

# Digitale Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen

Nina Reiser\*

*The 19 June 2020 revision of the provisions on the limited by shares company contains various facilitations for the use of technical means in the conduct of general meetings and board meetings. What are the concrete options available and what are the practical implications of these innovations? What do banks need to consider from a prudential perspective? After an overview of the digitization in the mentioned revision, this article*

*first focuses on the use of electronic means at general meetings, followed by an analysis of the use of corresponding instruments at board meetings. Subsequently, this paper examines the question of whether and, if so, which regulatory barriers must be observed by banks. After a presentation of the need for action for existing limited by shares companies, the article concludes with an assessment of the innovations examined.*

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Digitalisierung im Zuge der Aktienrechtsreform
- III. Digitale Generalversammlungen
  - 1. Hintergrund
  - 2. Terminologie
  - 3. Hybride Generalversammlungen
  - 4. Virtuelle Generalversammlungen
  - 5. Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel
  - 6. Technische Probleme
- IV. Digitale Verwaltungsratssitzungen
- V. Aufsichtsrechtliche Schranken bei Banken?
- VI. Handlungsbedarf für bestehende Aktiengesellschaften
- VII. Würdigung

## I. Einleitung

Das Schweizer Parlament hat am 19. Juni 2020 die Aktienrechtsreform verabschiedet. Das revidierte Aktienrecht regelt erstmals konsequent den Einsatz

elektronischer Mittel.<sup>1</sup> Dabei enthält es verschiedene Erleichterungen für die Verwendung von elektronischen Instrumenten bei der Durchführung von Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen. Der vorliegende Beitrag geht den folgenden Fragen nach: Welche Möglichkeiten stehen konkret zur Verfügung und worin bestehen die praktischen Implikationen dieser Neuerungen? Was gilt es aus aufsichtsrechtlicher Perspektive bei Banken zu beachten? Nach einem Überblick über die Digitalisierung im Zuge der Aktienrechtsrevision (II.) wird zunächst auf den Einsatz elektronischer Mittel bei Generalversammlungen fokussiert (III.), gefolgt von Überlegungen zur Verwendung entsprechender Instrumente bei Verwaltungsratssitzungen (IV.). Anschliessend untersucht der Artikel, ob und gegebenenfalls welche aufsichtsrechtlichen Schranken bei Banken zu beachten sind (V.). Nach Erläuterungen zum Handlungsbedarf für bestehende Aktiengesellschaften (VI.) bildet eine Würdigung der untersuchten Neuerungen den Abschluss (VII.).

## II. Digitalisierung im Zuge der Aktienrechtsreform<sup>2</sup>

Im Vordergrund der Digitalisierung im Rahmen der Aktienrechtsreform steht der Einsatz elektronischer Mittel im Zusammenhang mit Generalversammlungen. Zunächst dürfen Verhandlungsgegenstände in

\* Prof. Dr. Nina Reiser, Rechtsanwältin, LL.M., ist Assoziierte Professorin für Finanzmarktrecht an der Universität St. Gallen. Davor war sie mehrere Jahre in verschiedenen Funktionen bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA tätig, zuletzt als Gruppenleiterin Bewilligungen im Geschäftsbereich Banken. Sie ist zudem Privatdozentin für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich sowie Professorin für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Kalaidos Law School, Zürich. Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um die schriftliche Fassung des Vortrags der Autorin an der SZW-Tagung zum Aktienrecht vom 14. September 2022. Die Verfasserin dankt Prof. Dr. Isabelle Chabloz, Rechtsanwältin, LL.M., und Dr. Annemarie Nussbaumer, Rechtsanwältin, M.Jur., MBA, für die wertvollen Anregungen und Hinweise.

<sup>1</sup> Vgl. Peter Forstmoser/Marcel Kuchler, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2022, Vorbemerkungen zu Art. 698–731b OR N 9; vgl. zur Digitalisierung im Zuge der Aktienrechtsreform Ziff. II.

<sup>2</sup> Vgl. auch etwa Forstmoser/Kuchler (Fn. 1), Vorbemerkungen zu Art. 698–731b OR N 9 ff.

der Einberufung bloss summarisch dargestellt werden, falls den Aktionären weitergehende Informationen «auf anderem Weg» zugänglich gemacht werden (Art. 700 Abs. 4 revOR<sup>3</sup>). Dies dürfte regelmässig einem elektronischen Zugang entsprechen.<sup>4</sup> Ferner können Aktionäre die Zustellung des Geschäftsberichts und der Revisionsberichte nach der Generalversammlung nur dann verlangen, wenn ihnen diese Unterlagen nicht elektronisch zugänglich gemacht werden (Art. 699a Abs. 2 revOR). Somit ist neu eine statutarische Regelung denkbar, wonach die grundsätzlich weiterhin in der Kompetenz des Verwaltungsrats liegende Einberufung der Generalversammlung rein elektronisch geschieht.<sup>5</sup> Die Einberufung muss dabei durch Text nachweisbar sein.<sup>6</sup> Ferner kann die Beschlussfassung auf dem Zirkularweg neu auf schriftlichem Weg auf Papier oder «in elektronischer Form erfolgen», wenn kein Aktionär oder dessen Vertreterin die mündliche Beratung verlangt (Art. 701 Abs. 3 revOR). In Analogie zur entsprechenden für den Verwaltungsrat geltenden Regelung (vgl. Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 revOR) braucht es vorliegender Ansicht nach bei einer solchen Abstimmung auf elektronischem Weg keine Unterschrift.<sup>7</sup> Zudem ist es zulässig, die Teilnahme an der Generalversammlung generell auf elektronischem Weg zu ermöglichen (Art. 701c revOR) sowie die Generalversammlung vollständig elektronisch und ohne Tagungsort abzuhalten (Art. 701d Abs. 1 revOR).

Der Verwaltungsrat ist sodann befugt, seine Beschlüsse gemäss Art. 713 Abs. 2 Ziff. 2 revOR «unter Verwendung elektronischer Mittel, in sinngemässer Anwendung der Artikel 701c–701e revOR», d.h. der Regeln für die Generalversammlung, zu fassen. Darüber hinaus wird für Zirkularbeschlüsse ausdrücklich die Möglichkeit einer Zustimmung in elektronischer Form und dass diesfalls «keine Unterschrift erforderlich» ist, festgehalten (Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 revOR).

In der Regel ist die Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel bloss als Option (allenfalls in Verbindung mit gewissen Erleichterungen)<sup>8</sup> vorgesehen. Von diesem Grundsatz weichen die folgenden beiden Ausnahmen ab. Zum einen muss die Vollmacht- und Weisungserteilung an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter in Umsetzung einer Vorgabe von Art. 95 Abs. 3 lit a BV (eingeführt durch die Volksinitiative «gegen die Abzockerei») in Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien elektronisch möglich sein (Art. 689c Abs. 6 revOR). Dabei macht sich ein Verwaltungsratsmitglied einer Gesellschaft mit börsenkotierten Aktien, das verhindert, dass die Aktionärinnen oder ihre Vertreter ihre Rechte elektronisch ausüben können, nach Art. 154 revStGB strafbar. Zum anderen haben Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien sicherzustellen, dass die Eigentümer oder Nutzniesser der Aktien das Gesuch um Eintragung in das Aktienbuch auf elektronischem Weg stellen können (vgl. Art. 686 Abs. 2<sup>bis</sup> revOR).

Um künftige Entwicklungen nicht zu behindern, sind die neuen Regeln allgemein gehalten und technologieneutral ausgestaltet.<sup>9</sup>

<sup>3</sup> Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220) i.d.F. der Änderung vom 19. Juni 2020 (Aktienrecht).

<sup>4</sup> So explizit noch Art. 700 Abs. 4 des Entwurfs vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts I (Aktienrecht) (BBl 2017 683 ff.) (vgl. auch *Forstmoser/Küchler* [Fn. 1], Vorbemerkungen zu Art. 698–731b OR N 9 m.w.H.).

<sup>5</sup> Dies ist nach bisherigem Recht nicht möglich, weil die Aktionäre schriftlich über die Auflage des Geschäftsberichts zu informieren sind (Art. 696 Abs. 2 OR).

<sup>6</sup> Als Einberufung dürfte die Aufschaltung der Einberufung auf einer Webseite dabei jedenfalls dann genügen, wenn die Gesellschaft die Aktionärinnen über eine Push-Nachricht darauf hinweist (*Daniel Häusermann*, Aktionärsrechte und Generalversammlung, EF 2021, 305 ff., 305).

<sup>7</sup> So auch *Forstmoser/Küchler* (Fn. 1), Art. 701 OR N 8; vgl. allgemein zur Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren *Wolfgang Ernst*, Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren, recht 2020, 168 ff.

### III. Digitale Generalversammlungen<sup>10</sup>

#### 1. Hintergrund

##### 1.1 Generalversammlung als «oberstes Organ der Gesellschaft»

Gemäss Gesetzeswortlaut handelt es sich bei der Generalversammlung um das «oberste Organ der Ge-

<sup>8</sup> So Art. 700 Abs. 4 revOR.

<sup>9</sup> *Forstmoser/Küchler* (Fn. 1), Vorbemerkungen zu Art. 698–706b OR N 4.

<sup>10</sup> Vgl. dazu noch vor der Verabschiedung der Vorlage durch das Parlament und im Lichte der COVID-19 Massnahmen *Nina Reiser*, Neuerungen bei der Durchführung von Generalversammlungen: Im Zuge der Aktienrechtsrevision und in Zeiten der COVID-19-Pandemie, GesKR 2020, 229 ff.

sellschaft».<sup>11</sup> Zentrale Kompetenzen, wie etwa die Festsetzung und Änderung der Statuten sowie die Wahl der anderen Organe, sind ihr unübertragbar vorbehalten.<sup>12</sup> Die Reform hält an der Gewaltenteilung zwischen Verwaltungsrat und Generalversammlung, am sogenannten Paritätsprinzip, fest, das jedem Organ bestimmte Aufgaben unentziehbar zuweist.<sup>13</sup> Daran ändert auch nichts, dass vor allem bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien im Rahmen der Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV wesentliche Kompetenzen vom Verwaltungsrat weg und hin zur Generalversammlung verschoben worden sind.<sup>14</sup>

## 1.2 (Digitale) Unmittelbarkeit

Die Aktionärinnen müssen ihre Mitwirkungsrechte unmittelbar in der Generalversammlung ausüben (sog. Unmittelbarkeitsprinzip). Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die Willensbildung und die Entscheidungsfindung nur in der Versammlung stattfinden können.<sup>15</sup> Das bisherige Recht verlangt grundsätzlich eine physische Präsenz der Aktionäre oder ihrer Vertreterinnen an der Generalversammlung.<sup>16</sup> Der überwiegende Teil der Lehre lehnt die Zulässigkeit einer rein virtuellen Generalversammlung ohne Tagungsort nach bisherigem Recht ab.<sup>17</sup> Möglich ist aber bereits nach bisherigem Recht die virtuelle Teilnahme an einer physischen Generalversammlung.<sup>18</sup>

In den letzten Jahren wurde das Unmittelbarkeitsprinzip insbesondere bei grossen Publikumsgeellschaften durch die beherrschende Stellung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters relativiert. Das Spannungsverhältnis zwischen dem Bestreben, den Aktionärinnen ein einfaches und kostengünstiges Instrument zur Ausübung ihrer Stimmrechte zur Verfügung zu stellen zum einen und dem Konzept einer unmittelbaren, interaktiven Entscheidungsfindung zum anderen war mit den herkömmlichen technischen Mitteln nicht vollständig auflösbar. Hier öffnet die Digitalisierung neue Möglichkeiten. Indem der Gesetzgeber in Art. 701e revOR («Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel») die Anforderungen definiert, die eine Remote-Teilnahme erfüllen muss, damit die klassische physische durch eine neue digitale Unmittelbarkeit ergänzt oder ersetzt werden kann,<sup>19</sup> trägt er diesem technologischen Fortschritt Rechnung.<sup>20</sup> Im Sinne einer funktionalen Äquivalenz hat die digitale Teilnahme dabei in allen für die Ausübung der Mitwirkung relevanten Aspekten der klassischen physischen Teilnahme gleichwertig zu sein.<sup>21</sup>

Nicht zuletzt, um Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklagen zuvorkommen, will die Gesetzgeberin bei der Verwendung elektronischer Mittel bei der Durchführung von Generalversammlungen Rechtssicherheit schaffen, ohne durch eine zu granulare Gestaltung der Regeln technische Innovationen zu erschweren oder gar zu verunmöglichen.<sup>22</sup> Aus diesem Grund enthält das Gesetz bloss die Anforderungen, denen ein System der digitalen Teilnahme genügen muss.<sup>23</sup> Weiterhin nicht zu den elektronischen Mitteln zählen auch im revidierten Aktienrecht 2020 sodann die Hilfsmittel zur Stimmabgabe innerhalb der Generalversammlung wie etwa elektronische Abstimmungsgeräte («Televoters») und die blosser Übertragung einer physischen Generalversammlung im Internet («Webcast») ohne die Möglichkeit zur Interaktion.<sup>24</sup>

<sup>11</sup> Art. 698 Abs. 1 OR.

<sup>12</sup> Vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 OR.

<sup>13</sup> Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) (BBl 2017 399 ff.), 456.

<sup>14</sup> Vgl. *Forstmoser/Küchler* (Fn. 1), Vorbemerkungen zu Art. 698–731b OR N 6; *Brigitte Tanner*, *Moderne Formen der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht 2020*, SZW 2021, 589 ff., 590, je m.w.H.

<sup>15</sup> Vgl. etwa *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Rolf Sethe*, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Mit neuem Firmen- und künftigen Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform*, 12. Aufl., Bern 2018, § 16 N 531.

<sup>16</sup> Die Aktionäre oder deren Vertreter finden sich physisch an einer Art aktienrechtlicher Landsgemeinde zusammen (*Urs Bertschinger*, *Aktienrecht im digitalen Zeitalter*, in: *Lukas Gschwend/Peter Hettich/Markus Müller-Chen/Benjamin Schindler/Isabelle Wildhaber* [Hrsg.], *Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zürich 2015*, 167 ff., 168).

<sup>17</sup> Vgl. zur virtuellen Generalversammlung Ziff. III.2.2 und III.4.

<sup>18</sup> Vgl. zur hybriden Generalversammlung Ziff. III.2.1 und III.3.

<sup>19</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel Ziff. III.5.

<sup>20</sup> *Hans Caspar von der Crone*, *Aktienrecht*, 2. Aufl., Bern 2020, § 17 N 104 m.w.H.

<sup>21</sup> *Von der Crone* (Fn. 20), § 17 N 1047; vgl. Art. 701e Abs. 2 Ziff. 1–4 revOR.

<sup>22</sup> BBl 2017 399 ff., 557.

<sup>23</sup> *Von der Crone* (Fn. 20), § 17 N 1048.

<sup>24</sup> Beide Möglichkeiten bleiben weiterhin zulässig (BBl 2017 399 ff., 558).

## 2. Terminologie

### 2.1 Hybride Generalversammlungen

Eine hybride Generalversammlung liegt vor, wenn Aktionäre, die nicht am Tagungsort der Generalversammlung anwesend sind, ihre Rechte auf elektronischem Weg ausüben können (Art. 701c revOR). Es findet also eine herkömmliche Generalversammlung mit physischem Tagungsort statt, bei der den Aktionären wahlweise eine Remote-Teilnahme ermöglicht wird.<sup>25</sup>

### 2.2 Virtuelle Generalversammlungen

Unter der Marginalie virtuelle Generalversammlung lässt Art. 701d revOR neu eine ausschliesslich digitale Generalversammlung zu. Für die virtuelle Generalversammlung ist damit die fehlende physische Präsenz begriffsbestimmend. Weder kommen die Teilnehmenden physisch zusammen noch gibt es einen Tagungsort. Die Generalversammlung findet im digitalen Raum statt. Entsprechend üben die Aktionäre ihr Mitwirkungsrechte nur mit elektronischen Mitteln aus.<sup>26</sup>

### 2.3 Abgrenzungen

#### 2.3.1 Multilokale Generalversammlungen

Eine multilokale Generalversammlung wird gleichzeitig an verschiedenen Tagungsorten durchgeführt (Art. 701a Abs. 3 revOR). Mittels Bild- und Tonübertragung werden die Stimmen gegenseitig simultan an die anderen Versammlungsorte übermittelt.<sup>27</sup> Es findet somit eine direkte Übertragung der Stimmen an die an einem anderen Tagungsort gelegene Generalversammlung statt. Die Aktionärinnen sind grundsätz-

lich physisch anwesend, haben aber die Wahl, an welchem Versammlungsort.<sup>28</sup> Denkbar wäre es auch, eine multilokale Generalversammlung mit einer elektronischen Teilnahme zu kombinieren. Sofern mindestens einer von mehreren Tagungsorten in der Schweiz liegt, gilt die betreffende Generalversammlung nicht als solche mit ausländischem Tagungsort i.S.v. Art. 701 Abs. 1 revOR.<sup>29</sup> Die herrschende Lehre erachtet die multilokale Generalversammlung schon unter bisherigem Recht als zulässig.<sup>30/31</sup>

#### 2.3.2 Ausländischer Tagungsort

In der Aktienrechtsrevision 2020 war zwischen den Räten bis zuletzt strittig, ob Gesellschaften die Möglichkeit haben sollen, ihre Generalversammlung an einem ausländischen Tagungsort abzuhalten.<sup>32</sup> Eine Kompromisslösung setzte sich erst in der Einigungskonferenz durch.<sup>33</sup> Unter den folgenden drei kumulativen Voraussetzungen ist es zulässig, die Generalversammlung nach revidiertem Aktienrecht 2020 im Ausland durchzuführen: Zunächst müssen die Statuten diese Option ausdrücklich vorsehen (Art. 701b Abs. 1 revOR). Falls die Kompetenz, die Generalversammlung im Ausland abzuhalten, nicht bereits in den Gründungsstatuten enthalten ist, erfordert eine nachträgliche Einführung ein qualifiziertes Mehr (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 11 revOR). Die Statuten können sich dabei entweder darauf beschränken, die Kompetenz des Verwaltungsrats zur Festlegung eines ausländischen Tagungsorts vorzusehen oder gleich

<sup>25</sup> Vgl. etwa von der Crone (Fn. 20), § 17 N 1050; vgl. eingehend zur hybriden Generalversammlung Ziff. III.3.

<sup>26</sup> Vgl. etwa Hans Caspar von der Crone/Thomas Grob, Die virtuelle Generalversammlung, SZW 2018, 5 ff., 6; von der Crone (Fn. 20), § 17 N 1061; Tanner (Fn. 14), 602, je m.w.H.; vgl. eingehend zur virtuellen Generalversammlung Ziff. III.4.

<sup>27</sup> Brigitte Tanner, Generalversammlung ohne Tagungsort? Zur Flexibilisierung der Generalversammlung von Aktiengesellschaften gemäss dem Vorentwurf zur Aktienrechtsreform, in: Gaudenz G. Zindel/Patrik R. Peyer/Bertrand Schott (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 2008, 165 ff., 168.

<sup>28</sup> Hans Caspar von der Crone, Die Internet-Generalversammlung, in: Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, 155 ff., 156.

<sup>29</sup> Brigitte Tanner, in: Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Lukas Handschin (Hrsg.), Art. 698–726 und 731b OR, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, 3. Aufl., Zürich 2018, Art. 698 N 73; von der Crone (Fn. 20), § 17 N 1030.

<sup>30</sup> Vgl. etwa von der Crone (Fn. 28), 157 f.; Tanner (Fn. 14), 596 m.w.H.

<sup>31</sup> Vgl. zur multilokalen Generalversammlung eingehend von der Crone (Fn. 20), § 17 N 1029 ff. m.w.H.

<sup>32</sup> Reiser (Fn. 10), 231.

<sup>33</sup> Hans Caspar von der Crone/Sandro Bernet, Der Tagungsort der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht, 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 ff., 261 f.

selbst einen bestimmten Tagungsort nennen.<sup>34</sup> Auch ein in diesem Sinne statutarisch bestimmter Tagungsort muss mit Art. 701a Abs. 2 revOR im Einklang stehen. Demnach darf durch die Festlegung des Tagungsortes für keinen Aktionär die Ausübung seiner Rechte im Zusammenhang mit der Generalversammlung in unsachlicher Weise erschwert werden. Ferner hat der Verwaltungsrat in der Einberufung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu bezeichnen (Art. 701b Abs. 1 OR). Mit dem Einverständnis sämtlicher Aktionäre ist der Verwaltungsrat dabei bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, befugt, gemäss Abs. 2 der genannten Bestimmung auf die Bezeichnung einer unabhängigen Stimmrechtsvertreterin zu verzichten. Wie das Einverständnis zum Verzicht auf eine unabhängige Stimmrechtsberaterin einzuholen ist, können die Statuten festlegen. Eine allgemeine Zustimmung mit Widerrufsmöglichkeit dürfte zulässig sein. Fehlt eine statutarische Regelung, obliegt es dem Verwaltungsrat, die Modalitäten festzulegen.<sup>35</sup> Schliesslich ist das erwähnte, auch bei der Wahl eines inländischen Tagungsortes zu beachtende Erfordernis, wonach durch die Festlegung des Tagungsortes die Ausübung der Rechte im Zusammenhang mit der Generalversammlung für keinen Aktionär in unsachlicher Weise erschwert werden darf, bei einem ausländischen Tagungsort von besonderer Bedeutung.<sup>36</sup>

Bereits unter dem bisherigen Aktienrecht lassen Lehre und Praxis die Generalversammlung im Ausland zu.<sup>37</sup> Art. 701b revOR bildet nun eine klare, aufgrund der vorausgesetzten statutarischen Grundlage im Vergleich zum geltenden Recht verschärfte,<sup>38</sup> Basis für einen Tagungsort im Ausland.<sup>39</sup> Mit Blick auf die zulässige virtuelle Generalversammlung ohne Tagungsort wäre es denn auch widersprüchlich gewe-

sen, eine Generalversammlung mit ausländischem Tagungsort zu verbieten.<sup>40</sup>

### 2.3.3 Stellvertretung mit elektronischer Echtzeit-Weisung (Internet Proxy Voting)

Beim sog. Internet Proxy Voting wird eine physische Generalversammlung mit Audio- oder Video-Stream (Webcast) live übertragen. Die abwesenden Aktionäre können dabei vor den jeweiligen Abstimmungen einem von der Gesellschaft bezeichneten Vertreter in Echtzeit elektronisch Weisungen erteilen.<sup>41</sup> In diesem Fall ist es die Vertreterin, die im Namen der Aktionäre die Aktionärsrechte wahrnimmt.<sup>42</sup> Da Aktionäre, die über Stellvertretung mit elektronischer Echtzeit-Weisung an der Generalversammlung teilnehmen, keine Voten abgeben, keine Anträge stellen und keine Auskunft verlangen können,<sup>43</sup> ist hier keine digitale Unmittelbarkeit gegeben. Die Mitwirkung über elektronische Echtzeit-Weisungen geht also deutlich weniger weit als die Remote-Teilnahme an einer hybriden (oder virtuellen) Generalversammlung. Zugleich ist sie technisch einfacher umsetzbar.<sup>44</sup> Das insbesondere in den USA und Deutschland verbreitete Internet Proxy Voting ist in der Schweiz schon nach bisherigem Recht zulässig.<sup>45</sup>

Bei Gesellschaften mit kotierten Aktien müssen die Aktionäre gemäss Art. 689c Abs. 6 revOR die Möglichkeit haben, einer unabhängigen Stimmrechtsvertreterin elektronisch Vollmachten und Weisungen zu erteilen. Erforderlich ist indes weder ein Live-Streaming noch die Option, Weisungen in Echtzeit zu erteilen.<sup>46</sup> Somit lassen sich die gesetzlichen Anforderungen bereits mit einem verhältnismässig einfachen System erfüllen, das es den Aktionärinnen nach der

<sup>34</sup> Von der Crone (Fn. 20), § 17 N 1033; vgl. auch Forstmoser/Küchler, wonach der Verwaltungsrat in Übereinstimmung mit Art. 716 OR gemäss Art. 701a Abs. 1 revOR für die Bestimmung des Tagungsortes zuständig ist, was aber keine unentziehbare Kompetenz darstelle (Forstmoser/Küchler [Fn. 1], Art. 701a OR N 6).

<sup>35</sup> BBl 2017 399 ff., 559; von der Crone/Grob (Fn. 26), 8; Reiser (Fn. 10), 232.

<sup>36</sup> Von der Crone (Fn. 20), § 17 N 1033.

<sup>37</sup> Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet!, Jusletter vom 10. Februar 2020, N 38.

<sup>38</sup> Forstmoser/Küchler (Fn. 1), Art. 701b OR N 6.

<sup>39</sup> Vgl. dazu eingehend von der Crone (Fn. 20), § 17 N 1033 ff.

<sup>40</sup> Forstmoser/Küchler (Fn. 37), N 38; Reiser (Fn. 10), 231.

<sup>41</sup> Ines Pöschel, Generalversammlung und Internet: Versuch einer Enttäuschung, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich/St. Gallen 2010, 223 ff., 237 f.; von der Crone (Fn. 20), § 17 N 1051; Tanner (Fn. 14), 600 m.w.H.

<sup>42</sup> Von der Crone (Fn. 20), § 17 N 1051.

<sup>43</sup> Von der Crone (Fn. 28), 160 f.

<sup>44</sup> Von der Crone (Fn. 20), § 17 N 1051 m.w.H.; vgl. etwa auch Tanner (Fn. 14), 600 m.w.H.

<sup>45</sup> Von der Crone (Fn. 28), 161.

<sup>46</sup> Von der Crone (Fn. 20), § 17 N 1053; vgl. noch zur Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 lit. a BV in Art. 9 Abs. 1 Ziff. 3 der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) vom 20. November 2013, SR 221.331, Bertschinger (Fn. 16), 173 f.

Identifikation ermöglicht, den unabhängigen Stimmrechtsvertreter elektronisch zu beauftragen und zu instruieren.<sup>47</sup>

### 3. Hybride Generalversammlungen

Bei einer hybriden Generalversammlung findet wie erwähnt eine herkömmliche Generalversammlung mit einem physischem Tagungsort statt, bei der die Aktionärinnen wahlweise remote teilnehmen können.<sup>48</sup> Aktionäre, die elektronischen Mitteln gegenüber skeptisch sind, verfügen also auch über die Option einer physischen Teilnahme an der Generalversammlung. Somit greift die hybride Ausgestaltung der Generalversammlung nur leicht in die Aktionärsrechte ein. Sofern die physisch anwesenden und die elektronisch teilnehmenden Aktionärinnen während der Generalversammlung immer auf Augenhöhe, d.h. simultan und ohne Zeitverzug, miteinander interagieren können, bejaht die Lehre die Zulässigkeit einer hybriden Generalversammlung bereits nach bisherigem Recht.<sup>49</sup> Das revidierte Recht gibt dem Verwaltungsrat entsprechend dispositiv und ohne Notwendigkeit einer statutarischen Grundlage die Kompetenz zur hybriden Durchführung der Generalversammlung.<sup>50</sup> Dies gilt im Übrigen ebenso für die faktische (und damit materiell gesehen) virtuelle Generalversammlung, wenn alle Aktionärinnen trotz Wahlmöglichkeit auf eine physische Teilnahme verzichten und sich für eine Remote-Teilnahme entscheiden.<sup>51</sup> Solange eine physische Teilnahme möglich ist, fällt die Generalversammlung nämlich unter Art. 701c revOR und nicht unter Art. 701d revOR, der die eigentliche virtuelle Generalversammlung regelt und dafür eine statutarische Grundlage verlangt.<sup>52</sup>

Es stellt sich sodann die Frage, ob die Option, Aktionärsrechte auf elektronischem Weg auszuüben, auf einzelne Aktionäre beschränkt werden darf. Beim Recht des Aktionärs auf Teilnahme an der General-

versammlung nach Art. 689 Abs. 1 OR handelt es sich um ein gesetzlich zwingend gewährtes Aktionärsrecht. Unter Berücksichtigung des aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgebots können aber Einschränkungen des Rechts auf Teilnahme unter gewissen Voraussetzungen zulässig sein. Dabei ist eine Ungleichbehandlung nur aus sachlichen Gründen gerechtfertigt, was bei einem vernünftigen Mittel zur Erreichung eines legitimen Gesellschaftszieles gegeben ist.<sup>53</sup> Diese Kriterien haben unabhängig davon, ob sich eine Aktionärin bei einer hybriden Generalversammlung für die physische oder die elektronische Teilnahme entscheidet, gleichermaßen Geltung. Wie erwähnt muss die digitale Teilnahme nämlich im Sinne einer funktionalen Äquivalenz in allen für die Ausübung der Mitwirkung relevanten Aspekten der klassischen physischen Teilnahme gleichwertig sein.<sup>54</sup> Infolgedessen sollten vorliegender Ansicht nach entweder sämtliche oder keine Aktionärinnen ihre Rechte auf elektronischem Weg ausüben können.<sup>55</sup>

Für eine angemessene Ausgestaltung der hybriden Generalversammlung ist schliesslich der Verwaltungsrat kompetent und verantwortlich (Art. 716 Abs. 1 OR).<sup>56</sup> Dabei hat er für eine den Vorgaben des

<sup>53</sup> Vgl. dazu im Hinblick auf das Recht auf Teilnahme bei der virtuellen Generalversammlung Reiser (Fn. 10), 233 m.w.H.

<sup>54</sup> Vgl. Ziff. III.1.2.

<sup>55</sup> Nach *Forstmoser/Küchler* soll bei Gesellschaften mit einem kleinen Aktionariat eine absolute Gleichbehandlung aller Aktionärinnen verlangt werden, weil die direkte elektronische Teilnahme sämtlicher Aktionäre machbar sei. Aus praktischen Gründen dränge sich aber bei Gesellschaften mit einer grossen Anzahl Aktionärinnen und insbesondere bei Publikumsgesellschaften eine Differenzierung auf, weil bzw. soweit es bei diesen nicht möglich sei, allen Aktionären das gleiche umfassende Teilnahmerecht auf elektronischem Weg einzuräumen. Somit erscheine es gemäss den genannten Autoren vertretbar, den Kreis der Aktionärinnen, die vom durch Art. 701c revOR ebenfalls erfassten Meinungsäusserungsrecht Gebrauch machen können, im Sinne einer relativen Gleichbehandlung auf eine übersichtliche Anzahl zu beschränken. Neben der Grösse des Aktienbesitzes wäre es demnach etwa denkbar, vor der Generalversammlung einen Termin zu bestimmen, bis zu dem sich Aktionäre melden müssen, wenn sie ein elektronisches Votum abgeben wollen. Eine Auswahl ohne einheitliche und sachgerechte Kriterien wäre dagegen unzulässig (*Forstmoser/Küchler* [Fn. 1], Art. 701c OR N 9).

<sup>56</sup> *Von der Crone* (Fn. 20), § 17 N 1054.

<sup>47</sup> *Von der Crone* (Fn. 20), § 17 N 1053.

<sup>48</sup> Vgl. Ziff. III.2.1.

<sup>49</sup> *Von der Crone* (Fn. 28), 156; *Reiser* (Fn. 10), 231.

<sup>50</sup> BBl 2017 399 ff., 558; *von der Crone* (Fn. 20), § 17 N 1050. Bei der Zuständigkeit des Verwaltungsrates handelt es sich um keine unentziehbare Aufgabe i.S.v. Art. 716a OR. Damit ist eine durch die Aktionäre beschlossene statutarische Regelung zulässig (*Forstmoser/Küchler* [Fn. 1], Art. 701c OR N 6; *Tanner* [Fn. 14], 601).

<sup>51</sup> *Von der Crone* (Fn. 20), § 17 N 1050.

<sup>52</sup> *Von der Crone/Grob* (Fn. 26), 7.

Datenschutzgesetzes (DSG) entsprechende technische Infrastruktur zu sorgen.<sup>57</sup>

#### 4. Virtuelle Generalversammlungen

Wie erwähnt ermöglicht Art. 701d revOR unter der Voraussetzung einer entsprechenden statutarischen Grundlage die Durchführung einer Generalversammlung ausschliesslich mit elektronischen Mitteln und ohne Tagungsort als virtuelle Generalversammlung.<sup>58</sup> Die Statutenänderung kann dabei mit der Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen beschlossen werden (Art. 703 Abs. 1 revOR). Der Verwaltungsrat hat in der Einberufung einer virtuellen Generalversammlung sodann einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu bezeichnen (Art. 701d Abs. 1 revOR). Dies soll es Aktionärinnen, die nicht in der Lage oder gewillt sind, mit elektronischen Mitteln an der virtuellen Generalversammlung teilzunehmen ermöglichen, ihr Stimmrecht auf herkömmlichem Weg auszuüben.<sup>59</sup> Abgesehen vom Tagungsort haben auch für virtuelle Generalversammlungen die Vorschriften zur Einberufung und Durchführung von Generalversammlungen ohne Einschränkungen Gültigkeit.<sup>60</sup>

Nach Art. 701d Abs. 2 revOR können die Statuten bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, auf die Bezeichnung einer unabhängigen Stimmrechtsvertreterin verzichten. Für diesen Beschluss braucht es ein qualifiziertes Mehr (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 15 revOR). Demgegenüber verlangt der statutarische Verzicht auf eine unabhängige Stimmrechtsberaterin bei der Durchführung der Generalversammlung an einem ausländischen Tagungsort wie ausgeführt die Zustimmung sämtlicher Aktionärinnen.<sup>61</sup>

Auch bei der virtuellen Generalversammlung liegt deren angemessene Ausgestaltung in der Kompetenz und Verantwortung des Verwaltungsrates (Art. 716 Abs. 1 OR). Es versteht sich von selbst, dass der Verwaltungsrat hier ebenfalls die Vorgaben des DSG einhalten muss.<sup>62</sup> Was schliesslich das Erfordernis einer öffentlichen Beurkundung anbelangt, so schliesst dieses die Option einer virtuellen Generalversammlung zwar grundsätzlich nicht aus. Indes können sich aus dem Beurkundungsrecht Einschränkungen ergeben. So ist denkbar, dass das kantonale Beurkundungsrecht gestützt auf Art. 55 Abs. 1 ZGB für Willensbeurkundungen einen räumlichen Tagungsort vorsieht. Vor allem die Gründung als Errichtungsakt einer Aktiengesellschaft nach Art. 629 OR würde darunter fallen. Die öffentliche Urkunde über die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft bescheinigt hingegen einen tatsächlichen Vorgang und qualifiziert daher als Sachbeurkundung. Eine solche ist hinsichtlich eines Beschlusses möglich, der an einer virtuellen Generalversammlung gefällt worden ist.<sup>63</sup>

<sup>57</sup> Zum einen dürften die Aktionärinnen einen Anspruch darauf haben, nicht ohne ihre Zustimmung in einem allfälligen Video-Stream aufgenommen zu werden. Unabhängig von einer physischen oder elektronischen Mitwirkung werden sich die Aktionäre zum anderen aber aktiv (d.h. mittels Voten, Anträgen und Auskunftsbegehren) nicht ohne Identifikation und Zustimmung zu einer Audio- bzw. Videoübermittlung in die Beratungen einbringen können (von der Crone [Fn. 20], § 17 N 1055).

<sup>58</sup> Vgl. Ziff. III.2.2; vgl. für einen Vergleich des Schweizer Ansatzes mit demjenigen von Deutschland und des US-Gliedstaates Delaware Jean-Pascal Stoll, Das neue schweizerische Recht der virtuellen Generalversammlung im Lichte anderer Rechtsordnungen, recht 2021, 28 ff.

<sup>59</sup> BBl 2017 399 ff., 558 f.

<sup>60</sup> Von der Crone/Grob (Fn. 26), 8. So sorgt der Verwaltungsrat wie bei den anderen Formen der Generalversammlungen etwa für die Führung des Protokolls (Art. 702 Abs. 2 revOR). Dabei kann jeder Aktionär verlangen, dass ihm das Protokoll innerhalb von 30 Tagen nach der Generalversammlung zugänglich gemacht wird (Art. 702 Abs. 4 revOR). Zudem sind bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, die Beschlüsse und die Wahlergebnisse unter Angabe der genauen Stimmenverhältnisse innerhalb von 15 Tagen nach der Generalversammlung auf elektronischem Weg zugänglich zu machen (Art. 702 Abs. 5 revOR).

<sup>61</sup> Vgl. Ziff. III.2.3.2. Forstmoser/Küchler erachten dies als problematisch, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass sämtliche Aktionärinnen über die nötigen Kenntnisse und technische Ausstattung verfügen (Forstmoser/Küchler [Fn. 1], Art. 701d OR N 11).

<sup>62</sup> Von der Crone (Fn. 20), § 17 N 1055; vgl. dazu bereits im Zusammenhang mit der hybriden Generalversammlung Ziff. III.3.

<sup>63</sup> BBl 2017 399 ff., 559; Forstmoser/Küchler (Fn. 1), Art. 701d OR N 13; Reiser (Fn. 10), 232; vgl. zu den beurkundungsrechtlichen Aspekten der virtuellen Generalversammlung eingehend von der Crone (Fn. 20), § 17 N 1067 ff. m.w.H.; vgl. zur notariellen Zuständigkeit bzw. zur Frage, ob sich die Urkundsperson im Büro der Tagungsleitung einfinden muss oder ob jede Urkundsperson die Beurkundung vornehmen kann, solange sie sich während der Online-Teilnahme physisch im Kanton befindet, der ihr die Befugnis erteilt hat etwa Stoll (Fn. 58), 37 m.w.H.

## 5. Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel

Nach Art. 701e Abs. 1 revOR obliegt es dem Verwaltungsrat, für die Verwendung elektronischer Mittel die erforderlichen Regeln aufzustellen.<sup>64</sup> Dabei ist es bei der hybriden und umso mehr bei der virtuellen Generalversammlung essentiell, dass er durch klare Regeln zur Verhandlungsführung sicherstellt, dass die Aktionärinnen von ihrem Recht, Voten abzugeben, Anträge zu stellen und Auskünfte zu verlangen, auch tatsächlich Gebrauch machen können.<sup>65</sup> Gemäss Art. 701e Abs. 2 revOR hat der Verwaltungsrat konkret dafür zu sorgen, dass die Identität der Teilnehmerinnen feststeht (Ziff. 1), die Voten in der Generalversammlung unmittelbar übertragen werden (Ziff. 2), jeder Teilnehmer Anträge stellen und sich an der Diskussion beteiligen kann (Ziff. 3) und das Abstimmungsergebnis nicht verfälschbar ist (Ziff. 4). Sicherzustellen ist also der korrekte Ablauf (Ziff. 1 und 4) sowie die Gewährleistung eines direkten Meinungsaustausches zwischen den Aktionärinnen (Ziff. 2 und 3).<sup>66</sup>

Von grundlegender Bedeutung dürfte dabei zunächst die sichere Identifikation der Teilnehmerinnen sein, handelt es sich doch bei einer lücken- oder mangelhaften Identifikation nach Art. 691 Abs. 3 OR um einen möglichen Anfechtungsgrund von Generalversammlungsbeschlüssen, wenn die Gesellschaft nicht nachweist, dass diese Mitwirkung keinen Einfluss auf die Beschlussfassung hatte. Bei der Identifikation der Namenaktionäre kann diese ähnlich wie bei der herkömmlichen Generalversammlung mittels Zusendung von Benutzernamen und Passwort anstelle von Zutrittskarten, via qualifizierte elektronische Signatur oder über die Blockchain geschehen.<sup>67</sup> Verfügt die Gesellschaft über als Bucheffekten ausgestaltete Inhaberaktien ist die Überprüfung der Identität über die Verwahrungsstelle i.S.v. Art. 4 BEG möglich. Die

Aktionärin legitimiert sich gegenüber der Gesellschaft mit dem durch die Verwahrungsstelle ausgestellten Ausweis über die Gutschrift der betreffenden Bucheffekten auf ihrem Effektenkonto (Art. 16 BEG).<sup>68</sup> Liegen börsenkotierte Inhaberaktien vor, kann die Überprüfung der Identität im Zusammenhang mit der Meldepflicht nach Art. 120 Abs. 1 FinfraG, die aber erst bei einer Beteiligung von mindestens 3 Prozent eintritt, geschehen.<sup>69</sup> Ist die Legitimation zur Teilnahme an der Generalversammlung in diesem Sinne erwiesen, erfolgt die Identifikation sodann in Analogie zu derjenigen der Namenaktionäre.

Die Anforderungen an den Kommunikationskanal hat die Gesetzgeberin bewusst allgemein gehalten. So steht die Wahl des Mediums, das eine Übertragung in Echtzeit ermöglichen muss,<sup>70</sup> im Ermessen des Verwaltungsrats. Auch wenn ein Live-Videostreaming oft im Vordergrund stehen dürfte, ist eine Bildübertragung nicht zwingend.<sup>71</sup> Zulässig ist auch eine konventionelle Telefonkonferenz oder eine Applikation mit Spracherkennung und Audio-Text-Übertragung, möglicherweise sogar eine reine Text-Übertragung. Zudem ist es denkbar, in Gesellschaften mit internationalem Aktionariat Simultanübersetzungen in die unmittelbare Übertragung einzubinden.<sup>72</sup> Dabei muss der Verwaltungsrat im Hinblick auf die konkrete Generalversammlung in technisch zumutbarer und vernünftig zu erwartender Weise handeln. Es versteht sich von selbst, dass er insbesondere auf unsichere elektronische Mittel zu verzichten hat.<sup>73</sup> Innerhalb des ihm zustehenden Geschäftsermessens darf er das bei technischen Applikationen unver-

<sup>64</sup> Forstmoser/Küchler (Fn. 1), Art. 701e OR N 6.

<sup>65</sup> Von der Crone (Fn. 20), § 17 N 1064. Müller/Akeret empfehlen dem Verwaltungsrat, die Verwendung elektronischer Mittel (bei der virtuellen Generalversammlung) im Organisationsreglement zu regeln (Roland Müller/Fabian Akeret, Die Generalversammlung nach revidiertem Aktienrecht, SJZ 2021, 7 ff., 20).

<sup>66</sup> Forstmoser/Küchler (Fn. 1), Art. 701e OR N 5.

<sup>67</sup> Vgl. dazu etwa von der Crone/Grob (Fn. 26), 18 m.w.H.; Alexander F. Wagner/Rolf H. Weber, Corporate Governance auf der Blockchain, SZW 2017, 59 ff., 68.

<sup>68</sup> Von der Crone (Fn. 20), § 17 N 1087.

<sup>69</sup> Gemäss dem Bundesgesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke vom 21. Juni 2019 werden Inhaberaktien von nicht börsenkotierten Aktiengesellschaften und nicht als Bucheffekten ausgestaltete Inhaberaktien per 1. Mai 2021 in Namenaktien umgewandelt (vgl. Art. 622 Abs. 1<sup>bis</sup> OR i.V.m. Art. 3 und Art. 4 Abs. 1 Übergangsbestimmungen vom 21. Juni 2019 und dazu die Botschaft zur Umsetzung der Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke im Bericht zur Phase 2 der Länderüberprüfung der Schweiz vom 21. November 2018 [BBl 2019 297 ff.], 313); vgl. auch Stoll [Fn. 58], 35).

<sup>70</sup> Vgl. zum Erfordernis der (digitalen) Unmittelbarkeit Ziff. III.1.2.

<sup>71</sup> BBl 2017 399 ff., 559.

<sup>72</sup> Von der Crone (Fn. 20), § 17 N 1064.

<sup>73</sup> BBl 2017 399 ff., 560.

meidbare Restrisiko von Funktionsstörungen in Kauf nehmen. Ferner ist auszugehen von einem Aktionär, der technisch durchschnittlich begabt und ausgerüstet ist. Eine minimale technische Infrastruktur und eine Basis-Anwender-Kompetenz der Aktionärin darf also vorausgesetzt werden.<sup>74</sup> Mit den verbreiteten Geräten und Betriebssystemen muss die Teilnahme ohne grössere Konfigurationsänderungen gewährleistet sein. Darüber hinaus hat der Verwaltungsrat die technische Entwicklung zu verfolgen und die Verwendung elektronischer Mittel allenfalls – je nach Verbreitung eines technischen Geräts oder einer Software – entsprechend anzupassen.<sup>75</sup> Es ist zudem zu empfehlen, eine Telefon-Hotline für Fragen und Problemmeldungen zur Verfügung zu stellen.<sup>76</sup> Auch hier gilt die Pflicht des Verwaltungsrats, die Aktionärinnen gleich zu behandeln (Art. 717 Abs. 2 OR).<sup>77</sup>

Gemäss Botschaft soll nicht nur der Verwaltungsrat, sondern auch die Generalversammlung Details zur Verwendung elektronischer Mittel in den Statuten festlegen können.<sup>78</sup> Denkbar wäre dabei etwa eine statutarische Regelung, wonach die ordentliche Generalversammlung jeweils zwingend physisch, allfällige weitere, ausserordentliche Generalversammlungen hingegen virtuell durchzuführen sind. Ferner könnten die Statuten die virtuelle Form nur für gewisse Themen zulassen. Nicht empfehlenswert scheint es aber, technische Details, wie beispielsweise Vorgaben zur Verwendung bestimmter Applikationen statutarisch vorzuschreiben. Zum einen obliegt es wie erwähnt dem Verwaltungsrat, die technischen Entwicklungen zu verfolgen und bei der Verwendung elektronischer Mittel zu berücksichtigen.<sup>79</sup> Darin würde er behindert bzw. zumindest gebremst, wenn etwa für die Verwendung einer neuen Applikation je-

des Mal eine Statutenänderung nötig wäre. Zum anderen bleibt es in der Verantwortung des Verwaltungsrates dafür zu sorgen, dass die Verwendung elektronischer Mittel bei der Durchführung der Generalversammlung reibungslos funktioniert. Der Verwaltungsrat tut schliesslich gut daran, die technischen Einrichtungen durch eine Fachperson zertifizieren zu lassen, resultiert doch aus der richtigen Wahl, Instruktion und Überwachung der Fachperson eine Haftungsbeschränkung.<sup>80</sup>

## 6. Technische Probleme

Treten während der Generalversammlung technische Probleme auf, sodass die Generalversammlung nicht mehr ordnungsgemäss durchgeführt werden kann, ist sie nach Art. 701f Abs. 1 OR zu wiederholen.<sup>81</sup> Eine ordnungsgemässe Durchführung ist dabei dann gegeben, wenn nicht nur die Beschlussfassung, sondern auch der Meinungsaustausch unter den Aktionärinnen und ihr Antragsrecht korrekt wahrgenommen werden können.<sup>82</sup> Die digitale Unmittelbarkeit bzw. die Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel gemäss Art. 701f Abs. 2 Ziff. 1–4 revOR müssen also für die ganze Dauer der Versammlung gewährleistet sein.<sup>83</sup> Als technische Probleme i.S.v. Art. 701f Abs. 1 revOR gelten sodann Probleme bei der durch die Gesellschaft bereitgestellten technischen Infrastruktur. Keine technischen Probleme im Sinne dieser Bestimmung sind Schwierigkeiten der Aktionäre mit den von ihnen benutzten Telefonkommunikationsunternehmen, soweit sie nicht flächendeckend auftreten und einen wesentlichen Teil der Aktionärinnen treffen. Ebenfalls in den Risikobereich der Aktionäre fallen Schwierigkeiten mit der eigenen Hard- und Software.<sup>84</sup>

Hatten technische Probleme nachweislich keinen Einfluss auf die Abstimmungsergebnisse, sind sie nur dann in Analogie zu Art. 691 Abs. 3 OR irrelevant, wenn nicht bloss das formelle Abstimmungsverfahren

<sup>74</sup> BBl 2017 399 ff., 557 m.w.H.

<sup>75</sup> BBl 2017 399 ff., 557 m.w.H.

<sup>76</sup> Dabei sollte eine solche Unterstützung nicht nur während, sondern schon im Vorfeld der virtuellen Generalversammlung zur Verfügung stehen, damit die Aktionärinnen den Zugang zur Plattform testen und die Kompatibilität der Anwendung mit ihrem Gerät sicherstellen (von der Crone/Grob [Fn. 26], 15 f.; vgl. auch Stoll [Fn. 58], 33). Vgl. zur Verwendung der elektronischen Mittel bzw. zur Durchführung der virtuellen Generalversammlung im engeren Sinn etwa auch die Ausführungen bei Müller/Akeret (Fn. 65), 15 f.; Häusermann (Fn. 6), 307; Stoll (Fn. 58), 34 f. m.w.H.

<sup>77</sup> Von der Crone/Grob (Fn. 26), 8; Reiser (Fn. 10), 232.

<sup>78</sup> BBl 2017 399 ff., 557.

<sup>79</sup> BBl 2017 399 ff., 557.

<sup>80</sup> Von der Crone (Fn. 20), § 17 N 1058 m.w.H.

<sup>81</sup> Vgl. zu den technischen Problemen bei der virtuellen Generalversammlung eingehend Benjamin V. Enz/Michael Hochstrasser, Technische Probleme bei der virtuellen Generalversammlung (Art. 701f revOR), Teil 1 und 2, SJZ 2021, 719 ff. und 778 ff.

<sup>82</sup> Forstmoser/Küchler (Fn. 1), Art. 701f OR N 5.

<sup>83</sup> Von der Crone (Fn. 20), § 17 N 1059.

<sup>84</sup> BBl 2017 399 ff., 560.

ren, sondern auch der Meinungs austausch unter den Aktionärinnen bzw. die Willensbildung möglich waren.<sup>85</sup> Ferner kann sich die Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsfolge neben Art. 701f revOR weiterhin aus Art. 691 Abs. 3 und Art. 706 ff. OR ergeben, falls der Beschluss (auch) über andere, über diejenigen von Art. 701f revOR hinausgehende Mängel verfügt.<sup>86</sup> So regelt Art. 701f revOR im Sinne einer *lex specialis* einen konkreten Anwendungsfall von Art. 706 ff. OR.

Ist die Generalversammlung mangels ordnungsgemässer Durchführung zu wiederholen und bleibt die Traktandenliste dieselbe, muss die Einladungsfrist nach Art. 700 Abs. 1 revOR nicht eingehalten werden. Mit Blick auf die Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrats hat er indes eine Frist und einen Termin zu bestimmen, der möglichst vielen Aktionärinnen eine Teilnahme erlaubt.<sup>87</sup> Ferner ist im Protokoll der Generalversammlung festzuhalten, dass es technische Probleme gab und zu welchen Massnahmen sie führten (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 6 revOR). Gültig bleiben schliesslich nach Art. 701f Abs. 2 revOR Beschlüsse, welche die Generalversammlung vor dem Auftreten der technischen Probleme gefasst hat.

#### IV. Digitale Verwaltungsratssitzungen<sup>88</sup>

Auch der Verwaltungsrat kann seine Beschlüsse unter Verwendung «elektronischer Mittel», d.h. hybride oder virtuell,<sup>89</sup> fassen. Art. 713 Abs. 2 Ziff. 2 revOR, der dies explizit festhält und auf die betreffenden Bestimmungen für die Generalversammlung verweist, soll in erster Linie der Klärung der Rechtslage und der Verbesserung der Praktikabilität dienen.<sup>90</sup> Die entsprechenden Normen der Generalversammlung kommen lediglich «sinngemäss», d.h. nur insoweit zur Anwendung, als sie nicht spezifisch auf die Generalversammlung zugeschnittene Fragen regeln. Dadurch werden freilich neue Rechtsunsicherheiten geschaffen.<sup>91</sup> So stellt sich etwa die Frage, ob für die Durchführung virtueller Verwaltungsratssitzungen eine statutarische Grundlage nötig ist. Vorliegender Ansicht nach dürfte dies zu verneinen sein, da die Ausgestaltung der Form der Beschlussfassung im Verwaltungsrat grundsätzlich in seine Organisationskompetenz fällt und damit auch weiterhin in seiner Gestaltungsfreiheit verbleiben sollte. Dem Verwaltungsrat ist aber zu empfehlen, die Details der elektronischen Beschlussfassung im Organisationsreglement zu regeln.<sup>92</sup>

Anders als beim Zirkularbeschluss in elektronischer Form nach Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 revOR hat die Verwaltungsratssitzung unter Verwendung elektronischer Mittel in digitaler Unmittelbarkeit<sup>93</sup> zu erfol-

<sup>85</sup> Vgl. *Forstmoser/Küchler* (Fn. 1), Art. 701f OR N 7; *Reiser* (Fn. 10), 234; *Stoll* (Fn. 58), 37; *Patrick Schmidt/Matthias P. A. Müller*, Beschlussmängel bei der virtuellen Generalversammlung, in: Alexandra Dal Molin-Kränzlin/Anne Mirjam Schneuwly/Jasna Stojanovic (Hrsg.), *Digitalisierung – Gesellschaft – Recht*, Zürich 2019, 261 ff., 275; a.M. *Peter V. Kunz*, *Evolution ins 21. Jahrhundert – oder: Zukunft der Generalversammlung von Aktiengesellschaften in der Schweiz*, AJP 2011, 155 ff., 163 Fn. 114; *Enz/Hochstrasser* (Fn. 81), 726 ff. m.w.H.

<sup>86</sup> *Lucas Forrer/Floris Zuur/Matthias P. A. Müller*, Das Aktienrecht im Wandel der Digitalisierung – Entstehung der Gesellschaft, Willensbildung der Organe und Blockchain-Technologie, in: *Lucas Forrer/Floris Zuur/Matthias P. A. Müller* (Hrsg.), *Das Aktienrecht im Wandel*, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, 14 m.w.H.; vgl. zu den Beschlussmängeln bei der virtuellen Generalversammlung *Schmidt/Müller* (Fn. 85), 261 ff.

<sup>87</sup> Hier setzt die Botschaft die Messlatte etwas gar tief an, wonach es genüge, das neue Datum der Generalversammlung so anzusetzen, «dass die Mehrheit der Aktionäre nicht von vornherein von der Teilnahme ausgeschlossen ist» (vgl. auch *Forstmoser/Küchler* [Fn. 1], Art. 701f OR N 8 mit Verweis auf BBl 2017 399 ff., 560).

<sup>88</sup> Vgl. zum – freilich über die Aktienrechtsrevision 2020 hinausgehenden – eigenständig handelnden Robo-Verwaltungsrat *Harald Bärtschi*, Vom papierlosen Wertpapier zum Robo-Verwaltungsrat: Gesellschaftsrecht im digitalen Wandel, in: *Peter Jung/Frédéric Krauskopf/Conradin Cramer* (Hrsg.), *Theorie und Praxis des Unternehmensrechts*, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich 2020, 1 ff.

<sup>89</sup> Vgl. bereits bei den digitalen Generalversammlungen zur Terminologie Ziff. III.2 sowie zur hybriden III.3 und zur virtuellen Durchführung III.4.

<sup>90</sup> *Forstmoser/Küchler* (Fn. 1), Art. 713 OR N 9.

<sup>91</sup> Vgl. Art. 713 Abs. 2 Ziff. 2 i.V.m. Art. 701c–701e revOR; vgl. etwa auch *Guy Mustaki/Josephine Schwab*, Digitalisation des décisions dans le nouveau droit de la société anonyme, Jusletter vom 9. November 2020, N 6 und 53.

<sup>92</sup> Gl.M. *Christoph B. Bühler*, Digitale Revolution im Aktienrecht?, SJZ 2017, 565 ff., 573 m.w.H.; *Forrer/Zuur/Müller* (Fn. 86), 16 m.w.H. In diesem Sinne dürfte auch die Botschaft zu verstehen sein, wonach der Verwaltungsrat weitere Einzelheiten im Organisationsreglement regelt und statutarische Vorgaben (lediglich) vorbehalten bleiben (BBl 2017 399 ff., 568).

<sup>93</sup> Vgl. dazu Ziff. III.1.2.

gen.<sup>94</sup> Wie erwähnt verlangt Art. 701e Abs. 2 revOR, dass die Identität der Teilnehmer feststeht, die Stimmen unmittelbar übertragen werden, jeder Teilnehmer Anträge stellen und sich an der Diskussion beteiligen kann und das Abstimmungsergebnis nicht verfälschbar ist.<sup>95</sup> Ferner ist vorauszusetzen, dass alle Mitglieder des Verwaltungsrates über die technischen Möglichkeiten verfügen, um einschränkungslos mit elektronischen Instrumenten an der Verwaltungsratssitzung teilzunehmen. Dabei obliegt es der Gesellschaft, die Verwaltungsratsmitglieder nötigenfalls mit der entsprechenden Ausrüstung auszustatten und die erforderlichen technischen Sicherheitsvorkehrungen zum Schutz des Sitzungsgeheimnisses zu treffen.<sup>96</sup> Sofern eine hybride oder virtuelle Verwaltungsratssitzung ordnungsgemäss einberufen und die technischen Anforderungen für eine Remote-Teilnahme eingehalten werden (vgl. Art. 713 Abs. 2 Ziff. 2 i.V.m. Art. 701c und 701e revOR), liegt insofern eine vollwertige Verwaltungsratssitzung vor, als die Interaktion unter den Verwaltungsratsmitgliedern gewährleistet ist. Dies unterscheidet die hybride bzw. virtuelle Verwaltungsratssitzung von einem elektronischen Zirkularbeschluss, bei dem im Gegensatz zur hybriden bzw. virtuellen Verwaltungsratssitzung keine Beratung stattfindet und daher jedes Verwaltungsratsmitglied die persönliche Beratung verlangen kann (Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 revOR).<sup>97</sup>

Ist eine Verwaltungsratssitzung sodann wegen technischer Probleme nicht ordnungsgemäss durchführbar, ist sie zu unterbrechen und sobald wie möglich fortzusetzen. Dabei bleiben Beschlüsse in Analogie zu Art. 701f Abs. 2 revOR gültig, die der Verwaltungsrat vor dem Auftreten der technischen Probleme gefasst hat. Im Übrigen ist das Protokoll über die Verhandlungen und Beschlüsse von der Vorsitzenden und vom Protokollführer zu unterzeichnen (vgl. Art. 713 Abs. 3 revOR). Dies gilt auch für auf elektronischem Weg gefasste Beschlüsse und kann in physischer oder elektronischer Form geschehen.<sup>98</sup>

<sup>94</sup> BBl 2017 399 ff., 568.

<sup>95</sup> Vgl. Ziff. III.5.

<sup>96</sup> Von der Crone (Fn. 20), § 18 N 1382.

<sup>97</sup> Von der Crone (Fn. 20), § 18 N 1383; vgl. zur schriftlichen Beschlussfassung im Verwaltungsrat etwa auch Valérie Schräml, Schriftliche Beschlussfassung im Verwaltungsrat, RR-VR 2021, 10.

<sup>98</sup> Forstmoser/Küchler (Fn. 1), Art. 713 OR N 13 mit Verweis auf Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR und das Bundesgesetz vom 18. März 2016 über Zertifizierungsdienste im Bereich der

## V. Aufsichtsrechtliche Schranken bei Banken?

In der ganz überwiegenden Zahl der Gründungen oder Rechtskleidwechsel von Banken wird heute die Rechtsform der Aktiengesellschaft verwendet.<sup>99</sup> So sind denn auch die meisten Banken als Aktiengesellschaften organisiert.<sup>100</sup> Insbesondere im Bereich der Organisation der Gesellschaften hat das BankG lange vor dem Aktienrecht wegweisende Richtlinien vorgegeben. Auf dieser Grundlage hat sich ein eigenes, abschliessendes System für Banken entwickelt.<sup>101</sup> Für Bankaktiengesellschaften stellt sich somit die Frage nach dem Verhältnis zwischen den aktienrechtlichen und den bankaufsichtsrechtlichen Organisationsbestimmungen.<sup>102</sup> Dabei gehen die bankaufsichtsrechtlichen den aktienrechtlichen Organisationsbestimmungen in jenen Fällen, in denen das Bankenaufsichtsrecht abweichende Normen enthält, grundsätzlich als *lex specialis* vor. Dies gilt auch bei einer späteren Modernisierung des Aktienrechts. Sofern das Bankenaufsichtsrecht aber materiellen Auslegungsspiel-

elektronischen Signatur und anderer Anwendungen digitaler Zertifikate (Bundesgesetz über die elektronische Signatur, ZertES, SR 943.03).

<sup>99</sup> Vgl. Reto Arpagaus/Ralph Stalder/Thomas Werlen, Das Schweizerische Bankgeschäft, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, N 2706.

<sup>100</sup> Vgl. dazu die Liste der von der FINMA bewilligten Banken und Wertpapierhäuser vom 5. August 2022, verfügbar unter <<https://www.finma.ch/de/finma-public/bewilligte-institute-personen-und-produkte/>>, zuletzt besucht am 5. August 2022.

<sup>101</sup> Beat Kleiner/Benno Lutz/Renate Schwob/Dieter Zobl/Christine Breining-Kaufmann/Stefan Kramer, in: Dieter Zobl/Renate Schwob/Rolf H. Weber/Christoph Winzeler/Christine Kaufmann/Stefan Kramer (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zu der Verordnung vom 17. Mai 1972 (V) und der Vollziehungsverordnung (VV) vom 30. August 1961 (VV) – mit Hinweisen auf das Bankenrecht der Europäischen Union, auf das Allgemeine Dienstleistungsabkommen (GATS) und mit Erläuterungen zu den Massnahmen gegen die Geldwäscherei, 23. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, Verhältnis des Bankengesetzes zu anderen Gesetzen (Ausgabe Oktober 2009) / I.-V. N 8.

<sup>102</sup> Vgl. eingehend zum Verhältnis zwischen den aktienrechtlichen und den bankaufsichtsrechtlichen Organisationsbestimmungen Susan Emmenegger, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe, Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht, Bern 2004, 162 ff.

raum lässt, sind «interpretative Einflüsse des Aktienrechts» auf seine Umsetzung denkbar.<sup>103</sup>

Für die Durchführung von Generalversammlungen sind keine spezifischen aufsichtsrechtlichen Vorgaben für Banken ersichtlich, die den erläuterten, neuen aktienrechtlichen Bestimmungen als *lex specialis* vorgehen würden. Was die Abhaltung von Verwaltungsratssitzungen anbelangt, verlangen das BankG und die BankV explizit die operative bzw. die Geschäftsleitung der Bank aus der Schweiz. Nach Art. 3 Abs. 2 lit. d BankG müssen nämlich die mit der Geschäftsführung der Bank betrauten Personen an einem Ort Wohnsitz haben, wo sie die Geschäftsführung tatsächlich und verantwortlich ausüben können. Art. 10 BankV konkretisiert diese Norm dahingehend, dass die Bank tatsächlich (ebenfalls operativ) von der Schweiz aus geleitet werden muss. Dabei bleiben allgemeine Weisungen und Entscheide im Rahmen der Konzernüberwachung vorbehalten, sofern die Bank Teil einer im Finanzbereich tätigen Gruppe bildet, die einer angemessenen konsolidierten Aufsicht durch ausländische Aufsichtsbehörden untersteht. Art. 3 Abs. 2 lit. d BankG sollte bei seiner Inkraftsetzung am 1. Februar 1995 insbesondere den inzwischen per 1. Januar 2008 aufgehobenen Art. 708 aOR<sup>104</sup> ergänzen, der auch für die Verwaltungsratsmitglieder von Aktiengesellschaften noch Nationalitäts- und Wohnsitzpflichten vorsah.<sup>105</sup>

Die Ratio für das Erfordernis einer (operativen) Mindestpräsenz in der Schweiz besteht darin, dass

die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA die Bank in der Schweiz überwachen und Gewährsträger zur Verantwortung ziehen kann (wenn nicht die Ausnahme einer angemessenen konsolidierten Aufsicht durch ausländische Aufsichtsbehörden greift).<sup>106</sup> Aus diesem Grund fordert der Schweizer Regulator, dass nicht nur die operative, sondern auch die strategische Leitung einer Bank grundsätzlich aus der Schweiz zu erfolgen hat. So wird über die aktienrechtliche Regelung gemäss Art. 718 Abs. 4 OR hinaus verlangt, dass sich der Verwaltungsrat mehrheitlich aus Mitgliedern mit Wohnsitz in der Schweiz zusammensetzt und die Präsidentin oder der Vizepräsident in der Schweiz Wohnsitz nehmen.<sup>107</sup> Nach aktueller Praxis der FINMA sollten daher sowohl Geschäftsleitungs- als auch Verwaltungsratssitzungen nicht standardmässig bzw. generell, sondern nur ausnahmsweise hybride bzw. virtuell (und damit nicht rein physisch in der Schweiz) erfolgen. Dies sollte ggf. entsprechend im Organisationsreglement festgehalten werden. Zirkularbeschlüsse sind sodann gemäss ständiger Praxis der FINMA zulässig, aber nur für Routineangelegenheiten oder Entscheide von erhöhter Dringlichkeit, was idealerweise ebenfalls entsprechend im Organisationsreglement abgebildet wird.<sup>108</sup> Solche Reglementsänderungen betreffend die innere Organisation sind nach Art. 3 Abs. 3 BankG vorgängig durch die FINMA zu genehmigen.<sup>109</sup>

<sup>103</sup> Grundsatz der differenzierten Spezialität nach *Emmenegger* (Fn. 102), 196 f.; vgl. dazu etwa auch *Christoph Winzeler*, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Bankengesetz*, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 3 BankG N 3 m.w.H.

<sup>104</sup> Aufgehoben durch Ziff. I 3 des BG vom 16. Dez. 2005 (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), mit Wirkung seit 1. Jan. 2008 (AS 2007 4791; BBl 2002 3148, 2004 3969).

<sup>105</sup> *Beat Kleiner/Renate Schwob*, in: Dieter Zobl/Renate Schwob/Rolf H. Weber/Christoph Winzeler/Christine Kaufmann/Stefan Kramer (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, vom 8. November 1934 sowie zu der Verordnung vom 17. Mai 1972 (V) und der Vollziehungsverordnung (VV) vom 30. August 1961 (VV) – mit Hinweisen auf das Bankenrecht der Europäischen Union, auf das Allgemeine Dienstleistungsabkommen (GATS) und mit Erläuterungen zu den Massnahmen gegen die Geldwäscherei, 23. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, Art. 3 BankG (Ausgabe Oktober 2009 und April 2005), N 26.

<sup>106</sup> Vgl. noch zu Art. 7 Abs. 4 der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV), der im Zuge der Revision der BankV von 2014 unverändert in Art. 10 BankV überführt wurde, etwa *Winzeler* (Fn. 103), Art. 3 BankG N 33.

<sup>107</sup> Hier ging die aufsichtsrechtliche Praxis der damaligen Eidgenössischen Bankenkommission bereits weiter als der damals noch geltende Art. 708 aOR (vgl. *Hansueli Geiger/Susan Emmenegger*, *Bank-Aktiengesellschaften, Statuten und Reglemente mit Mustern*, Zürich/Basel/Genf 2004, in: SzA Nr. 18, N 90 und Art. 20 der Musterstatuten).

<sup>108</sup> *Geiger/Emmenegger* (Fn. 107), N 133 und Art. 25 der Musterstatuten.

<sup>109</sup> Vgl. etwa *Winzeler* (Fn. 103), Art. 3 BankG N 1.

## VI. Handlungsbedarf für bestehende Aktiengesellschaften

Der Bundesrat setzte die hier einschlägigen, im Zuge der Aktienrechtsrevision 2020 geänderten Normen auf den 1. Januar 2023 in Kraft.<sup>110</sup> Damit werden die betreffenden Bestimmungen ab diesem Datum auf bestehende Gesellschaften anwendbar.<sup>111</sup> Am 1. Januar 2023 im Handelsregister eingetragene Gesellschaften haben zwei Jahre (d.h. bis Ende 2024) Zeit, ihre Statuten und Reglemente den neuen Normen anzupassen.<sup>112</sup> Mit dem neuen Recht nicht vereinbare Statuten- oder Reglementsbestimmungen bleiben bis zu ihrer Anpassung, längstens aber bis Ende 2024 in Kraft.<sup>113</sup>

Im Hinblick auf Generalversammlungen sind die Statuten zunächst hinsichtlich der Form der Einberufung<sup>114</sup> und vor allem in Bezug auf die Art der Zustellung der dazu gehörenden Dokumente<sup>115</sup> zu überprüfen.<sup>116</sup> Besteht ein Bedürfnis nach Durchführung einer virtuellen Generalversammlung, so braucht es hierzu eine statutarische Grundlage.<sup>117</sup> Dies gilt im Übrigen auch bei einem ausländischen Tagungsort.<sup>118</sup> Dabei ist für die Beschlussfassung über eine Statutenbestimmung zur Durchführung der Generalversammlung im Ausland ein qualifiziertes Quorum verlangt.<sup>119</sup> Ebenfalls einer statutarischen Verankerung mittels qualifizierten Quorums bedarf es für Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, wenn sie bei der virtuellen Generalversamm-

lung auf eine unabhängige Stimmrechtsvertreterin verzichten möchten.<sup>120</sup> Die Statuten können dabei auch regeln, wie dieses Einverständnis einzuholen ist. Eine allgemeine Zustimmung mit Widerrufsmöglichkeit dürfte zulässig sein.<sup>121</sup> Ferner ist es denkbar, in den Statuten Regeln für die Verwendung elektronischer Mittel festzuhalten.<sup>122</sup> Auch ist es möglich, Grundsätze zum Abstimmungsverfahren auf dem Zirkularweg i.S.v. Art. 701 Abs. 3 revOR in den Statuten zu verankern.<sup>123</sup>

Für die Durchführung virtueller Verwaltungsratssitzungen braucht es vorliegender Ansicht nach hingegen keine statutarische Grundlage. Es ist dem Verwaltungsrat aber zu empfehlen, die Details der elektronischen Beschlussfassung im Organisationsreglement zu regeln. Für Bankaktiengesellschaften besteht schliesslich die Besonderheit, dass Verwaltungsratssitzungen gemäss aktueller Praxis der FINMA nicht standardmässig bzw. im Generellen, sondern nur ausnahmsweise hybride bzw. virtuell erfolgen sollten, was ggf. ebenfalls entsprechend im Organisationsreglement festzuhalten ist. Zirkularbeschlüsse des Verwaltungsrates von Bankaktiengesellschaften sind sodann nach aktueller Praxis des Schweizer Regulators nur für Routineangelegenheiten oder Entscheide von erhöhter Dringlichkeit zulässig, was ggf. idealerweise auch entsprechend Eingang ins Organisationsreglement findet. Solche Reglementsänderungen betreffend die innere Organisation von Bankaktiengesellschaften unterstehen der vorgängigen Bewilligungspflicht durch die FINMA.<sup>124</sup>

## VII. Würdigung

Im Hinblick auf Generalversammlungen ist es zu begrüssen, dass der Gesetzgeber die Voraussetzungen für den Einsatz neuer technischer Mittel definiert hat, da vor allem bei grossen Publikumsgesellschaften nur wenige Aktien von physisch präsenten Aktio-

<sup>110</sup> Verordnung über die abschliessende Inkraftsetzung der Änderung vom 19. Juni 2020 des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 2. Februar 2022.

<sup>111</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 2 Übergangsbestimmungen revOR.

<sup>112</sup> Art. 2 Abs. 1 Übergangsbestimmungen revOR; vgl. zur Frage der Angemessenheit der Frist *Tanner* (Fn. 14), 604.

<sup>113</sup> Art. 2 Abs. 2 Übergangsbestimmungen revOR; vgl. zu den Statutenänderungen im Hinblick auf die Revision des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 19. Juni 2020 auch die entsprechende Praxismitteilung des Eidgenössischen Handelsregisteramtes vom 17. Januar 2022, abrufbar unter [https://ehra.fenceit.ch/wp-content/uploads/sites/54/Praxismitteilung-EHRA-1\\_2022-DE-1.pdf](https://ehra.fenceit.ch/wp-content/uploads/sites/54/Praxismitteilung-EHRA-1_2022-DE-1.pdf), zuletzt besucht am 5. August 2022.

<sup>114</sup> Art. 626 Ziff. 7 i.V.m. Art. 700 revOR.

<sup>115</sup> Art. 699a Abs. 1 und 2 und Art. 700 Abs. 4 revOR.

<sup>116</sup> Vgl. II.

<sup>117</sup> Art. 701d Abs. 1 revOR; vgl. dazu Ziff. III.2.2 und III.4.

<sup>118</sup> Art. 701b Abs. 1 revOR; vgl. Ziff. III.2.3.2.

<sup>119</sup> Art. 704 Abs. 1 Ziff. 11 und Abs. 2 i.V.m. Art. 701b Abs. 1 revOR.

<sup>120</sup> Art. 704 Abs. 1 Ziff. 15 und Abs. 2 i.V.m. Art. 701d Abs. 2 revOR.

<sup>121</sup> Vgl. Ziff. III.4.

<sup>122</sup> Vgl. Ziff. III.5.

<sup>123</sup> Vgl. dazu *Stephanie Eggimann/Kathrin Häcki/Pascal Zysset*, Schriftliche Beschlüsse der Generalversammlung – überfällige Gesetzesrevision oder toter Buchstabe?, REPRAX 2020, 295 ff., 310 (beim Zirkularbeschluss) und 315 ff. (bei der Urabstimmung).

<sup>124</sup> Vgl. Ziff. V.

närinnen vertreten werden.<sup>125</sup> Durch die beherrschende Stellung der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin wurde das Unmittelbarkeitsprinzip in den letzten Jahren vor allem bei grossen Publikumsgesellschaften relativiert. Die Digitalisierung öffnet neue Möglichkeiten, das Spannungsverhältnis zwischen dem Bestreben, den Aktionärinnen ein einfaches und kostengünstiges Instrument zur Ausübung ihrer Stimmrechte zur Verfügung zu stellen zum einen und einer unmittelbaren, interaktiven Entscheidungsfindung zum anderen etwas zu lösen.<sup>126</sup>

Indem die Verwendung elektronischer Kommunikationsinstrumente regelmässig bloss als Option (allenfalls in Verbindung mit gewissen Erleichterungen) vorgesehen ist,<sup>127</sup> lässt die Gesetzgeberin den Gesellschaften sodann einen grossen Entscheidungsspielraum. Da letztlich jede Gesellschaft und deren Aktionäre für sich entscheiden müssen, ob für sie die Durchführung von hybriden bzw. virtuellen Generalversammlungen zweckmässig ist, ist die Einräumung einer solchen Flexibilität positiv zu werten. Zwar dürfte es die Digitalisierung den Aktionärinnen erleichtern, ihre Mitwirkungsrechte wirkungsvoll und kostengünstig auszuüben. Die Qualität der Entscheidungen einer Generalversammlung wird aber auch künftig immer auch vom Aufwand abhängen, den die Aktionäre für die Vorbereitung ihrer Stimmabgabe in Kauf nehmen.<sup>128</sup> Ebenfalls positiv zu beurteilen ist zudem die allgemeine und technologieneutrale Ausgestaltung der neuen Regeln, um künftige Entwicklungen nicht zu behindern.<sup>129</sup> Vorliegender Ansicht nach zu Recht braucht es ferner für die Durchführung einer virtuellen Generalversammlung eine statutarische Grundlage, sollte doch der vollständige Verzicht auf eine physische Unmittelbarkeit zumindest im Grundsatz von der Mehrheit der Aktionärinnen getragen werden.<sup>130</sup>

Mit dem Erfordernis der Bezeichnung einer unabhängigen Stimmrechtsvertreterin bei der Einberufung der virtuellen Generalversammlung durch den Verwaltungsrat wird zwar sichergestellt, dass diejenigen Aktionäre, die von den Möglichkeiten der elek-

tronischen Kommunikation keinen Gebrauch machen wollen oder dazu nicht in der Lage sind, ihr Stimmrecht weiterhin auf herkömmlichem Weg ausüben können. Indem der Stimmrechtsvertreter aber an Weisungen gebunden ist, die ihm im Vorfeld der Generalversammlung erteilt worden sind, entspricht seine Stellung eher derjenigen eines Boten als eines Vertreters mit eigenem Entscheidungsspielraum. Damit steht eine Stimmbotschaft von vornherein im Konflikt mit dem Unmittelbarkeitsprinzip.<sup>131</sup> Vorliegender Ansicht nach wäre es daher vertretbar gewesen, wenn der Gesetzgeber den Aktionärinnen bei der virtuellen Generalversammlung die (freie) Wahl gelassen hätte, alternativ zur (unmittelbaren) Teilnahme mittels elektronischer Instrumente auf schriftlichem Weg auf Papier oder in elektronischer Form an der Generalversammlung teilzunehmen, sie aber nicht zur schriftlichen Teilnahme zu verpflichten.<sup>132</sup> In diesem Sinne ist die Ermöglichung der Beschlussfassung auf dem Zirkularweg auf schriftlichem Weg auf Papier oder in elektronischer Form zu begrüssen, wenn kein Aktionär oder dessen Vertreterin die mündliche Beratung verlangt (Art. 701 Abs. 3 revOR). Künftig erübrigt sich hier damit der Umweg über die Durchführung der Generalversammlung mit Teilnahme von Vertreterinnen, denen entsprechende Weisungen erteilt worden sind.<sup>133</sup>

Indem schliesslich Art. 713 Abs. 2 Ziff. 2 revOR explizit die Beschlussfassung des Verwaltungsrats

<sup>125</sup> Reiser (Fn. 10), 230 und 242 m.w.H.

<sup>126</sup> Vgl. Ziff. III.1.2.

<sup>127</sup> Vgl. Ziff. II.

<sup>128</sup> Reiser (Fn. 10), 230 und 242; gl.M. von der Crone/Grob (Fn. 26), 20.

<sup>129</sup> Vgl. Ziff. II.

<sup>130</sup> BBl 2017 399 ff., 558; Reiser (Fn. 10), 242 m.w.H.

<sup>131</sup> Forstmoser/Küchler (Fn. 1), Vorbemerkungen zu Art. 698–706b OR N 5; Reiser (Fn. 10), 242 f. m.w.H.

<sup>132</sup> So ermöglichte auch Art. 6b Abs. 1 lit. a der Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung 2) vom 13. März 2020, SR 818.101.24, alternativ zur Ausübung des Teilnahmerechts in elektronischer Form dessen Ausübung auf schriftlichem Weg (vgl. Reiser [Fn. 10], 238 und 243 m.w.H.). Bei Publikumsgesellschaften müsste ein Meinungsaustausch vor die Generalversammlung gelegt werden. Das durch den Bundesrat in Art. 701g des Vorentwurfs vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) für Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien vorgeschlagene Aktionärsforum wurde im Entwurf vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) (BBl 2017 683 ff.) jedoch weggelassen und im Parlament nicht wieder aufgenommen (vgl. dazu etwa Bühler [Fn. 92], 572; Jean-Luc Chenaux, Le principe d'immédiateté au sein de l'assemblée générale: Vestige ou nécessité?, SZW 2016, 477 ff., 481 f.; Forstmoser/Küchler [Fn. 1], Vorbemerkungen zu Art. 698–706b OR N 6).

<sup>133</sup> Vgl. Forstmoser/Küchler (Fn. 1), Art. 701 OR N 7.

unter Verwendung elektronischer Mittel zulässt und sinngemäss auf die betreffenden Bestimmungen für Generalversammlungen verweist, trägt die Gesetzge-

berin zur Klärung der Rechtslage bei, auch wenn gleichzeitig neue Rechtsunsicherheiten geschaffen werden, und legt die Grundlage für eine effizientere Gestaltung der Tätigkeit des Verwaltungsrates.<sup>134</sup>

<sup>134</sup> Vgl. auch *Bühler* (Fn. 92), 574. Kritisch zu Verwaltungsratssitzungen per Telefonkonferenz *Peter Böckli*, Kritischer Blick auf die Botschaft und den Entwurf zur Aktienrechtsrevision 2016, *GesKR* 2017, 133 ff., 135; vgl. zu den digitalen Verwaltungsratssitzungen *Ziff. IV*.