Protokollierung von GV- und VR-Beschlüssen als Gültigkeitsform

Markus Vischer*

The «new» corporation law provides for some new and overall numerous ways to conduct shareholders' and board meetings. Irrespective of the way they are conducted there is a duty to minute the meetings. Contrary to the traditional opinion the minutes are a validity requirement. Not minuted shareholders' and board resolutions are therefore not valid and null and void.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Arten der Beschlussfassung in der GV
1. Präsenz-GV
2. Virtuelle GV
3. Hybride GV
4. Zirkularbeschluss der GV
5. Urabstimmung auf Stufe GV
6. Delegiertenversammlung auf Stufe GV
7. Universalversammlung auf Stufe GV
III. Arten der Beschlussfassung im VR
1. Präsenz-VR-Sitzung
2. Virtuelle VR-Sitzung
3. Hybride VR-Sitzung
4. Zirkularbeschluss des VR
5. Urabstimmung auf Stufe VR
6. Delegiertenversammlung des VR
7. Universalversammlung des VR
IV. Protokollierung
1. Rechtliche Grundlage und Zuständigkeit
2. Inhalt
3. Form
V. Zusammenfassung

I. Einleitung

Am 19.6.2020 verabschiedeten der National- und Ständerat die Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)[1] und damit das Aktienrecht von 2020.[2] Die darin enthaltenen Bestimmungen zu den Geschlechterrichtwerten[3] und die Transparenzregeln für den Rohstoffsektor[4] traten bereits am 1.1.2021 in Kraft.[5] Die restlichen Bestimmungen werden am 1.1.2023 in Kraft treten.[6]

II. Arten der Beschlussfassung in der GV

1. Präsenz-GV

Die GV kann als Präsenz-GV, auch reale oder physische GV genannt, stattfinden,[7] was das Gesetz aber nicht explizit sagt, sondern stillschweigend voraussetzt.[8] Es gilt alsdann das (klassische) Prinzip der physischen Unmittelbarkeit.[9] Der VR bestimmt den Tagungsort der Präsenz-GV.[10] Dieser Tagungsort kann bei Einhaltung der entsprechenden Vorschriften auch im Ausland liegen.[11] Die Präsenz-GV kann auch als sogenannte multilokale GV[12] an verschiedenen Tagungsorten gleichzeitig durchgeführt werden, so-

* Dr. iur. *Markus Vischer,* LL.M., Rechtsanwalt in Zürich.

1 AS 2020 4005; BBl 2020 5573.

2 Zitiert mit Art. […] nOR; Vorgängerbestimmungen zitiert mit Art. […] aOR.

3 Art. 734*f* nOR und Art. 4 der Übergangsbestimmungen zum Aktienrecht von 2020.

4 Art. 964*a*–964*f* nOR und Art. 7 der Übergangsbestimmungen zum Aktienrecht von 2020.

5 AS 2020 4063; s.a. AS 2020 4145, bez. Inkraftsetzung von Art. 293*a* SchKG auf den 20.10.2020, und AS 2021 848, bez. Inkraftsetzung von Art. 325bis StGB auf den 1.1.2022.

6 AS 2022 109.

7 *Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann,* Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, § 12 N 41 ff.; *Daniel Häusermann,* Aktionärsrechte und Generalversammlung, EF 2021, 305, 306 f.; *Hans Caspar von der Crone,* Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, N 1042.

8 *Von der Crone* (Fn. 7), § 17 N 1042.

9 *Z.B. von der Crone* (Fn. 7), § 17 N 1047.

10 Art. 701*a* Abs. 1 nOR.

11 Art. 701*b* nOR.

12 *Brigitte Tanner,* Moderne Formen der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht 2020, SZW 2021, 589, 596; *Roland Müller/Fabian Akeret,* Die Generalversammlung nach revidiertem Aktienrecht, SJZ 2021, 7, 10 f.; *von der* Crone (Fn. 7), § 17 N 1029.

fern die Voten der Teilnehmer unmittelbar in Bild und Ton an sämtliche Tagungsorte übertragen werden.[13] Auf die multilokale GV mit Tagungsorten in der Schweiz und im Ausland ist nur Art. 701*a* Abs. 3 nOR und nicht auch noch Art. 701*b* nOR anwendbar.[14] Für die Übertragung in Bild und Ton gemäss Art. 701*a* Abs. 3 nOR gilt Art. 701*e* ff. nOR *mutatis mutandis*.

2. Virtuelle GV

Die GV kann gemäss Art. 701*d* nOR auch als virtuelle GV ohne Tagungsort durchgeführt werden, wenn die Statuten dies vorsehen und gewisse Vorschriften, insbesondere in Bezug auf die Verwendung elektronischer Mittel,[15] eingehalten werden.[16] Es gilt alsdann der Grundsatz der digitalen Unmittelbarkeit.[17] Eine Übertragung der Voten in Bild und Ton wie bei der multilokalen GV gemäss Art. 701*a* Abs. 3 nOR ist bei der virtuellen GV nicht erforderlich.[18] Dies erlaubt neben einer GV mittels Videokonferenz u.a. auch eine GV mittels Telefonkonferenz.[19] Die Zulässigkeit der virtuellen GV war im Aktienrecht von 1991[20] umstritten gewesen.[21]

3. Hybride GV

Die GV kann gemäss Art. 701*c* nOR als hybride, auch teilvirtuelle, kombinierte, gemischte oder elektronische GV genannt, stattfinden.[22] Die hybride GV ist eine Kombination von Präsenz- und virtueller GV mit einem oder mehreren Tagungsorten und mit der Möglichkeit für die Aktionäre, statt physisch am Tagungsort oder an einem der Tagungsorte virtuell bzw. remote[23] an der GV teilzunehmen.[24] Auf die hybride GV ist Art. 701*d* nOR nicht anwendbar.[25] Dagegen gilt Art. 701e nOR und Art. 701*f* nOR für den virtuellen Teil der hybriden GV.[26] Keine hybride GV ist die multilokale GV gemäss Art. 701*a* Abs. 3 nOR.

4. Zirkularbeschluss der GV

Die GV kann gemäss Art. 701 Abs. 3 nOR wie eine Universalversammlung auf Stufe GV[27] ohne Einhaltung der für die Einberufung geltenden Vorschriften abgehalten werden, wenn die Beschlüsse auf schriftlichem Weg auf Papier oder in elektronischer Form erfolgen, sofern nicht ein Aktionär gegen die Einschränkung der Unmittelbarkeit opponiert und die mündliche Beratung verlangt.[28] Dies ermöglicht schriftliche Beschlussfassungen bzw. schriftliche Beschlüsse der GV.[29] Diese Beschlüsse werden in Anlehnung an das in ähnlichen Situationen manchmal verwendete Verfahren der Zirkulation eines Antrags zum Zwecke der Zustimmung[30] auch Zirkularbeschlüsse (oder Zirkulationsbeschlüsse) der GV genannt,[31] weshalb man auch von der GV auf dem Zir-

13 Art. 701*a* Abs. 3 nOR.
14 *Tanner* (Fn. 12), 596.
15 Art. 701*e* nOR und Art. 701*f* nOR.
16 Z.B. *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 7), § 12 N 45 f.; *von der Crone* (Fn. 7), § 17 N 1061 ff.
17 Z.B. *Tanner* (Fn. 12), 598; *von der Crone* (Fn. 7), § 17 N 1047, 1051, 1054, 1059, 1061.
18 *Häusermann* (Fn. 7), 307, und *Müller/Akeret* (Fn. 12), 15, bez. nicht zwingender Bildübertragung.
19 *Häusermann* (Fn. 7), 307.
20 AS 1992 733.
21 Z.B. befürwortend: *Dieter Gericke,* in: David Oser/Andreas Müller (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, Art. 9 VegüV N 41; ablehnend: *Dieter Dubs/Ines Pöschel,* in: Frank Gerhard/Karim Maizar/Till Spillmann/Matthias Wolf (Hrsg.), Vergütungsrecht der Schweizer Publikumsgesellschaften, GesKR-Kommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Zürich/St. Gallen 2014, Art. 9 VegüV N 30; s.a. *Kaspar Theiler,* Gedanken zur Zulässigkeit und Durchführbarkeit der virtuellen Generalversammlung de lege lata, AJP 2012, 69 ff. m.w.N.
22 *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 7), § 12 N 44; *Häusermann* (Fn. 7), 307; *Tanner* (Fn. 12), 600; *Lucas Forrer/Matthias P.A. Müller/Florian Zuur*, Das Aktienrecht im Wandel der Digitalisierung, in: Matthias P.A. Müller/Lucas Forrer/Floris Zuur (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, 1, 11 ff.
23 *Von der Crone* (Fn. 7), § 17 N 1047 f., 1051, 1054.
24 Art. 701*c* nOR; s.a. *von der Crone* (Fn. 7), § 17 N 1051, mit der Abgrenzung der hybriden GV von der physisch stattfindenden GV mit der Möglichkeit des Internet Proxy Voting.
25 *Häusermann* (Fn. 7), 307; *Tanner* (Fn. 12), 600.
26 *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 7), § 12 N 46.
27 S. II.7.
28 Z.B. *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 7), § 12 N 57; *Häusermann* (Fn. 7), 307; *von der Crone* (Fn. 7), § 17 N 1043.
29 *Häusermann* (Fn. 7), 307.
30 S.a. Marginalie von Art. 701 nOR.
31 Z.B. *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 7), § 12 N 57.

kularweg spricht.[32] Solche Beschlüsse bzw. eine solche GV waren gemäss Aktienrecht von 1991 unzulässig.[33] Das sibyllinisch formulierte Schriftformerfordernis in Art. 701 Abs. 3 nOR («[…] auf schriftlichem Weg auf Papier oder in elektronischer Form […]») ist nicht im engen Sinn von Art. 12 ff. OR zu verstehen. Vielmehr ist von einem weiten Schriftlichkeitsbegriff auszugehen,[34] wodurch Zirkularbeschlüsse der GV in Anlehnung an Art. 17 Abs. 2 ZPO bezüglich Gerichtsstandsvereinbarungen und Art. 358 Abs. 1 ZPO bezüglich Schiedsvereinbarungen schriftlich oder in einer anderen Form erfolgen können, soweit die Form den Nachweis durch Text ermöglicht.[35] Dies erlaubt auch Zirkularbeschlüsse der GV mittels E-Mails und Chats wie SMS und WhatsApp.[36] Eine Unterzeichnung mittels eigenhändiger Unterschrift oder qualifizierter elektronischer Signatur ist entsprechend nicht nötig, auch wenn in Art. 701 Abs. 3 nOR eine Vorschrift wie in Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 Satz 2 Halbsatz 1 nOR bezüglich VR-Beschlüssen fehlt.[37] Anderslautende statutarische Formvorschriften für Zirkularbeschlüsse der GV bleiben in analoger Anwendung von Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 Satz 2 Halbsatz 2 nOR bezüglich VR-Beschlüssen jedoch vorbehalten. Zirkularbeschlüsse verlangen keine Einstimmigkeit in der Sache. Vielmehr gelten die Quoren gemäss Gesetz[38] und Statuten. Kommt es dafür auf die vertretenen Aktienstimmen an, ist auf diejenigen Aktionäre abzustellen, die sich in der Sache (mit «Ja», «Nein» oder Enthaltung) äussern.[39] Verlangt wird prozedural nur (aber immerhin), dass kein Aktionär von seinem (unentziehbaren)[40] Einspruchsrecht gegen die GV auf dem Zirkularweg gemäss Art. 701 Abs. 3 nOR Gebrauch macht. Entsprechend kann der Aktionär in der Sache auch Nein stimmen oder sich der Stimme enthalten,[41] womit Zirkularbeschlüsse keine Einstimmigkeit in der Sache verlangen. Für die Ausübung des Einspruchsrechts gilt das Schriftformerfordernis nicht. Es kann demzufolge auch mündlich ausgeübt werden. Die Ausübung des Einspruchsrechts muss ebenso wie der Verzicht auf die Ausübung des Einspruchsrechts nicht explizit sein.[42] Vielmehr ist es eine Auslegungsfrage, ob es ausgeübt wurde oder nicht. Eine Nein-Stimme oder eine Enthaltung in der Sache oder gar eine Nichtäusserung ist deshalb nicht unbedingt ein Einspruch. Es ist daher nicht zwingend notwendig, dass sich alle Aktionäre äussern, damit

32 *Von der Crone* (Fn. 7), § 17 N 1043.

33 Z.B. BGE 128 III 142 E. 3b; BGE 67 I 342 E. 3; *von der Crone* (Fn. 7), § 17 N 1043; *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 52; Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017 399 (zit.: Botschaft 2016), 555, 667; s.a. Art. 805 Abs. 4 aOR und Art. 805 Abs. 5 Ziff. 5 nOR i.V. Art. 701 Abs. 3 nOR zur Zulässigkeit des Zirkularbeschlusses der Gesellschafterversammlung bei der GmbH.

34 *Tanner* (Fn. 12), 594 f.; *Stephanie Eggimann/Kathrin Häcki/Pascal Zysset,* Schriftliche Beschlüsse der Generalversammlung – überfällige Gesetzesrevision oder toter Buchstabe? Reprax 2020, 295, 298.

35 *Häusermann* (Fn. 7), 307; s.a. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 IPRG bez. Gerichtsstandsvereinbarungen und Art. 178 Abs. 1 IPRG bez. Schiedsvereinbarungen.

36 *Tanner* (Fn. 12), 594 f.; *Eggimann/Häcki/Zysset* (Fn. 34), 296 ff., 309; s.a. *Urs Gasser/Christian Eggenberger/Richard Stäuber,* in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), OR Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit.: OFK-*Gasser/Eggenberger/Stäuber*), Art. 805 OR N 14, *Brigitta Kratz,* in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere, Bucheffektengesetz, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit.: CHK-*Kratz)*, Art. 805 OR N 11, und *Roland Truffer/Dieter Dubs,* in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit.: BSK OR II-*Autor*), Art. 805 N 41, bez. Gesellschafterversammlung bei der GmbH gemäss Art. 805 Abs. 4 aOR; s.a. *Hans Michael Riemer,* Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, 3. Abt.: Die juristischen Personen, Zweiter Teilbd.: Die Vereine, Bern 1990, Art. 66 ZGB N 28, bez. Vereinsversammlungen; s.a. *Daniel Girsberger,* in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 358 N 7, bez. Schiedsvereinbarungen; *Dieter Gränicher,* in: Pascal Grolimund/Leander D. Loacker/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Basel 2021, Art. 178 IPRG N 24, bez. Schiedsvereinbarungen.

37 Wohl a.M. Botschaft 2016 (Fn. 33), 496; s.a. Art. 23 Abs. 2 HRegV zum Erfordernis der Unterzeichnung des Zirkularbeschlusses, wenn er als Handelsregisterbeleg dienen soll.

38 Insb. Art. 703 f. nOR.

39 BSK OR II-*Truffer/Dubs* (Fn. 36), Art. 805 N 44, bez. Gesellschafterversammlung bei der GmbH.

40 Z.B. *von der Crone* (Fn. 7), § 17 N 1043.

41 A.M. *Eggimann/Häcki/Zysset* (Fn. 34), 308 f., wonach nur Ja oder Nein gesagt werden kann; gl.M. wie *Eggimann/Häcki/Zysset Alexander Vogel,* in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar OR, Basel 2014, Art. 805 N 11, bez. Zirkularbeschlüsse der Gesellschafterversammlung bei der GmbH.

42 *Eggimann/Häcki/Zysset* (Fn. 34), 309, bez. Verzicht.

ein Zirkularbeschluss zustande kommt.[43] Entsprechend ist ein Zirkularbeschluss der GV keine Universalversammlung, was auch die Marginalie von Art. 701 nOR aufzeigt, wo zwischen der Universalversammlung und der Zustimmung zu einem Antrag unterschieden wird.[44] Dies ergibt sich auch aus dem Vergleich von Art. 701 Abs. 3 nOR mit Art. 701 Abs. 3 Entwurf 2016, wo noch von der Zustimmung der Eigentümer oder der Vertreter sämtlicher Aktien zur Art der Beschlussfassung gesprochen wurde.[45] Aus Sicht der Gesellschaft erscheint es allerdings aus Beweisgründen sinnvoll, dass die Nichtausübung des Einspruchsrechts durch alle Aktionäre dokumentiert wird, am besten im Zirkularbeschluss selbst mittels Unterzeichnung durch alle Aktionäre.[46] Mindestens ist die Zustellung des Zirkularbeschlusses an alle Aktionäre zu dokumentieren. Ebenso drängt es sich für den vorsichtigen Aktionär auf, die Ausübung des Einspruchsrechts zu dokumentieren.[47]

5. Urabstimmung auf Stufe GV

Im Genossenschaftsrecht wird in Art. 880 OR die Urabstimmung erwähnt.[48] Darunter wird eine Form der Beschlussfassung verstanden, bei welcher der Beschluss durch eine schriftliche Abstimmung ohne Einstimmigkeitserfordernis zustande kommt.[49] Das Aktienrecht erwähnt die Urabstimmung nicht. Da bei der GV auf dem Zirkularweg die Willenserklärungen der Aktionäre nicht gleichzeitig erfolgen müssen und dadurch eine Art Abstimmung stattfindet, kann gesagt werden, dass auch das Aktienrecht auf Stufe GV eine Art Urabstimmung kennt.[50] Diese Urabstimmung endet aber dann, wenn ein Aktionär gegen die Durchführung der GV auf dem Zirkularweg opponiert und die mündliche Beratung verlangt,[51] wobei in Erinnerung zu rufen ist, dass eine Nein-Stimme oder Enthaltung oder gar Nichtäusserung nicht *per se* ein Einspruch ist.[52] Die Statuten können aufgrund der Regelung in Art. 701 Abs. 3 nOR deshalb keine Urabstimmung auf Stufe GV vorsehen.[53]

6. Delegiertenversammlung auf Stufe GV

Im Genossenschaftsrecht wird in Art. 892 OR auch die Delegiertenversammlung erwähnt.[54] Das Aktienrecht kennt den Begriff nicht. Da sich die Aktionäre an der GV vertreten lassen können,[55] kann gesagt werden, dass auch das Aktienrecht eine Art Delegiertenversammlung kennt, wenn sich alle Aktionäre vertreten lassen. Eine Vertretung kann den Aktionären jedoch nicht aufgezwungen werden. Es besteht im Aktienrecht nur ein Vertretungsrecht und, mit wenigen Ausnahmen,[56] keine Vertretungspflicht.[57] Die Statuten können deshalb keine Delegiertenversammlung auf Stufe GV vorsehen.[58]

7. Universalversammlung auf Stufe GV

Gemäss Art. 701 Abs. 1 und 2 nOR kann eine GV bei Einhaltung gewisser Vorschriften als Universalversammlung durchgeführt werden. Die Universalversammlung auf Stufe GV kann auch mit einem Tagungsort im Ausland oder virtuell abgehalten wer-

43 A.M. *Müller/Akeret* (Fn. 12), 12; *Eggimann/Häcki/Zysset* (Fn. 34), 305, 307, 309 f.; s.a. Art. 23 Abs. 2 HRegV zum Erfordernis der Unterzeichnung des Zirkularbeschlusses durch alle Personen des betreffenden Organs, wenn er als Handelsregisterbeleg dienen soll.

44 A.M. *Müller/Akeret* (Fn. 12), 12.

45 *Peter Forstmoser/Marcel Küchler,* Schweizerisches Aktienrecht 2020, Bern 2022, Art. 713 OR N 4; entsprechend noch anders und nicht mehr einschlägig Botschaft 2016 (Fn. 33), 496, 555 f.

46 *Eggimann/Häcki/Zysset* (Fn. 34), 309.

47 *Eggimann/Häcki/Zysset* (Fn. 34), 318.

48 S.a. Art. 855 f. OR, Art. 885 OR, Art. 888 OR, Art. 891 OR.

49 Z.B. BGer, 5A_198/2014, 19.11.2014, E. 7.3, bez. Beschlüssen der Stockwerkeigentümergemeinschaft: «L'adoption d'une décision par correspondance qui ne requiert pas l'unanimité (Urabstimmung) est […]».

50 S.a. *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 7), § 18 N 37, CHK-*Kratz* (Fn. 36), Art. 805 OR N 11, und OFK-*Gasser/Eggenberger/Stäuber* (Fn. 36), Art. 805 OR N 14 ff., welche im Zusammenhang mit Zirkularbeschlüssen der Gesellschafterversammlung bei der GmbH den Begriff der Urabstimmung verwenden.

51 Wohl gl.M. *Eggimann/Häcki/Zysset* (Fn. 34), 318 ff.

52 S. II.4.

53 Z.B. *von der Crone* (Fn. 7), § 17 N 1044.

54 S.a. Art. 922 OR.

55 Art. 689 ff. OR.

56 Z.B. Art. 690 nOR.

57 Z.B. *Andreas Bohrer/Angela Kummer,* in: Lukas Handschin/Peter Jung (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 660–697*m*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Art. 689 OR N 108 f., und BSK OR II-*Pöschel* (Fn. 36), Art. 689 N 29, zum sogenannten Grundsatz der Vertretbarkeit der Aktie.

58 Z.B. *von der Crone* (Fn. 7), § 17 N 1044.

den, ohne dass die Vorschriften von Art. 701*b* nOR oder Art. 701*d* nOR eingehalten werden müssen.[59]

III. Arten der Beschlussfassung im VR

1. Präsenz-VR-Sitzung

Die VR-Sitzung kann gemäss Art. 713 Abs. 2 Ziff. 1 nOR als Präsenz-VR-Sitzung mit Tagungsort stattfinden. Eine solche Präsenz-VR-Sitzung kann man in Anlehnung an die Begrifflichkeiten bei der GV auch als reale oder physische VR-Sitzung bezeichnen,[60] bei der das (klassische) Prinzip der physischen Unmittelbarkeit gilt. Der einberufende VR-Präsident bzw. das einberufende VR-Mitglied[61] bestimmt analog Art. 701*a* Abs. 1 und 2 nOR den Tagungsort der Präsenz-VR-Sitzung. Dieser Tagungsort kann analog Art. 701*b* auch im Ausland liegen.[62] Die Präsenz-VR-Sitzung kann analog Art. 701*a* Abs. 3 nOR auch als multilokale VR-Sitzung an verschiedenen Tagungsorten gleichzeitig durchgeführt werden, sofern die Voten der Teilnehmer unmittelbar in Bild und Ton an sämtliche Tagungsorte übertragen werden. Daran ändert Art. 713 Abs. 2 Ziff. 1 nOR nichts, wo von Tagungsort (Singular) und nicht auch von Tagungsorten (Plural) die Rede ist.

2. Virtuelle VR-Sitzung

Die VR-Sitzung kann gemäss Art. 713 Abs. 2 Ziff. 2 nOR i.V. Art. 701*d* nOR auch als virtuelle VR-Sitzung ohne Tagungsort durchgeführt werden, wenn gewisse Vorschriften, insbesondere in Bezug auf die Verwendung elektronischer Mittel,[63] eingehalten werden.[64] Eine statutarische Grundlage ist jedoch, anders als bei der virtuellen GV,[65] nicht notwendig, weil die Art der Beschlussfassung des VR keine GV-, sondern eine VR-Kompetenz ist.[66] Art. 713 Abs. 2 Ziff. 2 nOR steht dieser Auffassung nicht entgegen, verlangt diese Bestimmung doch nur eine sinngemässe Anwendung von Art. 701*c*–701*e* nOR (und eigentlich auch von Art. 701*f* nOR), was sich schon aus dem allgemeinen Verweisungsrecht ergibt.[67] Dadurch sind VR-Sitzungen mittels Video- oder Telefonkonferenzen möglich,[68] bei denen das Prinzip der digitalen Unmittelbarkeit gilt. Die virtuelle VR-Sitzung war bereits gemäss Aktienrecht von 1991 zulässig.[69]

3. Hybride VR-Sitzung

Die hybride VR-Sitzung, welche man in Anlehnung an die Begrifflichkeiten bei der GV auch als teilvirtuelle, kombinierte, gemischte oder elektronische VR-Sitzung bezeichnen kann,[70] ist gemäss Art. 713 Abs. 2 Ziff. 2 nOR i.V. Art. 701*c* nOR eine Kombination von Präsenz- und virtueller VR-Sitzung mit einem oder mehreren Tagungsorten und mit der Möglichkeit für die VR-Mitglieder, statt physisch am Tagungsort oder an einem der Tagungsorte virtuell bzw. *remote* an der VR-Sitzung teilzunehmen.[71] Keine hybride VR-Sitzung ist die multilokale VR-Sitzung.

4. Zirkularbeschluss des VR

Die VR-Sitzung kann gemäss Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 Satz 1 nOR wie eine Universalversammlung des VR[72] ohne Einhaltung der für die Einberufung geltenden Vorschriften abgehalten werden, wenn die Beschlüsse auf schriftlichem Weg auf Papier oder in elektronischer Form erfolgen, sofern nicht ein VR-Mitglied

59 *Häusermann* (Fn. 7), 307; *Müller/Akeret* (Fn. 12), 12.

60 *Valérie Schrämli/Markus Vischer,* Die Protokollierung der Beschlussfassung im Verwaltungsrat, insbesondere von Zirkularbeschlüssen, Jusletter 5.2.2018, Rz 2.

61 *Markus Vischer/Yves Endrass,* Die Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats, AJP 2009, 405, 407.

62 Z.B. *Stefanie Meier-Gubser,* Der Verwaltungsrat im neuen Aktienrecht, Trex 2021, 100 ff., 101.

63 Art. 701*e* nOR und Art. 701*f* nOR.

64 Z.B. v*on der Crone* (Fn. 7), § 18 N 1382.

65 S. II.2.

66 Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 2 OR; dazu *Schrämli/Vischer* (Fn. 60), Rz 34.

67 Z.B. *Rolf H. Weber/Susan Emmenegger,* Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109, 2. Aufl., Bern 2020, Art. 99 OR N 183: «[…], dass nach Lehre und Rechtsprechung bei der Verweisung die Referenznorm nicht unmittelbar, sondern nur entsprechend zur Anwendung gelangt.»; s.a. *Forrer/Zuur/Müller* (Fn. 22), 15, mit der Kritik der Technik der sinngemässen Verweisung in Art. 713 Abs. 2 Ziff. 2 nOR.

68 *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 7), § 13 N 94; v*on der Crone* (Fn. 7), § 18 N 1382; *Schrämli/Vischer* (Fn. 60), Rz 3.

69 *Forrer/Zuur/Müller* (Fn. 22), 15; *Schrämli/Vischer* (Fn. 60), Rz 3.

70 S. II.3.

71 Z.B. *von der Crone* (Fn. 7), § 18 N 1383.

72 S. III.7.

gegen die Einschränkung der Unmittelbarkeit opponiert und die mündliche Beratung verlangt.[73] Dies ermöglicht schriftliche Beschlussfassungen bzw. schriftliche Beschlüsse des VR.[74] Diese Beschlüsse werden auch Zirkularbeschlüsse (oder Zirkulationsbeschlüsse) des VR genannt,[75] weshalb man auch von VR-Sitzungen auf dem Zirkularweg spricht.[76] Sie waren bereits im Aktienrecht von 1991 zulässig.[77] Das erneut sibyllinisch formulierte Schriftformerfordernis in Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 Satz 1 nOR («[…] auf schriftlichem Weg auf Papier oder in elektronischer Form […]») ist, wie bei Zirkularbeschlüssen der GV, nicht im engen Sinn von Art. 12 ff. OR zu verstehen. Vielmehr ist erneut von einem weiten Schriftlichkeitsbegriff auszugehen, wodurch Zirkularbeschlüsse des VR schriftlich oder in einer anderen Form erfolgen können, soweit die Form den Nachweis durch Text ermöglicht. Dies erlaubt auch Zirkularbeschlüsse mittels E-Mails und Chats wie SMS und WhatsApp oder mittels elektronischen Board-Portalen.[78] Eine Unterzeichnung mittels eigenhändiger Unterschrift oder qualifizierter elektronischer Signatur ist entsprechend nicht nötig.[79] Anderslautende schriftliche Anordnungen des VR zur Form seiner Zirkularbeschlüsse bleiben jedoch vorbehalten.[80] Zirkularbeschlüsse des VR verlangen keine Einstimmigkeit in der Sache.[81] Vielmehr gelten die Quoren gemäss Gesetz,[82] Statuten[83] und Organisationsreglement. Kommt es dafür auf die anwesenden VR-Mitglieder an, ist auf diejenigen VR-Mitglieder abzustellen, die in der Sache stimmen.[84] Verlangt wird prozedural nur (aber immerhin), dass kein VR-Mitglied von seinem (unentziehbaren)[85] Einspruchsrecht gegen die VR-Sitzung auf dem Zirkularweg gemäss Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 Satz 1 nOR Gebrauch macht. Entsprechend kann das VR-Mitglied in der Sache auch Nein stimmen oder sich der Stimme enthalten.[86] Für die Ausübung des Einspruchsrechts gilt das Schriftformerfordernis nicht. Es kann demzufolge auch mündlich ausgeübt werden. Die Ausübung des Einspruchsrechts muss ebenso wie der Verzicht auf die Ausübung des Einspruchsrechts nicht explizit sein.[87] Vielmehr ist es eine Auslegungsfrage, ob es ausgeübt wurde oder nicht.[88] Eine Nein-Stimme oder eine Enthaltung in der Sache oder gar eine Nichtäusserung in der Sache ist deshalb nicht unbedingt ein Einspruch.[89] Es ist daher nicht zwingend notwendig, dass sich alle VR-Mitglieder äussern, damit ein Zirkularbeschluss des VR zustande kommt.[90] Das ergibt sich auch aus dem Vergleich von Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 Satz 1 nOR mit Art. 713 Abs. 2 aOR bzw. Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 Entwurf 2016, wo noch von der Zustimmung zu einem gestellten Antrag bzw. noch von der Zustimmung sämtlicher VR-Mitglieder zur Art der Beschlussfassung gesprochen wurde. Aus Sicht der Gesellschaft erscheint es allerdings aus Beweisgründen sinnvoll, dass die Nichtausübung des Einspruchsrechts durch alle VR-Mitglieder dokumentiert wird, am besten im Zirkularbeschluss selbst.[91] Mindestens ist die Zustellung des Zirkularbeschlusses an alle VR-Mitglieder zu dokumentieren.[92] Ebenso drängt es sich für das vorsichtige VR-Mitglied auf, die Ausübung des Einspruchsrechts zu dokumentieren.

73 Z.B. *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 7), § 13 N 94; *von der Crone* (Fn. 7), § 18 N 1378.

74 Z.B. *Reto Sutter/Nicolas Facincani,* Zirkularbeschlüsse des Verwaltungsrats, Trex 2014, 106.

75 Z.B. *Forstmoser/Küchler* (Fn. 45), Art. 713 OR N 9; *Sutter/Facincani* (Fn. 74), 106 ff., s.a. 107 mit dem richtigen Hinweis, dass beim Zirkularbeschluss i.d.R. keine eigentliche Zirkulation eines Dokuments stattfindet.

76 Z.B. *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 7), § 13 N 94.

77 Art. 713 Abs. 2 aOR.

78 Z.B. *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 7), § 13 N 95; *von der Crone* (Fn. 7), § 18 N 1380; *Forrer/Zuur/Müller* (Fn. 22), 15; *Schrämli/Vischer* (Fn. 60), Rz 8, 11.

79 Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 Satz 2 Halbsatz 1 nOR.

80 Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 Satz 2 Halbsatz 2 nOR.

81 *Von der Crone* (Fn. 7), § 18 N 1379; *Schrämli/Vischer* (Fn. 60), Rz 11; *Böckli* (Fn. 33), § 13 N 140.

82 Insb. Art. 713 Abs. 1 OR.

83 S. aber III.2, wonach die Beschlussfassung im VR keine GV-, sondern eine VR-Kompetenz ist.

84 *Böckli* (Fn. 33), § 13 N 140 f.

85 *Von der Crone* (Fn. 7), § 18 N 1378; *Schrämli/Vischer* (Fn. 60), Rz 5; Botschaft 2016 (Fn. 33), 568; *Böckli* (Fn. 33), § 13 N 139.

86 *Von der Crone* (Fn. 7), § 18 N 1379; *Schrämli/Vischer* (Fn. 60), Rz 11.

87 *Schrämli/Vischer* (Fn. 60), Rz 6.

88 Z.B. BSK OR II-*Wernli/Rizzi* (Fn. 36), Art. 713 N 23.

89 *Sutter/Fancincani* (Fn. 74), 107, bez. Nichtäusserung; BSK OR II-*Wernli/Rizzi* (Fn. 36), Art. 713 N 23, bez. Nichtäusserung; a.M. *Böckli* (Fn. 33), § 13 N 138a, anders aber § 13 N 141.

90 S. aber Art. 23 Abs. 2 HRegV zum Erfordernis der Unterzeichnung des Zirkularbeschlusses durch alle Personen des betreffenden Organs, wenn er als Handelsregisterbeleg dienen soll.

91 *Schrämli/Vischer* (Fn. 60), Rz 11.

92 *Böckli* (Fn. 33), § 13 N 141.

5. Urabstimmung auf Stufe VR

Da wie bei der GV auf dem Zirkularweg bei der VR-Sitzung auf dem Zirkularweg die Willenserklärungen der VR-Mitglieder nicht gleichzeitig erfolgen müssen und dadurch eine Art Abstimmung stattfindet,[93] kann gesagt werden, dass das Aktienrecht auch auf Stufe VR eine Art Urabstimmung kennt. Diese Urabstimmung endet aber dann, wenn ein VR-Mitglied gegen die Durchführung der VR-Sitzung auf dem Zirkularweg opponiert und die mündliche Beratung verlangt, wobei in Erinnerung zu rufen ist, dass eine Nein-Stimme oder Enthaltung oder gar Nichtäusserung nicht *per se* ein Einspruch ist.[94]

6. Delegiertenversammlung des VR

Es ist umstritten, ob sich die VR-Mitglieder vertreten lassen können.[95] Wäre dies der Fall, könnte gesagt werden, dass das Aktienrecht auch auf Stufe VR eine Art Delegiertenversammlung kennt, wenn sich alle VR-Mitglieder vertreten lassen.

7. Universalversammlung des VR

Auch die Verwaltungsratssitzung kann als Universalversammlung abgehalten werden, ohne dass die Einberufungsvorschriften eingehalten werden müssen.[96]

IV. Protokollierung

1. Rechtliche Grundlage und Zuständigkeit

Die Beschlussfassung in der GV und im VR bzw. das vom Vorsitzenden festgestellte Beschlussergebnis[97] ist zwingend[98] zu protokollieren.[99] Es liegt deshalb eine Pflicht zur Protokollierung vor.[100] Zuständig für das GV-Protokoll ist der VR.[101] Für das VR-Protokoll ist ebenfalls der VR zuständig.[102] Die Protokollierung der GV und der VR-Sitzung ist damit eine Pflicht des VR als Kollegium.[103]

Die Vorschrift erfasst auch Beschlüsse (bzw. Entscheide) des Alleinaktionärs und des Allein-VR, denn Art. 702 Abs. 2 Satz 1 nOR und Art. 713 Abs. 3 Halbsatz 1 nOR enthalten keine Ausnahme für Beschlüsse (bzw. Entscheide) des Alleinaktionärs und des Allein-VR.[104] Daran ändert nichts, dass das Aktienrecht von 2020 wie schon das Aktienrecht von 1991 bezüglich VR-Protokoll keine Art. 715 Abs. 2 aOR[105] entsprechende Vorschrift mehr kennt. Daran ändern auch allfällige Schwierigkeiten in der Praxis sowie Durchsetzungsschwierigkeiten und Sinnhaftigkeits-

93 *Schrämli/Vischer* (Fn. 60), Rz 12; s.a. *Böckli* (Fn. 33), § 13 N 132, der eine «Mischform zwischen Beratung und schriftlichem Beschluss» ablehnt.

94 S. III.4.

95 Z.B. BSK OR II-*Wernli/Rizzi* (Fn. 36), Art. 713 N 10 f., m.w.N.

96 BSK OR II-*Wernli/Rizzi* (Fn. 36), Art. 715 N 8; *Vischer/Endrass* (Fn. 61), 410.

97 Z.B. *Peter Jung,* Die mangelhafte Beschlussfassung in der Personengesellschaft, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, 179, 185, s.a. *Eggimann/Häcki/Zysset* (Fn. 34), 318 f., welche von «Erwahrungsprotokoll» sprechen.

98 *Stefan Knobloch,* Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Zürich/Basel/Genf 2011, 458 ff.; *F. Wolfhart Bürgi,* Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft b/2: Art. 698–738, Zürich 1969 (zit.: ZK-*Bürgi*), Art. 715 OR N 3, bez. VR-Protokoll.

99 Art. 702 Abs. 2 Satz 1 nOR; Art. 713 Abs. 3 Halbsatz 1 nOR.

100 Z.B. BGer, 6B_731/2008, 7.1.2009, E. 3.3.2; *Forstmoser/Küchler* (Fn. 45), Art. 702 OR N 8, und ZK-*Bürgi* (Fn. 98), Art. 702 OR N 25, bez. GV-Protokoll; *Forstmoser/Küchler* (Fn. 45), Art. 713 OR N 10; *Adrian Rüesch,* in: Willi Fischer/Helke Drenckhan/Michael Gwelessiani/Fabiana Theus Simoni (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Basel 2014 (zit. Handbuch-*Autor*), N 39.53, 39.61, und ZK-*Bürgi* (Fn. 98), Art. 715 OR N 3 f., bez. VR-Protokoll.

101 Art. 702 Abs. 2 Satz 1 nOR.

102 *Schrämli/Vischer* (Fn. 60), Rz 13.

103 *Henry Peter/Francesca Cavadini,* in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade (Hrsg.), Commentaire romand, Codes des obligations II, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. CR CO II-*Peter/Cavadini*), Art. 702 N 31, bez. GV-Protokoll; BSK OR II-*Wernli/Rizzi* (Fn. 36), Art. 713 N 28, und Handbuch-*Rüesch* (Fn. 100), N 39.53, bez. VR-Protokoll.

104 Z.B. *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel,* Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 23 N 123, bez. GV-Protokoll; *Christoph B. Bühler,* in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–726 und 731*b* OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018 (zit.: ZK-*Autor*), Art. 713 OR N 36, BSK OR II-*Wernli/Rizzi* (Fn. 36), Art. 713 N 29, und *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 104), § 31 N 17, bez. VR-Protokoll.

105 Aktienrecht von 1936 (BBl 1936 III 605): «Ein Protokoll muss auch geführt werden, wenn die Verwaltung einer einzigen Person anvertraut ist.»

überlegungen[106] nichts.[107] Auch bei der Einpersonenaktiengesellschaft und dem Einpersonen-VR ist das «Spiel der Aktiengesellschaft» bis hin zur Protokollierung der GV- und VR-Beschlüsse zu spielen.[108]

Die (bez. Zirkularbeschlüsse des VR) auf Art. 716 Satz 2 aOR[109] zurückgehende Streitfrage, ob die Protokollierungspflicht auch Zirkularbeschlüsse erfasst, ist derart zu lösen, dass die Protokollierungspflicht bei Zirkularbeschlüssen durch die für diese einzuhaltenden Formvorschriften ersetzt werden. Es braucht damit keine separate bzw. weitere spätere Protokollierung.[110] Das ändert aber nichts daran, dass es in der Praxis oft klug ist, die vorangehenden Zirkularbeschlüsse in einem nachfolgenden GV- und VR-Protokoll bestätigend und genehmigend festzuhalten, weil dadurch ev. ungültige Zirkularbeschlüsse geheilt bzw. durch einen neuen gültigen Beschluss ersetzt werden.[111]

2. Inhalt

Der Inhalt des GV-Protokolls ergibt sich aus Art. 702 Abs. 2 nOR.[112] Die Angaben in Art. 702 Abs. 2 Ziff. 1 nOR korrespondieren mit den Vorgaben zur Einberufung einer GV gemäss Art. 700 Abs. 2 Ziff. 1 nOR.[113] Art. 702 Abs. 2 Ziff. 2–5 nOR entsprechen bis auf sprachliche Anpassungen und Klarstellungen Art. 702 Abs. 2 Ziff. 1–4 aOR,[114] wobei allerdings die Klarstellung in Art. 702 Abs. 2 Ziff. 4 nOR missglückt ist, geht es doch nicht um «in der GV gestellte […] Begehren um Auskunft», sondern um in der GV behandelte Begehren um Auskunft.[115] In Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 nOR wurde im Unterschied zum Entwurf 2007 zur Entlastung der nicht börsenkotierten Gesellschaften und insbesondere der KMU darauf verzichtet, eine Pflicht zur Protokollierung der genauen Stimmenverhältnisse bei Beschlüssen und Wahlergebnissen, welche «im Grunde genommen nichts anderes als Beschlüsse besonderer Art sind»,[116] vorzusehen.[117] Eine solche Pflicht besteht gemäss Art. 702 Abs. 5 nOR nur für börsenkotierte Gesellschaften.[118] Die Regelung für nicht börsenkotierte Gesellschaften bedeutet, dass der VR die Stimmenverhältnisse bei Vorliegen eines klaren Resultats nicht im Detail ermitteln muss, was weiterhin die sogenannte offene Abstimmung durch Handerheben bzw. Abstimmung mit gewichtetem Handmehr erlaubt.[119] Ist das Resultat aber nicht ohne Weiteres klar, ist die Abstimmung also umstritten, muss auch der VR einer nicht börsenkotierten Gesellschaft die genauen Stimmenverhältnisse ermitteln und entsprechend protokollieren.[120] Art. 702 Abs. 2 Ziff. 6 nOR verankert sodann eine Pflicht der Protokollierung der relevanten technischen Probleme gemäss Art. 701*f* nOR, wenn solche bei der Durchführung einer virtuellen und hybriden, aber auch bei einer multilokalen GV auftreten.

Bei den von Art. 702 Abs. 2 Ziff. 1–6 nOR verlangten Angaben handelt es sich um den gesetzlich

106 Zu diesen schon Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23.2.1983, BBl 1983 II 745, 920; s.a. ZK-*Bürgi* (Fn. 98), Art. 715 OR N 14 f., bez. VR-Protokoll.

107 Gl.M. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 104), § 31 N 17, bez. VR-Protokoll.

108 Dazu im Allgemeinen z.B. *Markus Vischer,* Entscheidbesprechungen, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_645/2017 vom 22. August 2018, Aa1._AG. gegen B._AG, Arbeitsvertrag, Abgangsentschädigung, AJP 2018, 1400, 1407; *Markus Vischer,* «Volenti non fit iniuria» bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, AJP 2016, 1485, 1492; *Peter Forstmoser/Marcel Küchler,* Aktionärsbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, N 115, N 283, Fn. 105, N 359, Fn. 2, N 790; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 104), § 62 N 40; s. schon BGE 67 II 29 Regeste: «La possession de toutes les actions d'une société anonyme ne confère pas à l'actionnaire le droit de disposer à sa guise de l'actif social; il faut que les actes de disposition soient faits dans les formes prescrites par la loi et les statuts et qu'ils aient une cause juridique valable»; bestätigt z.B. in BGE 86 II 171 E. 1d: «Denn der Inhaber aller Aktien hat nach allgemein anerkannter Auffassung die von Gesetz und Statuten vorgeschriebenen Formen zu beachten und kann daher nicht wie ein Privatmann nach Belieben über die Aktiven der ihm gehörenden Gesellschaft verfügen (BGE 67 II 29).»

109 Aktienrecht von 1936 (BBl 1936 III 605): «Sie [Zirkularbeschlüsse] sind in das Protokoll des VR aufzunehmen.»

110 Gl.M. z.B. *Sutter/Fancincani* (Fn. 74), 108, Fn. 35; a.M. z.B. *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 7), § 13 N 96, und BSK OR II-*Wernli/Rizzi* (Fn. 36), Art. 713 N 33, bez. Zirkularbeschlüsse des VR.

111 S.a. *Schrämli/Vischer* (Fn. 60), Rz 19, bez. Zirkularbeschlüsse des VR.

112 Botschaft 2016 (Fn. 33), 496, 561.

113 Botschaft 2016 (Fn. 33), 561.

114 Botschaft 2016 (Fn. 33), 561.

115 Botschaft 2016 (Fn. 33), 561.

116 BGE 95 II 555 E. 3b.

117 Botschaft 2016 (Fn. 33), 561.

118 Botschaft 2016 (Fn. 33), 561.

119 *Forstmoser/Küchler* (Fn. 45), Art. 702 OR N 13 f.

120 Botschaft 2016 (Fn. 33), 561.

vorgeschriebenen Mindestinhalt des GV-Protokolls.[121] Es kann deshalb aufgrund einer statutarischen Vorschrift[122] oder ad hoc auch mehr enthalten, also z.B. nicht nur die Beschlüsse und Wahlergebnisse,[123] sondern wie das VR-Protokoll, auch die Verhandlungen. Das GV-Protokoll ist alsdann nicht nur ein Beschluss-, sondern auch ein Verhandlungsprotokoll.

Der Inhalt des VR-Protokolls ergibt sich sehr knapp aus Art. 713 Abs. 3 nOR, der gegenüber Art. 713 Abs. 3 aOR nur sprachlich angepasst wurde. Nach Art. 713 Abs. 3 nOR muss das VR-Protokoll nicht nur die Beschlüsse und Wahlergebnisse, sondern auch die Verhandlungen enthalten. Entsprechend ist das VR-Protokoll nicht nur ein Beschlussprotokoll, sondern auch ein Verhandlungsprotokoll (auch Beratungs- oder Diskussionsprotokoll genannt),[124] wobei ein Wort- bzw. Vollprotokoll nur ausnahmsweise erforderlich ist.[125] Bezüglich Protokollierung (und Ermittlung) der Stimmenverhältnisse bei Beschlüssen gilt das bezüglich GV-Protokollen Gesagte analog. Ebenso gilt Art. 702 Abs. 2 Ziff. 4–6 nOR analog.[126]

Erneut handelt es sich bei den in Art. 713 Abs. 2 nOR (und in Art. 702 Abs. 2 Ziff. 4–6 nOR) verlangten Angaben um den gesetzlich vorgeschriebenen Mindestinhalt des VR-Protokolls. Entsprechend kann es aufgrund einer Vorschrift in einem vom VR erlassenen Reglement oder ad hoc auch mehr enthalten.[127] Entsprechende Regelungen sollten aufgrund von Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 1 OR nicht in den Statuten enthalten sein, sind es in der Praxis aber oft.[128]

3. Form

Bezüglich Form des GV-Protokolls schreibt Art. 702 Abs. 3 nOR vor, dass dieses vom Protokollführer und vom Vorsitzenden der GV unterzeichnet werden muss, wobei Protokollführer und Vorsitzender ein und dieselbe Person sein können. Das deutet auf ein Schriftformerfordernis im engen Sinn von Art. 12 ff. OR hin. Das macht aber angesichts des weiten Schriftformerfordernisses für Zirkularbeschlüsse der GV[129] keinen Sinn, zumal mit der Einhaltung dieser Erfordernisse der Protokollierungspflicht in Bezug auf Zirkularbeschlüsse Genüge getan wird.[130] Es ist deshalb bezüglich GV-Protokollen ebenfalls von einem weiten Schriftformerfordernis auszugehen. Protokolle können demnach schriftlich oder in einer anderen Form ausgefertigt werden, soweit die Form den Nachweis durch Text ermöglicht. Sie sind damit nicht notwendigerweise zu unterzeichnen.[131]

Im Wesentlichen Gleiches verlangt Art. 713 Abs. 3 Halbsatz 2 nOR für das VR-Protokoll. Gemäss dieser Bestimmung ist es vom Vorsitzenden des VR und vom Protokollführer zu unterzeichnen, wobei unklar ist, warum die Reihenfolge der unterzeichnenden Personen in Art. 702 Abs. 3 nOR (Protokollführer/Vorsitzender) und Art. 713 Abs. 3 Halbsatz 2 nOR (Vorsitzender/Protokollführer) unterschiedlich ist. Vorsitzender und Protokollführer können erneut ein und dieselbe Person sein.[132] Auch bezüglich VR-Protokoll ist aber angesichts des weiten Schriftformerfordernisses für Zirkularbeschlüsse des VR[133] nicht von einem engen, sondern von einem weiten Schriftformerfordernis auszugehen. VR-Protokolle können demnach ebenfalls schriftlich oder in einer anderen Form ausgefertigt werden, soweit die Form den Nachweis durch Text ermöglicht. Sie sind damit ebenfalls nicht notwendigerweise zu unterzeichnen.[134]

Traditionell wird das Schriftformerfordernis für GV- und VR-Protokolle als blosse Beweisform und nicht als Gültigkeitsform[135] betrachtet, weshalb Art. 702 Abs. 3 nOR und Art. 713 Abs. 3 nOR (bzw. die Vorgängerbestimmungen) blosse Ordnungsvor-

121 Botschaft 2016 (Fn. 33), 561; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 36), Art. 702 N 27.
122 BSK OR II- *Dubs/Truffer* (Fn. 36), Art. 702 N 27.
123 Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 nOR.
124 *Schrämli/Vischer* (Fn. 60), Rz 15.
125 *Schrämli/Vischer* (Fn. 60), Rz 17.
126 S.a. *Schrämli/Vischer* (Fn. 60), Rz 17, bez. von den VR-Mitgliedern zu Protokoll gegebenen Erklärungen.
127 *Schrämli/Vischer* (Fn. 60), Rz 17.
128 S. schon III.2 und III.4.
129 S. II.4.
130 S. IV.1.
131 S. *Amédéo Wermelinger,* La propriété par étages, Commentaire des articles 712*a* à 712*t* du Code Civil Suisse, 4. Aufl., Rothenburg 2021, Art. 712*n* ZGB N 146 f., bez. Protokoll der Beschlüsse der Stockwerkeigentümergemeinschaft.
132 So wohl ZK-*Bühler* (Fn. 104), Art. 713 OR N 35.
133 S. III.4.
134 S. Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 Satz 2 Halbsatz 1 nOR bez. Zirkularbeschlüsse des VR.
135 Z.B. *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid,* OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, N 587 f., zur Unterscheidung von Beweis- und Gültigkeitsform im Allgemeinen.

schriften sein sollen.[136] Das kann nicht richtig sein, statuieren doch sowohl Art. 702 Abs. 3 nOR als auch Art. 713 Abs. 3 nOR die Pflicht des VR, ein Protokoll zu führen.[137] Für die Gültigkeitsform spricht auch die für Verträge, ja überhaupt für Rechtsgeschäfte,[138] in Art. 11 Abs. 2 OR festgehaltene Vermutung, dass gesetzliche Formvorschriften im Zweifelsfall Gültigkeitsformen sind, auch wenn richtig ist, dass GV- und VR-Beschlüsse nicht reine Rechtsgeschäfte sind, sondern eine rechtsgeschäftlich-körperschaftliche (gesetzliche) Doppelnatur haben. Denn ein GV- bzw. VR-Beschluss basiert sowohl auf dem rechtsgeschäftlichen Willen der Aktionäre bzw. VR-Mitglieder als auch auf dem Körperschaftsrecht (Gesetz), welche beide bestimmte Verhaltensweisen der Aktionäre bzw. der VR-Mitglieder (gültige Stimmabgabe mit «Ja», «Nein», Enthaltung, ungültige Stimmabgabe, Unterlassen der Stimmabgabe, Abwesenheit) als Beschluss qualifizieren und diesem Beschluss Rechtswirkungen für Dritte, insbesondere für Rechtsnachfolger und Erwerber von Aktien, zusprechen.[139]

Zu diesem Schluss des (weiten) Schriftformerfordernisses als Gültigkeitsform kommt das Bundesgericht auch für die Protokolle der Beschlüsse der Stockwerkeigentümergemeinschaft gemäss Art. 712*n* Abs. 2 ZGB. So erklärte es in seinem Urteil 5C.254/2006 vom 8.11.2007, E. 3.1: «Dem Protokoll der Stockwerkeigentümerversammlung kommt in dem Sinne konstitutive Wirkung zu, dass nur ein aus ihm

136 Z.B. CR CO II-*Peter/Cavadini* (Fn. 103), Art. 702 N 28, *Knobloch* (Fn. 98), 458 f., *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 104), § 23 N 120, und ZK-*Bürgi* (Fn. 98), Art. 702 OR N 32, bez. GV-Protokoll; z.B. BGE 133 III 77 E. 5, *Schrämli/Vischer* (Fn. 60), Rz 16, BSK OR II-*Wernli/Rizzi* (Fn. 36), Art. 713 N 8, 25, 34, Art. 714 N 13, Handbuch-*Rüesch* (Fn. 100), N 39.55, 39.58, *Böckli* (Fn. 33), § 13 N 115b, 148, 152, 276, *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 104), § 31 N 16, Fn. 4, § 31 N 17 i.V. § 23 N 120, und ZK-*Bürgi* (Fn. 98), Art. 715 OR N 12, bez. VR-Protokoll; s.a. BGE 137 III 503, E. 3.4, wonach die Protokollierung des VR-Beschlusses dann Gültigkeitsform ist, wenn der VR-Beschluss die Funktion des Organisationsreglements i.S.v. Art. 716*b* aOR übernehmen soll; s.a. BGer, 5A_364/2011, 8.7.2011, E. 3.4, mit einer Relativierung von BGE 133 III 77: «Eine Protokollierung, die ungenau oder unvollständig ist, den Inhalt des gefassten Beschlusses aber gleichwohl klar erkennen lässt [Hervorhebung nur hier], kann jederzeit berichtigt oder innert Frist angefochten werden und macht den betroffenen Beschluss nicht nichtig ([…], vgl. für das Aktienrecht: BGE 133 III 77 E. 5 S. 79 f.).»; s.a. ZK-*Bühler* (Fn. 104), Art. 713 OR N 35, bez. VR-Protokoll, welcher die Unterzeichnung des Protokolls als Gültigkeitsform qualifiziert; s.a. ZK-*Bühler* (Fn. 104), Art. 714 OR N 25 und BSK OR II-*Wernli/Rizzi* (Fn. 36), Art. 714 N 13, welche die Protokollierung von VR-Beschlüssen dann als Gültigkeitsform qualifizieren, wenn die Nichtprotokollierung in der Absicht erfolge, gefasste Beschlüsse zu verheimlichen.

137 S. IV.1.

138 Z.B. *Ingeborg Schwenzer/Christiana Fountoulakis,* in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020 (zit.: BSK OR I-*Schwenzer/Fountoulakis*), Art. 11 N 12.

139 Grundsätzlich gl.M. *Wolfgang Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Martin Häublein/Stephen Utz (Hrsg.), Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, Liber Amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag am 4. August 2012, Berlin 2012, 1 ff.; gl.M. wie Wolfgang Ernst für die Personengesellschaft *Jung* (Fn. 97), 181 ff.; a.M. z.B. *Bertrand Schott,* Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, SSHW 285, Zürich/St. Gallen 2009, § 2 N 3 ff.; BGer, 4A_404/2011, 7.11.2011, E. 4.2, wonach ein Beschluss keine Vereinbarung ist; s.a. *Alexander Vogel,* Kommentar HRegV, Zürich 2020 (zit.: OFK-*Vogel*), Vorbem. Art. 71–83 HRegV N 5, Art. 72 HRegV N 1, Art. 85 HRegV N 1, *Markus Vischer,* Untergang der AG: Konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Löschung im Handelsregister?, GesKR 2015, 257, 258, und *Markus Vischer,* Der Zeichnungs- bzw. Sacheinlagevertrag bei der AG, SJZ 2014, 537 f., zur rechtsgeschäftlich-körperschaftlichen Doppelnatur der AG bzw. deren Errichtungsakt im Allgemeinen; s.a. *Markus Vischer,* Aktien als individualisierte Rechte und die dadurch in der Trias Mitgliedschaft–Wertpapier/Wertrecht–Bucheffekte verursachten Probleme, SZW 2022, 213, 215, zur rechtsgeschäftlich-körperschaftlichen Doppelnatur der Mitgliedschaft; s.a. OFK-*Vogel* (Fn. 139), Art. 84 HRegV N 12, *Markus Vischer,* Intertemporales Statutenrecht am Beispiel der AG, SJZ 2020, 479, 483, *Markus Vischer,* Der Aktionärbindungsvertrag: Einfache Gesellschaft oder Innominatvertrag?, SZW 2017, 425, 427, *Peter Jung,* in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 620–659*b* OR, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, vor Art. 620–625 OR N 80, *Vischer* (Fn. 139), SJZ 2014, 538, *Heinz Hausherr/Regina E. Aebi-Müller,* in: Heinz Hausherr/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abt.: Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012, Art. 2 ZGB N 119, und *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 104), § 7 N 5, zur rechtsgeschäftlich-körperschaftlichen Doppelnatur der Statuten der AG; s.a. Art. 706 Abs. 5 OR mit der Anordnung der *erga omnes*-Wirkung der gutgeheissenen Anfechtungsklage gegen GV-Beschlüsse; s.a. BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 36), Art. 706*b* N 5, bez. *erga omnes*-Wirkung der gutgeheissenen Nichtigkeitsklage gegen einen GV-Beschluss und BSK OR II-*Wernli/Rizzi* (Fn. 36) Art. 714 N 7, bez. *erga omnes*-Wirkung der gutgeheissenen Nichtigkeitsklage gegen einen VR-Beschluss.

ersichtlicher Beschluss rechtliche Wirkung hat (vgl. BGE 127 III 506 E. 3c S. 510 f.).»[140] Diese kurze und knappe bundesgerichtliche Äusserung ist zwar etwas missverständlich, weil sie so verstanden werden könnte, dass ein Protokoll auch ohne entsprechenden Beschluss der Stockwerkeigentümergemeinschaft Rechtwirkungen entfalten kann.[141] Dem ist aber nicht so. Vielmehr sind die Konsens- bzw. Auslegungsfrage einerseits und die Formfrage andererseits nicht zu vermischen und die Äusserung des Bundesgerichts so zu verstehen, dass ein Beschluss der Stockwerkeigentümergemeinschaft ohne entsprechendes Protokoll keine Rechtswirkungen entfaltet. Damit wird das Protokoll der Beschlüsse der Stockwerkeigentümergemeinschaft zur Gültigkeitsform.[142]

Entsprechend ist bei formbedürftigen Beschlüssen der Stockwerkeigentümergemeinschaft wie bei formbedürftigen Rechtsgeschäften vorzugehen: In einem ersten Schritt ist der Beschluss auszulegen, während in einem zweiten Schritt zu prüfen ist, ob das aufgrund der Auslegung des Beschlusses sich ergebende Auslegungsresultat von der Formvorschrift gedeckt ist.[143] Damit ist implizit gesagt, dass sich das weite Schriftformerfordernis nur auf die Beschlüsse bezieht, also nicht auf die übrigen Teile des Protokolls wie z.B. zu Protokoll gegebene Erklärungen oder protokollierte Verhandlungen.

Die Auslegung des in Frage stehenden Beschlusses der Stockwerkeigentümergemeinschaft ist im Übrigen infolge seiner körperschaftlichen Komponen-

[140] Bestätigt in BGer, 5A_369/2021, 25.11.2021, E. 8; BGE 136 III 261 E. 4.3; wohl auch BGer, 5D_95/2015, 22.9.2015, E. 5.2.

[141] So z.B. *Wermelinger* (Fn. 131), Art. 712*n* ZGB N 132 ff.; *Luca Tenchio,* Die Anfechtung von Versammlungsbeschlüssen: Prozessuale Fragen für den Stockwerkeigentümer, die Gemeinschaft und den Verwalter, in: Amédéo Wermelinger (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2015, Bern 2015, 131, 135: «Gegenstand der Klage auf Anfechtung von Versammlungsbeschlüssen sind somit ausschliesslich im Protokoll aufgenommene Beschlüsse, unabhängig davon, ob sie überhaupt gefällt wurden oder nicht.»; *Rafaël Haas,* Fallstricke bei der Protokollierung der Stockwerkeigentümerversammlung, in: Amédéo Wermelinger (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2014, Bern 2014, 23, 27: «Das hat konsequenterweise zur Folge, dass unrichtig protokollierte Beschlüsse in jedem Fall so gelten würden, wie sie dem Protokoll zu entnehmen sind, und nicht so, wie sie effektiv mündlich gefasst wurden.».

[142] Gl.M. *Sophie Martin,* L'assemblée générale de la communauté des propriétaires d'étages: organisation, prise de décisions et contestations judiciaires, RJL 66, Genf/Zürich/Basel 2019, 253 (§ 645); a.M. z.B. BSK ZGB II-*Bösch* (Fn. 159), Art. 712*n* N 6a; *Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup*, Gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Stockwerkeigentumsrecht (Art. 712*a–t* ZGB), Gutachten vom 20. August 2018, verfasst im Auftrag der Schweizerischen Eidgenossenschaft, LBR 129, Zürich/Basel/Genf 2018, 92 f.; *Christoph Thurnherr,* Bauliche Massnahmen bei Mit- und Stockwerkeigentum, Grundlagen und praktische Probleme, ZStP 219, Zürich/Basel/Genf 2010, N 363; s.a. BGer, 5A_198/2014, 19.11.2014, E. 7.3: «Il n'existe donc aucune liberté formelle (art. 11 CO): si la décision n'est pas protocolée, soit parce qu'aucun procès-verbal n'est rédigé, soit parce que la décision en question n'a pas été mentionnée au procès-verbal, elle n'est alors pas seulement annulable, mais nulle (ATF 127 III 506 consid. 3c et 3d; arrêt 5A_913/2012 précité ibid.).»; BGer, 5C.177/2006, 19.12.2006, E. 4.2.1; BGE 127 III 506 E. 3d: «Weil keine vom Gesetz zugelassene Beschlussvariante gewählt worden ist, kann sich bloss die Frage stellen, ob gar kein Beschluss oder ein nichtiger vorliegt. Denn der (Form-) Fehler ist jedenfalls so gravierend, dass er nicht bloss einen Anfechtungsgrund darstellen kann (Art. 712*m* Abs. 2 i.V.m. Art. 75 ZGB; […]».

[143] Z.B. BGE 145 III 365 E. 3.2.1, bez. Auslegung von formbedürftigen Verträgen: «Steht der nach den allgemeinen Auslegungsmethoden ermittelte Vertragsinhalt fest, ist bei formbedürftigen Verträgen in einem weiteren Schritt zu beurteilen, ob der Inhalt in der gesetzlich vorgeschriebenen Form hinreichend zum Ausdruck gebracht worden ist […]»; BGE 122 III 361 E. 4; *Gauch/Schluep/Schmid* (Fn. 135), N 1247; s.a. *Alfred Koller,* Konsens- oder Formmangel, AJP 2020, 165 ff., mit dem Hinweis, dass Konsens- und Formmängel immer wieder vermischt werden.

te[144] und seiner Wirkung für Dritte[145] nach dem Vertrauensprinzip vorzunehmen.[146] Es ist deshalb nicht zwischen internem und externem Verhältnis zu unterscheiden und je nach Verhältnis eine andere Auslegungsart zu wählen.[147]

Die Protokollierung von GV- und VR-Beschlüssen ist damit entgegen der traditionellen Auffassung nicht Beweisform, sondern Gültigkeitsform.[148] Mündliche Beschlüsse oder implizite Beschlüsse der GV und des VR, also insbesondere auch des Alleinaktionärs oder des Allein-VR, sind deshalb formungültig. Sie sind überhaupt unzulässig,[149] auch weil ansonsten ein versteckter Durchgriff von der Aktiengesellschaft auf den Alleinaktionär vorgenommen wird.[150]

Die Gültigkeitsform in der Form der Protokollierung der GV-Beschlüsse, aber auch der VR-Beschlüsse, muss in Anlehnung an Art. 702 Abs. 4 nOR innert 30 Tagen nach der GV bzw. der VR-Sitzung erfüllt sein. Diese Frist ist weder verkürz- noch verlängerbar.[151] Bis zum Ablauf der Frist sind die entsprechenden GV- und VR-Beschlüsse schwebend, d.h. suspensiv-bedingt, (form-)ungültig.[152] Protokolle können deshalb bis zum Ende der 30-Tage-Frist (und nur bis dahin) vom VR als Verfasser der Protokolle aus Eigeninitiative oder auf Initiative eines Aktionärs bzw. VR-Mitglieds berichtigt werden.[153]

Das übliche (weite) Schriftformerfordernis bezüglich GV- und VR-Beschlüssen kann durch das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung ersetzt

144 BGer, 5A.3/1996, 16.4.1996, ZBGR 1998, 335, E. 2b: «Denn erstens ist ein Beschluss keine Vereinbarung (Art. 7 ZGB i.V.m. Art. 1 OR; […]), weshalb ein Mehrheitsbeschluss auch nicht alle Stockwerkeigentümer vertraglich verpflichten kann.», bestätigt in BGer, 5D_95/2015, 22.9.2015, E. 4.4; *Bettina Hürlimann-Kaup/Nadja Schwery/Paul-Henry Steinauer,* Miteigentum und Stockwerkeigentum, BR 2016, 175, 176: «[…] obwohl ein Stockwerkeigentümerversammlungsbeschluss kein Vertrag ist […]»; *Christoph Lüscher,* Voraussetzungen und Schranken der Angleichung von schlichtem Miteigentum an Stockwerkeigentum hinsichtlich Nutzung, Verwaltung und Innenausbau des gemeinschaftlichen Gebäudes, ZBGR 1999, 73, 77; s. a. BGE 131 III 459 E. 5.3, 5.4.1, 5.4.3, BGE 125 II 348 E. 2, BGE 111 II 330 E. 6, *Markus Vischer,* Entscheidbesprechungen, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_127/2020 vom 22. April 2021, Eheleute F. gegen B., Klage auf Unterlassung und Einstellung einer Störung, AJP 2021, 1038, 1040, und *Markus Vischer,* Entscheidbesprechungen, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_664/2019 vom 3. Dezember 2020, A. gegen B.B. und C.B., Wegrecht (*actio confessoria,* Beseitigung der Störung), AJP 2021, 1032, 1035, bez. körperschaftlicher Komponente der Stockwerkeigentümergemeinschaft insgesamt.

145 Art. 649*a* Abs. 1 ZGB analog, dazu z.B. BGE 127 III 506 E. 3c; s.a. BGer, 5C.177/2006, 19.12.2006, E. 4.1, wonach die Wirkung für Dritte auch ohne Vermerkung gemäss Art. 649*a* Abs. 2 ZGB besteht.

146 Z.B. BGer, 5A_865/2011, 24.5.2012, E. 3.2, BGer, 5A_222/2007, 4.2.2008, E. 3.3 (nicht publiziert in BGE 134 III 237), BGer, 5C.254/2006, 8.11.2007, E. 3.1, *Wermelinger* (Fn. 131), Art. 712*n* ZGB N 133b, und *Vischer* (Fn. 144), 1040; s.a. *Marina Beeler/Dario Galli/Markus Vischer,* Auslegung einer Abtretungsvereinbarung aus Sicht eines unbeteiligten Dritten, dRSK, publiziert 25.5.2022, Rz 17 ff., zum generellen Prinzip, wonach Rechtsgeschäfte mit Wirkung auf Dritte nach dem Vertrauensprinzip auszulegen sind; s.a. *Andrea Haefeli/Dario Galli/Markus Vischer,* Anpassung privatrechtlicher Verträge infolge von COVID-19, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, N 29, m.w.N., wonach die üblicherweise vom Bundesgericht vorgenommene subjektiv-objektive Auslegung von Rechtsgeschäften abzulehnen und Rechtsgeschäfte generell nur objektiv, also nach dem Vertrauensprinzip, auszulegen sind.

147 A.M. BGer, 5D_95/2015, 22.9.2015, E. 4.3, und BGer, 5C.40/2005, 16.6.2005, E. 3 (nicht publiziert in BGE 131 III 459).

148 S.a. *von der Crone* (Fn. 7), § 18 N 1386, bez. VR-Protokoll, zur überkommenen Vorstellung des Protokolls als unnütze Formalität.

149 *Vischer* (Fn. 108), AJP 2016, 1492, m.H. auf die z.T. abweichende Rechtsprechung des Bundesgerichts und die z.T. abweichende Lehre; s.a. *Böckli* (Fn. 33), § 12 N 531a, bez. GV-Beschluss: «Einem […] ‹Geheimbeschluss› geht die Qualität eines rechtlich beachtlichen körperschaftlichen Willensaktes ab»; s.a. IV.1 zur Notwendigkeit des Spielens des Spiels der Aktiengesellschaft.

150 *Markus Vischer,* Entscheidbesprechungen, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_10/2017 vom 19.7.2017, A. gegen B. SA, Aktiengesellschaft, Verwaltungsratsmitglied, Arbeitsvertrag, AJP 2017, 1528, 1530.

151 A.M. *Forstmoser/Küchler* (Fn. 45), Art. 702 OR N 10, bez. der Frist von Art. 702 Abs. 4 nOR.

152 S.a. *Robin Weissenrieder/Dario Galli/Markus Vischer,* Treuepflichten der Parteien eines schwebenden ungültigen Vertrags, dRSK, publiziert am 30.6.2021, Rz 1 ff. und *Timon Nydegger/Markus Vischer,* Schwebend ungültiger Erwerb eines landwirtschaftlichen Gewerbes, Qualifikation und Auswirkungen einer fehlenden behördlichen Bewilligung gemäss Art. 61 BGBB, dRSK, publiziert am 21.2.2019, Rz 1 ff., zu schwebenden Formungültigkeiten im Bereich des BGBB und BewG.

153 *Böckli* (Fn. 33), § 12 N 194, bez. GV-Protokoll; a.M., das heisst auch für eine spätere Berichtigungsmöglichkeit z.B. *Knobloch* (Fn. 98), 462 f., bez. GV-Protokoll.

sein.[154] Dazu bedarf es einer expliziten Anordnung im Gesetz, z.B. in Art. 647 nOR bezüglich Statutenänderungen durch die GV und den VR. Ob auch die Statuten, ein Reglement oder die Beteiligten ad hoc die Protokollierung in Form der öffentlichen Beurkundung vorsehen können, ist umstritten.[155]

Auch virtuelle GV und VR-Sitzungen[156] und Zirkularbeschlüsse der GV und des VR[157] können öffentlich beurkundet werden.[158] Daran ändert Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB für Beurkundungen in der Schweiz nichts, wonach «[d]ie Kantone bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung hergestellt wird», bezieht sich diese Bestimmung doch nur auf die Art und Weise der Beurkundung (also das «wie») und nicht auf den Gegenstand der Beurkundung (also das «was»), der bundesrechtlich geregelt ist.[159]

Nach traditioneller Auffassung führt die Formungültigkeit zur Nichtigkeit des entsprechenden Rechtsgeschäfts.[160] Auch wenn wie ausgeführt GV- und VR-Beschlüsse keine reinen Rechtsgeschäfte sind, sind formungültige GV- und VR-Beschlüsse wie reine formungültige Rechtsgeschäfte nichtig.[161] Das ist auch deshalb richtig, weil es bei der Pflicht zur Protokollierung von GV- und VR-Beschlüssen um eine zwingende Vorschrift geht,[162] die auch Dritte wie Rechtsnachfolger und Erwerber von Aktien schützt.[163] Der Rechtsbehelf bei formungültigen GV- und VR-Beschlüssen ist deshalb die Nichtigkeitsklage gemäss Art. 706*b* nOR bzw. Art. 714 nOR i.V. Art. 706*b* nOR und damit bei formungültigen GV-Beschlüssen nicht die Anfechtungsklage gemäss Art. 706 f. nOR.[164] Bei einer fehlenden öffentlichen Beurkundung von GV- und VR-Beschlüssen ist die Rechtsfolge der Nichtigkeit und der Rechtsbehelf der Nichtigkeitsklage anerkannt.[165]

Nicht Teil der Gültigkeitsform von GV- und VR-Beschlüssen ist die Genehmigung bzw. Nichtgenehmigung des GV- und VR-Protokolls anlässlich einer folgenden GV oder VR-Sitzung. Ein solcher Akt ist

154 *Nicolas Rouiller/Marc Bauen/Robert Bernet/Colette Lasserre Rouiller,* La société anonyme suisse, 3. Aufl., Genf/Zürich 2022, N 432 Fn. 1438: «L'acte authentique peut remplacer le procès-verbal ordinaire.»

155 S.a. *Gauch/Schluep/Schmid* (Fn. 135), N 531, zur Fragestellung bei Rechtsgeschäften im Allgemeinen.

156 *Tanner* (Fn. 12), 603; Botschaft 2016 (Fn. 33), 559; noch a.M. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21.12.2007, BBl 2008 1589, 1681.

157 *Tanner* (Fn. 12), 603; *Lukas Müller/Philippe J. A. Kaiser/Diego Benz,* Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen (2/2), Reprax 2020, 241, 264; Botschaft 2016 (Fn. 33), 559; s.a. BSK OR II-*Truffer/Dubs* (Fn. 36), Art. 805 N 39, bez. öffentlicher Beurkundung von Zirkularbeschlüssen von Gesellschafterversammlungen bei der GmbH; s.a. Art. 805 Abs. 4 Ziff. 2 Entwurf 2007, bez. Ausschluss der öffentlichen Beurkundung von Zirkularbeschlüssen der Gesellschafterversammlung bei der GmbH.

158 S.a. *Tanner* (Fn. 12), 604, *Müller/Akeret* (Fn. 12), 17 f., und *von der Crone* (Fn. 7), § 17 N 1069, bez. lokaler Zuständigkeit für öffentliche Beurkundungen von virtuellen GV; s.a. *Hans Caspar von der Crone/Sandro Bernet,* Der Tagungsort der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht – Zwischen Gesellschaftssitz und Internet, in: Matthias P.A. Müller/Lucas Forrer/Floris Zuur (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, 259, 263, bez. Beurkundungen im Ausland.

159 Z.B. *Jürg Schmid,* in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019, (zit. BSK ZGB II-*Autor*), Art. 55 SchlT ZGB N 49: «Das materielle Bundesrecht bestimmt, in welchen Fällen eine öffentliche Urkunde erforderlich ist.»; teilweise a.M. *Tanner* (Fn. 12), 603, Fn 176; *Müller/Akeret* (Fn. 12), 17, *von der Crone* (Fn. 7), § 17 N 1068, und Botschaft 2016 (Fn. 33), 559, bez. kantonalem Beurkundungsrecht, das nicht Sach-, sondern Willensbeurkundungen betrifft.

160 BSK OR I-*Schwenzer/Fountoulakis* (Fn. 138), Art. 11 N 17.

161 S.a. BGer, 5A_198/2014, 19.11.2014, E. 7.3 (zit. in Fn. 142), BGer, 5C.177/2006, 19.12.2006, E. 4.2.1; BGE 127 III 506 E. 3d (zit. in Fn. 142), *Sophie Martin,* L'assemblée générale de la communauté des propriétaires d'étages: organisation, prise de décisions et contestations judiciaires, ex ante 2019, 45, 47, und *Martin* (Fn. 142), 427 (§ 1123), bez. formungültigen Beschlüssen der Stockwerkeigentümergemeinschaft.

162 S. IV.1.

163 S.a. BGer, 5A_499/2010, 20.12.2010, E. 8.3, bez. Beschlüssen der Stockwerkeigentümergemeinschaft, wonach diejenigen Beschlüsse nichtig sind, «qui […] violent des règles de forme importantes, des règles impératives, […] ou des dispositions destinées à protéger des tiers […]».

164 S.a. BGer, 5A_198/2014, 19.11.2014, E. 7.3 (zit. in Fn. 142), BGer, 5C.177/2006, 19.12.2006, E. 4.2.1, und BGE 127 III 506 E. 3d (zit. in Fn. 142), bez. formungültigen Beschlüssen der Stockwerkeigentümergemeinschaft.

165 Z.B. ZK-*Tanner* (Fn. 104), Art. 702 OR N 230, Art. 706*b* OR N 109, 124, *Böckli* (Fn. 33), § 12 N 491, und *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 104), § 23 N 120, § 25 N 117, bez. GV-Beschluss.

im Gesetz nicht vorgesehen und entsprechend weder ein Recht noch eine Pflicht der GV bzw. des VR, auch wenn er in der Praxis häufig vorgenommen wird.[166]

Nicht zu verwechseln mit der Genehmigung bzw. Nichtgenehmigung des GV- und VR-Protokolls ist die allfällige Wiedererwägung und Neufassung eines alten Beschlusses.[167] Die Wiedererwägung und Neufassung eines alten Beschlusses besteht in einem neuen Beschluss, mit dem der alte Beschluss aufgehoben, teilweise geändert oder gänzlich neu gefasst wird. Eine solche Wiedererwägung und Neufassung eines alten Beschlusses ist u.U. auch eine in Bezug auf den alten Beschluss vorgenommene «Protokollberichtung», bei welcher der alte Beschluss unter dem Titel der «Protokollberichtigung» in Wiederwägung gezogen und neu gefasst wird. Immerhin kann in einer Genehmigung eines GV- bzw. VR-Protokolls ein Verzicht auf eine Wiedererwägung und Neufassung des alten Beschlusses erblickt werden.[168]

V. Zusammenfassung

Die Protokollierung von GV- und VR-Beschlüssen ist entgegen der traditionellen Auffassung Gültigkeits- und nicht Beweisform. Eine fehlende oder ungenügende Protokollierung führt deshalb zur Formungültigkeit und Nichtigkeit des betreffenden Beschlusses. Diese Formungültigkeit und Nichtigkeit ist während einer Frist von 30 Tagen ab Beschlussfassung eine schwebende Formungültigkeit und Nichtigkeit, weil innert dieser Frist das Protokoll erstellt werden muss.

166 Z.B. BGer, 4A_165/2010, 4.6.2010, E. 3.6, ZK-*Tanner* (Fn. 104), Art. 702 OR N 238, *Böckli* (Fn. 33), § 12 N 194, und *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 104), § 23 N 119, bez. GV-Protokoll; z.B. ZK-*Bühler* (Fn. 104), Art. 713 OR N 33, Handbuch-*Rüesch* (Fn. 100), N 39.60, und *Peter Forstmoser,* Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich/Basel/Genf 2011, § 11 N 69, bez. VR-Protokoll; s.a. *Schrämli/Vischer* (Fn. 60), Rz 31, bez. VR-Protokoll, welche den Nutzen einer solchen Genehmigung angesichts der unklaren rechtlichen Wirkung bezweifeln.

167 S.a. *Schrämli/Vischer* (Fn. 60), Rz 30, zur notwendigen Unterscheidung zwischen Genehmigung des Protokolls und Genehmigung des Beschlusses.

168 So BSK OR II-*Wernli/Rizzi* (Fn. 36) Art. 713 N 33.