

Digitale Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen: erste Erfahrungen und Empfehlungen

Nina Reiser | Viviane Egli*

Two years since the new provisions on digital general meetings and board meetings came into force, this article explains initial relevant experiences, classifies them in legal terms and formulates recommendations for practice. The new legal framework creates legal certainty without making technical innovation more difficult or even impossible through overly granular rules. However, digital general meetings in particular are not equally suitable for all companies. The hybrid form is most convenient for shareholders, as they can choose freely between physical

and digital participation. But this form is likely to involve the highest costs. A technical provider that meets the legal requirements and offers a stable platform is also crucial to the success of the event. Finally, purely virtual general meetings are not yet very widespread, but most (larger) companies have created a corresponding statutory basis. Perhaps it is only a matter of time before this form of general meetings become more common. Only time will tell.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Digitale Generalversammlungen
 - 1. Grundlagen
 - 2. Hybride Generalversammlungen
 - 3. Virtuelle Generalversammlungen
 - 4. Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel
 - 5. Technische Probleme
- III. Digitale Verwaltungsratssitzungen
- IV. Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick

I. Einleitung

Zwei Jahre seit Inkrafttreten der neuen Bestimmungen zu digitalen Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen¹ erläutert dieser Beitrag erste ein-

schlägige Erfahrungen, ordnet diese rechtlich ein und formuliert Empfehlungen für die Praxis. Die Autorinnen legen den Schwerpunkt dabei auf digitale Generalversammlungen (II.), gefolgt von Überlegungen zu digitalen Verwaltungsratssitzungen (III.). Abschluss bilden eine Zusammenfassung der Ergebnisse und ein Ausblick (IV.).

II. Digitale Generalversammlungen²

1. Grundlagen

1.1 Generalversammlung als «oberstes Organ der Gesellschaft»

Bei der Generalversammlung handelt es sich gemäss Gesetzeswortlaut um das oberste Organ der Aktiengesellschaft.³ Sie verfügt über wichtige, unübertragbare Kompetenzen, wie beispielsweise die Festsetzung und Änderung der Statuten sowie die Wahl der anderen Organe.⁴ Nach dem Paritätsprinzip haben auch die anderen Organe gewisse unentziehbare Aufgaben.⁵ So ist etwa für die Oberleitung der Gesellschaft allein der Verwaltungsrat zuständig.⁶

* Prof. Dr. iur. Nina Reiser, LL.M., Rechtsanwältin, ist assoziierte Professorin für Finanzmarktrecht an der Universität St. Gallen (HSG), Vize-Direktorin am Institut für Law and Economics (ILE-HSG), mit dem Center for Financial Services Innovation (FSI-HSG) affiliert und Titularprofessorin an der Universität Zürich. Viviane Egli, BLE HSG, ist wissenschaftliche Assistentin am ILE-HSG. Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um die schriftliche Fassung des gemeinsam mit Dr. Roman Bretschger, LL.M., Rechtsanwalt, gehaltenen Vortrags von Nina Reiser an der SZW-Tagung zum Aktienrecht vom 24. September 2024. Die Autorinnen danken den verschiedenen Kolleginnen und Kollegen aus Wissenschaft und Praxis, insbesondere Roman Bretschger, für den wertvollen Austausch sowie Michael Kallenberg, MLE HSG, für die hilfreichen Hinweise zum Text.

¹ Vgl. dazu bereits Nina Reiser, Digitale Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen, SZW 2022, 401 ff.

² 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.

³ Art. 698 Abs. 1 OR.

⁴ Art. 698 Abs. 2 OR.

⁵ Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., Bern 2023, § 10 N 144.

⁶ Art. 716a Abs. 1 OR; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 5), § 16 N 696.

1.2 (Digitale) Unmittelbarkeit

Die Mitwirkungsrechte müssen von den Aktionärinnen unmittelbar an der Generalversammlung ausgeübt werden (sog. Unmittelbarkeitsprinzip). Demnach können die Willensbildung und Entscheidungsfindung einzig in der Versammlung stattfinden.⁷ Vor allem bei grossen Publikumsgesellschaften erfuhrt das Unmittelbarkeitsprinzip aber bereits in den letzten Jahren durch die beherrschende Stellung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters eine Relativierung.⁸ Dank der Digitalisierung wird das Unmittelbarkeitsprinzip auch im Rahmen virtueller und hybrider Generalversammlungen gewahrt, indem Aktionäre unmittelbar und interaktiv an Entscheidungsprozessen teilhaben können. Art. 701e OR regelt die Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel und definiert die Anforderungen, die eine Remote-Teilnahme erfüllen muss, um die klassische physische durch eine neue digitale Unmittelbarkeit zu ergänzen oder zu ersetzen.⁹ 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.¹⁰ Nicht zu den elektronischen Mitteln zählen 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.¹¹

1.3 Terminologie

Die in Art. 701c OR geregelte hybride Generalversammlung vereint die klassische Generalversammlung mit festem, physischem Versammlungsort mit der zusätzlichen Möglichkeit zur Teilnahme über digitale Übertragungsmedien. Die Aktionärinnen haben somit die Wahl, ihre Mitwirkungsrechte entweder physisch vor Ort oder mittels elektronischer Kommunikationsmittel auszuüben.¹² Demgegenüber charak-

terisiert sich die in Art. 701d OR normierte, ausschliesslich im digitalen Raum stattfindende virtuelle Generalversammlung dadurch, dass sie gänzlich ohne physischen Tagungsort stattfindet.¹³ Entsprechend sind die Mitwirkungsrechte nur über elektronische Mittel wahrnehmbar.¹⁴ Die hybride und die virtuelle Generalversammlung sind von multilokalen Generalversammlungen, von Generalversammlungen mit ausländischem Tagungsort und von der Stellvertretung mit elektronischer Echtzeit-Weisung (Internet Proxy Voting) abzugrenzen.¹⁵

2. Hybride Generalversammlungen

Bei der hybriden Generalversammlung nach Art. 701c OR haben die Aktionäre wie erwähnt¹⁶ die Wahl, physisch oder digital teilzunehmen. Dabei verfügen sie bei beiden Teilnahmeformen über die Möglichkeit, ihre Stimmen abzugeben, Anträge zu stellen und Voten zu äussern.¹⁷ Da die Aktionäre physisch teilnehmen können, ist der damit einhergehende Eingriff in die Aktionärsrechte nur ein leichter.¹⁸ Auch um die Hürden für die Nutzung elektronischer Mittel zu verringern und der Gesellschaft mehr Flexibilität zu gewähren, verlangt das Gesetz für diese Form keine statutarische Grundlage.¹⁹ Den Aktionärinnen bleibt es jedoch offen, in den Statuten Vorgaben oder Einschränkungen zu verankern, die der Verwaltungsrat befolgen muss.²⁰ Keine statutarische Grundlage braucht ebenso die faktische virtuelle Generalversammlung, bei der sich alle Aktionäre trotz Wahlmöglichkeit einer physischen Teilnahme für eine Remote-Teilnahme entscheiden.²¹ Eine hybride Generalversammlung liegt also vor, solange eine physische Teilnahme möglich ist.²²

⁷ Vgl. etwa Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 5), § 16 N 531.

⁸ Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, § 17 N 1047; Reiser (Fn. 1), 403.

⁹ Vgl. zu den Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel Ziff. II.4; von der Crone (Fn. 8), § 17 N 1047.

¹⁰ Von der Crone (Fn. 8), § 17 N 1047.

¹¹ Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 339 ff., 558.

¹² Vgl. von der Crone (Fn. 8), § 17 N 1050; Reiser (Fn. 1), 404; vgl. zur hybriden Generalversammlung Ziff. II.2.

¹³ Vgl. Reiser (Fn. 1), 404; vgl. zur virtuellen Generalversammlung Ziff. II.3.

¹⁴ Vgl. etwa Hans Caspar von der Crone/Thomas Grob, Die virtuelle Generalversammlung, SZW 2018, 5 ff., 6.; von der Crone (Fn. 8), § 17 N 1061; Brigitte Tanner, Moderne Formen der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht 2020, SZW 2021, 602, je m.w.H.

¹⁵ Vgl. Reiser (Fn. 1), 404; Ziff. II.2.

¹⁶ Vgl. Ziff. II.1.3.

¹⁷ Peter Bockli, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich/Genf 2022, § 8 N 121.

¹⁸ Reiser (Fn. 1), 406.

¹⁹ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 558.

²⁰ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 559.

²¹ Von der Crone (Fn. 8), § 17 N 1050.

²² Von der Crone/Grob (Fn. 14), 7.

Der für die Entscheidung zur hybriden Durchführung der Generalversammlung zuständige Verwaltungsrat²³ hat vorab deren Vor- und Nachteile abzuwägen. Für die Aktionärinnen ist diese Form am vorteilhaftesten, da sie ihnen, neben der in der Praxis mit Abstand am häufigsten Erteilung von Stimmweisungen an die unabhängige Stimmrechtsvertreterin, die freie Wahl zwischen der physischen und der virtuellen Teilnahme lässt.²⁴ Das Unternehmen kann sodann dem globalen Aktionariat entgegenkommen²⁵ sowie sich fortschrittlich und digital positionieren. Als Nachteile sind demgegenüber etwa die Kosten aufgrund des erhöhten Organisationsaufwandes und die Folgen allfälliger technischer Probleme anzuführen.²⁶

Aus organisatorischen Gründen stellt sich sodann die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen der Verwaltungsrat von den Aktionären eine frühzeitige Entscheidung über die jeweilige Wahl zur physischen oder virtuellen Teilnahme verlangen kann.²⁷ Grundsätzlich sollten alle Aktionäre möglichst bis zum letzten Moment entscheiden können, wie sie teilnehmen wollen. Zur Sicherstellung der ordnungsgemässen Durchführung der Generalversammlung sollte jedoch u.E. aus organisatorischen Gründen die Festlegung einer Frist, innerhalb der sich die Aktionäre entsprechend entscheiden müssen, möglich sein. Eine solche Frist ist aber verhältnismässig lang anzusetzen bzw. sollte so kurz als möglich vor der Generalversammlung enden, um noch eine reibungslose Organisation und Durchführung der Versammlung zu gewährleisten.

3. Virtuelle Generalversammlungen

Die virtuelle Generalversammlung nach Art. 701d OR findet wie erwähnt²⁸ bloss im virtuellen Raum mit elektronischen Mitteln und ohne physischen Tagungsort statt. Für die Implementierung der zwingend notwendigen statutarischen Grundlage braucht es die

Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen nach Art. 703 Abs. 1 OR.²⁹ Zudem muss der Verwaltungsrat gemäss Art. 701d Abs. 1 OR in der Einberufung eine unabhängige Stimmrechtsvertreterin bezeichnen. Art. 701d Abs. 2 OR ermöglicht allerdings Gesellschaften, die nicht an einer Börse kotiert sind, statutarisch auf die Bezeichnung einer unabhängigen Stimmrechtsvertreterin zu verzichten. Für diesen Beschluss ist eine qualifizierte Mehrheit nach Art. 704 Abs. 1 Ziff. 15 OR erforderlich. Gemäss Praxismitteilung des Eidgenössischen Handelsregisteramtes (EHRA) ist die Möglichkeit eines solchen Verzichts im Einzelfall in die Statuten aufzunehmen. Ein allgemeiner statutarischer Verzicht ist indes unzulässig.³⁰ Im Sinne grösstmöglicher Flexibilität empfiehlt sich ggf. eine solche statutarische Regelung. Die Voraussetzung einer statutarischen Grundlage für die rein virtuelle im Gegensatz zur hybriden Generalversammlung rechtfertigt sich sodann, weil das Unmittelbarkeitsprinzip in physischer Hinsicht vollständig aufgehoben wird.³¹ Das grundsätzliche Erfordernis der Bezeichnung einer unabhängigen Stimmrechtsvertreterin soll den Aktionären die Möglichkeit geben, ihr Stimmrecht an der virtuellen Generalversammlung nicht zwingend über die vorgesehenen elektronischen Mittel auszuüben, sondern stattdessen die unabhängige Stimmrechtsvertreterin zu bevollmächtigen und ihr Weisungen zu erteilen.³² Die Vorschriften zur Einberufung und Durchführung von Generalversammlungen haben abgesehen vom Tagungsort ohne Einschränkungen Gültigkeit.³³

²⁹ Reiser (Fn. 1), 407.

³⁰ Wichtig ist, die Formulierung «auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters kann verzichtet werden» (zum Ganzen Praxismitteilung EHRA 1/23, 21. März 2023, 4, Hervorhebung hinzugefügt).

³¹ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 558.

³² BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 559.

³³ Nach von der Crone/Grob sorgt der Verwaltungsrat wie bei den anderen Formen der Generalversammlung für die Führung des Protokolls nach Art. 702 Abs. 2 OR. Jeder Aktionär hat zudem das Recht, innerhalb von 30 Tagen nach der Generalversammlung gemäss Art. 702 Abs. 4 OR Zugang zum Protokoll zu erhalten (von der Crone/Grob [Fn. 14], 8). Gemäss Art. 702 Abs. 5 OR müssen börsenkotierte Aktiengesellschaften sodann die Beschlüsse und Wahlergebnisse unter Angabe der genauen Stimmenverhältnisse innerhalb von 15 Tagen nach der Generalversammlung auf elektronischem Weg zugänglich machen. Neu können die Statuten nach Art. 626 Abs. 1 Ziff. 7 OR zudem vorsehen, dass die Einberufung der Generalversammlung elektronisch geschieht (Daniel Häusermann, Aktionärsrechte und Generalversammlung, EF 2021, 305).

²³ Vgl. Art. 701c, 701e Abs. 1 und 716 Abs. 1 OR.

²⁴ Rolf Watter/Florian Schweighofer, Die Durchführung einer hybriden Generalversammlung in der Praxis, GesKR 2023, 281–291, 282.

²⁵ Vgl. auch Watter/Schweighofer (Fn. 24), 291.

²⁶ Watter/Schweighofer (Fn. 24), 282.

²⁷ Vgl. Wortlaut von Art. 701c OR. Bei der Vorbereitung der Generalversammlung handelt es sich sodann nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR um eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrates.

²⁸ Vgl. Ziff. II.1.3.

Mittlerweile verfügen mindestens 16 Swiss Market Index (SMI)-Gesellschaften über eine statutarische Grundlage für virtuelle Generalversammlungen.³⁴ Die meisten dieser 16 Gesellschaften haben allerdings die Intention, grundsätzlich an der physischen Generalversammlung festzuhalten und nur ausnahmsweise für besondere Situationen das virtuelle Format vorzusehen.³⁵

Auch an einer virtuellen Generalversammlung können öffentlich zu beurkundende Beschlüsse gefasst werden.³⁶ Dabei hat sich der Notar in dem Kanton aufzuhalten, in dem er zur Beurkundung berechtigt ist.³⁷ Die Urkundsperson muss also in ihrem kantonalen Hoheitsgebiet beurkunden und kann sich somit nicht aus einem anderen Kanton oder sogar aus dem Ausland einloggen.³⁸ Die konkrete Handhabung hängt

dabei gestützt auf Art. 55 Abs. 1 des Schlusstitels des ZGB (SchlT ZGB) vom jeweiligen kantonalen Recht ab.³⁹ So sieht der Kanton St. Gallen bei der Beurkundung von Beschlüssen virtueller Generalversammlungen beispielsweise vor, dass die Urkundsperson i.S.v. Art. 23 Abs. 1 EG ZGB⁴⁰ als zugegen gilt, wenn sie während der Beratung und Abstimmung zu den beurkundungsbedürftigen Beschlüssen in gleicher Weise wie die anderen Teilnehmenden über einen elektronischen Zugang an der virtuellen Generalversammlung teilnimmt.⁴¹ Auch im Kanton Zug muss sich die Urkundsperson nicht zwingend beim Vorsitzenden aufhalten, hat allerdings sowohl bei der Teilnahme an der virtuellen Generalversammlung als auch bei der nachträglichen Unterzeichnung im Kanton anwesend zu sein, um die örtliche Zuständigkeit zu wahren.⁴² Sodann ist denkbar, dass das kantonale Beurkundungsrecht gestützt auf Art. 55 SchlT ZGB die Gründung einer Aktiengesellschaft durch eine virtuelle Gründerversammlung oder die Beurkundung weiterer Willensäusserungen unter Abwesenden d.h. rein digital nicht zulässt.⁴³ Die öffentliche Urkunde über die virtuelle

³⁴ Anna Peter/David Oser, Statuten und Organisationsreglement: Erste Erfahrungen und Empfehlungen, Referat an der SZW-Tagung 2024 vom 24. September 2024, Folie 8. Nach Gaberthüel/Ehrsam waren es im Jahr 2023 erst 14 SMI-Gesellschaften mit einer entsprechend implementierten oder beantragten statutarischen Grundlage, nämlich ABB Ltd., Credit Suisse Group AG, Givaudan SA, Holcim AG, Logitech International S.A., Nestlé AG, Novartis AG, Partners Group Holding AG, Roche Holding AG, Sika AG, Swiss Re AG, Swisscom AG, UBS Group und Zurich Insurance Group AG (Tino Gaberthüel/Simone Ehrsam, Praktische Umsetzung der Aktienrechtsrevision, GesKR 2023, 238).

³⁵ So wurde das jeweils in den Erläuterungen der Traktanden vermerkt (vgl. Gaberthüel/Ehrsam [Fn. 34], 238).

³⁶ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 559; Reiser (Fn. 2), 232; G.L.M. Urs Schenker/Olivier Schenker, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, Übersichten, Gestaltungshinweise und Handlungsempfehlungen, Bern 2023, 241.

³⁷ Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 8 ff.; Sascha Daniel Patak, Die virtuelle Generalversammlung im schweizerischen Aktienrecht, Zürich/Basel/Genf 2005, 149 ff.; David Ballmer/Joel Fischer, Die hybride und virtuelle Generalversammlung, GesKR 2023, 172 ff., 183.

³⁸ Gemäss Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB bestimmen die Kantone, in welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung erfolgt (Lukas Müller/Philippe J.A. Kaiser/Diego Benz, Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen, REPRAX 2020, 225 f.); Melda Semi/Lukas Müller, Das neue Aktienrecht vom 19. Juni 2020 aus Sicht des Beurkundungsrechts, ZBGR 2022, 347; 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, Festschrift zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, 260 f., 269. Theiler stellt auf den Ort ab, an dem sich der Tagungsleiter aufhält (Kaspar Theiler,

Gedanken zur Zulässigkeit und Durchführbarkeit der virtuellen Generalversammlung de lege lata, AJP 2012, 69 ff.).

³⁹ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 559; Ballmer/Fischer (Fn. 37), 182.

⁴⁰ Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 3. Juli 1911, sGS 911.1.

⁴¹ Art. 7 Abs. 4 Verordnung über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung vom 2. November 2005, sGS 151.51.

⁴² Praxismitteilung zur öffentlichen Beurkundung von Beschlüssen virtueller Generalversammlungen und virtueller Verwaltungsratssitzungen nach neuem Aktienrecht, Direktion des Inneren, Grundbuch- und Notariatsinspektorat und Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Kanton Zug, 30. Juni 2023, 2 m.w.H.

⁴³ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 559. Das kantonale Recht kann für Willensbeurkundungen einen räumlichen Tagungsort vorsehen (von der Crone/Grob [Fn. 14]), 8; Reiser (Fn. 2), 232. Für ein konkretes Verfahren der öffentlichen Beurkundung von digitalen Gesellschaftsgründungen hat Nationalrat Andri Silberschmidt-Buhofer am 16. März 2021 die Motion (21.3180) «Vollständig digitale Unternehmensgründungen sicherstellen» eingereicht (zum Ganzen Lukas Müller, Digitales Notariat, elektronische öffentliche Beurkundung und digitale Gründung, GesKR 2022, 60 ff., 61). Die Webseite «EasyGov» ermöglicht es Unternehmen bereits, Bewilligungs-, Antrags- und Meldeverfahren an einem Ort elektronisch abzuwickeln (zum Ganzen <<https://www.easy.gov.swiss/easy-gov/#/de>>) (alle Internetquellen zuletzt besucht am 20. Dezember 2024), m.w.H.; Thomas Jutzi/Martina Herzog, in: Peter Nobel/Christoph Müller (Hrsg.), Berner Kommentar Das Aktienrecht, Bern 2023, N 152 zu Art. 620–647.

Generalversammlung einer Aktiengesellschaft dokumentiert dagegen die Wahrnehmungen der Urkundsperson, wobei es sich um eine Sachbeurkundung handelt.⁴⁴ Möglich ist sodann die digitale Ausfertigung einer öffentlichen Urkunde oder Beglaubigung. Die Kantone können gestützt auf Art. 55a SchIT ZGB ihre Urkundspersonen ermächtigen, ihre öffentlichen Urkunden und Beglaubigungen, die in Papierform als Urschrift vorliegen, elektronisch auszufertigen.⁴⁵ Dabei ist die Originalurkunde (auch Urschrift genannt) nach der genannten Bestimmung weiterhin in Papierform anzufertigen.⁴⁶

Da virtuelle Generalversammlungen «ohne Tagungsort» abgehalten werden, muss die Urkundsperson wie erwähnt ebenfalls virtuell teilnehmen.⁴⁷ Ihre physische Präsenz vor Ort beim Vorsitzenden hat also keinen Einfluss auf das Vorhandensein eines Tagungsortes.⁴⁸ Die Teilnahme des Notars erfolgt entsprechend durch ein eigenes Login oder durch Beisitz am Computer des Verwaltungsrats.⁴⁹ Wenn sich die Urkundsperson dabei gleichwohl im selben Raum wie der Vorsitzende befindet, kann er auf die technische Ausstattung der Gesellschaft zurückgreifen und behält eine bessere Übersicht über die Teilnehmenden. Nach den Aussagen verschiedener Notare des Kantons Zürich halten sich diese bei kleineren Gesellschaften denn auch regelmässig in der Anwaltskanzlei auf, welche die Gesellschaft bei der Durchführung der virtuellen Generalversammlung begleitet und die technische Ausrüstung zur Verfügung stellt.⁵⁰ Dabei stellen die

Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel nach Art. 701e Abs. 2 OR⁵¹ den Minimalstandard dar. Eine den Vorgaben des Verwaltungsrates entsprechende Passwort- oder zugangsgeschützte Umgebung, die von dieser gesteuert oder kontrolliert wird, ist zuverlässig genug für die Prüfung der Identität.⁵² Sind die erwähnten Vorgaben nach Art. 701e Abs. 2 OR nicht eingehalten, kann die Urkundsperson die Beurkundung ablehnen. Dies gilt auch bei Vorliegen konkreter Zweifel an der Richtigkeit des Abstimmungs- oder Wahlergebnisses.⁵³ Die Verantwortung zur Einhaltung des Notariatsrechts liegt beim jeweiligen Notar.⁵⁴

4. Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel

4.1 Vorbemerkungen

Dem Verwaltungsrat obliegt es gemäss Art. 701e Abs. 1 OR, die Verwendung elektronischer Mittel festzulegen. Demnach muss er insbesondere klare Regeln zur Verhandlungsführung aufstellen, damit die Aktionäre in der Lage sind, Voten abzugeben, Anträge zu stellen und Auskünfte zu verlangen.⁵⁵ Neben dem Verwaltungsrat kann auch die Generalversammlung in den Statuten die Verwendung elektronischer Mittel konkretisieren.⁵⁶ Darunter fällt sowohl die Wahl der an der Generalversammlung eingesetzten elektronischen Instrumente als auch die Durchführung der Generalversammlung in Übereinstimmung mit den Bestimmungen über die Verwendung dieser Mittel.⁵⁷ Möglich ist etwa eine statutarische Regelung, wonach ordent-

⁴⁴ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 559; Reiser (Fn. 1), 407. Ballmer/Fischer äussern sich kritisch zur Relevanz der Unterscheidung zwischen Willens- und Sachbeurkundungen bei der Frage nach der Zulässigkeit von Fernbeurkundungen (Ballmer/Fischer [Fn. 37], 172 ff., 182).

⁴⁵ Müller (Fn. 43), 65.

⁴⁶ Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Susanne Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf, 2020, N 527a.

⁴⁷ Lukas Müller/Philippe J.A. Kaiser/Diego Benz, Öffentliche Beurkundung von virtuellen Generalversammlungsbeschlüssen nach neuem Aktienrecht, ZBGR 2023, 65 ff., 69.

⁴⁸ Müller/Kaiser/Benz (Fn. 47), 69.

⁴⁹ Jean-Pascal Stoll, Das neue schweizerische Recht der virtuellen Generalversammlung im Lichte anderer Rechtsordnungen, recht 2021, 28 ff., 37.

⁵⁰ Nach Müller/Kaiser/Benz kann der nicht vorhandene Tagungsort der virtuellen Versammlung im Versammlungsprotokoll wie folgt angegeben werden: «Ort: Skype-Sitzung vom 15. April 2023 (ohne Tagungsort)» (Müller/Kaiser/Benz [Fn. 47], 76).

⁵¹ Vgl. hinten Ziff. II.4.

⁵² Müller/Kaiser/Benz (Fn. 47), 68.

⁵³ Müller/Kaiser/Benz (Fn. 47), 78. Ansonsten muss die Wahl oder Abstimmung wiederholt werden, oder die Urkundsperson muss ihre Bedenken und Zweifel in der Urkunde vermerken.

⁵⁴ Praxismitteilung EHRA 1/24, 20. Juni 2024, 4 f. m.w.H. insbesondere im Hinblick auf Art. 702 OR.

⁵⁵ Von der Crone (Fn. 8), § 17 N 1064.

⁵⁶ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 557; Joel Fischer/David Ballmer, in: Rolf Watter/Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Basel 2023, N 17–19 zu Art. 701e; Dieter Dubs, in: Peter Nobel/Christoph Müller (Hrsg.), Berner Kommentar, Das Aktienrecht, Bern 2023, N 14–15 zu Art. 698–706b OR; A.M. Vischer/Galli, wonach es sich hierbei um eine unübertragbare Kompetenz des Verwaltungsrates handelt (Markus Vischer/Dario Galli, Absage einzelner Traktanden einer GV oder einer GV insgesamt, SZW 2023, 603 ff., 611).

⁵⁷ BSK OR II–Fischer/Ballmer (Fn. 56), N 17 zu Art. 701e.

liche Generalversammlungen jeweils zwingend physisch, ausserordentliche Generalversammlungen dagegen virtuell durchzuführen sind.⁵⁸ Eine weitere denkbare Statutenregelung könnte voraussetzen, dass alle Aktionäre einer virtuellen Generalversammlung jeweils im Einzelfall vorgängig zustimmen müssen.⁵⁹ Von der statutarischen Festlegung bestimmter zu verwendender Applikationen ist hingegen abzuraten.⁶⁰ Zum einen obliegt die Verfolgung technischer Entwicklungen dem Verwaltungsrat.⁶¹ Dabei würde er behindert, wenn er jedes Mal bei der Verwendung neuer elektronischer Mittel eine Statutenänderung benötigte.⁶² Zum anderen trägt der Verwaltungsrat die Verantwortung für die störungsfreie Durchführung der Generalversammlung.⁶³ Dabei ist ihm zu empfehlen, die technische Einrichtung durch eine Fachperson verifizieren zu lassen, da aus der richtigen Wahl, Instruktion und Überwachung der Fachperson eine Haftungsbeschränkung resultiert.⁶⁴ In jedem Fall sind bei der Auswahl und beim konkreten Einsatz elektronischer Instrumente sowie der Gestaltung der Teilnahme die nachfolgend erörterten Vorgaben nach Art. 701e Abs. 2 OR zu beachten.⁶⁵ Ohne entsprechende statutarische Konkretisierung zur Verwendung elektronischer Mittel fällt die betreffende Regelung subsidiär in die Zuständigkeit des Verwaltungsrates.⁶⁶ Idealerweise erfolgt dies in einem separaten Reglement.⁶⁷ Von der Erfassung im Organisationsreglement ist jedenfalls in denjenigen Konstellationen abzuraten, in denen das Organisationsreglement und jegliche Änderungen daran hoheitlich genehmigt werden müssen wie dies etwa auf den Bankensektor zutrifft (vgl. Art. 3 Abs. 3 BankG).⁶⁸

Art. 701e Abs. 2 OR definiert sodann die Grundvoraussetzungen für den Einsatz elektronischer Mittel sowohl für die Ausübung der Aktionärsrechte (Art. 701c OR) als auch für die Durchführung einer virtuellen Generalversammlung (Art. 701d OR).⁶⁹ Demnach hat der Verwaltungsrat den korrekten Ablauf (Ziff. 1 und 4) und den direkten Meinungsaustausch (Ziff. 2 und 3) zwischen den Aktionärinnen sicherzustellen. Er muss also den gesamten Ablauf der Teilnahme an der Generalversammlung organisieren und überwachen.⁷⁰ Konkret hat er dafür zu sorgen, dass die Identität der Teilnehmer feststeht (Ziff. 1), die Stimmen 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 verfälscht werden kann (Ziff. 4).

4.2 Korrekter Ablauf

Für einen korrekten Ablauf ist vorab die sichere Identifikation der Teilnehmenden⁷¹ essenziell. Nach Art. 691 Abs. 3 OR können Generalversammlungsbeschlüsse nämlich angefochten werden, wenn die Gesellschaft nicht nachweist, dass die Mitwirkung von Unbefugten keinen Einfluss auf die Beschlussfassung hatte. Als Pendant zur Einlasskontrolle am Tagungsort der physischen Generalversammlung müssen die Online-Teilnehmenden zwingend eine Legitimationsprüfung durchlaufen.⁷² Namenaktionären werden die Zugangsdaten (Benutzername und Passwort) regelmässig zugesandt, über die sie sich auf der vorgesehenen Plattform anmelden können. Alternativ ist der Zugang über eine qualifizierte elektronische Signatur oder mittels Blockchain-Technologie denkbar.⁷³ Bei als Bucheffekten ausgestalteten Inhaberaktien ist die Überprüfung

⁵⁸ Reiser (Fn. 1), 409; BK-Dubs (Fn. 56), N 15 zu Art. 698–706b. BK-Dubs (Fn. 56), N 15a zu Art. 698–706b m.w.H.

⁶⁰ Reiser (Fn. 1), 409; Gl. M. BSK OR II – Fischer/Ballmer (Fn. 56), N 19 zu Art. 701e. Dubs nennt in diesem Zusammenhang namentlich die Möglichkeit, für die Durchführung virtueller Generalversammlungen in den Statuten zwingend eine Ton- und Bildübertragung vorzuschreiben (BK-Dubs [Fn. 56], N 15d zu Art. 698–706b).

⁶¹ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 557.

⁶² Reiser (Fn. 1), 409.

⁶³ Reiser (Fn. 1), 409.

⁶⁴ Von der Crone (Fn. 8), § 17 N 1058 m.w.H.

⁶⁵ BSK OR II – Fischer/Ballmer (Fn. 56), N 17 zu Art. 701e.

⁶⁶ Art. 701e Abs. 1 OR; BK-Dubs (Fn. 56), N 15b zu Art. 698–706b; A.M. Vischer/Galli (Fn. 56), 611.

⁶⁷ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 557.

⁶⁸ BSK OR II – Fischer/Ballmer (Fn. 56), N 21 zu Art. 701e; A.M. Müller/Akeret, die dem Verwaltungsrat empfehlen, die

Verwendung elektronischer Mittel im Organisationsreglement aufzunehmen, weil so die Anpassungs- und Reaktionsfähigkeit hinsichtlich der technischen Innovation erhalten bleibe (Roland Müller/Fabian Akeret, Die Generalversammlung nach revidiertem Aktienrecht, SJZ 2021, 14 f.).

⁶⁹ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 559.

⁷⁰ Böckli (Fn. 17), § 8 N 109; von der Crone (Fn. 8), § 17 N 1048 und 1055/56.

⁷¹ Vgl. zur Zusammensetzung des virtuellen Teilnehmerkreises Ballmer/Fischer (Fn. 37), 178.

⁷² Böckli (Fn. 17), § 8 N 111.

⁷³ Vgl. dazu von der Crone/Grob (Fn. 14), 18; Ines Pöschel, Generalversammlung und Internet: Versuch einer Enttäuschung, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich/St.Gallen 2010, 223 ff., 241;

der Identität über die Verwahrungsstelle i.S.v. Art. 4 BEG möglich.⁷⁴ Aktionäre legitimieren sich gegenüber der Gesellschaft, indem sie den Ausweis über die Gutschrift der betreffenden Bucheffekten auf ihrem Effektenkonto (Art. 16 BEG) vorlegen, den sie von der Verwahrungsstelle ausgestellt erhalten haben.⁷⁵

Konkret schreibt die Gesetzgeberin keine Vorgehensweise vor, wie die Identifikation der Aktionäre sichergestellt werden muss.⁷⁶ Gemäss Botschaft hat der Verwaltungsrat «(...) im technisch zumutbaren und vernünftigerweise zu erwartenden Rahmen zu handeln» und «auf ein unsicheres elektronisches Mittel zu verzichten».⁷⁷ Ohnehin ist die Identifikation der Teilnehmenden bei allen elektronischen Übermittlungen von rechtlich relevanten Willenserklärungen insofern herausfordernd, als es schwierig ist, zu überprüfen, ob die auf dem eingegangenen elektronischen Text als Absenderin genannte Person identisch ist mit der von der Gesellschaft als Aktionärin anerkannten Person.⁷⁸ Die digitale Signatur kommt aus Kostengründen kaum zur Anwendung und der elektronische Identitätsnachweis der E-ID wurde aufgrund der Ablehnung in der Volksabstimmung nicht eingeführt.⁷⁹ Nach soweit ersichtlich gängiger Praxis erfolgt die Identifikation jeweils mit dem zugesandten Benutzernamen und Passwort, mit dem sich die Teilnehmenden auf der entsprechenden Plattform einloggen.⁸⁰ Empfehlenswert ist zudem eine Zwei-Faktoren-Au-

thentifizierung, indem die Teilnehmenden ihre Mobiltelefonnummer mitteilen und anschliessend den erhaltenen Code bei der Webplattform zur vollständigen Registrierung eingeben.⁸¹ Anschliessend können sich die Aktionärinnen bei jedem Zugang zur Plattform mit einer Zwei-Faktoren-Authentifizierung über ihr Mobiltelefon anmelden. Diese Zugangskontrolle garantiert hohe Sicherheit, und der Intermediär hat die Möglichkeit, bereits nach der Registrierung die Angaben der Aktionärin auf ihre Richtigkeit zu überprüfen.⁸² Denkbar wäre es sodann, einen persönlichen Zugangslink per E-Mail zu versenden, eine Software mit Gesichtserkennung einzusetzen oder die Aktionäre mit einem amtlichen Lichtbildausweis oder einer Zutrittskarte via Videokamera ausweisen zu lassen.⁸³ Für einen korrekten Ablauf muss der Verwaltungsrat darüber hinaus nach Art. 701e Abs. 2 Ziff. 4 OR sicherstellen, dass das Abstimmungsergebnis nicht verfälscht werden kann. Er ist daher verpflichtet, Vorkehrungen zu treffen, um die Identifikation der Aktionäre sicher festzustellen und die Teilnahme Unbefugter zu vermeiden.⁸⁴

Darf der Verwaltungsrat den Aktionären die Online-Teilnahme verweigern, die bereits eine elektronische Weisung an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter erteilt haben, um doppelte Stimmabgaben zu verhindern? Oder sollte eine Teilnahme in diesem Fall weiterhin zulässig sein, allerdings unter Ausschluss der Möglichkeit zur Stimmabgabe? Der Provider hat jedenfalls die Vermeidung doppelter Abstimmungen sicherzustellen. Für die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte an der Generalversammlung muss der Aktionär oder sein Vertreter in der Lage sein, seine formelle Berechtigung, also die Legitimation gegenüber der Gesellschaft, nachzuweisen.⁸⁵ Der Stimmrechtsvertreter vertritt jedoch die Aktionärin in der Generalversammlung einzig zwecks Ausübung des Stimmrechts, wobei das ebenfalls zu den Mitwirkungsrechten gehörende Teilnahmerecht auch einem Aktionär ohne Stimmrecht gewährt werden kann.⁸⁶ Zudem spricht

Alexander F. Wagner/Rolf H. Weber, *Corporate Governance auf der Blockchain*, SZW 2017, 59 ff., 68.

⁷⁴ Reiser (Fn. 1), 408.

⁷⁵ Von der Crone (Fn. 8), § 17 N 1087.

⁷⁶ Art. 701e Abs. 2 Ziff. 1 OR; von der Crone (Fn. 8), § 17 N 1057.

⁷⁷ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 560.

⁷⁸ Böckli (Fn. 17), § 8 N 110.

⁷⁹ Von der Crone/Grob (Fn. 14), 18. Forrer/Zuur/Müller nennen die Blockchain-Technologie als mögliche Zukunftslösung (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, 23).

⁸⁰ Pöschel (Fn. 73), 241; von der Crone/Grob (Fn. 14), 18. Gemäss Böckli bleibt dabei aber unklar, ob die abgegebene elektronische Erklärung tatsächlich vom Aktionär selbst stammt, dem die Unterlagen für die Generalversammlung zugestellt wurden, oder ob eine dritte Person – mit oder ohne Einverständnis des Aktionärs – unter Nutzung der Zugangsdaten und seines Namens die Erklärung verfasst und abgesandt hat. Um dieses Risiko weiter zu reduzieren, wäre ein biometrisches Identifikationsverfahren erforder-

lich, was jedoch international kaum verbreitet und in der Praxis schwer umsetzbar wäre (Böckli [Fn. 17], § 8 N 110).

⁸¹ Gl. M. Watter/Schweighofer (Fn. 24), 285.

⁸² Watter/Schweighofer (Fn. 24), 285.

⁸³ Ballmer/Fischer (Fn. 37), 176.

⁸⁴ Böckli (Fn. 17), § 8 N 110.

⁸⁵ Art. 689a OR.

⁸⁶ Alexander Nikitine/Ines Pöschel, in: Rolf Watter/Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, Basel 2023, N 22 zu Art. 689b.

der Gesetzgeber in Art. 701e OR anstelle von Aktionären von «Teilnehmern», womit jene Personen gemeint sind, die eine Berechtigung haben, an der Generalversammlung elektronisch teilzunehmen.⁸⁷ Nebst den Aktionären sind hierbei insbesondere auch deren Vertreter gemeint.⁸⁸ Ausserdem ist die Identifikation der Teilnehmer vor allem Voraussetzung dafür, dass auch bei der Verwendung elektronischer Mittel an der Generalversammlung das formelle Teilnahmerecht gewahrt bleibt.⁸⁹ Unserer Ansicht nach sollten Aktionäre mit Stimmrechtsvertretern deshalb und weil die virtuelle Teilnahme gegenüber der physischen Teilnahme nicht erschwert werden darf, grundsätzlich nach durchlaufener Legitimationsprüfung trotzdem an der Generalversammlung teilnehmen dürfen. Dagegen lässt sich argumentieren, der Aktionär habe durch die Weisung an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter auf seine persönliche Teilnahme verzichtet. Möchte der Verwaltungsrat Aktionäre mit Stimmrechtsvertretern von der Teilnahme ohne Stimmrecht ausschliessen, sollte dies zumindest in der Einladung festgehalten werden.⁹⁰

Mit der Verwendung elektronischer Mittel vergrössert sich auch die Gefahr, dass Nichtaktionäre die Identität bestimmter Aktionäre elektronisch erschleichen oder Aktionäre einem Dritten bewusst die Zugangsdaten übergeben, um ihr Stimmrecht elektronisch auszuüben.⁹¹ Gleichzustellen ist der Versuch einer doppelten Stimmrechtsausübung durch den Aktionär, der seine Stimme sowohl physisch als auch virtuell an der hybriden Generalversammlung abzugeben versucht.⁹² Die Teilnahme durch einen Unbefugten bedeutet aber nicht zwingend, dass der Verwaltungsrat seine Pflichten nach Art. 701e Abs. 2 Ziff. 1 OR vernachlässigt hat.⁹³ Auch Hacker können ein Problem werden, indem sie in das System eindringen und verfälschend auf das elektronisch ermittelte Abstimmungsergebnis einwirken.⁹⁴ Es obliegt wie erwähnt

dem Verwaltungsrat, bei der Verwendung elektronischer Mittel selbst die nach der technischen Entwicklung geeigneten Massnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit zu ergreifen.⁹⁵ Höhere Anforderungen an die Identitätsprüfung dürften bei der digitalen Teilnahme an der Generalversammlung deshalb gerechtfertigt sein, weil das Missbrauchspotenzial grösser scheint als bei Präsenzversammlungen. Infolgedessen sollte es u.E. zulässig sein, nur auf der Plattform vorab registrierte Aktionäre in die hybride oder virtuelle Generalversammlung «hereinzulassen». Dabei gilt es aber, die Grösse der Gesellschaft im Auge zu behalten. Bei kleinen Gesellschaften ist das Aktionariat meist übersichtlich, weshalb sich kaum Schwierigkeiten bei der Identifikation ergeben. Bei nicht kotierten Gesellschaften mit relativ wenigen Aktionären ist deshalb auch eine Teilnahme per Telefon denkbar. Zumindest wenn es so wenige Aktionäre sind, dass man sich gegenseitig an der Stimme erkennt, weil das Problem der Identifikation dann üblicherweise wegfällt.⁹⁶ Wichtig ist dabei immer, den Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre einzuhalten.⁹⁷

Darüber hinaus stellt sich die Frage, wie sich die Präsenz bei Abstimmungen berechnet. Im Hinblick auf allfällige statutarische Präsenzquoten muss der Verwaltungsrat davon ausgehen dürfen, dass bei allen registrierten und eingeloggten Personen während der gesamten Generalversammlung die Stimmen zählen.⁹⁸ Verlassen virtuelle Teilnehmer während der Generalversammlung ihre Bildschirme ohne sich vom System abzumelden, bleibt das zu Beginn festgestellte Präsenzquorum grundsätzlich bestehen.⁹⁹ Entscheidend ist dabei nicht die tatsächliche physische Anwesenheit am verwendeten elektronischen Gerät, sondern die virtuelle Präsenz im System.¹⁰⁰ Dies macht u.E. insofern Sinn, als auch bei einer physischen Generalversammlung die an der Generalversammlung vertretenen und stimmberechtigten Aktienstimmen die Berechnungsgrundlage für das absolute Mehr bilden und nicht etwa die an der Beschlussfassung tatsächlich teilnehmenden Stimmen.¹⁰¹ Zudem dürften auch

⁸⁷ BSK OR II–Fischer/Ballmer (Fn. 56), N 27 zu Art. 701e.

⁸⁸ BSK OR II–Fischer/Ballmer (Fn. 56), N 27 zu Art. 701e.

⁸⁹ BSK OR II–Fischer/Ballmer (Fn. 56), N 28 zu Art. 701e.

⁹⁰ Vgl. Einladung zur 116. ordentlichen Generalversammlung der Energiedienst Holding AG vom 23. April 2024, 4 (zum Ganzen <https://www.naturenergie-holding.ch/fileadmin/energiedienst/Dokumente/Unternehmen/Geschaeftsbericht/GB_2023/Energiedienst_GV_Einladung_de_WEBPDF.pdf>).

⁹¹ Böckli (Fn. 17), § 8 N 114.

⁹² BSK OR II–Fischer/Ballmer (Fn. 56), N 32 zu Art. 701e.

⁹³ BSK OR II–Fischer/Ballmer (Fn. 56), N 32 zu Art. 701e.

⁹⁴ Von der Crone/Grob (Fn. 14), 20; Böckli (Fn. 17), § 8 N 114.

⁹⁵ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 557.

⁹⁶ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 559; Böckli (Fn. 17), § 8 N 123.

⁹⁷ Art. 717 Abs. 2 OR.

⁹⁸ BSK OR II–Fischer/Ballmer (Fn. 56), N 29 zu Art. 701e.

⁹⁹ BSK OR II–Fischer/Ballmer (Fn. 56), N 29 zu Art. 701e.

¹⁰⁰ BSK OR II–Fischer/Ballmer (Fn. 56), N 29 zu Art. 701e.

¹⁰¹ Vgl. Dieter Dubs/Roland Truffer, in: Rolf Watter/Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Basel 2023, N 13 zu Art. 703.

bei einer physischen Generalversammlung diejenigen Aktionärinnen mitzählen, die während der Versammlung kurz den Raum verlassen ohne sich «abzumelden». Schliesslich versteht es sich von selbst, dass bei einer allfälligen Aufzeichnung der Generalversammlung die Statuten, andere interne Reglemente sowie das DSG¹⁰² und die DSGVO der EU¹⁰³ einzuhalten sind.

4.3 Direkter Meinungsaustausch zwischen den Aktionären

Neben dem soeben erläuterten korrekten Ablauf muss der Verwaltungsrat nach Art. 701e Abs. 2 Ziff. 2 und 3 OR den direkten Meinungsaustausch zwischen den Aktionärinnen gewährleisten. Damit sich die Aktionärinnen gestützt auf die Voten des Verwaltungsrates und anderer Teilnehmenden ihre Meinung bilden können, gilt es sicherzustellen, dass sich alle Aktionärinnen aktiv an der Generalversammlung beteiligen und Anträge stellen können.¹⁰⁴ Im Sinne einer funktionalen Äquivalenz muss die digitale Teilnahme der physischen Teilnahme wie erwähnt in allen für die Ausübung der Mitwirkungsrechte wesentlichen Aspekten gleichwertig sein.¹⁰⁵ Der Gesetzgeber hat die Anforderungen an den Kommunikationskanal bewusst offen formuliert. Er hat einzig vorgeschrieben, dass die «Voten an der Generalversammlung unmittelbar übertragen» werden müssen.¹⁰⁶ Die Wahl des Mediums steht im Ermessen des Verwaltungsrates, wobei diese meist auf die Video-Live-Übertragung fallen dürfte.¹⁰⁷ Eine Bildübertragung ist indes nicht zwingend.¹⁰⁸ Auch eine Applikation mit Spracherkennung und Audio-Text-Übertragung wäre grundsätzlich erlaubt, allen-

falls sogar eine reine Text-Übertragung.¹⁰⁹ Bei einem internationalen Aktionariat sollte ausserdem die Einbindung von Simultanübersetzungen in die unmittelbare Übertragung möglich sein.¹¹⁰ Der Verwaltungsrat hat nicht sämtliche Risiken, die mit dem Einsatz elektronischer Mittel verbunden sind, auszuschliessen. Er muss aber hinsichtlich der konkreten Generalversammlung im technisch zumutbaren und vernünftigerweise zu erwarteten Rahmen handeln und auf unsichere elektronische Mittel verzichten.¹¹¹

Darf der Verwaltungsrat Aktionäre von der digitalen Teilnahme insgesamt oder zumindest von Wortmeldungen ausschliessen, die über keine ausreichende Audio- und Video-Ausstattung verfügen? Gegebenenfalls sind entsprechende Anforderungen bzw. die Bedingungen an die digitale Teilnahme insgesamt in der Einladung eindeutig zu kommunizieren. So ist etwa auslegungsbedürftig, was «genügende» Videoqualität meint. Solange die Person klar sichtbar und gut zu verstehen ist, ist eine gewisse Kulanz zu empfehlen. Die Verpflichtung zur Videoübertragung bei Wortmeldungen bedeutet eine stärkere Unmittelbarkeit und gewährleistet zudem eine höhere Sicherheit bei der Identifikation der Aktionäre. Sodann dürfte die Videoübertragung zumindest oftmals erkennen lassen, ob sich die betreffende Person in einem separaten Raum befindet und keine Dritten die Gespräche mithören. Als Leitlinie muss der Verwaltungsrat von einem durchschnittlichen Aktionär mit üblichen technischen Kenntnissen und Ausstattung ausgehen.¹¹² Das Verständnis der durch die Gesetzgeberin von den Aktionären erwarteten technischen Affinität steht dabei selbstverständlich im Wandel.¹¹³ Die Teilnahme muss jedenfalls mit den aktuell verbreiteten Geräten und Betriebssystemen ohne grössere Konfigurationsänderungen gewährleistet sein.¹¹⁴ Die Wahl des geeigneten Mediums liegt dabei wie schon mehrfach erwähnt in der Kompetenz des Verwaltungsrates.¹¹⁵

Ist es zulässig, spontane virtuelle Wortmeldungen nicht zuzulassen, um Unterbrechungen durch den Identifikationsprozess zu vermeiden? Ist es möglich, Wortmeldungen nur unter der Voraussetzung zu er-

¹⁰² Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG) vom 25. September 2020, SR 235.1.

¹⁰³ Verordnung (EU) 2016/679 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

¹⁰⁴ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 559.

¹⁰⁵ Von der Crone (Fn. 8), § 17 N 1047; vgl. bereits Ziff. II.1.2.

¹⁰⁶ Von der Crone (Fn. 8) § 17 N 1064.

¹⁰⁷ Von der Crone (Fn. 8) § 17 N 1064.

¹⁰⁸ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 559; Böckli (Fn. 17), § 8 N 121; 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, 193.

¹⁰⁹ Von der Crone (Fn. 8) § 17 N 1065.

¹¹⁰ Von der Crone (Fn. 8) § 17 N 1065.

¹¹¹ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 560.

¹¹² BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 557.

¹¹³ Vgl. Bertschinger (Fn. 108), 169 ff.; Pöschel (Fn. 73), 239.

¹¹⁴ Reiser (Fn. 1), 409.

¹¹⁵ BSK OR II-Fischer/Ballmer (Fn. 56), N 17 zu Art. 701e.

lauben, dass die Teilnehmenden vorgängig eine Kopie des Ausweises auf die Plattform hochladen? Solche Vorgaben gründen auf der Überlegung, dass der Provider trotz vorgängiger Registrierung bei spontanen Wortmeldungen nicht sicher ist, wer spricht. In solchen Fällen ist jedenfalls eine kurze Plausibilitätsprüfung empfehlenswert, um die Authentizität der Wortmeldungen sicherzustellen. Unseres Erachtens sollten spontane Wortmeldungen wegen des Unmittelbarkeitsprinzips und der erforderlichen funktionalen Äquivalenz mit der physischen Teilnahme nach einer kurzen Identitätsüberprüfung zulässig sein. Um digital Teilnehmende bei einem bestimmten Traktandum sprechen zu lassen, kann beispielsweise ein «Request to Speak»-Button in die Plattform integriert werden. Bei grossen Publikumsgesellschaften ist es ferner denkbar, Moderatoren einzusetzen, welche die einzelnen Beiträge vor ihrer Veröffentlichung verarbeiten und auf ihr Gehalt prüfen, um neben den formellen Aspekten auch gewissen inhaltlichen Mindeststandards zu genügen.¹¹⁶ Durch die genannten Einschränkungen darf es allerdings nicht zu einem «cherry-picking» hinsichtlich der Auswahl der zu behandelnden Voten kommen.¹¹⁷ Um dies zu vermeiden, kann eine Art digitales Register erstellt werden, auf dem sämtliche Beiträge an der Generalversammlung gespeichert werden und für alle Aktionäre einsehbar sind.¹¹⁸

4.4 Vorbereitung und Wahl der geeigneten technischen Lösung im Speziellen

Sowohl die hybride als auch die virtuelle Durchführung der Generalversammlung erfordert vom Verwaltungsrat eine frühzeitige und intensive Vorbereitung.¹¹⁹ Dabei hängt die Wahl der Plattform für die virtuelle Teilnahme von der Grösse der Gesellschaft ab. Kleinere Gesellschaften können grundsätzlich die gängigen Videokonferenzanbieter wie MS Teams, Zoom oder WebEx benutzen unter der Voraussetzung, dass die Teilnehmenden identifiziert und das Stimmverhalten protokolliert wird.¹²⁰ Bei grösseren Gesellschaften und insbesondere bei Publikumsgesellschaften wählt der Verwaltungsrat einen Shareholder-Ser-

vices-Dienstleister aus, der über die notwendigen Softwarelösungen für die Teilnahme und Ausübung der Aktionärsrechte mit elektronischen Mitteln verfügt und in der Lage ist, den Verwaltungsrat insbesondere in technischer Hinsicht zu unterstützen.¹²¹ Dies erleichtert auch die Verarbeitung der Abstimmungen, indem die Gesamtstimmzahl schnell und einfach eruiert werden kann. Entsprechend qualifizierte Dienstleister verfügen mit der ISO 27001- oder SOC 2-Zertifizierung sodann bereits über angemessene Sicherheitsvorkehrungen.¹²² Für Publikumsgesellschaften empfohlene spezialisierte Anwendungen¹²³ vereinfachen die Vorbereitung solcher Versammlungen und deren Durchführung erheblich, indem sie Stichproben der Identitäten und einen Abgleich mit dem Aktienbuch ermöglichen.¹²⁴ Ausserdem können die Prozesse revisionssicher aufgezeichnet und gespeichert werden, und mit einer eingebauten qualifizierten Zeichnungsfunktion nach ZertES¹²⁵ kann das Protokoll unterzeichnet werden.¹²⁶

Darüber hinaus empfiehlt es sich für digitale Generalversammlungen grosser Gesellschaften, ein Szenarienskript vorzubereiten, damit mögliche Reaktionen als Hilfestellung bereit sind, falls unerwartete Vorkommnisse oder technische Probleme eintreten.¹²⁷ Die frühzeitige Entscheidung zur hybriden oder virtuellen Durchführung der Generalversammlung ist deshalb zentral.¹²⁸ Die Gesellschaften müssen in der Einladung gemäss Art. 700 Abs. 2 Ziff. 1 OR die Art der Generalversammlung bekannt geben, wozu auch die Verwendung elektronischer Mittel gehört.¹²⁹ Empfehlenswert ist zudem, in der Einladung einen Abschnitt mit organisatorischen Hinweisen einzupflegen. Diese Informationen bereiten die Aktionäre auf ihre Teil-

¹¹⁶ Von der Crone/Grob (Fn. 14), 17.

¹¹⁷ Von der Crone/Grob (Fn. 14), 17.

¹¹⁸ Von der Crone/Grob (Fn. 14), 17.

¹¹⁹ Vgl. Watter/Schweighofer (Fn. 24), 283.

¹²⁰ Häusermann (Fn. 33), 307; ähnlich Müller/Akeret (Fn. 68), 15f.

¹²¹ Vgl. Watter/Schweighofer (Fn. 24), 283.

¹²² Bei ISO/IEC 27001 handelt es sich um den weltweit angewendeten Standard für die Zertifizierung eines Informationssicherheitsmanagementsystems. SOC 2 überprüft die Einhaltung von Sicherheitsstandards anhand spezifischer Prinzipien und ist vor allem in den USA verbreitet (Watter/Schweighofer [Fn. 24], 283).

¹²³ Müller/Kaiser/Benz (Fn. 47), 79.

¹²⁴ Müller/Kaiser/Benz (Fn. 47), 79.

¹²⁵ Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur und anderer Anwendungen digitaler Zertifikate (Bundesgesetz über die elektronische Signatur, ZertES), vom 18. März 2016, SR. 943.03.

¹²⁶ Müller/Kaiser/Benz (Fn. 47), 79.

¹²⁷ Gl. M. Watter/Schweighofer (Fn. 24), 284.

¹²⁸ Vgl. Watter/Schweighofer (Fn. 24), 238.

¹²⁹ Böckli (Fn. 17), § 8 N 148.

nahme vor und zeigen mithilfe einer Wegleitung, wie der Registrierungsprozess funktioniert und welche Plattform für die virtuelle Teilnahme benutzt wird.¹³⁰

5. Technische Probleme

Treten während der Generalversammlung technische Probleme auf, die eine ordnungsgemässe Durchführung der Versammlung verhindern, verlangt Art. 701f OR deren Wiederholung.¹³¹ Damit die Durchführung vorschriftsmässig verläuft, braucht es eine einwandfreie Beschlussfassung und einen unbeeinträchtigten Meinungsaustausch zwischen den Aktionärinnen, die zudem ihr Antragsrecht ordnungsgemäss wahrnehmen können müssen.¹³² Die digitale Unmittelbarkeit hat während der gesamten Generalversammlung sichergestellt zu sein.¹³³ Beschlüsse, die von der Generalversammlung vor dem Auftreten des technischen Problems gefasst wurden, sind von der Wiederholung ausgenommen und behalten ihre Gültigkeit.¹³⁴ Art. 701f OR umfasst technische Probleme, die in den Verantwortlichkeitsbereich der Gesellschaft fallen,¹³⁵ wobei die Hürden zur Annahme solcher Störungen nicht allzu hoch zu setzen sind.¹³⁶ Dazu dürften auch technische Probleme des an der Generalversammlung remote teilnehmenden Notars zählen, da die Gesellschaft diesen auswählt, womit allfällige technische Probleme des Notars der Risikosphäre der Gesellschaft zuzuordnen sind. Technische Probleme der Urkundsperson hingegen zur Risikosphäre der Aktionärinnen zu zählen, wäre u.E. stossend.¹³⁷ Keine technischen Prob-

leme im Sinne von Art. 701f Abs. 1 OR stellen Schwierigkeiten der Aktionäre mit den von ihnen benutzten Telekommunikationsunternehmen dar.¹³⁸ Sind mehrere Aktionäre aufgrund eines flächendeckenden Problems eines bedeutenden Telekommunikationsunternehmens betroffen, kann der Verwaltungsrat die Schwierigkeiten jedoch nicht ignorieren, sondern muss die Generalversammlung für kurze Zeit unterbrechen oder sie zu einem späteren Zeitpunkt nachholen.¹³⁹ Probleme mit der eigenen Hard- und Software sind Risiken, die von den Aktionärinnen zu tragen sind.¹⁴⁰

Welche konkreten Rechtsfolgen bei technischen Problemen resultieren, wurde in der Lehre bislang kontrovers diskutiert und vom Gesetzgeber offengelassen.¹⁴¹ Aus Art. 701f Abs. 1 OR geht nicht direkt hervor, ob durch technische Probleme beeinträchtigte Generalversammlungsbeschlüsse anfechtbar oder nichtig sind.¹⁴² Aus der Botschaft ergibt sich einzig, dass der Verwaltungsrat die Abstimmung oder Wahl wiederholen muss und sich nicht durch den Nachweis befreien kann, dass die technischen Probleme keinen Einfluss auf das Abstimmungs- oder Wahlresultat gehabt haben.¹⁴³ Soweit technische Probleme nachweislich keinen Einfluss auf die Abstimmungsergebnisse hatten, sind sie u.E. nur dann als unbeachtlich zu betrachten, wenn nicht nur das formelle Abstimmungsverfahren, sondern auch der Meinungsaustausch unter den Aktionärinnen und die Willensbildung gewährleistet waren.¹⁴⁴ Ansonsten würde es einem Aktionär am Rechtsschutzinteresse fehlen.¹⁴⁵ Jegliche bei der Durchführung der Generalversammlung aufgetretenen technischen Probleme i.S.v. Art. 701f OR sind durch

¹³⁰ Vgl. Watter/Schweighofer (Fn. 24), 284 f.

¹³¹ Vgl. zu den technischen Problemen bei der virtuellen Generalversammlung eingehend Benjamin V. Enz/Michael Hochstrasser, Technische Probleme bei der virtuellen Generalversammlung (Art. 701f OR), Teil 1 und 2, SJZ 2021, 719 ff. und 778 ff.; Thomas Jutzi/Luca Yousef, Die Wiederholung hybrider und virtueller Generalversammlungen nach Art. 701f OR, GesKR 2023, 292–302.

¹³² Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2022, N 9 zu Vorbemerkungen zu Art. 698–731b OR, N 5 zu Art. 701f.

¹³³ Reiser (Fn. 1), 409.

¹³⁴ Art. 701f Abs. 2 OR.

¹³⁵ BSK OR II–Dubs (Fn. 56), N 112 zu Art. 698–706b; Reiser (Fn. 2), 234.

¹³⁶ Jutzi/Yousef (Fn. 131), 294; Gl. M. Enz/Hochstrasser (Fn. 131), 721.

¹³⁷ Gl. M. Jutzi/Yousef (Fn. 131), 294.

¹³⁸ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 560.

¹³⁹ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 560.

¹⁴⁰ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 560.

¹⁴¹ Ausführlich dazu Jutzi/Yousef, die von einem anfechtbaren Beschluss nach Art. 706 Abs. 2 OR ausgehen (Jutzi/Yousef [Fn. 131], 296 ff.).

¹⁴² Jutzi/Yousef (Fn. 131), 297.

¹⁴³ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 560.

¹⁴⁴ Vgl. Reiser (Fn. 1), 410; Forstmoser/Küchler (Fn. 132), N 7 zu Art. 701f OR; Reiser (Fn. 2), 234; Stoll (Fn. 49), 37; Enz/Hochstrasser (Fn. 131), 726 ff.

¹⁴⁵ Hans Caspar von der Crone/Luca Angstmann, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 2017, 3 ff., 13 f.; Jutzi/Yousef sprechen sich für die Anfechtung beim Vorliegen technischer Probleme unabhängig vom Einfluss auf das Abstimmungs- oder Wahlresultat sowie den Meinungsaustausch unter den Aktionären aus (Jutzi/Yousef [Fn. 131], 301 m.w.H.).

den Verwaltungsrat zu protokollieren.¹⁴⁶ Da dem Generalversammlungsprotokoll eine Beweisfunktion zukommt, sollten auch alle Grenzfälle aufgenommen werden.¹⁴⁷ Der Gesetzgeber geht sodann grundsätzlich von einer «unmittelbaren» Wiederholung der Abstimmung oder Wahl aus.¹⁴⁸ Der adäquate Entscheid, unter welchen Umständen eine unmittelbare Wiederholung für die Betroffenen zumutbar ist, muss der Verwaltungsrat wohl namentlich von der Grösse und Zusammenstellung des Aktionariats abhängig machen. Dabei gilt es zu berücksichtigen, ob die Uhrzeit der Wiederholung im Rahmen des «Geschäftsüblichen» liegt.¹⁴⁹ Sollte die Generalversammlung zu einem späteren Zeitpunkt wiederholt werden, weil die ordnungsgemässe Durchführung nicht mehr möglich ist, kann die nach Art. 700 Abs. 1 OR vorgesehene Frist zur Einberufung gemäss Botschaft ausnahmsweise unbeachtet bleiben.¹⁵⁰ Dies ist in der Lehre allerdings umstritten.¹⁵¹ Aus Rechtssicherheitsüberlegungen ist die Gesellschaft infolge dieser Uneinigkeit in der Lehre und mangels ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage daher gleichwohl gut beraten, die 20-tägige Frist einzuhalten.¹⁵² Der Verwaltungsrat hat mit Blick auf seine Sorgfaltspflicht jedenfalls eine Frist und einen Termin zu bestimmen, die möglichst vielen Aktionären eine Teil-

nahme erlauben.¹⁵³ Bei Änderungen oder Anpassungen der ursprünglichen Traktandenliste sind die rechtlichen und statutarischen Vorschriften zur Einberufung sowieso vollumfänglich einzuhalten.¹⁵⁴

Um technische Probleme möglichst von vornherein zu vermeiden, empfiehlt es sich, im Vorfeld von digitalen Generalversammlungen eine spezielle Help-line einzurichten, die von den Aktionärinnen sowohl während als auch vor der Generalversammlung angerufen werden kann. So sollten die Aktionärinnen den Zugang zur Plattform bereits im Vorfeld entsprechend testen und allfällige Vorkerhungen frühzeitig angehen können.¹⁵⁵ Des Weiteren ist dem Verwaltungsrat von Publikumsgesellschaften zu empfehlen, sicherzustellen, dass die Gesellschaft bei Stromausfällen während der digitalen Generalversammlung auf Notstromaggregate zurückgreifen und bei Netzwerkproblemen auf alternative Netzbetreiber umschalten kann.

III. Digitale Verwaltungsratssitzungen

Auch der Verwaltungsrat kann seine Beschlüsse unter Verwendung «elektronischer Mittel» fassen, die Sitzung also hybrid oder virtuell durchführen.¹⁵⁶ In Art. 713 Abs. 2 OR werden verschiedene Optionen zur Beschlussfassung des Verwaltungsrates festgelegt, um mehr Rechtssicherheit zu schaffen.¹⁵⁷ Art. 713 Abs. 2 Ziff. 1 OR normiert die herkömmliche Verwaltungsratssitzung, in der die Entscheide an einer Sitzung mit Tagungsort gefällt werden. Nach Ziff. 2 kann der Verwaltungsrat die Beschlüsse bei der Verwendung elektronischer Mittel unter sinngemässer Anwendung von Art. 701c–701e OR fassen. Es erfolgt also eine Verweisung auf die entsprechenden Bestimmungen für die Generalversammlung.¹⁵⁸ Trotz der sinngemässen Verweisung ist bei virtuellen Verwaltungsratsbeschlüssen indes keine statutarische Grundlage

¹⁴⁶ Art. 702 Abs. 2 Satz 1 und Ziff. 6 OR.

¹⁴⁷ Zum Ganzen *Jutzi/Yousef* (Fn. 131), 294; BGE 140 III 610, E. 4.3.3.

¹⁴⁸ *Jutzi/Yousef* (Fn. 131), 295.

¹⁴⁹ *Jutzi/Yousef* (Fn. 131), 295.

¹⁵⁰ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 560; vgl. auch *Reiser* (Fn. 1), 410; *Jutzi/Meier*, wonach die 20-Tagefrist für den Ersatztermin nicht einzuhalten ist, wenn die Traktanden gleichbleiben, da der Gesetzgeber nicht Innovation durch die Verwendung elektronischer Mittel erschweren wollte. Sie empfehlen, direkt in der Einladung im Falle von technischen Problemen zu einem Ersatztermin einzuladen (*Thomas Jutzi/Quirin Meier*, Übersicht über die Neuerungen im Aktienrecht, in: Stephan Wolf, [Hrsg.], Das neue Aktienrecht – insbesondere Aspekte aus der notariellen Praxis – Weiterbildungstag des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und notarielle Praxis an der Universität Bern vom 3./4. Mai 2023, INR – Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis Bd. 28, Bern 2023, 59); *Jutzi/Yousef* (Fn. 131), 295; A.M. *Schenker/Schenker*, wonach die Einhaltung der in Art. 700 Abs. 1 OR definierten Frist von 20 Tagen auch bei der Wiederholung einer Generalversammlung uneingeschränkt Anwendung findet (*Schenker/Schenker* [Fn. 36], 240 f.).

¹⁵¹ Vgl. dazu die in Fn. 150 zitierte Lehre.

¹⁵² Ähnlich *Reiser* (Fn. 2), 234.

¹⁵³ Gemäss Botschaft darf die Einberufungsfrist nur so lange weniger als 20 Tage dauern, als die Mehrheit der Aktionärinnen nicht von vornherein von der Teilnahme ausgeschlossen ist (BBl 2017 399 ff. [Fn. 11], 560); vgl. dazu auch *Forstmoser/Küchler* (Fn. 132), N 8 zu Art. 701f OR; *Reiser* (Fn. 1), 410.

¹⁵⁴ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 560.

¹⁵⁵ *Von der Crone/Grob* (Fn. 14), 15 f; *Reiser* (Fn. 1), 409; *Stoll* (Fn. 49), 33.

¹⁵⁶ Vgl. zur Terminologie Ziff. II.1.3.

¹⁵⁷ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 568.

¹⁵⁸ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 568.

notwendig. Auch muss keine unabhängige Stimmrechtsvertreterin bezeichnet werden.¹⁵⁹ Es ist aber empfehlenswert, die Details der elektronischen Beschlussfassung im Organisationsreglement festzuhalten.¹⁶⁰

Die digitale Unmittelbarkeit muss auch bei Verwaltungsratssitzungen durchgehend gegeben sein.¹⁶¹ Darüber hinaus versteht es sich von selbst, dass die Verwaltungsratsmitglieder, die bei einer hybriden Sitzung remote an der Sitzung teilnehmen, ebenfalls sämtliche Unterlagen erhalten, die den physisch präsenten Mitgliedern erst während der Sitzung vorgelegt werden.¹⁶² Es gehört zu den Aufgaben der Verwaltungsratsmitglieder, etwaige Präsentationen anderer Sitzungsteilnehmerinnen zu verfolgen.¹⁶³ Zentral ist sodann auch hier die Eindeutigkeit der Identität der Teilnehmer gemäss Art. 701e Abs. 2 OR. Die Stimmen müssen ferner sofort übertragen werden, jeder Teilnehmer sollte an der Diskussion teilnehmen, Anträge einbringen können, und das Abstimmungsergebnis darf nicht manipuliert werden (digitale Unmittelbarkeit).¹⁶⁴ Bei Verwaltungsratssitzungen gestaltet sich die Identifikation der Teilnehmer indes weniger komplex als bei digitalen Generalversammlungen, da sich die Verwaltungsratsmitglieder in der Regel persönlich kennen. Bei Sitzungen im Beisein eines Notars erachten es diese dem Vernehmen nach dennoch als unzureichend, die Identität allein über die Stimme zu bestätigen. Aus diesem Grund wird auch in solchen Sitzungen häufig eine Videoidentifikation verlangt.

Als weitere Voraussetzung haben sämtliche Verwaltungsratsmitglieder über die technische Ausstattung zu verfügen, um ohne Einschränkungen mit elektronischen Instrumenten an der Verwaltungsratssitzung teilzunehmen.¹⁶⁵ Nötigenfalls obliegt es der

Gesellschaft sicherzustellen, dass alle Verwaltungsratsmitglieder mit der entsprechenden Ausrüstung versorgt sind und zum Schutz des Sitzungsgeheimnisses die erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen getroffen werden.¹⁶⁶ Die hybride oder virtuelle Verwaltungsratssitzung ist unter der Voraussetzung der ordnungsgemässen Einberufung und der Einhaltung der technischen Vorgaben für eine Remote-Teilnahme (vgl. Art. 713 Abs. 2 Ziff. 2 i.V.m. Art. 701c und 701e OR) eine vollwertige Sitzung, sofern die Interaktion unter den Mitgliedern gewährleistet ist.¹⁶⁷ Sie hat wie erwähnt in digitaler Unmittelbarkeit zu erfolgen.¹⁶⁸ Im Unterschied dazu findet beim elektronischen Zirkularbeschluss keine Beratung statt, weshalb jedes Verwaltungsratsmitglied eine persönliche Beratung gemäss Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 OR zu verlangen befugt ist. Die Beschlussfassung ist auf Papier oder in elektronischer Form auf schriftlichem Weg möglich. Elektronische Zirkularbeschlüsse können also auch per E-Mail oder WhatsApp gefasst werden. Die virtuelle Beschlussfassung sollten klare gesellschaftsinterne Regelungen konkretisieren, um Schwierigkeiten in der praktischen Umsetzung möglichst zu vermeiden.¹⁶⁹ Der Zirkularbeschluss in elektronischer Form verlangt gemäss Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 OR keine Unterschriften, sofern kein anderslautender schriftlicher Beschluss des Verwaltungsrates vorliegt. Je nach Thema kann eine gleichzeitige Telefon- oder Videokonferenz sinnvoll sein, um ein Geschäft nach der Beratung mit einem Zirkulationsbeschluss zu verabschieden.¹⁷⁰

Treten während der Verwaltungsratssitzung technische Probleme auf, die eine ordnungsgemässe Durchführung verunmöglichen, ist die Sitzung zu unterbrechen und so bald wie möglich fortzusetzen.¹⁷¹ Beschlüsse, die der Verwaltungsrat vor dem Auftreten der technischen Störung gefasst hat, bleiben in Anlehnung an Art. 701f Abs. 2 OR weiterhin gültig.¹⁷² Im Unterschied zur Generalversammlung muss die Verwaltungsratssitzung selbst dann abgebrochen oder wiederholt werden, wenn das technische Problem in

¹⁵⁹ Praxismitteilung EHRA 2/23, 6. Juni 2023, Ziff. 3.2; vgl. auch Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 5), § 16 N 752a.

¹⁶⁰ Reiser (Fn. 1), 410; Gl. M. Christoph B. Bühler, Digitale Revolution im Aktienrecht?, SJZ 2017, 565 ff., 573; Forrer/Zuur/Müller (Fn. 79), 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. [Fn. 11], 568).

¹⁶¹ Vgl. eingehend zur Unmittelbarkeit Ziff. II.1.2; BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 568.

¹⁶² Schenker/Schenker (Fn. 36), 263.

¹⁶³ Schenker/Schenker (Fn. 36), 263.

¹⁶⁴ Vgl. eingehend zu den Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel, Ziff. II.4.

¹⁶⁵ Reiser (Fn. 1), 411.

¹⁶⁶ Von der Crone (Fn. 8), § 18 N 1382.

¹⁶⁷ Von der Crone (Fn. 8), § 18 N 1383.

¹⁶⁸ Vgl. dazu Ziff. II.1.2.

¹⁶⁹ Von der Crone (Fn. 8), § 18 N 1380.

¹⁷⁰ Von der Crone (Fn. 8), § 18 N 1381; vgl. zum Zirkularbeschluss des Verwaltungsrates etwa auch Markus Vischer, Protokollierung von GV- und VR-Beschlüssen als Gültigkeitsform, SZW 2022, 416 ff., 420 f. m.w.H.

¹⁷¹ Reiser (Fn. 1), 411.

¹⁷² Reiser (Fn. 1), 411.

der Risikosphäre des Verwaltungsratsmitglieds selbst auftritt, da dessen Teilnahme an der Verwaltungsratssitzung wichtiger ist als diejenige eines einzelnen Aktionärs an der Generalversammlung.¹⁷³ Zudem sieht Art. 714 OR vor, dass für Verwaltungsratsbeschlüsse dieselben Nichtigkeitsgründe gelten wie für Generalversammlungsbeschlüsse nach Art. 706b OR. Hingegen sind Verwaltungsratsbeschlüsse nicht anfechtbar.¹⁷⁴ Das Protokoll über die Verhandlungen und Beschlüsse ist nach Art. 713 Abs. 3 OR von der Vorsitzenden und dem Protokollführer zu unterzeichnen. Dies gilt gleichermassen für Beschlüsse, die auf elektronischem Weg gefasst wurden, und kann sowohl in physischer als auch in elektronischer Form erfolgen.¹⁷⁵

Die öffentliche Beurkundung von digitalen Verwaltungsratsbeschlüssen findet sodann grundsätzlich in Analogie zu den Beschlüssen digitaler Generalversammlungen statt.¹⁷⁶ In der Praxis bevorzugen Notare dem Vernehmen nach weiterhin einen physischen Tagungsort, an dem sowohl ein Verwaltungsratsmitglied, meistens wohl der Präsident als Sitzungsleiter, als auch der Notar anwesend ist. Ob auf dem Zirkularweg eine notarielle Beurkundung etwa von mit Kapitalerhöhungen zusammenhängenden Verwaltungsratsbeschlüssen möglich ist, ist ferner umstritten.¹⁷⁷

Schliesslich erleichtern Telefon- und Videokonferenzen die Teilnahme an den Verwaltungsratssitzungen bei einem internationalen Verwaltungsrat, da die Notwendigkeit der Anreise entfällt. Erste Erfahrungen zeigen jedoch, dass virtuell zugeschaltete Mitglieder in Diskussionen teilweise marginalisiert werden, was dazu führt, dass der Einfluss der physisch anwesenden Verwaltungsratsmitglieder oft stärker ist.¹⁷⁸ Indes ermöglichen Telefon- und Videokonferenzen im Vergleich zu Zirkularbeschlüssen eine umfassendere Beratung und Meinungsbildung.¹⁷⁹ Während bei Telefon-

konferenzen die fehlende nonverbale Kommunikation und die oft spärliche Dokumentation die aktive Beteiligung erschweren, bieten Videokonferenzen durch visuelle Interaktion deutlich bessere Möglichkeiten zur nonverbalen Kommunikation und sind deshalb reinen Telefonkonferenzen vorzuziehen.¹⁸⁰

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick

Die neuen rechtlichen Rahmenbedingungen bei der Verwendung elektronischer Mittel bei der Durchführung von Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen schaffen Rechtssicherheit, ohne durch zu granulare Regeln technische Innovation zu erschweren oder gar zu verunmöglichen.¹⁸¹ Insbesondere die digitale Durchführung von Generalversammlungen ist indes nicht für alle Gesellschaften gleichermassen geeignet. Für die Entscheidung, ob eine Generalversammlung hybrid oder virtuell durchgeführt werden soll, hat der Verwaltungsrat die vorgesehene Art des Anlasses zu berücksichtigen. Zum einen erlauben hybride und virtuelle Generalversammlungen dem globalen Aktionariat, ohne Flugbewegungen und damit klimaverträglicher an der Generalversammlung teilzunehmen. Zudem ist die digitale Durchführung schon beim zweiten Durchgang deutlich weniger aufwendig und kostengünstiger als beim ersten Mal. Die rein virtuelle Durchführung eignet sich aber dann nicht, wenn die Generalversammlung als Marketing- oder Investor Relation-Veranstaltung definiert wird oder das Unternehmen den persönlichen Kontakt zu den Aktionären wünscht. Effekte eines Livesaals können allerdings sowohl positive als auch negative Auswirkungen haben. Dabei kommt die hybride Durchführung den Aktionären am meisten entgegen, da sie frei zwischen physischer und digitaler Teilnahme wählen können.

¹⁷³ Schenker/Schenker (Fn. 36), 263.

¹⁷⁴ Adrian Plüss, in: Peter Nobel/Christoph Müller (Hrsg.), *Berner Kommentar, Das Aktienrecht*, Bern 2023, N 12 zu Art. 707–722, 726.

¹⁷⁵ Forstmoser/Küchler verweisen auf Art. 14 Abs. 2^{bis} OR und das ZertES (Forstmoser/Küchler [Fn. 132], N 13 zu Art. 713 OR).

¹⁷⁶ Müller/Kaiser/Benz (Fn. 47), 77; vgl. dazu eingehend vorne Ziff. II.3.

¹⁷⁷ Vgl. Böckli (Fn. 17), § 9 N 191; Martin Wernli, in: Rolf Watter/Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, Basel 2023, N 21 zu Art. 713.

¹⁷⁸ Böckli (Fn. 17), § 9 N 182; vgl. zu den Besonderheiten bei Bankaktiengesellschaften (Reiser [Fn. 1], 411 f.).

¹⁷⁹ Böckli (Fn. 17), § 9 N 183.

¹⁸⁰ Böckli (Fn. 17), § 9 N 182, 183.

¹⁸¹ BBl 2017 399 ff. (Fn. 11), 557; Reiser (Fn. 1), 402 und 414 m.w.H. Darüber hinaus wäre u.E. auch die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage vertretbar gewesen, wonach die Aktionäre bei der virtuellen Generalversammlung die freie Wahl gehabt hätten, 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 (Reiser [Fn. 1], 414 m.w.H.). Vgl. zum hier aus Platzgründen nicht weiter vertieften Zirkularbeschluss der Generalversammlung etwa Vischer (Fn. 170), 417 ff. m.w.H.

Diese Form dürfte aber mit den höchsten Kosten verbunden sein. Entscheidend für eine erfolgreiche Durchführung der Veranstaltung ist ferner ein geeigneter technischer Provider, der den erläuterten rechtlichen Anforderungen genügt und eine stabile Plattform bietet. Schliesslich sind rein virtuelle Generalversammlungen aktuell noch nicht sehr verbreitet, aber die meisten (grösseren) Gesellschaften haben

eine entsprechende statutarische Grundlage geschaffen. Vielleicht ist es nur eine Frage der Zeit, bis die rein virtuelle Durchführung häufiger stattfindet. Denkbar ist auch, dass die Gesellschaften dazu übergehen werden, etwa ordentliche Generalversammlungen zwar weiterhin physisch oder hybrid, ausserordentliche Generalversammlungen hingegen virtuell durchzuführen. Die Zukunft wird es zeigen.