. w. H.

¹⁵ BSK OR II-WERNLI/RIZZI, Art. 713 N 19; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 809 N 21; RETO SUTTER/NICOLAS FACINCANI, Zirkularbeschlüsse des Verwaltungsrats, TREX 2/2014, S. 107; a. M. BÖCKLI (Anm. 4), § 13 N 138 und WOLFGANG ERNST, Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren, recht 3/2020, S. 169.

leicht angepasste Wortlaut zu berücksichtigen, sondern ebenfalls der Umstand, dass die in aller Regel kleineren und (im Idealfall) mit einer gewissen Kollegialität agierenden Gremien der Exekutive möglicherweise auch in anderer Form zu ihrem Konsens finden können bzw. sollen. Aus diesen Gründen ist der Vergleich mit Vorsicht zu geniessen. Schliesslich sind in systematischer Hinsicht die jüngsten Corona-Spezialregeln zu berücksichtigen. Hierbei fällt auf, dass die Ausführungen des Bundesamts für Justiz (BJ), als Fachbehörde des Verordnungsgebers, eine restriktive Sicht einnehmen und für entsprechende Beschlüsse Schriftlichkeit im technischen Sinn verlangen.¹⁶ Bei diesem Vergleich ist jedoch besondere Vorsicht geboten, da wir uns beim *Covid*-Notrecht in einem staatsrechtlich nicht unproblematischen Bereich befinden. Demnach hat sich der Notrechtsetzer – wo notrechtliche Regeln nicht zwingend nötig sind – eine Zurückhaltung aufzuerlegen.¹⁷ Aufgrund des geltenden Aktienrechts kann daher diese Auslegung des BJ mit staatsrechtlich verlangerter Verhältnismässigkeit begründet werden,¹⁸ welche bei einer Revision auf höherer Normstufe (OR) demgegenüber nicht berücksichtigt werden muss. Im Zwischenergebnis sprechen systematische Überlegungen eher für eine extensive Auslegung.

Teleologisch strebt der Gesetzgeber Modernisierungen und Flexibilisierungen bei der Durchführung von GV an.¹⁹ Durch dieses Ziel sollen GV-Entscheide möglichst repräsentativ gemacht werden, indem Raum für verschiedene Teilnahmeformen geschaffen wird.²⁰ Repräsentative Entscheide tragen dabei zur *Corporate Governance* bei, indem einem Machtvakuum zugunsten des VR, ausgehend von einem zersplitterten Aktienbesitz und mangelnder Teilnahmefreudigkeit an der GV, entgegengewirkt wird. Trotz dieser Flexibilisierung soll u. E. aber ein gewisser Übereilungsschutz bestehen bleiben und gleichzeitig die Beweisbarkeit der Meinungsäusserung sichergestellt werden. Bei einem Überblick über diese Teleologie-Aspekte überwiegen jedoch auch hier die Argumente einer extensiven Interpretation.

Im Ergebnis ist u. E. von einer extensiven, nicht-technischen Auslegung des Schriftlichkeitsbegriffs in Art. 701 Abs. 3 nOR auszugehen. Solange allerdings Rechtsprechung zu dieser neuen gesetzlichen Grundlage fehlt, schreiben vorsich-

¹⁶ BJ, FAQ Coronavirus und Generalversammlungen vom 22. Juni 2020, Ziff. 12, abrufbar unter <<https://www.ejpd.admin.ch/dam/ejpd/de/data/aktuell/news/2020/2020-03-06/faq-gv-d.pdf>> (Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 11. November 2020). Diese Ausführungen sind u.E. zumindest in der historischen Auslegung zu berücksichtigen, da sie die Überlegungen des Verordnungsgebers zumindest teilweise dem Publikum zugänglich machen; a.M. («keine rechtlichen Wirkungen») KUNZ (Anm. 2), S. 302.

¹⁷ ANDREAS STÖCKLI, Regierung und Parlament in Pandemiezeiten, ZSR Sondernummer 2020, S. 17.

¹⁸ Kritisch KUNZ (Anm. 2), S. 304 Fn. 100 und NINA REISER, Neuerungen bei der Durchführung von Generalversammlungen. Im Zuge der Aktienrechtsrevision und in Zeiten der COVID-19-Pandemie, GesKR 2/2020, S. 238.

¹⁹ PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet!, Jusletter vom 10. Februar 2020, N 36; vgl. auch Botschaft Aktienrecht 2017, BBl 2017 399 667. Gemäss KUNZ (Anm. 2), S. 304 liegt dabei «ein zentraler Fokus auf einer generellen Digitalisierung des Aktienrechts» (Hervorhebung im Original).

²⁰ REISER (Anm. 18), S. 230; VON DER CRONE/GROB (Anm. 6), S. 6.

tige VR bis auf Weiteres handschriftlich unterzeichnete oder qualifizierte elektronische Stimmabgaben vor.²¹ Die zumindest zu Beginn bestehende Rechtsunsicherheit beim Schriftlichkeitsbegriff hätte vom Gesetzgeber vermieden werden können, indem er statt «schriftlich» lediglich «textlich nachweisbar» gefordert hätte.²²

Da eine Versammlung nach Duden als Zusammenkunft oder Beisammensein einer grösseren Anzahl von Personen zu einem bestimmten Zweck verstanden wird, ist der Begriff der «schriftlichen Versammlung» auf den ersten Blick ein Widerspruch in sich.²³ Präzis ausgedrückt handelt es sich bei schriftlichen GV eigentlich um schriftliche bzw. textlich nachweisbare *Beschlüsse* der GV.²⁴ Im Folgenden wird deshalb von dieser Terminologie ausgegangen.

Es kommt nicht von ungefähr, dass der Anwendungsfall der schriftlichen GV-Beschlüsse bei AG im Rahmen der Erweiterung auf virtuelle Versammlungen geschaffen wird. Auch bei der virtuellen Versammlung wird nämlich das Unmittelbarkeitsprinzip erheblich strapaziert, indem die virtuelle Teilnahme der unmittelbar physischen unter gewissen Voraussetzungen gleichgestellt wird. Zudem stehen beide Neuerungen unter dem weitreichenden Ziel der Modernisierung und Flexibilisierung der GV.²⁵

B) Zulässigkeit schriftlicher GV-Beschlüsse

1. Status quo ante Corona

Betreffend Zulässigkeit schriftlicher GV Beschlüsse zeigt sich, die rechtlichen Grundlagen unabhängig der Corona-Spezialregeln betrachtend, je nach Gesellschaftsform ein unterschiedliches Bild. Während das Aktienrecht im Legislativorgan keine schriftliche Beschlussfassung vorsieht,²⁶ ist dies sowohl im GmbH-Recht (Art. 805 Abs. 4 OR), im Genossenschaftsrecht (Art. 880 OR) wie auch im Vereinsrecht (Art. 66 Abs. 2 ZGB) explizit möglich.²⁷

²¹ Nach hier vertretener Auffassung kann der VR solche Anordnungen *qua* Kompetenz aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR fällen. Zur höheren demokratischen Legitimation wäre eine Konkretisierung mittels statutarischer Bestimmung in Erwägung zu ziehen.

²² Vgl. etwa die Wortwahl in den neueren Grundlagen von Art. 40d Abs. 1 OR, Art. 5 Abs. 8 FIDLEG, Art. 19 Abs. 1 FIDLEG, Art. 73 Abs. 1 FIDLEG, Art. 39 Abs. 2 FINIG, Art. 10 Abs. 3^{ter} KAG und Art. 74 Abs. 2 KAG.

²³ Vgl. auch HANS PETER WEBER-DÜRLER, *Gesellschafterversammlung, Urabstimmung und Delegiertenversammlung als Beschlussformen im schweizerischen Gesellschaftsrecht*, Bern 1973, S. 100.

²⁴ Wohl auch ROLAND RUEDIN, *Le vote par correspondance dans la société anonyme*, in: *Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Neuchâtel* (Hrsg.), *Hommage à Raymond Jeanprêtre*, Collection de travaux publiés par la faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Neuchâtel. Série juridique no 16, Neuchâtel 1982, S. 102.

²⁵ *Botschaft Aktienrecht 2017*, BBl 2017 399 667 f.

²⁶ Lehre und Rechtsprechung gehen aufgrund dieses Schweigens sowie gestützt auf Art. 689 Abs. 1 GV davon aus, dass *de lege lata* aktienrechtlich die schriftliche Beschlussfassung nicht zugelassen ist: BGE 128 III 142 E. 3b, S. 145; 71 I 383 E. 2a, S. 387 f.; BGE 67 I 342 E. 3, S. 347; BÖCKLI (Anm. 4), § 12 N 419; kritisch KUNZ (Anm. 6), S. 166.

²⁷ Dazu auch REISER (Anm. 18), S. 230.

Weitaus verbreiteter ist die Anwendung der schriftlichen Beschlussfassung bei den Exekutivorganen aller Gesellschaftsformen. Der Ursprung dürfte dabei primär in der übersichtlicheren Struktur sowie in der bereits aufgrund der entsprechenden Sorgfaltspflichten naheliegenden Vorbefassung der Exekutivmitglieder liegen.

2. Lex Corona

Die sich zuspitzende Lage um *Covid-19* verlangte nach notrechtlichen Regeln, um ein umfassendes *Social Distancing* einzuführen. Da gerade an physischen GV kaum der geforderte Zwei-Meter-Abstand²⁸ eingehalten werden konnte und in etlichen Fällen auch die Personenobergrenze überschritten worden wäre,²⁹ waren Alternativen gefragt. Der Bundesrat lieferte als Lösungsvorschlag neben der elektronischen Ausgestaltung sowie derjenigen *via* unabhängigem Stimmrechtsvertreter³⁰ insbesondere den schriftlichen Beschluss (zuletzt in Art. 27 Abs. 1 lit. a der Verordnung 3 vom 19. Juni 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus [Covid-19]; Covid-19-Verordnung 3; SR 818.101.24).

Seither ist gar bei der AG eine schriftliche GV-Beschlussfassung möglich. Die anwendbaren Regeln unterscheiden sich jedoch von den vor Corona geltenden. Insbesondere kann eine schriftliche GV-Beschlussfassung selbst dann für die übrigen Rechtsformen angeordnet und zulässigerweise durchgeführt werden, wenn ein Gesellschafter die mündliche Beratung verlangt.³¹

Die relevante Bestimmung von Art. 27 Abs. 1 lit. a Covid-19-Verordnung 3 wurde am 11. September 2020 bis zum 31. Dezember 2021 verlängert (Art. 29 Abs. 4 Covid-19-Verordnung 3). Damit wird die schriftliche Beschlussfassung in der Corona-Version voraussichtlich bis zur Ablösung durch das neue Aktienrecht in Kraft bleiben.³²

²⁸ Diese Distanzregel aus Art. 6e Abs. 2 und Art. 10c Abs. 3 lit. a der Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19-Verordnung 2; SR 818.101.24) wurde später auf 1.5m gelockert, vgl. Verordnung vom 19. Juni 2020 über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26) und die im Anhang aufgeführten Vorgaben für Schutzkonzepte.

²⁹ Zur Personenobergrenze: HANS-JAKOB DIEM/SIMONE EHRSAM, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19 – Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, § 11 N 2 m. w. H.

³⁰ Die Variante *via* Stimmrechtsvertreter besteht nur in Gesellschaftsformen, welche die Vertretung vorsehen. So ist bei Vereinen der Stimmrechtsvertreter aufgrund des Vertretungsverbots keine Option (dazu BSK ZGB I-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 67 N 6) bzw. bei Genossenschaften ist das stark eingeschränkte Vertretungsrecht gemäss Art. 886 Abs. 1 OR zu berücksichtigen, dazu BJ (Anm. 16), Ziff. 21 f.

³¹ BJ (Anm. 16), Ziff. 20; sodann ist keine statutarische Grundlage erforderlich: Peter Forstmoser/Thomas Hochstrasser, General Meetings of Stock Corporations in light of the Revised Swiss Code of Obligations, CapLaw-2020-53, S. 6.

³² Vgl. dazu auch Art. 6 des Entwurfs des Bundesrats zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz).

3. De lege ferenda (Aktienrecht 2020)

Die schriftliche GV-Beschlussfassung wurde praktisch an jeder grossen Aktienrechtsreformdebatte thematisiert. Die Einführung der schriftlichen Beschlussfassung wurde in der 1936er-Revision vom Parlament – trotz Eingang in den Entwurf – verworfen.³³ In Rahmen der 1991er-Aktienrechtsrevision wurde das Thema erneut diskutiert.³⁴ Bei der aktuellen «Grossen Aktienrechtsrevision» kam die schriftliche Beschlussfassung erst im zweiten Anlauf im Jahre 2016 aufs politische Tapet.³⁵ Dieses Mal war die Einführung unumstritten und wurde – mit Ausnahme einer redaktionellen Anpassung – in das nun verabschiedete Aktienrecht aufgenommen. Damit erlaubt das künftige Aktienrecht mit Inkrafttreten (voraussichtlich per Anfang 2022³⁶) auch im Legislativorgan schriftliche Beschlüsse, sofern die entsprechenden Voraussetzungen³⁷ erfüllt sind.³⁸

Die vom Gesetzgeber explizit erwähnte (Haupt-)Voraussetzung besteht dabei im Nichtverlangen einer mündlichen Beratung durch einen Aktionär. Dieses Vetorecht eines jeden Gesellschafters wurde dem GmbH-Recht (aktuell Art. 805 Abs. 4 OR, künftig Art. 805 Abs. 5 Ziff. 5 i. V. m. Art. 701 Abs. 3 nOR)

³³ Vgl. dazu nur BGE 67 I 342 E. 3, S. 347 m. w. H. Interessanterweise kam die Initiative zur Einführung der schriftlichen GV-Beschlussfassung von AG mit grossem Aktionariat (dazu Botschaft vom 21. Februar 1928 zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts, BBl 1928 205, 252). Mit der künftigen Veto-Ausgestaltung (dazu sogleich in diesem Kapitel) ist der Anwendungsbereich des schriftlichen Beschlusses mitnichten auf Gesellschaften mit einer grossen Anzahl Gesellschafter ausgerichtet.

³⁴ Mit Sympathien für eine positivrechtliche Einführung etwa RUEDIN (Anm. 24), S. 109 ff. und HERBERT WOHLMANN, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Max Gutzwiller/Hans Hinderling/Arthur Meier-Hayoz/Hans Merz/Paul Piotet/Roger Secrétan/Werner von Steiger/Frank Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/2, Basel 1982, S. 407.

³⁵ Im Vorentwurf 2014 war noch keine entsprechende Bestimmung vorgesehen. Wäre diese Bestimmung nicht in den Entwurf und nun in den definitiven Gesetzestext aufgenommen worden, so wäre gemäss KUNZ (Anm. 6), S. 166 die Unzulässigkeit der schriftlichen Beschlussfassung bei der AG durch ein qualifiziertes Schweigen zementiert worden. Im Gegensatz zur Revision der 1930er-Jahre (vgl. oben Anm. 33) standen nun die Gesellschaften mit kleinem Aktionariat sowie solche, die in Konzerne eingebunden waren, im Fokus: Botschaft Aktienrecht 2017, BBl 2017 399 555; vgl. auch KUNZ (Anm. 6), S. 166 mit dem Hinweis auf KMU-Situationen vgl. zudem Forstmoser/Hochstrasser (Anm. 31), S. 2.

³⁶ Medienmitteilung des Bundesrats vom 11. September 2020, Abs. 2, abrufbar unter <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-80358.html>>.

³⁷ Dazu unten Kapitel III.B) und Kapitel IV.C).

³⁸ Die Einführung dieser Möglichkeit erfolgt *via* Art. 701 Abs. 3 nOR und ohne Anpassung des Art. 689 Abs. 1 OR. Dies ist insofern interessant, als dass das Bundesgericht gestützt auf Art. 689 Abs. 1 OR davon ausging, dass die schriftliche Beschlussfassung ausgeschlossen ist (BGE 67 I 342 E. 3, S. 346 f.). Im Ergebnis hat die vorliegende Gesetzesredaktion jedoch keine praktischen Auswirkungen, da Art. 701 Abs. 3 nOR sowohl eine *lex specialis* wie auch eine *lex posterior* darstellt.

entnommen und verfolgt primär den Zweck, den grundsätzlichen Vorrang der physischen «Vor-Ort-GV»³⁹ sicherzustellen.⁴⁰

C) Abgrenzungen

1. GV mit physischer Anwesenheit (herkömmliche GV)

Das Ziel eines GV-Beschlusses bzw. des entsprechenden Traktandums ist in allen Fällen dasselbe: Das traktandierende Exekutivorgan (Art. 699 Abs. 1, Art. 805 Abs. 1 und Art. 881 Abs. 1 OR) oder der traktandierende Gesellschafter (Art. 699 Abs. 3 OR, Art. 805 Abs. 5 Ziff. 2 und Art. 881 OR) wollen einen Beschluss herbeiführen. Der Weg zu diesem Ziel ist bei der schriftlichen Version aber ein grundlegend anderer als bei der herkömmlichen GV⁴¹ mit physischer Anwesenheit: Während die Meinungsbildung oder zumindest der finale Akt dieser Meinungsbildung beim schriftlichen Beschluss bei jedem Gesellschafter «in seinem eigenen stillen Kämmerlein» erfolgt,⁴² besteht die Grundidee der herkömmlichen GV darin, dass mithilfe der Diskussion anlässlich der physischen Versammlung im besten Fall ein Konsens oder zumindest ein reflektierter Mehrheitsbeschluss erreicht wird (Art. 689 Abs. 1 OR).⁴³

Allerdings bestehen in beiden Systemen Annäherungen zueinander: Während auch beim schriftlichen GV-Beschluss der finalen Meinungsbildung häufig schon eine Debatte vorausgegangen ist, haben alle vertretenen Gesellschafter zumindest im internen Verhältnis durch Instruktion des Vertreters bereits vorgängig zur herkömmlichen GV ihre Meinung kundgetan.

Aufgrund des tendenziell durchdachteren Beschlusses nach erfolgter Diskussion erachtet der Gesetzgeber – auch in Zukunft – die physische Versammlung der Gesellschafter als die primäre Durchführungsform eines jeden GV-Beschlusses.⁴⁴ Aus eigener Erfahrung ist diese Grundhaltung auch in einer digitalen Welt und selbst in Zeiten von *Social Distancing* nachvollziehbar, da der schriftliche oder digitale Weg der Kommunikation viel fehleranfälliger und tendenziell

³⁹ Dazu unten Kapitel II.C)1.

⁴⁰ Der Gesetzgeber begründet das sinngemäss mit einem «Recht auf mündliche Beratung» bzw. «Recht auf Diskussion der Traktanden», vgl. Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), BBl 2002 3148, 3207; gemäss BSK OR II-TRUFER/DUBS, Art. 805 N 38 wird das Instrument der schriftlichen Beschlussfassung durch diese Bestimmung «erheblich geschwächt».

⁴¹ Die Bezeichnung als «herkömmliche» GV erfolgt nicht zuletzt aus dem Umstand, dass die schriftliche Beschlussfassung eine Ausnahme darstellt: BGE 67 I 342 E. 3, S. 346. DIEM/EHR SAM (Anm. 29), § 11 N 2 schreiben von «Generalversammlungen im klassischen Stil».

⁴² ERNST (Anm. 15), 168 schreibt in diesem Zusammenhang von «Fernkommunikation».

⁴³ Vgl. auch RUEDIN (Anm. 24), S. 102 und eingehend zur Auslegung des Art. 689 Abs. 1 OR auf S. 106 f.

⁴⁴ Vgl. nur Erläuternder Bericht des Bundesrats vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), S. 132 f.

weniger einladend ist, was etwa eine hohe Anzahl von Enthaltungen provozieren kann.⁴⁵

Sofern anlässlich einer GV mit physischer Anwesenheit statt einer Willenskundgabe durch Handerhebung eine «geheime», schriftliche Abstimmung oder Wahl erfolgt, liegt u. E. noch keine schriftliche GV-Beschlussfassung vor.⁴⁶ Es finden hierbei die üblichen Regeln der herkömmlichen GV Anwendung, mit der einzigen Modalität hinsichtlich des speziellen Verfahrens betreffend Stimmabgabe.⁴⁷

2. Virtuelle GV

Mit der «Grossen Aktienrechtsrevision» wird eine flächendeckende Zulässigkeit der virtuellen GV eingeführt (Art. 701c ff., Art. 805 Abs. 5 Ziff. 2^{bis} und Art. 893a OR).⁴⁸ Es handelt sich dabei allerdings lediglich um eine «Grundsatzzulässigkeit» bzw. passive Zulässigkeit, d.h. der Gesetzgeber sieht die grundsätzliche Möglichkeit vor, deren Aktivierung muss jedoch entweder vom Exekutivorgan (Art. 701c OR) oder durch die Statuten (Art. 701d OR) vorgenommen werden.

Zu unterscheiden ist der parallele elektronische Weg, bei welchem sich abwesende Gesellschafter zu einer herkömmlichen GV dazuschalten können (Art. 701c OR; unechte virtuelle GV), von einer dezentralen Versammlung ohne eigentlichen Tagungsort (Art. 701d OR; echte virtuelle GV).

Bezeichnend für die virtuelle GV ist, dass der elektronische Teilnehmer – wie beim schriftlich abstimmenden Gesellschafter – in örtlicher Hinsicht nicht unmittelbar teilnimmt, durch die digitalen Möglichkeiten aber «live» bzw. in *Realtime* an der Versammlung partizipiert.⁴⁹ Dieser zeitliche Aspekt weicht erheblich von den schriftlichen Beschlüssen ab, da dort gerade keine gleichzeitige Teilnahme an der Beschlussfassung stattfindet. Keine Unterscheidung zur schrift-

⁴⁵ Die Auswirkungen der abgegebenen Enthaltungsstimmen dürften dabei vielen Gesellschaftern nicht bewusst sein: Sowohl bei der AG wie auch bei der GmbH und beim Verein zählen Stimmenthaltungen mangels anderslautender statutarischer Bestimmung faktisch als Nein-Stimmen; vgl. zum Ganzen auch ERNST (Anm. 15), S. 170 f. Durch gezielte und adressatengerechte Kommunikation können diese Nachteile u. E. aber minimiert werden. *Pro memoria*: Wird ein Stimmzettel gar nicht retourniert, handelt es sich um eine nicht vertretene Stimme, welche sich nicht auf das Mehr auswirkt, jedoch im Falle von Präsenzquoten zu Problemen führen kann.

⁴⁶ Als Vergleich: Die Stimmabgabe mittels elektronischer Abstimmungsgeräte anlässlich grosser GV macht die GV noch nicht zur virtuellen. Allenfalls könnte man vorliegende Variation als «unechte schriftliche Beschlussfassung» betiteln; ähnlich BGE 67 I 342 E. 3, S. 347 mit einem Hinweis auf die schriftliche «Abstimmung ausserhalb der Generalversammlung»; a. M. RUEDIN (Anm. 24), S. 103, der diese Stimmabgabe ebenfalls als schriftliche Beschlussfassung qualifiziert.

⁴⁷ Dieses Verfahren ist in aller Regel nicht in den Statuten geregelt und bedarf lediglich einer Kundgabe durch den Vorsitzenden, wobei insbesondere die Gleichbehandlung der Gesellschafter zu berücksichtigen ist (Art. 717 Abs. 2 und Art. 813 OR).

⁴⁸ Zumindest die multilokale sowie die unechte virtuelle GV sind nach h. L. bereits unter bisherigem Recht zulässig: VON DER CRONE/GROB (Anm. 6), S. 6 f., m. w. H.

⁴⁹ Nach VON DER CRONE/GROB (Anm. 6), S. 15 ist dieser zeitliche Aspekt entscheidend; denn damit wird sinngemäss auf die Auslegung der Anwesenheit gemäss Art. 4 OR abgestellt, vgl. dazu BSK ZGB I-ZELLWEGER/GUTKNECHT, Art. 4 N 3; vgl. auch ERNST (Anm. 15), S. 168.

lichen Beschlussfassung kann aufgrund der Form vorgenommen werden, da die Schriftlichkeit untechnisch zu verstehen ist und auch «auf schriftlichem Weg [...] in elektronischer Form erfolgen» kann (Art. 701 Abs. 3 nOR).⁵⁰

3. Universalversammlung

Im Gegensatz zur schriftlichen Beschlussfassung erfolgt die Universalversammlung unter Anwesenden.⁵¹ Obwohl bei Universalversammlungen in der Praxis der schriftliche Legitimationsausweis (d. h. die Spezialvollmacht) eine zentrale Rolle spielt, erfolgt die eigentliche Stimmausübung durch den Vertreter, der seinerseits an der jeweiligen Versammlung anwesend ist, oder aber durch die anwesenden Gesellschafter.⁵² Dabei sind an einer Universalversammlung weder die Traktanden definiert, noch wird das Beschlussergebnis vorweggenommen, da jeweils alle Gesellschafter zwingend entweder anwesend oder vertreten sind.⁵³

Trotz dieser Unterschiede steht die Universalversammlung u. E. in der Praxis in direkter Konkurrenz insb. zum Zirkularbeschluss.⁵⁴ *Via* Vertretung ermöglicht die Universalversammlung eine faktische Sicherstellung der Stimmausübung, ermöglicht die Universalversammlung eine Stimmrechtsausübung, ohne dass sich der Vertretene an den Ort der GV begeben muss und ohne dass die Einberufungsvorschriften eingehalten werden müssen.

D) Arten schriftlicher GV

Im Unterschied zum Verfahren der physischen GV enthält das Gesetz *de lege lata*⁵⁵ und auch *de lege ferenda* nur sehr rudimentäre gesellschaftsrechtliche Bestimmungen zur schriftlichen Beschlussfassung in der GV.

Gemäss vorliegender Auffassung sind die schriftlichen GV-Beschlüsse (*votes par correspondance*) in zwei Kategorien aufzuteilen: in Zirkularbeschlüsse (*votes par circulation*) und in Urabstimmungen (*votations par correspondance*), für deren Zustandekommen unterschiedliche Voraussetzungen gelten.⁵⁶

Der etwas verstaubt wirkende Begriff der Urabstimmung wird teilweise in Zusammenhang gebracht mit dem heute nurmehr in öffentlichen Stimmangele-

⁵⁰ Vgl. dazu detailliert oben Kapitel II.A).

⁵¹ Vgl. zu diesen rechtlich relevanten Begrifflichkeiten auch Art. 4 f. OR.

⁵² Vgl. auch RUEDIN (Anm. 24), S. 102.

⁵³ Die erwähnte Spezialvollmacht beschränkt die Vertretungsmacht aber auf bestimmte Geschäfte.

⁵⁴ Wenig erstaunlich regelt das künftige Aktienrecht den Zirkularbeschluss denn auch im selben Artikel wie die Universalversammlung (Art. 701 nOR).

⁵⁵ Derzeit lediglich im Recht der GmbH, Art. 805 Abs. 4 OR.

⁵⁶ Die Lehre macht häufig keine saubere Unterscheidung, vgl. nur LUKAS HANDSCHIN/CHRISTOF TRUNIGER, Die GmbH, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, § 9 N 87; KUNZ (Anm. 6), S. 166; KOEHLER (Anm. 13), 142 f.; ebenso BEK ZGB-RIEMER, I/3/2, Art. 66 N 30 und WEBER-DÜRLER (Anm. 23), S. 100 f. U. E. ist eine strikte Trennung dieser Kategorien aber unabdingbar, da unterschiedliche Voraussetzungen und Verfahrensabläufe bestehen; vgl. auch RUEDIN (Anm. 24), S. 102 f.

genheiten verwendeten Begriff der Urnenabstimmung.⁵⁷ Der Begriff impliziert, dass jeder Berechtigte die Abstimmungsunterlagen an die angegebene Korrespondenzadresse zugestellt bekommt, dabei – meist auf vorgedruckten Formularen – seinen Willen kundtun kann und anschliessend den ausgefüllten Stimmzettel innert einer bestimmten Frist an eine zentrale Stelle (meist an das Abstimmungsbüro) einsenden muss. Danach müssen die Organisatoren der Abstimmung die eingegangenen Stimmen auszählen (sog. Erwahrungsbeschluss) und in einem entsprechenden Protokoll (sog. Erwahrungsprotokoll) das Ergebnis festhalten.⁵⁸

Der Zirkularbeschluss⁵⁹ geht demgegenüber davon aus, dass ein vorgefertigtes Protokoll mit dem antizipierten Ergebnis zur Unterzeichnung «in die Runde geschickt» wird.⁶⁰ Die Runde wird dabei durch die Anzahl Personen im entsprechenden Gremium definiert. Bei der GV muss damit die Unterschrift bzw. die auf elektronischem Weg übermittelte Stimmabgabe eines jeden Gesellschafters (gestützt auf das aktuelle Aktien- bzw. Anteilbuch, das Genossenschafterverzeichnis oder die Mitgliederliste) eingeholt werden. Aus Praktikabilitätsgründen wird meist von einer tatsächlichen Zirkulation desselben Dokuments abgesehen zugunsten einer Zusendung der jeweils relevanten Unterschriftsseite eines jeden Gesellschafters an den Organisator des Beschlusses (meist das Exekutivorgan oder konkret den Vorsitzenden des Exekutivorgans). Diese Abweichung ist so lange unschädlich, als dass am Schluss alle Unterschriften vorliegen und in das finale Dokument eingefügt werden können. Anders als bei der Urabstimmung kann der Gesellschafter nicht zwischen mehreren Varianten wählen, da – wie erwähnt – das Ergebnis vorweggenommen wird. Die Willensäusserung beschränkt sich damit auf ein «*take it or leave it*». Der Zirkularbeschluss ist hiermit der unbürokratischere, aber auch undemokratischere Bruder der Urabstimmung.⁶¹

Klar ist mangels anderslautender Normierung in Art. 627 nOR, dass eine statutarische Grundlage für die Zulässigkeit der schriftlichen Beschlussfassung in der GV weder bei der AG noch bei der GmbH erforderlich sein wird.⁶² Die Schaffung statutarischer Grundlagen drängt sich aber für Gesellschaften auf, welche künftig von der Möglichkeit der schriftlichen Beschlussfassung in der GV Gebrauch machen wollen. Denn obwohl sich die schriftliche Beschlussfassung auf den ersten Blick vor allem durch den Wegfall der physischen Zusammenkunft der Aktionäre bzw. Gesellschafter unterscheiden mag, stellen sich bei genauerer Betrachtung zahlreiche Folgefragen, auf welche das Gesetz keine oder keine eindeutige Antwort bereithält.

⁵⁷ Dazu Botschaft Aktienrecht 1928, BBl 1928 252 mit einer Verweisung auf die «Urnenabstimmung» bei Genossenschaften, wobei dort ausschliesslich von der «Urabstimmung» die Rede ist; vgl. auch WEBER-DÜRLER (Anm. 23), S. 93.

⁵⁸ Zur Wirkung des Erwahrungsbeschlusses: ERNST (Anm. 15), S. 169.

⁵⁹ Auch Zirkulationsbeschluss genannt, wobei die Begriffe u. E. als Synonyme verwendet werden können.

⁶⁰ Vgl. auch WEBER-DÜRLER (Anm. 23), S. 100 f. Zu dieser «älteren Praxis» auch ERNST (Anm. 15), S. 168.

⁶¹ Zum demokratischen Gehalt der Urabstimmung: WEBER-DÜRLER (Anm. 23), S. 93.

⁶² Demgegenüber bleibt die statutarische Verankerung in der Genossenschaft auch künftig erforderlich (vgl. Art. 880 i.V.m. Art. 833 Ziff. 6 nOR).

III. Zirkularbeschluss

A) Wesensmerkmale

Der Begriff des Zirkularbeschlusses findet sich im Gesetz selbst weder im OR noch im ZGB. Er wird oft als Synonym für die schriftliche Beschlussfassung des Verwaltungsrats nach Art. 713 Abs. 2 OR⁶³ sowie für die schriftliche Beschlussfassung im Rahmen des Vereins nach Art. 66 Abs. 2 ZGB⁶⁴ und der Stockwerkeigentümerversammlung nach Art. 712m Abs. 2 ZGB i. V. m. Art. 66 Abs. 2 ZGB⁶⁵ verwendet.

Der Zirkularbeschluss stand offenbar im Vordergrund der Überlegungen zur Einführung der schriftlichen Beschlussfassung in der GV der AG.⁶⁶ Im GmbH-Recht besteht die Grundlage zur schriftlichen Beschlussfassung schon länger (Art. 805 Abs. 4 OR), wobei der Gesetzgeber auch bei dieser in erster Linie an den Zirkularbeschluss gedacht haben dürfte, ohne dass sich den Materialien eine klare Unterscheidung der beiden Formen entnehmen liesse.⁶⁷

Bei der GV der Genossenschaft wird die schriftliche Beschlussfassung mittels Zirkularbeschluss in der Lehre ebenfalls als zulässig erachtet, obwohl im Gesetz explizit nur die Urabstimmung genannt wird (Art. 880 OR).⁶⁸

Wie erwähnt,⁶⁹ wird in der Lehre indes häufig keine oder zumindest keine genaue Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten der schriftlichen Beschlussfassung gemacht. Nach hier vertretenem Verständnis sind der Zirkularbe-

⁶³ So ROLF WATTER/SEBASTIAN FLÜCKIGER, Beschlussfassung unter abwesenden VR-Mitgliedern (inkl. Zirkularbeschluss), GesKR 3/2015, S. 413.

⁶⁴ BGE 132 III 503 E. 4.1, S. 509.

⁶⁵ LUKAS HANDSCHIN/MICHAEL WYTTENBACH, Der Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung und seine Anfechtung, in: Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2011, Tagung vom 24. März 2011, Bern 2011, S. 60.

⁶⁶ Botschaft Aktienrecht 2017, BBl 2017 399 555, in welcher in Bezug auf die auf schriftlichem Weg oder in elektronischer Form erfolgende Beschlussfassung der GV «insbesondere» der Zirkularbeschluss genannt wird, wobei in der Botschaft jedoch nicht erwähnt wird, welche andere Formen der schriftlichen oder elektronischen Beschlussfassung neben dem Zirkularbeschluss ebenfalls denkbar sind.

⁶⁷ Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), BBl 2002 3148. Indes wird die schriftliche Beschlussfassung im Rahmen der GmbH nach Art. 805 Abs. 4 OR heute von vielen Autoren mit der Urabstimmung gleichgesetzt: so BÖCKLI (Anm. 4), § 12 N 7 mit Hinweis auf Art. 805 Abs. 4 OR; BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 805 N 37 f.; uneinheitlich in der Terminologie etwa CHK-KRATZ, Art. 805 OR N 11; differenzierend zwischen Urabstimmung und Zirkularbeschluss etwa OFK-GASSER/EGGENBERGER/STÄUBER, Art. 805 OR N 14.

⁶⁸ BSK OR II-MOLL, Art. 880 N 5 m. w. H. Aufgrund der Tatsache, dass Art. 880 OR die Möglichkeit der schriftlichen Stimmabgabe bei der GV der Genossenschaft erst ab 300 Mitgliedern eröffnet, ist zu bezweifeln, ob der Zirkularbeschluss im Rahmen der GV der Genossenschaft in der Praxis Anwendung finden wird. Aus diesem Grund wird vorliegend nicht näher auf den Zirkularbeschluss im Rahmen der Genossenschaft eingegangen.

⁶⁹ Vgl. Anm. 56.

schluss und die Urabstimmung als verschiedene Spielarten der schriftlichen Beschlussfassung voneinander abzugrenzen.⁷⁰

Der Zirkularbeschluss zeichnet sich dadurch aus, dass er mit ausdrücklicher, schriftlicher oder elektronischer Stimmabgabe sämtlicher Mitglieder des beschliessenden Organs zustande kommt. Der Beschlussantrag wird zu diesem Zweck unter den Abstimmenden in Umlauf gegeben, was auch im Namen «Zirkularbeschluss» zum Ausdruck kommt.

Dieses Verständnis des Zirkularbeschlusses als Beschluss, zu dem alle Aktionäre mittels Unterschrift oder auf elektronischem Weg ihre Stimme abzugeben haben, scheint auch der Aktienrechtsrevision zugrunde zu liegen, wird doch in der Botschaft in Zusammenhang mit dem Zirkularbeschluss nach Art. 701 Abs. 3 OR ausdrücklich die «Unterzeichnung durch *sämtliche* Aktionärinnen und Aktionäre» erwähnt.⁷¹ Auch Art. 23 Abs. 2 HRegV⁷² sieht vor, dass dem Handelsregisteramt einzureichende Zirkularbeschlüsse die Unterschrift sämtlicher Personen, welche dem entsprechenden Organ angehören, enthalten müssen.⁷³

Die Erforderlichkeit der Stimmabgabe durch sämtliche Organmitglieder im Rahmen von Zirkularbeschlüssen der GV und mithin die Erforderlichkeit der damit verbundenen ausdrücklichen, schriftlichen bzw. elektronischen Willensäusserung sämtlicher Organmitglieder erscheint auch vom Ergebnis her gerechtfertigt: Gemäss Art. 701 Abs. 3 nOR kann die auf dem Zirkularweg durchgeführte GV *de lege ferenda* ohne Einhaltung der Einberufungsvorschriften erfolgen. Somit ist die für die mündliche GV geltende – bereits recht kurz bemessene – Einberufungsfrist von mindestens 20 Tagen gemäss Art. 700 Abs. 1 OR *de lege ferenda* bei Zirkularbeschlüssen nicht mehr einzuhalten, was im Ergebnis bedeuten dürfte, dass den Aktionären mithin eine kürzere Frist zur schriftlichen Abstimmung auf dem Zirkularweg gesetzt werden kann. Würde man bei solchen, nach neuem Aktienrecht möglichen, sehr kurzfristig angesetzten Zirkularbeschlüssen auf das Erfordernis der Stimmabgabe durch sämtliche Aktionäre verzichten, so würde dies eine übermässig starke Einschränkung der Aktionärsrechte bedeuten. Die Gefahr wäre diesfalls gross, dass Aktionäre, beispielweise infolge Auslandabwesenheit, gar keine Kenntnis von der auf dem Zirkularweg durchgeführten Abstimmung erlangen.

⁷⁰ So sprechen sich auch BSK ZGB I-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 66 N 4 mit Hinweis auf weitere Autoren für eine Abgrenzung zwischen der schriftlichen Abstimmung nach Art. 66 Abs. 2 ZGB und der Urabstimmung aus.

⁷¹ Botschaft Aktienrecht 2017, BBl 2017 399 496, Hervorhebung hinzugefügt; gl. M. dürfte in Bezug auf Zirkularbeschlüsse des Verwaltungsrats einer AG auch WERNER VON STEIGER, Praktische Hinweise: Der Zirkulationsbeschluss, Die schweizerische Aktiengesellschaft (SAG) 8/1963, S. 206 sein, gemäss welchem ein Stillschweigen der Mitglieder nicht als Zustimmung zu einem zur Genehmigung unterbreiteten Antrag gelten darf und es sich empfiehlt, die Meinungsäusserung der einzelnen VR-Mitglieder einzuholen, wobei gemäss VON STEIGER allerdings auch eine nicht schriftliche Zustimmung im Einzelfall als ausreichend betrachtet werden kann.

⁷² Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR 221.411).

⁷³ Dazu eingehend unten Kapitel III.E.

Auch das gesetzlich in Art. 701 Abs. 3 nOR vorgesehene Recht jedes Aktionärs, eine mündliche Beratung durchzuführen, vermöchte diese Einschränkung nicht zu kompensieren, da ohne Kenntnis der anberaumten Beschlussfassung auch keine Erhebung des Vetorechts möglich ist.

Wird demgegenüber bei einer Abstimmung auf schriftlichem Weg auf Papier oder in elektronischer Form eine 20-tägige minimale Einberufungsfrist eingehalten, indem den Aktionären eine entsprechende Frist zur Stimmabgabe eingeräumt wird, so ist bereits die zusätzliche Voraussetzung für das Zustandekommen eines Urabstimmungsbeschlusses erfüllt, bei welchem nach vorliegend vertretener Ansicht und im Gegensatz zum Zirkularbeschluss keine Stimmabgabe durch sämtliche Organmitglieder erforderlich ist.⁷⁴

Von der Erforderlichkeit der Stimmabgabe durch sämtliche Organmitglieder abzugrenzen ist die Frage des erforderlichen Zustimmungsquorums bei einem Zirkularbeschluss. Im Zusammenhang mit Beschlüssen der Vereins- und Stockwerkeigentümersammlung werden zuweilen Zirkularbeschlüsse aufgrund des erforderlichen Zustimmungsquorums von der Urabstimmung unterschieden. Urabstimmungsbeschlüsse werden dabei als Mehrheitsbeschlüsse, Zirkularbeschlüsse als einstimmig gefasste Beschlüsse definiert bzw. gegeneinander abgegrenzt.⁷⁵ Dies mag für auf dem Zirkularweg getroffene Vereinsbeschlüsse nach Art. 66 Abs. 2 ZGB, welche von Gesetzes wegen und ohne anderslautende statutarische Regelungen Einstimmigkeit erfordern, zutreffend sein. Bei einer GV wäre indes nach hier vertretener Ansicht auch das Zustandekommen eines Mehrheitsbeschlusses auf dem Zirkularweg denkbar, solange sämtliche Gesellschafter zu einem entsprechenden Beschlussantrag unterschriftlich oder auf elektronischem Weg ihre Stimme abgeben. So können Gesellschafter, welche einem Antrag nicht zustimmen wollen, mit der Beschlussfassung auf dem Zirkularweg jedoch einverstanden sind, theoretisch ihre Zustimmung oder Ablehnung zu einem Antrag auf dem Zirkularweg mitteilen, wie dies im Rahmen von Zirkularbeschlüssen des Verwaltungsrats bereits heute gehandhabt wird.⁷⁶

B) Voraussetzungen

1. Vetorecht betreffend mündliche Beratung

Voraussetzung für das Zustandekommen eines schriftlichen GV-Beschlusses einer AG (Art. 701 Abs. 3 nOR) wie auch einer GmbH (Art. 805 Abs. 4 OR)⁷⁷ ist, dass kein Gesellschafter die Durchführung einer mündlichen Beratung verlangt.

⁷⁴ Dazu eingehend unten Kapitel IV.A).

⁷⁵ HANDSCHIN/WYTENBACH (Anm. 65), S. 60 f.; so auch BSK ZGB I-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 66 N 4, welche die Mehrheitsabstimmung im Vereinsrecht als «Urabstimmung» bezeichnen. Im Rahmen von Verwaltungsratsbeschlüssen einer AG werden nach h. L. demgegenüber Mehrheitsbeschlüsse ebenfalls als Zirkularbeschlüsse bezeichnet, so beispielsweise BSK OR II-WERNLI/RIZZI, Art. 713 N 19.

⁷⁶ VALÉRIE SCHRÄMLI/MARKUS VISCHER, Die Protokollierung der Beschlussfassung im Verwaltungsrat, insbesondere von Zirkularbeschlüssen, Jusletter vom 5. Februar 2018, N 11.

⁷⁷ Die elektronische Abstimmung ist im Rahmen des GmbH-Rechts nicht vorgesehen. Art. 805 Abs. 4 OR erwähnt im Gegensatz zu Art. 701 Abs. 3 nOR nur die schriftliche Form.

Bei der schriftlichen Beschlussfassung der Vereinsversammlung auf dem Zirkularweg nach Art. 66 Abs. 2 ZGB ist dieses Vetorecht demgegenüber nicht vorgesehen. Das Vetorecht wird im Vereinsrecht jedoch ersetzt durch die weitergehende Voraussetzung der einstimmigen Zustimmung sämtlicher Mitglieder zu einem Antrag, was *de facto* somit auch im Vereinsrecht zu einem entsprechenden Vetorecht führt.⁷⁸

Da es sich beim Vetorecht betreffend die mündliche Beratung um eine negative Voraussetzung handelt, ist ein ausdrücklicher Verzicht auf die mündliche Beschlussfassung nicht erforderlich.⁷⁹ Indes erscheint es zwecks Nachweis der Nichterhebung des Vetorechts, zur Vorbeugung von Missverständnissen und zur Minimierung eines Anfechtungsrisikos sinnvoll, im den Gesellschaftern unterbreiteten Beschlussantrag bereits einen ausdrücklichen Verzicht auf das Vetorecht vorzusehen, wie dies im Rahmen von Verwaltungsratsbeschlüssen schon heute Usus ist.⁸⁰

Die bei Ausübung des Vetorechts geforderte mündliche Beratung hat im Rahmen einer physischen oder virtuellen GV zu erfolgen. Sofern diesfalls keine die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter erforderliche Universalabstimmung durchgeführt werden kann, ist die mündliche Versammlung folglich unter Berücksichtigung der Einberufungsvorschriften abzuhalten.⁸¹ So ist es den abstimmenden Mitgliedern insbesondere möglich, ihre Rechte wahrzunehmen, welche durch die Beschlussfassung auf schriftlichem oder elektronischem Weg eingeschränkt worden wären. Zu denken ist dabei etwa an das Recht jedes Gesellschafters, in der GV im Rahmen der Verhandlungsgegenstände Anträge zu stellen.

2. Stimmabgabe durch sämtliche Mitglieder

Weitere Voraussetzung und gleichzeitig Wesensmerkmal des Zirkulationsbeschlusses ist nach hier vertretener Ansicht, wie erwähnt, die ausdrückliche Stimmabgabe sämtlicher Mitglieder des abstimmenden Organs zum beantragten Beschluss. Gemäss Art. 701 Abs. 3 nOR kann diese Stimmabgabe sowohl auf schriftlichem Weg, d. h. mit handschriftlicher Unterzeichnung und postalischer Rück- bzw. Weitersendung des Beschlussantrags, als auch in elektronischer Form, beispielsweise per E-Mail, erfolgen.⁸²

⁷⁸ Auf das Erfordernis der Einstimmigkeit kann indes in den Vereinsstatuten verzichtet werden: BGE 132 III 503 E.4.1, S. 509 sowie BSK ZGB I-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 66 N 4.

⁷⁹ Ebenso BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 805 N 38.

⁸⁰ Zur Handhabung im Rahmen von Verwaltungsratsbeschlüssen: SCHRÄMLI/VISCHER (Anm. 76), N 11. Ein Verzicht auf die Ausübung des Vetorechts kann jeweils nur für die konkrete Beschlussfassung gelten und nicht auch als genereller Verzicht für zukünftige Versammlungen angesehen werden, vgl. hierzu RUEDIN (Anm. 24), S. 109.

⁸¹ So auch in Bezug auf Art. 805 OR für die GV der Genossenschaft: CHK-KRATZ, Art. 805 OR N 11.

⁸² Dazu einlässlich oben Kapitel II.A).

3. Erfordernis einer statutarischen Grundlage?

Der Zirkularbeschluss ist als Unterform des schriftlichen Beschlusses klarerweise von Art. 701 Abs. 3 nOR erfasst und bedarf somit keiner weiteren statutarischen Grundlage.

Eine statutarische Regelung des Verfahrens der Beschlussfassung auf dem Zirkularweg erscheint aufgrund der erforderlichen Stimmabgabe durch sämtliche Gesellschafter und des damit verbundenen, eher eingeschränkten Anwendungsbereichs in der Praxis im Gegensatz zur Urabstimmung auch nicht aus praktischen Überlegungen angezeigt.⁸³ Allenfalls könnte eine statutarische Regelung betreffend die Art der Zustellung von Informationen an die Gesellschafter betreffend auf dem Zirkularweg zustande gekommene GV-Beschlüsse sinnvoll erscheinen.

C) Einladung

Anders als im Recht der GmbH, der Genossenschaft und im Vereinsrecht sind die Einladungsvorschriften nach Art. 701 Abs. 3 nOR bei der Beschlussfassung auf schriftlichem Weg im Rahmen der GV der AG *de lege ferenda* ausdrücklich nicht mehr zu berücksichtigen.

Die entsprechende Formulierung in Art. 701 Abs. 3 nOR wurde offenbar Art. 701 Abs. 1 nOR bzw. Art. 701 Abs. 1 OR⁸⁴ entliehen, welche dieselbe Regelung in Bezug auf die Universalversammlung enthält. Der Verzicht auf die Einberufungsvorschriften im Rahmen der Universalversammlung wird durch die erforderliche widerspruchslöse Anwesenheit oder Vertretung sämtlicher Aktien⁸⁵ kompensiert.

Vor diesem Hintergrund erscheint auch die hier vertretene Definition des Zirkularbeschlusses, welcher eine die Anwesenheit im mündlichen Verfahren ersetzende ausdrückliche Stimmabgabe durch sämtliche Gesellschafter bedingt, sachgerecht und stimmig. Erhält ein Gesellschafter – sei es infolge Ferienabwesenheit oder aus welchem Grund auch immer – keine Kenntnis über den ihm zugestellten Antrag zu einem Zirkularbeschluss, weshalb er auch kein Vetorecht auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragen kann, so wird er auch keine Stimme abgeben, und der Zirkularbeschluss kommt nicht zustande. Es liegt somit eine ähnliche Situation vor, wie wenn ein Gesellschafter einer Universalversammlung fernbleibt und diese folglich nicht gültig zustande kommen kann.

⁸³ Zum praktischen Anwendungsbereich des Zirkularbeschlusses unten Kapitel V.; vgl. zur notwendigen statutarischen Grundlage bei Genossenschaften aber oben Fn. 62.

⁸⁴ Art. 701 Abs. 1 OR enthält eine praktisch gleichlautende Bestimmung wie Art. 701 Abs. 1 nOR, wobei in Art. 701 Abs. 1 nOR das Wort «Formvorschriften» durch «Vorschriften» ersetzt wurde. Inhaltlich ändert sich an der Bestimmung gemäss Botschaft Aktienrecht 2017, BBl 2017 399 555 jedoch nichts.

⁸⁵ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 701 N 1.

D) Anträge

Wie bereits ausgeführt⁸⁶, zeichnet sich die Beschlussfassung auf dem Weg des Zirkularbeschlusses dadurch aus, dass den Organmitgliedern nach dem Prinzip *«take it or leave it»* einzig die Annahme oder Ablehnung eines Antrags zur Auswahl gestellt wird. Das Einbringen eigener (Gegen-)Anträge ist bei dieser Beschlussform deshalb aus praktischer Sicht kaum möglich.

Vertretbar wäre nach hier vertretener Ansicht die Annahme, dass die Ausübung des Antragsrechts durch das Vetorecht jedes Organmitglieds, eine mündliche Beratung zu verlangen, in deren Rahmen wiederum Anträge gestellt werden können, kompensiert wird.⁸⁷

E) Beschlussfassung

Infolge der Unterzeichnung des Zirkularbeschlusses durch sämtliche Aktionäre kommt mit der letzten erforderlichen Unterschrift ein GV-Beschluss zustande.

Erfordern Zirkularbeschlüsse eine Eintragung im Handelsregister (bspw. Statutenänderungen), so kann dem Handelsregister entweder der von allen Organmitgliedern unterzeichnete Beschluss selbst oder ein Erwahrungsprotokoll eingereicht werden, in welchem das Zustandekommen des GV-Beschlusses im Rahmen eines Feststellungsprotokolls zum Ausdruck gebracht wird.⁸⁸

Die Öffentlichkeit der Handelsregisterbelege dürfte eher für die Einreichung eines Erwahrungsprotokolls⁸⁹ anstelle des Beschlussprotokolls sprechen, da aus Letzterem die Namen sämtlicher Aktionäre ersichtlich sind.

F) Anfechtung

In der Praxis dürfte die Anfechtung von Zirkularbeschlüssen der GV von untergeordneter Bedeutung bleiben, da ein entsprechender Beschluss durch jeden Gesellschafter mit Erhebung des Vetorechts auf mündliche Beratung viel einfacher verhindert werden kann.

Die Anfechtung eines Zirkularbeschlusses wäre allenfalls denkbar beim (vermeintlichen) Zustandekommen eines Beschlusses trotz fehlender Stimmab-

⁸⁶ Dazu Kapitel II.D).

⁸⁷ Zur praktischen Handhabung bei Bejahung bzw. Gewährung eines Antragsrechts im Rahmen einer Beschlussfassung auf dem Zirkularweg wird auf Kapitel IV.C)3. verwiesen.

⁸⁸ MICHAEL GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 24 N 112a. Bei Einreichung eines durch alle Gesellschafter unterzeichneten Protokolls ist dem Handelsregisteramt u.E. eine Feststellung des Vorsitzenden beizubringen, gemäss welcher das Beschlussdokument die Unterschriften sämtlicher Gesellschafter enthält.

⁸⁹ Dazu Kapitel II.D).

gabe eines Organmitglieds⁹⁰ oder bei späterer Geltendmachung eines Willensmangels durch einen unterzeichnenden Gesellschafter.

Anders als bei der physischen oder virtuellen Versammlung hat der Gesellschafter bei der schriftlichen Beschlussfassung keine Möglichkeit, vor der Mitteilung über das Beschlussergebnis von dessen Zustandekommen Kenntnis zu erlangen. Die Frist zur Anfechtung schriftlich gefasster Beschlüsse kann deshalb erst mit der Möglichkeit der Kenntnisnahme des Beschlusses zu laufen beginnen. Dies ist in Bezug auf Beschlüsse des Vereins und der Stockwerkeigentümersammlung ausdrücklich im Gesetz vorgesehen,⁹¹ wird im Recht der Genossenschaft und der GmbH von der Lehre ebenfalls bejaht⁹² und muss auch für den GV-Beschluss der AG gelten.⁹³

IV. Urabstimmung

A) Wesensmerkmale

Ausdrücklich gesetzlich verankert findet sich die Urabstimmung *de lege lata* ausschliesslich im Genossenschaftsrecht. Gemäss Art. 880 OR können die Statuten bei Genossenschaften, welche mehr als 300 Mitglieder zählen, bestimmen, dass die Befugnisse der GV ganz oder zum Teil durch schriftliche Stimmabgabe (Urabstimmung) ausgeübt werden.

Die Urabstimmung ist nach dem Verständnis des Genossenschaftsrechts ein Institut, welches grossen Genossenschaften die Durchführung der GV und die Beschlussfassung erleichtern soll.⁹⁴ Demgegenüber erweist sich die schriftliche Beschlussfassung im geltenden Recht der GmbH als ausschliesslich auf kleine Gesellschafterverhältnisse zugeschnitten⁹⁵ – dies insbesondere aufgrund des Vetorechts, welches jedem Gesellschafter zusteht (Art. 805 Abs. 4 OR). Obwohl das GmbH-Recht die Urabstimmung wörtlich nicht erwähnt, wird sie von der

⁹⁰ In Bezug auf die Anfechtung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümersammlung vgl. ZK-WERMELINGER, Art. 712m N 207 sowie HANDSCHIN/WYTENBACH (Anm. 65), S. 78 f.; HANDSCHIN/WYTENBACH gehen bei fehlender Unterschrift aufgrund (fahrlässiger) Nichteinladung eines Stockwerkeigentümers gar von der Nichtigkeit aus, WERMELINGER bejaht in diesem Fall lediglich die Anfechtbarkeit des Beschlusses.

⁹¹ Art. 75 ZGB für das Vereinsrecht; Art. 712m i. V. m. Art. 75 Abs. 2 ZGB für Beschlüsse der Stockwerkeigentümersammlung.

⁹² In Bezug auf die Anfechtung des Genossenschaftsentscheids nach Art. 891 Abs. 2 OR: BSK OR II-MOLL, Art. 891 N 23; in Bezug auf die Anfechtung der schriftlichen Abstimmung der Gesellschafterversammlung der GmbH nach Art. 808c OR: BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 808c N 7.

⁹³ Zum Fristenlauf nach bisherigem Recht vgl. BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706a N 2, gemäss dem die Anfechtungsfrist nach Art. 706a OR bereits am Tag nach der GV zu laufen beginnt und nicht erst mit der Kenntnisnahme durch den abwesenden Aktionär. Dies hat u. E. bei Durchführung einer physischen oder virtuellen GV weiterhin zu gelten.

⁹⁴ CHK-MÜLLER/FORNITO, Art. 880 OR N 2; BSK OR II-MOLL, Art. 880 N 2.

⁹⁵ Die meisten GmbH weisen ohnehin eher kleine Strukturen auf, weshalb sich diese Einschränkung im Recht der GmbH weniger stark auswirkt, als dies künftig bei der AG der Fall sein dürfte.

h. L. als zulässig erachtet bzw. von vielen Autoren mit Art. 805 Abs. 4 OR gleichgesetzt.⁹⁶

Im Vereinsrecht anerkannte das Bundesgericht schon sehr früh, dass kein Zweifel daran bestehe, dass an Stelle der GV eine schriftliche Abstimmung, eine sog. Urabstimmung, treten könne.⁹⁷

Nach hier vertretener Auffassung ist die Urabstimmung korrekterweise wie im Recht der Genossenschaft kodifiziert zu verstehen. Das heisst, sie stellt eine Form der Beschlussfassung dar,⁹⁸ welche es erlaubt, einen schriftlichen Mehrheitsbeschluss ohne zwingende Mitwirkung aller Mitglieder des beschlussfassenden Organs zu fassen, und welche die physische GV substituiert.⁹⁹ Jedem Mitglied des beschlussfassenden Organs ist ein separates Abstimmungsformular zuzustellen, auf welchem der Antrag beispielsweise durch Setzen eines Kreuzchens entweder angenommen oder abgelehnt werden kann oder aber die Möglichkeit besteht, sich der Stimme zu enthalten.¹⁰⁰ Die Gesellschaft hat die retournierten Abstimmungsformulare auszuwerten und das Resultat in einem Protokoll festzuhalten (Erwahrung).¹⁰¹ Für die Rücksendung wird die Gesellschaft – soweit diese nicht auf elektronischem Weg erfolgt – ein separates Rücksendecouvert beilegen.¹⁰² Erst mit der protokollarischen Erwahrung¹⁰³ und bei Erreichen des

⁹⁶ BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 805 N 37 ff.; uneinheitlich in der Terminologie etwa CHK-KRATZ, Art. 805 OR N 11. Differenzierend zwischen Urabstimmung und Zirkularbeschluss etwa OFK-GASSER/EGGENBERGER/STÄUBER, Art. 805 OR N 14. Die Einführung des Vetorechts, welches jedem Gesellschafter uneingeschränkt zukommt, wurde in der Lehre teilweise heftig kritisiert und gar als Abschaffung der Urabstimmung bezeichnet; vgl. BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 805 N 38 m. H. auf THEO GUHL/ALFRED KOLLER/ANTON K. SCHNYDER/JEAN NICOLAS DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. A., Zürich 2000, § 75 N 35. Andere Autoren erachten dieses Vetorecht als erforderlicher Ausgleich der Beschränkung des Rechts auf beratende Mitwirkung bei der Beschlussfassung, vgl. statt vieler HANDSCHIN/TRUNIGER, (Anm. 56), § 9 N 87 m. w. H.).

⁹⁷ BGE 48 II 156 E. 5, S 156. Das Bundesgericht führte ergänzend aus, Art. 64 ZGB, welcher der Versammlung der Vereinsmitglieder die Stellung als oberstes Vereinsorgan einräume, sei keine zwingende Gesetzesbestimmung. Der *ratio legis* sei Genüge getan, wenn sich der Wille des einzelnen Mitglieds auf eine andere angemessene Weise Geltung zu verschaffen möge. Demgegenüber wurde die Zulässigkeit von Urabstimmungen im Recht der AG vom Bundesgericht jedoch bisher klar verneint: WEBER-DÜRLER (Anm. 23), S. 101 m. w. H.

⁹⁸ Eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Urabstimmung findet sich in WEBER-DÜRLER (Anm. 23), S. 100 ff.

⁹⁹ RUEDIN (Anm. 24), S. 102.

¹⁰⁰ WEBER-DÜRLER (Anm. 23), S. 100.

¹⁰¹ ERROL M. KÜFFER, Ein weiterer Beitrag zur Kambrischen Explosion: Aus der Notariatspraxis zum Fusionsgesetz, in: Stefan Keller/Stefan Wiprächtiger (Hrsg.), MARC AMSTUTZ zum 50. Geburtstag, Zürich 2012, S. 177 ff., 181. Auf den Couverts sollte dabei idealerweise eine Anmerkung angebracht werden, aus welcher klar ersichtlich ist, dass sich ein Abstimmungsformular im Umschlag befindet. Dies dient dem Zweck, die Umschläge bis zur Erwahrung verschlossen zu lassen.

¹⁰² ERNST (Anm. 15), S. 169 f.

¹⁰³ Dazu Kapitel II.D).

für einen Beschluss erforderlichen gesetzlichen oder statutarischen Quorums kommt der Beschluss zustande.¹⁰⁴

B) Zulässigkeit der Urabstimmung unter künftigem Aktienrecht

De lege ferenda werden auch AG die Möglichkeit haben, GV-Beschlüsse schriftlich zu fassen. Wie bereits unter geltendem Recht der GmbH, hat sich der Gesetzgeber bei der Redaktion von Art. 701 Abs. 3 nOR für die terminologisch ungenaue Formulierung der «schriftlichen Beschlussfassung» entschieden, was die Frage eröffnet, ob neben Zirkularbeschlüssen künftig auch Urabstimmungen zulässig sein werden bzw. in Bezug auf die GmbH zulässig bleiben.

Dem Gesetz lässt sich weiterhin keine Definition der schriftlichen Beschlussfassung entnehmen. Die Tatsache, dass sowohl der Zirkularbeschluss als auch die Urabstimmung nach hier vertretener Ansicht *Formen* der schriftlichen Beschlussfassung darstellen und dass es *die schriftliche Beschlussfassung* als gesetzlich definierte Form so nicht gibt, ist als Indiz dafür zu werten, dass der Gesetzgeber die Urabstimmung *de lege ferenda* nicht ausschliessen wollte. Für diese Einschätzung spricht auch der Umstand, dass den Materialien zur Gesetzesrevision keine Hinweise zu entnehmen sind, dass der Gesetzgeber die schriftliche Beschlussfassung inskünftig grundlegend anders interpretieren möchte, als dies im Recht der GmbH heute der Fall ist.

Gegen diese Einschätzung könnte aber insbesondere der Umstand sprechen, dass die schriftliche Beschlussfassung im Recht der AG systematisch bei der Universalversammlung¹⁰⁵ eingebettet wird. Die Urabstimmung weist zwar gewisse Parallelen zur Universalversammlung auf¹⁰⁶. Insbesondere können beide Formen der GV nicht gegen den Willen eines Gesellschafters durchgesetzt werden. Bei der Universalversammlung wird dies sichergestellt, indem jeder Gesellschafter an der Versammlung anwesend oder vertreten sein muss.¹⁰⁷ Mit anderen Worten hat der Gesellschafter seine Zustimmung zur Durchführung einer Universalversammlung *nicht erteilt*, wenn er passiv bleibt. Mangels Vertretung sämtlicher Gesellschaftstitel käme die Universalversammlung in diesem Fall nicht zustande und dennoch gefasste Beschlüsse wären nichtig.¹⁰⁸ Bei der Urabstim-

¹⁰⁴ In Analogie zu Art. 703 und 704 OR muss sich das Quorum aus den zurückgesendeten Abstimmungsformularen berechnen, so auch ERNST (Anm. 15) S. 170. In der Praxis dürften leere Rücksendungen des Abstimmungsformulars zwar selten vorkommen, ausdrückliche Enthaltungen im Rahmen einer Urabstimmung aber durchaus häufiger auftreten als an GV mit physischer Präsenz. Die leere Rücksendung des Formulars müsste als *vertretene* Aktienstimme bzw. als vertretener Aktientitel und damit als Enthaltung gewertet werden, soweit die übrigen Voraussetzungen wie z. B. fristgerechte Rücksendung, Unterzeichnung durch den Gesellschafter o. Ä. eingehalten werden.

¹⁰⁵ Heute: Art. 701 OR; für die GmbH: Art. 805 Abs. 3 OR; für die Genossenschaft: Art. 884 OR.

¹⁰⁶ So insbesondere WEBER-DÜRLER (Anm. 23), S. 106.

¹⁰⁷ Dazu Kapitel II.C)3.

¹⁰⁸ BGE 137 III 460 E. 3.3.2, S. 465: Die Nichtigkeit ist bei nicht korrekt durchgeführter GV stets zwingende Rechtsfolge, unabhängig davon, ob ein nicht anwesender und nicht vertretener Aktionär den Beschluss materiell hätte beeinflussen können.

mung könnte derselbe Schutz der Gesellschafterrechte nur dann gewährleistet werden, wenn die Gesellschaft belegen könnte, dass jeder Gesellschafter der Durchführung einer schriftlichen Abstimmung unter Nichteinhaltung der Einladungsvorschriften gemäss Art. 700 Abs. 1 OR¹⁰⁹ zugestimmt hat. Das passive Verhalten dürfte nicht als Zustimmung gewertet werden. Dies ist in der Praxis durchaus denkbar, doch würde nach hier vertretener Definition im Falle der ausdrücklichen Stimmabgabe durch sämtliche Mitglieder ein Zirkularbeschluss vorliegen. Die Einladungsvorschriften leichtfertig zu verletzen, wenn die Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter nicht gewährleistet ist, empfiehlt sich aufgrund der drohenden Nichtigkeitfolge in keinem Fall. Unter geltendem Recht der GmbH geht die Lehre denn auch davon aus, dass die Einladungsvorschriften bei der Durchführung einer Urabstimmung – zumindest analog – zur Anwendung gelangen.¹¹⁰

Nach hier vertretener Auffassung hat sich der Gesetzgeber mit Art. 701 Abs. 3 nOR für eine grundsätzliche Zulässigkeit der schriftlichen Beschlussfassung in der GV ausgesprochen, ohne eine Form explizit auszuschliessen. Der Begriff der schriftlichen Beschlussfassung sollte deshalb weit ausgelegt und die Urabstimmung *de lege ferenda* als zulässige Form derselben erachtet werden. Allerdings können für die Urabstimmung, aufgrund der sich vom Zirkularbeschluss unterscheidenden Wesensmerkmale, namentlich der Möglichkeit einen Beschluss ohne Mitwirkung sämtlicher Aktionäre bzw. Gesellschafter zu fassen, nicht in sämtlichen Punkten dieselben Spielregeln wie beim Zirkularbeschluss zur Anwendung gelangen. Die Autoren setzen sich nachfolgend mit den wichtigsten Punkten auseinander, welche im Falle der Durchführung einer Urabstimmung in der GV zu beachten sind.

C) Voraussetzungen bei der Durchführung der Urabstimmung

1. Statutarische Grundlage

Aufgrund der rudimentären Bestimmungen zur schriftlichen Beschlussfassung in der GV ist Gesellschaften, welche das Institut der Urabstimmung vermehrt nutzen möchten, zu empfehlen, das Verfahren möglichst lückenlos in den Statuten zu regeln, selbst wenn das Gesetz dies nicht verlangt.¹¹¹ Damit kann aufseiten der Gesellschaft als auch aufseiten der Gesellschafter zusätzliche Rechtssicherheit geschaffen werden.

Fehlen statutarische Grundlagen und möchte eine Gesellschaft dennoch eine Urabstimmung durchführen, lohnt es sich, das Verfahren vorab gut zu planen und die einzelnen Verfahrensschritte umfassend zu dokumentieren, damit sie gegenüber den Gesellschaftern falls und soweit erforderlich offengelegt werden können.

¹⁰⁹ Für die GmbH: Art. 805 Abs. 3 OR.

¹¹⁰ Vgl. insbesondere BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 805 N 40.

¹¹¹ So auch: WOHLMANN (Anm. 34), S. 406; OFK-GASSER/EGGENBERGER/STÄUBER, Art. 805 OR N 16; HANDSCHIN/TRUNIGER (Anm. 56), § 4 N 91.

2. Einladung

Eine Einladung im herkömmlichen Sinne wird aufgrund des Umstandes, dass es keine Versammlung gibt, zu welcher eingeladen werden könnte, entfallen. Sie wird ersetzt durch die Aufforderung zur schriftlichen Stimmabgabe.¹¹² Auf die Urabstimmung sind die Einladungsvorschriften entgegen Art. 701 Abs. 3 nOR nach hier vertretener Auffassung somit zumindest in analoger Weise anwendbar.

Die teilzwingende Einladungsfrist gemäss Art. 700 Abs. 1 OR ist demnach so zu verstehen, dass dem Gesellschafter ab Zustellung der Abstimmungsunterlagen¹¹³ eine Frist von mindestens 20 Tagen¹¹⁴ einzuräumen ist, innert welcher er seinen Beschluss zu fassen und das Abstimmungsformular zur Rücksendung an die Gesellschaft oder das von dieser bezeichnete Stimmbüro aufzugeben hat¹¹⁵.

Sofern eine Gesellschaft das Verfahren der Urabstimmung in ihren Statuten regelt, ist sinnvollerweise festzuhalten, dass eine Stimmabgabe nach der gesetzten Frist verspätet ist und nicht mehr berücksichtigt wird. In Ermangelung einer statutarischen Grundlage ist dem Organisator zu raten, beim Versand der Abstimmungsunterlagen ausdrücklich auf diesen Umstand hinzuweisen.

Allerdings muss der Verwaltungsrat oder die mit dem Vorsitz des Stimmbüros betraute Person sicherstellen, dass eine genügend lange Frist für den Eingang der rückgesendeten Abstimmungsformulare einberechnet wird, bevor das Ergebnis der Beschlussfassung festgestellt wird.¹¹⁶ Wie bereits ausgeführt, kann die schriftliche Beschlussfassung entweder auf Papier oder elektronisch erfolgen. Wird eine Urabstimmung elektronisch durchgeführt, können die Gesellschafter die Abstimmungsformulare nach hier vertretener Auffassung auch per E-Mail retournieren, wodurch die Problematik einer genügend langen Rücksendefrist entschärft wird.¹¹⁷

¹¹² SIMONI/HAUSER/BÄRTSCHI: Handbuch Schweizer GmbH-Recht, Musterdokumente, Checklisten und Übersichten für die Praxis, Basel 2019, N 67.62. Für die Genossenschaft bleibt demgegenüber eine statutarische Grundlage auch künftig zwingend erforderlich.

¹¹³ Effektive Kenntnisnahme darf nach Auffassung der Autoren nicht verlangt werden, da dies auch bei der Einladung zur physischen GV nicht erforderlich ist. Abzustellen ist vielmehr auf das Zugangsprinzip, womit die Gesellschaft lediglich, aber immerhin, beweisen können muss, dass den Gesellschaftern die Unterlagen zur Abstimmung zugegangen sind.

¹¹⁴ Oder länger, falls statutarisch vorgesehen.

¹¹⁵ Gl. M. in Bezug auf das geltende Recht der GmbH: BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 805 N 42; weniger streng scheint die Auffassung von HANDSCHIN/TRUNIGER zu sein, welche lediglich ausführen, dem Gesellschafter sei eine Frist für die Stimmabgabe zu setzen, vgl. HANDSCHIN/TRUNIGER (Anm. 56), § 4 N 89. Wie bei Volksabstimmungen ist es dem Gesellschafter selbstverständlich möglich, das Formular vor Ablauf der Frist zu retournieren. Hält die Gesellschaft jedoch das Resultat des Beschlusses protokollarisch fest, bevor die Frist verstrichen ist, und stellt sich heraus, dass zu diesem Zeitpunkt nicht alle Formulare vorgelegen haben, so müsste dies konsequenterweise als Verletzung der Einladungsfrist gewertet werden und zur Nichtigkeit des gefassten Beschlusses führen (vgl. Anm. 108).

¹¹⁶ Dieses Problem stellt sich insbesondere in internationalen Verhältnissen.

¹¹⁷ Dazu Kapitel II.A).

3. Anträge

Die Anträge, welche den Gesellschaftern zur Abstimmung unterbreitet werden, müssen so formuliert sein, dass sie mit «ja» oder «nein» beantwortet werden können,¹¹⁸ d. h., die Fragen dürfen nicht offen formuliert sein.

In der Praxis dürfte sich die Urabstimmung primär in jenen Fällen anbieten, in welchen keine zusätzlichen Anträge der Gesellschafter zu erwarten sind. Ob das Antragsrecht durch das Vetorecht konsumiert wird, wie die Autoren dies beim Zirkularbeschluss befürworten,¹¹⁹ ist fraglich. In jedem Fall muss das Antragsrecht als zentrales Gesellschafterrecht beachtet werden, weshalb Anträge nach hier vertretener Auffassung bei der Urabstimmung grundsätzlich als zulässig erachtet werden.¹²⁰ Idealerweise wäre das Vorgehen auch diesbezüglich statutarisch zu regeln, um Unsicherheiten zu vermeiden.¹²¹

Aus praktischer Sicht wird die Schwierigkeit bei der Handhabung von Anträgen aus dem Kreis der Gesellschafter primär darin liegen, diese Anträge den übrigen Gesellschaftern rechtzeitig zur Kenntnis und Abstimmung zu bringen. Haben gewisse Gesellschafter ihr Abstimmungsformular bereits retourniert, bevor sie Kenntnis hatten von den ergänzenden Anträgen, stellt sich etwa die Frage, ob sie die abgegebene Stimme ausdrücklich widerrufen und ein neues Abstimmungsformular anfordern müssten, andernfalls ihre Stimme gültig bliebe.¹²² Aus Gründen der Praktikabilität müsste davon ausgegangen werden, dass die Stimme ohne Widerruf gültig bleibt, doch liesse sich dies aus Sicht des Gesellschafters kaum rechtfertigen.

Der Problematik könnte insofern begegnet werden, dass statutarisch vorgesehen bzw. den Gesellschaftern auf dem Abstimmungsformular zur Kenntnis gebracht wird, dass das Stellen eines Gegenantrags dem Antrag um mündliche Beratung gleichgestellt wird und in einem solchen Fall immer eine physische oder virtuelle GV durchgeführt wird. Da ein antragstellender Gesellschafter möglicherweise gar nicht so weit gehen möchte, dürfte es taktisch geschickter sein, den Gesellschaftern vor dem Versand der Abstimmungsunterlagen eine Frist zur Einreichung allfälliger Anträge zu setzen.¹²³ Dies wird bei grossen Gesellschaften im Vorfeld physischer GV bereits heute so gehandhabt. Diese erste Frist müsste den konkreten Umständen angemessen sein. Gleichzeitig müssten die Gesellschafter über die vom Verwaltungsrat bestimmten Traktanden und Anträge bereits in diesem Zeitpunkt in Kenntnis gesetzt werden. Diese Variante ist für die

¹¹⁸ HANDSCHIN/TRUNIGER (Anm. 56), § 4 N 91.

¹¹⁹ Dazu Kapitel III.D).

¹²⁰ Gl. M. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 805 N 40 m. w. H.

¹²¹ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 805 N 40 m. w. H.

¹²² Diese Frage stellt sich primär dann, wenn aus dem Abstimmungsformular nicht hervorgeht, dass noch Anträge eintreffen können.

¹²³ Es besteht für die Gesellschaft aber keine Pflicht, die Gesellschafter auf die Möglichkeit hinzuweisen, dass sie Fragen oder Anträge stellen können, vgl. DIEM/EHRSAM (Anm. 29), § 11 N 8. Die Beschlussfassung unter Verletzung des Antragsrechts eines Gesellschafters zieht einen anfechtbaren Beschluss nach sich (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Die Verletzung des Vetorechts hingegen könnte nach hier vertretener Auffassung gar zur Nichtigkeit führen (vgl. Art. 706b Ziff. 1 OR).

Gesellschaft zwar etwas aufwendiger und insbesondere zeitintensiver, stellt jedoch sicher, dass die Abstimmungsunterlagen in definitiver Form und inkl. allfälliger Anträge von Gesellschaftern versandt werden können und die fundamentalen Rechte der Gesellschafter gewahrt werden. Nicht ausgeschlossen ist bei diesem Szenario jedoch, dass ein Gesellschafter sich bei der anschliessenden Urabstimmung auf sein Vetorecht beruft und den schriftlichen Beschluss mit dem Verlangen der mündlichen Beratung zum Scheitern bringt.

4. Vetorecht jedes Gesellschafters

Aufgrund der allgemeinen Geltung des in Art. 701 Abs. 3 nOR inkorporierten Vetorechts und mangels einer urabstimmungsspezifischen Eigenheit, muss u. E. das Vetorecht auch bei der Urabstimmung berücksichtigt werden. Ein solches Vetorecht besteht sodann unter geltendem GmbH-Recht bereits heute (vgl. Art. 805 Abs. 4 OR).

Begrüssenswert wäre jedoch, dass der Gesetzgeber sich in einer künftigen Aktienrechtsrevision zusätzlich einer auf grössere Strukturen ausgerichteten Lösung analog des Genossenschaftsrechts annehmen würde. So könnte gesetzlich festgelegt werden, dass grosse AG mit einem Aktionariat ab beispielsweise 50 oder 100 Aktionären statutarisch vorsehen können, dass gewisse Beschlüsse auf dem Schriftweg gefasst werden, ohne dass jedem Gesellschafter ein Vetorecht gegen diese Form der Beschlussfassung zukommt. Denkbar wäre, dass die Frist zur Abstimmung verlängert würde, damit den Aktionären genügend Zeit bleibt, sich ausserhalb der GV allfällige Fragen beantworten zu lassen.

De lege ferenda ist eine solche Lösung nicht vorgesehen, weshalb das Vetorecht bei Durchführung einer Urabstimmung wie beim Zirkularbeschluss in jedem Fall zur Anwendung gelangt. Aus Beweisgründen ist dem vorsichtigen Gesellschafter geraten, sein Vetorecht schriftlich¹²⁴ auszuüben. Aufgrund der Formulierung von Art. 701 Abs. 3 nOR wird die Gesellschaft im Falle eines Zivilprozesses beweisen müssen, dass sie das Abstimmungsverfahren korrekt durchgeführt hat, d. h. dass insbesondere allen Gesellschaftern die Abstimmungsunterlagen zugestellt worden sind und dass die Frist zur Stimmgabe mindestens 20 Tage betragen hat. Beruft sich ein Gesellschafter hingegen darauf, dass das von ihm geltend gemachte Vetorecht missachtet wurde, wird die Beweislast diesbezüglich bei ihm liegen.

D) Zustandekommen des Beschlusses und Anfechtung

Anders als beim Zirkularbeschluss kann bei der Urabstimmung der Beschluss grundsätzlich erst zustande kommen, wenn der Vorsitzende¹²⁵ die Stimmen ausgewertet und das Ergebnis protokolliert hat. Eine Ausnahme von diesem Grund-

¹²⁴ Wobei hier nicht schriftlich i. S. v. Art. 13 OR gemeint ist, sondern in einer durch Text nachweisbaren Form.

¹²⁵ Im Normalfall wird es sich beim Vorsitzenden um ein Mitglied des Verwaltungsrats handeln. Soll ein gefasster Beschluss aber beurkundet werden, so bietet sich ggf. an, einen Mitarbeitenden des mit der Beurkundung beauftragten Notars zu bevollmächtigen und die Abstimmungscouverts direkt an das Notariatsbüro zurücksenden zu lassen.

satz ist insbesondere in Einpersonengesellschaften Verhältnissen gegeben. Das Erwahrungsprotokoll muss nach vorliegender Auffassung insbesondere Aufschluss geben über die Anzahl der Gesellschaftsanteile, welche an der Beschlussfassung mitgewirkt haben,¹²⁶ die Art und Weise der Durchführung der Beschlussfassung sowie das Abstimmungsresultat. Zusätzlich dürfte es, wie erwähnt, empfehlenswert sein, im Erwahrungsprotokoll ausdrücklich zu bestätigen, dass kein Gesellschafter innert der Abstimmungsfrist die mündliche Beratung verlangt hat.

Fraglich ist, wann die Anfechtungsfrist gemäss Art. 706a Abs. 1 OR zu laufen beginnt. Während das Gesetz auf den Zeitpunkt der GV, d. h. auf das Versammlungsdatum abstellt, findet eine solche bei der Urabstimmung gerade nicht statt. Denkbar wäre einerseits, dass auf den Zeitpunkt der Erwahrung des Beschlusses abgestellt wird. Im Gegensatz zu einer physischen oder virtuellen GV wissen die Gesellschafter aber wohl meist nicht, wann diese Erwahrung stattfindet. Aus diesem Grund halten die Autoren dafür, dass die Frist zur Anfechtung mit der Möglichkeit der Kenntnisnahme des Beschlusses durch die Gesellschafter zu laufen beginnt. Dies setzt voraus, dass die Gesellschaft die Gesellschafter nach der Erwahrung des Beschlusses über die erfolgte Erwahrung bzw. das Beschlussergebnis in Kenntnis setzt.

V. Praktische Bedeutung des Zirkularbeschlusses und der Urabstimmung

Die Abstimmung mittels Zirkularbeschluss erscheint aufgrund der Voraussetzung der ausdrücklichen Stimmabgabe sämtlicher Organmitglieder und des Rechts jedes Gesellschafters, eine mündliche Verhandlung zu verlangen, nur bei Gesellschaften mit kleinem Aktionariat sinnvoll. Aus taktischer Sicht dürfte es sodann förderlich sein, den zu treffenden Beschluss bereits informell vorzubesprechen oder zumindest alle nötigen Informationen proaktiv zur Verfügung zu stellen.¹²⁷ Kosten- und Effizienzüberlegungen sowie eine zeitliche Dringlichkeit können diesfalls für eine Beschlussfassung auf dem Zirkularweg sprechen.

Gleichermassen dürfte auch die Urabstimmung in der Praxis für die breite Masse der Gesellschaften eine lediglich geringe Rolle spielen. Einerseits wurden Urabstimmungen, obwohl bei der GmbH bereits zulässig, zumindest bis vor Ausbruch der *Covid*-Pandemie äusserst selten durchgeführt. Dies liegt einerseits wohl daran, dass sich die Gesellschaften dieser Möglichkeit zu wenig bewusst sind. Andererseits ist jedoch auch zu beachten, dass die GmbH im Vergleich zur AG in vielen Fällen wesentlich familiärer bzw. persönlicher ausgestaltet ist. Ins-

¹²⁶ Dies als Pendant zur Angabe der in der physischen GV anwesenden und vertretenen Gesellschaftsanteile gemäss Art. 702 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

¹²⁷ So auch die Botschaft Aktienrecht 2017, BBl 2017 399 555, gemäss welcher die schriftliche Beschlussform Gesellschaften mit kleinem Aktionariat und Gesellschaften, die in einen Konzern eingebunden sind, mehr Flexibilität ermöglichen soll; vgl. dazu auch oben Kapitel II.A).

besondere das Vetorecht der Gesellschafter dürfte in grösseren Strukturen auch weiterhin eine kaum überwindbare Hürde darstellen.

Bei Unternehmen mit einer grösseren Anzahl an Gesellschaftern erscheint damit weder der Zirkularbeschluss noch die Urabstimmung sinnvoll, da realistischere Weise nicht mit der – zumindest konkludenten – Zustimmung aller Gesellschafter zum schriftlichen Beschlussfassungsverfahren und in Bezug auf den Zirkularbeschluss der effektiven Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter gerechnet werden kann. In diesem Bereich muss man deshalb davon ausgehen, dass das neu eingeführte bzw. neu formulierte Instrument der schriftlichen GV-Beschlussfassung weitgehend toter Buchstabe bleiben wird.

Für Gesellschaften mit wenigen Gesellschaftern, allenfalls auch in Konzernverhältnissen, wäre die schriftliche Beschlussfassung nach Auffassung der Autoren jedoch grundsätzlich eine interessante Alternative. Insbesondere in Fällen, in welchen Gesellschafter geografisch weit verstreut wohnen, oder bei statutarischen Vertretungsbeschränkungen drängt sich ein schriftlicher Beschluss geradezu auf.

Obwohl der persönliche Austausch vor Ort meist zu den qualitativ besten Lösungen führt,¹²⁸ muss jeweils mit dem Bedürfnis nach möglichst einfachen Verfahren abgewogen werden. Gerade bei Einzelentscheidungen, die anlässlich einer ausserordentlichen GV zu traktandieren sind, kommt der Weg der schriftlichen Beschlussfassung den Gesellschaftern womöglich entgegen.¹²⁹ Aus diesen Überlegungen darf gespannt auf die praktische Entwicklung dieses neuen Instruments für die AG geblickt werden.

VI. Schlussbemerkungen

Das Coronavirus wird die Menschen voraussichtlich noch eine Zeit lang beschäftigen. Dabei wird es unweigerlich auch zu einigen strukturellen Verschiebungen kommen. *Social Distancing* schreit geradezu nach digitalen Lösungen, insbesondere nach virtueller Durchführung von GV.

Das gemeinhin an GV auftretende Problem einer geringen Anwesenheitsquote der Gesellschafter dürfte künftig durch die Option der virtuellen GV entschärft werden, da der Aufwand des Gesellschafters für Anreise und gegebenenfalls Übernachtung entfallen wird. Indes bleibt auch bei der virtuellen GV eines gleich: die Versammlung findet an einem bestimmten Tag zu einer bestimmten Zeit statt. Demgegenüber erlaubt die schriftliche Beschlussfassung dem Gesell-

¹²⁸ Gerade für die Meinungsbildung bei Unentschlossenen dürfte der digitale oder schriftliche Weg wenig hilfreich sein, was sich erfahrungsgemäss in einer hohen Anzahl enthaltender Stimmen niederschlägt.

¹²⁹ Vgl. auch RUEDIN (Anm. 24), S. 110; WEBER-DÜRLER (Anm. 23), S. 93. Dem einfachen Verfahren kann dabei auch aus Sicht der Gesellschaft («billigere Durchführung») und aus Sicht des Exekutivorgans («weniger kritisierende Voten») Positives abgewonnen werden; vgl. auch KUNZ (Anm. 2), S. 303

schafter, seine Unterlagen zu studieren und das Stimmformular auszufüllen, wann und wo es ihm passt.

Gerade in kleineren Strukturen, für welche eine virtuelle Durchführung kein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis liefert, wird der schriftliche Beschluss, der nach hier vertretener Auffassung sowohl in analoger wie auch in digitaler Form erfolgen kann, eine interessante Distanz-Alternative sein bzw. bleiben. Die schriftliche Abstimmung mag gegenüber der physischen GV gewisse Nachteile aufweisen. Allerdings hat die Erfahrung gerade bei grösseren Gesellschaften, insbesondere bei AG, bereits vor Corona gezeigt, dass nur ein Bruchteil der Aktionäre persönlich an der GV erscheint. Die Mehrheit lässt sich vertreten, was dazu führt, dass der Gesellschafter selbst ohnehin nicht an den Diskussionen der GV teilnimmt. Insofern gibt es gute Gründe, dass die *persönliche* schriftliche Meinungskundgabe mittels schriftlicher Stimmabgabe der *ratio legis* von Art. 689 Abs. 1 OR gar besser entspricht als die Vertretung durch einen Dritten. Hinzu kommt, dass gewisse Gesellschaften die Vertretung durch Drittpersonen¹³⁰ in ihren Statuten ausschliessen, da die in der GV diskutierten Inhalte gesellschaftsintern bleiben sollen.

Den bisher scheinotenen Bestimmungen zur schriftlichen GV-Beschlussfassung im GmbH- und Vereinsrecht wird nicht nur durch das revidierte Aktienrecht neues Leben eingehaucht, sondern auch durch die äusseren (Corona-)Umstände. Neben der virtuellen GV und der Universalversammlung ist die schriftliche Beschlussfassung eine weitere Möglichkeit, die GV ohne *Superspreader*-Risiko *remote* durchzuführen. Mit etwas Phantasie¹³¹ oder Organisationstalent¹³² kann auch in dieser Variante mit dem geselligen Teil unter den Gesellschaftern die Sitzung geschlossen werden.

¹³⁰ D. h. durch Nicht-Gesellschafter.

¹³¹ Angesprochen sind hier wohl primär Visualisierungskünste.

¹³² Die Autoren haben bereits gute Erfahrungen mit Zusendungen von Überraschungen an *Remote*-Teilnehmer gemacht. Als positiver Nebeneffekt kann dabei die bisweilen arg gebeutelte Gastro-Branche unterstützt werden.