

Die Einheit der Materie bei Generalversammlungsbeschlüssen

DISSERTATION
der Universität St.Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften,
Internationale Beziehungen und Informatik (HSG),
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Kevin J. Müller

von

Wartau (St. Gallen)

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Urs Bertschinger

und

Prof. Dr. Urs Schenker

Dissertation Nr. 5064

Dike Verlag AG Zürich/St. Gallen 2021

Die Universität St.Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften, Internationale Beziehungen und Informatik (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St.Gallen, den 19. Oktober 2020

Der Rektor:

Prof. Dr. Bernhard Ehrenzeller

Die gleiche Arbeit ist erschienen als Band 19 der Schriftenreihe
«St. Galler Schriften zum Finanzmarktrecht»,
herausgegeben von Prof. Dr. Urs Bertschinger
ISBN 978-3-03891-268-2

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde im März 2020 abgeschlossen. Literatur, Rechtsprechung und Entwicklungen in der Gesetzgebung sind bis zum 1. März 2020 berücksichtigt. Angemerkt sei einzig, dass das Parlament die Aktienrechtsrevision 2016 am 19. Juni 2020 verabschiedet hat und der vorliegend im Zentrum stehende Grundsatz der Einheit der Materie Eingang ins Aktienrecht finden wird.

Nun ist es mir ein grosses Anliegen, all jenen zu danken, die zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Der erste Dank gilt meinem Referenten, Prof. Dr. Urs Bertschinger, für die Betreuung der Dissertation, die lehrreiche Assistenzzeit an seinem Lehrstuhl an der Universität St. Gallen (HSG) sowie die Aufnahme der Dissertation in seine Schriftenreihe. Prof. Dr. Urs Schenker danke ich für die Übernahme des Korreferats.

Sodann habe ich RA Patrick Bucher, M.A. HSG, und RA Dr. iur. Manuel Stutz einen besonderen Dank auszusprechen. Als kritische Gesprächspartner mit wertvollen Anmerkungen haben sie wesentlichen Anteil am gelungenen Abschluss dieser Dissertation. Überdies sei RAin Dr. iur. Marina Schwizer für die sorgfältige Durchsicht des Manuskripts herzlich gedankt.

Der grösste Dank gebührt zweifelsohne meinen Eltern, Margaret und Hans Müller-Kerr, für ihre an- und ausdauernde Unterstützung in jeglicher Hinsicht. Ihnen sei diese Arbeit in Dankbarkeit gewidmet.

Gräslikon / St. Gallen, im November 2020

Kevin J. Müller

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XIX
Materialienverzeichnis.....	XXXIII
Abkürzungsverzeichnis.....	XXXV
Zusammenfassung.....	XXXIX
Résumé	XL
Summary.....	XLI
§ 1 Einleitung.....	1
Teil I: Einführung in die Materie.....	3
§ 2 Einheit der Materie im öffentlichen Recht	5
§ 3 Einheit der Materie im Aktienrecht	28
Teil II: Die Generalversammlung.....	31
§ 4 Einleitung.....	33
§ 5 Die Generalversammlung – das Organ.....	34
§ 6 Die Generalversammlung – Ort der Willensbildung	103
Teil III: Die Einheit der Materie bei Generalversammlungsbeschlüssen	173
§ 7 Einleitung.....	175
§ 8 Übernahme des Grundsatzes aus dem öffentlichen Recht.....	176
§ 9 Ausgestaltung im Aktienrecht	190
§ 10 Musteranträge und Sonderfragen.....	214
§ 11 Schlussbetrachtung.....	238

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Literaturverzeichnis	XIX
Materialienverzeichnis.....	XXXIII
Abkürzungsverzeichnis.....	XXXV
Zusammenfassung.....	XXXIX
Résumé	XL
Summary.....	XLI
§ 1 Einleitung.....	1
Teil I: Einführung in die Materie.....	3
§ 2 Einheit der Materie im öffentlichen Recht	5
I. Zweck	5
II. Anwendbarkeit.....	7
1. Total- und Teilrevision	7
2. Urheber der Vorlage	9
3. Wahlen.....	10
III. Kriterien.....	11
1. Verfassung und Gesetz	11
2. Lehre.....	12
3. Praxis	16
3.1 Bundesgericht.....	16
3.2 Bundesversammlung und Bundesrat	18
IV. Überprüfung und Rechtsfolgen.....	19
1. Überprüfung	19
2. Rechtsfolgen der fehlenden Einheit der Materie.....	21
2.1 Vollständige Ungültigerklärung	21
2.2 Teilweise Ungültigerklärung.....	21
2.3 Aufspaltung.....	23
V. Information der Stimmbürger	24
VI. Fazit	25

§ 3	Einheit der Materie im Aktienrecht	28
I.	Aktueller Stand	28
II.	Fragestellung	29
Teil II:	Die Generalversammlung	31
§ 4	Einleitung	33
§ 5	Die Generalversammlung – das Organ	34
I.	Kompetenzordnung unter den Organen	34
1.	Rechtsgrundlagen der Kompetenzordnung	34
2.	Theorien der Kompetenzordnung	35
2.1	Führerprinzip	35
2.2	Omnipotenztheorie	35
a.	Reine Omnipotenztheorie	36
b.	Eingeschränkte Omnipotenztheorie	36
2.3	Paritätsprinzip	37
2.4	Fazit	38
II.	Kompetenzen der Generalversammlung	39
1.	Festsetzung und Änderung der Statuten	40
2.	Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle	41
2.1	Wahl des Verwaltungsrates	42
2.2	Wahl der Revisionsstelle	43
2.3	Sonderbestimmungen für börsennotierte Aktiengesellschaften	45
a.	Wahl des Verwaltungsratspräsidenten	45
b.	Wahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses	46
c.	Wahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreters	48
d.	Einzelwahl der Mitglieder des Verwaltungsrates	50
3.	Genehmigung des Lageberichtes und der Konzernrechnung	51
4.	Genehmigung der Jahresrechnung und Beschluss über die Verwendung des Bilanzgewinns	52
4.1	Genehmigung der Jahresrechnung	52
4.2	Beschluss über die Verwendung des Bilanzgewinns	53
5.	Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrates	55
6.	Weitere gesetzliche und statutarische Kompetenzen	56
7.	Abstimmung über Vergütungen gemäss VegüV	57
8.	Neue Kompetenzen (Aktienrechtsrevision 2016)	61
8.1	Festsetzung Zwischendividende	61
8.2	Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve	62
8.3	Dekotierung der Beteiligungspapiere	62

III. Aktionärsrechte.....	63
1. Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung	64
1.1 Teilnahme im Allgemeinen.....	64
1.2 Einladung zur Generalversammlung	65
1.3 Vertretung des Aktionärs an der Generalversammlung	66
a. Individuelle Vertretung.....	66
b. Institutionelle Vertretung	66
aa. Depotvertretung.....	67
bb. Organvertretung.....	67
cc. Unabhängiger Stimmrechtsvertreter	68
2. Stimm- und Wahlrecht.....	68
2.1 Im Allgemeinen.....	68
2.2 Ausübung	69
a. Ausübung durch den Aktionär	69
b. Ausübung durch den Vertreter	70
aa. Individuelle Vertretung	70
bb. Depotvertretung.....	70
cc. Organvertretung.....	71
dd. Unabhängiger Stimmrechtsvertreter	71
2.3 Beschränkungen des Stimm- und Wahlrechts	72
3. Informationsrechte.....	75
3.1 Im Allgemeinen.....	75
3.2 Geschäfts- und Revisionsbericht	76
3.3 Auskunfts- und Einsichtsrecht.....	77
a. Auskunftsrecht	77
aa. Ausübung	78
bb. Gegenstand.....	79
cc. Erforderlichkeit der Auskunft.....	80
dd. Verweigerung der Auskunft	80
b. Einsichtsrecht.....	82
aa. Ausübung	82
bb. Gegenstand.....	83
cc. Erforderlichkeit der Einsicht	83
dd. Verweigerung der Einsicht.....	84
c. Klage auf Auskunft und Einsicht	84
3.4 Sonderprüfung.....	84
a. Einsetzung durch die Generalversammlung.....	85
b. Einsetzung durch den Richter	86
c. Ablauf der Sonderprüfung	87
4. Einberufungs- und Traktandierungsrecht.....	89
4.1 Einberufungsrecht	90
a. Legitimation.....	90
b. Form und Inhalt	91

c. Umsetzung	92
d. Durchsetzung	92
4.2 Traktandierungsrecht	93
a. Legitimation	93
b. Frist	94
c. Form und Inhalt	96
d. Umsetzung	96
e. Durchsetzung	97
5. Antrags- und Meinungsäusserungsrecht	97
5.1 Antragsrecht	98
a. Antragsrecht als Individualrecht	98
b. Antragsrecht als Minderheitenrecht	99
c. Durchsetzung	100
5.2 Meinungsäusserungsrecht	101
IV. Aktionärspflichten	101
§ 6 Die Generalversammlung – Ort der Willensbildung	103
I. Willensbildung	103
1. Zweck der Generalversammlung	103
2. Entwicklung in der Generalversammlung	104
3. Unabhängige Stimmrechtsvertreter und Stimmrechtsberater	105
4. Fazit	107
II. Vorbereitung der Generalversammlung	108
1. Geschäftsbericht	108
1.1 Inhalt des Geschäftsberichtes	108
1.2 Prüfung durch die Revisionsstelle	110
a. Ordentliche Revision	111
b. Eingeschränkte Revision	112
c. Verzicht auf eingeschränkte Revision (<i>Opting-out</i>)	114
1.3 Auflage und Versand von Geschäfts- und Revisionsbericht	114
2. Aufforderung zur Einreichung von Traktandierungsbegehren und Antragstellung	115
3. Einberufung	116
3.1 Zuständigkeit	116
a. Verwaltungsrat	116
b. Revisionsstelle	117
c. Liquidator und Vertreter von Anleihensgläubigern	117
d. Richter	118
3.2 Inhaltliche Anforderungen	118
3.3 Formale Anforderungen	120
a. Form	120
b. Frist	121

4. Organisation	122
4.1 Zeitpunkt	122
4.2 Ort	122
4.3 Feststellung des Stimmrechts und Zutrittskontrolle	123
4.4 Vertretung	124
4.5 Protokollführung und Stimmenzählung	124
III. Traktandum und Antrag im Besonderen	125
1. Begrifflichkeiten	125
2. Zwingende Traktanden und Anträge	126
3. Reihenfolge der Traktanden	127
4. Formelle Voraussetzungen	128
5. Gültigkeitsvoraussetzungen	128
5.1 Allgemeine Anforderungen an die Ausgestaltung	128
a. Traktandum	128
b. Antrag	130
c. Erläuterungen	133
5.2 Anfechtungs- und Nichtigkeitsordnung als allgemeine Inhaltsschranke	133
5.3 Beschlussgegenstand im Kompetenzbereich der General- versammlung	133
5.4 Beschluss im Wirkungsbereich der Gesellschaft	134
6. Prüfung	134
6.1 Verwaltungsrat	134
6.2 Revisionsstelle	137
6.3 Gericht	138
IV. Durchführung der Generalversammlung	139
1. Anwesende	139
1.1 Aktionäre	139
1.2 Verwaltungsrat	139
1.3 Revisionsstelle	140
1.4 Unabhängiger Stimmrechtsvertreter	140
1.5 Weitere Personen	140
2. Ablauf der Generalversammlung	141
2.1 Leitung der Generalversammlung	141
a. Zuständigkeit	141
b. Allgemeine Pflichten des Versammlungsleiters	141
2.2 Behandlung der Traktanden und Anträge	142
a. Traktanden und ihre Abfolge	142
b. Anträge	144
2.3 Behandlung von Auskunftsbegehren	145

2.4 Abstimmung.....	145
a. Quoren	146
aa. Gesetzliche Quoren	146
bb. Statutarische Quoren	146
b. Stimmabgabe	147
c. Bestimmung des Ergebnisses.....	148
V. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit bei Mängeln in der Willensbildung	149
1. Anfechtung	150
1.1 Objekt der Anfechtung.....	151
1.2 Aktivlegitimation	151
a. Aktionärsstellung.....	151
b. Anfechtung durch den Verwaltungsrat	152
1.3 Rechtsschutzinteresse.....	152
1.4 Kausalität bei Verfahrensmängeln	154
1.5 Frist und Wirkung der Anfechtung	155
a. Im Allgemeinen	155
b. Teilweise Aufhebung.....	156
c. Positive Beschlussfeststellungsklage	157
2. Nichtigkeit	158
2.1 Objekt der Nichtigkeit.....	158
2.2 Aktivlegitimation, Rechtsschutzinteresse, Kausalzusammenhang	158
2.3 Frist und Wirkung	159
a. Im Allgemeinen	159
b. Teilweise Nichtigkeit.....	160
3. Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit	160
4. Mängel im Zusammenhang mit dem Stimmrecht	162
4.1 Mängel im Zusammenhang mit der Teilnahme.....	162
a. Formale Einberufungsmängel.....	162
b. Materielle Einberufungsmängel.....	163
c. Teilnahme unbefugter Personen.....	164
d. Ausschluss teilnahmeberechtigter Personen	165
4.2 Mängel im Zusammenhang mit Informationsrechten.....	166
a. Mangelhafte Informierung im Allgemeinen.....	166
b. Fehlender Revisionsbericht und abwesende Revisionsstelle.....	166
c. Information zu den vertretenen Aktien	167
4.3 Mängel im Zusammenhang mit Traktanden und Anträgen	168
a. Mangelhaft formulierte Traktanden	168
b. Verletzung des Antragsrechts	168
c. Verletzung des Meinungsäusserungsrechts.....	169
5. Handelsregistersperre und vorsorgliche Massnahmen	169
6. Fazit.....	170

Teil III: Die Einheit der Materie bei Generalversammlungsbeschlüssen	173
§ 7 Einleitung	175
§ 8 Übernahme des Grundsatzes aus dem öffentlichen Recht	176
I. Im Allgemeinen	176
1. Vergleich zwischen Staat und Aktiengesellschaft	176
1.1 Der demokratische Staat als Vorlage	176
1.2 Strukturelle Übereinstimmungen und Differenzen	178
1.3 Formelles Verfahren der Entscheidfassung	180
a. Generalversammlungsbeschluss als Volksabstimmung	181
b. Generalversammlung als Parlament	181
2. Fazit	182
II. Einheit der Materie im Besonderen	183
1. Handlungsbedarf	183
1.1 Im Allgemeinen	183
1.2 Im Besonderen	184
a. Grössere und Publikumsgesellschaften	184
b. Private Gesellschaften	185
2. Handlungsalternativen	186
2.1 Voice	186
2.2 Antrag zur separaten Abstimmung	186
2.3 Exit	187
3. Fazit	188
§ 9 Ausgestaltung im Aktienrecht	190
I. Gültigkeitsvoraussetzung und formeller Anfechtungsgrund	190
II. Anwendbarkeit	191
1. Traktandum und Antrag	191
1.1 Traktandum	191
1.2 Antrag	192
2. Wahlen	193
3. Total- und Teilrevision der Statuten	193
III. Tatbestand	196
1. Verletzung der Einheit der Materie	196
1.1 Kernbeschlussgegenstände	197
1.2 Sonderfall Statutenrevision	199
2. Rechtsschutzinteresse	200
3. Kausalität	201
IV. Überprüfung	202
1. Verwaltungsrat	202
1.1 Vorbereitung der Generalversammlung	202

1.2	Leitung der Generalversammlung	203
1.3	Risiko eines Interessenkonfliktes	204
2.	Revisionsstelle	205
2.1	Prüfung des Antrags über die Verwendung des Bilanzgewinns	205
2.2	Zusätzliche Prüfungsaufgaben	206
3.	Aktionäre	208
3.1	Während der Generalversammlung	208
a.	Einheit der Materie verletzender Antrag	208
b.	Verweigerter Antrag aufgrund fehlender Einheit der Materie	209
3.2	Nach der Generalversammlung	210
4.	Gericht	210
4.1	Prüfung von Traktandierungsbegehren	210
4.2	Prüfung von Klagen auf Durchsetzung des Antragsrechts	211
4.3	Prüfung von Anfechtungsklagen	211
a.	Rechtsschutzinteresse	211
b.	Verletzung der Einheit der Materie	212
c.	Normative Kausalität	212
4.4	Rechtsfolgen der fehlenden Einheit der Materie	212
§ 10	Musteranträge und Sonderfragen	214
I.	Musteranträge	214
1.	Genehmigung Jahresrechnung, Lagebericht und Konzernrechnung	214
1.1	Erläuterungen	214
1.2	Ausgestaltung	215
2.	Verwendung Bilanzgewinn	215
2.1	Erläuterungen	215
2.2	Ausgestaltung	217
a.	Bardividende	217
b.	Wahldividende	217
3.	Wahl Verwaltungsrat und Verwaltungsratspräsident	218
3.1	Erläuterungen	218
3.2	Ausgestaltung	219
4.	Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrates	220
4.1	Erläuterungen	220
4.2	Ausgestaltung	221
5.	Genehmigung der Vergütungen	221
5.1	Erläuterungen	221
5.2	Ausgestaltung	223
a.	Retrospektive Genehmigung	223
b.	Prospektive Genehmigung	223
c.	Kombination	224

6. Statutenrevision	224
6.1 Erläuterungen	224
a. Totalrevision	224
b. Teilrevision	225
6.2 Ausgestaltung	226
a. Totalrevision	226
b. Teilrevision	226
7. Kapitalerhöhung	227
7.1 Erläuterungen	227
a. Kombinierte Schaffung von Aktien mit Vorrechten	228
b. Kombinierte Übertragungsbeschränkung bei Namenaktien	230
7.2 Ausgestaltung	231
a. Ordentliche Kapitalerhöhung ohne Besonderheit	231
b. Ordentliche Kapitalerhöhung kombiniert mit Schaffung von Stimmrechtsaktien	231
aa. Bestehende Statutenbestimmung (und Stammaktien mit Nennwert CHF 1.–)	231
bb. Keine Statutenbestimmung (und Stammaktien mit Nennwert CHF 1.–)	231
cc. Bestehende Statutenbestimmung und Ausgabe von Stamm- und Stimmrechtsaktien (Stammaktien mit Nennwert CHF 1.–)	232
c. Ordentliche Kapitalerhöhung kombiniert mit Vinkulierung	232
II. Sonderfragen	233
1. Bedingte Traktandierung und bedingte Beschlüsse	233
1.1 Bedingte Traktandierung	233
1.2 Bedingte Beschlüsse	234
1.3 Fazit	235
2. Universalversammlung	235
3. Verzicht der Aktionäre	236
§ 11 Schlussbetrachtung	238
I. Die Einheit der Materie im öffentlichen Recht	238
II. Die Demokratie in der Aktiengesellschaft	239
III. Die Ausgestaltung	240
IV. Ein Pfeiler <i>inter pares</i>	241
V. Strenge Anforderungen	241
VI. Ausblick	242

Literaturverzeichnis

Die nachstehend aufgeführten Publikationen werden mit dem Autorennamen und – soweit zur Unterscheidung notwendig – einem Stichwort zitiert.

Stand der Literatur und Rechtsprechung: 1. März 2020.

Alle Internetquellen wurden am 1. März 2020 letztmals abgerufen.

ATTINGER PATRIZIA, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu kantonalen Volksinitiativen, Diss. Zürich, ZStöR Nr. 246, Zürich 2016.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Bundesstaatsrecht der Schweiz (Fassung von 1967, Neubearbeiteter Nachtrag bis 1990), Band I, Basel 1991.

AUER ANDREAS, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016.

BÄRTSCHI HARALD, Die gerichtliche Durchsetzung von Minderheitenrechten im Gesellschaftsrecht, in: Kunz P.V., Jörg F.S. & Arter O. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Bern 2016, S. 123 ff.

BELLANGER FRANÇOIS, Révision totale et partielle de la Constitution fédérale, in: Thürer D., Aubert J.-F. & Müller J.P. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, S. 1247 ff.

BERTSCHINGER URS, Aktuelle Fragen der Wirtschaftsprüfung – Harmonie und Dissonanz mit europäischen Auffassungen, in: Forstmoser P., von der Crone H.C., Weber, R.H. & Zobl D. (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, S. 473 ff. (zit. *Wirtschaftsprüfung*).

BERTSCHINGER URS, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999 (zit. *Arbeitsteilung*).

BERTSCHINGER URS, Ausgewählte Fragen zur Einberufung, Traktandierung und Zuständigkeit der Generalversammlung, AJP 2001, S. 901 ff. (zit. *Generalversammlung*).

BERTSCHINGER URS, Zuständigkeit der Generalversammlung der Aktiengesellschaft – ein unterschätzter Aspekt der Corporate Governance, in: Schweizer R.J., Burkert H. & Gasser U. (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 309 ff. (zit. *Zuständigkeit*).

BERTSCHINGER URS, Delegation der Geschäftsführung bei der Aktiengesellschaft und Kompetenzen der Generalversammlung, GesKR 2012, S. 294 ff. (zit. *Delegation*).

BERTSCHINGER URS, Unabhängigkeit der Revisionsstelle bei der eingeschränkten und der ordentlichen Revision – Gleichlauf und Differenz, AJP 2012, S. 1221 ff. (zit. *Unabhängigkeit*).

BERTSCHINGER URS, Proxy Advisors – Fluch oder Segen in der Corporate Governance?, SZW 2015, S. 506 ff. (zit. *Proxy Advisors*).

BERTSCHINGER URS, Editorial, SZW 2017, S. 273 (zit. *Editorial*).

- BERTSCHINGER URS, Revisionsstelle und «Corporate Governance», in: Weber R.H., Stoffel W.A., Chenaux J.-L. & Sethe R. (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, S. 91 ff. (zit. *Revisionsstelle*).
- BERTSCHINGER URS, Wie die Arbeit, so der Lohn – Vergütung in privaten und kotierten Gesellschaften, SZW 2018, S. 393 ff. (zit. *Vergütung*).
- BESSON MICHEL, Behördliche Information vor Volksabstimmungen, Diss. Bern, ASR Nr. 671, Bern 2003.
- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. OFK BV-BIAGGINI, Art. __ N __).
- BIANCHI FRANÇOIS, Die Traktandenliste der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, SSHW Nr. 64, Zürich 1982.
- BINDER ANDREAS, Die Verfassung der Aktiengesellschaft, Diss. Basel, Grusch 1988.
- BÖCKLI PETER, Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter, Diss. Basel, Basel 1961 (zit. *Stimmrecht*).
- BÖCKLI PETER, Die Leitungsbefugnisse des Präsidenten in der Generalversammlung, in: Druey J.N. & Forstmoser P. (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, SnA Nr. 11, Zürich 1997, S. 47 ff. (zit. *Leitungsbefugnisse*).
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009 (zit. *Aktienrecht*).
- BÖCKLI PETER, «Aktionärsdemokratie»: ein Schlagwort mit Schlagseite, GesKR 2013, S. 179 ff. (zit. *Aktionärsdemokratie*).
- BÖCKLI PETER, Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, GesKR 2015, S. 1 ff. (zit. *Blütenlese*).
- BÖCKLI PETER, Proxy Advisors: Risikolose Stimmenmacht mit Checklisten, SZW 2015, S. 209 ff. (zit. *Proxy Advisors*).
- BÖCKLI PETER, Stimmenmehrheit unter Verdacht: Wege und Irrwege im aktienrechtlichen Minderheitenschutz, SZW 2016, S. 444 ff. (zit. *Stimmenmehrheit*).
- BÖCKLI PETER, Kritischer Blick auf die Botschaft und den Entwurf zur Aktienrechtsrevision 2016, GesKR 2017, S. 133 ff. (zit. *Aktienrechtsrevision*).
- BÖCKLI PETER, OR-Rechnungslegung, 2. Aufl., Zürich 2019 (zit. *Rechnungslegung*).
- BRUDERER OTTO, Das Antragsrecht des Aktionärs, Diss. St. Gallen, Gais 1980.
- BÜHLER CHRISTOPH B., Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Habil. Zürich, Zürich / St. Gallen 2009 (zit. *Regulierung*).
- BÜHLER CHRISTOPH B., Vergütungen an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung: Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und Gegenentwürfe, in: Watter R. (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, SSHW Nr. 300, Zürich / St. Gallen 2010, S. 247 ff. (zit. *Vergütungen*).
- BÜHLER SIMON/VON DER CRONE HANS CASPAR, Positive Beschlussfeststellungsklage, SZW 2014, S. 564 ff.

- BURG BENEDICT/VON DER CRONE HANS CASPAR, Ablehnung von Traktandierungsbegehren und Beschränkung der Delegationsermächtigung, SZW 2012, S. 59 ff.
- BÜRGI F. WOLFHART, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660–697), Zürich 1957 (zit. ZK-BÜRGI, Art. __ OR N __).
- BÜRGI F. WOLFHART, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft (Art. 698–738), Zürich 1969 (zit. ZK-BÜRGI, Art. __ OR N __).
- CAHANNES MERENS/VON DER CRONE HANS CASPAR, Der Stichentscheid in der Generalversammlung unter dem Aspekt des Gebots der schonenden Rechtsausübung, SZW 2017, S. 281 ff.
- CASUTT ANDREAS, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich, SSHW Nr. 136, Zürich 1991.
- CASUTT ANDREAS/GRUN MEYER CATHERINE, Antrag an die Generalversammlung und Glaubhaftmachung einer Rechtsverletzung als Voraussetzung für eine Sonderprüfung, GesKR 2012, S. 586 ff.
- CASUTT ANDREAS/PEYER PATRIK R., Voraussetzungen der Sonderprüfung – Nachweis der vorgängigen Ausübung des Auskunfts- und Einsichtsrechts, GesKR 2015, S. 136 ff.
- CHENAUX JEAN-LUC, Le principe d'immédiateté au sein de l'assemblée générale, SZW 2016, S. 477 ff.
- CHICHERIO URS, Die Einberufung der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft durch die Kontrollstelle, Diss. Zürich, Zürich 1973.
- DAENIKER DANIEL, Die Stichtagsregelung bei der Generalversammlung schweizerischer Publikumsgesellschaften, in: Vogt N.P., Stupp E. & Dubs D. (Hrsg.), Unternehmen – Transaktion – Recht, Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich / St. Gallen 2008, S. 125 ff. (zit. *Stichtag*).
- DAENIKER DANIEL, *Uneasy lies the head that wears a crown* – Zur Rolle des Verwaltungsrates in schweizerischen Publikumsgesellschaften, SZW 2018, S. 317 ff. (zit. *Rolle*).
- DAENIKER DANIEL, Was ist «wirtschafts-verträgliches» Aktienrecht?, SZW 2019, S. 438 ff. (zit. *Aktienrecht*).
- DESSEMONTET FRANÇOIS, L'organisation des sociétés anonymes, in: von Büren R., Hausheer H. & Wiegand W. (Hrsg.), Grundfragen des neuen Aktienrechts, Bern 1993, S. 19 ff.
- DRUEY JEAN NICOLAS, Mängel des GV-Beschlusses, in: Druey J.N. & Forstmoser P. (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, SnA Nr. 11, Zürich 1997, S. 131 ff.
- DRUEY JEAN NICOLAS/DRUEY JUST EVA/GLANZMANN LUKAS, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich 2015.
- DUBS DIETER, Die bedingte Beschlussfassung der Aktionäre an der Generalversammlung, in: Schweizer R.J., Burkert H. & Gasser U. (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 355 ff. (zit. *Bedingte Beschlussfassung*).
- DUBS DIETER, Beschlussvoraussetzungen und deren Abgrenzung von anderen Bedingungen für die Rechtswirksamkeit von Aktionärsbeschlüssen, in: Kramer E.A., Nobel P. &

- Waldburger R. (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, S. 445 ff. (zit. *Beschlussvoraussetzungen*).
- DUBS DIETER, Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 7. Februar 2007, A. GmbH, B. und C. c. D. Holding AG (4C.334/2006), BGE 133 III 180 ff., Berufung, AJP 2007, S. 1193 ff. (zit. *Bemerkungen*).
- DUBS DIETER, Das Traktandierungsbegehren im Aktienrecht, Zürich / St. Gallen 2008 (zit. *Traktandierungsbegehren*).
- DUBS DIETER, Die Abgrenzung der Beschlusskompetenz der Aktionäre von der Ausführung des Aktionärsbeschlusses durch den Verwaltungsrat nach Art. 716a Abs. 1 Ziffer 6 OR, in: Vogt N.P., Stupp E. & Dubs D. (Hrsg.), Unternehmen – Transaktion – Recht, Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich / St. Gallen 2008, S. 161 ff. (zit. *Abgrenzung*).
- EGLI PATRICIA, Die Einheit der Materie bei kantonalen Gesetzesvorlagen, ZBl 2006, S. 397 ff.
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich / St. Gallen 2014 (zit. BEARBEITERIN, St. Galler Kommentar zu Art. __ N __).
- EICHENBERGER KURT, Rechtsgutachten und über Fragen der Zulässigkeit von Volksinitiativen im Bund (im Zusammenhang mit der Initiative «40 Waffenplätze sind genug – Umweltschutz auch im Militär») (Auszug), ZBl 1992, S. 405 ff.
- ENGAMMARE VALÉRIE, Système de contrôle interne et information des actionnaires – Comment garantir aux actionnaires un droit de regard en matière de contrôle interne?, ST 2003, S. 491 ff.
- FACINCANI NICOLAS/WYSS DOMINIC, Anfechtung von GV-Beschlüssen und Wirkungen des Entlastungsbeschlusses, GesKR 2013, S. 416 ff.
- FORSTMOSER PETER, Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates – Möglichkeiten und Grenzen, SZW 1994, S. 169 ff. (zit. *Eingriffe*).
- FORSTMOSER PETER, Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, in: Druey J.N. & Forstmoser P. (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, SnA Nr. 11, Zürich 1997, S. 85 ff. (zit. *Informationsrechte*).
- FORSTMOSER PETER, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011 (zit. *Organisation*).
- FORSTMOSER PETER, «Say-on-Pay»: Die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und der Gegenvorschlag des Parlaments, SJZ 2012, S. 337 ff. (zit. *Say-on-Pay*).
- FORSTMOSER PETER, Die «Lex Minder» – ein Schuss in den Ofen?, in: Weber R.H., Stoffel W.A., Chenaux J.-L. & Sethe R. (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, S. 273 ff. (zit. *Lex Minder*).
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

- GASSMANN RICHARD, Durchsetzung der Minderheitsrechte von Aktionären unter der neuen ZPO, *GesKR* 2012, S. 420 ff.
- GERHARD FRANK/MAIZAR KARIM/SPILLMANN TILL/WOLF MATTHIAS (Hrsg.), Vergütungsrecht der Schweizer Publikumsgesellschaften, *GesKR Kommentar VegüV*, Zürich / St. Gallen 2014 (zit. *GesKR Kommentar VegüV-BEARBEITERIN*, Art. __ N __).
- GERICKE DIETER, Von der Fremdbestimmung der Beschlussfassung durch Vermögensverwalter und Stimmrechtsberater, in: Kunz P.V., Arter O. & Jörg F.S. (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X*, Bern 2015, S. 77 ff.
- GERICKE DIETER/BAUM OLIVIER, Corporate Governance: Wer ist der Governor?, *SZW* 2014, S. 345 ff.
- GERICKE DIETER/MÜLLER ANDREAS/HÄUSERMANN DANIEL/HAGMANN NINA, Aktienrechtsentwurf 2016: Verbesserungen, aber auch Schwachstellen, *GesKR* 2017, S. 25 ff. (zit. *GERICKE et al.*).
- GLANZMANN LUKAS, Das Proporzwahlverfahren (cumulative voting) als Instrument der Corporate Governance, in: Schweizer R.J., Burkert H. & Gasser U. (Hrsg.), *Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag*, Zürich 2002, S. 401 ff. (zit. *Proporzwahl*).
- GLANZMANN LUKAS, Ist die AG als private Gesellschaft ein Auslaufmodell?, *GesKR* 2012, S. 260 ff. (zit. *Auslaufmodell*).
- GLANZMANN LUKAS, Ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit Dividendenausschüttungen, in: Kunz P.V., Arter O. & Jörg F.S. (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII*, Bern 2017, S. 83 ff. (zit. *Dividenden*).
- GLANZMANN LUKAS, Abschaffung der Inhaberaktie sowie neue strafrechtliche Sanktionen für Verwaltungsrat und Aktionäre, *SJZ* 2019, S. 611 ff. (zit. *Inhaberaktie*).
- GRAF MARTIN/THELER CORNELIA/VON WYSS MORITZ, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, *Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG)* vom 13. Dezember 2002, Basel 2014 (zit. *Kommentar ParlG-BEARBEITERIN*, Art. __ N __).
- GRAU SCHÄR SUSANNE, Deliktische Handlungen und Anzeige durch den Abschlussprüfer, *ST* 2009, S. 608 ff.
- GRIFFEL ALAIN (Hrsg.), *Kommentar VRG*, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. *Kommentar VRG ZH-BEARBEITERIN*, § __ N __).
- GRISEL ETIENNE, L'initiative populaire «contre la vie chère et l'inflation» et le principe de l'unité de la matière en droit fédéral, in: *Recht als Prozess und Gefüge*, *Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, Bern 1981, S. 171 ff.
- HAEFLIGER PETER, Die Durchführung der Generalversammlung bei der Aktiengesellschaft, *Diss. Bern*, ASR Nr. 455, Bern 1978.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9. Aufl., Zürich 2016 (zit. *HÄFELIN et al.*).
- HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, *Allgemeines Staatsrecht*, 5. Aufl., Zürich 2013.

- HANDSCHIN LUKAS, Rechenschaft und Transparenz als zentraler Teil der Governance oder als Selbstzweck?, SZW 2015, S. 459 ff.
- HANDSCHIN LUKAS (Hrsg.), Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. ZK-BEARBEITERIN, Art. __ OR N __).
- HANDSCHIN LUKAS (Hrsg.), Die Aktiengesellschaft, Revisionsstelle, Zürich 2016 (zit. ZK-BEARBEITERIN, Art. __ OR N __).
- HANDSCHIN LUKAS (Hrsg.), Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. ZK-BEARBEITERIN, Art. __ OR N __).
- HANDSCHIN LUKAS/TRUNIGER CHRISTOF, Die GmbH, 3. Aufl., Zürich 2019.
- HANGARTNER YVO/KLEY ANDREAS, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000.
- HARDER SCHULER CHRISTA-MARIA, Corporate Governance in nicht kotierten Aktiengesellschaften, Diss. Zürich, SSHW Nr. 314, Zürich / St. Gallen 2013.
- HÄUSERMANN DANIEL M., Wider das Paritätsprinzip!, SZW 2014, S. 255 ff. (zit. *Paritätsprinzip*).
- HÄUSERMANN DANIEL M., Stimmrechtsaktien zwischen Gestaltungsfreiheit und Minderheitenschutz, SZW 2015, S. 239 ff. (zit. *Stimmrechtsaktien*).
- HOCHSTRASSER CHRISTIAN, Die Rolle des Vergütungsausschusses nach der Umsetzung der Minder-Initiative, Diss. Zürich, SSHW Nr. 332, Zürich / St. Gallen 2016.
- HOFSTETTER KARL, Von der «Landsgemeinde»- zur «proxy»-Generalversammlung: Vorschläge für einen Paradigmenwechsel in der Schweiz, ZGR 2008, S. 560 ff.
- HOMBURGER ERIC, Hundert Jahre Minderheitenschutz durch Gesetz und Rechtsprechung, in: Peter H., Stark E.W. & Tercier P. (Hrsg.), Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982, S. 283 ff.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK OR II-BEARBEITERIN, Art. __ N __).
- HORBER FELIX, Die Informationsrechte des Aktionärs, Zürich 1995 (zit. *Informationsrechte*).
- HORBER FELIX, Das Traktandierungsrecht des Aktionärs – Rechtliche und praktische Hinweise, REPRAX 2000, S. 72 ff. (zit. *Traktandierungsrecht*).
- HORBER FELIX, Parlamentsregeln in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft? Versuch einer Annäherung – namentlich unter dem Aspekt des Rederechts, AJP 2001, S. 931 ff. (zit. *Parlamentsregeln*).
- HUGENSCHMIDT CRISPIN F.M., Einheit der Materie – überholtes Kriterium zum Schutze des Stimmrechts?: ein Vergleich zwischen der Schweiz und Kalifornien/USA unter Berücksichtigung wahrnehmungspsychologischer und kommunikationswissenschaftlicher Aspekte, Diss. Basel, BStR/B Nr. 62, Basel 2001.
- HUGUENIN CLAIRE/MAHLER BRUNO, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit als Folgen mangelhafter Generalversammlungsbeschlüsse, in: Weber R.H., Stoffel W.A., Chenaux J.-L. & Sethe R. (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarkt-

- rechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, S. 131 ff.
- HURST ROBERT, Der Grundsatz der Einheit der Materie, Diss. Zürich, Zürich 2002.
- ISLER MARTINA, Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung, Diss. Zürich, SSHW Nr. 297, Zürich / St. Gallen 2010.
- ISLER PETER R./SCHOTT BERTRAND G., Die Décharge – eine überflüssige Institution des Gesellschaftsrechts?, in: Weber R.H. & Isler P.R. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich 2010, S. 197 ff.
- KELLER HELEN/WEBER YANNICK, Folgen für den Grundrechtsschutz und verfassungsrechtliche Gültigkeit der «Selbstbestimmungsinitiative», AJP 2016, S. 1007 ff.
- KLÄY HANSPETER, Die Vinkulierung, Basel 1997.
- KLEY ANDREAS, Die Einheit der Materie bei Bundesgesetzen und der Stein der Weisen, ZBl 2019, S. 3 ff.
- KNOBLOCH STEFAN, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich, Zürich 2011.
- KOLLER ALFRED, Die aktienrechtliche Anfechtungsklage, recht 1988, S. 51 ff. (zit. *Anfechtungsklage*).
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017 (zit. *OR AT*).
- KÖLZ ALFRED, Die kantonale Volksinitiative in der Rechtsprechung des Bundesgerichts – Darstellung und kritische Beurteilung, ZBl 1982, S. 2 ff.
- KRNETA GEORG, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl., Bern 2005.
- KUHN MANFRED BEAT, Das Prinzip der Einheit der Materie bei Volksinitiativen auf Partialrevision der Bundesverfassung, Diss. Zürich, Winterthur 1956.
- KUNZ PETER V., Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, SnA Nr. 12, Zürich 1997 (zit. *Klagen*).
- KUNZ PETER V., Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, AJP 2001, S. 883 ff. (zit. *Informationsrecht*).
- KUNZ PETER V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern, Bern 2001 (zit. *Minderheitenschutz*).
- KUNZ PETER V., Richterliche Handhabung von Aktionärsstreitigkeiten – zu einer Methode für Interessenabwägungen sowie zur «Business Judgment Rule», in: Schweizer R.J., Burkert H. & Gasser U. (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 445 ff. (zit. *Aktionärsstreitigkeiten*).
- KUNZ PETER V., Das Einberufungsrecht für GV sowie weitere Aktionärsrechte zwischen Hammer und Amboss von Managementwillkür und Rechts(un)sicherheit, Jusletter 19.11.2007 (zit. *Einberufungsrecht*).
- KUNZ PETER V., Evolution ins 21. Jahrhundert – oder: Zukunft der Generalversammlung von Aktiengesellschaften in der Schweiz, AJP 2011, S. 155 ff. (zit. *Evolution*).

- KUNZ PETER V., Erfolgreiche Anfechtungen von Wahlen in den Verwaltungsrat: Gibt es eine reflexive Rückwirkung?, Jusletter 29.06.2015 (zit. *Anfechtungen*).
- KUNZ PETER V., Zu «Exit» und «Voice»: Grundmechanismen des Minderheitenschutzes bzw. des Aktionärsschutzes, in: Kunz P.V., Jörg F.S. & Arter O. (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI*, Bern 2016, S. 17 ff. (zit. *Exit*).
- LAMBERT CLAUDE, Arbeitsverträge mit der Geschäftsleitung unter der VegüV, GesKR 2014, S. 475 ff.
- LEHMANN PETER, Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, Diss. Zürich, SSHW Nr. 198, Zürich 2000.
- LEU DANIEL/VON DER CRONE HANS CASPAR, Stimmrechtsvertretung beim Déchargebeschluss, SZW 2002, S. 205 ff.
- LIEBI MARTIN, Vorzugsaktien, Diss. Zürich, SSHW Nr. 269, Zürich / St. Gallen 2007.
- MAIZAR KARIM, Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, Diss. Zürich, SSHW Nr. 308, Zürich / St. Gallen 2012.
- MALACRIDA RALPH/SPILLMANN TILL, Corporate Governance im Interregnum, GesKR 2013, S. 485 ff.
- MAROLDA MARTINEZ LARISSA, Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, Diss. Zürich, SSHW Nr. 248, Zürich 2006.
- MAUTE WOLFGANG, Die Durchführung der Generalversammlung, SnA Nr. 4, Zürich 1993.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER/SETHE ROLF, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018.
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., Die Entscheidung durch die Generalversammlung von Fragen aus dem Kompetenzbereich des Verwaltungsrates, in: von Büren R. (Hrsg.), *Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz*, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, S. 263 ff.
- MEISTERHANS CLEMENS, Eintragung von Beschlüssen: Erfahrungen mit der Registersperre, in: Kunz P.V., Arter O. & Jörg F.S. (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X*, Bern 2015, S. 133 ff.
- MEYER PHILIPPE, Der unabhängige Stimmrechtsvertreter im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Basel, SSHW Nr. 259, Zürich / St. Gallen 2006.
- MOECKLI DANIEL, Die Teilungültigerklärung und Aufspaltung von Volksinitiativen, ZBl 2014, S. 579 ff.
- MOHR JON PEDER, Die Abgrenzung der Befugnisse der Generalversammlung und des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, Winterthur 1951.
- MONTAVON PASCAL, Die Anzeige- und Einberufungspflichten der Revisionsstelle, TREX 2009, S. 95 ff.
- MÜLLER ANDREAS, VegüV – Business as Usual?, GesKR 2015, S. 206 (zit. *Business as usual*).

- MÜLLER GEORG, Die Behörden im Abstimmungskampf: vom Neutralitätsgebot zur Teilnahmepflicht, in: Auer A. & Zen-Ruffinen P. (Hrsg.), *De la Constitution, Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Basel 1996, S. 255 ff. (zit. *Behörden*).
- MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, *Der Verwaltungsrat*, 4. Aufl., Zürich 2014.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz*, 2. Aufl., Basel 2011 (zit. BSK BGG-BEARBEITERIN, Art. __ N __).
- NOBEL PETER, Formelle Aspekte der Generalversammlung: Einberufung, Zulassung, Abstimmung, in: Druey J.N. & Forstmoser P. (Hrsg.), *Rechtsfragen um die Generalversammlung*, SnA Nr. 11, Zürich 1997, S. 19 ff. (zit. *Formelle Aspekte*).
- NOBEL PETER, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung*, Bern 2017 (zit. BK-NOBEL, § __ N __).
- NOBEL PETER, Stimmrechtsaktien und andere bevorzugte Aktien, SZW 2017, S. 576 ff. (zit. *Stimmrechtsaktien*).
- ODERMATT LUZIAN, Ungültigerklärung von Volksinitiativen, AJP 1996, S. 710 ff.
- OSER DAVID/MÜLLER ANDREAS (Hrsg.), *Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermäßige Vergütungen bei börsennotierten Aktiengesellschaften (VegüV)*, 2. Aufl., Zürich 2018 (zit. *Praxiskommentar VegüV-BEARBEITERIN*, Art. __ N __).
- PIFFNER DANIEL CHRISTIAN, *Revisionsstelle und Corporate Governance*, Diss. Zürich, SSHW Nr. 275, Zürich / St. Gallen 2008.
- PHILIPPIN EDGAR, *La mise en œuvre de l'initiative «contre les rémunérations abusives»*, SJ 2014, S. 261 ff.
- POLEDNA TOMAS, *Wahlrechtsgrundsätze und kantonale Parlamentswahlen*, Diss. Zürich, ZStöR Nr. 79, Zürich 1988 (zit. *Wahlrechtsgrundsätze*).
- POLEDNA TOMAS, *Die Übertragung öffentlichrechtlicher Grundsätze auf Abstimmungen an der Generalversammlung*, AJP 2001, S. 924 ff. (zit. *Übertragung*).
- PROJER KASPAR, *Die Übermittlung des Aktionärswillens durch die unabhängige Stimmrechtsvertretung*, Diss. Zürich, ZStP Nr. 279, Zürich 2017.
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. Aufl., Basel 2016.
- RICHLI PAUL, *Wie weiter mit der Einheit der Materie? – 10 Thesen im Nachgang zur Ungültigerklärung der Halbierungsinitiative*, in: Auer A. & Zen-Ruffinen P. (Hrsg.), *De la Constitution, Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Basel 1996, S. 267 ff.
- RIZVI SALIM, *Die Kompetenzen der Generalversammlung im Spannungsverhältnis zu den Kompetenzen des Verwaltungsrats*, Diss. Zürich, 2. Aufl., Bern 2019.
- ROBERTO VITO/TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Vergütungsverordnung*, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-BEARBEITERIN, Art. __ N __).
- ROUILLER NICOLAS/BAUEN MARC/BERNET ROBERT/LASSERE ROUILLER COLETTE, *La société anonyme suisse*, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. ROUILLER et al.).

- SANWALD RETO, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Diss. Zürich, SSHW Nr. 280, Zürich / St. Gallen 2009.
- SANWALD RETO et al., Die Revision, in: von Büren R. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/10, Basel 2014 (zit. SPR VIII/10-BEARBEITERIN, § __ N __).
- SCHENKER URS, Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen bei der Aktiengesellschaft, in: Kunz P.V., Arter O. & Jörg F.S. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, S. 17 ff. (zit. *Anfechtung*).
- SCHENKER URS, Die Sonderprüfung – ein schwieriges Instrument, GesKR 2019, S. 18 ff. (zit. *Sonderprüfung*).
- SCHERRER ERIC R., Die Stimmrechtsausübung durch Depotvertreter, Diss. Zürich, SSHW Nr. 177, Zürich 1996.
- SCHETT ALFRED, Stellung und Aufgaben der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bei der Durchführung der ordentlichen Generalversammlung, Diss. Zürich, Diessenhofen 1977.
- SCHINDLER DIETRICH M., Rechtsgutachten und über die Volksinitiative «40 Waffenplätze sind genug – Umweltschutz auch beim Militär» 1. Teil: Einheit der Materie, Rückwirkung, Vorwirkung, ZBI 1992, S. 388 ff.
- SCHMIDT PATRICK/BURCKHARDT CHRISTOPH, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_223/2019 vom 16. Oktober 2019 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen B. AG, Aktienrecht, Sonderprüfung, AJP 2020, S. 122 ff.
- SCHMITT PETRA, Das Verhältnis zwischen Generalversammlung und Verwaltung in der Aktiengesellschaft, Diss. Basel, SSHW Nr. 137, Zürich 1991.
- SCHNEUWLY ANDREAS/VETTER MEINRAD, Der Stichentscheid des Vorsitzenden der Generalversammlung ist unzulässig, GesKR 2017, S. 266 ff.
- SCHOTT BERTRAND G., Aktienrechtliche Anfechtbarkeit infolge von Informationsmängeln, in: Zindel G.G., Peyer P.R. & Schott B.G. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich / St. Gallen 2008, S. 117 ff. (zit. *Informationsmängel*).
- SCHOTT BERTRAND G., Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Diss. Zürich, SSHW Nr. 285, Zürich / St. Gallen 2009 (zit. *Verfahrensmängel*).
- SCHUCANY EMIL, Die Abgrenzung der Befugnisse der Generalversammlung und des Verwaltungsrates, SAG 1953/54, S. 108 ff.
- SCHWARZMANN SIMONE, Die Stimmpflicht und die Offenlegungspflicht der Pensionskassen, Diss. Zürich, SSHW Nr. 341, Zürich / St. Gallen 2018.
- SIFFERT RINO/TURIN NICHOLAS (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2012 (zit. SHK HRegV-BEARBEITERIN, Art. __ N __).
- SPOERLÉ PHILIP, Marginalisierung der Inhaberaktie und neue Sanktionen bei AG und GmbH, GesKR 2019, S. 339 ff.

- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-BEARBEITERIN, Art. __ N __).
- STEINER ANDREAS/VATER PHILIPP, Änderung des Antrags über die Verwendung des Bilanzgewinns, EF 2015, S. 872 ff.
- STOFFEL WALTER A./PERRIARD JULIE, Stimmrechtsverhalten von institutionellen Anlegern, insbesondere Pensionskassen, SZW 2016, S. 464 ff.
- STUDER CHRISTOPH D., Die Einberufung der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, Bern 1995.
- TAGOUO CHRISTOPHE, L'influence des agences de vote sur les assemblées générales des sociétés cotées: Quo vadis?, AJP 2015, S. 1129 ff.
- TANNER BRIGITTE, Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, SSHW Nr. 100, Zürich 1987.
- TERCIER PIERRE/AMSTUTZ MARC/TRIGO TRINDADE RITA (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations II, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. CR CO II-BEARBEITERIN, Art. __ N __).
- THEILER KASPAR, Gedanken zur Zulässigkeit und Durchführbarkeit der virtuellen Generalversammlung de lege lata, AJP 2012, S. 69 ff.
- TÖNDURY ANDREA MARCEL, Intervention oder Teilnahme? Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Kommunikation im Vorfeld von Volksabstimmungen, ZBl 2011, S. 341 ff.
- TROXLER TIZIAN, Die grosse Aktienrechtsrevision im Lichte der internationalen Corporate-Governance-Debatte, recht 2018, S. 205 ff.
- TSCHÄNI RUDOLF, Vinkulierung nicht börsenkotierter Aktien, Zürich 1997.
- TSCHANNEN PIERRE, Stimmrecht und politische Verständigung, Basel 1995 (zit. *Stimmrecht*).
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016 (zit. *Staatsrecht*).
- VISCHER MARKUS, Zur Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, GesKR 2017, S. 81 ff.
- VISCHER MARKUS/GALLI DARIO, Erste Annäherung an das Global Forum-Gesetz, AJP 2019, S. 1289 ff. (zit. *Global Forum*).
- VISCHER MARKUS/GALLI DARIO, Nicht-Aktionäre an der Generalversammlung, SJZ 2019, S. 5 ff. (zit. *Nicht-Aktionäre*).
- VISCHER MARKUS/HOFMANN DIETER, Vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit Generalversammlungen im Lichte der Rechtsprechung, SZW 2016, S. 503 ff.
- VOGT HANS-UELI, Aktionärsdemokratie, Zürich / St. Gallen 2012.
- VOGT HANS-UELI/SCHIOW EMANUEL/WIEDMER KARIN, Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten – Bestandesaufnahme, einige Auslegungsversuche und ein paar wichtige Anliegen vor der Erstberatung im Nationalrat, AJP 2009, S. 1359 ff.

- VON BÜREN ROLAND/STOFFEL WALTER A./WEBER ROLF H., Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich 2011.
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Die Internet-Generalversammlung, in: von der Crone H.C., Weber R.H., Zäch R. & Zobl D. (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 155 ff. (zit. *Internet-GV*).
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 2006, S. 2 ff. (zit. *Haftung*).
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, Bern 2014 (zit. *Aktienrecht*).
- VON DER CRONE HANS CASPAR/BRUGGER DANIEL, Salärgovernance, SZW 2014, S. 241 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/HUBER ADRIANO R., Festlegung von Vergütungen in Publikumsgesellschaften, SJZ 2013, S. 297 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/KESSLER FRANZ J., Die Leitung der Generalversammlung, SZW 2004, S. 2 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/REISER NINA/PLAKSEN EVGENY, Stimmrechtsaktien: Eine juristische und ökonomische Analyse, SZW 2010, S. 93 ff.
- VON GREYERZ CHRISTOPH, Die Aktiengesellschaft, in: von Steiger W. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/2, Basel 1982, S. 1 ff.
- VON SALIS ULYSSES, Die Gestaltung des Stimm- und des Vertretungsrechts im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich, SSHW Nr. 174, Zürich 1996.
- VON STEIGER FRITZ, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. Aufl., Zürich 1970.
- WAIDACHER RETO, Institutionelle Stimmrechtsvertretung, Diss. Zürich, SSHW Nr. 178, Zürich 1997.
- WALDBURGER MARTIN, Aktienrechtliche Anfechtung und widersprüchliches Verhalten, GesKR 2011, S. 416 ff.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITERIN, Art. __ N __).
- WANDER JEAN, Die Organe der Aktiengesellschaft und ihr gegenseitiges Verhältnis nach deutschem, französischem und schweizerischem Recht, Diss. Bern, Bern 1958.
- WATTER ROLF, Neuerungen im Bereich des Verwaltungsrates – Eigentore im Bereich der Corporate Governance, in: Watter R. (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, SSHW Nr. 300, Zürich / St. Gallen 2010, S. 285 ff.
- WATTER ROLF/BERTSCHINGER URS (Hrsg.), Basler Kommentar, Revisionsrecht, Basel 2011 (zit. BSK RAG-BEARBEITERIN, Art. __ N __).
- WATTER ROLF/DUBS DIETER, Der Déchargebeschluss, AJP 2001, S. 908 ff.
- WATTER ROLF/MAIZAR KARIM, Aktionärsdemokratie – Über erweiterte Zuständigkeiten der Generalversammlung und Erleichterungen bei der Stimmrechtsausübung in schweizerischen Aktiengesellschaften, in: Breitschmid P., Portmann W., Rey H. & Zobl D. (Hrsg.), Grundfragen der juristischen Person, Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag, Bern 2007, S. 403 ff.

- WATTER ROLF/VOGT HANS-UELI (Hrsg.), Basler Kommentar, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Basel 2015 (zit. BSK VegüV-BEARBEITERIN, Art. __ N __).
- WATTER ROLF/VON BÜREN IVO, VegüV: Erste Erfahrungen, GesKR 2014, S. 302 ff.
- WEBER-DÜRLER HANS PETER, Gesellschafterversammlung, Urabstimmung und Delegiertenversammlung, Diss. Zürich, ASR Nr. 420, Bern 1973.
- WIBMER JEANNETTE K. (Hrsg.), Aktienrecht, Kommentar, Zürich 2016 (zit. OFK Aktienrecht-BEARBEITERIN, Art. __ N __).
- WIDMER KURT, Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung de lege lata und de lege ferenda (Art. 697 OR), Diss. Zürich, Zürich 1962.
- WILDHABER LUZIUS, Neues zur Gültigkeit von Initiativen, in: Auer A. & Zen-Ruffinen P. (Hrsg.), De la Constitution, Études en l'honneur de Jean-François Aubert, Basel 1996, S. 293 ff.
- WOHLMANN HERBERT, Zur Organvertretung im neuen Schweizerischen Aktienrecht, SJZ 1994, S. 116 ff. (zit. *Organvertretung*).
- WOHLMANN HERBERT, Stimmrechtsvertretung beim Déchargebeschluss, SZW 2003, S. 111 ff. (zit. *Déchargebeschluss*).
- WOHLMANN HERBERT/GERBER ALEXANDRA J.B., Der Dialog der Aktiengesellschaft mit den Stimmrechtsberatern, SZW 2014, S. 284 ff.
- WOLFFERS ARTUR, Die Einheit der Materie, ZBl 1974, S. 457 ff.
- ZEN-RUFFINEN MARIE-NOËLLE/BAUEN MARC, Le conseil d'administration, 2. Aufl., Zürich 2017.

Materialienverzeichnis

Materialien des Bundes

Bundesrat, Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend Revision des III. Abschnittes der Bundesverfassung, handelnd von der Revision dieser letzteren vom 13. Juni 1890 (zit. BBl 1890 III 455).

Bundesrat, Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die «Ausländerinitiative» vom 20. August 1920 (zit. BBl 1920 IV 138).

Bundesrat, Zweiter Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren für eine vorübergehende Herabsetzung der Militärausgaben (Volksinitiative für eine Rüstungspause) vom 8. August 1955 (zit. BBl 1955 II 325).

Bundesrat, Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 9. April 1975 (zit. BBl 1975 I 1317).

Bundesrat, Botschaft über die Volksinitiative «gegen die Teuerung und Inflation» vom 20. April 1977 (zit. BBl 1977 II 501).

Bundesrat, Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 (zit. BBl 1983 II 745).

Bundesrat, Botschaft über die Volksinitiative «Für weniger Militärausgaben und mehr Friedenspolitik» vom 22. Juni 1994 (zit. BBl 1994 III 1201).

Bundesrat, Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (zit. BBl 1997 I 1).

Bundesrat, Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14. November 2001 (zit. BBl 2002 2291).

Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004 (zit. BBl 2004 3969).

Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007 (zit. BBl 2008 1589).

Bundesrat, Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), 28. November 2014 (zit. Erläuternder Bericht Aktienrechtsrevision 2016).

Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016 (zit. BBl 2017 399).

Bundesrat, Botschaft zum Bundesgesetz über die Steuervorlage 17 (SV17) vom 21. März 2018 (zit. BBl 2018 2527).

Bundesversammlung, Bundesbeschluss über das Volksbegehren für eine vorübergehende Herabsetzung der Militärausgaben (Volksinitiative für eine Rüstungspause) vom 15. Dezember 1955 (zit. BBl 1955 II 1463).

- Bundesversammlung, Bundesbeschluss über die Volksinitiative «gegen Teuerung und Inflation» vom 16. Dezember 1977 (zit. BBl 1977 III 919).
- Bundesversammlung, Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Für weniger Militärausgaben und mehr Friedenspolitik» vom 20. Juni 1995 (zit. BBl 1995 III 570).
- Bundesversammlung, Fahne Entwurf 1 Frühjahrssession 2020 Ständerat, 12. Februar 2020, <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/S1-5%20D.pdf> (zit. Fahne Frühjahrssession 2020 Ständerat, S1-5 D).
- EHRA, Praxismitteilung 3/13 vom 20. November 2013, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften – Prüfungspflicht des Handelsregisteramts (zit. EHRA Praxismitteilung 3/13).
- EJPD, Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA), Erläuternder Bericht vom 14. Juni 2013 (zit. Erläuternder Bericht VgdA).
- EJPD, Bericht zur Vernehmlassung zum Vorentwurf vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), 17. September 2015 (zit. Vernehmlassungsbericht Aktienrechtsrevision 2016).

Weitere Materialien

- Handelsregisteramt des Kantons Zürich, AG, Musterstatuten, mit Namenaktien, https://hra.zh.ch/internet/justiz_inneres/hra/de/eintragen/formulare_muster_rechtsform/aktiengesellschaft.html#title-content-internet-justiz_inneres-hra-de-eintragen-formulare_muster_rechtsform-aktiengesellschaft-jcr-content-contentPar-downloadfolder (zit. Musterstatuten Handelsregisteramt Zürich).
- Handelsregisteramt des Kantons Zürich, AG, Musterstatuten, mit Namenaktien, Kurzversion, https://hra.zh.ch/internet/justiz_inneres/hra/de/eintragen/formulare_muster_rechtsform/aktiengesellschaft.html#title-content-internet-justiz_inneres-hra-de-eintragen-formulare_muster_rechtsform-aktiengesellschaft-jcr-content-contentPar-downloadfolder (zit. Musterstatuten [Kurzversion] Handelsregisteramt Zürich).
- Helvetia Holding AG, Statuten, 3. Mai 2019, <https://www.helvetia.com/content/dam/os/corporate/web/documents/investor-relations/business-publications/statuten.pdf> (zit. Statuten Helvetia Holding AG).
- Novartis AG, Statuten, 28. Februar 2019, <https://www.novartis.com/sites/www.novartis.com/files/statuten-de.pdf> (zit. Statuten Novartis AG).
- SWIPRA, AGM Season 2016, Analysis Outline, Juni 2016, http://swipra.ch/uploads/news/SWIPRA-Analysis-AGMs2016_newsletter.pdf (zit. SWIPRA, Analysis Outline 2016).
- SWIPRA, Newsletter, Analyse der GV-Saison 2019, 20. Juni 2019, http://swipra.ch/uploads/news/Newsletter_GV2019_D_final.pdf (zit. SWIPRA, Newsletter 2019).
- UBS Switzerland AG, Statuten, 25. April 2016, <https://www.ubs.com/global/de/our-firm/governance/ubs-switzerland-ag/articles-of-association.html> (zit. Statuten UBS Switzerland AG).

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht (Bern)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BBJ	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BG GAFI	Bundesgesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke vom 21. Juni 2019 (AS 2019 3161)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, Lausanne
BGer	(Im Internet publizierte) Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BK	Berner Kommentar (Bern)
BPR	Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 (SR 161.1)
BSK	Basler Kommentar (Basel)
bspw.	beispielsweise
BStR/B	Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe B, Öffentliches Recht (Basel)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CHF	Schweizer Franken

CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Zürich)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
E-OR	Gesetzesentwurf Obligationenrecht (Aktienrecht; BBl 2017 683)
EF	Expert Focus (Zürich)
EHRA	Eidgenössisches Amt für das Handelsregister
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
et al.	et alii
f(f).	folgende
FinfraG	Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanz- marktinfrastukturgesetz) vom 19. Juni 2015 (SR 958.1)
FN	Fussnote(n)
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Ver- mögensübertragung (Fusionsgesetz) vom 3. Oktober 2003 (SR 221.301)
GAFI/FATF	Groupe d'action financière / Financial Action Task Force
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapital- marktrecht sowie Umstrukturierungen (Zürich)
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPR ZH	Gesetz über die politischen Rechte des Kantons Zürich vom 1. September 2003
Habil.	Habilitation
HGer ZH	Handelsgericht Zürich
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (SR 221.411)
Hrsg.	Herausgeber
insb.	insbesondere
IV	Invalidenversicherung
i.V.m.	in Verbindung mit
KMU	Kleinere und mittlere Unternehmen
KR	Kotierungsreglement der SIX Exchange Regulation AG vom 8. November 2019
KV NW	Verfassung des Kantons Nidwalden vom 10. Oktober 1965 (SR 131.216.2)

KV UR	Verfassung des Kantons Uri vom 28. Oktober 1984 (SR 131.214)
KV ZG	Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894 (SR 131.218)
KV ZH	Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (SR 131.211)
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlaments- gesetz) vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10)
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
REPRAX	Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis in Gesellschafts- und Handelsregisterrecht (Zürich)
resp.	respektive
RIG SG	Gesetz über Referendum und Initiative des Kantons St. Gallen vom 27. November 1967
S.	Seite(n)
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft: Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
SCBP	Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, 2016
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SHK	Stämpflis Handkommentar (Bern)
SJ	La Semaine judiciaire (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SnA	Schriften zum neuen Aktienrecht (Zürich)
SPI	Swiss Performance Index
SPR	Schweizerisches Privatrecht (Basel)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich / St. Gallen)

SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
TREX	Der Treuhandexperte (Zürich)
ÜBest.	Übergangsbestimmungen
VegüV	Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften vom 20. November 2013 (SR 221.331)
VgdA	Verordnung gegen die Abzockerei
vgl.	vergleiche
VRG ZH	Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959
VRP SG	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons St. Gallen vom 16. Mai 1965
z.B.	zum Beispiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Heidelberg)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar (Zürich)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZStöR	Zürcher Studien zum öffentlichen Recht (Zürich)
ZStP	Zürcher Studien zum Privatrecht (Zürich)

Zusammenfassung

Der staatsrechtliche Grundsatz der *Einheit der Materie* dient dem Schutz der freien Willensbildung und der unverfälschten Stimmabgabe. Das Stimmvolk soll davor bewahrt werden, mit einer einzigen Willensäußerung über mehrere sachlich nicht zusammenhängende Fragen befinden zu müssen. Die Problematik bei der Verknüpfung mehrerer Sachthemen besteht darin, dass der Stimmbürger seine Meinung betreffend die einzelnen Themen nicht mehr differenziert bilden und äussern kann.

Die vorliegende Arbeit geht der Frage nach, ob im Aktienrecht Bedarf an einer entsprechenden Regelung besteht, und kommt zum Schluss, dass es auch im Rahmen einer Generalversammlung wünschenswert ist, dass der Aktionär seinen Willen frei bilden und unverfälscht kundtun kann. Zu diesem Zweck haben grundsätzlich sämtliche Traktanden und Anträge die Einheit der Materie im Sinne einer Gültigkeitsvoraussetzung einzuhalten. Die dem staatsrechtlichen Grundsatz inhärente Rechtsunsicherheit kann dabei durch die Definition von sogenannten *Kernbeschlussgegenständen* verhindert oder immerhin vermindert werden. Die Einheit der Materie ist sodann gewahrt, wenn keine Beschlusselemente, welche unterschiedlichen Kernbeschlussgegenständen zuzuordnen sind, miteinander verknüpft werden. Eine Missachtung dieser Vorschrift führt zur Anfechtbarkeit des gefassten Generalversammlungsbeschlusses, wobei insbesondere erhöhte Anforderungen an das Anfechtungsinteresse gestellt werden. Den Abschluss der Arbeit bilden Musteranträge zu ausgewählten Traktanden.

Résumé

Le principe constitutionnel de *l'unité de la matière* vise à protéger la libre formation de l'opinion des citoyens et l'expression fidèle et sûre de leur volonté. Le corps électoral doit être préservé du risque de devoir se prononcer par une unique manifestation de volonté sur plusieurs questions sans rapport les unes avec les autres. La problématique du couplage de plusieurs sujets réside dans le fait que la personne qui vote ne peut plus se forger et exprimer son opinion sur les divers thèmes de manière différenciée.

La présente thèse examine la question de savoir si en droit de la société anonyme une réglementation correspondante est nécessaire et parvient à la conclusion qu'il est également souhaitable, dans le cadre d'une assemblée générale, que l'actionnaire puisse se forger librement son opinion et faire connaître sa volonté de manière fidèle et sûre. À cette fin, tous les objets portés à l'ordre du jour et les propositions doivent en principe respecter l'unité de la matière au sens d'une condition de validité. L'incertitude juridique inhérente au principe constitutionnel peut être évitée ou du moins réduite par la définition des dits *objets essentiels de la décision* (*Kernbeschlussgegenstände*). L'unité de la matière est alors garantie si aucun des éléments de la décision devant être attribués à différents objets essentiels de la décision n'est lié aux autres. La violation de cette prescription conduit à l'annulabilité de la décision adoptée par l'assemblée générale, qui impose en particulier des exigences accrues en matière d'intérêt juridique à l'action en annulation. La thèse se termine par des modèles de propositions pour certains objets choisis de l'ordre du jour.

Summary

The constitutional principle of *unity of the subject matter* serves to protect the free formation of will and the unaltered casting of votes. The electorate should be protected from having to decide on several unrelated issues in a single expression of will. The problem with linking several factual issues is that voters can no longer form and express their opinion on the individual issues in a differentiated manner.

This thesis examines the question of whether there is a need for a corresponding regulation in company law and comes to the conclusion that it is also desirable in the context of a general meeting that a shareholder can freely form his will and make it known without distortion. To this end, all items on the agenda and motions must, in principle, comply with the unity of subject matter in the validity requirement sense. The legal uncertainty inherent in the principle of constitutional law can be prevented or at least reduced by defining so-called *core resolution items*. The unity of the subject matter is maintained by ensuring that elements assigned to different core resolution items are not linked to each other. Failure to comply with this provision leads to the contestability of the resolution adopted by the general meeting, whereby increased requirements are placed on the legitimate interest in contesting the resolution. The thesis concludes with sample motions for selected agenda items.

§ 1 Einleitung

Das moderne Aktienrecht steht ganz im Zeichen der gestärkten Aktionärsrechte. Die Eigentümerschaft der Aktiengesellschaft soll ihre Interessen vollumfänglich und besser wahrnehmen können.¹ In diesem Zusammenhang fällt oft das Schlagwort *Aktionärsdemokratie* – die Aktiengesellschaft als gesellschaftsrechtliches Ebenbild des demokratischen Staates. Diese Entwicklung wird auch in der Stossrichtung der Revision des Aktienrechts (Aktienrechtsrevision 2016) augenscheinlich, welche während der Ausarbeitung dieser Dissertation zuletzt die eidgenössischen Räte beschäftigte.

Ebenfalls in den Zeitraum der Schreibarbeiten fielen die Abstimmung und insbesondere die Vorarbeiten zur Steuerreform und AHV-Finanzierung 2017.² Des Öfteren drehte sich die Diskussion darum, ob eine Steuerreform und die Reform der Altersvorsorge unter dem Aspekt der *Einheit der Materie* den schweizerischen Stimmbürgern³ in ein und demselben Paket zur Abstimmung vorgelegt werden können. Während diese Debatte schliesslich ein zwar diskussionswürdiges Ende nahm, stellte sich andernorts eine prinzipielle Frage – nämlich, ob der vieldiskutierte Grundsatz mittels Gesetzesbestimmung auch Eingang ins Aktienrecht finden solle.⁴

Ähnlich der genannten Abstimmungsvorlage fördert(e) auch die beabsichtigte Integration des Grundsatzes ins Aktienrecht kontroverse Meinungen zutage. Obwohl oder allenfalls gerade weil sich in der Vernehmlassung zur Aktienrechtsrevision 2016 kein klares Bild zu diesem spezifischen Vorhaben ergab,⁵ legte der Bundesrat den Gesetzesentwurf mitsamt der *Einheit der Materie* dem Parlament vor.

¹ Vgl. CHENAUX, S. 480.

² Siehe dazu: <https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/dokumentation/gesetzgebung/abstimmungen/staf/fb-steuervorlage17.html>.

³ Der einfacheren Lesbarkeit halber wird durchgängig die männliche Form verwendet. Das weibliche Geschlecht ist stets mitgemeint.

⁴ Siehe SCHÖCHLI HANSUELI, Wenn Politiker Wasser predigen und Wein trinken, NZZ vom 23. November 2018.

⁵ Vgl. BBl 2017 399, 554.

- 4 Die vorliegende Arbeit geht der Frage nach, ob die *Einheit der Materie* unabhängig von einer allfälligen Gesetzesbestimmung auch im Aktienrecht einen achtenswerten Grundsatz darstellt.⁶ Sie ist dazu in drei Teile gegliedert. Im ersten Teil geht es darum, den Grundsatz im öffentlichen Recht zu untersuchen und die nötigen Schlüsse für eine Übertragung ins Aktienrecht zu ziehen. Zudem werden der aktuelle Stand und die diesbezüglichen Entwicklungen im Aktienrecht kurz dargelegt. Der zweite Teil der Arbeit ist der Generalversammlung gewidmet. In ihrer Doppelrolle ist sie (bzw. die Aktionäre) einerseits Organ der Aktiengesellschaft und Trägerin bestimmter Kompetenzen wie auch Rechte; andererseits ist sie Ort der Willensbildung der Aktionäre. Im dritten Teil der Arbeit wird dargelegt, aus welchen Gründen eine Übernahme des Grundsatzes der *Einheit der Materie* ins Aktienrecht Sinn macht und wie der Grundsatz auszugestalten ist.

⁶ Vgl. BERTSCHINGER, *Editorial*, S. 273: «Die vorgeschlagene ‹Einheit der Materie› [...] ist ein grundsätzlich achtenswerter Grundsatz. Ob seine aktienrechtliche Verankerung die Richtigkeitsgewähr von Generalversammlungsbeschlüssen stärkt oder doch mehr durch Partikularinteressen getriebene Kontroverse schürt, wäre dann noch festzustellen.»

Teil I:

Einführung in die Materie

§ 2 Einheit der Materie im öffentlichen Recht

I. Zweck

Die Wahl- und Abstimmungsfreiheit soll garantieren, dass jeder Stimmberechtigte seinen Entscheid gestützt auf einen (möglichst) freien Willensbildungsprozess fällen und unverfälscht äussern kann (vgl. Art. 34 Abs. 2 BV).⁷ Ein Element, das zur Gewährleistung der Wahl- und Abstimmungsfreiheit beiträgt, ist der Grundsatz der Einheit der Materie.⁸

Erstmalige (sinngemässe) Erwähnung fand die Einheit der Materie in der bundesrätlichen Botschaft von 1890 im Zusammenhang mit der Einführung des Instruments zur Partialrevision der Volksinitiative.⁹ Dabei hielt der Bundesrat fest, dass, «wenn auf dem Wege der Volksinitiative mehrere verschiedenartige Materien zur Revision oder zur Aufnahme in die Verfassung vorgeschlagen werden, jede derselben den Gegenstand eines besonderen Initiativbegehrens bilden solle».¹⁰ Ein Initiativbegehren dürfe nicht derart ausgestaltet sein, dass «ein Bürger, der mit der Revision einer Materie einverstanden ist, mit derjenigen einer oder mehrerer anderer aber nicht, entweder Alles unterzeichnen muss, oder gar nicht unterzeichnen kann».¹¹ Im Übrigen könne nur bei getrennten Materien gewährleistet werden, dass für den jeweiligen Gegenstand eine ausreichende Zahl an Stimmbürgern die Initiative befürwortet hätte.¹²

Der Grundsatz der Einheit der Materie soll folglich verhindern, dass willkürlich verkoppelte Materien ohne sachlichen Zusammenhang zur Abstimmung zugelassen werden. Für den Stimmberechtigten sei es unmöglich, seinen Willen klar zum Ausdruck zu bringen, wenn mehrere wesentlich verschiedene Postulate miteinander vermischt werden.¹³ Er soll vor einer Zwangslage geschützt werden, in der er einzelne Bestandteile einer Initiative gegen seinen Willen annehmen muss, damit

⁷ BGE 143 I 92, E. 3.3; 140 I 394, E. 8.2.

⁸ BB1 1997 I 1, 190.

⁹ Der Begriff der «Einheit der Materie» wurde erstmals 1935 in einer parlamentarischen Debatte erwähnt (KLEY, S. 9).

¹⁰ BB1 1890 III 455, 462.

¹¹ BB1 1890 III 455, 462.

¹² BB1 1890 III 455, 461 f.

¹³ BB1 1975 I 1317, 1351.

er die gesamte Initiative annehmen kann.¹⁴ Die rein politisch motivierte Verknüpfung von Themen in einer Abstimmungsvorlage wird so unterbunden;¹⁵ voneinander unabhängige Fragestellungen sollen nicht gemeinsam entschieden werden müssen.¹⁶

- 8 Die Verknüpfung von Themen ist nicht nur innerhalb einer einzelnen Vorlage unzulässig. Folgt auf eine Initiative ein Gegenvorschlag, muss Letzterer in materieller Hinsicht eng mit dem Zweck und Gegenstand der Initiative zusammenhängen, damit die Einheit der Materie gewahrt ist.¹⁷ Dasselbe gilt bei einem Referendum mit Gegenvorschlag.¹⁸
- 9 Des Weiteren spielt die Einheit der Materie bereits bei der Unterschriftensammlung eine wesentliche Rolle.¹⁹ Durch Einhaltung des Grundsatzes soll verhindert werden, dass mittels (unerlaubter) sachübergreifender Thematiken die nötige Anzahl an Stimmberechtigten mobilisiert werden kann, was mit einzelnen Vorlagen nicht möglich gewesen wäre.²⁰
- 10 Zusammengefasst soll der Stimmbürger bei der Ausübung seiner politischen Rechte darauf vertrauen können, dass «kein Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmbürger zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt».²¹ Jeder Stimmbürger soll seinen Entscheid basierend auf einem möglichst freien und umfassenden Prozess der Meinungsbildung treffen und entsprechend zum Ausdruck bringen können.²²

¹⁴ Vgl. RICHLI, S. 275; SCHINDLER, S. 389.

¹⁵ EGLI, S. 403.

¹⁶ Vgl. BGE 137 I 200.

¹⁷ BGE 113 Ia 46, E. 5.a.

¹⁸ BGer 1C_103/2010 vom 26. August 2010, E. 4.1 und 4.3.

¹⁹ BGE 123 I 63, E. 4.b; 113 Ia 46, E. 4.a; AUER, N 1148; EGLI, S. 397; GRISEL, S. 183 f.; HANGARTNER/KLEY, N 2111; HURST, S. 23; KÖLZ, S. 18; RICHLI, S. 275. Kritisch ODERMATT, S. 712. Vgl. auch BBl 1890 III 455, 462.

²⁰ Vgl. BGE 129 I 381, E. 4.2; 123 I 63, E. 4.b; 99 Ia 177, E. 3.b. Siehe auch BBl 1977 II 501, 507.

²¹ BGE 140 I 394, E. 8.2.

²² BGE 140 I 394, E. 8.2; 140 I 338, E. 5; 139 I 195, E. 2; 136 I 364, E. 2.1; 121 I 138, E. 3.

II. Anwendbarkeit

Die Frage, ob und wie der Grundsatz der Einheit der Materie anwendbar ist, stellt sich in mehrfacher Hinsicht. Aus der Praxis des Bundesgerichtes gehen mehrere Unterscheidungen hervor. Die vordringlichste Frage lautet, ob der Grundsatz nur bei Teil- oder auch Totalrevisionen der Bundesverfassung anzuwenden ist. Darüber hinaus fragt sich, ob es eine Rolle spielen soll, aus der Feder welches Urhebers die Vorlage stammt, und letztlich, ob die Anwendung des Grundsatzes auch bei Wahlen empfehlenswert ist. 11

1. Total- und Teilrevision

Darüber, ob die Einheit der Materie nur bei Teil- oder auch Totalrevisionen Anwendung findet, herrscht Uneinigkeit.²³ In der Bundesverfassung ist das Kriterium in Art. 139 BV unter dem Titel «Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung» eingereiht. Auch in der Bestimmung in Art. 194 BV, welche spezifisch die Teilrevision der Verfassung regelt, kommt die Einheit der Materie wieder zur Sprache. Der Grundsatz wird ausschliesslich in Verbindung mit Teilrevisionen der Verfassung erwähnt, was den Schluss nahelegt, dass die Einheit der Materie ausschliesslich in selbigem Rahmen zu wahren ist.²⁴ Zusätzlich verdeutlicht dies der Wortlaut der Botschaft zur neuen Bundesverfassung mit dem Hinweis, dass die Einheit der Materie bei «jeder Vorlage auf *Teilrevision* beachtet werden» soll.²⁵ 12

Auch ein Teil der Lehre verlangt implizit oder explizit eine ausschliessliche Anwendung bei Teilrevisionen. So sei das Verfahren der Totalrevision gerade dann zu wählen, wenn eine Vorlage die Einheit der Materie dadurch verletze, dass sie 13

²³ Die Lehre unterscheidet zwischen Total- und Teilrevisionen im *formellen* und *materiellen* Sinn. Bei einer formellen Totalrevision wird eine alte Verfassung(surkunde) ganzheitlich durch eine neue ersetzt. Im Zuge einer formellen Teilrevision werden neue oder geänderte Bestimmungen in die bestehende Verfassung integriert. Eine materielle Teilrevision führt zur Änderung von Einzelheiten in der Verfassung während im Rahmen einer materiellen Totalrevision die Grundprinzipien der Verfassung geändert werden (zum Ganzen AUBERT, N 352 ff.; BELLANGER, § 79 N 6 f.; HÄFELIN et al., N 1764 ff.).

²⁴ Vgl. KÖLZ, S. 19. Ebenso BSK BV-EPINEY/DIEZIG, Art. 139 N 19, jedoch nur die eidgenössische Ebene betreffend.

²⁵ BBl 1997 I 1, 433 (Hervorhebung durch den Verfasser). Vgl. auch HÄFELIN et al., N 1388.

«die Grenzen einer bestimmten ‹Verfassungsmaterie› übersteigt».²⁶ Dass die Einheit der Materie überdies als Instrument zur Abgrenzung von Teil- und Totalrevision dienen soll,²⁷ erhellt, dass der Grundsatz einzig bei Teilrevisionen Anwendung findet. Laut GRISEL ist das Prinzip bei Totalrevisionen ausdrücklich nicht anwendbar.²⁸

- 14 Das Bundesgericht vertritt indes die Auffassung, dass die Einheit der Materie bei allen Vorlagen, die dem Volk zur Abstimmung vorgelegt werden, zu beachten sei; im Grundsatz sei es daher unerheblich, ob es sich um eine Teil- oder Totalrevision von Verfassung oder Gesetz handle.²⁹ Jedoch variieren in der Folge die Anforderungen an die Einhaltung der Kriterien. Obwohl die Einhaltung des Grundsatzes nach bundesgerichtlicher Auffassung bei allen Vorlagen zu prüfen ist, werden bei Teilrevisionen höhere Ansprüche gestellt als bei Totalrevisionen.³⁰ So genüge es beispielsweise, wenn das betreffende Gesetz eine bestimmte Materie regle und die Bestimmungen «zueinander in einer sachlichen Beziehung» stehen.³¹ Der Stimmbürger sei nicht dazu berechtigt, eine Abstimmung über einzelne, besonders wichtige Bestimmungen zu verlangen, sondern er habe die Gesetzesvorlage als Ganzes anzunehmen oder abzulehnen.³²
- 15 Aufgrund der obigen Ausführungen ist die Einheit der Materie nach der vorliegend vertretenen Auffassung – und entgegen derjenigen des Bundesgerichtes – ausschliesslich bei Teilrevisionen zu beachten. Dafür spricht einerseits die Gesetzes-systematik, welche die Einheit der Materie einzig im Zusammenhang mit Teilrevisionen nennt. Andererseits liegt es in der Natur der Sache, dass der Stimmbürger bei einer Totalrevision der Verfassung, welche eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsnormen enthält, seine Meinung nicht zu jeder einzelnen Norm mitteilen kann. Wird in diesem Fall dennoch eine Prüfung zur Einheit der Materie vorgenommen, führt dies zu einer unzweckmässigen Verwässerung des Begriffs, da sämtliche Teilpunkte der Revision unter einen Hut gebracht werden müssen. Mei-

²⁶ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 448.

²⁷ HURST, S. 95; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 448 ff.

²⁸ GRISEL, S. 182. GL.M. HANGARTNER/EHRENZELLER, St. Galler Kommentar zu Art. 193 N 20.

²⁹ BGE 130 I 185, E. 3.1; 129 I 366, E. 2.2; 116 Ia 466, E. 5; 113 Ia 46, E. 4.a; BGer 1C_103/2010 vom 26. August 2010, E. 3.2.

³⁰ BGE 130 I 185, E. 3.1; 129 I 366, E. 2.2; 113 Ia 46, E. 4.b.

³¹ BGE 99 Ia 638, E. 5.b.

³² BGE 99 Ia 638, E. 5.b; 97 I 669, E. 3.

nes Erachtens ist es deshalb sinnvoller, die Anwendung der Einheit der Materie auf Teilrevisionen zu beschränken und dafür in ihrem Zweck nicht zu verfälschen.

2. Urheber der Vorlage

Der Grundsatz der Einheit der Materie ist gemäss vorherrschender Lehrmeinung auf alle Vorlagen – ungeachtet ihres Urhebers – gleich anwendbar.³³ Eine grosszügigere Beurteilung von Vorlagen, welche der Feder der Behörden entstammen, rechtfertigt sich nicht.³⁴ 16

Auch das Bundesgericht erachtet es grundsätzlich als unerheblich, ob eine Initiative oder Behördenvorlage in Frage steht.³⁵ Es handle sich jedoch um ein Prinzip relativer Natur und um eine politische Frage, weshalb den Behörden bei der Ausgestaltung von Vorlagen ein «sehr weiter Gestaltungsspielraum» zukomme.³⁶ 17
Hierbei sei dem Bedürfnis des Gesetzgebers insofern Rechnung zu tragen, als dieser bei der Ausarbeitung weitere bereits anstehende Postulate miteinbeziehen können solle.³⁷ Folglich wird ein einheitlicher Massstab durch den weiten behördlichen Gestaltungsspielraum umgehend wieder aufgeweicht.³⁸

³³ OFK BV-BIAGGINI, Art. 34 N 22; HÄFELIN et al., N 1389; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 52 N 48. Vgl. auch RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 2074.

³⁴ Für eine ausführliche Abhandlung und überzeugende Begründung siehe ATTINGER, S. 88 ff., m.w.H. in FN 451. A.M. GRISEL, S. 184 f.

³⁵ BGE 129 I 366, E. 2.2. In BGE 130 I 185 wird die Differenzierung zwischen Behördenvorlagen und Volksinitiativen nicht mehr erwähnt (E. 3). Wie TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 52 N 48, indes (richtig) vermutet, handelt es sich dabei wohl um einen Zufall, fällt das Bundesgericht in späteren Urteilen doch wieder ins alte Muster zurück (vgl. BGer 1C_103/2010 vom 26. August 2010, E. 3.2). Siehe auch ODERMATT, S. 711 ff., für eine Übersicht zur Praxis von Bundesversammlung und Bundesgericht.

³⁶ BGE 129 I 366, E. 2.3; 128 I 190, E. 3.2; 125 I 227, E. 3.b; BGer 1C_501/2014 vom 23. Juni 2015, E. 5.2.

³⁷ BGE 129 I 366, E. 2.2.

³⁸ Diesbezüglich äusserst kritisch KLEY, S. 26: «Im Fall der Volksinitiativen diene die Einheit der Materie der Beschneidung des Rechts zur Volksinitiative. Die Einheit der Materie wendete das Parlament je nach Opportunität gegenüber den Initianten an oder bedrohte diese damit. Dagegen sah es bei eigenen Vorlagen grosszügig über die Einheit der Materie hinweg. Das geschieht nach wie vor unter der Überschrift der «Wahl- und Abstimmungsfreiheit» und erscheint vordergründig als ein Mittel, um diese zu schützen.»

- 18 Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Grundsatz bei sämtlichen Vorlagen gleichermassen anzuwenden. Eine unterschiedliche Behandlung behördlicher oder individueller Vorlagen rechtfertigt sich nicht, weil der in seiner Willensbildung zu schützende Stimmbürger seine Meinung einzig aufgrund der Vorlage und unabhängig vom Verfasser bildet.

3. Wahlen

- 19 Der Begriff der *Materie* liesse den Schluss zu, dass der Grundsatz bloss im Zusammenhang mit Sachfragen anzuwenden sei.³⁹ Da es sich bei der Einheit der Materie allerdings um einen Grundsatz der Abstimmungs- und Wahlfreiheit handelt, stellt sich dennoch die Frage, ob nicht auch bei Wahlvorgängen auf die Einheit der Materie zu achten ist.
- 20 STEINMANN befürwortet die Anwendung der Grundsätze der Wahl- und Abstimmungsfreiheit auf Abstimmungen und Wahlen.⁴⁰ HANGARTNER/KLEY verneinen hingegen eine direkte Anwendung des Grundsatzes, da Wahlen «grundsätzlich nicht in dessen Geltungsbereich fallen»; der Grundsatz soll aber sinngemäss angewendet werden können, wobei insbesondere die Kopplung von Kandidaten unzulässig sei.⁴¹
- 21 Die Auswahlfreiheit ist laut POLEDNA durch den Grundsatz der Wahl- und Abstimmungsfreiheit geschützt. Werden vorgefertigte Listen zur Auswahl vorgelegt, so sei ein unverfälschter Wille der Wählerschaft nicht mehr möglich.⁴² Auch wenn hierbei nicht explizit auf die Einheit der Materie Bezug genommen wird, so verfolgt diese Argumentation doch denselben Zweck.
- 22 Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Grundsatz auch bei Wahlen zu berücksichtigen. Die Willensbildung der Stimmbürger ist gleichermassen zu schützen, ob es sich nun um eine Sachabstimmung handelt oder um eine Wahl. Insbesondere ist dem Wortlaut von Art. 34 Abs. 2 BV nicht zu entnehmen, dass dieser bloss auf Abstimmungen beschränkt wäre. Auch der Begriff der *Materie* führt m.E. keine Eingrenzung auf Sachfragen mit sich. Die Wahl eines gewissen Kan-

³⁹ Vgl. HANGARTNER/KLEY, N 2483.

⁴⁰ STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 34 N 19.

⁴¹ HANGARTNER/KLEY, N 2483 f.

⁴² POLEDNA, *Wahlrechtsgrundsätze*, S. 254.

didaten kann ebenso die Materie bzw. den Gegenstand einer Meinungsbildung darstellen, wie ein bestimmtes Thema einer Abstimmung.

III. Kriterien

Die vagen Umschreibungen in Verfassung und Gesetz bedingen eine Konkretisierung anhand der Lehre und Praxis. Handelt es sich doch um «eine der kompliziertesten Regeln» im Zusammenhang mit der Gültigkeit von Volksinitiativen⁴³ sowie «nicht evident[e] und intersubjektiv schwer kommunizierbar[e]» Beurteilungskriterien.⁴⁴ Für die Auslegung kommt erschwerend hinzu, dass bei der Ausarbeitung der Bestimmung für Verfassung bzw. Gesetz keine vertiefte Diskussion erkennbar ist, aus der sich detailliertere Kriterien ableiten liessen.⁴⁵ 23

1. Verfassung und Gesetz

Ausgangspunkt bildet die Umschreibung des Grundsatzes im Gesetz: 24

Art. 75 Abs. 2 BPR

Die Einheit der Materie ist gewahrt, wenn zwischen den einzelnen Teilen einer Initiative ein sachlicher Zusammenhang besteht.

Nebst den eidgenössischen Vorgaben lohnt sich zudem ein Blick in die kantonalen Verfassungen und Gesetze. Im Gesetz über die politischen Rechte des Kantons Zürich wird beispielsweise präzisiert, dass verschiedene Begehren innerhalb einer Initiative einen *hinreichenden inneren Zusammenhang* aufweisen müssen (§ 121 Abs. 2 GPR ZH). Weitere Beispiele liefern die Verfassung des Kantons Zug, welche den Bezug auf ein *einheitliches Sachgebiet* vorschreibt (§ 35 Abs. 2 KV ZG), und diejenige des Kantons Uri, welche die Beschränkung auf einen *einheitlichen Regelungsbereich* verlangt (Art. 28 Abs. 2 KV UR). Ferner lässt Nidwalden nur Anträge zu, die sich auf *einen einzigen Gegenstand* beziehen (Art. 54 Abs. 2 KV NW). 25

⁴³ AUBERT, N 390.

⁴⁴ RICHLI, S. 268.

⁴⁵ Vgl. GRISEL, S. 180 f.

2. Lehre

- 26 Eine Vielzahl von Autoren hat sich der Auslegungsarbeit der Verfassungs- und Gesetzesnormen, wie sie vorstehend vereinzelt dargelegt wurden, angenommen. Entsprechend vielfältig sind die Interpretationen in der Lehre:
- 27 EHRENZELLER/GERTSCH gehen von der Leitidee aus, dass die zur Diskussion stehenden Bestimmungen durch einen «engen inneren Zusammenhang miteinander verbunden» sein und «dasselbe Ziel» verfolgen sollten.⁴⁶ Dabei genüge es, wenn «sachliche Überlegungen die Zusammenfassung in einer einzigen Vorlage rechtfertigen».⁴⁷
- 28 EPINEY/DIEZIG führen diesen Gedanken weiter und verlangen, dass positiv nach einem inhaltlichen Zusammenhang gefragt werden müsse. So sei eine Vorlage nicht abzulehnen, nur weil über Teile der Vorlage einzeln abgestimmt werden könne.⁴⁸ Der inhaltliche Zusammenhang sei basierend auf einer objektiven Betrachtungsweise und unter Rücksichtnahme auf das nach Treu und Glauben zu erwartende Verständnis der Stimmberechtigten zu analysieren.⁴⁹
- 29 KUHN will nicht von einem bestehenden Zusammenhang sprechen, sondern verlangt einen einheitlichen, begrenzten Zweck.⁵⁰ Bei einem zu grosszügig definierten Zweck lasse sich jeder beliebige Zusammenhang konstruieren.⁵¹ Die Beschränkung auf einen einzelnen konkretisierten Zweck schliesse aber nicht aus, dass mehrere Fragen zu beantworten seien. Sei ein Stimmbürger mit einer Grundsatfrage, nicht aber der vorgeschlagenen Ausgestaltung einverstanden, so habe er sich nichtsdestotrotz mit einer Antwort zu begnügen.⁵² Die demokratische Willensbildung könne gar besser garantiert werden, wenn sich ein Stimmbürger mit einer konkretisierten Vorlage, welche mehrere Fragen aufwerfe, statt mit einer allgemein gehaltenen, einfachen Frage befassen müsse.⁵³

⁴⁶ EHRENZELLER/GERTSCH, St. Galler Kommentar zu Art. 139 N 41.

⁴⁷ EHRENZELLER/GERTSCH, St. Galler Kommentar zu Art. 139 N 41.

⁴⁸ BSK BV-EPINEY/DIEZIG, Art. 139 N 26.

⁴⁹ BSK BV-EPINEY/DIEZIG, Art. 139 N 26.

⁵⁰ KUHN, S. 124 ff.

⁵¹ KUHN, S. 126.

⁵² Vgl. KUHN, S. 129.

⁵³ KUHN, S. 130. Zur Information der Stimmbürger unten § 2/V.

Laut AUBERT verletzt eine Initiative dann die Einheit der Materie, wenn sie «mindestens zwei Punkte enthält, und wenn ein Bürger den ersten Punkt ohne den zweiten *und* den zweiten ohne den ersten wollen kann». ⁵⁴ Werde ein Ziel mit dem dazugehörigen Mittel kombiniert, so genüge dies den Anforderungen an die Einheit der Materie. Hingegen widerspreche die Initiative dann wieder dem Grundsatz, wenn mehrere Mittel und ein Ziel zusammengefasst werden. ⁵⁵ 30

WOLFFERS beschreibt vier Kategorien, in denen die Einheit der Materie gewahrt werde: Die erste Kategorie befasst sich mit der Technik der Verfassungsgebung, welche das Risiko ausschliessen soll, dass verschiedene Teile einer Vorlage ungleiche Abstimmungsschicksale erleiden. Dabei soll verhindert werden, dass eine Bestimmung der Vorlage angenommen und die andere abgelehnt werde, wodurch die gesamte Vorlage nicht durchführbar sei. Dies betreffe beispielsweise die Einführung einer neuen Bundesaufgabe zusammen mit der Regelung der Finanzierung. Diese Verbindung sei nur dann zulässig, wenn die zusätzlichen Einnahmen für die neue Aufgabe unerlässlich seien und nicht davon ausgegangen werden könne, dass die zusätzlichen Kosten mit bestehenden Mitteln gedeckt werden können. Bestehe keine Gefahr einer solchen Widerspruchssituation, könne die Vorlage aufgeteilt werden. Mit anderen Worten wäre in letzterem Fall die Einheit der Materie bei Zusammenfassung der beiden Punkte nicht gegeben. Zweitens können zwei Punkte innerhalb einer Vorlage miteinander verbunden werden, wenn sich der eine aus dem anderen mittels Auslegung ableiten lasse. Zum Beispiel liesse sich die in Punkt 2 festgehaltene Kompetenz auch aus Punkt 1 ableiten, wenn Punkt 2 gar nicht existierte. Drittens sei eine Kombination mehrerer Punkte auch dann zulässig, wenn der zweite Punkt als Ausführungsvorschrift erlassen werden könnte, falls er nicht Teil der Vorlage wäre. Die Einheit der Materie müsse bejaht werden, «da zwei Vorschriften, von denen die eine ihrem Inhalt nach eine Ausführungsbestimmung der andern ist, kaum als zu zwei verschiedenen Materien gehörend» bezeichnet werden können. Letztlich können auch Konventionen – welche beispielsweise durch die Praxis der politischen Bundesbehörden entstehen – herangezogen werden, um eine Einheit der Materien festzustellen. Den Behörden werde so ein grosser Spielraum eingeräumt, in welchem sie selbst entscheiden können, welche Punkte zu einer Vorlage zusammenzufassen seien. ⁵⁶ 31

⁵⁴ AUBERT, N 392 (Hervorhebung im Original).

⁵⁵ AUBERT, N 392.

⁵⁶ Zum Ganzen WOLFFERS, S. 460 ff.

- 32 WILDHABER leitet aus der Rechtsprechung und Literatur ebenfalls Fallgruppen her. Demnach werde die Einheit der Materie in folgenden Fällen gewahrt:⁵⁷
- Beschränkung auf ein einziges Thema;
 - Beschränkung auf einen Zweck, verbunden mit der dafür vorgeschlagenen Finanzierung;
 - Verknüpfung eines Themas mit einer Übergangsbestimmung;
 - Verbindung eines generell-abstrakten Themas mit einer Verbotsnorm für eine konkrete öffentliche oder private Grossanlage;
 - Verbindung eines Ziels mit den sachlich dazugehörigen Mitteln oder den sich zwangsläufig daraus ergebenden Konkretisierungen;
 - Verknüpfung mehrerer Elemente, die teleologisch, historisch oder pragmatisch noch einer einheitlichen Thematik zugerechnet werden können.⁵⁸
- 33 HURST lehnt die Kategorisierung nach Fällen ab und bemängelt, dass dabei nur ein unvollständiger und einseitiger Überblick gewonnen werde. Durch den *numerus clausus* an Fallkategorien müssen alle Initiativen für ungültig erklärt werden, welche nicht mit älteren, zugelassenen Vorlagen vergleichbar seien.⁵⁹ Für ihn ist die Einheit der Materie gewahrt, «falls keine Themen ausserhalb eines genügend begrenzten Themas tangiert sind» oder «falls einzelne Regelungen zwar Themen ausserhalb eines genügend begrenzten Themas tangieren, diese Regelungen aber in erster Linie dazu geeignet oder gar notwendig sind, Zwecke innerhalb des begrenzten Themas zu verfolgen, und sich weniger dazu eignen, Zwecke ausserhalb

⁵⁷ WILDHABER, S. 294 f. Vgl. GRISEL, S. 185 ff., der Initiativen zu deren Beurteilung ähnlichen Kategorien zuordnet. Siehe auch HANGARTNER/KLEY, N 2495 ff., und SCHINDLER, S. 392 ff., die auf diese Fallgruppen verweisen.

⁵⁸ Besonders diese Kategorie verdeutlicht den lockeren Massstab, der beim Kriterium der Einheit der Materie angewendet wird. Vgl. EICHENBERGER, S. 406, der bei besagten Fallgruppen entsprechend schon auf den undefinierbaren gesunden Menschenverstand und den nicht scharf umschreibbaren politischen Sinn des wachen Stimmbürgers abstellen würde. HURST, S. 90, kritisiert diese Fallkategorie als «derart unbestimmt, dass sie als Kriterium über die Gültigkeit von Initiativen nichts taugt». Siehe auch die Definition von RICHLI, S. 280 f., die verdeutlicht, dass die Beantwortung der rechtlichen Frage erheblich politisch gefärbt sein kann: Bei der Beurteilung der Einheit der Materie sei zuerst zu prüfen, ob die aktuelle Vorlage mit einer früheren vergleichbar sei, und in diesem Sinne zu entscheiden. Lasse sich keine vergleichbare Initiative finden, so sei «nach Wahrnehmungen relevanter politischer Gruppierungen Ausschau zu halten, welche gegen die Bejahung der Einheit stehen». Obwohl diese Auffassung abzulehnen ist, spiegelt sie wohl die Realität zumindest auf Bundesebene wahrheitsgetreu wider (vgl. die Bemerkungen zur Steuerreform unten N 46).

⁵⁹ HURST, S. 91.

des begrenzten Themas zu verfolgen und dadurch zusätzliche ins Gewicht fallende Stimmen für die Initiative zu gewinnen».⁶⁰ Innerhalb eines begrenzten Themas seien auch mehrere Zwecke oder Ziele zulässig, sofern die entsprechenden Massnahmen nur zur Erreichung selbiger innerhalb des begrenzten Themas dienen.⁶¹ Weiter schliesse die Tangierung von anderen Themen die Einheit der Materie nicht grundsätzlich aus, da sich dies bei vielen Fragestellungen nicht vermeiden lasse.⁶² In diesem Fall habe eine *objektive* Abwägung zu erfolgen, ob die Tangierung anderer Themen primär dazu diene, mehr Stimmen für eine bestimmte Vorlage zu erreichen.⁶³

TSCHANNEN sieht die Einheit der Materie dann verletzt, «wenn eine Vorlage mehrere selbständige politische Ziele miteinander verkoppelt oder als ausgreifendes politisches Programm erscheint».⁶⁴ Die Vorlage müsse auf eine einzige politische Frage reduziert werden können.⁶⁵ Dabei reiche es aus, wenn hinter mehreren Einzelgeschäften «ein *verbindendes Konzept* auszumachen» sei.⁶⁶ Da die Einheit der Materie aber relativer Natur sei, laufe es «auf ein *stimmrechtliches Willkürverbot* hinaus».⁶⁷ Diese pragmatische Zurückhaltung befindet er als richtig, «weil *politische* Kohärenzen zur Debatte stehen und eine *mathematische* Aufschlüsselung solcher Kohärenzen [...] am Ende jede konzeptionelle Vorlage verunmöglichen würde».⁶⁸ 34

ATTINGER basiert ihre Überlegungen auf der Rechtsprechung des Bundesgerichtes. Vorweg sei nach dem inneren Zusammenhang der einzelnen Teile zu fragen. Dieser sei einerseits gegeben, wenn ein gemeinsames Ziel verfolgt oder ein gemeinsamer Zweck erfüllt werde. Andererseits könne sich dieser Zusammenhang auch daraus ergeben, dass der eine Teil durch den anderen bedingt sei. Der innere Zusammenhang allein begründe aber noch nicht die Gültigkeit der Initiative. Zudem müsse geprüft werden, ob im konkreten Fall der innere Zusammenhang die Zusammenfassung der einzelnen Teile rechtfertige. Je klarer das übergeordnete 35

⁶⁰ HURST, S. 96.

⁶¹ HURST, S. 96 f.

⁶² HURST, S. 97.

⁶³ HURST, S. 98.

⁶⁴ TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 52 N 46.

⁶⁵ TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 52 N 41.

⁶⁶ TSCHANNEN, *Stimmrecht*, N 212 (Hervorhebung im Original).

⁶⁷ TSCHANNEN, *Stimmrecht*, N 211 (Hervorhebung im Original).

⁶⁸ TSCHANNEN, *Stimmrecht*, N 211 (Hervorhebungen im Original).

Ziel einer Initiative sei und je dominanter es sich in den einzelnen Initiativteilen manifestiere, desto unterschiedlicher können diese Elemente zueinander sein.⁶⁹

3. Praxis

- 36 Wie soeben dargelegt, stützen sich einzelne Lehrmeinungen stark auf die Praxis des Bundesgerichtes. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird nachfolgend bloss auf einzelne, wesentliche Entscheide verwiesen. Sodann wird ein Blick auf die Abwägungen der Bundesversammlung und des Bundesrates geworfen. Die Unterteilung in die Ausführungen des Bundesgerichtes bzw. der Bundesversammlung und des Bundesrates entspricht zugleich der Trennung der kantonalen (Bundesgericht) und bundesrechtlichen (Bundesversammlung und Bundesrat) «Rechtsprechung».⁷⁰

3.1 Bundesgericht

- 37 Das Bundesgericht sieht die Einheit der Materie bei finanziellen Vorlagen gewahrt, wenn zwei öffentliche Ausgaben voneinander abhängig sind oder dem gleichen Ziel dienen.⁷¹ Die Stimmberechtigten hatten sich in diesem Fall die Zusammenfassung mehrerer Kredite für verschiedene Bildungseinrichtungen gefallen lassen und sich eine Gesamtmeinung dazu bilden müssen.⁷²
- 38 In einem anderen Fall suchte das Bundesgericht nach einem sachlichen Zusammenhang und fand ihn zwischen der Einführung einer neuen «Reichensteuer» und der gleichzeitigen teilweisen Steuerbefreiung von AHV- und IV-Renten. Es reichte dabei aus, dass alle Vorschriften das «materielle oder formelle Recht der direkten Steuern» als gemeinsames Ziel betrafen.⁷³ In einem späteren Entscheid reichte ein gemeinsames Ziel hingegen nicht aus, um den engen inneren Zusammenhang zwischen verschiedenen Teilen zu erstellen.⁷⁴ Vielmehr hätten ein innerer Zusammenhang *und* ein gemeinsames Ziel gegeben sein müssen.⁷⁵ Fehle diese

⁶⁹ Zum Ganzen ATTINGER, S. 83 f.

⁷⁰ Zur Überprüfung der Einheit der Materie unten § 2/IV./1.

⁷¹ BGE 90 I 69, E. 2.c.

⁷² BGE 90 I 69, E. 2.c.

⁷³ BGE 99 Ia 638, E. 5.b.

⁷⁴ BGE 123 I 63, E. 5.

⁷⁵ BGE 137 I 200, E. 2.2. In BGE 129 I 366 erkannte das Bundesgericht den erforderlichen sachlichen Zusammenhang auch zwischen drei Teilen betreffend Autonomie der

zentrale Idee, welche verschiedene Teile verbindet, so sei die Einheit der Materie nicht gegeben.⁷⁶

Nicht als entscheidendes Kriterium lässt das Bundesgericht gelten, dass eine Vorlage aufgeteilt werden könne. Eine Vorlage könne die Einheit der Materie wahren, auch wenn eine Aufteilung in zwei sinnvolle Vorlagen möglich sei. Ebenso könne mangels Möglichkeit einer Aufteilung nicht darauf geschlossen werden, dass die Einheit der Materie gewahrt sei.⁷⁷

In BGE 137 I 200 hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob die Verknüpfung eines Gegenvorschlags mit einer zusätzlichen Gesetzesänderung zulässig sei. Der Gesetzgeber hatte das Zustandekommen des Gegenvorschlags von der Annahme der zusätzlichen Gesetzesänderung abhängig gemacht. Dabei wies letztere keinen Zusammenhang zum Gegenvorschlag oder der ursprünglichen Initiative auf. Das Bundesgericht sah die Einheit der Materie verletzt und hob den Beschluss auf.⁷⁸

In seiner jüngeren Rechtsprechung wiederholt das Bundesgericht seine Anforderungen hinsichtlich der Einheit der Materie. Der sachliche Zusammenhang dürfe «nicht bloss künstlich, subjektiv oder rein politisch bestehen».⁷⁹ Dies könne durch einen gemeinsamen Zweck oder ein einheitliches Ziel erreicht werden und sei «von der Abstraktionshöhe der Betrachtung und vom gesellschaftlich-historischen Umfeld» abhängig.⁸⁰ In der vorliegenden Frage erkannte das Bundesgericht einen gewissen Zusammenhang zwischen zwei Teilen, wobei es sich um zwei Massnahmen handelte und die eine zum Ziel hatte, die Auswirkungen der anderen zu mildern. In dieser Konstellation konnte das Bundesgericht nicht mehr von einer künstlichen oder willkürlichen Zusammenfassung zweier Elemente ausgehen.⁸¹

Kirche, Kirchensteuer und öffentlich-rechtliche Anerkennung, da diese «im weitesten Sinne auf das Verhältnis von Religionsgemeinschaften zum Staat ausgerichtet» seien (E. 4.1 und 4.4).

⁷⁶ BGE 129 I 381, E. 2.4.

⁷⁷ BGE 129 I 366, E. 4.1.

⁷⁸ BGE 137 I 200, E. 4 ff.

⁷⁹ BGer 1C_109/2016 vom 8. August 2016, E. 2.1.

⁸⁰ BGer 1C_109/2016 vom 8. August 2016, E. 2.1; 1C_103/2010 vom 26. August 2010, E. 3.1.

⁸¹ BGer 1C_109/2016 vom 8. August 2016, E. 3.1.

3.2 Bundesversammlung und Bundesrat

- 42 Der Überblick zur Praxis der Bundesversammlung wird auf jene Initiativen beschränkt, welche aufgrund fehlender Einheit der Materie für ungültig erklärt wurden. Da die Bundesbeschlüsse der Bundesversammlung nicht begründet werden,⁸² finden sich die Grundsätze in den Botschaften des Bundesrates an die Bundesversammlung. Diesen zufolge versucht die Verfassung, «sachlich ungerechtfertigte Zusammenfügung[en] verschiedener Gegenstände» zu verhindern.⁸³ Eine theoretische oder logische Verbindung zwischen verschiedenen Teilen sei indessen nicht nötig. Vielmehr reiche eine «durch den Zweck gegebene, praktische Beziehung» aus.⁸⁴ Nicht entscheidend sei, ob mehrere Artikel revidiert werden sollen, sondern ob ein innerer Zusammenhang bestehe.⁸⁵
- 43 Sodann stellte der Bundesrat die grundlegende Frage, ob den Stimmberechtigten tatsächlich zugemutet werden könne, zu vier verschiedenen Forderungen mit einer einzelnen Antwort Stellung zu nehmen, und ob die Gewähr bestehe, dass die Stimmenten alle Punkte und nicht nur einzelne annehmen wollen. Zudem werde befürchtet, dass Stimmbürger bei «flüchtigem Lesen solcher Texte die Zusammenhänge übersehen».⁸⁶ Der Bundesrat erachtete die Einheit der Materie in diesem Fall – trotz kritischer Haltung – *in dubio pro populo*⁸⁷ als gegeben.⁸⁸ Wobei sich der Bundesrat in diesem Fall für die Rechte der Initianten und nicht zwingend für diejenigen aller Stimmbürger stark machte.⁸⁹
- 44 Der Bundesrat konstatierte in einem anderen Fall, dass bei der Auslegung des «sachlichen Zusammenhangs» immer ein gewisser Ermessensspielraum bestehen würde und auch soll.⁹⁰ Zur Auslegung bediente er sich in seiner Botschaft dann

⁸² Siehe BBl 1995 III 570; 1977 III 919; 1955 II 1463.

⁸³ BBl 1955 II 325, 328.

⁸⁴ BBl 1955 II 325, 328.

⁸⁵ BBl 1920 IV 138, 144.

⁸⁶ BBl 1955 II 325, 330.

⁸⁷ In der Botschaft über die Volksinitiative «gegen Teuerung und Inflation» erklärt der Bundesrat, dass bei Vorlagen, welche die Einheit der Materie nicht zweifelsfrei einhalten, «zugunsten der Volksrechte» zu entscheiden sei (BBl 1977 II 501, 511). Siehe KÖLZ, S. 43 ff., für eine kritische Auseinandersetzung mit der «*in dubio*-Regel».

⁸⁸ BBl 1955 II 325, 331. Die Initiative wurde in der Folge vom Parlament für ungültig befunden, wobei vorwiegend auf die zeitliche und praktische Undurchführbarkeit abgestellt wurde (BBl 1977 II 501, 510).

⁸⁹ Vgl. HUGENSCHMIDT, S. 90; KÖLZ, S. 43 ff.

⁹⁰ BBl 1977 II 501, 507.

der Argumentation des Bundesgerichtes und verfuhr nach dem Grundsatz, dass die Einheit der Materie dann nicht gewahrt werde, «wenn die Zusammenfügung, die Verkoppelung verschiedener Gegenstände oder Forderungen sachlich nicht gerechtfertigt» sei.⁹¹

In einer späteren Botschaft kam der Bundesrat anhand der in der Lehre geschaffenen Fallgruppen⁹² zum Schluss, dass die Einheit der Materie fraglich sei, sofern kein sachlicher Zusammenhang zwischen einzelnen Postulaten ersichtlich sei oder die Initiative keiner der besagten Fallgruppen zugeteilt werden könne.⁹³ Auch in diesem Fall entschied der Bundesrat letztlich zugunsten der Volksrechte und bejahte die Einheit der Materie, obwohl sich die Initiative unter keine der bekannten Fallgruppen subsumieren liess und auch «ein sachlicher Zusammenhang [...] strenggenommen nicht hergestellt werden» konnte.⁹⁴ 45

Die Politisierung einer eigentlichen Rechtsfrage erreichte ihren Höhepunkt im Rahmen der Vorlage zur Steuerreform und AHV-Finanzierung 2017. Der Bundesrat gestand dabei ein, die Erhöhung der Familienzulagen verfolge ein anderes Ziel als die Steuerreform, weshalb die Einhaltung der Einheit der Materie diskutabel sei; deren Integration diene in erster Linie der politischen Akzeptanz. Mit einer Abtrennung der Familienzulagen werde aus Sicht des Bundesrates indes die «erforderliche politische Ausgewogenheit in Frage gestellt».⁹⁵ 46

IV. Überprüfung und Rechtsfolgen

1. Überprüfung

Die Überprüfung des Grundsatzes auf Bundesebene erfolgt durch die Bundesversammlung (Art. 139 Abs. 3 BV; Art. 173 Abs. 1 lit. f BV). Der Bundesrat unterbreitet der Bundesversammlung bei Zustandekommen einer Volksinitiative die Botschaft und den Entwurf eines Bundesbeschlusses (Art. 97 Abs. 1 ParlG). In der Folge hat die Bundesversammlung eine Volksinitiative gemäss Art. 98 Abs. 1 ParlG für ganz oder teilweise ungültig zu erklären, wenn das Erfordernis der Ein- 47

⁹¹ BBl 1977 II 501, 509. Zur Argumentation des Bundesgerichtes BGE 99 Ia 638, E. 5.b.

⁹² Dazu oben N 32.

⁹³ BBl 1994 III 1201, 1206.

⁹⁴ BBl 1994 III 1201, 1210 f.

⁹⁵ Zum Ganzen BBl 2018 2527, 2637.

heit der Materie nicht eingehalten wird. Bei diesem Entschluss verfügt die Bundesversammlung über einen erheblichen Ermessensspielraum.⁹⁶ Eine Überprüfung durch das Bundesgericht ist ausgeschlossen (Art. 189 Abs. 4 BV) und der Entscheid der Bundesversammlung endgültig.⁹⁷

- 48 Dieser Prozess wird zu Recht als «rechtstaatlich bedenklich» kritisiert.⁹⁸ Es wird bemängelt, dass eine politische Behörde damit beauftragt wird, einen rechtlichen Grundsatz anzuwenden.⁹⁹ Dadurch besteht die Gefahr der Politisierung einer Rechtsfrage,¹⁰⁰ welche teilweise auch in der Formulierung der Kriterien ihren Niederschlag findet.¹⁰¹ Auch das Bundesgericht konstatiert, «die Gewichtung einzelner Teile einer Vorlage und ihres Verhältnisses zueinander [sei] eine politische Frage».¹⁰²
- 49 Bei der Überprüfung kantonaler Initiativen entscheidet letztinstanzlich keine politische Behörde, sondern das Bundesgericht.¹⁰³ Das Verfahren zur Überprüfung von Initiativen ist kantonal geregelt.¹⁰⁴

⁹⁶ EHRENZELLER/GERTSCH, St. Galler Kommentar zu Art. 139 N 42.

⁹⁷ HÄFELIN et al., N 1794; MOECKLI, S. 581 f.

⁹⁸ MOECKLI, S. 599.

⁹⁹ HANGARTNER/KLEY, N 855.

¹⁰⁰ Vgl. HUGENSCHMIDT, S. 89 f.

¹⁰¹ Vgl. oben FN 58.

¹⁰² BGE 129 I 366, E. 2.3.

¹⁰³ BSK BGG-STEINMANN, Art. 82 N 79 und 86.

¹⁰⁴ Bspw. entscheidet die Kantonsregierung in St. Gallen über die Zulässigkeit des Initiativbegehrens bevor die nötigen Unterschriften gesammelt werden (Art. 36 Abs. 2 RIG SG). Dabei prüft die Regierung, ob die Initiative nur einen einzigen Erlass zum Gegenstand hat und die Vorschriften untereinander in einem *inneren Zusammenhang* stehen (Art. 34 Abs. 2 RIG SG). Verneint die Regierung die Einheit der Materie und damit die Gültigkeit des Initiativbegehrens, so kann dagegen Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben werden (Art. 59bis Abs. 1 VRP SG). Letztlich steht den Parteien der Gang ans Bundesgericht offen (Art. 88 Abs. 1 lit. a BGG). Im Kanton Zürich beschliesst der Regierungsrat innert sechs Monaten nach Einreichung einer Initiative über deren Gültigkeit (§ 130 Abs. 1 GPR ZH). Hält er die Vorlage für ungültig, stellt er dem Kantonsrat Antrag auf Ungültigerklärung. Letzterer hat wiederum drei Monate Zeit, eine Entscheidung zu treffen (§ 130 Abs. 2 GPR ZH). Der Beschluss des Kantonsrats kann weder mittels Rekurs (§ 19 Abs. 2 lit. b VRG ZH) noch Beschwerde (§ 42 lit. b VRG ZH) angefochten werden (Kommentar VRG ZH-BOSSHART/BERTSCHI, § 19 N 61). Da kein kantonales Rechtsmittel vorgesehen ist, kann der Entscheid direkt beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 88 Abs. 1 lit. a i.V.m.

2. Rechtsfolgen der fehlenden Einheit der Materie

Mangelt es einer Vorlage an der Einheit der Materie, so muss geklärt werden, wie mit dieser Vorlage weiter verfahren wird. Verfassung und Gesetz sehen vor, dass eine Initiative «für ganz oder teilweise ungültig» erklärt wird (Art. 139 Abs. 3 BV; Art. 98 Abs. 1 ParlG). Auf Bundesebene nicht vorgesehen ist die Aufspaltung in mehrere Vorlagen. Den Kantonen steht zwar frei, diese Option vorzusehen,¹⁰⁵ sie sollte aber nur mit grosser Zurückhaltung angewandt werden.¹⁰⁶ 50

2.1 Vollständige Ungültigerklärung

Als einschneidendste Variante dient die vollständige Ungültigerklärung der Vorlage. Diesem Vorgehen steht der Grundsatz der Verhältnismässigkeit entgegen. Lehre wie auch Bundesgericht sprechen sich in diesem Sinne dafür aus, eine Vorlage wenn möglich nur für teilungültig zu erklären; die vollständige Ungültigkeit soll mithin nur beschlossen werden, wenn nicht zumindest ein Teil der Vorlage aufrecht erhalten werden kann.¹⁰⁷ 51

2.2 Teilweise Ungültigerklärung

Bei einer teilweisen Ungültigerklärung bleibt ein Teil der Vorlage bestehen, während der andere Teil gestrichen resp. für ungültig erklärt wird.¹⁰⁸ Dafür müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein.¹⁰⁹ 52

Erstens muss der verbleibende Teil weiterhin ein sinnvolles Ganzes ergeben und in dieselbe Richtung zielen, wie die ursprüngliche Vorlage.¹¹⁰ Dafür entscheidend ist, was der Stimmbürger aufgrund der Vorlage und einer allfälligen Begründung verstehen durfte.¹¹¹ Zweitens ist eine Teilungültigkeit nur möglich, wenn davon ausgegangen werden kann, dass die Vorlage die nötige Zahl an Unterschriften 53

Abs. 2 BGG; vgl. BGer 1C_221/2017, 1C_223/2017 vom 18. April 2018, E. 3 [nicht publiziert in BGE 144 I 193]).

¹⁰⁵ MOECKLI, S. 588 f., m.w.H.

¹⁰⁶ MOECKLI, S. 595. Zur Aufspaltung unten § 2/IV./2.3.

¹⁰⁷ BGE 139 I 292, E. 7.2.3; 134 I 172, E. 2.1; 105 Ia 362, E. 3; HANGARTNER/KLEY, N 2140; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 2077.

¹⁰⁸ Vgl. Kommentar ParlG-FÜZESSÉRY, Art. 98 N 15 ff.

¹⁰⁹ ATTINGER, S. 155 f.; HANGARTNER/KLEY, N 2143.

¹¹⁰ BGE 134 I 172, E. 2.1; 130 I 185, E. 5.

¹¹¹ ATTINGER, S. 156.

auch erreicht hätte, wenn die nun gekürzte Version vorgelegt worden wäre.¹¹² Wird dem Volk ein Teil einer Initiative unterbreitet, so darf sie nicht «eines wesentlichen Teils beraubt» sein.¹¹³ Entsprechend darf letztlich der für ungültig erklärte Teil nur einen nebensächlichen Charakter haben, ansonsten die gesamte Vorlage für ungültig erklärt werden muss.¹¹⁴ Die teilweise Ungültigkeit ist mittlerweile die Regel und das Bundesgericht bemüht sich bisweilen um «kreative Lösungen», damit Vorlagen zumindest teilweise gerettet werden können.¹¹⁵

- 54 Da bei einem Verstoß gegen die Einheit der Materie die Ungültigkeit gerade aufgrund der Verschiedenartigkeit der Elemente vorliegt, wird die Abwägung zusätzlich erschwert. Während sich wohl zwei in sich schlüssige Teile bilden lassen, ist jedoch schwer zu eruieren, ob die Stimmbürger auch jeden Teil einzeln unterstützt hätten.¹¹⁶ In diesem Sinne ist der obige Ansatz im Zusammenhang mit der Einheit der Materie zu relativieren. Die Teilungsgültigkeit dürfte oftmals an der Voraussetzung scheitern, dass nicht klar erkennbar ist, welcher Teil der Vorlage die Stimmbürger zu ihrer Unterschrift veranlasst hat.¹¹⁷ Laut KELLER/WEBER ist bei einem Verstoß gegen die Einheit der Materie die gesamte Initiative für ungültig zu erklären, da das Parlament nicht über die Kompetenz verfügt, zu entscheiden, welcher (grundsätzlich gültige) Teil der Initiative zur Abstimmung gelangen soll.¹¹⁸ Zum gleichen Ergebnis kommt HURST mit seiner Argumentation, dass das Parlament vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Unabänderlichkeit von Initiativen bei einer teilweisen Ungültigerklärung einen zu grossen Gestaltungsspielraum hätte, den es eben gerade zu verhindern gelte.¹¹⁹

¹¹² BGE 139 I 292, E. 7.2.3; 134 I 172, E. 2.1.

¹¹³ BGE 117 Ia 147, E. 5.c.

¹¹⁴ ATTINGER, S. 157; HÄFELIN et al., N 1793. Siehe MOECKLI, S. 585, für eine Übersicht zu den kantonalen Vorschriften. Bspw. wird im Kanton Zürich nur derjenige Teil einer Initiative, welcher gegen übergeordnetes Recht verstösst, für ungültig erklärt, falls der restliche Teil die wesentlichen Anliegen der Initiative enthält und noch ein sinnvolles Ganzes ergibt (§ 128 Abs. 2 GPR ZH).

¹¹⁵ MOECKLI, S. 586 f.

¹¹⁶ Vgl. ATTINGER, S. 160.

¹¹⁷ Vgl. BGE 123 I 63, E. 6.c; MOECKLI, S. 595.

¹¹⁸ KELLER/WEBER, S. 1016. Gl.M. MOECKLI, S. 593 f. Siehe auch BGE 129 I 381, E. 4.4.

¹¹⁹ HURST, S. 124 f. A.M. Kommentar ParlG-FÜZESSÉRY, Art. 98 N 15 ff., wonach die Streichung ungültiger Teile und damit die teilweise Ungültigerklärung von Initiativen erlaubt ist.

2.3 Aufspaltung

Im Sinne der Verhältnismässigkeit muss auch die Aufspaltung von Initiativen in Frage kommen.¹²⁰ Obwohl weder Bundesverfassung noch Bundesgesetze die Aufspaltung erwähnen, sehen gewisse Kantone diese Möglichkeit vor.¹²¹ Ein Beispiel findet sich im Gesetz über die politischen Rechte des Kantons Zürich: Initiativen, denen der hinreichende innere Zusammenhang abgeht, können in mehrere Teile getrennt werden, sofern *jeder Teil ein sinnvolles Ganzes ergibt* (§ 128 Abs. 3 GPR ZH).

Das Bundesgericht lässt eine Aufteilung aber nicht in jedem Fall zu. Wäre eine Aufteilung grundsätzlich möglich, so werde das Prinzip der Einheit der Materie untergraben. Werden missbräuchlich mehrere Elemente ohne Zusammenhang miteinander verbunden, ist eine Aufteilung nicht zulässig.¹²²

Wiederum monieren kritische Stimmen, dass bei einer Aufspaltung nicht nachgewiesen werden könne, dass eine veränderte Vorlage die nötige Anzahl an Unterschriften erreicht hätte.¹²³ KÖLZ plädiert denn auch nur dann für die Aufspaltung, wenn angenommen werden kann, dass die einzelnen Teile die nötigen Unterschriften auch erreicht hätten.¹²⁴ Auch würde eine Aufteilung dem Gebot der Unabänderlichkeit von Initiativen widersprechen.¹²⁵

Es dürfte diesen Argumenten geschuldet sein, dass das Bundesgericht bis anhin nur einer einzigen Aufspaltung zugestimmt hat, ohne in diesem Fall aber vertieft auf die dargelegten Probleme einzugehen.¹²⁶

¹²⁰ RHINOW/SCHÉFER/UEBERSAX, N 2077.

¹²¹ BGE 130 I 185, E. 4; 129 I 381, E. 4; 123 I 63, E. 4.c; HANGARTNER/KLEY, N 2112; BSK BV-TSCHANNEN, Art. 34 N 43.

¹²² BGE 130 I 185, E. 4.1; 129 I 381, E. 4.3.

¹²³ BGE 129 I 381, E. 4.2; HURST, S. 125; KUHN, S. 139 f. HANGARTNER/KLEY, N 825, halten die Aufspaltung im Einzelfall aber als «verhältnismässige Massnahme» für möglich.

¹²⁴ KÖLZ, S. 20 f.

¹²⁵ HUGENSCHMIDT, S. 46; MOECKLI, S. 597.

¹²⁶ Siehe BGE 132 I 282.

V. Information der Stimmbürger

- 59 Die Einheit der Materie steht als Grundsatz im Zeichen der freien Willensbildung und unverfälschten Stimmabgabe. Kein Stimmbürger soll zu einer Meinungsäußerung gezwungen werden, die er nicht beabsichtigt.¹²⁷ In der Regel bedingt aber jede Entscheidung die Gegenüberstellung von positiven und negativen Aspekten – bewusst oder unbewusst – worauf letztlich eine Schlussfolgerung gründet. Je komplexer eine Vorlage, desto schwieriger wird es sein, sämtliche Aspekte zu berücksichtigen und alle Folgen abzuschätzen. Gerade in diesen komplexen – aber auch in scheinbar einfachen – Fällen ist eine gewisse Abwägung für den Stimmbürger unumgänglich.¹²⁸
- 60 Um diesem Umstand – welchem auch mit dem Prinzip der Einheit der Materie nicht restlos beizukommen ist – entgegenzuwirken, sind die Behörden verpflichtet, zur Gewährleistung der freien Willensbildung im Vorfeld einer Abstimmung korrekt (und zurückhaltend) zu informieren (vgl. Art. 10a BPR).¹²⁹ In Abhängigkeit der Komplexität der Angelegenheiten bedarf es einer «kontinuierliche[n] Teilnahme der Behörden am öffentlichen Meinungsbildungsprozess», damit die Stimmberechtigten ein rationales und ausgewogenes Urteil fällen können.¹³⁰ Die behördliche Information soll «auf hinreichender Kenntnis der wesentlichen Tatsachen und Argumente beruhende Entscheide» ermöglichen.¹³¹ Die Informierung durch die Behörden hat dazu kontinuierlich, sachlich, transparent, verhältnismässig und fair zu erfolgen.¹³² Kommen die Behörden ihrer Pflicht zur transparenten und vollständigen Information nicht nach, wird das Recht der Stimmbürger auf freie Willensbildung verletzt.¹³³
- 61 Werden diese Grundsätze aber befolgt, sollten die Stimmbürger auch in der Lage sein, kompliziertere Fragen und Zusammenhänge für sich zu beantworten. Die negativen Auswirkungen einer fehlenden Einheit der Materie könnten also ein Stück weit gemildert werden, indem der Stimmbürger – basierend auf behördlichen In-

¹²⁷ Dazu vorne § 2/I.

¹²⁸ Vgl. HURST, S. 6 ff.

¹²⁹ Vgl. BGE 145 I 1, E. 4.1; 143 I 78, E. 4.4. Siehe auch TÖNDURY, S. 357.

¹³⁰ MÜLLER, *Behörden*, S. 260.

¹³¹ BESSON, S. 180.

¹³² BGE 145 I 175, E. 5.1. Vgl. BESSON, S. 182 ff.; TÖNDURY, S. 359 ff., beide mit detaillierten Ausführungen zu den einzelnen Kriterien.

¹³³ BGE 145 I 207, E. 3.4.

formationen – eine vertiefte Abwägung treffen kann und trotz komplexer Vorlage seinen Willen frei bilden und unverfälscht kundtun kann.¹³⁴

VI. Fazit

Auch das Bundesgericht konstatiert, dass der Begriff der Einheit der Materie im Einzelnen «schwer zu fassen» ist,¹³⁵ und wiederholt gebetsmühlenartig, dass keine überspannten Anforderungen an die Einhaltung des Grundsatzes gestellt werden dürfen.¹³⁶ Dennoch verfolgt der Grundsatz ein wichtiges Ziel: Die Einheit der Materie ist ein Instrument zur Sicherstellung einer möglichst eindeutigen Meinungs- äusserung der Stimmberechtigten. Dabei sollen sie auf eine freie Bildung und Äusserung ihres Willens vertrauen können. Dieser Zweck wird gefördert, indem die Zusammenfassung mehrerer Abstimmungsmaterien verhindert wird, was nicht nur in der Abstimmung selbst, sondern bereits während der Unterschriftensamm- lung eine Rolle spielt. Durch die Gewährleistung einer freien Willensbildung bzw. -erklärung wird im Wesentlichen garantiert, dass der Stimmbürger nicht durch den Staat oder einen privaten Initianten dahingehend manipuliert wird, dass er Lösun- gen akzeptiert, die im Grunde genommen nur teilweise seinem Willen entspre- chen. Kombinationen von Abstimmungsmaterien dürfen nicht einem «Kuhhan- del»¹³⁷ dienen, nur weil einzelne Lösungsvorschläge für sich nicht mehrheitsfähig sind.

Der Grundsatz ist nach der hier vertretenen Auffassung und entgegen der Meinung des Bundesgerichtes nur bei Teilrevisionen der Verfassung anwendbar. Eine An- wendung bei Totalrevisionen führt zwangsläufig zu einer Verwässerung des Grundsatzes, was nicht zu befürworten ist. Ebenso ist für die Anwendung des Grundsatzes unerheblich, wer als Urheber hinter der Vorlage steht. Entscheidet letztlich der Stimmbürger über eine Vorlage, so ist dessen Willensbildung und -äusserung zu schützen, unabhängig davon, wer für die Vorlage verantwortlich zeichnet. Die Einheit der Materie ist überdies auch bei der Durchführung von Wahlen zu beachten. Liegt dem Wähler eine vorgegebene Liste vor und hat er keine Möglichkeit, Anpassungen vorzunehmen, so ist er in seiner Willensbildung

¹³⁴ Vgl. KUHN, S. 130.

¹³⁵ BGer 1C_109/2016 vom 8. August 2016, E. 2.1.

¹³⁶ BGE 129 I 366, E. 2.3, m.w.H.

¹³⁷ Siehe SCHÖCHLI HANSUELI, Ein Kuhhandel beschneidet die Volksrechte, NZZ vom 10. April 2019.

und Meinungsäusserung eingeschränkt. Er wird womöglich mit der Situation konfrontiert, einzelne unliebsame Kandidaten wählen zu müssen, damit er seinen Favoriten eine Stimme geben kann.¹³⁸

- 64 Die vielfältigen Meinungen in der Lehre und bundesgerichtlichen Rechtsprechung verdeutlichen die Schwierigkeit, objektive, einzelfallunabhängige Kriterien zu definieren. Ein Teil der Lehre versucht sich in der Deutung des *sachlichen Zusammenhangs*. Dazu wird oftmals ein gemeinsamer Zweck oder ein gemeinsames Ziel verlangt. Die Bestimmung eines Ziels oder Zwecks und dessen materieller Umfang gibt jedoch wiederum Anlass zu Diskussionen und muss von Fall zu Fall neu festgelegt werden.
- 65 Beim zweiten Ansatz werden Lehre und Rechtsprechung ineinander verwoben, indem die Lehre, basierend auf der Rechtsprechung des Bundesgerichtes, Fallkategorien definiert. Kann eine Vorlage einer dieser Kategorien zugeordnet werden, so ist die Einheit der Materie gewahrt. Die Kategorisierung erleichtert zwar vordergründig eine Entscheidung, ermöglicht aber kein normatives, zu transponieren des Muster. Zudem werden Kategorien teils derart schwammig umschrieben, dass der Ermessensspielraum für die entscheidende Behörde so gross ist, dass die Rechtssicherheit darunter leidet.¹³⁹
- 66 Nicht selten entscheiden Bundesrat oder Bundesversammlung eine umstrittene Debatte zur Einheit der Materie nach dem Grundsatz «Im Zweifelsfall zu Gunsten der Volksrechte» wohlwollend und bejahen die Einheit der Materie. Dabei räumt der Bundesrat auch ein, dass durch die grosszügige Praxis von Bundesrat und Parlament der begrenzte Stellenwert des Kriteriums der Einheit der Materie in Kauf genommen werde. Während solche Beurteilungen wohl für die Initianten erfreulich ausfallen, verlieren Bundesrat und Bundesversammlung den eigentlichen Zweck des Grundsatzes aus den Augen. Indem sie zwar den Initianten entgegenkommen, schränken sie durch Gutheissung solcher Vorlagen die freie Willensbildung sämtlicher Stimmbürger ein.¹⁴⁰
- 67 Wird der Grundsatz der Einheit der Materie nicht eingehalten, so kann eine Vorlage für vollständig oder teilweise ungültig erklärt oder aufgespalten werden. Einer teilweisen Ungültigerklärung und einer Aufspaltung haftet der Makel an, dass sich die kontrollierende Instanz (unzulässigerweise) in die Angelegenheit des

¹³⁸ Zur Anwendbarkeit des Grundsatzes oben § 2/II.

¹³⁹ Zu den einzelnen Lehrmeinungen oben § 2/III./2.

¹⁴⁰ Zur Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung oben § 2/III./3.2.

Initianten einmischt und sich bei ihren Entscheiden oft auf Annahmen abstützen muss.¹⁴¹

Letztlich hängt die Willensbildung der Stimmberechtigten entscheidend von ihrer Informationslage ab. Gerade bei komplizierten Entscheidungen, die einer Abwägung bedürfen, sollte der Stimmende auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Informationen vertrauen können. Die Einheit der Materie sucht zu verhindern, dass Stimmende dazu gezwungen werden, einem Punkt zuzustimmen, damit sie ihre eigentliche Präferenz bei einer anderen Frage ausdrücken können. Es scheint indes unrealistisch, anzunehmen, dass keinerlei Abwägung zwischen positiven und negativen Aspekten vorgenommen werden muss. Freilich mag die Abwägung bei einer simplen Fragestellung weniger komplex erscheinen, gänzlich zu verhindern ist sie jedoch auch da nicht. Werden die Stimmberechtigten in diesem Fall aber transparent und vollständig informiert, muss auch die Abstimmung über eine komplexere Vorlage zulässig sein.

68

¹⁴¹ Zu den Rechtsfolgen der fehlenden Einheit der Materie oben § 2/IV./2.

§ 3 Einheit der Materie im Aktienrecht

I. Aktueller Stand

- 69 Der Grundsatz der Einheit der Materie findet auch in der aktienrechtlichen Lehre vereinzelt Erwähnung. Unter Bezugnahme auf die staatsrechtliche Rechtsprechung und Lehre wird argumentiert, die Einheit der Materie sei zugunsten einer freien Willensbildung der Aktionäre auch im Aktienrecht zu berücksichtigen.¹⁴² Dazu wird dem Staatsrecht auch die Gretchenfrage nach dem *sachlichen Zusammenhang* entlehnt und betreffend die aktienrechtlichen Beschlüsse gefordert, dass diese jeweils nur einen Beschlussgegenstand betreffen bzw. zwischen einzelnen Elementen ein sachlicher Zusammenhang bestehen muss.¹⁴³
- 70 Durch die *Aktienrechtsrevision 2016* wurde der Grundsatz der Einheit der Materie näher in den Fokus gerückt, da folgende Bestimmung Eingang ins Gesetz finden soll:
- Art. 700 Abs. 3 E-OR
- Der Verwaltungsrat stellt sicher, dass die Verhandlungsgegenstände die Einheit der Materie wahren, und legt der Generalversammlung alle Informationen vor, die für ihre Beschlussfassung von Bedeutung sind.
- 71 Die Botschaft erläutert die Bestimmung so, dass Aktionäre ihr Stimmrecht differenziert und gezielt ausüben können sollen, wozu ein Verhandlungsgegenstand nur Aspekte enthalten dürfe, «die einen engen Zusammenhang aufweisen oder die sich gegenseitig bedingen».¹⁴⁴
- 72 In der Vernehmlassung zum Vorentwurf zeigte sich, dass die Idee einer Implementierung des Grundsatzes im Aktienrecht nicht nur Zuspruch erfährt.¹⁴⁵ Der Bundesrat kam in seiner Botschaft zum Schluss, dass sich kein klares Bild ergeben

¹⁴² Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 100d; POLEDNA, *Übertragung*, S. 929.

¹⁴³ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 100d; DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 85; ZK-TANNER, Art. 700 OR N 24. Bereits etwas ausführlicher SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 10 N 37 ff.

¹⁴⁴ BBl 2017 399, 554.

¹⁴⁵ Vgl. Vernehmlassungsbericht Aktienrechtsrevision 2016, S. 18.

habe.¹⁴⁶ In der Lehre wird der Vorschlag zuweilen als «unnötige Mikroregulierung» bezeichnet.¹⁴⁷

II. Fragestellung

In der vorliegenden Arbeit wird – zwar teilweise bezugnehmend, aber grundsätzlich unabhängig vom laufenden Reformvorhaben – untersucht, ob der Grundsatz der Einheit der Materie auch im Aktienrecht seinen Platz finden kann und in welcher Form dieses Kriterium zweckmässig auszugestalten ist. 73

Mit dem erfolgten Überblick zur Einheit der Materie im öffentlichen Recht wurde eine erste Basis geschaffen, um in der Folge zu prüfen, wie der Grundsatz im Aktienrecht Anwendung finden könnte. Zuerst werden indes die im Lichte der Fragestellung relevanten Grundlagen der Aktiengesellschaft erörtert. Anschliessend wird konkret dargelegt, welche Gründe für eine Implementierung des Grundsatzes der Einheit der Materie im Aktienrecht sprechen und wie diese vorzunehmen ist. 74

¹⁴⁶ BBl 2017 399, 554.

¹⁴⁷ GERICKE et al., S. 39.

Teil II:

Die Generalversammlung

§ 4 Einleitung

Der erste Teil dieser Arbeit hat gezeigt, welchem Zweck der Grundsatz der Einheit der Materie im öffentlichen Recht dient, welche Kriterien zur Prüfung herangezogen werden und wie das Verfahren organisiert ist. 75

Ein ausreichender Schutz des Stimmrechts – des zentralsten der aktienrechtlichen Mitwirkungsrechte¹⁴⁸ – ist auch in der Aktiengesellschaft zu gewährleisten. Im Hinblick auf die Übernahme des Grundsatzes der Einheit der Materie ins Aktienrecht stellt sich die Frage, wie die Rahmenbedingungen in einer Aktiengesellschaft diesbezüglich ausgestaltet sind. Den Eigenheiten der Aktiengesellschaft ist genügend Beachtung zu schenken, bevor eine Regelung aus dem Staatsrecht übernommen werden kann. 76

Zur Darlegung dieser Rahmenbedingungen dient der zweite Teil der Arbeit. Die Generalversammlung ist einerseits Gesellschaftsorgan und andererseits Versammlungsort der Aktionäre; jener Ort, wo der Wille der Gesellschaft gebildet wird.¹⁴⁹ 77
In diesem Sinne gliedern sich die folgenden Ausführungen in ein Kapitel zur Generalversammlung in ihrer Funktion als Organ (§ 5) und eines zur Generalversammlung als Ort der Willensbildung (§ 6).

¹⁴⁸ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 134; BÜHLER, *Regulierung*, N 473; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 260; KUNZ, *Exit*, S. 22.

¹⁴⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 22 N 2; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 61.

§ 5 Die Generalversammlung – das Organ

- 78 Der Generalversammlung als Organ sind per Gesetz gewisse Kompetenzen zugewiesen (Art. 698 Abs. 2 OR). Um diese rechtsgenügend wahrnehmen zu können, verfügen die einzelnen Aktionäre über bestimmte Rechte. In der Folge gilt es deshalb, sowohl die einzelnen Kompetenzen der Generalversammlung wie auch die Rechte der Aktionäre zu beleuchten. Vorweg erfolgt ein Überblick über die Kompetenzordnung unter den Organen.

I. Kompetenzordnung unter den Organen

- 79 Die Struktur der Aktiengesellschaft wird geprägt durch die drei gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organe: Generalversammlung, Verwaltungsrat und Revisionsstelle.¹⁵⁰ Vergleichbar mit einem Staat nehmen sie Legislativ-, Exekutiv- und Kontrollfunktionen wahr.¹⁵¹ Im Sinne einer Gewaltenteilung sind jedem Organ gewisse unübertragbare und unentziehbare Aufgaben zugewiesen.¹⁵²

1. Rechtsgrundlagen der Kompetenzordnung

- 80 Nach dem Wortlaut der Bestimmung in Art. 698 Abs. 1 OR ist die Generalversammlung das oberste Organ in der Aktiengesellschaft. Ergänzend legt Abs. 2 die ihr zustehenden unübertragbaren Befugnisse fest. Die Kompetenzzuweisung zugunsten des Verwaltungsrates findet sich in Art. 716a Abs. 1 OR, wobei von *unübertragbaren und unentziehbaren* Aufgaben die Rede ist. Dem Verwaltungsrat kommt über diese Aufgaben hinaus eine Auffangkompetenz zu, indem er nach Art. 716 OR in allen Angelegenheiten Beschluss fassen kann, die weder nach Gesetz noch nach Statuten der Generalversammlung zugeteilt sind. In Kombination mit Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 6 OR bedeutet dies, dass sich die Generalversammlung im Sinne einer Kompetenz-Kompetenz jene Zuständigkeiten selber zuweisen kann, welche nicht zwingend dem Verwaltungsrat oder der Revisions-

¹⁵⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 465.

¹⁵¹ ZK-TANNER, Art. 698 OR N 5; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 FN 1058. Kritisch BÖCKLI, *Aktionärsdemokratie*, S. 181. Ausführlich dazu unten § 8/I/1.

¹⁵² BERTSCHINGER, *Zuständigkeit*, S. 310 f.; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 3; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 468 ff.; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 62.

stelle zustehen.¹⁵³ Letzterer obliegt die ordentliche bzw. eingeschränkte Prüfung der Jahresrechnung (Art. 727 ff. OR).¹⁵⁴ Im Übrigen können die Aufgaben der Revisionsstelle durch die Statuten und die Generalversammlung erweitert werden (Art. 731a Abs. 1 OR). Begrenzt wird dieser Gestaltungsspielraum dadurch, dass der Revisionsstelle weder Aufgaben des Verwaltungsrates noch Aufgaben, die ihre Unabhängigkeit beeinträchtigen, zugeteilt werden dürfen (Art. 731a Abs. 2 OR).

2. Theorien der Kompetenzordnung

Zur Interpretation der soeben erläuterten gesetzlichen Kompetenznormen werden verschiedene Theorien herangezogen. Die Lehre führt vier Möglichkeiten der Kompetenzordnung auf, wobei es jeweils um das Kräfteverhältnis zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat geht. Neben dem Führerprinzip existieren die «reine» und «eingeschränkte» Omnipotenztheorie sowie das Paritätsprinzip.¹⁵⁵ 81

2.1 Führerprinzip

Nach dem Führerprinzip liegt die Allmacht in der Gesellschaft beim Verwaltungsrat.¹⁵⁶ Dieser wird als *überragende Persönlichkeit* zur Leitung der Gesellschaft bestimmt und soll vollständig unabhängig führen.¹⁵⁷ Indessen hat sich dieses Prinzip in der Schweiz nie etabliert, weil die Generalversammlung als Organ seit 1881 zwingend vorgeschrieben ist.¹⁵⁸ 82

2.2 Omnipotenztheorie

Bei der Omnipotenztheorie wird zwischen der reinen und der eingeschränkten Ausprägung unterschieden. 83

¹⁵³ Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 13 N 10; MEIER-SCHATZ, S. 265.

¹⁵⁴ Ausnahmsweise können die Aktionäre einstimmig auf die Durchführung einer eingeschränkten Revision verzichten (Art. 727a Abs. 2 OR; dazu unten § 6/II./1.2/c).

¹⁵⁵ FORSTMOSER, *Organisation*, § 1 N 18 ff.; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 12 ff.

¹⁵⁶ FORSTMOSER, *Organisation*, § 1 N 20; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 12 f.

¹⁵⁷ RIZVI, N 352; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 12.

¹⁵⁸ Vgl. HOMBURGER, S. 284; RIZVI, N 352; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 13.

a. Reine Omnipotenztheorie

- 84 Die zum Führerprinzip gegenteilige Position in der Kompetenzzuweisung bildet die reine Omnipotenztheorie ab. Hinter dieser Theorie versteckt sich die Absicht, Aktionären bei der Verwaltung der Gesellschaft im demokratischen Sinne ein Mitspracherecht zu gewähren.¹⁵⁹ Eine omnipotente Generalversammlung könnte alle Entscheide an sich ziehen und dem Verwaltungsrat verbindliche Anweisungen erteilen oder gar an dessen Stelle entscheiden.¹⁶⁰ Aufgrund der den verschiedenen Organen gesetzlich zugeordneten unübertragbaren Kompetenzen konnte sich indes auch die reine Omnipotenztheorie im schweizerischen Aktienrecht nicht durchsetzen.¹⁶¹

b. Eingeschränkte Omnipotenztheorie

- 85 Den eben genannten Vorbehalt nimmt die eingeschränkte Omnipotenztheorie auf. Dabei wird die Allmacht der Generalversammlung durch unentziehbare Kompetenzen seitens des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle begrenzt,¹⁶² weshalb diese Auslegung auch als Kompromiss zwischen der reinen Omnipotenztheorie und der Paritätstheorie¹⁶³ verstanden wird.¹⁶⁴
- 86 Die Möglichkeit für die Generalversammlung, im Machtbereich des Verwaltungsrates für diesen verbindliche Beschlüsse zu fassen, bleibt zwar bestehen,¹⁶⁵ indes nicht in einem Ausmass, welches den Verwaltungsrat zu einem ausführenden

¹⁵⁹ ZK-TANNER, Art. 698 OR N 14. WANDER, S. 30 f., betont aber, dass man sich bewusst war, dass die beherrschende Stellung der Generalversammlung für die Entwicklung der Aktiengesellschaft hinderlich sei, da das Organ zu schwerfällig und langsam arbeite, um einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben zu können.

¹⁶⁰ Vgl. FORSTMOSER, *Organisation*, § 1 N 19; ISLER, S. 3; RIZVI, N 354; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 14 f.; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 4 N 170.

¹⁶¹ Vgl. ZK-TANNER, Art. 698 OR N 16. Eine andere Interpretation liess noch das alte Recht (Art. 721 Abs. 1 OR 1936) zu, wonach sich die Befugnisse der Verwaltung nach den Beschlüssen der Generalversammlung richteten (vgl. ISLER, S. 4). Anders verhält es sich in der GmbH, wo bestimmte Geschäftsführungsentscheide von der Genehmigung der Gesellschafterversammlung abhängig gemacht werden können (Art. 811 OR; dazu HANDSCHIN/TRUNIGER, § 10 N 12 ff.).

¹⁶² ZK-TANNER, Art. 698 OR N 37.

¹⁶³ Dazu sogleich § 5/I./2.3.

¹⁶⁴ SCHMITT, S. 44.

¹⁶⁵ Vgl. ZK-BÜRGLI, Vor Art. 698–731 OR N 43 f.; ISLER, S. 5; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 17.

Organ degradieren würde.¹⁶⁶ Hinsichtlich Voraussetzungen zum Eingriffsrecht der Generalversammlung bestehen verschiedene Auffassungen. Für einen Teil der Lehre ist der Eingriff in die Angelegenheiten des Verwaltungsrates vorbehalten für aussergewöhnliche Entscheidungen, welche die Interessen der Aktionäre besonders berühren.¹⁶⁷ Andere Lehrmeinungen lassen einen Eingriff zu, solange die zwingend zugewiesenen Kompetenzen des Verwaltungsrates nicht berührt werden.¹⁶⁸ Letzterer Meinung ist zuzustimmen. Indem der Generalversammlung das Recht zusteht, jene Kompetenzen, welche nicht ausdrücklich per Gesetz dem Verwaltungsrat oder der Revisionsstelle zugewiesen sind, mittels Statutenänderung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 OR) zu attrahieren,¹⁶⁹ wird der Generalversammlung – trotz bestimmter Einschränkungen – eine gewisse Vormachtstellung zuteil.¹⁷⁰

2.3 Paritätsprinzip

Dem Paritätsprinzip folgend stehen die Organe hierarchisch nicht über- oder untereinander, sondern «funktional nebeneinander».¹⁷¹ Jedem Organ werden bestimmte Kompetenzen zwingend zugewiesen, für die es grundsätzlich ausschliesslich zuständig ist.¹⁷² Dafür spricht gemäss Befürwortern, dass einerseits die Generalversammlung nicht über die notwendigen Grundlagen und Sachkenntnisse verfüge, um über Fragen der laufenden Geschäftstätigkeit zu befinden, und solche

87

¹⁶⁶ Vgl. ISLER, S. 5; VON STEIGER, S. 200.

¹⁶⁷ Vgl. ZK-BÜRGEL, Vor Art. 698–731 OR N 44; SCHUCANY, S. 112 f. In diesem Sinne lässt sich bspw. die im Rahmen der Aktienrechtsrevision 2016 beabsichtigte Einführung der Beschlusskompetenz der Generalversammlung zur Dekotierung von Beteiligungspapieren deuten. Da wesentliche Interessen der Aktionäre betroffen sind, soll diese Entscheidungsbefugnis künftig der Generalversammlung zustehen (dazu unten § 5/II.8.3).

¹⁶⁸ BERTSCHINGER, *Zuständigkeit*, S. 318; DESSEMONTET, S. 26; VON STEIGER, S. 200.

¹⁶⁹ Nach Auffassung von BERTSCHINGER, *Zuständigkeit*, S. 317, reicht zur Kompetenzattraktion bereits die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes.

¹⁷⁰ Vgl. ZK-BÜHLER, Art. 716 OR N 5 ff.; MEIER-SCHATZ, S. 265; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 40 f.; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716 N 4. BERTSCHINGER, *Zuständigkeit*, S. 318, dehnt eine allgemeine Attraktionskompetenz zugunsten der Generalversammlung auch auf delegierbare Geschäftsführungsentscheide aus.

¹⁷¹ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 1; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 8.

¹⁷² FORSTMOSER, *Organisation*, § 1 N 21 und 24 ff.; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 21 f.; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 4 N 170.

Entscheidungen andererseits die aktienrechtliche Verantwortlichkeit unterwandern.¹⁷³ Jedoch ist hier einzuwenden, dass sich das (reine) Paritätsprinzip mit einer strikten Interpretation der Stellung der Generalversammlung als oberstes Organ in der Gesellschaft nicht gänzlich vereinbaren lässt.¹⁷⁴ Zudem wird das Paritätsprinzip neuerdings dadurch durchbrochen, dass die VegüV für börsenkotierte Gesellschaften die Abstimmung der Generalversammlung über die Vergütung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung – eigentlich eine Aufgabe im Kompetenzbereich des Verwaltungsrates¹⁷⁵ – vorsieht.¹⁷⁶

2.4 Fazit

- 88 Wie sich in den Ausführungen zu den einzelnen Theorien gezeigt hat, vermag keine derselben die Verhältnisse in der schweizerischen Aktiengesellschaft gänzlich zutreffend abzubilden. Der Gesetzgeber erteilte der Omnipotenztheorie in der Aktienrechtsrevision 1991 «eine Absage»,¹⁷⁷ was die Lehre als Bekenntnis zum Paritätsprinzip deutet.¹⁷⁸ Auch wenn gemäss herrschender Lehre das Paritätsprinzip gilt,¹⁷⁹ ist nach der hier vertretenen Auffassung im Sinne der obigen Ausführungen der eingeschränkten Omnipotenztheorie der Vorzug zu geben.¹⁸⁰
- 89 Im Übrigen erschöpfen sich die Organisationsformen der Aktiengesellschaft nicht zwingend in den oben dargelegten Konstellationen. Der Gesellschaft steht es im Grundsatz frei, in ihren Statuten weitere Organe (als wohl prominentestes Beispiel

¹⁷³ Vgl. MOHR, S. 15 f.; SCHETT, S. 23 f.; WANDER, S. 30 f.

¹⁷⁴ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 3; SCHMITT, S. 43; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 23.

¹⁷⁵ BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a N 47 f.

¹⁷⁶ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 4a. Vgl. auch BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a N 49. Zur Kompetenz der Generalversammlung betreffend Vergütung unten § 5/II/7.

¹⁷⁷ BBl 1983 II 745, 842.

¹⁷⁸ Vgl. FORSTMOSER, *Eingriffe*, S. 170; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 34, m.w.H.

¹⁷⁹ Vgl. ZK-BÜHLER, Art. 716 OR N 3; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 1; HÄUSERMANN, *Paritätsprinzip*, S. 256; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 476; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 4 N 169.

¹⁸⁰ Gl.M. ZK-TANNER, Art. 698 OR N 37 und 55. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 8, räumen ein, dass trotz Paritätsprinzip auch von einer eingeschränkten Omnipotenztheorie gesprochen werden könne. In eine ähnliche Richtung zielt HÄUSERMANN, *Paritätsprinzip*, S. 267 f., mit seiner Forderung, das Paritätsprinzip abzuschaffen und die Unentziehbarkeit von Verwaltungsratskompetenzen aufzuheben, erwähnt aber gleichzeitig, dass sein Vorschlag nur oberflächliche Ähnlichkeiten mit der Omnipotenztheorie aufweise.

die Ernennung einer Geschäftsleitung) vorzusehen.¹⁸¹ Bedingung dafür ist, dass diesen keine Aufgaben übertragen werden, welche per Gesetz von den obligatorischen Organen wahrzunehmen sind.¹⁸²

II. Kompetenzen der Generalversammlung

In der Folge liegt der Fokus auf den einzelnen Kompetenzen der Generalversammlung. Wie soeben erwähnt steht ihr die Macht – trotz Bezeichnung als oberstes Organ – nicht allein zu. Im Verhältnis zu den weiteren Organen genießt sie gleichwohl eine übergeordnete Stellung, da sie die grundlegendsten Entscheidungen in der Aktiengesellschaft zu ihren unentziehbaren Kompetenzen zählt.¹⁸³ So ist sie insbesondere für die Festsetzung und Änderung der Statuten sowie die Wahl der weiteren gesetzlichen Organe – Verwaltungsrat und Revisionsstelle – zuständig und entscheidet über die Gewinnverwendung.¹⁸⁴ Diese Zuteilung ist zwingend und die bezeichneten Kompetenzen sind unentziehbar sowie uneinschränkbar.¹⁸⁵ Einzelne Befugnisse dürfen weder einem anderen Organ übertragen noch durch dieses entzogen werden.¹⁸⁶ Die Generalversammlung übt mittels der ihr zugeteilten Kompetenzen drei Funktionen aus: Normgebungs-, Aufsichts- und Verwaltungsfunktion.¹⁸⁷

Der Generalversammlung wird in Art. 698 Abs. 2 OR eine Zahl an *unübertragbaren Befugnissen* zugewiesen. Der Aufbau der nachfolgenden Unterkapitel orientiert sich an dieser Systematik, ergänzt durch die separaten Bestimmungen in der VegüV. Darüber hinaus erfolgt ein Blick auf die in der Aktienrechtsrevision 2016 vorgesehenen Kompetenzerweiterungen zugunsten der Generalversammlung.

¹⁸¹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 466.

¹⁸² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 466; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 5.

¹⁸³ Vgl. BBl 1983 II 745, 837; BERTSCHINGER, *Generalversammlung*, S. 903; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 15; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 473.

¹⁸⁴ Vgl. RIZVI, N 348.

¹⁸⁵ VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 6.

¹⁸⁶ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 22 N 9; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 93; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 6.

¹⁸⁷ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 14; HANDSCHIN, S. 465; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 60.

1. Festsetzung und Änderung der Statuten

- 92 Die Generalversammlung ist zuständig für die Festsetzung und Änderung der Statuten (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR).¹⁸⁸ Die Statuten binden in ihrer Funktion als Verfassung innerhalb der Aktiengesellschaft neben den Gesellschaftern auch die Organe.¹⁸⁹ Sie regeln deren Organisation sowie Rechte und Pflichten.¹⁹⁰
- 93 Das Gesetz gibt den *absolut notwendigen* Statuteninhalt vor, ohne dessen Bestand die Gesellschaft nicht gegründet werden kann (Art. 626 OR).¹⁹¹ Dazu gehören insbesondere Bestimmungen zum Zweck der Gesellschaft (Ziff. 2), zur Höhe des Aktienkapitals (Ziff. 3), der Einberufung der Generalversammlung und dem Stimmrecht der Aktionäre (Ziff. 5) sowie zu den Organen für die Verwaltung und Revision (Ziff. 6).¹⁹² Für Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz, deren Aktien an der Börse kotiert sind, kommen zusätzlich vergütungsrechtliche Regelungen hinzu, welche aufgrund von Art. 12 Abs. 1 VegüV zwingend in die Statuten aufgenommen werden müssen.¹⁹³

¹⁸⁸ Die eigentliche Festsetzung der Statuten ist den Gründern der Gesellschaft vorbehalten (BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 16; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 100).

¹⁸⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 7 N 2 f.

¹⁹⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 7 N 6; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 97.

¹⁹¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 8 N 7 ff.

¹⁹² Zudem führt Art. 627 OR jene Bestimmungen auf, welche zu ihrer Gültigkeit der Aufnahme in die Statuten bedürfen. Hervorzuheben sind hierbei Bestimmungen zu einer genehmigten oder bedingten Kapitalerhöhung (Ziff. 6), der Beschränkung der Übertragbarkeit von Namenaktien (Ziff. 8), den Vorrechten einzelner Kategorien von Aktien (Ziff. 9), der Beschränkung des Stimmrechts (Ziff. 10), den Vorschriften über die Beschlussfassung in der Generalversammlung (Ziff. 11), der Ermächtigung und Übertragung der Geschäftsführung auf einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates oder Dritte (Ziff. 12) sowie zur Organisation und den Aufgaben der Revisionsstelle (Ziff. 13). Art. 627 OR soll im Zuge der Aktienrechtsrevision 2016 allerdings aufgehoben werden (BB1 2017 399, 486 f.).

¹⁹³ Es handelt sich dabei um Bestimmungen zur Anzahl zulässiger Tätigkeiten einzelner Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung, zu Verträgen betreffend Vergütung, zu Grundsätzen über die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses und zur diesbezüglichen Abstimmung der Generalversammlung (siehe dazu HOCHSTRASSER, N 419 ff.). Art. 12 Abs. 2 VegüV führt wiederum jene Bestimmungen auf, die zu ihrer Gültigkeit in die Statuten aufzunehmen sind.

Die Ausnahme besteht im Zusammenhang mit Kapitalerhöhungen.¹⁹⁴ Die Durchführung der ordentlichen Kapitalerhöhung und die dazugehörige Statutenänderung obliegen dem Verwaltungsrat (Art. 650 Abs. 1 OR).¹⁹⁵ Dies ändert indes nichts an der Kompetenz der Generalversammlung, den Grundsatzentscheid zu einer Kapitalerhöhung und der damit einhergehenden Statutenänderung zu fällen.¹⁹⁶ 94

Zur Änderung der Statuten ist grundsätzlich die absolute Mehrheit der vertretenen Stimmen nötig (Art. 703 OR).¹⁹⁷ Bei bestimmten *wichtigen* Beschlüssen – beispielsweise der Änderung des Gesellschaftszwecks oder der Einführung von Stimmrechtsaktien – ist erforderlich, dass die Vorlage bei mindestens zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte Zustimmung findet (Art. 704 OR). Abschliessend ist jeder Beschluss der Generalversammlung oder des Verwaltungsrates über eine Statutenänderung öffentlich zu beurkunden und ins Handelsregister einzutragen (Art. 647 OR).¹⁹⁸ Der Eintrag im Handelsregister hat konstitutive Wirkung.¹⁹⁹ 95

2. Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle

Die Wahl der Verwaltungsräte und der Revisionsstelle obliegt ausschliesslich der Generalversammlung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Dabei handelt es sich um «unbedingt notwendige Beschlüsse», welche eine funktionierende Selbstverwaltung voraussetzt.²⁰⁰ Die VegüV sieht zudem besondere Bestimmungen für die betroffenen Gesellschaften vor. 96

¹⁹⁴ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 16; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 15; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 99; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 10.

¹⁹⁵ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 2 N 80; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 10 N 14 ff. Siehe zur Beschlussvollzugskompetenz des Verwaltungsrates DUBS, *Abgrenzung*, S. 166 ff.

¹⁹⁶ Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 7. Siehe zur Kompetenzverschiebung bzw. Delegation an den Verwaltungsrat in Form bedingter Beschlüsse DUBS, *Bedingte Beschlüsse*, S. 374 ff., insb. 380.

¹⁹⁷ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 9 N 10.

¹⁹⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 9 N 11.

¹⁹⁹ VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 13.

²⁰⁰ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 420.

2.1 Wahl des Verwaltungsrates

- 97 Die Generalversammlung wählt den Verwaltungsrat grundsätzlich nach ihrem freien Ermessen.²⁰¹ Eine Gesamtwahl der Verwaltungsräte – *in globo* – ist grundsätzlich möglich, allerdings nur dann, wenn kein Aktionär die Einzelauszählung verlangt.²⁰²
- 98 Die Statuten können zudem vorsehen, dass die Generalversammlung neben den Mitgliedern des Verwaltungsrates auch den Verwaltungsratspräsidenten wählt (Art. 712 Abs. 2 OR). Die Wahl erfolgt dabei – sofern die Statuten keine anderslautende Bestimmung enthalten – mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen (Art. 703 OR).²⁰³
- 99 Die Kandidaten für die Wahl in den Verwaltungsrat werden in erster Linie vom Verwaltungsrat selber vorgeschlagen.²⁰⁴ Dieser trägt die Vorschlagsverantwortung und ist für die Prüfung der Wählbarkeitsvoraussetzungen²⁰⁵ zuständig.²⁰⁶ Die Wahl der dafür vorgesehenen Kandidaten wird in der Folge vom Verwaltungsrat in der Einladung zur Generalversammlung beantragt.²⁰⁷ Den Aktionären steht es frei, vor oder noch während der Generalversammlung mittels Anträgen ebenfalls Kandidaten zur Wahl vorzuschlagen.²⁰⁸ Von dieser Möglichkeit wird jedoch selten Gebrauch gemacht,²⁰⁹ weshalb es meist der Verwaltungsrat ist, der den grösseren Einfluss auf die Wahlentscheide ausübt.²¹⁰

²⁰¹ Vgl. BÖCKLI, *Aktionärsdemokratie*, S. 189; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 4 N 36 f. Zum System der Proporzwahl GLANZMANN, *Proporzwahl*, S. 401 ff.

²⁰² VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 4 N 41. Dazu unten § 10/I./3.

²⁰³ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 13 N 47.

²⁰⁴ CR CO II-BAHAR, Art. 3 VegüV N 2; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 23.

²⁰⁵ Wählbar sind ausschliesslich natürliche Personen (Art. 707 Abs. 3 OR). Zudem muss die Gesellschaft durch eine Person vertreten werden können, die Wohnsitz in der Schweiz hat (Art. 718 Abs. 4 OR).

²⁰⁶ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 13 N 397a; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 23.

²⁰⁷ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 23.

²⁰⁸ CR CO II-BAHAR, Art. 3 VegüV N 2; Praxiskommentar VegüV-DAENIKER, Art. 3 N 8; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 4 N 40.

²⁰⁹ Praxiskommentar VegüV-DAENIKER, Art. 3 N 8; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 104.

²¹⁰ WATTER, S. 288.

Ins gleiche Kapitel wie die Wahl des Verwaltungsrates gehört auch dessen Abberufung.²¹¹ Der Gesetzgeber hat diese Kompetenz in einer separaten Bestimmung verankert (Art. 705 Abs. 1 OR). Ein Verwaltungsratsmitglied kann grundsätzlich jederzeit und ohne Angabe von Gründen abberufen werden.²¹² Dafür muss die Abberufung ordnungsgemäss traktandiert werden.²¹³ Das Abberufungsrecht ist zwingender Natur und darf nicht eingeschränkt werden.²¹⁴

100

2.2 Wahl der Revisionsstelle

Die Revisionsstelle kann aus einzelnen oder mehreren natürlichen oder juristischen Personen bestehen.²¹⁵ Die Generalversammlung wählt sie mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen (Art. 703 OR), wobei Stimmrechtsaktien keine Sonderstellung zukommt (vgl. Art. 693 Abs. 3 Ziff. 1 OR).²¹⁶ Die Evaluation der Kandidaten und der Vorschlag zur Wahl erfolgen meist durch den Verwaltungsrat oder dessen Prüfungsausschuss.²¹⁷ Die Revisionsstelle wird für mindestens ein und maximal drei Jahre gewählt, wobei eine Wiederwahl möglich ist (Art. 730a Abs. 1 OR). Die Wahlmöglichkeiten der Generalversammlung bei der Revisionsstelle sind dadurch eingeschränkt, dass nur jene natürlichen oder juristischen Personen wählbar sind, welche die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen.²¹⁸

101

²¹¹ Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 10; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 22 N 29; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 102; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 15.

²¹² BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 13 N 61; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 705 N 5; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 22 N 29; ZK-TANNER, Art. 705 OR N 27.

²¹³ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 13 N 62: Eine Abwahl kann nicht unter dem Traktandum «Wahlen» durchgeführt werden.

²¹⁴ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 13 N 64; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 705 N 6; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 27 N 39; ZK-TANNER, Art. 705 OR N 41. Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann in den Statuten für die Abwahl eine qualifizierte Mehrheit verlangt werden (BGE 117 II 290, E. 7).

²¹⁵ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 15 N 620. Vgl. auch BSK OR II-REUTTER, Art. 730 N 12 ff.

²¹⁶ BSK OR II-REUTTER, Art. 730 N 3.

²¹⁷ BSK OR II-REUTTER, Art. 730 N 3.

²¹⁸ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 15 N 629. Bei Publikumsgesellschaften ist dies ein staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen (Art. 727b Abs. 1 OR; Art. 7 und 9 RAG), bei den übrigen zur ordentlichen Revision verpflichteten Gesellschaften ein zugelassener Revisionsexperte (Art. 727b Abs. 2 OR; Art. 4 RAG) und bei Gesellschaften, die zur eingeschränkten Revision verpflichtet sind, ein zugelassener Revisor

- 102 Die Generalversammlung ist ausdrücklich befugt, die Organisation der Revisionsstelle eingehender zu regeln und deren Aufgaben zu erweitern (Art. 731a Abs. 1 OR). Denkbar wäre z.B. eine Vorschrift betreffend die Zusammenarbeit verschiedener Revisionsstellen oder die Hierarchiestufe der einzelnen Revisionsmitarbeiter.²¹⁹ Als Aufgabenerweiterung käme in Frage, zusätzliche Prüfungen durchführen zu lassen, wie Zwischenrevisionen oder sogenannte *legal compliance audits*.^{220, 221} Beschliesst die Generalversammlung generelle und über das Geschäftsjahr hinausgehende Aufgabenerweiterungen, sind diese in die Statuten aufzunehmen (Art. 627 Ziff. 13 OR); für einmalige Anordnungen genügt ein Beschluss der Generalversammlung.²²²
- 103 Beschränkt werden die Gestaltungsmöglichkeiten durch den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgabenbereich des Verwaltungsrates (Art. 731a Abs. 2 OR).²²³ Der Revisionsstelle dürfen keine Aufgaben der Geschäftsführung oder der unternehmerischen Oberaufsicht zugeteilt werden.²²⁴ Die Prüfung einzelner Akte der Geschäftsführung ist aber möglich.²²⁵ Ferner dürfen der Revisionsstelle keine Aufgaben zugeteilt werden, welche ihre Unabhängigkeit beeinträchtigen könnten (Art. 731a Abs. 2 OR).
- 104 Auch die Revisionsstelle kann *jederzeit mit sofortiger Wirkung* und ohne Angabe von Gründen abberufen werden (Art. 730a Abs. 4 OR). Die Abberufung darf

(Art. 727c OR; Art. 4 RAG). Die Revisionsstelle hat darüber hinaus unabhängig zu sein (Art. 728 OR; siehe dazu BERTSCHINGER, *Unabhängigkeit*, S. 1222 ff.; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 15 N 570 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 710 ff.) und wenigstens ein Mitglied der Revisionsstelle muss seinen Wohnsitz, seinen Sitz oder eine eingetragene Zweigniederlassung in der Schweiz haben (Art. 730 OR).

²¹⁹ BSK RAG-REUTTER/RASMUSSEN, Art. 731a OR N 10.

²²⁰ Ein *legal compliance audit* entspricht einer «umfassenden Rechtmässigkeitsprüfung der gesellschaftlichen Tätigkeit» (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 33 N 100).

²²¹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 15 N 743; BSK RAG-REUTTER/RASMUSSEN, Art. 731a OR N 5; SPR VIII/10-SANWALD/D'AMELIO FAVEZ, § 19 N 4; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 6 N 168.

²²² BB1 2004 3969, 4033; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 15 N 744; BSK RAG-REUTTER/RASMUSSEN, Art. 731a OR N 3.

²²³ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 743; BSK RAG-REUTTER/RASMUSSEN, Art. 731a OR N 8; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 6 N 169.

²²⁴ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 15 N 745.

²²⁵ BSK RAG-REUTTER/RASMUSSEN, Art. 731a OR N 8. A.M. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 15 N 745.

durch die Statuten nicht erschwert werden.²²⁶ Letztlich steht es der Generalversammlung offen, unter gegebenen Umständen auf eine Revisionsstelle zu verzichten (vgl. Art. 727a Abs. 2 OR),²²⁷ womit die Wahl selbiger selbstredend entfällt.²²⁸

2.3 Sonderbestimmungen für börsenkotierte Aktiengesellschaften

a. Wahl des Verwaltungsratspräsidenten

Während das Recht zur Wahl des Verwaltungsratspräsidenten gemäss Art. 712 Abs. 2 OR grundsätzlich in jeder Aktiengesellschaft mittels Statutenbestimmung der Generalversammlung zugewiesen werden kann, ist dies für börsenkotierte Aktiengesellschaften laut Art. 4 Abs. 1 VegüV zwingend.²²⁹ Die Nomination der Kandidaten erfolgt dabei durch den Verwaltungsrat, wobei den Aktionären ein (selten genutztes) Antragsrecht zusteht.²³⁰ Gewählt werden können ausschliesslich die Mitglieder des Verwaltungsrates (Art. 4 Abs. 1 VegüV).²³¹ Ob ein Kandidat in einem Schritt zum Mitglied und gleichzeitig zum Präsidenten des Verwaltungsrates gewählt werden kann, ist umstritten, wird aber mehrheitlich bejaht.²³² Vorbehalten eine anderslautende Statutenbestimmung genügt für die Wahl die absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen.²³³

²²⁶ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 15 N 650.

²²⁷ Siehe BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 15 N 515 ff.: Folgende Bedingungen müssen dafür erfüllt sein: (i) Die Gesellschaft untersteht nur der eingeschränkten Revision, (ii) sie hat nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt, (iii) sämtliche Aktionäre haben dem Verzicht auf eine eingeschränkte Revision zugestimmt und (iv) kein Aktionär hat danach eine eingeschränkte Revision verlangt.

²²⁸ Vgl. ZK-TANNER, Art. 698 OR N 105; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 15.

²²⁹ Vgl. Praxiskommentar VegüV-DAENIKER, Art. 4 N 12 f.; GesKR Kommentar VegüV-TRIEBOLD, Art. 4 N 1. Im Zuge der Aktienrechtsrevision 2016 sollen Art. 712 Abs. 1 und 2 E-OR entsprechend geändert werden. Kritisch zur Wahl des Präsidenten durch die Generalversammlung äussert sich BÜHLER, *Vergütungen*, S. 266.

²³⁰ CR CO II-BAHAR, Art. 4 VegüV N 1; Praxiskommentar VegüV-DAENIKER, Art. 4 N 8.

²³¹ Praxiskommentar VegüV-DAENIKER, Art. 4 N 10; GesKR Kommentar VegüV-TRIEBOLD, Art. 4 N 3.

²³² EHRA Praxismitteilung 3/13, Ziff. 2.4. Aufgrund dieser Mitteilung bejahend Praxiskommentar VegüV-DAENIKER, Art. 4 N 13; GesKR Kommentar VegüV-TRIEBOLD, Art. 4 N 3; CR CO II-BAHAR, Art. 4 VegüV N 3. Ablehnend: BSK VegüV-KNOBLOCH, Art. 4 N 6.

²³³ Praxiskommentar VegüV-DAENIKER, Art. 4 N 13.

- 106 Die Amtsdauer des Verwaltungsratspräsidenten beträgt knapp ein Jahr bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung, wobei er jederzeit von der Generalversammlung abberufen werden kann (Art. 4 Abs. 2 und 3 VegüV). Eine Abwahl als Präsident hat indes nicht gleichzeitig die Abwahl als Verwaltungsrat zur Folge.²³⁴ Durch die Beschränkung der Amtsdauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung kann das Recht auf Abberufung in der Praxis folglich nur an ausserordentlichen Generalversammlungen wahrgenommen werden.²³⁵
- 107 Ist die Position des Verwaltungsratspräsidenten beispielsweise infolge Rücktrittes oder ausserordentlicher Abwahl dauerhaft vakant,²³⁶ ernennt der Verwaltungsrat seinen neuen Präsidenten für die verbleibende Amtsdauer (Art. 4 Abs. 4 Satz 1 VegüV).²³⁷ Freilich kann auch hierzu eine anderslautende Bestimmung in die Statuten aufgenommen werden (Satz 2).²³⁸

b. Wahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses

- 108 Als weitere unübertragbare Kompetenz steht der Generalversammlung die Wahl des Vergütungsausschusses zu (Art. 7 Abs. 1 VegüV). Mit der Einführung dieser Bestimmung wurde gleichzeitig auch die Bildung eines Vergütungsausschusses für börsennotierte Aktiengesellschaften zwingend notwendig.²³⁹ Die Mitglieder werden einzeln aus der Runde der Verwaltungsräte in den Vergütungsausschuss gewählt.²⁴⁰ In den Statuten kann die Mindest- oder Maximalanzahl an Mitgliedern des Vergütungsausschusses festgelegt werden.²⁴¹ Enthalten die Statuten keine Re-

²³⁴ Erläuternder Bericht VgdA, S. 11; CR CO II-BAHAR, Art. 4 VegüV N 6; GesKR Kommentar VegüV-TRIEBOLD, Art. 4 N 10.

²³⁵ Vgl. CR CO II-BAHAR, Art. 4 VegüV N 7; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 17.

²³⁶ Vgl. Erläuternder Bericht VgdA, S. 11; CR CO II-BAHAR, Art. 4 VegüV N 8; BSK VegüV-WATTER/MAIZAR, Art. 4 N 11.

²³⁷ GesKR Kommentar VegüV-TRIEBOLD, Art. 4 N 11 ff. CR CO II-BAHAR, Art. 4 VegüV N 10, verlangt nach einer Abberufung durch die Generalversammlung, dass letztere auch für die Wahl des Präsidenten *ad interim* zuständig ist.

²³⁸ Siehe CR CO II-BAHAR, Art. 4 VegüV N 11 f.

²³⁹ HOCHSTRASSER, N 273; Praxiskommentar VegüV-LAMBERT/MÜLLER, Art. 2 N 57; BSK VegüV-VOGT, Art. 7 N 12.

²⁴⁰ Vgl. Praxiskommentar VegüV-DAENIKER, Art. 7 N 11; GesKR Kommentar VegüV-TRIEBOLD, Art. 7 N 2 f.

²⁴¹ Praxiskommentar VegüV-DAENIKER, Art. 7 N 25; HOCHSTRASSER, N 301. A.M. GesKR Kommentar VegüV-TRIEBOLD, Art. 7 N 13 f.

gelung, bestimmt der Verwaltungsrat die Anzahl der Mitglieder im Organisationsreglement oder einem separaten Reglement des Vergütungsausschusses.²⁴²

Die Nomination erfolgt durch den Gesamtverwaltungsrat, wobei Aktionäre antragsberechtigt sind.²⁴³ Strittig ist auch hier, ob ein Kandidat in einem einzigen Wahlverfahren in den Verwaltungsrat und gleichzeitig in den Vergütungsausschuss gewählt werden kann.²⁴⁴ Zur Wahl genügt sodann – ohne anderslautende statutarische Bestimmung – die absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen.²⁴⁵ 109

Obschon in der VegüV nicht erwähnt, ist die Generalversammlung auch in diesem Fall berechtigt, die von ihr gewählten Mitglieder des Vergütungsausschusses wieder abzurufen.²⁴⁶ Auch in diesem Fall ist die Abberufung aus dem Vergütungsausschuss nicht gleichbedeutend mit der Abberufung aus dem Verwaltungsrat.²⁴⁷ Ist der Vergütungsausschuss nicht vollständig besetzt, werden die Ersatzmitglieder durch den Verwaltungsrat ernannt (Art. 7 Abs. 4 VegüV).²⁴⁸ 110

Als Teil der unentziehbaren Organisationskompetenz des Verwaltungsrates steht die Wahl des Ausschussvorsitzenden nicht der Generalversammlung zu.²⁴⁹ Sie obliegt dem Verwaltungsrat oder wird im Sinne der Selbstkonstituierung durch den Ausschuss selbst vorgenommen.²⁵⁰ 111

²⁴² Praxiskommentar VegüV-DAENIKER, Art. 7 N 25; BSK VegüV-VOGT, Art. 7 N 129.

²⁴³ BSK VegüV-VOGT, Art. 7 N 67.

²⁴⁴ Bejahend: EHRA Praxismitteilung 3/13, Ziff. 2.4; Praxiskommentar VegüV-DAENIKER, Art. 7 N 19; CR CO II-BAHAR, Art. 7 VegüV N 9. Ablehnend: HOCHSTRASSER, N 279; BSK VegüV-VOGT, Art. 7 N 74.

²⁴⁵ Praxiskommentar VegüV-DAENIKER, Art. 7 N 18.

²⁴⁶ Vgl. Praxiskommentar VegüV-DAENIKER, Art. 7 N 22; HOCHSTRASSER, N 289; GesKR Kommentar VegüV-TRIEBOLD, Art. 7 N 9; BSK VegüV-VOGT, Art. 7 N 154.

²⁴⁷ GesKR Kommentar VegüV-TRIEBOLD, Art. 7 N 9.

²⁴⁸ Für den Fall, dass der Verwaltungsrat die nicht vollständige Besetzung zu verantworten hat, «weil er und auch die Aktionäre keine Wahlanträge in genügender Anzahl gestellt haben», spricht BSK VegüV-VOGT, Art. 7 N 179, dem Verwaltungsrat die Ernennungskompetenz ab. A.M. HOCHSTRASSER, N 294.

²⁴⁹ HOCHSTRASSER, N 304. A.M. BSK VegüV-VOGT, Art. 7 N 80, der die Auffassung vertritt, die Wahl des Vorsitzenden durch die Generalversammlung könne in den Statuten vorgesehen werden.

²⁵⁰ BSK VegüV-VOGT, Art. 7 N 79.

c. Wahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreters

- 112 Die Generalversammlung ist darüber hinaus für die Wahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreters zuständig (Art. 8 Abs. 1 VegüV). Mit dieser Bestimmung wurden kotierte Aktiengesellschaften zwingend verpflichtet, einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu bestellen.²⁵¹
- 113 Die Nomination desselben erfolgt grundsätzlich durch den Verwaltungsrat, da dieser die Wahlvoraussetzungen des unabhängigen Stimmrechtsvertreters zu prüfen und sicherzustellen hat.²⁵² Die Generalversammlung kann mittels Anträgen eigene Kandidaten vorschlagen.²⁵³ GERICKE grenzt den Spielraum der Generalversammlung indes dadurch ein, dass Vorschläge frühzeitig²⁵⁴ eingereicht werden müssen, damit die nötige Überprüfung vorgenommen werden kann. Andernfalls stehe es dem Verwaltungsrat offen, den Vorschlag nicht zur Abstimmung zuzulassen.²⁵⁵ Für die Wahl ist – ohne anderslautende Statutenbestimmung – die absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen nötig (Art. 703 OR).²⁵⁶
- 114 Primäre Voraussetzung für die Wahl des Stimmrechtsvertreters ist seine Unabhängigkeit. Die entsprechende Beurteilung richtet sich nach den Regelungen der Revisionsstelle.²⁵⁷ Die Amtsdauer des gewählten unabhängigen Stimmrechtsvertreters beginnt mit dem Ende der wählenden Generalversammlung und endet mit

²⁵¹ CR CO II-BAHAR, Art. 8 VegüV N 1; GesKR Kommentar VegüV-DUBS/PÖSCHEL, Art. 8 N 2.

²⁵² OFK Aktienrecht-DEKKER, Art. 8 VegüV N 3; Praxiskommentar VegüV-GERICKE, Art. 8 N 14; BSK VegüV-NIKITINE, Art. 8 N 14.

²⁵³ CR CO II-BAHAR, Art. 8 VegüV N 3; GesKR Kommentar VegüV-DUBS/PÖSCHEL, Art. 8 N 6; Praxiskommentar VegüV-GERICKE, Art. 8 N 14.

²⁵⁴ Zugunsten der Aktionäre sollte der Verwaltungsrat eine Frist zur Einreichung allfälliger Vorschläge festlegen und kommunizieren, wie dies generell auch im Hinblick auf Traktandierungsbegehren zu empfehlen ist (dazu unten § 6/II./2).

²⁵⁵ Praxiskommentar VegüV-GERICKE, Art. 8 N 14. Gl.M. CHK-MÜLLER, Art. 8 VegüV N 2. A.M. CR CO II-BAHAR, Art. 8 VegüV N 3.

²⁵⁶ CR CO II-BAHAR, Art. 8 VegüV N 4; Praxiskommentar VegüV-GERICKE, Art. 8 N 13; BSK VegüV-NIKITINE, Art. 8 N 12.

²⁵⁷ CR CO II-BAHAR, Art. 8 VegüV N 6; GesKR Kommentar VegüV-DUBS/PÖSCHEL, Art. 8 N 16. Darauf lässt auch die Formulierung in der Verordnung (Art. 8 Abs. 3 VegüV) bzw. im Gesetzesentwurf zur Aktienrechtsrevision 2016 (Art. 689b Abs. 4 E-OR) schliessen. A.M. BSK VegüV-NIKITINE, Art. 8 N 26, der angesichts der fundamentalen Unterschiede zwischen den Kernaufgaben der Revisionsstelle und des unabhängigen Stimmrechtsvertreters den Massstab nach Art. 728 OR für übertrieben hält.

dem Abschluss der nächsten ordentlichen Generalversammlung (Art. 8 Abs. 4 VegüV).²⁵⁸ Findet ausnahmsweise keine ordentliche Generalversammlung statt, so verlängert sich die Amtsdauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung.²⁵⁹

Der Generalversammlung steht zusammen mit der Wahlkompetenz auch das 115
Recht zu, den unabhängigen Stimmrechtsvertreter «auf das Ende der Generalversammlung»²⁶⁰ abzuberaufen (Art. 8 Abs. 5 VegüV).²⁶¹ Aufgrund der Amtsdauerbeschränkung auf ein Jahr kommt eine Abberufung nur im Rahmen einer ausserordentlichen Generalversammlung in Frage.²⁶² Bei der ordentlichen Generalversammlung würde der unabhängige Stimmrechtsvertreter schlicht nicht wiedergewählt.²⁶³ Ob der unabhängige Stimmrechtsvertreter auch durch den Verwaltungsrat abberufen werden kann, ist strittig.²⁶⁴

Verfügt die Gesellschaft über keinen unabhängigen Stimmrechtsvertreter, wird 116
dieser durch den Verwaltungsrat ernannt, sofern in den Statuten keine andere Regelung vorgesehen ist (Art. 8 Abs. 6 VegüV).²⁶⁵ Diese Ernennung erfolgt über-

²⁵⁸ GesKR Kommentar VegüV-DUBS/PÖSCHEL, Art. 8 N 9; Praxiskommentar VegüV-GERICKE, Art. 8 N 39; BSK VegüV-NIKITINE, Art. 8 N 56.

²⁵⁹ Praxiskommentar VegüV-GERICKE, Art. 8 N 39; BSK VegüV-NIKITINE, Art. 8 N 58.

²⁶⁰ GesKR Kommentar VegüV-DUBS/PÖSCHEL, Art. 8 N 11.

²⁶¹ Vgl. BBl 2017 399, 535.

²⁶² VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 149.

²⁶³ Vgl. CR CO II-BAHAR, Art. 8 VegüV N 15; Praxiskommentar VegüV-GERICKE, Art. 8 N 43; BSK VegüV-NIKITINE, Art. 8 N 65.

²⁶⁴ Bejahend: Praxiskommentar VegüV-GERICKE, Art. 8 N 45 und Art. 9 N 19 f., begründet das Abberufungsrecht mit Verweis auf die Pflicht des Verwaltungsrates, den unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu überwachen und im Falle fehlender Tauglichkeit abzuberaufen (gl.M. CHK-MÜLLER, Art. 8 VegüV N 8). Laut CR CO II-BAHAR, Art. 8 VegüV N 16, kann der Verwaltungsrat den unabhängigen Stimmrechtsvertreter suspendieren, wenn dieser gegen die Voraussetzungen der Wählbarkeit verstösst, und basierend auf Art. 8 Abs. 6 VegüV einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter *ad interim* ernennen. Ablehnend: BSK VegüV-NIKITINE, Art. 8 N 66, betrachtet die Abberufung als unentziehbares Recht der Generalversammlung. Im Falle dauernder Beeinträchtigung der Unabhängigkeit des (vermeintlich) unabhängigen Stimmrechtsvertreters habe dieser sein Amt niederzulegen, ohne dass der Verwaltungsrat darauf Einfluss nehmen könne (gl.M. OFK Aktienrecht-DEKKER, Art. 8 VegüV N 14).

²⁶⁵ Die Statuten können bspw. vorsehen, dass gleichzeitig mit der Wahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreters dessen Stellvertreter gewählt wird oder dass die Kompetenz zur Wahl eines Ersatzes der Revisionsstelle oder dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter selbst zugeteilt wird (Praxiskommentar VegüV-GERICKE, Art. 8 N 53).

gangsmässig bis zum Ende der nächsten Generalversammlung, an welcher der Verwaltungsrat die Wahl eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters zu traktandieren hat.²⁶⁶

d. Einzelwahl der Mitglieder des Verwaltungsrates

- 117 Letztlich müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates einzeln durch die Generalversammlung gewählt werden (Art. 3 Abs. 1 VegüV).²⁶⁷ Wie vorgängig bereits erwähnt, galt die Einzelwahl freilich schon vor Inkrafttreten der Verordnung als *good practice* und konnte von jedem Aktionär verlangt werden.²⁶⁸
- 118 Damit ist eine gleichzeitige Wahl mehrerer oder aller Mitglieder des Verwaltungsrates bei börsenkotierten Aktiengesellschaften nicht mehr möglich.²⁶⁹ Die Wahl jedes Verwaltungsrates muss einzeln beantragt werden.²⁷⁰ Zudem ist auch keine Staffelung der Amtszeiten (*staggered board*) mehr zulässig, da die Amtszeit zwingend jeweils mit Ablauf der nächsten ordentlichen Generalversammlung endet (Art. 3 Abs. 2 VegüV).²⁷¹ Durch die Einzelwahl wird dem Anspruch des Aktionärs Rechnung getragen, seinen Willen bezüglich jedes Verwaltungsrates unabhängig und unverfälscht kundzutun.²⁷²

²⁶⁶ GesKR Kommentar VegüV-DUBS/PÖSCHEL, Art. 8 N 24; Praxiskommentar VegüV-GERICKE, Art. 8 N 49; BSK VegüV-NIKITINE, Art. 8 N 72.

²⁶⁷ Zur Wahl des Verwaltungsrates im Allgemeinen oben § 5/II./2.1.

²⁶⁸ Vgl. FORSTMOSER, *Say-on-Pay*, S. 345; VOGT/SCHIOW/WIEDMER, S. 1373.

²⁶⁹ Praxiskommentar VegüV-DAENIKER, Art. 3 N 22; GesKR Kommentar VegüV-TRIEBOLD, Art. 3 N 1; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 16.

²⁷⁰ Vgl. Praxiskommentar VegüV-DAENIKER, Art. 3 N 22; MALACRIDA/SPILLMANN, S. 499 f., welche von separater Traktandierung sprechen, was m.E. nicht zwingend ist.

²⁷¹ CR CO II-BAHAR, Art. 3 VegüV N 6a; Praxiskommentar VegüV-DAENIKER, Art. 3 N 27; GesKR Kommentar VegüV-TRIEBOLD, Art. 3 N 7; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 16.

²⁷² BÜHLER, *Vergütungen*, S. 265 f.; VOGT/SCHIOW/WIEDMER, S. 1373; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, § 1 N 40. Die Absicht, allen Aktionären die Möglichkeit zu bieten, ihr Wahlrecht differenziert und unverfälscht ausüben zu können, hegte im Rahmen der Aktienrechtsrevision 2016 auch der Bundesrat. Aufgrund der Kritik in der Vernehmlassung wurde dieser Vorschlag für Gesellschaften, deren Aktien nicht an der Börse kotiert sind, jedoch wieder fallengelassen (BBl 2017 399, 566 f.). Dieser Rückzieher ist bedauerlich, da beim Wahlrecht der Aktionäre nicht zwischen börsenkotierten und privat gehaltenen Aktien unterschieden werden sollte. Zum Ganzen unten § 10/I./3.

3. Genehmigung des Lageberichtes und der Konzernrechnung

Der Lagebericht bildet zusammen mit der Jahresrechnung und einer allfälligen Konzernrechnung den Geschäftsbericht.²⁷³ Er dient der Umschreibung wichtiger Einflussfaktoren für die aktuelle und zukünftige Entwicklung des Geschäftsganges.²⁷⁴ Damit sollen laut Gesetz der Geschäftsverlauf und die wirtschaftliche Lage des Unternehmens «unter Gesichtspunkten [...], die in der Jahresrechnung nicht zum Ausdruck kommen», dargelegt werden (Art. 961c Abs. 1 OR). 119

Einen Lagebericht zu verfassen haben indes nur «grosse» Gesellschaften, welche zu einer ordentlichen Revision verpflichtet sind (Art. 961 Ziff. 3 OR). Folglich obliegt diese Pflicht Publikumsgesellschaften²⁷⁵ sowie Gesellschaften, welche die Voraussetzungen nach Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR erfüllen²⁷⁶ oder eine Konzernrechnung erstellen müssen.²⁷⁷ Gesellschaften, welche sich freiwillig der ordentlichen Revision unterstellen, sind nicht verpflichtet einen Lagebericht zu verfassen.²⁷⁸ Für Aktionäre in «kleineren» Gesellschaften dürfte die Genehmigung des Lageberichtes und der Konzernrechnung demzufolge gänzlich entfallen. 120

Die Generalversammlung hat in dieser Hinsicht lediglich eine Genehmigungs-kompetenz.²⁷⁹ Sie kann den Lagebericht und die Konzernrechnung genehmigen, zurückweisen oder Vorbehalte anbringen, jedoch kann sie keine Änderungen vor- 121

²⁷³ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 17; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 269.

²⁷⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 8 N 57.

²⁷⁵ Zum Begriff der Publikumsgesellschaft ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 727 OR N 33; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 16 N 2 ff.

²⁷⁶ Betroffen sind Gesellschaften, die in zwei aufeinanderfolgenden Jahren zwei der nachfolgenden Grössen überschreiten: (i) Bilanzsumme von CHF 20 Millionen; (ii) Umsatzerlös von CHF 40 Millionen; (iii) 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.

²⁷⁷ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 8 N 51; BSK OR II-NEUHAUS/INAUEN, Art. 961 N 4. Von der Pflicht, einen Lagebericht zu verfassen, sind zudem jene Gesellschaften befreit, welche eine Konzernrechnung nach einem anerkannten Standard erstellen oder von einer juristischen Person kontrolliert werden, die eine Konzernrechnung erstellt (Art. 961d Abs. 1 OR).

²⁷⁸ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 8 N 51.

²⁷⁹ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 17.

nehmen.²⁸⁰ Wird der Lagebericht zusammen mit der Jahresrechnung genehmigt, stellt dies einen Verzicht auf weitere Auskünfte dar.²⁸¹ Einer späteren Verweigerung der Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrates steht die Genehmigung indes nicht entgegen.²⁸²

4. Genehmigung der Jahresrechnung und Beschluss über die Verwendung des Bilanzgewinns

4.1 Genehmigung der Jahresrechnung

- 122 Die aus Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang bestehende Jahresrechnung bildet den Hauptbestandteil des Geschäftsberichtes (Art. 958 Abs. 2 OR).²⁸³ Sie stellt die wirtschaftliche Lage des Unternehmens dar, damit sich Dritte ein zuverlässiges Urteil bilden können (Art. 958 Abs. 1 OR). Die Kompetenz zur Genehmigung des Geschäftsberichtes als Ganzes steht der Generalversammlung als «logische Konsequenz» aus dem Recht zur Wahl des Verwaltungsrates zu.²⁸⁴
- 123 Wird eine ordentliche Revision durchgeführt, gibt die Revisionsstelle eine Empfehlung ab, ob die Jahresrechnung mit oder ohne Einschränkung genehmigt oder zurückgewiesen werden soll.²⁸⁵ Die Generalversammlung kann sodann die Jahresrechnung genehmigen oder zurückweisen, mit oder ohne Aufforderung zur Verbesserung.²⁸⁶ Es bleibt ihr aber auch hier verwehrt, selbständig Änderungen vor-

²⁸⁰ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 17; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 22 N 39.

²⁸¹ ZK-TANNER, Art. 698 OR N 112.

²⁸² BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 18; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 112.

²⁸³ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 25 N 77.

²⁸⁴ VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 23 («Mit der Wahl erteilt die Generalversammlung dem Verwaltungsrat das Mandat zur Geschäftsführung, mit der Genehmigung des Geschäftsberichts nimmt sie die Rechenschaft des Verwaltungsrats ab.»). Zur Wahl des Verwaltungsrates oben § 5/II/2.1.

²⁸⁵ ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 728a OR N 159.

²⁸⁶ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 20. Laut VON GREYERZ, S. 183, kann die Generalversammlung fünf inhaltlich verschiedene Beschlüsse fassen: Genehmigung, Teilgenehmigung, Abänderung, Rückweisung oder Nichtabnahme.

zunehmen oder dem Verwaltungsrat diesbezüglich (verbindliche) Anweisungen zu erteilen.²⁸⁷

Besteht eine Revisionspflicht, ist die Genehmigung der Jahresrechnung nur möglich, wenn der Revisionsbericht vor der Beschlussfassung vorliegt (Art. 731 Abs. 1 OR). Andernfalls ist der Beschluss nichtig (Art. 731 Abs. 3 Satz 1 OR). Im Falle einer ordentlichen Revision muss die Revisionsstelle zudem an der Generalversammlung anwesend sein (Art. 731 Abs. 2 OR).²⁸⁸ Ist sie nicht zugegen, ist der Beschluss anfechtbar (Art. 731 Abs. 3 Satz 2 OR).²⁸⁹ Damit soll sichergestellt werden, dass die Aktionäre – welche allenfalls nicht in der Lage wären, Unstimmigkeiten zu erkennen – korrekt über die finanzielle Situation der Gesellschaft unterrichtet werden.²⁹⁰ 124

Wird die Jahresrechnung nicht genehmigt, muss sie überarbeitet und erneut geprüft werden; an einer ausserordentlichen Generalversammlung kann sie dann wiederum zur Genehmigung vorgelegt werden.²⁹¹ 125

4.2 Beschluss über die Verwendung des Bilanzgewinns

Mit der Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinns übt die Generalversammlung wesentlichen – wenn auch nur punktuellen – Einfluss auf die Kapitalausstattung der Gesellschaft aus.²⁹² Die Beschlussfassung setzt voraus, dass die Jahresrechnung genehmigt wurde.²⁹³ Erst mit der genehmigten Rechnung besteht die Grundlage für die Ausschüttung einer Dividende.²⁹⁴ Gegebenenfalls muss mit der Entscheidung zur Verwendung des Bilanzgewinns also so lange zugewar- 126

²⁸⁷ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 19; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 22 N 39; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 121; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 22. A.M. VON GREYERZ, S. 183.

²⁸⁸ Die Generalversammlung kann aber durch einstimmigen Entscheid auf die Anwesenheit der Revisionsstelle verzichten (Art. 731 Abs. 2 Satz 2 OR).

²⁸⁹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 21; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 19; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 22 N 36; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 120.

²⁹⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 22 N 35; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 120.

²⁹¹ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 19; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 22 N 40; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 122; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 27 f.

²⁹² VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 29.

²⁹³ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 21; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 22 N 42; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 122 f.

²⁹⁴ VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 27.

tet werden, bis eine anfänglich zurückgewiesene Jahresrechnung an einer ausserordentlichen Generalversammlung genehmigt wurde.²⁹⁵

- 127 Die Stellung des Antrags zur Ausschüttung einer Dividende obliegt dem Verwaltungsrat.²⁹⁶ Der Antrag muss vorgängig durch die Revisionsstelle geprüft werden (Art. 729a Abs. 1 Ziff. 2 OR).²⁹⁷ Die Generalversammlung kann in der Folge von diesem Antrag abweichen, jedoch nur innerhalb des ausgewiesenen Bilanzgewinns.²⁹⁸ Eingeschränkt wird sie zudem durch die Vorschriften zum Kapitalschutz (Art. 671 OR).²⁹⁹ Bei einem Antrag aus dem Aktionariat entfällt die Prüfung durch die Revisionsstelle.³⁰⁰
- 128 Die Ausschüttung des Bilanzgewinns erfolgt in der Regel in bar, wobei eine Ausschüttung in Form einer *Sachdividende* auch möglich ist.³⁰¹ Kann der Aktionär aus verschiedenen Formen wählen, wie er seine Dividende beziehen möchte, handelt es sich um eine *Wahldividende*.³⁰²
- 129 Wurde die Genehmigung der Jahresrechnung von der Generalversammlung verweigert oder liegt kein Bericht der Revisionsstelle vor und wird trotzdem über die Ausschüttung einer Dividende befunden, ist der Beschluss nichtig (Art. 731 Abs. 3 Satz 1 OR).³⁰³ Ist die Revisionsstelle bei der Beschlussfassung zur Verwendung des Bilanzgewinns nicht anwesend, ist der Beschluss anfechtbar (Art. 731 Abs. 3 Satz 2 OR).³⁰⁴

²⁹⁵ Vgl. soeben N 125.

²⁹⁶ CR CO II-CHENAUX/GACHET, Art. 660 N 18.

²⁹⁷ GLANZMANN, *Dividenden*, S. 95.

²⁹⁸ CR CO II-CHENAUX/GACHET, Art. 660 N 19; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 22 N 42.

²⁹⁹ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 547.

³⁰⁰ GLANZMANN, *Dividenden*, S. 98.

³⁰¹ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 536; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 66; GLANZMANN, *Dividenden*, S. 110.

³⁰² CR CO II-CHENAUX, Art. 675 N 30.

³⁰³ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 529; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 21; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 28. GL.M. GLANZMANN, *Dividenden*, S. 91 f., aber nur für den Fall, dass gar keine Jahresrechnung vorliegt.

³⁰⁴ VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 25. Die Voraussetzungen betreffend Revisionsstelle entfallen bei Gesellschaften mit *Opting-out* (BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 521 f.).

5. Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrates

Mit dem Entlastungsbeschluss, auch Décharge genannt, erklärt die Generalversammlung, dass «gegen die entlasteten Organe aus deren Geschäftsführung während einer bestimmten Geschäftsperiode keine Forderungen geltend gemacht werden».³⁰⁵ Die Entlastung kann sich auf eine gewisse Zeitspanne oder nur auf einen oder mehrere Geschäftsfälle beziehen.³⁰⁶ Sie kann einzeln erfolgen oder in einem einzigen Beschluss für alle Mitglieder.³⁰⁷ Erfolgt nur ein Beschluss, wird nicht der Gesamtverwaltungsrat als Organ, sondern jedes Mitglied einzeln entlastet.³⁰⁸ Eine Entlastung *in globo* ist nur möglich, wenn keine Einzelabstimmung verlangt wird.³⁰⁹ Neben den Mitgliedern des Verwaltungsrates können auch alle anderen mit der Verwaltung oder Geschäftsführung betrauten Personen sowie die Revisionsstelle entlastet werden.³¹⁰ 130

Die Entlastung des Verwaltungsrates ist nur insoweit wirksam, als die Generalversammlung über die relevanten Tatsachen informiert ist (Art. 758 Abs. 1 OR).³¹¹ Die Genehmigung der Jahresrechnung zu einem früheren Zeitpunkt in der Generalversammlung hat «ungeachtet ihres inneren Zusammenhanges» weder automatisch auch die Décharge zur Folge noch verhindert sie die Verweigerung derselben.³¹² Mit dem Entlastungsbeschluss gehen Schadenersatzforderungen der Gesellschaft und Ansprüche der zustimmenden Aktionäre auf Ersatz mittelbaren 131

³⁰⁵ BGE 51 II 65, E. 3.a.

³⁰⁶ BGer 4A_155/2014 vom 5. August 2014, E. 6.3; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 24; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 129.

³⁰⁷ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 25. Dazu unten § 10/I./4.

³⁰⁸ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 25; WATTER/DUBS, S. 915.

³⁰⁹ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 22; ISLER/SCHOTT, S. 205 f. WATTER/DUBS, S. 915, sprechen dem Aktionär zwar das Recht zu, Einzelabstimmungen zu verlangen, relativieren jedoch aufgrund fehlender Kausalität seine Erfolgchancen bei einer Anfechtung, sollte die Generalversammlung bei klaren Mehrheitsverhältnissen trotzdem *in globo* entscheiden.

³¹⁰ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 23 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 22 N 51; ISLER/SCHOTT, S. 200 ff.; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 131.

³¹¹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 18 N 451 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 129; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 132. Vgl. auch BGer 4A_259/2016, 4A_267/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.3.

³¹² BGE 78 II 155, 156; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 128; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 35.

Schadens unter.³¹³ Darüber hinaus wird das Klagerecht der übrigen Aktionäre auf sechs Monate beschränkt (Art. 758 Abs. 2 OR).³¹⁴

- 132 Den an der Geschäftsführung beteiligten Personen³¹⁵ steht beim Entlastungsbeschluss kein Stimmrecht zu (Art. 695 OR). Dies führt dazu, dass bei Einpersonenaktiengesellschaften und Gesellschaften, in denen alle Aktionäre geschäftsführend tätig sind, kein Entlastungsbeschluss möglich ist.³¹⁶ Geben Aktionäre, deren Stimmrecht für den Entlastungsbeschluss entzogen wurde, trotzdem ihre Stimme ab, ist der Beschluss anfechtbar.³¹⁷

6. Weitere gesetzliche und statutarische Kompetenzen

- 133 Ergänzend zu den in Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1–5 OR bezeichneten Kompetenzen wird der Generalversammlung per Gesetz eine Vielzahl weiterer Befugnisse zugewiesen:³¹⁸
- Zusammenlegung und Zerlegung von Aktien durch Statutenänderung (Art. 623 OR);
 - Kapitalerhöhungen (Art. 650 ff. OR);
 - Entzug des Bezugsrechtes bei Kapitalerhöhungen (Art. 652b Abs. 2 OR);
 - Einführung bzw. Schaffung von Vorzugsaktien (Art. 654 OR) und Genussscheinen (Art. 657 OR);
 - Schaffung von Partizipationsscheinen (Art. 656a OR);
 - Bildung von zusätzlichen Reserven (Art. 674 Abs. 2 und 3 OR);
 - Entrichtung von Bauzinsen (Art. 676 OR);
 - Einführung bzw. Schaffung von Stimmrechtsaktien (Art. 693 OR);
 - Gewährung des Einsichtsrechts (Art. 697 Abs. 3 OR);

³¹³ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 131 ff. Demgegenüber hat der Entlastungsbeschluss keinen Einfluss auf den Ersatz des unmittelbaren Schadens von Aktionären und Gläubigern (§ 36 N 136). GL.M. ZK-TANNER, Art. 698 OR N 130.

³¹⁴ Der Entwurf zur Aktienrechtsrevision 2016 sieht vor, dass diese Frist auf zwölf Monate verlängert wird (Art. 758 Abs. 2 E-OR).

³¹⁵ Siehe dazu im Detail BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 438 ff.

³¹⁶ ZK-TANNER, Art 698 OR N 134; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 36. Laut BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 25, soll das Stimmrecht nur eingeschränkt werden, falls eine Interessenkollision droht.

³¹⁷ BGer 6B_728/2012 vom 18. Februar 2013, E. 4.1; 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005, E. 2.3 f.; BSK OR II-LÄNZLINGER, Art. 695 N 6.

³¹⁸ Vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 459 ff.; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 136.

- Einleitung einer Sonderprüfung (Art. 697a OR);
- *Opting-out* betreffend Revision (Art. 727a Abs. 2 OR);
- Verzicht auf die Anwesenheit eines Revisors an der Generalversammlung (Art. 731 Abs. 2 OR);
- Erweiterung der Aufgaben der Revisionsstelle (Art. 731a Abs. 1 OR);
- Ernennung von Sachverständigen (Art. 731a Abs. 3 OR);
- Kapitalherabsetzung (Art. 732 OR);
- Liquidationsbeschluss und Einsetzung von Liquidatoren (Art. 736 Ziff. 2 und Art. 740 Abs. 1 OR);
- *Opting-out* betreffend börsenrechtliche Angebotspflicht (Art. 125 Abs. 3 und 4 FinfraG);
- Zustimmungen im Rahmen von Fusionen (Art. 18 Abs. 1 FusG), Spaltungen (Art. 43 Abs. 1 FusG) und Umwandlungen (Art. 64 Abs. 1 FusG).

Die Zahl zusätzlicher Kompetenzen, die sich die Generalversammlung mittels Statutenbestimmung verschaffen kann, ist aufgrund der zwingend vorgeschriebenen Zuständigkeiten von Verwaltungsrat und Revisionsstelle gering.³¹⁹ In diese Kategorie fällt z.B. die Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung nicht kotierter vinkulierter Namenaktien gemäss Art. 685a Abs. 1 OR.³²⁰ 134

7. Abstimmung über Vergütungen gemäss VegüV

In Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien hat die Generalversammlung die unübertragbare Befugnis, bindend über die direkte oder indirekte Vergütung des Verwaltungsrates³²¹, der Geschäftsleitung und des Beirates abzustimmen (Art. 18 Abs. 1 VegüV). Diese Abstimmung hat jährlich zu erfolgen (Art. 18 Abs. 3 Ziff. 1 135

³¹⁹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 33 ff.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 14 f.; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 40 f.

³²⁰ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 16; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, Art. 685a N 9; KRNETA, N 1521 f. (bei börsenkotierten Aktien ist die Ablehnungsfrist von 20 Tagen [Art. 685g OR] nicht kompatibel mit einer Entscheidkompetenz der Generalversammlung).

³²¹ Siehe BERTSCHINGER, *Vergütung*, S. 394 f., der die Kompetenz der Generalversammlung für Vergütungsentscheide betreffend den Verwaltungsrat aus der Verknüpfung von Wahl- und Vergütungskompetenz ableitet, wodurch gar keine ausdrückliche Regelung notwendig wäre – ergo dies auch für nicht kotierte Gesellschaften seine Gültigkeit hätte.

VegüV), wobei gesondert über die Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates befunden wird (Ziff. 2).

- 136 Die Einzelheiten zur Abstimmung sowie die Folgen einer Ablehnung der Vergütungen werden in den Statuten geregelt (Art. 18 Abs. 2 VegüV). Die Gesellschaft verfügt so über einen grossen Gestaltungsspielraum.³²² Vorweg kann in den Statuten festgelegt werden, ob der Generalversammlung nur eine Genehmigungskompetenz – beschränkt auf die beiden Optionen der Gutheissung oder Ablehnung – oder eine Beschlusskompetenz – verbunden mit der Möglichkeit, abweichende oder ergänzende Anträge zu stellen – zusteht.³²³ Bei Fehlen einer (klaren) Statutenbestimmung geht die Lehre von einer Beschlusskompetenz aus.³²⁴
- 137 Ebenfalls Sache der Gesellschaft ist es, den Beschlusshorizont zu regeln, also festzulegen, ob der Beschluss an der Generalversammlung retrospektiv oder prospektiv gefasst wird.³²⁵ Die retrospektive Abstimmung behandelt die vergangene, abgeschlossene Geschäftsperiode,³²⁶ womit die zu genehmigenden Gesamtbeträge wie auch das Ergebnis des vergangenen Geschäftsjahres in der Regel bekannt sind.³²⁷ Für die zu vergütenden Personen schafft eine solche Abstimmung indes eine Rechtsunsicherheit, da über deren Vergütung erst im Nachhinein abgestimmt

³²² BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 18 N 123; GesKR Kommentar VegüV-DAENIKER/GERHARD, Art. 18 N 7. Siehe auch BBI 2017 399, 592 f.

³²³ CR CO II-BAHAR, Art. 18 VegüV N 37; Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 134 ff.; PHILIPPIN, S. 275. Siehe auch BBI 2017 399, 593. Laut VON DER CRONE/HUBER, S. 302 f., steht der Generalversammlung nur eine Genehmigungskompetenz zu.

³²⁴ BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 18 N 122; Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 138. Da die Einzelheiten zur Abstimmung über die Vergütungen zwingend in die Statuten aufzunehmen sind (Art. 12 Art. 1 Ziff. 4 VegüV), ist jedoch fraglich, ob man sich in der Praxis mit dem Problem einer fehlenden Statutenbestimmung auseinanderzusetzen hat (vgl. Praxiskommentar VegüV-LAMBERT/MÜLLER, Art. 12 N 112). Der Grossteil der betroffenen Gesellschaften sieht in den Statuten eine Genehmigungskompetenz vor (MÜLLER, *Business as usual*, S. 207).

³²⁵ BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 18 N 132; Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 153.

³²⁶ Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 163.

³²⁷ BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 18 N 133; GesKR Kommentar VegüV-DAENIKER/GERHARD, Art. 18 N 35; Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 164.

wird.³²⁸ Demgegenüber hat eine prospektive Abstimmung für die betroffenen Personen den Vorteil, dass die Vergütung bereits zu Beginn der Vergütungsperiode zugesichert wird.³²⁹ Unklar kann zu diesem Zeitpunkt hingegen der Gesamtbetrag der Vergütungen sein, falls dieser vom Ergebnis des bevorstehenden Geschäftsjahres abhängt.³³⁰ So wird bei prospektiven Abstimmungen häufig ein Maximalbetrag für die Vergütungen festgelegt.³³¹

Gerade auf Stufe Geschäftsleitung besteht die Vergütung häufig aus einem fixen und einem variablen, erfolgsabhängigen Anteil.³³² Dazu führt ein Teil der betroffenen Gesellschaften getrennte Abstimmungen für die jeweiligen Vergütungsarten durch.³³³ Durch die den Gesellschaften gewährte Flexibilität entwickelte sich eine Vielzahl an Abstimmungsmodellen, wobei sowohl prospektiv als auch retrospektiv über die fixe und kurz- bzw. langfristige variable Vergütung abgestimmt wird.³³⁴ 138

Die retrospektive Genehmigung der Vergütungen hat die gleiche Wirkung wie ein Entlastungsbeschluss.³³⁵ Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit den Vergütungen von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat gehen entspre- 139

³²⁸ BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 18 N 135; GesKR Kommentar VegüV-DAENIKER/GERHARD, Art. 18 N 36 f.; Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 154.

³²⁹ BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 18 N 137; GesKR Kommentar VegüV-DAENIKER/GERHARD, Art. 18 N 44; Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 175.

³³⁰ BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 18 N 139; Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 172.

³³¹ BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 18 N 139; GesKR Kommentar VegüV-DAENIKER/GERHARD, Art. 18 N 38 ff.; Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 167 f. Der Entwurf im Rahmen der Aktienrechtsrevision 2016 sieht vor, dass der Generalversammlung der Vergütungsbericht zur Konsultativabstimmung vorgelegt werden muss, falls über die variablen Vergütungen bereits prospektiv abgestimmt wurde (Art. 735 Abs. 3 Ziff. 4 E-OR; vgl. BBl 2017 399, 594).

³³² Vgl. GesKR Kommentar VegüV-DAENIKER/GERHARD, Art. 12 N 30; Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 140.

³³³ Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 146a.

³³⁴ Vgl. dazu die Übersicht bei Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 183 f. Siehe auch WATTER/VON BÜREN, S. 304 ff.

³³⁵ BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 18 N 111; Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 83.

chend unter.³³⁶ Ein prospektiver Beschluss, welcher auf den Angaben und Voraussetzungen des Verwaltungsrates basiert, hat keine entlastende Wirkung, da diese Prognosen nicht den Charakter von Tatsachen gemäss Art. 758 Abs. 1 OR aufweisen.³³⁷

- 140 Die VegüV verlangt zwar nur eine Abstimmung über den jeweiligen Gesamtbetrag der Vergütungen von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat, es bleibt der Gesellschaft jedoch unbenommen, eine individuelle Abstimmung über die Vergütung jedes einzelnen Mitgliedes vorzusehen.³³⁸ Von dieser Möglichkeit wird in der Regel jedoch nicht Gebrauch gemacht.³³⁹
- 141 Der Verwaltungsrat ist für den Antrag zur Abstimmung über die Vergütungen zuständig.³⁴⁰ Laut herrschender Lehre ist er nicht zur Begründung seines Antrags verpflichtet.³⁴¹ Im Sinne einer guten *Corporate Governance* wird eine nachvollziehbare Begründung der Anträge jedoch empfohlen.³⁴²
- 142 Wird der Antrag abgelehnt, verliert der Verwaltungsrat die Kompetenz, Vergütungen ohne Vorbehalt der Genehmigung der Generalversammlung und der Rückforderung auszurichten.³⁴³ In der Regel wird der Verwaltungsrat noch in derselben oder einer späteren, ausserordentlichen Generalversammlung einen neuen Antrag stellen.³⁴⁴ Dazu ist er aufgrund der Treue- und Schutzpflicht gegenüber den Geschäftsleitungsmitgliedern als Arbeitnehmer verpflichtet.³⁴⁵ In der Zwischenzeit

³³⁶ Vgl. oben N 131.

³³⁷ BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 18 N 112. A.M. Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 81, die aber auch von einer begrenzten entlastenden Wirkung sprechen.

³³⁸ Erläuternder Bericht VgdA, S. 22; BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 18 N 128; Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 71. A.M. CR CO II-BAHAR, Art. 18 VegüV N 32. Siehe auch BBl 2017 399, 593.

³³⁹ Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 72.

³⁴⁰ BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 18 N 25. BSK VegüV-VOGT, Art. 7 N 236, spricht von einer unübertragbaren Aufgabe des Verwaltungsrates.

³⁴¹ BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 18 N 25; Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 77. A.M. Erläuternder Bericht VgdA, S. 20.

³⁴² Ziff. 31 Abs. 2 SCBP.

³⁴³ LAMBERT, S. 479, der aber zugunsten einer guten Corporate Governance von einem neuen Antrag in derselben Generalversammlung abrät. Gl.M. Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 196.

³⁴⁴ VON DER CRONE/BRUGGER, S. 246.

³⁴⁵ Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 198.

kann der Verwaltungsrat weiterhin Vergütungen unter dem besagten Vorbehalt ausrichten.³⁴⁶

Werden die Vergütungen von der Generalversammlung definitiv verweigert, steht dem Verwaltungsrat in seiner Funktion als Beauftragter zumindest das «übliche» Honorar gemäss Art. 394 Abs. 3 OR zu.³⁴⁷ Analog kann sich das Geschäftsleitungsmitglied als Arbeitnehmer auf Art. 322 Abs. 1 OR berufen und bei Ablehnung durch die Generalversammlung zumindest den «üblichen» Lohn fordern.³⁴⁸ 143

8. Neue Kompetenzen (Aktienrechtsrevision 2016)

Die Aktienrechtsrevision 2016 sieht eine Ergänzung des Kompetenzkatalogs der Generalversammlung vor. So soll die Generalversammlung in Zukunft über die Genehmigung einer allfälligen Zwischenbilanz und Festsetzung einer Zwischendividende, die Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve und die Dekotierung der Beteiligungspapiere Beschluss fassen können. 144

8.1 Festsetzung Zwischendividende

Die Generalversammlung kann die Ausrichtung von Zwischendividenden beschliessen, sofern dies in den Statuten vorgesehen ist (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 i.V.m. Art. 675a Abs. 1 Ziff. 1 E-OR). Diese Möglichkeit wird *de lege lata* zwar verneint, gleichwohl soll aber eine Zwischendividende möglich sein, sofern die Voraussetzungen zur Ausschüttung einer ordentlichen Dividende analog eingehalten werden.³⁴⁹ Diese Bedingungen sollen neu gesetzlich verankert werden. Somit muss ein Zwischenabschluss vorliegen (Art. 675a Abs. 1 Ziff. 2 E-OR), welcher 145

³⁴⁶ Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 196.

³⁴⁷ CR CO II-BAHAR, Art. 18 VegüV N 44; BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 18 N 105; Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 206; VON DER CRONE/HUBER, S. 304.

³⁴⁸ CR CO II-BAHAR, Art. 18 VegüV N 44; BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 18 N 105; MALACRIDA/SPILLMANN, S. 493; Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 216. VON DER CRONE/BRUGGER, S. 250 f., gehen wegen Unmöglichkeit nur noch von einem faktischen Arbeitsvertrag aus. Des Weiteren erachten sie ein vollständig retrospektives Modell als nicht umsetzbar, da ein Basissalär bedingungslos ausbezahlt werden müsse und ein Arbeitsvertrag mit der Bedingung der Genehmigung widerrechtlich und nichtig sei (S. 251 f.). Vgl. dazu auch WATTER/VON BÜREN, S. 311.

³⁴⁹ Dazu oben § 5/II./4.2.

vor dem Beschluss der Generalversammlung von der Revisionsstelle zu prüfen ist (Abs. 2). Fehlt der Revisionsbericht, führt dies zur Nichtigkeit des Ausschüttungsbeschlusses.³⁵⁰ Des Weiteren sind die Bestimmungen zur ordentlichen Dividende anwendbar (Art. 675a Abs. 3 E-OR).³⁵¹

8.2 Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve

- 146 Die steuerlich attraktive Rückzahlung von Kapitaleinlagen soll formell getrennt von der Ausschüttung eines Gewinnanteils in Form der Dividende beschlossen werden (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 E-OR).³⁵² Für die Rückzahlung wird eine Bestätigung der Revisionsstelle über die Deckung von sämtlichen Verbindlichkeiten und ausreichende Liquidität vorausgesetzt.³⁵³ Dabei wird die Generalversammlung dadurch eingeschränkt, dass das Gesetz die Rückzahlung bei einem Verlustvortrag verbietet (Art. 677a E-OR) und verlangt, dass die gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven die Hälfte des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals übersteigen müssen (Art. 671 Abs. 2 E-OR).

8.3 Dekotierung der Beteiligungspapiere

- 147 Da mit der Dekotierung der Beteiligungspapiere der Gesellschaft ein beträchtlicher Rechtsverlust für den einzelnen Aktionär einhergeht,³⁵⁴ soll die Generalversammlung neu über diese «tiefgreifende Änderung der Unternehmensverfassung»³⁵⁵ Beschluss fassen können (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 8 E-OR).³⁵⁶ Der Beschluss zur Dekotierung der Beteiligungspapiere muss mit einer qualifizierten Zweidrittelmehrheit gefasst werden (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 10 E-OR).

³⁵⁰ BBl 2017 399, 526.

³⁵¹ Dazu oben § 5/II./4.2.

³⁵² BBl 2017 399, 548.

³⁵³ BÖCKLI, *Blütenlese*, S. 3.

³⁵⁴ Die Aktien können nicht mehr an der Börse ge- oder verkauft werden, unter Umständen werden strengere Vinkulierungsbestimmungen eingeführt und die Pflichten zur Genehmigung der Vergütungen durch die Generalversammlung sowie zur *ad hoc*-Publizität entfallen (BÖCKLI, *Aktienrechtsrevision*, S. 147).

³⁵⁵ BÖCKLI, *Aktienrechtsrevision*, S. 147.

³⁵⁶ BBl 2017 399, 548 f.

III. Aktionärsrechte

Neben den Kompetenzen, welche der Generalversammlung als Organ zustehen, verfügen Aktionäre über bestimmte Rechte, die ihnen erst erlauben, die zugeteilten Kompetenzen wahrzunehmen.³⁵⁷ Diese Rechte fliessen direkt aus ihrer Mitgliedschaft in der Aktiengesellschaft.³⁵⁸ Sie lassen sich anhand der Voraussetzungen ihrer Ausübung in Individual- resp. Minderheitenrechte kategorisieren.³⁵⁹ Die Individualrechte setzen sich aus vermögensmässigen bzw. nicht vermögensmässigen Rechten zusammen,³⁶⁰ wobei Letztere wiederum in Mitwirkungs- und Schutzrechte unterteilt werden können.³⁶¹ Individualrechte können von jedem Aktionär einzeln und ungeachtet des Umfangs seiner Beteiligung geltend gemacht werden.³⁶² Als Minderheitenrechte gelten demgegenüber all jene Rechte, zu deren Geltendmachung eine bestimmte Mindest(kapital)beteiligung an der Gesellschaft vorausgesetzt wird.³⁶³ Darunter fallen einzelne Mitwirkungs- sowie Schutz-

148

³⁵⁷ Auf Ausführungen zu Partizipanten, Inhabern von Vorzugsaktien und Genussscheinen wird im Rahmen dieser Arbeit grundsätzlich verzichtet, da im Zusammenhang mit der Einheit der Materie von Generalversammlungsbeschlüssen im Wesentlichen nur das Stimmrecht und die damit zusammenhängenden Rechte der Aktionäre betroffen sind (vgl. Art. 656, 656c sowie 657 Abs. 2 OR). Werden den Partizipanten in den Statuten die mit dem Stimmrecht zusammenhängenden Aktionärsrechte (Teilnahme-, Antrags-, Auskunfts- oder Einsichtsrecht; die Einräumung des Stimmrechts ist ausgeschlossen [Art. 656c Abs. 1 OR]) gewährt (vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 10), so beziehen sich nachstehende Ausführungen selbstredend auch auf den Partizipanten.

³⁵⁸ VON GREYERZ, S. 142.

³⁵⁹ Vgl. VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 8. Die ebenfalls erwähnten Gruppenrechte (§ 8 N 20 f.), deren einziges Beispiel das Recht auf Vertretung im Verwaltungsrat ist (Art. 709 Abs. 1 OR), werden vorliegend nicht weiter behandelt.

³⁶⁰ VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 11. Siehe auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 233, die dieses Unterscheidungsmerkmal primär verwenden, oder KNOBLOCH, S. 62, für eine Übersicht zur Unterteilung nach der Qualität der Aktionärsrechte.

³⁶¹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 259; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 11.

³⁶² VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 9. Ob es sich dabei um absolute oder relative Rechte handelt, ist abhängig vom statutarischen Gestaltungsspielraum, welcher der Gesellschaft zugestanden wird (vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 1 N 123; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 10).

³⁶³ BÄRTSCHI, S. 131; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 11 N 43; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 15.

rechte.³⁶⁴ Das Gesetz sieht dafür bestimmte Schwellenwerte vor, welche im Sinne eines Mindeststandards mittels Statutenbestimmung weiter gesenkt, jedoch nicht erhöht werden können.³⁶⁵

- 149 Im Lichte der vorliegenden Fragestellung ist indes eine andere Unterteilung geboten. An übergeordneter Stelle steht das Stimmrecht, das «Mutter-Recht» der Aktionäre.³⁶⁶ Weitere hier interessierende Aktionärsrechte dienen der Ausübung des Stimmrechts, insbesondere der einer Stimmabgabe vorausgehenden individuellen Willensbildung.³⁶⁷ Vorweg setzt die Ausübung des Stimmrechts aber voraus, dass der Aktionär überhaupt zur Teilnahme an der Generalversammlung berechtigt ist.³⁶⁸

1. Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung

1.1 Teilnahme im Allgemeinen

- 150 Der Aktionär hat seine Rechte in der Generalversammlung auszuüben (Art. 689 Abs. 1 OR). Als Voraussetzung dafür besitzt er ein individuelles Teilnahmerecht, das auch als formelles Stimmrecht bezeichnet wird.³⁶⁹ Im Umkehrschluss sind alle «Nicht-Aktionäre» von der Teilnahme an der Generalversammlung ausgeschlossen.³⁷⁰ Ebenfalls ausgeschlossen ist der Aktionär ohne Stimmrecht.³⁷¹ Da dieser

³⁶⁴ Vgl. VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 17 ff. Das wohl prominenteste Beispiel ist das Recht auf Einberufung einer Generalversammlung oder Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes (dazu unten § 5/III./4).

³⁶⁵ ZK-TANNER, Art. 699 OR N 77; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 22 f. Dadurch ist eine Ausgestaltung einzelner Minderheitenrechte als faktische Individualrechte denkbar.

³⁶⁶ So KUNZ, *Exit*, S. 22.

³⁶⁷ Vgl. BÖCKLI, *Stimmrecht*, S. 21 f.; KUNZ, *Minderheitenschutz*, § 1 N 90; ZK-TANNER, Art. 703 OR N 24.

³⁶⁸ Vgl. BÄRTSCHI, S. 126.

³⁶⁹ BÖCKLI, *Stimmrecht*, S. 16; ZK-BÜRGI, Art. 689 OR N 2; BSK OR II-PÖSCHEL, Art. 689 N 14.

³⁷⁰ BSK OR II-PÖSCHEL, Art. 689 N 16.

³⁷¹ ZK-TANNER, Art. 702 OR N 37.

sein Stimmrecht und alle damit zusammenhängenden Rechte nicht ausüben kann, erübrigt sich seine Teilnahme an der Generalversammlung.³⁷²

Das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung kann in genereller Weise 151 weder entzogen noch eingeschränkt werden. Beschlüsse, die eine solche Regelung vorsehen, sind nichtig (Art. 706b Ziff. 1 OR).³⁷³ Ob einzelne Generalversammlungsbeschlüsse, welche mit dem Mangel behaftet sind, dass gewissen Aktionären die Teilnahme verwehrt blieb, nichtig oder anfechtbar sind, ist umstritten.³⁷⁴

1.2 Einladung zur Generalversammlung

Die Möglichkeit zur Teilnahme an der Generalversammlung bedingt in der Regel 152 eine Einladung.³⁷⁵ Nur so erhält der Aktionär überhaupt Kenntnis von der bevorstehenden Versammlung und deren Inhalt.³⁷⁶ Mithin ist der Aktionär berechtigt, zur Generalversammlung eingeladen und über die Traktanden und Anträge informiert zu werden.³⁷⁷ Die Pflicht zur Einberufung der Generalversammlung obliegt dem Verwaltungsrat im Rahmen seiner Vorbereitungshandlungen.³⁷⁸ Insbesondere hat dieser darauf zu achten, dass die Einladung fristgerecht erfolgt und den notwendigen Inhalt sowie eine rechtsgenügende Form aufweist.³⁷⁹

³⁷² Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 6 N 143 f.; BSK OR II-PÖSCHEL, Art. 689 N 17; STUDER, S. 33; VISCHER/GALLI, *Nicht-Aktionäre*, S. 5 f. A.M. wohl MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 260.

³⁷³ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 9.

³⁷⁴ Nichtig: BGE 137 III 460, E. 3.3.2; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 24; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 493; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 471. Anfechtbar: BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 163 (siehe aber § 12 N 111 ff.); DRUEY, S. 137; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 9; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 870. SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 9 N 5 ff., unterscheidet danach, ob die Gesellschaft einen Aktionär wissentlich (Nichtigkeit) oder versehentlich (Anfechtbarkeit) nicht eingeladen hat.

³⁷⁵ Obwohl dem Partizipanten das Teilnahmerecht von Gesetzes wegen nicht zusteht, muss ihm die Einberufung der Generalversammlung zusammen mit den Verhandlungsgegenständen und den Anträgen bekannt gegeben werden (Art. 656d Abs. 1 OR). Freilich kann dem Partizipanten das Teilnahmerecht in den Statuten eingeräumt werden (Art. 656c Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 OR).

³⁷⁶ MAIZAR, S. 216; STUDER, S. 1; ZK-TANNER, Art. 699 OR N 6.

³⁷⁷ BÄRTSCHI, S. 126; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 13.

³⁷⁸ Vgl. MAIZAR, S. 216; STUDER, S. 12 f.

³⁷⁹ Vgl. VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 76 ff. Zur Einberufung der Generalversammlung unten § 6/II./3.

1.3 Vertretung des Aktionärs an der Generalversammlung

a. Individuelle Vertretung

- 153 Der Aktionär kann grundsätzlich einen beliebigen Dritten mit der Wahrnehmung sämtlicher seiner Mitwirkungsrechte beauftragen.³⁸⁰ Dieses Recht kann durch die Statuten insofern eingeschränkt werden, als sich ein Aktionär nur durch einen anderen Aktionär vertreten lassen darf (Art. 689 Abs. 2 OR).³⁸¹ Dies kann bei kleinen Aktionärskreisen dazu führen, dass sich einzelne Aktionäre gezwungen sehen, ihre Aktien durch eine Person vertreten zu lassen, die nicht dieselbe Auffassung vertritt.³⁸² Laut herrschender Lehre und Rechtsprechung ist eine derartige Einschränkung unzulässig und die Gesellschaft in diesem Fall verpflichtet, einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu bezeichnen.³⁸³
- 154 Über die Aktionärseigenschaft hinausgehende, in den Statuten zu verankernde Voraussetzungen der Vertretung sind im Gesetz nicht vorgesehen, jedoch auch nicht zwingend ausgeschlossen.³⁸⁴ Bedingung bei zusätzlichen Voraussetzungen ist, dass die Ausübung des Stimmrechts nicht übermässig behindert wird.³⁸⁵ Eine allgemeine Beschränkung der Vertretung ist nichtig.³⁸⁶

b. Institutionelle Vertretung

- 155 Als institutioneller Stimmrechtsvertreter gilt, wer das Stimmrecht einer unbestimmten und variablen Anzahl von Aktionären, die in keiner rechtlichen Bezie-

³⁸⁰ Vgl. BSK OR II-PÖSCHEL, Art. 689b N 8.

³⁸¹ Im Entwurf zur Aktienrechtsrevision 2016 ist diese Möglichkeit nur noch betreffend Aktien, die nicht an einer Börse kotiert sind, vorgesehen (Art. 689d Abs. 1 E-OR).

³⁸² Vgl. BBl 2017 399, 536 f.; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 139.

³⁸³ Urteil des HGer ZH vom 31. August 2017 (HG160030; ZR 2018, S. 20 ff.), E. 2.3; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 140; HARDER SCHULER, S. 158; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 261; MEYER, S. 18 f.; VON SALIS, S. 361 f. A.M. VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 140. Im Rahmen der Aktienrechtsrevision 2016 soll diese Pflicht im Gesetz verankert werden (Art. 689d Abs. 2 E-OR).

³⁸⁴ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 141; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 141. A.M. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 261, die eine weitergehende Einschränkung als nichtig erachten.

³⁸⁵ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 141; ZK-BÜRGLI, Art. 689 OR N 19; BSK OR II-PÖSCHEL, Art. 689b N 24f.

³⁸⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 261; BSK OR II-PÖSCHEL, Art. 689 N 39; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 141. So wohl auch BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 141.

hung zueinander stehen, in der Generalversammlung kraft seiner Beziehung zur Gesellschaft oder einzelnen Aktionären ausübt.³⁸⁷ Im Gesetz ist die Depotvertretung oder die Vertretung durch ein von der Gesellschaft vorgeschlagenes Mitglied ihrer Organe (Organvertretung) vorgesehen (Art. 689c und 689d Abs. 1 OR). Sieht die Gesellschaft eine Organvertretung vor, hat sie zusätzlich einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu bezeichnen (Art. 689c OR).³⁸⁸

aa. Depotvertretung

Als Depotvertreter gelten die dem Bankengesetz unterstellten Institute sowie gewerbmässige Vermögensverwalter, welche die mit den bei ihnen hinterlegten Aktien verbundenen Rechte an der Generalversammlung ausüben (Art. 689d Abs. 3 OR).³⁸⁹ Die Depotvertretung wird unter anderem aufgrund erhöhter Zusatzkosten nur noch selten genutzt.³⁹⁰ Für Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, ist sie sodann untersagt (Art. 11 VegüV). 156

bb. Organvertretung

Bei der Organvertretung kann sich der Aktionär durch ein Mitglied der Direktion oder in seltenen Fällen durch ein Mitglied des Verwaltungsrates vertreten lassen.³⁹¹ Als Organvertreter gelten zudem alle Personen, welche gegenüber der Gesellschaft in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen.³⁹² 157

Da die Vertretung und Stimmrechtsausübung durch einen Direktor oder ein Verwaltungsratsmitglied trotz gewisser gesetzlicher Einschränkungen nicht mit einer «modernen *Corporate Governance*» zu vereinbaren ist, soll die Organvertretung künftig nicht mehr möglich sein.³⁹³ Börsenkotierten Aktiengesellschaften ist es bereits unter geltendem Recht untersagt, eine Organstimmrechtsvertretung vorzusehen (Art. 11 VegüV). 158

³⁸⁷ WAIDACHER, S. 12.

³⁸⁸ Gesellschaften, deren Aktien an der Börse kotiert sind, haben in jedem Fall einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu bezeichnen (vgl. Art. 8 ff. VegüV).

³⁸⁹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 254; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 169.

³⁹⁰ Siehe MAIZAR, S. 130 ff.

³⁹¹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 278.

³⁹² MEYER, S. 21; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 535.

³⁹³ BB1 2017 399, 533 (Hervorhebung im Original). Siehe Art. 689b Abs. 2 E-OR.

cc. *Unabhängiger Stimmrechtsvertreter*

- 159 Börsenkotierte Aktiengesellschaften haben zwingend einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter durch die Generalversammlung wählen zu lassen (Art. 8 Abs. 1 VegüV).³⁹⁴ Bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an der Börse kotiert sind, ist ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter nur dann zwingend einzusetzen, wenn auch eine Organvertretung vorgesehen ist (Art. 689c OR). Diesfalls wird der unabhängige Stimmrechtsvertreter durch die Gesellschaft bezeichnet.³⁹⁵ Obwohl auch der unabhängige Stimmrechtsvertreter grundsätzlich alle Mitwirkungsrechte ausüben kann, wird dessen Vertretungsumfang oft – und m.E. zu Recht – auf die Ausübung des Stimmrechts beschränkt.³⁹⁶

2. Stimm- und Wahlrecht

2.1 Im Allgemeinen

- 160 Das Stimm- und Wahlrecht³⁹⁷ ermöglicht dem Aktionär die Teilnahme an der kollektiven Willensbildung der Gesellschaft, indem er seinen «Willen in Bezug auf die Verhandlungsgegenstände im Rahmen einer Abstimmung überhaupt zum Ausdruck» bringen kann.³⁹⁸

³⁹⁴ Vgl. CR CO II-BAHAR, Art. 8 VegüV N 1; GesKR Kommentar VegüV-DUBS/PÖSCHEL, Art. 8 N 2. Die in der VegüV dargelegten Bestimmungen zur unabhängigen Stimmrechtsvertretung sollen dem Schutz der Willensbildung in der Generalversammlung dienen und die Unabhängigkeit von Dritteinflüssen garantieren (Praxis-kommentar VegüV-GERICKE, Art. 8 N 11; BSK VegüV-NIKITINE, Art. 8 N 13). Ob die Wahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreters durch die Generalversammlung entscheidend ist für den Schutz der Willensbildung, ist indes umstritten (vgl. VOGT, S. 109).

³⁹⁵ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 288; BSK OR II-PÖSCHEL, Art. 689c N 14.

³⁹⁶ Vgl. BSK OR II-PÖSCHEL, Art. 689b N 8; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 544. Laut MEYER, S. 120, widerspricht eine derartige Einschränkung dem Wortlaut des Gesetzes und ist unbeachtlich. Zur Ausübung des Stimmrechts durch Vertreter unten § 5/III./2.2/b.

³⁹⁷ Obwohl im Gesetz nur das Stimmrecht erwähnt wird (Art. 692 Abs. 1 OR), ergibt sich allein schon aufgrund der der Generalversammlung übertragenen Beschlusskompetenzen, dass der Aktionär auch über das Wahlrecht verfügt (vgl. BSK OR II-PÖSCHEL, Art. 689 N 20; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 906).

³⁹⁸ MAIZAR, S. 308 f.

Die Willensbildung in der Gesellschaft folgt dem Mehrheitsprinzip.³⁹⁹ Im Grundsatz fasst die Generalversammlung ihre Beschlüsse mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen (Art. 703 OR). Davon abweichend sieht einerseits das Gesetz in Art. 704 Abs. 1 OR für bestimmte Beschlüsse ein qualifiziertes Quorum vor, andererseits können auch die Statuten von der Grundregel abweichende Mehrheiten verlangen (Abs. 2).⁴⁰⁰ Beim resultierenden Beschluss werden die einzelnen Willenserklärungen der Aktionäre zu einem *einheitlichen Willensinhalt* zusammengefasst.⁴⁰¹ 161

2.2 Ausübung

Der Aktionär kann sein Stimmrecht entweder selbst ausüben oder einen Vertreter damit beauftragen.⁴⁰² 162

a. Ausübung durch den Aktionär

Aus Art. 689 Abs. 2 und Art. 692 Abs. 1 OR leiten Bundesgericht wie auch Lehre ab, dass ein Aktionär sein Stimmrecht ausschliesslich an der Generalversammlung ausüben kann.⁴⁰³ Die schriftliche Stimmabgabe und die Beschlussfassung auf dem Zirkulationsweg sind demnach ausgeschlossen.⁴⁰⁴ 163

Der Aktionär übt sein Stimmrecht grundsätzlich nach Verhältnis des gesamten Nennwerts der ihm gehörenden Aktien aus (Art. 692 Abs. 1 OR). Im Gegensatz zum Staatsrecht bemisst sich das Stimmrecht also nicht nach Köpfen, sondern 164

³⁹⁹ Vgl. BGE 136 III 278, E. 2.2.2; BGer 4A_164/2011 vom 10. November 2011, E. 3.2; BÖCKLI, *Stimmenmehrheit*, S. 445; KUNZ, *Minderheitenschutz*, § 1 N 82 ff.

⁴⁰⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 517.

⁴⁰¹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 121.

⁴⁰² Zur Vertretung des Aktionärs im Allgemeinen oben § 5/III.1.3.

⁴⁰³ BGE 71 I 383, E. 2.a; 67 I 342, E. 3; ZK-BÜRGI, Art. 692 OR N 2; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 11 f.; BSK OR II-LÄNZLINGER, Art. 692 N 1; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 912. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 40, würden einen Zirkularbeschluss zumindest dann zulassen, wenn die Vertreter sämtlicher Aktien einverstanden sind.

⁴⁰⁴ Eine Ausnahme bildet der Beschluss über den Verzicht auf die Revision (*Opting-out*), der auch schriftlich und ausserhalb der Generalversammlung gefasst werden kann (ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 727a OR N 20 ff.; BSK OR II-MAIZAR/WATTER, Art. 727a N 23).

nach Aktien.⁴⁰⁵ Im Sinne eines unentziehbaren Rechts hat jeder Aktionär mindestens eine Stimme (Virilstimmrecht), «auch wenn er nur eine Aktie besitzt» (Art. 692 Abs. 2 OR).⁴⁰⁶

- 165 Zur Ausübung des Stimmrechts verfügt der Aktionär über drei Optionen: Zustimmung (Ja), Ablehnung (Nein) oder Enthaltung.⁴⁰⁷ Daraus folgt, dass der vorgelegte Antrag ausschliesslich entweder abgelehnt oder im Falle seiner Annahme zum Beschluss erhoben werden kann.⁴⁰⁸

b. Ausübung durch den Vertreter

aa. Individuelle Vertretung

- 166 Der stimmberechtigte Aktionär kann sich an der Generalversammlung vertreten lassen (Art. 689 Abs. 2 OR). Bei der Ausübung des Stimmrechts hat der Vertreter die Weisungen des vertretenen Aktionärs zu befolgen (Art. 689b Abs. 1 OR).

bb. Depotvertretung

- 167 Nimmt ein Depotvertreter die Ausübung der Stimmrechte wahr und wird entsprechend bevollmächtigt,⁴⁰⁹ hat er die Weisungen der Aktionäre einzuholen und bei der Ausübung der Stimmrechte zu befolgen (Art. 689d Abs. 1 i.V.m. Art. 689b Abs. 1 OR).⁴¹⁰ Die Weisung ist zu jedem einzelnen Traktandum einzuholen.⁴¹¹ Wird trotz Ersuchen keine Weisung erteilt, übt der Vertreter das Stimmrecht nach

⁴⁰⁵ ZK-TANNER, Art. 698 OR N 61. Ein Stimmrecht nach Köpfen ist zwar grundsätzlich möglich, passt indes nicht zum Grundsatz der Kapitalbezogenheit des Aktienrechts (VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 101). A.M. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 476, der das Kopfstimmrecht für unzulässig hält. Zur Bemessung nach Aktien unabhängig vom Nennwert (Stimmrechtsaktien) unten N 174 ff.

⁴⁰⁶ Vgl. ZK-BÜRGI, Art. 692 OR N 8; BSK OR II-LÄNZLINGER, Art. 692 N 2; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 911.

⁴⁰⁷ Vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 499.

⁴⁰⁸ Vgl. DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 12: «Da die Abstimmung immer dialektischer Natur ist – das Ergebnis ist entweder ein «Ja» oder ein «Nein» zu dem zur Abstimmung gestellten Antrag – ist der Beschlussinhalt durch den Antrag bestimmt.»

⁴⁰⁹ Es besteht keine Pflicht der Depotvertreter zur Stimmrechtsvertretung oder zur Annahme von Aufträgen zur Stimmrechtsvertretung (BSK OR II-PÖSCHEL, Art. 689d N 8).

⁴¹⁰ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 272 ff.; BSK OR II-PÖSCHEL, Art. 689d N 8.

⁴¹¹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 262; MEYER, S. 28; BSK OR II-PÖSCHEL, Art. 689d N 16.

der allgemeinen Weisung des Vertretenen aus; fehlt auch diese, folgt er den Anträgen des Verwaltungsrates (Art. 689d Abs. 2 OR).⁴¹²

cc. *Organvertretung*

Lässt sich der Aktionär durch ein Organ der Gesellschaft vertreten, so hat der Vertreter die Weisungen des Aktionärs zu befolgen (Art. 689b Abs. 1 OR). Ob die Gesellschaft auch verpflichtet ist, die Weisungen des Aktionärs aktiv einzufordern, ist umstritten.⁴¹³ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird potenziellen Interessenkonflikten bei der Vertretung dadurch vorgebeugt, dass ein vertretendes Verwaltungsratsmitglied bei der eigenen Entlastung nicht stimmberechtigt ist (Art. 695 Abs. 1 OR).⁴¹⁴ 168

dd. *Unabhängiger Stimmrechtsvertreter*

Bei Publikumsgesellschaften spielt der unabhängige Stimmrechtsvertreter eine (alles) entscheidende Rolle, indem er häufig die Mehrheit der an der Generalversammlung vertretenen Aktienstimmrechte ausübt.⁴¹⁵ Der Aktionär kann zu jedem einzelnen Traktandum eine konkrete Weisung erteilen und der unabhängige Stimmrechtsvertreter hat die übertragenen Stimmrechte entsprechend auszuüben.⁴¹⁶ 169

⁴¹² Siehe zu diesem «Hauptproblem» BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 265 ff.

⁴¹³ Bejahend: BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 282 ff.; MEYER, S. 22; BSK OR II-PÖSCHEL, Art. 689c N 3a; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 163. Ablehnend: SCHERRER, S. 109 f.; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 536; WOHLMANN, *Organvertretung*, S. 117 f.

⁴¹⁴ BGE 128 III 142, E. 3. Vgl. aber MEYER, S. 26 f., der m.E. zu Recht argumentiert, dass sich der Stimmrechtsausschluss nur auf den Aktionär und nicht den Vertreter zu beziehen hat (gl.M. WOHLMANN, *Déchargebeschluss*, S. 111 f. A.M. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 303 ff.; LEU/VON DER CRONE, S. 210).

⁴¹⁵ Aus einer Studie der SWIPRA geht hervor, dass im Jahr 2016 in den Generalversammlungen der 100 grössten SPI-Unternehmen durchschnittlich 63 % der Stimmen durch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter ausgeübt wurden (Analysis Outline 2016, S. 7). An der Generalversammlung der Credit Suisse Group AG vom 26. April 2019 wurden gerade einmal «knapp 1.2 %» der Aktienstimmen von Aktionären selbst vertreten (NZZ Online, CS-Aktionäre nehmen alle Anträge an, 26. April 2019, <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/generalversammlung-credit-suisse-aktionaere-nehmen-antraege-an-ld.1477714>>).

⁴¹⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 545. Laut MEYER, S. 163, sind bis zu 80 % der Aktionäre aber schlicht «weisungsfaul» und machen sich nicht die Mühe, Weisungen zu erteilen.

- 170 Nach heutiger Lehre ist die Gesellschaft verpflichtet, die vertretenen Aktionäre um Weisungen zu ersuchen.⁴¹⁷ Liegen trotzdem keine Weisungen vor, z.B. aufgrund eines neuen, in der Generalversammlung gestellten Antrags, hängt das konkrete Vorgehen von der Ausgestaltung der Aktien ab. Handelt es sich um Aktien, die *nicht* an der Börse kotiert sind, stimmt der unabhängige Stimmrechtsvertreter im Sinne der Anträge des Verwaltungsrates.⁴¹⁸ Fliesst das Stimmrecht aus börsenkotierten Aktien, so hat sich der unabhängige Stimmrechtsvertreter bei Fehlen einer Weisung der Stimme zu enthalten (Art. 10 Abs. 2 VegüV).⁴¹⁹

2.3 Beschränkungen des Stimm- und Wahlrechts

- 171 Die Statuten können das Stimmrecht von Inhabern mehrerer Aktien beschränken (Art. 692 Abs. 2 OR). Dabei ist eine prozentuale Limite oder auch eine absolute Zahl als Grenze möglich.⁴²⁰ Eine über diesen Grenzwert hinausgehende Zahl an Aktien vermittelt dem Aktionär kein zusätzliches Stimmrecht mehr.⁴²¹ Während eine Stimmrechtsbeschränkung in den Urstatuten problemlos möglich ist, kann eine nachträgliche Beschränkung nur eingeführt werden, wenn sie sachlich begründet ist und im Interesse der Gesellschaft liegt.⁴²²
- 172 Eine prozentuale Beschränkung der Stimmkraft lässt sich zudem im Rahmen der Vinkulierung von kotierten Namenaktien erreichen. Die Gesellschaft kann einen

⁴¹⁷ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 291; BSK OR II-PÖSCHEL, Art. 689c N 19; ROULLER et al., N 416. Vgl. auch VON SALIS, S. 254, der die Pflicht wohl eher beim unabhängigen Stimmrechtsvertreter selbst sieht; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 24 N 135, die davon ausgehen, dass sich die Einholung einer Weisung erübrigt, da sich der Aktionär in der Regel mit Weisungen an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter wendet.

⁴¹⁸ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 292; BSK OR II-PÖSCHEL, Art. 689c N 20; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 545; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 167. A.M. CHK-RAEMY/GABRIEL, Art. 689c OR N 7, wonach sich der unabhängige Stimmrechtsvertreter der Stimme zu enthalten hat. Künftig soll auch das Gesetz vorsehen, dass sich der unabhängige Stimmrechtsvertreter ohne Weisung der Stimme enthält (Art. 689b Abs. 3 E-OR).

⁴¹⁹ Vgl. Art. 689b Abs. 3 E-OR. Siehe die Kaskade der Weisungsordnung in Publikums-gesellschaften bei PROJER, N 388 f.

⁴²⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 24 N 61.

⁴²¹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 467.

⁴²² BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 476 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 24 N 65 f. («Ein solches <Sonderopfer> ist nur zum Schutz eines intensiven Gesellschaftsinteresses zulässig.»); BSK OR II-LÄNZLINGER, Art. 692 N 7 f.

Erwerber von börsenkotierten Aktien ablehnen, wenn die Anzahl seiner Aktien eine in den Statuten festgelegte prozentuale Grenze überschreitet (Art. 685d Abs. 1 OR). Für den die statutarische Grenze übersteigenden Anteil seiner Aktien gilt der Betroffene diesfalls als «Aktionär ohne Stimmrecht».⁴²³ Damit wird sein effektives Stimmrecht auf den statutarisch festgelegten Wert beschränkt.⁴²⁴ Eine derartige prozentuale Beschränkung in den Statuten ist – im Hinblick auf die wirtschaftliche Selbständigkeit der Gesellschaft – auch für nicht kotierte Namenaktien möglich.⁴²⁵ Eingeschränkt wird dadurch aber nicht nur die Übertragung resp. Zulassung des Stimmrechts, sondern die Übertragbarkeit sämtlicher Aktionärsrechte.⁴²⁶

Darüber hinaus sieht das Gesetz weitere Stimmrechtsbeschränkungen vor. So haben Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung mitgewirkt haben, bei Beschlüssen über die Entlastung des Verwaltungsrates kein Stimmrecht (Art. 695 OR). Ebenfalls nicht ausgeübt werden kann das mit eigenen Aktien verbundene Stimmrecht (Art. 659a Abs. 1 OR). Letztlich wird das Stimmrecht in gewissen Fällen zur Sanktionierung von Pflichtverletzungen suspendiert. Dies ist unter anderem beim Verstoss gegen die börsengesetzliche Meldepflicht gemäss Art. 120 und 121 FinfraG (Art. 144 lit. a FinfraG) oder beim Verstoss gegen die börsengesetzliche Angebotspflicht (Art. 135 Abs. 5 lit. a FinfraG) der Fall.

Art. 693 OR erlaubt Aktiengesellschaften, das Stimmrecht abweichend vom Nennwert der dem Aktionär gehörenden Aktien festzusetzen und jeder Aktie eine Stimme zuzuweisen (Abs. 1). Die Privilegierung von Stimmrechtsaktien entsteht dadurch, dass deren Nennwert kleiner ist als jener der Stammaktien, aber jeder Aktie unabhängig von ihrem Nennwert eine Stimme zusteht.⁴²⁷ So kann mittels gleichem Kapitaleinsatz eine grössere Stimmkraft erreicht werden.⁴²⁸

⁴²³ KLÄY, S. 366.

⁴²⁴ Vgl. KUNZ, *Einberufungsrecht*, N 13.

⁴²⁵ BGer 4C.35/2007 vom 18. April 2007, E. 3.1; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 6 N 271 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44 N 151; TSCHÄNI, S. 22.

⁴²⁶ Vgl. KLÄY, S. 356.

⁴²⁷ ZK-CRAMER, Art. 627 OR N 18; BSK OR II-LÄNZLINGER, Art. 693 N 1; NOBEL, *Stimmrechtsaktien*, S. 581.

⁴²⁸ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 376; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 3 N 133. Zu den Vor- und Nachteilen von Stimmrechtsaktien siehe HÄUSERMANN, *Stimmrechtsaktien*, S. 241 ff. Für eine ökonomische Analyse des Einflusses von Stimmrechtsaktien siehe VON DER CRONE/REISER/PLAKSEN, S. 93 ff.

- 175 Durch die Ausgabe von Stimmrechtsaktien wird der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre anhand ihrer Kapitalbeteiligung relativiert.⁴²⁹ Jedoch setzt das Gesetz auch hier Grenzen. So darf der Nennwert der Stammaktien das Zehnfache des Nennwerts der Stimmrechtsaktien nicht übersteigen (Art. 693 Abs. 2 OR). Dadurch soll verhindert werden, dass Stimmkraft und Kapitaleinlage bzw. Risiko zu sehr auseinanderfallen.⁴³⁰
- 176 Nicht zur Anwendung gelangt die Privilegierung bei der Wahl der Revisionsstelle (Art. 693 Abs. 3 Ziff. 1 OR), der Ernennung von Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung oder einzelner Teile (Ziff. 2) sowie der Beschlussfassung über die Einleitung einer Sonderprüfung (Ziff. 3) und über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage (Ziff. 4). In diesen Fällen bestimmt sich die Stimmkraft nach dem Nennwert der Aktien.⁴³¹ Damit sollen die grundlegenden Kontrollmechanismen und eine genügende Aufsicht über Verwaltungsrat und Geschäftsleitung auch bei Gesellschaften mit Stimmrechtsaktien garantiert werden.⁴³² Bei *wichtigen Beschlüssen* nach Art. 704 OR wird der Einfluss der Stimmrechtsaktien relativiert, indem neben zwei Dritteln der vertretenen Stimmen auch die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte für einen Beschluss nötig ist.⁴³³
- 177 Stimmrechtsaktien dürfen ausschliesslich als Namenaktien ausgegeben werden und müssen voll liberiert sein (Art. 693 Abs. 2 OR). Ihre Einführung muss mit zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und der Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte beschlossen werden (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 2 OR).⁴³⁴ Nach erfolgtem Beschluss haben Aktionäre, die der Einführung nicht zugestimmt haben, die Möglichkeit, ihre Aktien innerhalb von sechs Monaten ungeachtet allfälliger statutarischer Übertragungsbeschränkungen zu veräussern (Art. 704 Abs. 3 OR).
- 178 Bei den oben umschriebenen Stimmrechtsaktien handelt es sich um *unechte Stimmrechtsaktien*. Anders als Letztere sind Aktien, die mehrere Stimmen auf

⁴²⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 24 N 96; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 3 N 128.

⁴³⁰ Vgl. BSK OR II-LÄNZLINGER, Art. 693 N 5; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 3 N 136. Für eine Aufhebung der Begrenzung HÄUSERMANN, *Stimmrechtsaktien*, S. 245 f.

⁴³¹ BSK OR II-LÄNZLINGER, Art. 693 N 10.

⁴³² VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 3 N 137.

⁴³³ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 4 N 142 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 379; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 3 N 138.

⁴³⁴ Im Detail zur Einführung von Stimmrechtsaktien VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 3 N 141 ff.

sich vereinen – *echte Stimmrechtsaktien* – nach schweizerischem Recht nicht zulässig.⁴³⁵

3. Informationsrechte

3.1 Im Allgemeinen

Als Auftraggeber im *Principal-Agent*-Verhältnis ist der Aktionär darauf angewiesen, dass er zur Überbrückung der Informationsasymmetrie vom Verwaltungsrat über den Geschäftsgang informiert wird.⁴³⁶ Nur eine ausreichende Informationsbasis erlaubt dem Aktionär, die nötige Kontrolle auszuüben und seine Mitwirkungsrechte wahrzunehmen.⁴³⁷ Das Bundesgericht betrachtet eine angemessene Information als «unabdingbare Voraussetzung für die Geltendmachung [der] Mitverwaltungsrechte und besonders des Stimmrechts».⁴³⁸ Der Verwaltungsrat handelt dabei als *Informationsgarant*.⁴³⁹ 179

Die mangelnde Treuepflicht der Aktionäre bedingt indes, dass deren Zugang zu Informationen stets eine Interessenabwägung vorangeht.⁴⁴⁰ In diesem Spannungsfeld sollen einerseits die für die Ausübung der Aktionärsrechte relevanten Informationen kommuniziert und andererseits Geschäftsgeheimnisse und weitere sensible Informationen der Gesellschaft geschützt werden.⁴⁴¹ 180

⁴³⁵ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 4 N 131; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 24 N 101; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 3 N 132. Für eine Aufhebung des Verbots echter Stimmrechtsaktien HÄUSERMANN, *Stimmrechtsaktien*, S. 244 f.

⁴³⁶ Vgl. HANDSCHIN, S. 459 ff.; MAROLDA MARTINEZ, S. 89 ff.

⁴³⁷ Vgl. FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 86 f.; KUNZ, *Informationsrecht*, S. 884; MAROLDA MARTINEZ, S. 26; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 65 f. Siehe auch Ziff. 3 Abs. 1 SCBP: «Der Verwaltungsrat informiert die Aktionäre so, dass diese ihre Rechte in Kenntnis der wesentlichen Entscheidungsgrundlagen ausüben können.»

⁴³⁸ BGE 133 III 453, E. 7.2.

⁴³⁹ BERTSCHINGER, *Vergütung*, S. 403.

⁴⁴⁰ Vgl. KUNZ, *Informationsrecht*, S. 885 f.

⁴⁴¹ Vgl. FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 88. Kritisch zur Kontrollmöglichkeit der Aktionäre MAROLDA MARTINEZ, S. 140. BINDER, S. 31, hält die Informationsrechte der Aktionäre für derart stark beschränkt, dass diese ihre Aufsichtsfunktion trotz der Vielzahl der ihnen gewährten Aktionärsrechte beim besten Willen nicht mehr wahrnehmen können.

- 181 Die Information der Aktionäre erfolgt in einem dreistufigen Verfahren.⁴⁴² Als Grundlage legt die Gesellschaft den Aktionären «von sich aus» (resp. durch das Gesetz verpflichtet) den Geschäftsbericht und den Revisionsbericht vor (Art. 696 Abs. 1 OR).⁴⁴³ Auf Verlangen der Aktionäre hat der Verwaltungsrat zusätzlich Auskunft zu erteilen (Art. 697 Abs. 1 OR) und mit ausdrücklicher Ermächtigung der Generalversammlung oder seiner selbst Einsicht in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen zu gewähren (Abs. 3). Subsidiär zum Auskunfts- und Einsichtsrecht ermöglicht eine Sonderprüfung (Art. 697a OR) eine vertiefte Information zugunsten der Aktionäre, ohne dadurch die Geschäftsgeheimnisse der Gesellschaft zu gefährden.⁴⁴⁴

3.2 Geschäfts- und Revisionsbericht

- 182 In einem ersten Schritt werden dem Aktionär proaktiv Informationen zur Verfügung gestellt.⁴⁴⁵ Der Geschäftsbericht stellt ein bedeutendes Kommunikationsmittel der Gesellschaft mit den Aktionären dar und vermittelt diesen die grundlegendsten Informationen, indem er Auskunft über die finanzielle Lage und Geschäftstätigkeit der Gesellschaft gibt.⁴⁴⁶ Er beinhaltet die aus Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang zusammengesetzte Jahresrechnung (Art. 958 Abs. 2 OR). Zu einer ordentlichen Revision verpflichtete Gesellschaften haben zudem eine Geldflussrechnung (Art. 961b OR) und einen Lagebericht (Art. 961c OR) zu verfassen. Eine weitere Ergänzung betrifft der VegüV unterstellte Gesellschaften, welche zusätzlich einen Vergütungsbericht vorlegen müssen (Art. 13 VegüV).⁴⁴⁷

⁴⁴² Vgl. BGE 140 III 610, E. 2.2; FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 89; KUNZ, *Informationsrecht*, S. 883; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 75.

⁴⁴³ Gesellschaften, deren Aktien an der SIX Swiss Exchange kotiert sind, unterstehen zusätzlichen Informationspflichten. Dazu gehören insbesondere die Informationspflicht bei potenziell kursrelevanten Tatsachen (Art. 53 KR) und die Pflicht zur Offenlegung von Management-Transaktionen (Art. 56 KR).

⁴⁴⁴ Sofern die Statuten dem Partizipanten kein Recht auf Auskunft, Einsicht oder einen Antrag auf Sonderprüfung gewähren, kann dieser ein schriftliches Begehren um Auskunft, Einsicht oder Einleitung einer Sonderprüfung zuhanden der Generalversammlung stellen (Art. 656c Abs. 3 OR).

⁴⁴⁵ Vgl. VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 75.

⁴⁴⁶ MAROLDA MARTINEZ, S. 113; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 4 N 158 und § 8 N 77 f.

⁴⁴⁷ Zum Geschäfts- und Vergütungsbericht unten § 6/II.1.1.

Die Ordnungsmässigkeit des Geschäftsberichtes – und gegebenenfalls des Vergütungsberichtes – bescheinigt die Revisionsstelle in ihrem Revisionsbericht.⁴⁴⁸ Die Revisionsstelle hat unter anderem festzustellen, ob der Antrag des Verwaltungsrates an die Generalversammlung betreffend Gewinnverwendung dem Gesetz und den Statuten entspricht (Art. 729a Abs. 1 Ziff. 2 OR).⁴⁴⁹ Der Revisionsbericht ist unabdingbare Voraussetzung für die Beschlüsse der Generalversammlung zur Genehmigung der Jahresrechnung und der Verwendung des Bilanzgewinns; liegt kein Revisionsbericht vor, sind die Beschlüsse nichtig (Art. 731 Abs. 3 OR).⁴⁵⁰ 183

Beide Berichte sind spätestens 20 Tage vor der ordentlichen Generalversammlung am Gesellschaftssitz aufzulegen und auf Verlangen jedem Aktionär zuzustellen (Art. 696 Abs. 1 OR). Über die Auflage sind Namenaktionäre durch schriftliche Mitteilung und Inhaberaktionäre mittels Publikation im SHAB sowie in der in den Statuten vorgeschriebenen Form zu orientieren (Abs. 2). Jeder Aktionär hat überdies die Möglichkeit, den von der Generalversammlung genehmigten Geschäftsbericht wie auch den Revisionsbericht noch während eines Jahres nach der Generalversammlung zu verlangen (Abs. 3). Oftmals werden die Unterlagen elektronisch zur Verfügung gestellt.⁴⁵¹ 184

3.3 Auskunfts- und Einsichtsrecht

Auf zweiter Stufe folgt das Auskunftsrecht des Aktionärs. Zusammen mit dem Recht auf Einsicht dient es der Transparenz innerhalb der Gesellschaft und ist von grosser Bedeutung für den Rechtsschutz der Aktionäre.⁴⁵² 185

a. Auskunftsrecht

Mithilfe des Auskunftsrechts kann jeder Aktionär aus eigener Initiative vom Verwaltungsrat zusätzliche, über den Geschäftsbericht hinausgehende Informationen verlangen.⁴⁵³ Auch die Revisionsstelle hat auf Verlangen über ihre Tätigkeit zu informieren (Art. 697 Abs. 1 OR).⁴⁵⁴ Der Aktionär soll sich jene Informationen 186

⁴⁴⁸ VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 77.

⁴⁴⁹ Zur Prüfung durch die Revisionsstelle unten § 6/II./1.2.

⁴⁵⁰ Dazu oben § 5/II./4.

⁴⁵¹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 81; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 82.

⁴⁵² BBl 2017 399, 455.

⁴⁵³ VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 84. Siehe auch MAROLDA MARTINEZ, S. 132 f.

⁴⁵⁴ Die Revisionsstelle kann nur über die Durchführung und Ergebnisse ihrer Prüfung informieren. Zu weitergehenden Auskünften ist sie weder verpflichtet noch berechtigt

beschaffen können, welche für eine sinnvolle Ausübung seiner Aktionärsrechte *erforderlich* sind.⁴⁵⁵ Es handelt sich dabei um ein eigenständiges Individualrecht⁴⁵⁶ des Aktionärs,⁴⁵⁷ welches zwar unentziehbar ist, gleichwohl im Einzelfall aber eingeschränkt werden kann.⁴⁵⁸

aa. *Ausübung*

- 187 Der gesetzliche Wortlaut deutet darauf hin, dass der Aktionär die Auskunft während der Generalversammlung zu verlangen hat.⁴⁵⁹ Ein schriftliches Gesuch vor der Generalversammlung ist jedoch auch zulässig bzw. in gewissen Fällen gar von Vorteil, da der Verwaltungsrat dadurch die Möglichkeit hat, vorgängig vertiefte Abklärungen zu den gestellten Auskunftsbegehren vorzunehmen.⁴⁶⁰ Der Verwaltungsrat hat die Auskunft indes erst in oder unter Umständen nach der Generalversammlung zu erteilen.⁴⁶¹

(MAROLDA MARTINEZ, S. 140 f.). Zudem ist sie nur an der ordentlichen Generalversammlung zur Anwesenheit und damit verbunden zur Auskunft verpflichtet (KUNZ, *Informationsrecht*, S. 895).

⁴⁵⁵ BGer 4A_655/2016 vom 15. März 2017, E. 4.2; 4A_36/2010 vom 20. April 2010, E. 3.1.

⁴⁵⁶ Das Auskunftsrecht kann allein und unabhängig von einem anderen Verfahren geltend gemacht werden (BGE 109 II 47, E. 2).

⁴⁵⁷ KUNZ, *Informationsrecht*, S. 884; MAROLDA MARTINEZ, S. 129; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 84; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 930; BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 2.

⁴⁵⁸ MAROLDA MARTINEZ, S. 131 f.; BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 1.

⁴⁵⁹ Art. 697 Abs. 1 OR: «Jeder Aktionär ist berechtigt, *an der Generalversammlung* vom Verwaltungsrat Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft [...] zu verlangen.» (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁴⁶⁰ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 32; FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 97; KUNZ, *Informationsrecht*, S. 894; MAROLDA MARTINEZ, S. 134 f.; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 931; BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 4. Laut VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 87, entbindet ein schriftliches Begehren den Aktionär indes nicht davon, die Auskunft in der Generalversammlung mündlich zu verlangen.

⁴⁶¹ Vgl. KUNZ, *Informationsrecht*, S. 895. Nach FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 167, kann die Auskunft auch bereits vor der Generalversammlung erteilt werden (a.M. MAIZAR, S. 262). Siehe auch BBl 1983 II 745, 907. Der Gesetzesentwurf im Rahmen der Aktienrechtsrevision 2016 sieht vor, dass Aktionäre, die 5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen einer Gesellschaft, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, vertreten, jederzeit schriftlich Auskunft verlangen können (Art. 697 Abs. 2 E-OR). Der Verwaltungsrat hat sodann innert vier Monaten Antwort zu erstatten und diese zur Gleichbehandlung aller Aktionäre an der nächsten Generalversamm-

bb. Gegenstand

Bei der Auskunft handelt es sich grundsätzlich um «Aufschlüsse allgemeiner Natur» und nicht um Einzelheiten zur Geschäftsführung.⁴⁶² Sie ist nur dann zu erteilen, wenn sie Angelegenheiten der Gesellschaft betrifft⁴⁶³ und für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist (Art. 697 Abs. 1 und 2 OR).⁴⁶⁴ In den Kreis der Angelegenheiten der Gesellschaft gehören insbesondere alle Tatsachen im Zusammenhang mit dem Vermögensstand⁴⁶⁵ oder der Geschäftstätigkeit^{466, 467}. Wird die Auskunft im Rahmen eines bestimmten Traktandums verlangt, so hat das Begehren einen konkreten Sachzusammenhang aufzuweisen.⁴⁶⁸ Andernfalls kann der Aktionär unter einem allfälligen Traktandum *Varia* oder *Verschiedenes* vielfältigere Auskunftsbegehren stellen.⁴⁶⁹ Die korrekte Umschreibung der gewünschten Informationen obliegt dem gesuchstellenden Aktionär.⁴⁷⁰ Im Falle eines zu weit angelegten Auskunftsbegehrens ist die Gesellschaft gehalten, im zulässigen Rahmen Auskunft zu erteilen.⁴⁷¹

188

lung aufzulegen (Abs. 3). Sofern die viermonatige Frist eingehalten wird, kann die Antwort auch an der folgenden Generalversammlung mitgeteilt werden (BBl 2017 399, 540).

⁴⁶² FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 94 f.; KUNZ, *Informationsrecht*, S. 888; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 74; BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 6.

⁴⁶³ Dies bedingt einen Sachzusammenhang zwischen dem Auskunftsbegehren und der zur Diskussion stehenden Tätigkeit der Gesellschaft (vgl. FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 93; KUNZ, *Informationsrecht*, S. 888; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 94).

⁴⁶⁴ Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, hat der um Informationen ersuchende Aktionär zu beweisen (BGE 132 III 71, E. 1.3.1; BGer 4A_655/2016 vom 15. März 2017, E. 4.2).

⁴⁶⁵ Bspw. betreffend finanzielle Lage, Gewinn oder Vergütung.

⁴⁶⁶ Bspw. betreffend Produktion, Kosten, Auftragsbestand, Personalpolitik oder Forschung und Entwicklung.

⁴⁶⁷ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 151b; FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 92; MAROLDA MARTINEZ, S. 137; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 934; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 90; BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 7 und 12.

⁴⁶⁸ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 152; KUNZ, *Informationsrecht*, S. 893.

⁴⁶⁹ KUNZ, *Informationsrecht*, S. 893.

⁴⁷⁰ KUNZ, *Informationsrecht*, S. 889.

⁴⁷¹ Vgl. FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 96; KUNZ, *Informationsrecht*, S. 889.

cc. *Erforderlichkeit der Auskunft*

- 189 Ob eine Auskunft für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist, bestimmt sich nach dem Umfang der gesetzlichen Aktionärsrechte.⁴⁷² Als wahrzunehmen- des Aktionärsrecht hatte der Bundesrat neben dem Stimmrecht insbesondere auch das Recht auf Veräusserung der Aktien vor Augen, weshalb dem Aktionär dank dem Auskunftsrecht «ein Bild über den wirklichen Wert seiner Aktien» ermöglicht werden soll.⁴⁷³ Ferner bildet das Auskunftsrecht die Basis für die Durchführung einer Sonderprüfung oder die Erhebung einer Anfechtungs- oder Verantwortlichkeitsklage.⁴⁷⁴
- 190 Der Aktionär hat den Beweis dafür zu erbringen, dass die Informationen *aus der generellen Sicht eines Durchschnittsaktionärs* zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sind.⁴⁷⁵ Der Begriff der Erforderlichkeit ist dabei grosszügig auszulegen und im Zweifelsfall – im Sinne einer natürlichen Vermutung zugunsten des Aktionärs – als gegeben zu betrachten.⁴⁷⁶ Kann diese Vermutung von der Gesellschaft widerlegt werden, so hat der Aktionär sein individuelles Interesse mit konkreten Umständen zu belegen.⁴⁷⁷

dd. *Verweigerung der Auskunft*

- 191 Die Auskunft kann verweigert werden, falls Geschäftsgeheimnisse⁴⁷⁸ oder andere schutzwürdige Interessen⁴⁷⁹ gefährdet werden (Art. 697 Abs. 2 OR).⁴⁸⁰ Die Ge-

⁴⁷² MAROLDA MARTINEZ, S. 143 f. Die Botschaft spricht von einer «sinnvollen Ausübung der Aktionärsrechte» (BBl 1983 II 745, 907).

⁴⁷³ BBl 1983 II 745, 903.

⁴⁷⁴ BGE 132 III 71, E. 1.3; BGer 4A_36/2010 vom 20. April 2010, E. 3.1; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 152.

⁴⁷⁵ BGE 132 III 71, E. 1.3.1; BGer 4A_655/2016 vom 15. März 2017, E. 4.2; 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003, E. 4.2.2.

⁴⁷⁶ Vgl. BGE 132 III 71, E. 1.3.1; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 153; KUNZ, *Informationsrecht*, S. 888; MAROLDA MARTINEZ, S. 145; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 94.

⁴⁷⁷ Vgl. BGE 132 III 71, E. 1.3.1; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 153.

⁴⁷⁸ Eine Gesellschaft hat absolute wie auch relative Geschäftsgeheimnisse zu wahren (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 174; vgl. auch WIDMER, S. 37 f.). Absolute Geschäftsgeheimnisse sind aufgrund einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung gegenüber Dritten geheim zu halten, während die Gesellschaft relative Geschäftsgeheimnisse aus eigenem Interesse nicht veröffentlichen möchte (FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 95; KUNZ, *Informationsrecht*, S. 889; MAROLDA MARTINEZ, S. 156 f.; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 92 f.). Als relative Geschäftsgeheimnisse gelten z.B. der allgemeine Geschäfts- und Handelsverkehr einer

sellschaft hat im Rahmen einer Güterabwägung einerseits die Gefährdung eines Geschäftsgeheimnisses durch konkrete Vorbringen zu belegen und andererseits darauf gestützt aufzuzeigen, dass eine Gefährdung wahrscheinlich ist.⁴⁸¹ Nicht zu schützen ist die missbräuchliche Ausübung des Auskunftsrechts.⁴⁸²

Während die frühere Lehre und Rechtsprechung im Zweifel die Interessen der Gesellschaft an der Geheimhaltung stärker gewichtet als das Informationsbedürfnis der Aktionäre,⁴⁸³ stellt die Verweigerung der Auskunft gemäss heutiger Auffassung eher die Ausnahme dar.⁴⁸⁴

192

Gesellschaft, der Kundenkreis, Fabrikationsgeheimnisse wie Produktionsverfahren, Details zu Vertragsverhandlungen oder einzelne Geschäfte (vgl. FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 95; MAROLDA MARTINEZ, S. 158 f.).

⁴⁷⁹ Andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft haben «eine vergleichbare Interessenintensität wie die Geschäftsgeheimnisse» aufzuweisen (KUNZ, *Informationsrecht*, S. 889). Dazu gehören der Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit, die Sicherung der Existenz und das langfristige Gedeihen der Gesellschaft (BINDER, S. 64 f.; MAROLDA MARTINEZ, S. 157). Eine Verweigerung der Auskunft aus Sorge um das Prestige der Gesellschaft oder aus Rücksicht auf den Aktienkurs ist demgegenüber nicht zulässig (FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 96; MAROLDA MARTINEZ, S. 161; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 93).

⁴⁸⁰ Dass Geschäftsgeheimnisse nicht preisgegeben werden müssen, gründet auf der Tatsache, dass den Aktionären keine Treuepflicht und damit auch keine Geheimhaltungspflicht obliegt (vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 155; FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 88; KUNZ, *Informationsrecht*, S. 898; MAROLDA MARTINEZ, S. 151 f.).

⁴⁸¹ Vgl. BGE 109 II 47, E. 3.b; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 155; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 935; BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 10. Bei der Abwägung spielen Umstände wie der Zeitpunkt der Anfrage oder die Grösse und Struktur der Gesellschaft eine wesentliche Rolle (vgl. VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 105; BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 9; WIDMER, S. 45).

⁴⁸² Vgl. BGE 4A_36/2010 vom 20. April 2010, E. 3.1; WIDMER, S. 38 ff.

⁴⁸³ Vgl. BGE 82 II 216, E. 2; ZK-BÜRGI, Art. 697 OR N 39; FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 88.

⁴⁸⁴ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 156; KUNZ, *Informationsrecht*, S. 887; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 935; BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 10. Zur Interessenabwägung siehe MAROLDA MARTINEZ, S. 165 ff.

b. Einsichtsrecht

- 193 Neben dem Recht auf Auskunft hat der Aktionär ein vom Auskunftsrecht unabhängiges und selbständiges Recht auf Einsicht in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen der Gesellschaft.⁴⁸⁵

aa. Ausübung

- 194 Das Einsichtsrecht kann jederzeit und nicht nur in der Generalversammlung geltend gemacht werden.⁴⁸⁶ Über den genauen Zeitpunkt der Einsichtnahme entscheidet der Verwaltungsrat.⁴⁸⁷ Im Gegensatz zum Auskunftsrecht setzt die Einsicht in die Geschäftsbücher die Zustimmung der Generalversammlung oder des Verwaltungsrates voraus (Art. 697 Abs. 3 OR). Es handelt sich dabei um eine alternative Zuständigkeit der beiden Organe,⁴⁸⁸ wobei beiden ein grosser Ermessensspielraum zusteht.⁴⁸⁹ Findet die Diskussion über das Einsichtsrecht in der Generalversammlung statt, bietet es sich an, auch die Generalversammlung darüber entscheiden zu lassen.⁴⁹⁰ Wird das Recht zu einem anderen Zeitpunkt geltend gemacht, hat der Verwaltungsrat zu bestimmen, welches Organ den Beschluss fassen soll.⁴⁹¹ Indes bleibt dem Verwaltungsrat auch im Falle eines von der Generalversammlung gewährten Einsichtsrechts vorbehalten, die Einsicht aufgrund mangelnder Erforderlichkeit der Information oder zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse zu ver-

⁴⁸⁵ Vgl. KUNZ, *Informationsrecht*, S. 899; MAROLDA MARTINEZ, S. 182; BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 16.

⁴⁸⁶ FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 100; MAROLDA MARTINEZ, S. 204; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 101; BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 17. A.M. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 150, dem zufolge das Recht auf Einsicht in der Generalversammlung geltend zu machen ist.

⁴⁸⁷ MAROLDA MARTINEZ, S. 204. Wie das Auskunftsrecht soll auch das Recht auf Einsicht im Zuge der Aktienrechtsrevision 2016 an eine 5 %-Schwelle geknüpft werden (Art. 697a Abs. 1 E-OR). Das Einsichtsbegehren eines oder mehrerer berechtigter Aktionäre ist vom Verwaltungsrat innert vier Monaten zuzulassen (Abs. 2). Gleichzeitig wird der Generalversammlung die Kompetenz zur Gewährung des Einsichtsrechts entzogen (vgl. BBl 2017 399, 542).

⁴⁸⁸ KUNZ, *Informationsrecht*, S. 891; BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 18.

⁴⁸⁹ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 193; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 95; BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 22. A.M. KUNZ, *Informationsrecht*, S. 887; MAROLDA MARTINEZ, S. 181.

⁴⁹⁰ Vgl. MAROLDA MARTINEZ, S. 203; BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 18.

⁴⁹¹ BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 18.

weigern.⁴⁹² Im Streitfall nimmt also der Verwaltungsrat die entscheidende Interessenabwägung vor.⁴⁹³

bb. Gegenstand

Gegenstand der Einsicht sind die Geschäftsbücher⁴⁹⁴ und Korrespondenzen⁴⁹⁵ 195
(Art. 697 Abs. 3 OR). Davon betroffen sind alle «bei der Gesellschaft befindlichen schriftlichen Unterlagen, die für die Ausübung der Aktionärsrechte mit Einschluss der Beurteilung der Lage der Gesellschaft von Bedeutung sind».⁴⁹⁶

cc. Erforderlichkeit der Einsicht

Auch das Einsichtsrecht kann nur dann geltend gemacht werden, wenn es für die 196
Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist.⁴⁹⁷ Diesen Umstand hat der gesuchstellende Aktionär im Prozess nicht nur glaubhaft zu machen, sondern nachzuweisen.⁴⁹⁸ In diesem Fall verfügen Generalversammlung und Verwaltungsrat über freies Ermessen und ein Gericht prüft lediglich, ob der Entscheid sachlich vertretbar gefällt wurde.⁴⁹⁹

⁴⁹² Vgl. FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 100; HORBER, *Informationsrechte*, N 663; KUNZ, *Informationsrecht*, S. 891 f.; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 72; BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 3.

⁴⁹³ Vgl. HORBER, *Informationsrechte*, N 663; MAROLDA MARTINEZ, S. 203 f.; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 72.

⁴⁹⁴ Als Geschäftsbücher gelten Notizbücher, Bestellbücher, Zusammenstellungen von Fabrikationsaufträgen, Lohn- oder Kundenlisten (HORBER, *Informationsrechte*, N 605). Nicht dazu gehören die Protokolle der Verwaltungsratssitzungen und das Aktienbuch (BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 13 N 154; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 195; HORBER, *Informationsrechte*, N 616; MAROLDA MARTINEZ, S. 183 ff.).

⁴⁹⁵ In die Kategorie der Korrespondenzen fallen Briefe, Telegramme, Aktennotizen oder interne Dokumente (HORBER, *Informationsrechte*, N 606).

⁴⁹⁶ BGE 132 III 71, E. 1.2 (Bei einem Konzern kann dies auch Unterlagen zu Untergesellschaften umfassen, welche sich bei der Konzerngesellschaft befinden.); BGer 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003, E. 6.2.

⁴⁹⁷ BGE 132 III 71, E. 1.1; BGer 4A_655/2016 vom 15. März 2017, E. 5.2. Siehe dazu die Ausführungen zur Erforderlichkeit beim Auskunftsrecht oben N 189 f.

⁴⁹⁸ BGE 132 III 71, E. 1.3.1. Dabei genügt vorerst der Beweis, dass der Bezug in genereller Art für einen Durchschnittsaktionär gegeben ist.

⁴⁹⁹ BGE 132 III 71, E. 1.1; BGer 4A_655/2016 vom 15. März 2017, E. 5.2; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 165; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 95; BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 22. A.M. KUNZ, *Informationsrecht*, S. 887; MAROLDA MARTINEZ, S. 181.

dd. Verweigerung der Einsicht

- 197 Dem Einsichtsrecht steht wiederum die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen entgegen (Art. 697 Abs. 3 OR).⁵⁰⁰ Obwohl im Gesetz nicht so vorgesehen, ist der Verwaltungsrat auch aufgrund *anderer schutzwürdiger Interessen der Gesellschaft* befugt, einen Antrag auf Einsicht abzulehnen.⁵⁰¹

c. Klage auf Auskunft und Einsicht

- 198 Leistet die Gesellschaft dem Begehren auf Auskunft oder Einsicht keine Folge, steht dem Aktionär der Gang ans Gericht offen (Art. 697 Abs. 4 OR).⁵⁰² Daraus erschliesst sich die Voraussetzung, dass vor Einreichung der Klage das jeweilige Recht in der Generalversammlung erfolglos ausgeübt worden sein muss.⁵⁰³ Berechtigt zur Klage ist grundsätzlich jeder Aktionär mit Stimmrecht und nicht nur derjenige, welcher das Auskunftsrecht geltend gemacht hat.⁵⁰⁴ Die Klage unterliegt keiner Verwirkungsfrist, jedoch stellt sich bei allzu später Geltendmachung die Frage des Rechtsmissbrauchs.⁵⁰⁵

3.4 Sonderprüfung

- 199 Die Sonderprüfung nach Art. 697a OR bezweckt auf der dritten Stufe des Informationskonzepts, das Informationsbedürfnis des Aktionärs im Hinblick auf eine Klage gegen die Gesellschaft unter Wahrung der gesellschaftlichen Geschäftsgeheimnisse zu befriedigen.⁵⁰⁶ Die Informationsbeschaffung dient neben der Vor-

⁵⁰⁰ Siehe zu den Geschäftsgeheimnissen oben FN 478.

⁵⁰¹ KUNZ, *Informationsrecht*, S. 891; MAROLDA MARTINEZ, S. 160 und 205. A.M. wohl VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 105. Siehe auch oben FN 479. Dass andere vorrangige Interessen der Gesellschaft der Einsichtnahme entgegenstehen, soll in Art. 697a Abs. 3 E-OR künftig ausdrücklich erwähnt werden.

⁵⁰² *De lege ferenda* ist das Auskunftsrecht innert 30 Tagen ab Verweigerung der Auskunft klageweise geltend zu machen (Art. 697b E-OR).

⁵⁰³ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 163; MAROLDA MARTINEZ, S. 220; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 107; BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 21. Voraussetzung ist, dass die Auskunft nicht «materiell befriedigend» erteilt wurde (Urteil des HGer ZH vom 2. September 2019 [HE190187], E. III/6.1.1).

⁵⁰⁴ KUNZ, *Informationsrecht*, S. 896; MAROLDA MARTINEZ, S. 212 f. und 221. A.M. HORBER, *Informationsrechte*, N 730.

⁵⁰⁵ Vgl. BGer 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003, E. 3.2; BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 20.

⁵⁰⁶ Vgl. BBl 1983 II 745, 834; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 108 f.; BSK OR II-WEBER, Art. 697a N 11 f.

bereitung einer Klage der Ausübung aller Mitwirkungsrechte, insbesondere des Stimm- und Wahlrechts.⁵⁰⁷ Der Sonderprüfer untersucht, klärt ab und prüft dafür die Angelegenheiten der Gesellschaft, ohne dabei gestaltend oder urteilend einzugreifen.⁵⁰⁸ Er erstattet einen objektiven Bericht, damit der Aktionär darauf basierend entscheiden kann.⁵⁰⁹ Für diese Abklärungen erhält der Sonderprüfer Zugang zu den geschützten Informationen der Gesellschaft und kann sich so einen vertieften Überblick über die Sachlage verschaffen.⁵¹⁰

a. Einsetzung durch die Generalversammlung

Jeder Aktionär⁵¹¹ kann der Generalversammlung beantragen, bestimmte Sachverhalte durch eine Sonderprüfung abklären zu lassen, sofern das Recht auf Auskunft oder Einsicht bereits erfolglos ausgeübt wurde (Art. 697a Abs. 1 OR).⁵¹² Beim Aktionär, welcher das Begehren auf Sonderprüfung stellt, muss es sich aber nicht zwingend um denselben handeln, der bereits das Auskunfts- oder Einsichtsrecht geltend gemacht hat.⁵¹³ Eine gerichtliche Durchsetzung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts wird ebenfalls nicht verlangt.⁵¹⁴ Vorausgesetzt wird aber, dass die Sonderprüfung für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist.⁵¹⁵

⁵⁰⁷ Vgl. SCHENKER, *Sonderprüfung*, S. 21; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 109; BSK OR II-WEBER, Art. 697a N 14. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 4, spricht von einem «Drohpotenzial», das der Minderheit in die Hand gegeben wird.

⁵⁰⁸ BBl 1983 II 745, 834.

⁵⁰⁹ Vgl. BBl 1983 II 745, 834 f.; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 53; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 35 N 26; SCHENKER, *Sonderprüfung*, S. 20; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 117; BSK OR II-WEBER, Art. 697a N 15 ff.

⁵¹⁰ VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 108.

⁵¹¹ Auch Partizipanten haben unabhängig von einer entsprechenden Statutenbestimmung das Recht, (schriftlich) eine Sonderprüfung zu beantragen (Art. 656c Abs. 3 OR).

⁵¹² Die Durchführung einer Sonderprüfung gehört laut Art. 700 Abs. 3 OR zu jenen Geschäften, über welche ohne vorgängige Traktandierung Beschluss gefasst werden kann.

⁵¹³ BGE 140 III 610, E. 2.2; 133 III 133, E. 3.2; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 40; SCHENKER, *Sonderprüfung*, S. 22; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 122; BSK OR II-WEBER, Art. 697a N 30. A.M. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 35 N 31 FN 8a; HORBER, *Informationsrechte*, N 1105 ff.

⁵¹⁴ BGE 138 III 246, E. 3.2; 133 III 133, E. 3.2; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 41; FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 109.

⁵¹⁵ Mit Aktionärsrechten sind nicht nur die Klagerechte, sondern sämtliche Mitwirkungsrechte gemeint (BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 50; SCHENKER, *Sonderprüfung*, S. 21).

- 201 Stimmt die Generalversammlung dem Antrag auf Sonderprüfung zu,⁵¹⁶ so kann die Gesellschaft oder jeder Aktionär innert 30 Tagen beim Richter um Einsetzung eines Sonderprüfers ersuchen (Art. 697a Abs. 2 OR).⁵¹⁷ Weigert sich der Verwaltungsrat den Antrag zur Abstimmung zu bringen, hat der Aktionär auf dem Antrag zu beharren. Erst wenn sich der Verwaltungsrat wiederholt weigert, über die Einleitung der Sonderprüfung abstimmen zu lassen, kommt dies einem ablehnenden Generalversammlungsbeschluss gleich und dem Aktionär steht der Gang ans Gericht gemäss Art. 697b OR offen.⁵¹⁸

b. Einsetzung durch den Richter

- 202 Wird der Antrag auf eine Sonderuntersuchung abgelehnt oder wie erwähnt gar nicht erst zur Abstimmung gebracht, kann eine Minderheit von Aktionären, die mindestens 10 % des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von CHF 2 Millionen vertreten, innert dreier Monate den Richter um Einsetzung eines Sonderprüfers ersuchen (Art. 697b Abs. 1 OR).⁵¹⁹ Wie beim Antrag in der Generalver-

⁵¹⁶ Die Generalversammlung entscheidet mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen, wobei die Privilegierung der Stimmrechtsaktien in diesem Fall nicht greift (Art. 693 Abs. 3 Ziff. 3 OR).

⁵¹⁷ Grundsätzlich müssen die abzuklärenden Sachverhalte hinreichend bestimmt sein und nicht auf eine umfassende, unspezifizierte Prüfung der Geschäftsführung abzielen (vgl. VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 118; BSK OR II-WEBER, Art. 697a N 23). Es dürfen aber insofern keine zu hohen Anforderungen an die Formulierung der Fragen gestellt werden, als der Aktionär gerade aufgrund mangelnder Informationen und Unklarheiten eine Sonderprüfung verlangt (BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 43). Rechtsfragen oder Ermessensentscheide der Organe können nicht Gegenstand einer Sonderprüfung bilden (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 35 N 63 f.; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 117; BSK OR II-WEBER, Art. 697a N 17). Hingegen ist es zulässig, Tatsachen zu erforschen, welche eine Ermessensüberschreitung belegen können (BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 53).

⁵¹⁸ Vgl. BGE 138 III 246, E. 3.3; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 38; KUNZ, *Minderheitenschutz*, § 12 N 69 f. SCHENKER, *Sonderprüfung*, S. 21, schlägt für den Fall der Verweigerung durch den Verwaltungsrat vor, dass «im Sinne einer rechtlichen Fiktion von einem positiven Entscheid der Generalversammlung auszugehen» sei. Dadurch könne verhindert werden, dass der Verwaltungsrat die Abstimmung aus taktischen Gründen verweigere und damit die Einleitung einer Sonderprüfung auf unbestimmte Zeit hinausschiebe oder gar gänzlich verunmögliche. Siehe auch CASUTT/GRUN MEYER, S. 589 ff.

⁵¹⁹ Die Mindestbeteiligung als Prozessvoraussetzung muss bis zur Bestimmung des Sonderprüfers durch das Gericht aufrechterhalten werden (BGE 133 III 180, E. 3.3; kritisch dazu DUBS, *Bemerkungen*, S. 1195 ff.).

sammlung ist auch bei der Klageerhebung keine Personenidentität erforderlich.⁵²⁰ Die Aktionäre haben bei der Klageerhebung nachzuweisen, dass das Recht auf Auskunft oder Einsicht bereits in der Generalversammlung ausgeübt wurde.⁵²¹ Sodann ist ebenfalls zu beweisen, dass ein Antrag auf Sonderprüfung gestellt und abgelehnt wurde.⁵²² Glaubhaft zu machen ist, dass die Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder Aktionäre geschädigt haben (Art. 697b Abs. 2 OR).⁵²³ Letztlich ist überdies der Zusammenhang zwischen dem anvisierten Aktionärsrecht und der Sonderprüfung glaubhaft zu machen.⁵²⁴

c. Ablauf der Sonderprüfung

Wird das Begehren um Sonderprüfung von der Generalversammlung oder dem Gericht gutgeheissen, bestimmt Letzteres einen unabhängigen sachverständigen Sonderprüfer und definiert dessen Auftrag anhand des gefassten Generalversammlungsbeschlusses (Art. 697c Abs. 2 OR).⁵²⁵ Wurde der Sonderprüfer anlässlich einer Klage durch den Richter eingesetzt, definiert Letzterer den Auftrag basierend auf den gestellten Rechtsbegehren.⁵²⁶ Stipuliert der Beschluss zu weit gehende Abklärungen oder wirft er Fragen auf, die nicht im Rahmen einer Sonderprüfung

203

⁵²⁰ BGE 133 III 133, E. 3.2; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 40; SCHENKER, *Sonderprüfung*, S. 23; BSK OR II-WEBER, Art. 697b N 2.

⁵²¹ BGE 140 III 610, E. 4.3.4. Zum Generalversammlungsprotokoll als Beweismittel und dessen Berichtigung CASUTT/PEYER, S. 140.

⁵²² SCHENKER, *Sonderprüfung*, S. 24.

⁵²³ Zum strengen Massstab für die Glaubhaftmachung SCHENKER, *Sonderprüfung*, S. 24 f. und 28. Vgl. auch CASUTT/GRUN MEYER, S. 591 ff. (betreffend BGE 138 III 252).

⁵²⁴ BGE 138 III 252, E. 3.1; BGer 4A_107/2018 vom 29. Oktober 2018, E. 4.2; 4A_180/2017 vom 31. Oktober 2017, E. 5.1.

⁵²⁵ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 55; SCHENKER, *Sonderprüfung*, S. 22. Beim Sonderprüfer handelt es sich typischerweise um Revisionsgesellschaften, Revisoren oder Juristen (CASUTT, § 11 N 9 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 35 N 54). Betreffend Unabhängigkeit hat er dieselben Anforderungen zu erfüllen wie ein Revisor im Rahmen einer ordentlichen Revision (BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 58; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 136).

⁵²⁶ SCHENKER, *Sonderprüfung*, S. 25.

zu klären sind, hat der Richter den Umfang der Prüfung auf das zulässige Mass zu reduzieren.⁵²⁷

- 204 Gegenüber dem Sonderprüfer sind alle Organe, Beauftragte sowie Arbeitnehmer zur Auskunft und Herausgabe aller Informationen und Unterlagen verpflichtet, sofern diese für den zu untersuchenden Sachverhalt relevant sind (Art. 697d Abs. 2 OR).⁵²⁸ Insbesondere kann sich die Gesellschaft zur Verweigerung von Informationen nicht auf ihre Geschäftsgeheimnisse berufen.⁵²⁹ Eine Ausnahme bilden Informationen, die aufgrund der Interessen Dritter auch dem Sonderprüfer nicht offenbart werden müssen.⁵³⁰
- 205 Im Verlauf der Sonderprüfung haben sowohl die Gesellschaft wie auch die Geschuesteller (mehrfach) die Möglichkeit, zum Bericht des Sonderprüfers Stellung zu nehmen (Art. 697d Abs. 3 sowie Art. 697e Abs. 2 und 3 OR).⁵³¹ Gegebenenfalls nimmt der Richter eine Abwägung zwischen den Informationsinteressen der Aktionäre und dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft vor.⁵³² Der Bericht

⁵²⁷ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 55; CASUTTI, § 8 N 13; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 35 N 58 ff.; SCHENKER, *Sonderprüfung*, S. 25. Wie weit der Rahmen für eine Sonderprüfung gesteckt werden kann, ist umstritten. SCHENKER, *Sonderprüfung*, S. 19, lässt nur jene Fragen zu, die mit denjenigen des Auskunfts- oder Einsichtsbegehrens identisch sind (gl.M. HORBER, *Informationsrechte*, N 1136 ff.). BSK OR II-WEBER, Art. 697a N 27, verlangt «weitgehend deckungsgleich[e]» Gegenstände. KUNZ, *Minderheitenschutz*, § 12 N 66, hingegen vertritt eine grosszügigere Auslegung zugunsten der Aktionäre. Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss «das Sonderprüfungsbegehren thematisch vom vorgängigen Auskunfts- oder Einsichtsbegehren gedeckt sein»; für diese thematische Begrenzung ist «das Informationsbedürfnis der antragstellenden Aktionäre, wie es der Verwaltungsrat nach Treu und Glauben aus dem vorgängigen Auskunfts- oder Einsichtsbegehren erkennen musste» massgeblich (BGE 140 III 610, E. 2.2; BGer 4A_107/2018 vom 29. Oktober 2018, E. 4.2).

⁵²⁸ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 61 ff.; CASUTTI, § 12 N 66 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 35 N 76 ff.; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 141.

⁵²⁹ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 62; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 35 N 76; BSK OR II-WEBER, Art. 697e N 4.

⁵³⁰ SCHENKER, *Sonderprüfung*, S. 26 (bspw. Geheimhaltungsklauseln oder Datenschutzbestimmungen).

⁵³¹ Im Hinblick auf die letztmalige Stellungnahme muss der Richter den gesuchstellenden Aktionären und der Gesellschaft «ausdrücklich Gelegenheit einräumen», bspw. durch Ansetzung einer kurzen Frist zur Stellungnahme oder Vorladung zu einer mündlichen Verhandlung (BGE 145 III 446, E. 4.4; siehe dazu SCHMIDT/BURCKHARDT, S. 124 ff.). Ausführlich zum Ablauf der Sonderprüfung SCHENKER, S. 26 f.

⁵³² VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 145.

und die dazugehörigen Stellungnahmen werden schliesslich an der nächsten Generalversammlung vom Verwaltungsrat offengelegt (Art. 697f Abs. 1 OR).⁵³³

Der langwierige Prozess birgt das Risiko, dass sich die Informationsbeschaffung mittels Sonderprüfung über mehrere Jahre hinzieht.⁵³⁴ Entsprechend nutzlos dürften im Endeffekt die herausgegebenen Informationen in diesen Fällen sein und desgleichen weit ist die Sonderprüfung davon entfernt, ihren eigentlichen Zweck zu erfüllen.⁵³⁵ 206

4. Einberufungs- und Traktandierungsrecht

Die Einberufung der Generalversammlung und die Traktandierung von Verhandlungsgegenständen im Zuge der Vorbereitung der Versammlung sind grundsätzlich unübertragbare und unentziehbare Aufgaben des Verwaltungsrates (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR).⁵³⁶ Subsidiär ist die Revisionsstelle berechtigt bzw. verpflichtet, die Generalversammlung einzuberufen (Art. 699 Abs. 1 OR).⁵³⁷ Aktionären steht im Sinne eines Minderheitenrechts zu, die Einberufung einer Versammlung zu *veranlassen*.⁵³⁸ Ebenfalls als Minderheitenrecht ausgestaltet und eng mit dem Einberufungsrecht verbunden ist das Recht der Aktionäre, die Traktandierung von 207

⁵³³ Dazu bedarf es keiner Vorankündigung, da es sich lediglich um ein «Orientierungstraktandum» handelt (BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 79; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 151).

⁵³⁴ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 16; SCHENKER, *Sonderprüfung*, S. 30.

⁵³⁵ SCHENKER, *Sonderprüfung*, S. 30 und 35 f. Vgl. auch VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 158. Mit der Aktienrechtsrevision 2016 soll die Sonderprüfung einen Namenswechsel erfahren und fortan als Sonderuntersuchung bezeichnet werden (Art. 697c ff. E-OR). Angepasst werden sollen auch die Schwellenwerte für die Anrufung des Richters zur Einleitung einer Sonderuntersuchung. Künftig sollen sie bei 3 % (börsenkotierte Aktien) resp. 10 % (nicht börsenkotierte Aktien) des Aktienkapitals oder der Stimmen liegen (Art. 697d Abs. 1 E-OR). Zu den weiteren Änderungen im Rahmen der Aktienrechtsrevision 2016 siehe SCHENKER, *Sonderprüfung*, S. 30 f.

⁵³⁶ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 2; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 19; NOBEL, *Formelle Aspekte*, S. 21; ZK-TANNER, Art. 699 OR N 29.

⁵³⁷ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 3 ff.; ZK-TANNER, Art. 699 OR N 32 ff. Die Revisionsstelle beruft die Generalversammlung erst dann ein, wenn sie ihren Einfluss auf den Verwaltungsrat ausgeschöpft hat, da sie grundsätzlich nicht in die Geschäftsführungsbefugnis desselben eingreifen darf (NOBEL, *Formelle Aspekte*, S. 22). Zur Zuständigkeit zur Einberufung der Generalversammlung unten § 6/II./3.1.

⁵³⁸ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 60; STUDER, S. 6; ZK-TANNER, Art. 699 OR N 45.

Verhandlungsgegenständen bzw. die Ergänzung der Traktandenliste zu verlangen.⁵³⁹

4.1 Einberufungsrecht

a. Legitimation

- 208 Aktionäre, die mindestens 10 % des Aktienkapitals⁵⁴⁰ vertreten, können die Einberufung einer Generalversammlung verlangen (Art. 699 Abs. 3 OR). Es handelt sich entsprechend um ein *indirektes* Einberufungsrecht⁵⁴¹ bzw. ein *Einberufungsveranlassungsrecht*⁵⁴². Dasselbe Recht steht – obwohl das Gesetz dies nicht ausdrücklich erwähnt – Aktionären zu, die Aktien im Nennwert von mindestens CHF 1 Million vertreten.⁵⁴³ Diese Schwellenwerte können statutarisch gesenkt, jedoch nicht erhöht werden.⁵⁴⁴ Massgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung der Legitimation des Aktionärs ist der Zeitpunkt der Einreichung des Begehrens.⁵⁴⁵
- 209 Ein einberufungswilliger Aktionär muss in jedem Fall über mindestens «eine Aktienstimme aus eigenem Recht» verfügen und somit auch teilnahmeberechtigt sein.⁵⁴⁶ Ist er entweder gar nicht oder nur als «Aktionär ohne Stimmrecht» im Aktienbuch eingetragen, ist er nicht berechtigt, die Einberufung einer Generalver-

⁵³⁹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 66; HORBER, S. 72; NOBEL, *Formelle Aspekte*, S. 23; ZK-TANNER, Art. 699 OR N 70 f.

⁵⁴⁰ Ein allfälliges Partizipationskapital wird bei der Festlegung der Gesamtgrösse des Kapitals nur mitgezählt, wenn die Partizipanten laut Statuten ebenfalls berechtigt sind, eine Einberufung zu verlangen (BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 60; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 12; STUDER, S. 7; ZK-TANNER, Art. 699 OR N 49).

⁵⁴¹ STUDER, S. 6.

⁵⁴² ZK-TANNER, Art. 699 OR N 26.

⁵⁴³ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 61 f.; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 12; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 485. A.M. KUNZ, *Minderheitenschutz*, § 11 N 142 ff.; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 98. Im Zuge der Aktienrechtsrevision 2016 sollen diese Grenzwerte angepasst resp. gesenkt werden. Künftig sollen bei Gesellschaften, deren Aktien an der Börse kotiert sind, 5 % des Aktienkapitals *oder* der Stimmen ausreichen, um die Einberufung einer Versammlung zu verlangen (Art. 699 Abs. 3 Ziff. 1 E-OR). Bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, benötigen Aktionäre weiterhin 10 % des Aktienkapitals *oder* der Stimmen (Art. 699 Abs. 3 Ziff. 2 E-OR). Vgl. dazu BBl 2017 399, 456 ff.

⁵⁴⁴ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 12; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 97.

⁵⁴⁵ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 12; ZK-TANNER, Art. 699 OR N 50; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 96.

⁵⁴⁶ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 50.

sammlung zu verlangen.⁵⁴⁷ Für das Erreichen der 10 %-Grenze sind aber sämtliche gehaltenen Aktien massgeblich, unabhängig davon, ob die mit den Aktien verbundenen Stimmrechte an der Generalversammlung alle ausgeübt werden können.⁵⁴⁸ Es genügt die Berechtigung an den Aktien, was im Falle von Namenaktien den Eintrag im Aktienbuch und bei Inhaberaktien den Nachweis des Besitzes voraussetzt.⁵⁴⁹ Bei der Berechnung, ob ein Aktionär 10 % des Aktienkapitals «vertritt», hat eine allfällige Vinkulierung oder anderweitige Stimmrechtsbeschränkung (Art. 692 Abs. 2 OR) keinen Einfluss.⁵⁵⁰

b. Form und Inhalt

Das Begehren um Einberufung der Generalversammlung muss schriftlich erfolgen und mindestens ein Traktandum und einen konkreten Antrag enthalten (Art. 699 Abs. 3 OR).⁵⁵¹ Basierend auf dem Verhandlungsgegenstand und Antrag muss ein inhaltlich möglicher und rechtlich zulässiger Generalversammlungsbeschluss gefasst werden können.⁵⁵² Dem Begehren auf Einberufung ist stattzugeben, wenn der Aktionär die nötige Kapitalbeteiligung erreicht und die formellen Anforderungen an das Begehren erfüllt sind.⁵⁵³

⁵⁴⁷ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, FN 43; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44 N 218; ZK-TANNER, Art. 699 OR N 51.

⁵⁴⁸ BERTSCHINGER, *Generalversammlung*, S. 901 f.; DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 56; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 13; KUNZ, *Einberufungsrecht*, N 23 f.; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 97. A.M. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 72a f.; ZK-TANNER, Art. 699 OR N 48.

⁵⁴⁹ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 61; NOBEL, *Formelle Aspekte*, S. 25.

⁵⁵⁰ BERTSCHINGER, *Generalversammlung*, S. 901 f.; DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 62 f.; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 13; KUNZ, *Einberufungsrecht*, N 24; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 97. A.M. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 72a f., nur in Bezug auf vinkulierte Aktien. Eine «allgemeine statutarische Stimmkraftbegrenzung» hat auch ihm zufolge keinen Einfluss auf die Berechnung (§ 12 N 72d).

⁵⁵¹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 64; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 14.

⁵⁵² BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 65.

⁵⁵³ ZK-TANNER, Art. 699 OR N 59.

c. Umsetzung

- 211 Das Einberufungsrecht dient den Aktionären dazu, gewisse Verhandlungsgegenstände durch die Generalversammlung beraten zu lassen und nicht der Einberufung der Generalversammlung an sich.⁵⁵⁴ Dem Begehren der Aktionäre ist demzufolge auch Genüge getan, wenn die verlangten Verhandlungsgegenstände innert Frist an der ordentlichen bzw. einer bereits einberufenen Generalversammlung behandelt werden.⁵⁵⁵
- 212 Der Verwaltungsrat hat «binnen angemessener Frist» eine Generalversammlung einzuberufen (Art. 699 Abs. 4 OR). Die Bemessung dieser Frist hängt von den Umständen des Einzelfalls ab – insbesondere von der Grösse der Gesellschaft.⁵⁵⁶ In der Regel geht die Lehre von einer Frist von ca. vier bis acht Wochen aus.⁵⁵⁷

d. Durchsetzung

- 213 Kommt der Verwaltungsrat dem Begehren nicht innert besagter Frist nach, können die berechtigten Aktionäre den Richter anrufen, welcher seinerseits die Einberufung durch den Verwaltungsrat anordnen oder direkt eine Generalversammlung einberufen kann.⁵⁵⁸ Das Gericht prüft in diesem Fall, ob die Antragsteller Aktio-

⁵⁵⁴ STUDER, S. 9.

⁵⁵⁵ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 21; STUDER, S. 9; ZK-TANNER, Art. 699 OR N 64. Vgl. auch Urteil des HGer ZH vom 17. Dezember 2018 (HE180195; ZR 2019, S. 122 ff.), E. 4.2: Die Aktionärin beantragte am 7. Februar 2018 die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung. Nach Durchführung der ordentlichen Generalversammlung am 28. Juni 2018 schrieb das Gericht die hängige Klage auf Einberufung zufolge Gegenstandslosigkeit ab. Mithin wurde dem Einberufungsrecht der Aktionärin damit genüge getan, dass die von ihr angebehrten Traktanden in einer mehr als vier Monate nach Einreichung des Einberufungsbegehrens stattfindenden Versammlung behandelt wurden (bestätigt in BGer 4A_24/2019 vom 26. Februar 2019, E. 3.2).

⁵⁵⁶ ZK-TANNER, Art. 699 OR N 63; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 99.

⁵⁵⁷ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 72k; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 487; STUDER, S. 10; ZK-TANNER, Art. 699 OR N 63. Vgl. auch BGer 4A_296/2015 vom 27. November 2015, E. 4.2 f. (nicht publiziert in BGE 142 III 16). Künftig soll Art. 699 Abs. 5 E-OR Klarheit schaffen: Demnach hat der Verwaltungsrat 60 Tage Zeit, um dem Begehren zu entsprechen und die Versammlung einzuberufen.

⁵⁵⁸ BGE 132 III 555, E. 3.4.3.2; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 487; STUDER, S. 9 f.; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 100. Ebenfalls möglich wäre die Beauftragung eines neutralen Dritten (bspw. Notar) mit der Einberufung der Versammlung (BGer 4A_507/2014 vom 15. April 2015, E. 5.7).

näre sind, die formellen Voraussetzungen nach Art. 699 Abs. 3 OR erfüllt sind sowie tatsächlich ein Begehren gestellt und nicht innert Frist behandelt wurde.⁵⁵⁹

4.2 Traktandierungsrecht

Das Traktandierungsrecht erlaubt dem Aktionär, über die vom Verwaltungsrat vorgesehenen Verhandlungsgegenstände hinaus Anträge zu stellen.⁵⁶⁰ 214

a. Legitimation

Die Ausübung des Traktandierungsrechts ist ebenfalls an das Erreichen gewisser Schwellenwerte gebunden und steht nur Aktionären zu, die Aktien im Nennwert von mindestens CHF 1 Million vertreten (Art. 699 Abs. 3 OR). Auch in diesem Fall ist der Wortlaut des Gesetzes zu ergänzen, insbesondere weil eine strikte Interpretation für Gesellschaften, die über ein Aktienkapital von weniger als CHF 1 Million verfügen, die Unmöglichkeit des Traktandierungsrechts bedeuten würde.⁵⁶¹ Deshalb ist auch jenen Aktionären das Traktandierungsrecht zu gewähren, die mindestens 10 % des Aktienkapitals vertreten.⁵⁶² In den Statuten dürfen 215

⁵⁵⁹ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 16; ZK-TANNER, Art. 699 OR N 66. Siehe auch BGE 142 III 16, E. 3.1: «Der Einberufungsrichter hat daher bei einem Einberufungsgesuch auch nicht zu beurteilen, ob die an der Generalversammlung zu fassenden Beschlüsse gültig sein werden; diese Fragen sind vielmehr erst im Rahmen einer allfälligen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage [...] gegen die gefassten Beschlüsse zu prüfen [...]» Ebenso BGer 4A_184/2019 vom 15. Juli 2019, E. 2.1. Eine Ausnahme stellt die Frage nach der Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltungsrat und Generalversammlung dar; diese prüft das Gericht *provisorisch* (BERTSCHINGER, *Delegation*, S. 306 f.). Zu den Anforderungen an Traktanden und Anträge sowie deren Überprüfung im Detail unten § 6/III.

⁵⁶⁰ MAIZAR, S. 376.

⁵⁶¹ Vgl. BERTSCHINGER, *Generalversammlung*, S. 902; HORBER, *Traktandierungsrecht*, S. 73.

⁵⁶² BGE 142 III 16, E. 2.3; BERTSCHINGER, *Generalversammlung*, S. 902; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 66; HORBER, *Traktandierungsrecht*, S. 73; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 489; ZK-TANNER, Art. 699 OR N 71 ff.; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 506; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 101. A.M. KUNZ, *Minderheitenschutz*, § 11 N 142 ff. Der Entwurf zur Aktienrechtsrevision 2016 sieht folgende Anpassungen vor: Der Schwellenwert von Aktien im Nennwert von CHF 1 Million wird abgeschafft. Neu sind für die Traktandierung in einer Gesellschaft mit börsenkotierten Aktien 0,5 % resp. in einer Gesellschaft ohne börsenkotierte Aktien 5 % des Aktienkapitals *oder* der Stimmen notwendig (Art. 699b Abs. 1 E-OR).

zugunsten der Aktionäre wiederum tiefere Werte festgelegt, jedoch keine erschwerenden Bedingungen vorgesehen werden.⁵⁶³

- 216 Bezüglich der Berechnung der 10 %- resp. CHF 1 Million-Schwelle stellt sich dieselbe Frage wie beim Einberufungsrecht. Auch hier ist auf sämtliche gehaltenen Aktien abzustellen, ungeachtet einer allfälligen Stimmrechtsbeschränkung. Ebenso muss der Aktionär über mindestens eine ausübbare Aktienstimme verfügen.⁵⁶⁴ Die Voraussetzungen müssen zum Zeitpunkt der Stellung des Traktandierungsbegehrens erfüllt sein.⁵⁶⁵ Wird ein Verhandlungsgegenstand in die Traktandenliste aufgenommen und ordnungsgemäss darüber abgestimmt, obwohl der nötige Schwellenwert nicht erreicht wurde, wird der Ausübungsmangel geheilt und der Generalversammlungsbeschluss ist rechtsgültig.⁵⁶⁶

b. Frist

- 217 Das Traktandierungsbegehren ist dem Verwaltungsrat zeitig vor Einberufung der Generalversammlung einzureichen, damit es von diesem «bei ordnungsgemässer Vorbereitung der Generalversammlung» noch berücksichtigt werden kann.⁵⁶⁷ Dem Verwaltungsrat muss genügend Zeit bleiben, die Lage zu beurteilen, seine eigene Stellungnahme zu verfassen und die Unterlagen abzuändern.⁵⁶⁸ Bei kleineren Gesellschaften reicht es aus, wenn die Begehren kurz vor der Einberufungsfrist eingereicht werden, während dieser Stichtag bei grösseren Gesellschaften einige Wochen vor der Einberufung angesetzt wird.⁵⁶⁹ Der Klarheit halber können und sollen solche Fristen in den Statuten festgelegt oder frühzeitig publiziert wer-

⁵⁶³ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 37.

⁵⁶⁴ Vgl. oben N 209.

⁵⁶⁵ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 65. Verliert der Aktionär bis zur «rein technischen Unabänderlichkeit der Einberufung» sämtliche Stimmrechte, so kann das verlangte Traktandum vom Verwaltungsrat wieder gestrichen werden (DUBS, *Traktandierungsbegehren*, FN 60).

⁵⁶⁶ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 173 und FN 128.

⁵⁶⁷ FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 118.

⁵⁶⁸ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 68; DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 72.

⁵⁶⁹ FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 118. NOBEL, *Formelle Aspekte*, S. 25, erachtet eine Frist von 30 bis 40 Tagen vor der GV für zulässig. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 69, hält eine Frist von 20 bis 25 Tagen vor dem Tag der Versendung der Einberufung für angemessen.

den.⁵⁷⁰ Die Frist ist vorzugsweise so festzulegen, dass die Aktionäre zu diesem Zeitpunkt bereits Kenntnis der Geschäftszahlen haben.⁵⁷¹

Nach Einberufung der Generalversammlung können grundsätzlich keine Traktandierungsbegehren mehr gestellt werden.⁵⁷² Sollte eine Versammlung indes so früh einberufen werden, dass nach der Einberufung eingereichte Traktanden – unter Berücksichtigung einer entsprechenden Bearbeitungszeit für den Verwaltungsrat – noch vor der 20-tägigen Einberufungsfrist (Art. 700 Abs. 1 OR) an alle Aktionäre kommuniziert werden können, sind diese Traktandierungsbegehren wie auch Änderungen an bestehenden Verhandlungsgegenständen zuzulassen.⁵⁷³ Auch zur Verhinderung eines administrativen Mehraufwandes lohnt es sich also für den Verwaltungsrat, im Voraus eine gewisse Frist für Traktandierungsbegehren zu publizieren.⁵⁷⁴ 218

Während der Generalversammlung können keine neuen Verhandlungsgegenstände mehr vorgebracht werden; der Rückzug eines bereits gestellten Traktandierungsbegehrens durch den Urheber ist aber möglich, sofern kein anderer Aktionär einen Antrag zum entsprechenden Traktandum stellt.⁵⁷⁵ Die Streichung eines Traktandums durch die einberufende Instanz oder den Versammlungsleiter ist indes nicht zulässig.⁵⁷⁶ 219

⁵⁷⁰ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 69; DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 73; FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 118 f. Siehe auch Ziff. 4 Abs. 2 SCBP.

⁵⁷¹ HORBER, *Traktandierungsrecht*, S. 77. Art. 699a Abs. 2 E-OR soll den Verwaltungsrat künftig verpflichten, die Aktionäre in der Mitteilung betreffend Zugang zum Geschäfts- und Revisionsbericht auch über die Frist zu informieren, innert welcher sie die Aufnahme von Traktanden und Anträgen verlangen können. Die minimale Frist beträgt demnach zehn Tage.

⁵⁷² BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 68; DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 72; HORBER, *Traktandierungsrecht*, S. 77; ZK-TANNER, Art. 700 OR N 46. A.M. VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 103.

⁵⁷³ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 700 N 11a; CR CO II-PETER/CAVADINI, Art. 700 N 20; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 91.

⁵⁷⁴ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 70; DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 71; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 29; ZK-TANNER, Art. 700 OR N 49; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 102.

⁵⁷⁵ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 31; ausführlich DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 90 ff. Vgl. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 61; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 10 N 55.

⁵⁷⁶ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 32. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 115a, lässt die Streichung eines Traktandums bei offensichtlicher Gegenstandslosigkeit zu.

c. Form und Inhalt

- 220 Die Traktandierung wird *schriftlich* unter Angabe des Verhandlungsgegenstandes und der Anträge anbegehrt (Art. 699 Abs. 3 OR). Das Begehren hat zwingend sowohl den Verhandlungsgegenstand als auch den konkreten Antrag zu umfassen; fehlt der Antrag, führt dies zur Ungültigkeit des Begehrens.⁵⁷⁷ Der Aktionär ist in diesem Zusammenhang also verpflichtet, einen Antrag zu stellen.⁵⁷⁸ Bei der Prüfung des Traktandierungsbegehrens ist aber nicht formalistisch zu entscheiden und vor einem abschlägigen Entscheid sollte grundsätzlich mit dem Urheber Rücksprache gehalten werden.⁵⁷⁹

d. Umsetzung

- 221 Zweck des Traktandierungsrechts ist, dass über einen bestimmten Gegenstand Beschluss gefasst werden kann. In der Regel erfolgt bei einem ordnungsgemäss gestellten und ausgestalteten Traktandierungsbegehren die Aufnahme in die Traktandenliste.⁵⁸⁰ Der Verwaltungsrat kann dem Begehren des Aktionärs aber auch dadurch gerecht werden, dass der dem Traktandierungsbegehren zugehörige Antrag einem bereits bestehenden Verhandlungsgegenstand – der unter Umständen auszuweiten ist – «zugeteilt» wird.⁵⁸¹ Der Aktionär hat mithin keinen Anspruch darauf, dass das von ihm anbegehrte Traktandum und der zugehörige Antrag separat und eigenständig Eingang in die Traktandenliste finden.⁵⁸² Aus der Einberufung muss in diesem Fall aber hervorgehen, dass ein Traktandierungsbegehren gestellt wurde, und der Antrag des Aktionärs ist in der Regel – sofern keine Anpassung am Wortlaut nötig ist – wörtlich wiederzugeben und als solcher zu kennzeichnen.⁵⁸³

⁵⁷⁷ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 67a; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 37.

⁵⁷⁸ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 68.

⁵⁷⁹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 67a; DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 174; HORBER, *Traktandierungsrecht*, S. 78; STUDER, S. 86. Im Detail zur Prüfung der Traktanden und dem weiteren Verfahren unten § 6/III./6.

⁵⁸⁰ Vgl. DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 148; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 24.

⁵⁸¹ Vgl. DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 151 ff.; HORBER, *Traktandierungsrecht*, S. 78.

⁵⁸² DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 153.

⁵⁸³ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 151.

e. Durchsetzung

Wird die Aufnahme eines Traktandums verweigert, steht den Aktionären – obwohl 222 das Gesetz in dieser Hinsicht schweigt – in analoger Anwendung von Art. 699 Abs. 4 OR ebenfalls ein Klagerecht zu, um ihr Recht auf Traktandierung durchzusetzen (Traktandierungsklage).⁵⁸⁴ Die richterliche Prüfung beschränkt sich auch bei der Durchsetzung des Traktandierungsrechts auf die formellen Voraussetzungen.⁵⁸⁵ Sind diese gegeben, kann der Richter die Ergänzung der Traktandenliste anordnen oder selbst vornehmen.⁵⁸⁶

Problematisch ist diesbezüglich, dass ein Aktionär in der Regel erst mit Erhalt der 223 Einladung zur Generalversammlung erfährt, dass seinem Traktandierungsbegehren nicht stattgegeben wurde.⁵⁸⁷ Eine Ergänzung ist laut DUBS jedoch nur möglich, sofern die Aktionäre noch rechtzeitig orientiert werden können und die Möglichkeit haben, ihre Weisungen zur ergänzten Traktandenliste abzugeben.⁵⁸⁸ Andernfalls ist entweder eine separate Generalversammlung einzuberufen oder die bereits geplante Versammlung abzusagen und mit der ergänzten Traktandenliste neu einzuberufen.⁵⁸⁹

5. Antrags- und Meinungsäusserungsrecht

Das Antragsrecht ist sowohl Individual- als auch Minderheitenrecht zugleich. Im 224 Zusammenhang mit einem Begehren um Einberufung einer Generalversammlung oder Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes ist der Aktionär gar ver-

⁵⁸⁴ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 73; DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 123; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 31 f.; HORBER, *Traktandierungsrecht*, S. 79; KUNZ, *Klagen*, S. 157; ZK-TANNER, Art. 699 OR N 80; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 104.

⁵⁸⁵ Vgl. BGE 142 III 16, E. 3.1; BGer 4A_184/2019 vom 15. Juli 2019, E. 2.1. Zur Durchsetzung des Einberufungsrechts oben § 5/III./4.1/d.

⁵⁸⁶ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 73a; DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 124.

⁵⁸⁷ KNOBLOCH, S. 426.

⁵⁸⁸ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 124. HORBER, *Traktandierungsrecht*, S. 79, verlangt eine Ergänzung spätestens an der Generalversammlung, was aufgrund der mangelnden Vorbereitungszeit für die Aktionäre jedoch abzulehnen ist (vgl. in Bezug auf Publikumsgesellschaften BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 73a).

⁵⁸⁹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 73a; DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 125; ZK-TANNER, Art. 699 OR N 81 (beschränkt auf die Einberufung einer neuen Generalversammlung).

pflichtet, einen Antrag zu stellen.⁵⁹⁰ Ebenso verfügen alle Aktionäre über ein individuelles Meinungsäusserungsrecht.

5.1 Antragsrecht

a. Antragsrecht als Individualrecht

- 225 Jedem Aktionär steht das Individualrecht zu, eigene Anträge zu bereits traktandierten Verhandlungsgegenständen zu stellen.⁵⁹¹ Das Antragsrecht des Aktionärs ist unentziehbar.⁵⁹² Begrenzt wird es durch das «Bedeutungsfeld des einzelnen Traktandums» sowie das Sachlichkeitsgebot und Missbrauchsverbot.⁵⁹³ Bei der Interpretation der Verhandlungsgegenstände ist massgeblich, wie der Aktionär als Empfänger der Traktandenliste die einzelnen Traktanden «unter Berücksichtigung der konkreten Umstände nach Treu und Glauben» verstehen konnte.⁵⁹⁴ In diesem Rahmen kann der Aktionär jeden Antrag vorbringen, der ihm sinnvoll erscheint.⁵⁹⁵
- 226 Der Antrag kann vor oder während der Versammlung mündlich oder schriftlich eingebracht werden und bedarf – im Rahmen eines traktandierten Verhandlungsgegenstandes – keiner Vorankündigung (Art. 700 Abs. 4 OR).⁵⁹⁶ Werden Anträge vorzeitig eingereicht, ist der Verwaltungsrat indes nicht verpflichtet, diese in der Einberufung aufzuführen.⁵⁹⁷ In der Versammlung sind dann alle eingegangenen Anträge angemessen mündlich bekanntzugeben.⁵⁹⁸ Bereits in der Einladung bekanntgegebene oder anderweitig gestellte Anträge können während der Versammlung durch ihren Urheber im Rahmen des Verhandlungsgegenstandes und unter

⁵⁹⁰ Vgl. oben N 220.

⁵⁹¹ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 700 N 18; FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 125; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 516; ZK-TANNER, Art. 700 OR N 52. Das Antragsrecht steht im Übrigen auch dem Verwaltungsrat zu (Art. 702a OR).

⁵⁹² BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 161.

⁵⁹³ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 71. Vgl. auch DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 22.

⁵⁹⁴ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 221; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 700 N 19.

⁵⁹⁵ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 161.

⁵⁹⁶ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 180; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 700 N 18; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 63; ZK-TANNER, Art. 700 OR N 54.

⁵⁹⁷ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 71; ZK-TANNER, Art. 700 OR N 57.

⁵⁹⁸ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 71; ZK-TANNER, Art. 700 OR N 58.

Wahrung von Treu und Glauben⁵⁹⁹ modifiziert oder widerrufen werden.⁶⁰⁰ Ist ein Antrag unklar formuliert, liegt es am Versammlungsleiter, diesen verständlich zu machen und zur Abstimmung vorzulegen.⁶⁰¹ Ist dies nicht möglich, wird der Antrag zur Neuformulierung zurückgewiesen.⁶⁰²

b. Antragsrecht als Minderheitenrecht

Das Minderheitenrecht auf Antragstellung ist eine qualifizierte Form des Individualrechts und steht dem Aktionär nur im Zusammenhang mit dem Einberufungs- oder Traktandierungsrecht zu.⁶⁰³ Erst wenn der Aktionär befugt ist, die Einberufung einer Versammlung oder die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes zu verlangen, ist er auch berechtigt bzw. verpflichtet, zusammen mit dem Verhandlungsgegenstand einen Antrag einzureichen.⁶⁰⁴ 227

Das Antragsrecht im Zusammenhang mit einem Traktandierungsbegehren eröffnet dem Aktionär weitergehende Möglichkeiten. So kann er einerseits Beschlussanträge zu Themen vorlegen, deren Behandlung der Verwaltungsrat nicht beabsichtigt hätte.⁶⁰⁵ Andererseits ist der Verwaltungsrat verpflichtet, aktionärsseitige Anträge in Verbindung mit einem Einberufungs- oder Traktandierungsbegehren in der Einladung zur Versammlung aufzuführen.⁶⁰⁶ Dadurch nimmt die Gesamtheit der Aktionäre frühzeitig von den Anträgen Kenntnis und kann sich vertieft 228

⁵⁹⁹ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 223 f.: Der ursprünglich gestellte Antrag muss «ernsthaft und begründbar» gewesen und nicht zur Täuschung oder einer späteren Überrumpelung der Aktionäre gestellt worden sein. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 66, und ZK-TANNER, Art. 700 OR N 61, verlangen für die Abänderung eines Antrags zusätzlich das Vorliegen neuer Tatsachen oder Kenntnisse.

⁶⁰⁰ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 180a; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 66 («Niemandem ist es verwehrt, klüger zu werden und auf veränderte Verhältnisse zu reagieren.»); NOBEL, *Formelle Aspekte*, S. 24 (bei Vorliegen *genügender* Gründe); VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 87 (bei Vorliegen *sachlicher* Gründe).

⁶⁰¹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 178.

⁶⁰² ZK-TANNER, Art. 700 OR N 27. Ausführlich dazu unten § 6/IV./2.2.

⁶⁰³ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 71.

⁶⁰⁴ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 180. Zu den Voraussetzungen des Einberufungs- und Traktandierungsrechts oben § 5/III./4.1/a bzw. § 5/III./4.2/a.

⁶⁰⁵ Vgl. FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 116.

⁶⁰⁶ Vgl. STUDER, S. 96.

damit auseinandersetzen.⁶⁰⁷ Ferner schafft dies für den Grossteil der Aktionäre, welche ihr Stimmrecht mittels Vertreter ausüben, überhaupt die Möglichkeit, sich zum eingebrachten Antrag zu äussern.⁶⁰⁸

c. Durchsetzung

- 229 Erfolgt die Antragstellung im Rahmen eines Traktandierungsbegehrens, steht dem Aktionär offen, sein Recht in analoger Anwendung von Art. 699 Abs. 4 OR gerichtlich geltend zu machen.⁶⁰⁹ Zur Durchsetzung des individuellen Antragsrechts steht dem Aktionär die Leistungsklage auf Antragsverkündung bzw. Vorlage zur Abstimmung zur Verfügung.⁶¹⁰ Das Gericht wird sich bei der Beurteilung dieser Klage darauf beschränken, analog zur Prüfung von Einberufungs- und Traktandierungsbegehren sicherzustellen, dass die formellen Voraussetzungen des Antragsrechts erfüllt sind, der Aktionär also im Zeitpunkt der Generalversammlung formell zur Antragstellung befugt war.⁶¹¹ Zur Stellung eines Antrags berechtigt ist jeder stimmberechtigte Aktionär.⁶¹² Da sich eine Verweigerung des Antragsrechts in der Regel erst anlässlich der Generalversammlung offenbart, wird es dem Aktionär indes nicht mehr möglich sein, seinen Anspruch rechtzeitig gerichtlich durchzusetzen.⁶¹³
- 230 Im Interesse der Sachdienlichkeit kann ausnahmsweise rechtmässig darauf verzichtet werden, der Generalversammlung den Antrag eines Aktionärs zur Beschlussfassung vorzulegen.⁶¹⁴ Sachliche Gründe, welche ein solches Vorgehen rechtfertigen, liegen insbesondere dann vor, wenn der Urheber des Traktandierungsbegehrens seinen Antrag zurückzieht, denselben in zulässiger Weise ab-

⁶⁰⁷ Vgl. BERTSCHINGER, *Generalversammlung*, S. 902; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 27 f.; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 700 N 19; ZK-TANNER, Art. 700 OR N 22; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 86.

⁶⁰⁸ Vgl. MAIZAR, S. 378. Künftig sollen Aktionäre, die einen gewissen Anteil am Aktienkapital oder der Stimmen erreichen, direkt die Aufnahme von Anträgen zu bestehenden Verhandlungsgegenständen in die Einberufung verlangen können (Art. 699b Abs. 1 und 2 E-OR). Zudem soll ihnen das Recht gewährt werden, eine kurze Begründung anzufügen (Art. 699b Abs. 3 E-OR).

⁶⁰⁹ Dazu oben § 5/III./4.2/e.

⁶¹⁰ KNOBLOCH, S. 449. Vgl. auch SCHETT, S. 62 f.

⁶¹¹ Zur Durchsetzung des Einberufungsrechts oben § 5/III./4.1/d.

⁶¹² Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 700 N 18a; KNOBLOCH, S. 445.

⁶¹³ Siehe KNOBLOCH, S. 449 f., wonach die Beschlüsse zum entsprechenden Traktandum nach Verweigerung des Antragsrechts anfechtbar sind (vgl. dazu unten § 6/V./4.3/b).

⁶¹⁴ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 207.

ändert oder wenn der Antrag aufgrund mehrerer zum selben Verhandlungsgegenstand vorliegender Anträge zu einem widersprüchlichen oder unmöglichen Beschluss führen würde.⁶¹⁵

5.2 Meinungsäusserungsrecht

Jeder Aktionär hat das individuelle, von der Grösse seiner Kapitalbeteiligung unabhängige Recht, an der Generalversammlung zu jedem traktandierten Thema seine Meinung zu äussern.⁶¹⁶ Dies gilt auch dann, wenn der Aktionär beim entsprechenden Verhandlungsgegenstand von der Abstimmung ausgeschlossen ist.⁶¹⁷ Durch diese Diskussionsbeiträge und den direkten Austausch unter den Aktionären «manifestiert sich das eigentliche Wesen der Versammlung».⁶¹⁸ 231

Das Meinungsäusserungsrecht kann nur insoweit eingeschränkt werden, als es für die ordnungsgemässe Durchführung der Versammlung nötig ist.⁶¹⁹ Im Hinblick auf die beschränkte Dauer einer Generalversammlung⁶²⁰ ist insbesondere eine zeitliche Begrenzung der jeweiligen Meinungsäusserungen oder gar eine begrenzte Zahl an Rednern denkbar.⁶²¹ Wird das Recht auf Meinungsäusserung zu Unrecht übermässig beschränkt und hat dies einen Einfluss auf die Beschlussfassung, sind die gefassten Beschlüsse anfechtbar.⁶²² 232

IV. Aktionärspflichten

Den vielfältigen Aktionärsrechten stehen einzelne Pflichten gegenüber. Im Grundsatz schreibt das Aktienrecht einzig die Liberierungspflicht vor und untersagt gleichzeitig die Einführung zusätzlicher Pflichten in den Statuten (Art. 680 Abs. 1 233

⁶¹⁵ Vgl. DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 207 ff.

⁶¹⁶ FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 120; MAIZAR, S. 303; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 514.

⁶¹⁷ FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 120.

⁶¹⁸ MAIZAR, S. 303.

⁶¹⁹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 515.

⁶²⁰ Eine absolute Zeitbegrenzung existiert nicht (BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 54). Eine Generalversammlung sollte in der Regel aber nicht länger als einen halben Tag dauern (FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 120; ZK-TANNER, Art. 702 OR N 140).

⁶²¹ Vgl. FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 120 ff.; MAIZAR, S. 304.

⁶²² FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 123; MAIZAR, S. 304.

OR).⁶²³ Dies bedeutet, dass dem Aktionär insbesondere weder eine Treuepflicht noch ein Konkurrenzverbot auferlegt werden dürfen.⁶²⁴ Dadurch soll in erster Linie der Minderheitsaktionär vor der Auferlegung zusätzlicher Pflichten geschützt und sichergestellt werden, dass die Veräusserung der Aktien weder gegen den Willen der bestehenden noch gegenüber künftigen Aktionären erschwert wird.⁶²⁵

- 234 Mittlerweile wurde diese restriktive Regelung durch die Einführung der Meldepflicht beim Erwerb von Inhaberaktien bzw. nicht kotierten Aktien aufgeweicht (Art. 697i ff. OR). Mitgliedschafts- und Vermögensrechte der Erwerber ruhen, solange diese den vorgenannten Pflichten nicht nachkommen (Art. 697m OR).⁶²⁶ Im Übrigen finden sich auch in anderen Erlassen zusätzliche Aktionärspflichten.⁶²⁷ Dies betrifft insbesondere die Meldepflichten nach Art. 120 FinfraG und die Pflicht zum Kaufangebot nach Art. 135 FinfraG.⁶²⁸

⁶²³ BSK OR II-VOGT, Art. 680 N 1b.

⁶²⁴ DAENIKER, *Rolle*, S. 318; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 208; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 975. Jede widersprechende Bestimmung in den Statuten ist nichtig (BSK OR II-VOGT, Art. 680 N 14).

⁶²⁵ Vgl. BSK OR II-VOGT, Art. 680 N 1b.

⁶²⁶ Seit dem 1. November 2019 ist die Ausgabe neuer Inhaberaktien, die nicht an einer Börse kotiert oder als Bucheffekten ausgestaltet werden, nicht mehr zulässig (vgl. Art. 622 Abs. 1^{bis} OR). Bis zum 1. Mai 2021 sind sämtliche Inhaberaktien dieser Art in Namenaktien umzuwandeln. Unterlässt eine Gesellschaft diese Umwandlung, erfolgt sie zu diesem Zeitpunkt von Gesetzes wegen (Art. 4 Abs. 1 ÜBest. BG GAFI). Hinfällig wird sodann auch die Meldepflicht betreffend nicht kotierte Inhaberaktien. Zur neuen Gesetzeslage betreffend Inhaberaktien GLANZMANN, *Inhaberaktie*, S. 611 ff.; SPOERLÉ, S. 399 ff.; VISCHER/GALLI, *Global Forum*, S. 1289 ff.

⁶²⁷ Vgl. BSK OR II-VOGT, Art. 680 N 8b f.

⁶²⁸ Wird ein bestimmter Grenzwert an Stimmrechten über- oder unterschritten, ist dies der Gesellschaft und der Börse, an der die Beteiligungspapiere kotiert sind, zu melden (Art. 120 Abs. 1 FinfraG). Erwirbt eine Partei Beteiligungspapiere und überschreitet damit den Grenzwert von 33⅓ % der Stimmrechte, hat sie ein Kaufangebot für alle kotierten Beteiligungspapiere zu unterbreiten (Art. 135 Abs. 1 FinfraG). Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 212 ff. Siehe ebenso Art. 22 f. VegüV betreffend die Stimm- und Offenlegungspflicht von Vorsorgeeinrichtungen.

§ 6 Die Generalversammlung – Ort der Willensbildung

In ihrer zweiten Rolle dient die Generalversammlung den Aktionären als Plattform für deren Willensbildung.⁶²⁹ Letztere steht im Zentrum dieses Kapitels. Die Willensbildung in der Generalversammlung wird wesentlich durch die Vorbereitung wie auch die Durchführung der Versammlung beeinflusst. Aufgrund ihrer Relevanz fällt ein besonderer Schwerpunkt auf die Ausgestaltung der Traktanden und Anträge. Die Anfechtung oder Feststellung der Nichtigkeit mangelhafter Beschlüsse ermöglicht dem Aktionär sodann, auf allfällige Beeinträchtigungen seiner Willensbildung zu reagieren. 235

I. Willensbildung

1. Zweck der Generalversammlung

Das Mittel, um in der Aktiengesellschaft einen gesellschaftlichen Willen zu bilden, ist der Beschluss.⁶³⁰ Als Forum zur kollektiven Entscheidungsfindung und Bildung dieses Willens dient die Generalversammlung.⁶³¹ Im Sinne des Unmittel- 236

⁶²⁹ Vgl. VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 1.

⁶³⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 121. Die im Schrifttum dargelegten Definitionen des Generalversammlungsbeschlusses sind zahlreich. Vgl. z.B. auch DUBS, *Beschlussvoraussetzungen*, S. 447: «Insofern gilt der Aktionärsbeschluss an der Generalversammlung als rechtsverbindliche Ausgestaltung einer einheitlichen Willensbildung, die aus den Einzelwillen mehrerer Rechtssubjekte herrührt und durch normative Regeln gebildet wird.»; HUGUENIN/MAHLER, S. 132: «Formal bildet der Beschluss das Endprodukt eines institutionalisierten Willensbildungsverfahrens, das idealtypisch aus Antrag, Beratung, Abstimmung und Beschlussverkündung besteht.»; MAIZAR, S. 335: «Ökonomisch ausgedrückt werden mit der Beschlussfassung die individuellen Präferenzordnungen der Aktionäre zusammengefasst und unter Anwendung einer Aggregierungsregel – hier dem Mehrheitsprinzip – ausgewertet. Das Resultat der Auswertung ist die kollektive Präferenzordnung, der Beschluss der GV über die zur Verfügung stehenden Handlungsalternativen.»

⁶³¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 20 N 3; MAIZAR, S. 416; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 1.

barkeitsprinzips soll der Prozess der Willensbildung *in* der Versammlung stattfinden.⁶³²

- 237 Die Willensbildung beruht auf den drei Säulen Information, Beratung und Beschlussfassung.⁶³³ Das Aktienrecht gestaltet die dafür nötigen Rahmenbedingungen, indem es den Aktionären den Zugang zu den entscheidrelevanten Informationen gewährt,⁶³⁴ jedem Aktionär bestimmte Mitwirkungsrechte garantiert⁶³⁵ und gewisse Grundregeln für das Verfahren der Beschlussfassung aufstellt – namentlich zur Gültigkeit und Behandlung von Traktanden und Anträgen.⁶³⁶

2. Entwicklung in der Generalversammlung

- 238 Dem «Idyll der schweizerischen Landsgemeinde» nachgebildet,⁶³⁷ hat sich die Erscheinungsform der Generalversammlung – insbesondere bei Publikumsgesellschaften – in der jüngeren Vergangenheit merklich gewandelt.⁶³⁸ Aus einem Ort des Ideenaustausches wurde einer, welcher primär der Stimmabgabe und Beschlussverkündung dient.⁶³⁹ Im klassischen Sinn der Generalversammlung geht der Beschlussfassung, wie bereits dargelegt, die Information der Aktionäre und eine Beratung voraus.⁶⁴⁰ Eine zweckmässige Debatte unter Aktionären stösst indes dann an ihre Grenzen, wenn sie eine kritische Zahl an Teilnehmern erreicht. Ein direkter Meinungsaustausch gestaltet sich dadurch schwierig und die Gestaltungs-

⁶³² Vgl. CHENAUX, S. 478.

⁶³³ Vgl. BÖCKLI, *Aktionärsdemokratie*, S. 184; HAEFLIGER, S. 75 f.; HUGUENIN/MAHLER, S. 132; KUNZ, *Evolution*, S. 157 f.; WEBER-DÜRLER, S. 43.

⁶³⁴ Dazu oben § 5/III./3.

⁶³⁵ Dazu oben § 5/III./2 (Stimm- und Wahlrecht), § 5/III./4 (Einberufungs- und Traktandierungsrecht) und § 5/III./5 (Antrags- und Meinungsäusserungsrecht).

⁶³⁶ Dazu unten § 6/III.

⁶³⁷ HOFSTETTER, S. 566. Siehe auch MAIZAR, S. 338: «der Gesetzgeber [hat] die rechtsgültig einberufene *physische Versammlung der Aktionäre* im Wesentlichen als Dreh- und Angelpunkt der Willensbildung und Beschlussfassung konzipiert».

⁶³⁸ Vgl. FORSTMOSER, *Lex Minder*, S. 284; HOFSTETTER, S. 566 f.; WOHLMANN/GERBER, S. 286.

⁶³⁹ CHENAUX, S. 477.

⁶⁴⁰ Vgl. WEBER-DÜRLER, S. 43: «Der *demokratische Kern* der Gesellschafterversammlung ist die Diskussion, die mündliche Beratung, als das verbindende gemeinschaftliche Element. Die Diskussion ist der einzige rechtlich erfasste persönliche Kontakt der Gesellschafter; in ihr spielt sich das gemeinschaftliche Leben ab, das gemeinsame Ringen um die gemeinsamen Probleme.» (Hervorhebung im Original).

möglichkeiten der Aktionäre reduzieren sich auf eine Gutheissung oder Verwerfung der vom Verwaltungsrat vorgelegten Anträge.⁶⁴¹ In kleineren, privaten Gesellschaften dürfte die Generalversammlung indes noch vermehrt im ursprünglichen Sinn ablaufen und der Kommunikation und Abstimmung wichtiger Geschäfte eine grössere Bedeutung zukommen.⁶⁴²

3. Unabhängige Stimmrechtsvertreter und Stimmrechtsberater

Die Entwicklung weg von der Debatte und Willensbildung in der Generalversammlung hin zur simplen Stimmabgabe wird wesentlich durch zwei Akteure beeinflusst. Durch die Tätigkeiten der unabhängigen Stimmrechtsvertreter und Stimmrechtsberater wird das Unmittelbarkeitsprinzip richtiggehend ausgehöhlt.⁶⁴³ Übt der Aktionär sein Stimmrecht in der Generalversammlung nicht mehr selbst aus, bedingt die Instruktion des unabhängigen Stimmrechtsvertreters, dass die Willensbildung zeitlich vor der Versammlung bzw. der Weisung an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter erfolgt.⁶⁴⁴ Die Willensbildung in der Generalversammlung wird so zur Fiktion.⁶⁴⁵ Demgegenüber steigt durch die nicht in Anspruch genommene Möglichkeit zum Meinungsaustausch bzw. zur Informa-

239

⁶⁴¹ Vgl. BRUDERER, S. 72 f.; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 62. In diesem Sinne auch BÜHLER, *Regulierung*, N 390: «Während bei Publikumsgesellschaften der klassische Interessengegensatz zwischen dem Management auf der einen Seite und den Aktionären auf der anderen Seite zu überbrücken ist, besteht bei privaten Gesellschaften oft ein Interessengegensatz *innerhalb des Aktionariats* [...]» (Hervorhebung im Original).

⁶⁴² Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 532; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 62. FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 126, relativiert, dass auch bei vielen kleinen und mittleren Gesellschaften die Meinungen bereits vor der Generalversammlung gemacht sind. Siehe zu den Eigenheiten privater Aktiengesellschaften auch HARDER SCHULER, S. 31 ff.

⁶⁴³ PROJER, N 76. Vgl. auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 537. Dazu kommen Dispoaktienbestände im Umfang von 30–50 % (GERICKE/BAUM, S. 349).

⁶⁴⁴ Vgl. CHENAUX, S. 479; HOFSTETTER, S. 566 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 533; PROJER, N 76. Zur Ausübung des Stimmrechts durch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter oben N 169 f.

⁶⁴⁵ FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 126. Vgl. auch BÖCKLI, *Aktionärsdemokratie*, S. 185; TAGOUO, S. 1131.

tionsbeschaffung in der Generalversammlung die Relevanz der Informationen, welche dem Aktionär vor der Versammlung zur Verfügung gestellt werden.⁶⁴⁶

- 240 In diesem Punkt offenbart sich der steigende Einfluss des zweiten Akteurs, des Stimmrechtsberaters.⁶⁴⁷ Das Angebot von Stimmrechtsberatern besteht darin, den Aktionären die relevanten Informationen aufzubereiten und zur Verfügung zu stellen, Stimmempfehlungen abzugeben und die Aktionäre allenfalls auch an der Versammlung zu vertreten.⁶⁴⁸ Besonders institutionellen Investoren mangelt es an den nötigen Ressourcen, um sich angemessen auf die einzelnen Verhandlungsgegenstände in unzähligen Generalversammlungen vorzubereiten.⁶⁴⁹ Folglich bietet es sich gerade bei einer *Pflicht* zur Ausübung des Aktienstimmrechts an,⁶⁵⁰ diesen (finanziellen) Aufwand mit der Hilfe von Stimmrechtsberatern zu begrenzen.⁶⁵¹ Durch die Delegation an den Stimmrechtsberater erfolgt die Willensbildung aber weder beim Aktionär, geschweige denn in der Generalversammlung.⁶⁵²

⁶⁴⁶ Siehe dazu BÖCKLI, *Aktionärsdemokratie*, S. 185 ff.; HOFSTETTER, S. 577 f. Vgl. auch PROJER, N 76.

⁶⁴⁷ Vgl. SCHWARZMANN, N 144, m.w.H.

⁶⁴⁸ BERTSCHINGER, *Proxy Advisors*, S. 507; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 537; TAGOUO, S. 1130 f.

⁶⁴⁹ Vgl. BÖCKLI, *Proxy Advisors*, S. 210 f.

⁶⁵⁰ Siehe Art. 22 VegüV. Zur Stimmpflicht und dem Stimmverhalten von institutionellen Anlegern siehe STOFFEL/PERRIARD, S. 464 ff.

⁶⁵¹ Vgl. BÖCKLI, *Aktionärsdemokratie*, S. 182; SCHWARZMANN, N 144 f.

⁶⁵² In der Lehre wird moniert, der Stimmrechtsberater handle zwar unabhängig, vielmehr aber «verantwortungslos», da er nicht an der Gesellschaft beteiligt sei und deshalb die Konsequenzen seiner Entscheidungen nicht tragen müsse (GERICKE, S. 90). Auf Kritik stossen zudem die standardisierten Verfahren der Stimmrechtsberater (siehe SWIPRA, Newsletter 2019: «Wie erwähnt basieren institutionelle Investoren und Stimmrechtsberater ihre Analysen, insbesondere bei VR-Wahlen, auf verschiedenen <Tick-the-Box>-Kriterien. Mehr als die Hälfte der ausschliesslich von ISS zur Ablehnung empfohlenen VRs waren länger als 10 Jahre im Amt oder älter als 70 Jahre. Solch starren Kriterien können Unternehmen, wenn überhaupt, nur durch einen direkten Dialog mit den institutionellen Investoren begegnen.)), wodurch die Eigenheiten der jeweiligen Gesellschaften zu wenig berücksichtigt werden (vgl. BÖCKLI, *Proxy Advisors*, S. 216 ff.; GERICKE/BAUM, S. 350 f.). Siehe aber BERTSCHINGER, *Proxy Advisors*, S. 508: «Ob und wie diese [Stimmrechtsrichtlinien der Berater] aufgrund unternehmensspezifischer Aspekte reflektiert werden, ist Sache des Aktionärs. Sorgfalts- und Treuepflichten bestehen für den Aktionär hinsichtlich Ausübung der Stimmrechte nicht [...]. Es mag für die Gesellschaften unbefriedigend sein, sofern sie durch die Proxy Advisors [...] unreflektiert über einen Leisten geschlagen werden. Von aktienrechtlicher Relevanz wäre ein <one size fits all approach> bzw. blosses <box

4. Fazit

Ratio legis und Realität fallen insbesondere in der Publikumsgesellschaft auseinander. Die Form einer Generalversammlung entspricht nicht mehr der gesetzlichen Vorstellung.⁶⁵³ Auch bei kleineren Gesellschaften bzw. solchen mit überschaubarem Aktionärskreis mag dies der Fall sein, indes kann hier noch eher von einer «klassischen» Form der Generalversammlung ausgegangen werden.⁶⁵⁴ 241

Die Generalversammlung befindet sich zweifellos im dauernden Wandel. Unverändert bleibt indes die Tatsache, dass der Wille der Gesellschaft aus den Willenserklärungen der einzelnen Aktionäre – ihren Stimmen⁶⁵⁵ – hervorgeht.⁶⁵⁶ Was sich unter Umständen ändert, ist der Kontext der aktionärsseitigen Willensbildung. Wie und ob der einzelne Aktionär sich seinen Willen selbständig oder mithilfe von Beratern und Vertretern bildet und ausübt, bleibt seine freie Entscheidung.⁶⁵⁷ Der Gesellschaft obliegt es in erster Linie, die zur Willensbildung nötigen Informationen zur Verfügung zu stellen und ein ordnungsgemässes Beschlussverfahren sicherzustellen.⁶⁵⁸ 242

Distanziert sich der Aktionär zunehmend von der Willensbildung in bzw. während der Generalversammlung und bildet seine Meinung davor, nähert sich das aktienrechtliche Verfahren der Beschlussfassung demjenigen einer (schriftlichen) demokratischen Volksabstimmung an.⁶⁵⁹ Es bleibt aber zu bedenken, dass die aufgezeigte – und in der Lehre vielfach diskutierte – Entwicklung weg von einer Willensbildung in der Generalversammlung und hin zu einer Delegation der Meinungsbildung an die Stimmrechtsberater bzw. der Stimmrechtsausübung an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter mehrheitlich auf Publikumsgesellschaften beschränkt bleibt. Beim Grossteil der Aktiengesellschaften in der Schweiz handelt es sich indes um privat gehaltene KMU mit überschaubarem Aktionärskreis.⁶⁶⁰ 243

ticking» seitens des Aktionärsberaters indessen nicht.» (Hervorhebungen im Original). Zu allfälligen Interessenkonflikten der Stimmrechtsberater TAGOUO, S. 1136 f.

⁶⁵³ Vgl. DAENIKER, *Aktienrecht*, S. 449 f.

⁶⁵⁴ Vgl. FORSTMOSER, *Lex Minder*, S. 284.

⁶⁵⁵ Zur Stimmabgabe als Willenserklärung SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 2 N 9 ff.

⁶⁵⁶ Vgl. BRUDERER, S. 20.

⁶⁵⁷ Vgl. BERTSCHINGER, *Proxy Advisors*, S. 508.

⁶⁵⁸ Zur Vorbereitung der Generalversammlung sogleich § 6/II.

⁶⁵⁹ Vgl. MAIZAR, S. 417.

⁶⁶⁰ Laut FORSTMOSER, *Lex Minder*, S. 292, sind lediglich ca. 0.15% der Aktiengesellschaften kotiert. Vgl. auch die Zahlen bei MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, S. 902 f.

Die *idyllische* Vorstellung der Generalversammlung als Ort der Willensbildung behält so zumindest teilweise ihre Gültigkeit.

II. Vorbereitung der Generalversammlung

- 244 Die Vorbereitung der Generalversammlung ist *unübertragbare und unentziehbare* Aufgabe des Verwaltungsrates (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR).⁶⁶¹ In diesem Zusammenhang ergibt sich eine Vielzahl an Pflichten für den Verwaltungsrat. Wesentliche Informationsgrundlage jeder ordentlichen Generalversammlung bildet der Geschäftsbericht,⁶⁶² weshalb dessen Erstellung im weiteren Sinne ebenfalls als Vorbereitungshandlung für die Generalversammlung zu verstehen ist.⁶⁶³ Sodann ist der Verwaltungsrat für die Einladung zur Generalversammlung sowie die damit zusammenhängenden organisatorischen Belange zuständig.

1. Geschäftsbericht

- 245 Mit dem Geschäftsbericht wird dem Aktionär ein grundlegender Überblick zum vergangenen Geschäftsjahr gewährt.⁶⁶⁴ Der Bericht wird durch den Verwaltungsrat erstellt und von der Revisionsstelle geprüft, bevor er fristgerecht zu versenden oder aufzulegen ist.⁶⁶⁵

1.1 Inhalt des Geschäftsberichtes

- 246 Der Geschäftsbericht beinhaltet in seiner einfachsten Form die Jahresrechnung, welche wiederum aus Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang besteht (Art. 958 Abs. 2 OR). Die Bilanz zeigt die Vermögens- und Finanzierungslage zu einem bestimmten Zeitpunkt – dem Bilanzstichtag – auf (Art. 959 Abs. 1 OR).⁶⁶⁶ Die Erfolgsrechnung ergänzt diese Informationen mit dem Resultat aus einer bestimm-

⁶⁶¹ Diese Pflicht ist im Sinne einer Oberleitung zu verstehen und delegierbar (BERTSCHINGER, *Arbeitsteilung*, N 157; BÜHLER, *Regulierung*, N 626; KRNETA, N 1315).

⁶⁶² Vgl. oben § 5/III./3.2.

⁶⁶³ Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 13 N 8; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 464.

⁶⁶⁴ Vgl. VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 77 ff.

⁶⁶⁵ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 8 N 35 ff.

⁶⁶⁶ Vgl. ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 728a OR N 76 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 8 N 43 ff.

ten Periode – dem Geschäftsjahr – und stellt so die Ertragslage der Gesellschaft dar (Art. 959b OR).⁶⁶⁷ Der Anhang erläutert Geschäftsvorfälle und Sachverhalte, die aus der Bilanz und Erfolgsrechnung nicht ersichtlich oder verständlich sind bzw. darin gar nicht berücksichtigt oder offengelegt werden (Art. 959c OR).⁶⁶⁸ Gegebenenfalls wird die Jahresrechnung durch eine Geldflussrechnung und einen Lagebericht ergänzt.⁶⁶⁹ Der Lagebericht dient dazu, die wirtschaftliche Lage und den Geschäftsverlauf unter Gesichtspunkten darzustellen, welche in der Jahresrechnung nicht zum Ausdruck kommen (Art. 961c Abs. 1 OR).⁶⁷⁰

Kontrolliert eine Gesellschaft ein oder mehrere rechnungslegungspflichtige Unternehmen im Sinne von Art. 963 Abs. 2 OR, hat sie ihren Geschäftsbericht ausserdem durch eine Konzernrechnung zu ergänzen (Abs. 1). Für der VegüV unterstellte Gesellschaften besteht zudem die Pflicht, einen Vergütungsbericht zu erstellen und diesen gemäss den Bestimmungen in Art. 696 OR⁶⁷¹ bekanntzugeben und zu veröffentlichen (Art. 13 VegüV).⁶⁷² Der Vergütungsbericht muss alle offenzulegenden Vergütungen, Darlehen und Kredite an die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates enthalten (Art. 14–16 VegüV).⁶⁷³

247

⁶⁶⁷ Vgl. ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 728a OR N 87.

⁶⁶⁸ Vgl. ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 728a OR N 92; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 8 N 50.

⁶⁶⁹ Dazu verpflichtet sind Gesellschaften, welche eine ordentliche Revision durchführen müssen (Art. 961 ff. OR). Diese Gesellschaften haben zudem im Anhang der Jahresrechnung Angaben zu den langfristigen verzinslichen Verbindlichkeiten und dem Honorar der Revisionsstelle zu machen (Art. 961a OR). Nicht betroffen von diesen Pflichten sind jene Gesellschaften, welche auf Verlangen ihrer Aktionäre gemäss Art. 727 Abs. 2 OR eine ordentliche Revision durchführen. Freilich steht diesen Aktionären auch zu, gemäss Art. 961d Abs. 2 Ziff. 1 OR eine Rechnungslegung nach den Vorschriften für «grosse Gesellschaften» zu verlangen (vgl. ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 728a OR N 74). MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 465, empfehlen in jedem Fall und auch ohne gesetzliche Verpflichtung die Erstellung eines verbalen (Lage-)Berichtes.

⁶⁷⁰ Im Lagebericht ist unter anderem auf die Beststellungs- und Auftragslage, die Forschungs- und Entwicklungstätigkeit, die Risikobeurteilung und aussergewöhnliche Ereignisse einzugehen (Art. 961c Abs. 2 OR). Dies dient der Erläuterung der wichtigen Einflussfaktoren für die Entwicklung des Geschäftsgangs und der Indikatoren für die künftige Entwicklung (BBl 2008 1589, 1717).

⁶⁷¹ Dazu unten § 6/II./1.3.

⁶⁷² Vgl. Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 13 N 64 ff.

⁶⁷³ Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 13 N 47.

1.2 Prüfung durch die Revisionsstelle

- 248 Die Revision dient neben den Aktionären insbesondere dem Schutz Dritter,⁶⁷⁴ aber auch der Allgemeinheit.⁶⁷⁵ Die Hauptpflicht besteht in der Überprüfung der Rechnungslegung – insbesondere der Jahresrechnung – und damit der Tätigkeit des Verwaltungsrates.⁶⁷⁶ Die Revisionsstelle fungiert als Bindeglied im *Principal-Agent*-Verhältnis und verringert das Informationsdefizit zugunsten der Aktionäre.⁶⁷⁷
- 249 Im Wesentlichen bescheinigt der Revisionsbericht die Ordnungsmässigkeit des Geschäftsberichtes und eines allfälligen Vergütungsberichtes (Art. 17 VegüV).⁶⁷⁸ Die Revisionsstelle hält darin fest, ob die Buchführung den gesetzlichen Vorschriften entspricht, die Jahresrechnung nach den Grundsätzen ordnungsgemässer Rechnungslegung erstellt wurde und ob den Aktionären dadurch ein sicherer Einblick in die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft ermöglicht wird.⁶⁷⁹ Die Bedeutung des Revisionsberichtes zeigt sich darin, dass Beschlüsse der Generalversammlung zur Genehmigung der Jahresrechnung und der Verwendung des Bilanzgewinns nichtig sind, falls kein Revisionsbericht vorliegt (Art. 731 Abs. 3 OR).⁶⁸⁰
- 250 Abhängig von der Grösse oder Art der rechnungslegenden Aktiengesellschaft ergibt sich der Prüfungsumfang der Revisionsstelle und entsprechend die Unter-

⁶⁷⁴ BGE 106 II 232, E. 2.c.

⁶⁷⁵ BSK OR II-MAIZAR/WATTER, Vor Art. 727/727a N 17 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 685. Laut VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 6 N 5, dienen die Jahresergebnisse verschiedener kotierter Gesellschaften als Basis für die Einschätzung der Gesamtentwicklung des Marktes sowie der Branche, in der die Unternehmen tätig sind. Siehe insbesondere zur Haftung der Revisionsstelle gegenüber Dritten auch BERTSCHINGER, *Wirtschaftsprüfung*, S. 475 ff.

⁶⁷⁶ BGE 133 III 453, E. 7.3: «Die Revisionsstelle [...] soll garantieren, dass die Einsichtsrechte der Aktionäre und Gläubiger in die Jahresrechnung nicht dadurch entleert werden, dass unvollständige oder falsche Zahlen präsentiert werden». Vgl. auch ZK-EBERLE/LENGAUER, Vor Art. 727–731a OR N 225; BSK OR II-MAIZAR/WATTER, Vor Art. 727/727a N 16.

⁶⁷⁷ ZK-EBERLE/LENGAUER, Vor Art. 727–731a OR N 234. Ausführlich dazu PFIFFNER, N 931 ff.

⁶⁷⁸ Vgl. VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 77.

⁶⁷⁹ MAROLDA MARTINEZ, S. 119.

⁶⁸⁰ Vgl. oben N 124 und 129.

scheidung zwischen der Pflicht zu einer ordentlichen oder eingeschränkten Revision (Art. 727 und 727a OR).

a. Ordentliche Revision

Nach Art. 727 Abs. 1 OR haben Publikumsgesellschaften, Gesellschaften, die eine bestimmte Grösse aufweisen (*wirtschaftlich bedeutende Unternehmen*)⁶⁸¹, sowie solche, die zu einer Konzernrechnung verpflichtet sind, ihre Jahresrechnung und gegebenenfalls ihre Konzernrechnung ordentlich prüfen zu lassen.⁶⁸² Wie bereits dargelegt geht mit dieser Pflicht für die Gesellschaften die Obliegenheit einher, neben der Erstellung der Jahresrechnung im Anhang zu derselben zusätzliche Angaben zu machen, einen Lagebericht zu verfassen und eine Geldflussrechnung zu erstellen.⁶⁸³ 251

Die Revisionsstelle prüft, ob die Jahresrechnung und allenfalls die Konzernrechnung den gesetzlichen Vorschriften, den Statuten und dem gewählten Regelwerk entsprechen (Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1 OR).⁶⁸⁴ Gegenstand der Prüfung ist die gesamte Jahresrechnung und dementsprechend auch die erwähnten zusätzlichen Angaben als Teil des Anhangs sowie die Geldflussrechnung als Teil der Jahresrechnung.⁶⁸⁵ Auch ein allfälliger Vergütungsbericht wird durch die Revisionsstelle dahingehend geprüft, ob er dem Gesetz und der VegüV entspricht (Art. 17 VegüV). Der Lagebericht wird von der Revisionsstelle grundsätzlich nicht geprüft.⁶⁸⁶ Jedoch wird vom Revisor verlangt, den Lagebericht zu lesen und im Revisionsbericht auf allfällige Widersprüche zwischen der Jahresrechnung und dem Lagebericht hinzuweisen.⁶⁸⁷ 252

⁶⁸¹ Dies betrifft Gesellschaften, die in zwei aufeinanderfolgenden Jahren zwei der nachfolgenden Grössen überschreiten: (i) Bilanzsumme von CHF 20 Millionen; (ii) Umsatzerlös von CHF 40 Millionen; (iii) 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt (Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR).

⁶⁸² Eine ordentliche Revision ist zudem dann durchzuführen, wenn dies von Aktionären, die mindestens 10 % des Aktienkapitals vertreten, verlangt wird (Art. 727 Abs. 2 OR).

⁶⁸³ Vgl. N 246.

⁶⁸⁴ Zum gewählten Regelwerk ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 728a OR N 80 ff.

⁶⁸⁵ ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 727 OR N 15 f.

⁶⁸⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 8 N 58.

⁶⁸⁷ ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 727 OR N 17; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 8 N 58.

- 253 Die Revisionsstelle erstattet dem Verwaltungsrat einen umfassenden Bericht mit Feststellungen über die Rechnungslegung, das interne Kontrollsystem sowie die Durchführung und das Ergebnis der Prüfung (Art. 728b Abs. 1 OR). Stellt sie Verstösse gegen das Gesetz⁶⁸⁸, die Statuten oder das Organisationsreglement fest, teilt sie dies schriftlich mit (Art. 728c Abs. 1 OR). Sie hat dazu keine umfassende Legalitätsprüfung vorzunehmen, sondern bloss jene Rechtsverletzungen zu melden, welche sie im Rahmen ihrer Revisionstätigkeit, namentlich der Prüfung der Jahresrechnung und einer allfälligen Konzernrechnung, feststellt.⁶⁸⁹
- 254 Der schriftlich an die Generalversammlung zu erstattende Revisionsbericht hat insbesondere eine Stellungnahme zum Ergebnis der Prüfung und eine Empfehlung zu enthalten, ob die Jahresrechnung – und gegebenenfalls die Konzernrechnung – mit oder ohne Einschränkung zu genehmigen oder zurückzuweisen ist (Art. 728b Abs. 2 Ziff. 1 und 4 OR). Die Erkenntnisse aus der Prüfung des Vergütungsberichtes werden in einem separaten Bericht an die Generalversammlung festgehalten, wobei eine Empfehlung zur Genehmigung mangels Genehmigungskompetenz der Generalversammlung entfällt.⁶⁹⁰ Über Verstösse gegen das Gesetz oder die Statuten wird die Generalversammlung informiert, wenn es sich um wesentliche Verstösse handelt (Art. 728c Abs. 2 Ziff. 1 OR)⁶⁹¹ oder der Verwaltungsrat nach der Meldung der Revisionsstelle keine angemessenen Massnahmen ergreift (Ziff. 2).⁶⁹²

b. Eingeschränkte Revision

- 255 Eine Gesellschaft ist zu einer eingeschränkten Revision verpflichtet, wenn sie die Voraussetzungen für eine ordentliche Revision nicht erfüllt (Art. 727a Abs. 1 OR). Bei der eingeschränkten Prüfung untersucht die Revisionsstelle, ob Sachverhalte vorliegen, aus denen zu schliessen ist, dass die Jahresrechnung nicht den ge-

⁶⁸⁸ Gesetz meint in diesem Zusammenhang sämtliche Vorschriften des objektiven Rechts und nicht nur die Bestimmungen des Rechnungslegungsrechts (BSK OR II-WATTER/MAIZAR, Art. 728c N 16).

⁶⁸⁹ ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 728c OR N 24 f.

⁶⁹⁰ ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 728a OR N 123 f.

⁶⁹¹ Siehe dazu ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 728c OR N 58 ff.; GRAU SCHÄR, S. 609 (insb. zum *Kriterienkatalog*); PFIFFNER, N 502 ff.; BSK OR II-WATTER/MAIZAR, Art. 728c N 22.

⁶⁹² Siehe dazu BSK OR II-WATTER/MAIZAR, Art. 728c N 24 ff.; ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 728c OR N 63 ff., insb. zur Frage, welche Arten von Rechtsverletzungen der Generalversammlung zugetragen werden sollen.

setzlichen Vorschriften oder Statuten entspricht (Art. 729a Abs. 1 Ziff. 1 OR). Der negativ formulierte Wortlaut bringt zum Ausdruck, dass bei der eingeschränkten Revision die Prüfungsintensität und -tiefe reduziert ist und dadurch eine geringere Urteilssicherheit resultiert.⁶⁹³ Die Prüfung beschränkt sich ausdrücklich auf Befragungen, analytische Prüfungshandlungen und angemessene Detailprüfungen (Art. 729a Abs. 2 OR). Beim Prüfungsobjekt erfolgt indes keine Einschränkung. Die Revisionsstelle hat auch bei der eingeschränkten Revision die gesamte Jahresrechnung zu prüfen.⁶⁹⁴

Die Revisionsstelle erstellt keinen umfassenden Bericht zuhanden des Verwaltungsrates.⁶⁹⁵ Dieser muss sich die Informationen folglich selber beschaffen.⁶⁹⁶ Auch die Anzeigepflicht beschränkt sich bei der eingeschränkten Revision auf den Fall der Untätigkeit des Verwaltungsrates bei offensichtlicher Überschuldung (Art. 729c OR).⁶⁹⁷ 256

Der schriftliche Bericht an die Generalversammlung wird erstattet, jedoch in reduziertem Umfang. Nach Art. 729b Abs. 1 OR hat er einen Hinweis auf die eingeschränkte Natur der Revision, eine Stellungnahme zum Ergebnis der Prüfung und Angaben zur Unabhängigkeit sowie zur leitenden Person und deren fachlicher Befähigung zu enthalten. Im Gegensatz zur ordentlichen Prüfung enthält der Revisionsbericht keine Empfehlung hinsichtlich Genehmigung oder Rückweisung der Jahresrechnung.⁶⁹⁸ Diesen Schluss haben die Aktionäre aufgrund des eingeschränkten Charakters der Prüfung selbst zu ziehen.⁶⁹⁹ 257

⁶⁹³ BSK OR II-PFIFNER/WATTER, Art. 729a N 12.

⁶⁹⁴ BSK OR II-PFIFNER/WATTER, Art. 729a N 8.

⁶⁹⁵ BBl 2004 3969, 4028.

⁶⁹⁶ BSK OR II-PFIFNER/WATTER, Art. 729b N 3.

⁶⁹⁷ Vgl. GRAU SCHÄR, S. 608.

⁶⁹⁸ ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 729b OR N 10.

⁶⁹⁹ BBl 2004 3969, 4028.

c. Verzicht auf eingeschränkte Revision (*Opting-out*)

- 258 Das Gesetz sieht unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit vor, ganz auf eine Revision zu verzichten (Art. 727a Abs. 2 OR):⁷⁰⁰
- Es besteht keine Pflicht zu einer ordentlichen Revision;⁷⁰¹
 - Die Gesellschaft hat nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt haben;⁷⁰²
 - Sämtliche Aktionäre – sowie allfällige Partizipanten⁷⁰³ – stimmen dem Verzicht auf die eingeschränkte Revision zu;⁷⁰⁴
 - Kein Aktionär verlangt spätestens zehn Tage vor der Generalversammlung eine eingeschränkte Revision (Art. 727a Abs. 4 OR).
- 259 Sind die Voraussetzungen kumulativ erfüllt, kann die Gesellschaft auf die (eingeschränkte) Revision und mithin auf das Organ der Revisionsstelle als Ganzes verzichten.⁷⁰⁵ Dieser Entscheid gilt sodann auch für nachfolgende Jahre, sofern kein Aktionär im Sinne von Art. 727a Abs. 4 OR die Durchführung einer eingeschränkten Revision verlangt. Folglich entfällt durch diesen Verzicht auch die Prüfung des Geschäftsberichtes.⁷⁰⁶

1.3 Auflage und Versand von Geschäfts- und Revisionsbericht

- 260 Der Geschäfts- und der Revisionsbericht sind spätestens 20 Tage vor der ordentlichen Generalversammlung am Sitz der Gesellschaft zur Einsicht aufzulegen

⁷⁰⁰ Vgl. BGE 139 III 449, E. 2.3.1; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 15 N 514 ff.; ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 727a OR N 13 ff.

⁷⁰¹ Vorweg ausgeschlossen sind deshalb Publikumsgesellschaften und Gesellschaften, die zur Erstellung einer Konzernrechnung verpflichtet sind (Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1 und 3 OR). Dasselbe gilt für wirtschaftlich bedeutende Unternehmen (siehe FN 681) und jene Gesellschaften, deren Minderheitsaktionäre die Durchführung einer ordentlichen Revision verlangen (Art. 727 Abs. 2 OR).

⁷⁰² Entscheidend ist einzig der Wert aus dem Geschäftsjahr, welches vom Verzicht betroffen ist (BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 15 N 516; ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 727a OR N 14; BSK OR II-MAIZAR/WATTER, Art. 727a N 20).

⁷⁰³ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 15 FN 1090; ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 727a OR N 17; BSK OR II-MAIZAR/WATTER, Art. 727a N 17.

⁷⁰⁴ Der Beschluss zum Verzicht muss nicht zwingend in der Generalversammlung, sondern kann bspw. auch auf dem Zirkularweg gefasst werden (vgl. ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 727a OR N 15 und 20 ff.).

⁷⁰⁵ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 15 N 513; BSK OR II-MAIZAR/WATTER, Art. 727a N 27.

⁷⁰⁶ Vgl. ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 727a OR N 27.

(Art. 696 Abs. 1 Satz 1 OR). Die Aktionäre sind zudem berechtigt, die *unverzügliche* Zustellung eines Exemplars des jeweiligen Berichtes zu verlangen (Satz 2). Zur Mitteilung betreffend die Auflage der Berichte ist gesetzlich vorgesehen, dass Namenaktionäre durch schriftliche Mitteilung und Inhaberaktionäre durch Bekanntgabe im SHAB sowie in der von den Statuten vorgeschriebenen Form zu orientieren sind (Art. 696 Abs. 2 OR).⁷⁰⁷ In der Praxis geht der Verwaltungsrat regelmässig über die gesetzlichen Minimalanforderungen hinaus, indem er den Aktionären wenn möglich den Geschäfts- und den Revisionsbericht unaufgefordert und allenfalls in einer gekürzten Fassung zustellt.⁷⁰⁸

2. Aufforderung zur Einreichung von Traktandierungsbegehren und Antragstellung

Erfahren die Aktionäre erst durch die Einladung von einer bevorstehenden Generalversammlung, ist es in der Regel zu spät, um bei der Gesellschaft eigene Traktandierungswünsche anzubringen. Um den Aktionären die Möglichkeit zur fristgerechten Ausübung ihres Traktandierungsrechts zu gewähren, ist es deshalb sinnvoll, dass diese von der Gesellschaft bereits vor dem Versand der Einladung darauf aufmerksam gemacht werden, dass sie ihr Recht innerhalb einer bestimmten Frist auszuüben haben.⁷⁰⁹ Neben der Publikation der Frist bietet sich auch an, diese in den Statuten zu verankern.⁷¹⁰ 261

Des Weiteren könnten die Aktionäre auch im Zusammenhang mit der Mitteilung betreffend die Auflage des Geschäfts- bzw. Revisionsberichtes auf ihr Traktandierungsrecht aufmerksam gemacht werden; unter der Voraussetzung, dass dies im Sinne der obigen Ausführungen frühzeitig und damit zweckmässig erfolgt.⁷¹¹ Dies 262

⁷⁰⁷ Zu den formalen Anforderungen an die Einberufung unten § 6/II./3.3.

⁷⁰⁸ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 81; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 702 N 7; NOBEL, *Formelle Aspekte*, S. 26; ZK-TANNER, Art. 702 OR N 83.

⁷⁰⁹ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 70; DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 73; HORBER, *Traktandierungsrecht*, S. 77; KRNETA, N 1432; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 465. Siehe auch Ziff. 4 Abs. 2 SCBP. Zur Bestimmung der Frist oben N 217 und FN 569.

⁷¹⁰ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 29; ZK-TANNER, Art. 700 OR N 49.

⁷¹¹ Zu berücksichtigen wären in diesem Fall die Formvorschriften gemäss Art. 696 Abs. 2 OR; vgl. oben N 260. Künftig soll der Verwaltungsrat dazu verpflichtet sein, die Aktionäre in der Mitteilung betreffend Zugang zum Geschäfts- und Revisionsbericht auch über die Frist zu informieren, innert welcher sie die Aufnahme von Trak-

hätte insbesondere den Vorteil, dass der Aktionär bei Ausübung seines Traktandierungsrechts bereits über die wesentlichen Geschäftsinformationen verfügt.⁷¹² Eine Mitteilung im Rahmen der (vor der gesetzlichen Frist erfolgenden) Einladung zur Generalversammlung ist m.E. nicht sinnvoll, da eine nachträgliche Anpassung der Traktandenliste meist einen administrativen Mehraufwand verursachen wird.⁷¹³

3. Einberufung

3.1 Zuständigkeit

- 263 Während der Verwaltungsrat in der Regel die Generalversammlung einberuft, steht dieses Recht unter bestimmten Umständen auch anderen Parteien zu.

a. Verwaltungsrat

- 264 Der Gesamtverwaltungsrat – und an dessen Stelle meist der Verwaltungsratspräsident⁷¹⁴ – trägt die Verantwortung für die ordnungsgemässe Einberufung zur Generalversammlung (Art. 699 Abs. 1 OR).⁷¹⁵ In der Regel trifft ihn diese Pflicht im Zusammenhang mit der ordentlichen Generalversammlung, welche innerhalb von sechs Monaten nach Schluss des Geschäftsjahres stattfinden muss (Art. 699 Abs. 2 OR). Unverzüglich hat der Verwaltungsrat dann eine Generalversammlung einzuberufen, wenn die Bilanz einen Kapitalverlust ausweist (Art. 725 Abs. 1 OR).
- 265 Die Zuständigkeit zur Einberufung verbleibt auch dann beim Verwaltungsrat, wenn Aktionäre im Sinne von Art. 699 Abs. 3 OR ihr indirektes Minderheitenrecht geltend machen und die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung verlangen.⁷¹⁶ In diesem Fall hat der Verwaltungsrat «binnen angemessener Frist»⁷¹⁷ eine Generalversammlung einzuberufen. Kommt er dieser Pflicht

tanden und Anträgen verlangen können. Die minimale Frist beträgt demnach zehn Tage (Art. 699a Abs. 2 E-OR).

⁷¹² Vgl. HORBER, *Traktandierungsrecht*, S. 77.

⁷¹³ Vgl. VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 102 f.

⁷¹⁴ ZK-BÜHLER, Art. 712 OR N 5; KRNETA, N 538.

⁷¹⁵ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 2.

⁷¹⁶ Vgl. STUDER, S. 14 f. Zum Einberufungsrecht der Aktionäre oben § 5/III./4.1.

⁷¹⁷ Während die Lehre zurzeit von einer Frist von ca. vier bis acht Wochen ausgeht (vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 72k; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 487;

nicht nach, kann er vom Richter zur Einberufung angehalten werden (Art. 699 Abs. 4 OR).⁷¹⁸

b. Revisionsstelle

Die Generalversammlung wird *nötigenfalls* durch die Revisionsstelle einberufen (Art. 699 Abs. 1 OR). Sie kann im Sinne der Subsidiarität aber erst dann eigenhändig eine Generalversammlung einberufen, wenn sie ihren Einfluss auf den Verwaltungsrat wirkungslos ausgeübt hat.⁷¹⁹ Sieht sich die Revisionsstelle in der Pflicht, die Generalversammlung gemäss Art. 728c Abs. 2 OR über Verstösse gegen das Gesetz oder die Statuten zu unterrichten, hat sie diese allenfalls selbst einzuberufen.⁷²⁰ Weitere Sachverhalte, welche eine Einberufung durch die Revisionsstelle rechtfertigen, liegen etwa dann vor, wenn der Verwaltungsrat nicht zur Einberufung in der Lage ist oder diese ohne Grund und bösgläubig unterlässt.⁷²¹ Die Einberufungskompetenz der Revisionsstelle umfasst aber weder im Hinblick auf die Traktandenliste noch die Darlegung der Anträge weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten, sondern ist auf die Traktandierung jener Verhandlungsgegenstände beschränkt, welche in unmittelbarem Zusammenhang mit der Einberufung der Versammlung (durch die Revisionsstelle) stehen.⁷²²

c. Liquidator und Vertreter von Anleihensgläubigern

Der Liquidator ist einzig dann zur Einberufung der Generalversammlung verpflichtet, wenn der Verwaltungsrat in der Liquidationsphase nicht mehr im Amt ist.⁷²³ Ausnahmsweise kann der Liquidator tätig werden, falls der Verwaltungs-

ZK-TANNER, Art. 699 OR N 63), soll mit der Aktienrechtsrevision 2016 und der Festlegung einer Frist von 60 Tagen Klarheit geschaffen werden (Art. 699 Abs. 5 E-OR).

⁷¹⁸ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 487; STUDER, S. 9 f.; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 99. Dazu unten N 270.

⁷¹⁹ Vgl. CHICHERIO, S. 45 ff.; NOBEL, *Formelle Aspekte*, S. 22; ZK-TANNER, Art. 699 OR N 32.

⁷²⁰ Vgl. BIANCHI, S. 29; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 3. Zur Anzeigepflicht der Revisionsstelle oben N 253 f.

⁷²¹ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 5 (m.w.H. zur Rechtsprechung); FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 20.

⁷²² BIANCHI, S. 29; NOBEL, *Formelle Aspekte*, S. 22; STUDER, S. 84 f.

⁷²³ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 21; NOBEL, *Formelle Aspekte*, S. 22; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 73.

rat zwar noch im Amt ist, jedoch seiner Pflicht zur Einberufung nicht nachkommt.⁷²⁴

- 268 Der Vertreter der Anleihensgläubiger ist dann zur eigenständigen Einberufung einer Generalversammlung berechtigt, wenn die Gesellschaft betreffend ihre Verpflichtungen aus der Anleihe in Verzug ist und dadurch die Interessen der Anleihensgläubiger tangiert sind (Art. 1160 Abs. 2 und 3 OR).
- 269 Wie die Revisionsstelle haben sich sowohl der Liquidator als auch der Vertreter der Anleihensgläubiger bei der Traktandierung auf jene Verhandlungsgegenstände zu beschränken, die unmittelbar mit ihren spezifischen Aufgaben und Interessen in Zusammenhang stehen.⁷²⁵

d. Richter

- 270 Kommt der Verwaltungsrat dem Aktionärsbegehren um Einberufung einer Generalversammlung nicht fristgemäss nach, können die berechtigten Aktionäre den Richter anrufen, welcher seinerseits die Einberufung durch den Verwaltungsrat anordnen oder direkt eine Generalversammlung einberufen kann (Art. 699 Abs. 4 OR).⁷²⁶ Der Richter hat die Generalversammlung insbesondere dann eigenständig einzuberufen, wenn sich der Verwaltungsrat offenkundig weigert, eine Versammlung einzuberufen, und Gefahr im Verzug besteht.⁷²⁷ Zwingend ist, dass vor dem Gang zum Richter beim Verwaltungsrat bereits erfolglos ein Begehren um Einberufung gestellt wurde.⁷²⁸

3.2 Inhaltliche Anforderungen

- 271 In der Einberufung sind die Verhandlungsgegenstände und Anträge des Verwaltungsrates sowie jener Aktionäre anzugeben, welche die Durchführung einer Generalversammlung oder die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes

⁷²⁴ ZK-TANNER, Art. 699 OR N 40.

⁷²⁵ BIANCHI, S. 29; ZK-TANNER, Art. 699 OR N 43.

⁷²⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 487; STUDER, S. 9 f.; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 100. Zudem kann der Richter einen neutralen Dritten mit der Einberufung der Versammlung betrauen (BGer 4A_507/2014 vom 15. April 2015, E. 5.7).

⁷²⁷ BGE 132 III 555, E. 3.4.3.2. Vgl. auch BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 721.

⁷²⁸ Vgl. BGer 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015, E. 2.1.5.

verlangt haben (Art. 700 Abs. 2 OR).⁷²⁹ Bei der ordentlichen Generalversammlung sind zumindest die Beschlüsse zur Genehmigung der Jahresrechnung, zur Verwendung des Bilanzgewinns und zur Entlastung des Verwaltungsrates (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 und 5 OR) zu traktandieren.⁷³⁰ Der Verwaltungsrat ist in diesem Zusammenhang nicht nur berechtigt, seine eigenen Anträge und jene der Aktionäre im Rahmen der Einberufung mit einer Begründung oder Erläuterungen zu versehen, er sollte dies sogar.⁷³¹

Wesentlich ist des Weiteren die Angabe von Zeit und Ort,⁷³² die Bekanntgabe von Anordnungen zur Prüfung der Zutritts- und Stimmberechtigung⁷³³ oder möglichen Stimmrechtsvertretungen sowie die Abgabe allfälliger Zutrittskarten für die Versammlung.⁷³⁴ Ausserdem sind die Gesellschaft, die Art der Generalversammlung und die einberufende Partei zu bezeichnen.⁷³⁵ 272

⁷²⁹ Anträge anderer Aktionäre sind nicht vorgängig bekanntzugeben (vgl. oben N 226). Siehe hingegen die Empfehlung in Ziff. 3 Abs. 2 Satz 2 SCBP: «Rechtzeitig eingegangene Traktandierungsgesuche und Beschlussanträge der Aktionäre sind bekannt zu machen.»

⁷³⁰ Gegebenenfalls müssen auch der Lagebericht und die Konzernrechnung genehmigt werden (vgl. unten § 6/III./2).

⁷³¹ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 94; BRUDERER, S. 39 f.; STUDER, S. 100. Siehe auch Ziff. 3 Abs. 2 Satz 1 SCBP: «Bei der Einberufung bietet die Gesellschaft in verständlicher Form Erläuterungen zu den Traktanden und zu den Anträgen des Verwaltungsrats an.»

⁷³² Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 90 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 53; CR CO II-PETER/CAVADINI, Art. 700 N 10 f.; STUDER, S. 75 f.; ZK-TANNER, Art. 700 OR N 82; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 92.

⁷³³ Dies umfasst im Wesentlichen die Vorschriften zur fristgerechten Hinterlegung der Inhaberaktien bei einer bestimmten Stelle zwecks Prüfung der Legitimation zur Ausübung des Stimmrechts sowie die Regeln für die Feststellung der Teilnahme- und Stimmberechtigung bei Namenaktien (BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 100).

⁷³⁴ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 100; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 57; STUDER, S. 76 ff. Zur Regelung der Zutrittsberechtigung siehe NOBEL, *Formelle Aspekte*, S. 27 ff.

⁷³⁵ Vgl. STUDER, S. 74. Der Entwurf zur Aktienrechtsrevision 2016 listet den Mindestinhalt der Einberufung in Art. 700 Abs. 2 E-OR systematisch auf und verlangt ausdrücklich die Bekanntgabe von Datum, Beginn, Art und Ort der Versammlung (Ziff. 1), die Mitteilung der Anträge der Aktionäre samt kurzer Begründung (Ziff. 4) sowie die Anzeige eines allfälligen unabhängigen Stimmrechtsvertreters mit dessen Adresse (Ziff. 5). Für Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien wird zudem die Pflicht eingeführt, die Anträge des Verwaltungsrates kurz zu begründen (Ziff. 3).

- 273 Wie bereits dargelegt hat der Verwaltungsrat im Vorlauf der Generalversammlung über die Auflage des Geschäftsberichtes und des Revisionsberichtes zu informieren (Art. 696 Abs. 2 OR).⁷³⁶ Diese Mitteilung muss indessen – trotz übereinstimmender Frist⁷³⁷ – nicht zwingend in der Einladung zur Generalversammlung enthalten sein.⁷³⁸ Wird sie aus praktischen Gründen dennoch darin integriert, hat dies zur Folge, dass die Formvorschriften für die Bekanntgabe der Auflage auch für die Einladung zur Anwendung kommen.⁷³⁹

3.3 Formale Anforderungen

a. Form

- 274 Die Einberufung hat laut Gesetz in der durch die Statuten vorgeschriebenen Form zu erfolgen (Art. 700 Abs. 1 OR). Ob die Form der Einberufung in den Statuten tatsächlich frei gewählt werden kann, ist in der Lehre indes umstritten. Ein Teil der Lehre lässt – eingeschränkt durch die Vorschriften in Art. 696 Abs. 2 OR – bei Inhaberaktien faktisch nur noch die Wahl des Publikationsorgans und bei Namenaktien die Wahl zwischen «ordentlichem» oder eingeschriebenem Brief zu.⁷⁴⁰ Vertreter einer anderen Lehrmeinung kommen zum Schluss, die gesetzlichen Formvorschriften vorwiegend aus Praktikabilitätsgründen zu befolgen, sehen die Gesellschaften aber nicht grundsätzlich dazu verpflichtet.⁷⁴¹
- 275 Letzterer Auffassung ähnlich ist die Erkenntnis STUDERS, welcher den Gesellschaften bei der Form der Einberufung in den Statuten freie Wahl lassen will.⁷⁴²

⁷³⁶ Dazu oben N 260.

⁷³⁷ Für DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN ist dies Beweis dafür, dass nach Meinung des Gesetzes «beides zusammengehen soll» (§ 12 N 21).

⁷³⁸ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 700 N 8; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 45; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 77. A.M. CR CO II-PETER/CAVADINI, Art. 700 N 12; so wohl auch ZK-TANNER, Art. 700 OR N 15 ff.

⁷³⁹ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 21 f.; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 700 N 8; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 45; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 77. Dazu sogleich § 6/II./3.3/a.

⁷⁴⁰ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 75; ZK-TANNER, Art. 700 OR N 16 ff.; VON GREYERZ, S. 187; VON STEIGER, S. 188. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 22, halten auch die schriftliche Einladung per Fax oder E-Mail für zulässig.

⁷⁴¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 45; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 470; CR CO II-PETER/CAVADINI, Art. 700 N 8; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 9 N 36; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 77.

⁷⁴² STUDER, S. 58 f.

Dem ist beizupflichten. Die Formvorschriften in Art. 696 Abs. 2 OR können keine direkte Wirkung auf die Form der Einberufung der Generalversammlung entfalten. Wird die Bekanntgabe der Auflage des Geschäfts- und des Revisionsberichtes mit der Einladung zur Generalversammlung verknüpft, sind freilich die Vorschriften in Art. 696 Abs. 2 OR zu berücksichtigen.⁷⁴³

b. Frist

Das Gesetz schreibt eine minimale Einberufungsfrist von 20 Tagen vor (Art. 700 Abs. 1 OR), die (ausschliesslich) zugunsten der Aktionäre verlängert werden kann.⁷⁴⁴ Eine ausreichende Frist ermöglicht den Aktionären, sich angemessen auf die Generalversammlung vorzubereiten und die nötigen Vorkehrungen zu treffen.⁷⁴⁵ Ob es sich bei der Einberufung um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt und folglich der Zugang der Einberufung beim Aktionär für die Einhaltung der Frist relevant ist, bleibt umstritten.⁷⁴⁶ Zu deren Berechnung werden der Tag, an dem die Einladung publiziert oder verschickt wurde bzw. beim Aktionär schriftlich einging⁷⁴⁷, sowie der Tag der Versammlung nicht mitgezählt.⁷⁴⁸ Um Unsicherheiten bei der Zustellung zu vermeiden, wird die Einberufung vorzugsweise mittels Publikation im SHAB vollzogen.⁷⁴⁹

⁷⁴³ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 700 N 8; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 45; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 77.

⁷⁴⁴ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 20; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 40; MAIZAR, S. 220; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 500. A.M. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 83, der weder eine statutarische Verkürzung noch Verlängerung der Frist zulässt.

⁷⁴⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 42; STUDER, S. 62.

⁷⁴⁶ Bejahend: BIANCHI, S. 77 f.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 20; MAROLDA MARTINEZ, S. 123; CR CO II-PETER/CAVADINI, Art. 700 N 5; STUDER, S. 68; ZK-TANNER, Art. 700 OR N 4; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 83; VON STEIGER, S. 188. Ablehnend: BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 84; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 700 N 5; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 480; NOBEL, *Formelle Aspekte*, S. 25; ROUILLER et al., N 407 (FN 989).

⁷⁴⁷ Laut VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 83, ist dies der Tag, «an dem nach dem üblichen Lauf der Dinge mit dem Eingang der Einladung» gerechnet werden kann (gl.M. ZK-TANNER, Art. 700 OR N 20).

⁷⁴⁸ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 20; ZK-TANNER, Art. 700 OR N 8; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 83. Gl.M. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 86, und BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 700 N 5, mit Bezug zum Tag der Postaufgabe.

⁷⁴⁹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 87; DAENIKER, *Stichtag*, S. 134; CR CO II-PETER/CAVADINI, Art. 700 N 5; STUDER, S. 68.

4. Organisation

- 277 Der Verwaltungsrat hat für die korrekte Durchführung der Generalversammlung zu sorgen und die dazu notwendigen Vorkehrungen zu treffen.⁷⁵⁰ Er hat von «der Zutrittskontrolle über den Tagungsraum bis zur Erfassung der Abstimmungsergebnisse» eine effiziente Abwicklung der Generalversammlung zu gewährleisten und dazu insbesondere die angemessene Infrastruktur bereitzustellen.⁷⁵¹

4.1 Zeitpunkt

- 278 Die ordentliche Generalversammlung muss alljährlich innerhalb von sechs Monaten nach Schluss des Geschäftsjahres durchgeführt werden (Art. 699 Abs. 2 OR).⁷⁵² Eine ausserordentliche Versammlung kann grundsätzlich zu einem beliebigen Zeitpunkt angesetzt werden.⁷⁵³ Eine Ausnahme bildet jene Generalversammlung, die im Falle eines Kapitalverlustes «unverzüglich» einzuberufen ist (Art. 725 Abs. 1 OR).
- 279 Bei der Festlegung der Startzeit ist darauf Rücksicht zu nehmen, dass den Aktionären weder die An- noch die Rückreise unnötige Schwierigkeiten bereiten.⁷⁵⁴ Der Zeitpunkt darf nicht schikanös gewählt werden und sollte in der Regel in den üblichen Geschäftszeiten liegen.⁷⁵⁵

4.2 Ort

- 280 Der Versammlungsort kann mangels gesetzlicher Vorschriften grundsätzlich frei gewählt werden.⁷⁵⁶ Die Wahl des Tagungsortes darf indes nicht rechtsmissbräuchlich sein, indem dieser für eine Vielzahl von Aktionären nur schwer oder gar nicht erreichbar ist.⁷⁵⁷ In der Regel wird die Versammlung am Sitz der Gesellschaft ab-

⁷⁵⁰ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 702 N 1.

⁷⁵¹ VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 4 N 159.

⁷⁵² Es handelt sich bei dieser Frist indes bloss um eine Ordnungsvorschrift (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 478).

⁷⁵³ Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 19.

⁷⁵⁴ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 91.

⁷⁵⁵ STUDER, S. 75 f.

⁷⁵⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 498; ZK-TANNER, Art. 700 OR N 83.

⁷⁵⁷ CHICHERIO, S. 101 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 498.

gehalten.⁷⁵⁸ Davon soll nur aus sachlichen Gründen und unter Einhaltung des Prinzips der *relativ leichten Erreichbarkeit* abgewichen werden.⁷⁵⁹

Können die Aktionäre mithilfe der notwendigen technischen Hilfsmittel die gesamte Versammlung visuell und akustisch mitverfolgen und sich auf diese Weise auch selbst an der Diskussion beteiligen, ist eine Versammlung an zwei verschiedenen Tagungsorten möglich.⁷⁶⁰ Künftig soll auch eine rein virtuelle Generalversammlung – einzig basierend auf elektronischen Mitteln und ohne Tagungsort – möglich sein (Art. 701d Abs. 1 E-OR).⁷⁶¹

4.3 Feststellung des Stimmrechts und Zutrittskontrolle

Durch die Zutrittskontrolle soll gewährleistet werden, dass keine unberechtigten Personen im Sinne von Art. 691 Abs. 2 OR an der Generalversammlung teilnehmen können.⁷⁶² Zudem dient die Kontrolle der Feststellung der Anzahl vertretener Aktien.⁷⁶³ Der Verwaltungsrat hat die für die Feststellung der Stimmrechte erforderlichen Anordnungen zu treffen (Art. 702 Abs. 2 OR). Gerade Inhaberkontrollen von Publikumsgesellschaften wird gestützt auf Art. 689a Abs. 2 OR häufig vorgeschrieben, dass die Zutritts- und Stimmkarten⁷⁶⁴ bis zu einem bestimmten Stichtag bei gewissen Stellen gegen Hinterlegung der Aktien bezogen werden müssen.⁷⁶⁵ Die Legitimation von Namenaktionären erschliesst sich aufgrund des

⁷⁵⁸ STUDER, S. 75.

⁷⁵⁹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 90; STUDER, S. 75.

⁷⁶⁰ ZK-TANNER, Art. 698 OR N 73; VON DER CRONE, *Internet-GV*, S. 158.

⁷⁶¹ *De lege lata* wird die Zulässigkeit einer rein virtuellen Generalversammlung noch verneint (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 500; VON DER CRONE, *Internet-GV*, S. 165 f.). A.M. THEILER, S. 85.

⁷⁶² BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 702 N 4a. In diesem Zusammenhang hat der Verwaltungsrat auch zu überprüfen, ob die anwesenden Aktionäre ihren Meldepflichten gemäss Art. 697i ff. OR nachgekommen sind (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 496). Zum Teilnahmerecht oben § 5/III/1.

⁷⁶³ NOBEL, *Formelle Aspekte*, S. 31.

⁷⁶⁴ Sind allfällige Partizipanten teilnahme-, naturgemäss aber nicht stimmberechtigt, so sind zur Differenzierung sowohl Eintritts- als auch Stimmkarten abzugeben (BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 702 N 10).

⁷⁶⁵ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 126; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 702 N 5.

Eintrages im Aktienbuch, welcher in der Regel an einem festgelegten Stichtag vorliegen muss.⁷⁶⁶

- 283 Im kleineren Rahmen lässt sich die Teilnahme- und Stimmberechtigung oftmals gleich vor Ort prüfen, wobei die Abgabe der Stimmkarte gegen Vorlage der Inhaberaktie oder einer Hinterlegungsbescheinigung bzw. im Fall von Namenaktien gegen Vorweisung eines Personalausweises bei der Türkontrolle erfolgt.⁷⁶⁷

4.4 Vertretung

- 284 Im Rahmen der Vorbereitung sind die Einzelheiten zur Vertretung zu regeln. Die Statuten können hierzu vorsehen, dass sich ein Aktionär durch einen anderen Aktionär vertreten lassen muss; andernfalls kann jeder beliebige Dritte die Vertretung übernehmen (Art. 689 Abs. 2 OR).⁷⁶⁸ Dafür beinhaltet die Stimmkarte in der Regel eine vorbereitete Vollmacht.⁷⁶⁹
- 285 Die Gesellschaft hat bei der Festlegung einer institutionellen Vertretung die Wahl zwischen der Depotvertretung, der Organvertretung oder dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter.⁷⁷⁰ In ihrer Wahlfreiheit gesetzlich eingeschränkt wird die Gesellschaft durch die Vorgabe, bei Vorsehen einer Organvertretung zwingend auch einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter einsetzen zu müssen (Art. 689c OR). In Gesellschaften, welche der VegüV unterstehen, erfolgt die Wahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreters zwingend durch die Generalversammlung (Art. 2 Ziff. 3 VegüV).⁷⁷¹

4.5 Protokollführung und Stimmenzählung

- 286 Der Verwaltungsrat bzw. der Vorsitzende ist verantwortlich für die Bestimmung eines Protokollführers (Art. 702 Abs. 2 OR) und eines Stimmenzählers, wobei

⁷⁶⁶ Siehe dazu DAENIKER, *Stichtag*, S. 135 ff. Zur Festlegung des Stichtages ZK-TANNER, Art. 702 OR N 58 ff.

⁷⁶⁷ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 131; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 702 N 8; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 120.

⁷⁶⁸ Zur Vertretung oben § 5/III./1.3.

⁷⁶⁹ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 702 N 20.

⁷⁷⁰ Die Depot- und Organvertretung sind für Gesellschaften, deren Aktien an der Börse kotiert sind, nicht zulässig (Art. 11 VegüV; vgl. auch Art. 689b Abs. 2 E-OR).

⁷⁷¹ Dazu oben § 5/II./2.3/c.

diese Wahl auch durch die Aktionäre vorgenommen werden kann.⁷⁷² Für beide Positionen können auch Dritte und nicht zwingend nur Aktionäre vorgesehen werden.⁷⁷³

III. Traktandum und Antrag im Besonderen

Hauptbestandteil einer Generalversammlung ist die Beschlussfassung zu bestimmten Angelegenheiten der Gesellschaft. Die Aktionäre befinden im Rahmen angekündigter Verhandlungsgegenstände über einzelne Anträge. Die Formulierung dieser Traktanden und Anträge hat mithin einen erheblichen Einfluss auf die Willensbildung der Aktionäre.⁷⁷⁴ 287

1. Begrifflichkeiten

Ein *Traktandum* umschreibt mittels allgemeiner Formulierung die Angelegenheit, in deren materiell-rechtlichem Rahmen die Aktionäre in der Generalversammlung beraten und Beschluss fassen sollen.⁷⁷⁵ Es handelt sich um eine «auf der *nächsthöheren Ebene der Verallgemeinerung*» gelegene Umschreibung des Beschlussgegenstandes.⁷⁷⁶ Gestützt auf diese Formulierung soll der Aktionär in der Lage sein, den Verhandlungsgegenstand zu beurteilen.⁷⁷⁷ 288

Ein *Antrag* ist «nichts anderes als ein vorgeschlagener Beschlusswortlaut»,⁷⁷⁸ der so zu formulieren ist, dass er bei einer Annahme als «inhaltlich [...] gültiger Generalversammlungsbeschluss» übernommen werden kann.⁷⁷⁹ Jeder «sachlich-konkrete Vorschlag zur Lösung der durch den Verhandlungsgegenstand eingegrenzten Gesellschaftsangelegenheit» ist als Antrag zu qualifizieren.⁷⁸⁰ 289

⁷⁷² BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 168.

⁷⁷³ ZK-TANNER, Art. 702 OR N 200 ff.

⁷⁷⁴ Zur Willensbildung in der Generalversammlung oben § 6/I.

⁷⁷⁵ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 7 f.

⁷⁷⁶ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 100b (Hervorhebung im Original).

⁷⁷⁷ BERTSCHINGER, *Generalversammlung*, S. 902.

⁷⁷⁸ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 93.

⁷⁷⁹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 178. Vgl. auch STUDER, S. 96 f.

⁷⁸⁰ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 11.

- 290 Neben dem klassischen *Sachantrag*⁷⁸¹ kann auch ein *Verfahrensantrag* gestellt werden. Ein Sachantrag liegt laut BRUDERER immer dann vor, wenn der Antrag nicht eindeutig Verfahrensfragen zum Gegenstand hat.⁷⁸² Verfahrensanträge betreffen die Durchführung der Versammlung bzw. der Verhandlungen – beispielsweise die Art der Abstimmung – und können ohne Einschränkung gestellt werden.⁷⁸³
- 291 Die soeben genannten Anträge sind zusammengefasst als *Abstimmungs-* oder *Beschlussanträge* zu bezeichnen.⁷⁸⁴ Demgegenüber bezwecken *Diskussionsanträge* die Verhandlung über ein bestimmtes Thema, gerade ohne dass darüber Beschluss gefasst wird.⁷⁸⁵ Solche Anträge können dementsprechend losgelöst von den traktandierten Verhandlungsgegenständen erfolgen.⁷⁸⁶

2. Zwingende Traktanden und Anträge

- 292 Für eine ordentliche Generalversammlung sind zumindest die folgenden Verhandlungsgegenstände und dazugehörigen Beschlussanträge zu traktandieren:⁷⁸⁷
- Gegebenenfalls Genehmigung des Lageberichtes und der Konzernrechnung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 OR);

⁷⁸¹ Der gebräuchlichere Begriff *Beschlussantrag* ist zugegebenermassen anfällig für Missverständnisse, da bspw. auch ein Verfahrensantrag auf einen Beschluss abzielt (vgl. BRUDERER, S. 68).

⁷⁸² BRUDERER, S. 68.

⁷⁸³ BRUDERER, S. 69. Vgl. auch DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 88 f.

⁷⁸⁴ ZK-TANNER, Art. 700 OR N 29.

⁷⁸⁵ BIANCHI, S. 5.

⁷⁸⁶ BIANCHI, S. 5. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 180, unterscheidet vier Formen von Anträgen: (i) der *schriftliche Antrag*, basierend auf einem Verwaltungsratsbeschluss oder einem Einberufungs- bzw. Traktandierungsbegehren, der in der Einberufung anzu- geben ist; (ii) der *individuelle Antrag* im Rahmen eines gegebenen Traktandums, welcher der Versammlung durch den Vorsitzenden zur Kenntnis gebracht und unter Umständen zum Beschluss vorgelegt wird; (iii) die *Sonderanträge* gemäss Art. 700 Abs. 3 OR, welche auch dann zur Abstimmung zu bringen sind, wenn ein entsprechendes Traktandum fehlt; (iv) *Ordnungsanträge* (bspw. die Dispensation des Revisors).

⁷⁸⁷ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 60; MAIZAR, S. 238.

- Genehmigung der Jahresrechnung und Beschlussfassung über die Gewinnverwendung (Ziff. 4);
- Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrates (Ziff. 5).

Bei Gesellschaften, deren Aktien an der Börse kotiert sind, ergeben sich aufgrund der VegüV zusätzliche «Pflicht-Traktanden»: 293

- Einzelwahl der Verwaltungsräte (Art. 3 Abs. 1 VegüV);⁷⁸⁸
- Wahl des Verwaltungsratspräsidenten (Art. 2 Ziff. 1 VegüV);
- Einzelwahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses (Ziff. 2);
- Wahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreters (Ziff. 3);
- Gesonderte Abstimmungen über die Vergütungen des Verwaltungsrates, der mit der Geschäftsführung betrauten Personen und des Beirates (Art. 2 Ziff. 4 i.V.m. Art. 18 Abs. 3 Ziff. 2 VegüV).

3. Reihenfolge der Traktanden

Die Reihenfolge, in welcher die vorgesehenen Traktanden in der Generalversammlung behandelt werden, kann grundsätzlich frei gewählt werden, ist aber nach Festlegung in der Einladung – unter Vorbehalt einer Abweichung aus guten Gründen – beizubehalten.⁷⁸⁹ Zur Gewährleistung der unverfälschten Willensbildung sollte die Abfolge der Traktanden «zweckmässig und sachdienlich sein und der Verhandlungsökonomie dienen».⁷⁹⁰ Damit soll im Wesentlichen verhindert werden, dass die Generalversammlung unmögliche, unzulässige oder widersprüchliche Beschlüsse fasst.⁷⁹¹ Von Aktionären angebehrte Verhandlungsgegen-

⁷⁸⁸ Bei der VegüV unterstellten Aktiengesellschaften sind die Verwaltungsräte und der Verwaltungsratspräsident zwingend jährlich (wieder) zu wählen (Art. 3 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 2 VegüV; vgl. auch Art. 710 Abs. 1 E-OR). Für die übrigen Aktiengesellschaften sieht das Gesetz eine Amtsdauer von drei Jahren vor; in den Statuten kann eine abweichende Regelung (maximal sechs Jahre; künftig begrenzt auf vier Jahre [vgl. Art. 710 Abs. 2 E-OR]) getroffen werden (Art. 710 Abs. 1 OR). Wird die Funktionsfähigkeit des Verwaltungsrates nicht beeinträchtigt, kann auch eine Amtsdauer von unter einem Jahr gewählt werden (BSK OR II-WERNLI/RIZZI, Art. 710 N 3).

⁷⁸⁹ STUDER, S. 91. Vgl. auch BRUDERER, S. 87 f.

⁷⁹⁰ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 156.

⁷⁹¹ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 156.

stände sind so zu positionieren, dass sie in einem «sachlogischen und vernünftigen Zusammenhang» mit den bereits bestehenden Traktanden stehen.⁷⁹²

4. Formelle Voraussetzungen

- 295 Stellt eine Anzahl an berechtigten Aktionären ein Traktandierungsbegehren, hat dieses neben dem Verhandlungsgegenstand zwingend auch einen Beschlussantrag zu enthalten (Art. 699 Abs. 3 OR).⁷⁹³ Selbige Pflicht ergibt sich für den Verwaltungsrat aufgrund der Bestimmung in Art. 700 Abs. 2 OR, welche dem Verwaltungsrat vorschreibt, in der Einberufung neben den Verhandlungsgegenständen seine Anträge aufzulisten.⁷⁹⁴ Auf die Legitimation zur Wahrnehmung des Traktandierungs- und Antragsrechts wurde bereits vorstehend eingegangen.⁷⁹⁵

5. Gültigkeitsvoraussetzungen

- 296 Traktandum und Antrag sind im Rahmen einer rechtlichen Beurteilung als Einheit zu betrachten.⁷⁹⁶ Vorausgesetzt wird, dass sie den allgemeinen Anforderungen an die Ausgestaltung genügen, die allgemeinen Inhaltsschranken, die sich aus der Anfechtungs- und Nichtigkeitsordnung ergeben, einhalten, der Beschlussgegenstand in den Kompetenzbereich der Generalversammlung fällt und der angestrebte Beschluss im Wirkungsbereich der Gesellschaft liegt.⁷⁹⁷

5.1 Allgemeine Anforderungen an die Ausgestaltung

a. Traktandum

- 297 Eine Vorgabe hinsichtlich Bestimmtheitsgrad des Traktandums findet sich im Gesetz nicht, lässt sich aber aus den allgemeinen Anforderungen zum Inhalt und der

⁷⁹² HORBER, *Traktandierungsrecht*, S. 78. Vgl. auch DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 150 ff.

⁷⁹³ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 64; DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 68.

⁷⁹⁴ Vgl. BB1 1983 II 745, 915; BIANCHI, S. 34 f.; CHICHERIO, S. 110 f.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 465 f.; STUDER, S. 88.

⁷⁹⁵ Dazu oben § 5/III./4.2/a und § 5/III./5.1/a. Zu den «echten Beschlussvoraussetzungen» in Abgrenzung zu den formellen und materiellen Voraussetzungen einer rechtsgültigen Beschlussfassung siehe DUBS, *Beschlussvoraussetzungen*, S. 446 ff.

⁷⁹⁶ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 74.

⁷⁹⁷ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 75; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 468. Zur Einheit der Materie als Gültigkeitsvoraussetzung unten § 9.

Formulierung des Traktandums ableiten.⁷⁹⁸ Im Grundsatz muss die Umschreibung des einzelnen Verhandlungsgegenstandes für einen durchschnittlichen Aktionär klar verständlich sein.⁷⁹⁹ Er muss einfach feststellen können, welche Themen in der Versammlung besprochen werden und worüber gegebenenfalls abgestimmt wird, sowie Gelegenheit haben, sich darauf vorzubereiten.⁸⁰⁰ Eine Traktandierung in Form von Stichworten kann unter Umständen – insbesondere bei den gesetzlich vorgeschriebenen Verhandlungsgegenständen – ausreichen, ist bei komplexeren Themen aber nicht empfehlenswert.⁸⁰¹ Laut BÖCKLI sind Traktandum und Antrag mindestens so klar zu formulieren, dass basierend darauf im Sinne von Art. 689b OR um Weisungen ersucht werden kann.⁸⁰²

Nur ein enger Sachzusammenhang zwischen dem Verhandlungsgegenstand und dem Beschlussinhalt ermöglicht eine ausreichende Information des Aktionärs.⁸⁰³ Demgegenüber schränkt eine zu enge Umschreibung des Traktandums das Antragsrecht der Aktionäre und damit die Entscheidungsfreiheit der Generalversammlung ein, was in der Ausprägung eines faktischen Entzuges nicht zulässig ist.⁸⁰⁴ Auf dieser Grundlage folgern DUBS/TRUFFER, dass ein Verhandlungsgegenstand derart bestimmt zu formulieren ist, «dass er nach Treu und Glauben als vernünftige abstrakte Verallgemeinerung des dazu gestellten konkreten Antrages» gilt.⁸⁰⁵

⁷⁹⁸ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 15. Vgl. auch VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 86.

⁷⁹⁹ BGE 121 III 420, E. 2.a; 103 II 141, E. a.

⁸⁰⁰ Vgl. BGE 126 III 5, E. 2.a; 114 II 193, E. 5.b; BGer 5A_439/2016 vom 1. Dezember 2016, E. 5.3; 5A_760/2011 vom 18. Mai 2012, E. 3.2.3.2.

⁸⁰¹ Vgl. BIANCHI, S. 16 f.; STUDER, S. 88.

⁸⁰² BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 65. Gl.M. DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 17.

⁸⁰³ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 17. Vgl. auch STUDER, S. 89.

⁸⁰⁴ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 700 N 11. STUDER, S. 90, illustriert die Problematik mit der traktandierten Wahl eines bestimmten Verwaltungsrates X., wodurch die Generalversammlung einzig entscheiden kann, X. zu wählen oder nicht. Jedoch könnte sie unter diesem Traktandum keinen anderen Kandidaten zur Wahl vorschlagen.

⁸⁰⁵ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 700 N 11. Vgl. auch BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 100b f.; ZK-TANNER, Art. 700 OR N 22. Durch die gleichzeitige Angabe der zugehörigen Anträge wird die Interpretation der Traktanden erleichtert, mit der Folge, dass ein Traktandum eher weit gefasst und durch den Antrag präzisiert werden soll (STUDER, S. 89; vgl. auch FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 119). DRUEY/DRUEY

- 299 Ein *bedingtes* Traktandum, dessen Behandlung in der Generalversammlung vom Eintritt eines ungewissen Ereignisses abhängig gemacht wird,⁸⁰⁶ ist grundsätzlich zulässig.⁸⁰⁷ Die Bedingung muss diesfalls derart klar ausgestaltet sein, dass *im Zeitpunkt* der Generalversammlung eindeutig festgestellt werden kann, ob das Traktandum überhaupt behandelt wird.⁸⁰⁸

b. Antrag

- 300 Der Antrag seinerseits muss in materieller Hinsicht vom Verhandlungsgegenstand gedeckt sein bzw. «unter den materiellen Gehalt der Wortumschreibung des Verhandlungsgegenstandes subsumiert werden können»⁸⁰⁹ (Traktandengebundenheit; Art. 700 Abs. 3 und 4 OR).⁸¹⁰ Hierbei entscheidend ist, wie der Aktionär als Adressat der Traktandenliste ein Traktandum unter Berücksichtigung der konkreten Umstände nach Treu und Glauben versteht.⁸¹¹ Die Frage des geforderten Bezuges ist laut NOBEL «pragmatisch-grosszügig» zu handhaben; nur «offensichtlich aus-

JUST/GLANZMANN, § 12 N 28, mahnen aber, dass die Angabe von Anträgen nicht als Ersatz für eine präzise Formulierung des Traktandums dienen kann.

⁸⁰⁶ Zum bedingten Vertrag siehe z.B. KOLLER, *OR AT*, N 77.01 ff.

⁸⁰⁷ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 111 und 112: «Wenn also beispielsweise eine Umbesetzung des Verwaltungsrates im Zusammenhang mit einer von den Aktionären zu beschliessenden Umstrukturierung nur im Falle der Zustimmung zur fraglichen Transaktion erfolgen soll, kann mittels einer bedingten Ansetzung des Traktandums «Wahlen» eine Umbesetzung des Verwaltungsrates ausgeschlossen werden, wenn die Aktionäre der vorgeschlagenen Transaktion nicht zustimmen.» Davon zu unterscheiden ist der mit einer Bedingung verknüpfte Antrag, wodurch der zu fassende Beschluss einer Bedingung unterstellt wird (dazu sogleich N 302 ff.).

⁸⁰⁸ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 111. Laut BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 209, muss der Entscheid über den (Nicht-)Eintritt der Bedingung «auf jeden Fall vor dem Beginn der Versammlung fallen». Es ist m.E. aber nicht ersichtlich, weshalb die Behandlung eines Traktandums nicht vom Eintritt eines Ereignisses in bzw. während der Generalversammlung abhängig gemacht werden können soll, bspw. von der Annahme eines vorhergehenden Antrags (so auch im Beispiel oben FN 807).

⁸⁰⁹ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 22.

⁸¹⁰ Vgl. DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 220.

⁸¹¹ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 700 N 19. Vgl. auch SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 10 N 8; STUDER, S. 89; ZK-TANNER, Art. 700 OR N 23.

serhalb Liegendes» soll nicht zugelassen werden.⁸¹² Im Übrigen empfiehlt es sich, den Antrag positiv zu formulieren; eine Pflicht besteht indes nicht.⁸¹³

Zudem muss der Antrag in seiner Funktion als vorgeschlagener Beschlusswortlaut *hinreichend bestimmt* oder *bestimmbar* sowie *vollständig* sein.⁸¹⁴ Die hinreichende Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit bezieht sich auf den angestrebten materiellen Beschlussgehalt: ein Antrag ist qualitativ und quantitativ hinreichend bestimmt, wenn alles, was den Gehalt des Beschlusses ausmachen soll, im Antrag enthalten ist.⁸¹⁵ Im Grundsatz reicht es indes aus, wenn der Beschlussinhalt *mittelbar* – z.B. mittels Verweis auf Beschlussdokumente – festgelegt wird.⁸¹⁶ Vollständig ist der Antrag dann, wenn die zu behandelnde Gesellschaftsangelegenheit in den «*objektiv wesentlichen Belangen vollständig*» erledigt werden kann.⁸¹⁷ 301

Anträge inhaltlich mit einer Bedingung zu verknüpfen ist grundsätzlich zulässig.⁸¹⁸ Die Bedingungsfeindlichkeit eines Beschlussgegenstandes ist einzelfallbezogen zu prüfen.⁸¹⁹ Die Verknüpfung mit einer Bedingung muss sachlich erforderlich sein und die Bedingung muss einen sachlichen Zusammenhang mit dem Antrags- bzw. Beschlussinhalt aufweisen.⁸²⁰ 302

⁸¹² NOBEL, *Formelle Aspekte*, S. 24.

⁸¹³ Vgl. BRUDERER, S. 194 ff.; DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 32; HAEFLIGER, S. 80; STUDER, S. 97.

⁸¹⁴ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 26 ff. Im Sinne der Beurteilung von Traktandum und Antrag als Einheit findet der Bestimmbarkeitsgrundsatz auch bei der Formulierung des Traktandums Anwendung (vgl. BERTSCHINGER, *Generalversammlung*, S. 902).

⁸¹⁵ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 27. Vgl. auch BRUDERER, S. 193 f.

⁸¹⁶ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 27.

⁸¹⁷ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 28 (Hervorhebung im Original).

⁸¹⁸ Vgl. DUBS, *Bedingte Beschlussfassung*, S. 362 f.; HAEFLIGER, S. 114.

⁸¹⁹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 200 f., unterscheidet zwischen *absolut* bedingungsfeindlichen Beschlüssen (Wahl der Verwaltungsräte und der Revisionsstelle; Genehmigung des Lageberichtes und der Konzernrechnung; Genehmigung der Jahresrechnung; Verwendung des Bilanzgewinns [bzgl. Dividende a.M. DUBS, *Bedingte Beschlussfassung*, FN 47]) und *relativ* bedingungsfeindlichen Beschlüssen (übrige Beschlüsse; Statutenänderungen aufgrund der Eintragung im Handelsregister nur im engsten Rahmen).

⁸²⁰ Vgl. DUBS, *Bedingte Beschlussfassung*, S. 374.

- 303 Ein Antrag bleibt im obigen Sinne hinreichend bestimmbar, sofern der Eintritt bzw. Nicht-Eintritt der Bedingung eindeutig geregelt ist.⁸²¹ Mit der Formulierung ist festzulegen, dass der ganze Durchführungsvorgang bis zum Eintritt der Bedingung aufgeschoben wird und im Übrigen ist klarzustellen, dass andere in der Generalversammlung gefasste Beschlüsse bedingungslos wirksam werden.⁸²² Letztlich ist die Schwebefrist kurz zu halten.⁸²³ Nicht mehr zulässig ist der bedingte Antrag, wenn der Aktionär «die materielle Tragweite des Beschlussinhalts im Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht mehr klar erkennen» kann.⁸²⁴ Der Antrag kann so ausgestaltet sein, dass die Rechtsverbindlichkeit des gefassten Beschlusses von einem künftigen Ereignis noch in oder nach der Generalversammlung abhängt.⁸²⁵ Als künftige Ereignisse kommen beispielsweise die Annahme eines anderen Antrags in der Versammlung oder das Zustandekommen eines Übernahmeangebots oder einer Kapitalerhöhung in Frage.⁸²⁶

⁸²¹ DUBS, *Bedingte Beschlussfassung*, S. 363; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 203 («die aufschiebende Bedingung muss klar und einfach gefasst und vor allem so gewählt sein, dass ihr Eintritt oder Nichteintritt entweder offensichtlich ist oder von einer dazu ausdrücklich bestimmten und auch befähigten Person unzweideutig festgestellt werden kann [z.B. vom Notar].»).

⁸²² BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 204.

⁸²³ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 205, spricht von einer Frist von drei bis sechs Monaten. Betrifft ein bedingter Beschluss die rechtlichen Verhältnisse von Aktionären oder berechnete Interessen Dritter und geht die Schwebefrist über zwei Monate hinaus, ist der Beschluss zur Gewährleistung der Verkehrssicherheit als bedingter Statuteninhalt in die Statuten aufzunehmen (DUBS, *Bedingte Beschlussfassung*, S. 373 und 377 ff.; gl.M. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 205).

⁸²⁴ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 703 N 4a. Dies gilt im Hinblick auf die Bestimmtheit der Bedingung, die Erkennbarkeit des Bedingungszustandes und der Bedingungserfüllung sowie die Schwebefrist (vgl. DUBS, *Bedingte Beschlussfassung*, S. 370 ff.).

⁸²⁵ DUBS, *Bedingte Beschlussfassung*, S. 365 f.

⁸²⁶ DUBS, *Bedingte Beschlussfassung*, S. 367 und FN 46: «Häufigstes Beispiel [betreffend ein Ereignis innerhalb der Generalversammlung] sind verschiedene durch Bedingungen miteinander verknüpfte Beschlüsse: Die Generalversammlung unterstellt einen Beschluss der (aufschiebenden) Bedingung, dass in der gleichen Versammlung auch andere bestimmte Beschlüsse zustande kommen.» Vgl. auch BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 199.

Neben der inhaltlichen Verknüpfung mit einer Bedingung muss – wie bei einer bedingten Traktandierung⁸²⁷ – *a maiore ad minus* auch die Behandlung bzw. Abstimmung über einen Antrag an eine Bedingung geknüpft werden können.⁸²⁸ 304

c. Erläuterungen

Im Sinne einer guten *Corporate Governance* und zum besseren Verständnis der zu behandelnden Traktanden und Anträge empfiehlt es sich, dass diese seitens des Verwaltungsrates mit kurzen Erläuterungen versehen werden.⁸²⁹ Künftig soll die Einberufung zur Generalversammlung die Anträge der Aktionäre samt kurzer Begründung enthalten (Art. 700 Abs. 2 Ziff. 4 E-OR). Eine Begründungspflicht soll auch für den Verwaltungsrat in Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien bestehen (Art. 700 Abs. 2 Ziff. 3 E-OR). 305

5.2 Anfechtungs- und Nichtigkeitsordnung als allgemeine Inhaltsschranke

Sinn und Zweck eines Traktandums bzw. Antrags ist die Herbeiführung eines *inhaltlich möglichen* und *rechtlich zulässigen* Beschlusses.⁸³⁰ Mithin soll ein Antrag nicht zu einem unmöglichen oder widerrechtlichen Beschluss im Sinne von Art. 706 und 706b OR führen, was wiederum eine Anfechtungsklage oder eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit nach sich ziehen könnte.⁸³¹ 306

5.3 Beschlussgegenstand im Kompetenzbereich der Generalversammlung

Aus der bereits dargelegten Kompetenzordnung innerhalb der Aktiengesellschaft folgt, dass die Generalversammlung nur in ihrem eigenen Kompetenzbereich Beschluss fassen kann.⁸³² Entsprechend muss der *Beschlussgegenstand* in die *Beschlusskompetenz* der Generalversammlung fallen; ansonsten das (Traktandie- 307

⁸²⁷ Dazu oben N 299.

⁸²⁸ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 209.

⁸²⁹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 94; BRUDERER, S. 39 f.; STUDER, S. 100. Siehe auch Ziff. 3 Abs. 2 Satz 1 SCBP.

⁸³⁰ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 65; DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 78.

⁸³¹ Vgl. DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 79. Zur Überprüfung der Traktanden und Anträge sogleich § 6/III./6; eingehend zur Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Beschlüssen unten § 6/V.

⁸³² Dazu oben § 5/I.

rungs-)Begehren ungültig bzw. rechtsunwirksam ist.⁸³³ Ein Anspruch des Aktionärs auf eine Konsultativabstimmung betreffend Gegenstände im Kompetenzbereich anderer Organe besteht nicht.⁸³⁴

5.4 Beschluss im Wirkungsbereich der Gesellschaft

- 308 Im Übrigen muss der angestrebte Beschluss im Wirkungsbereich der Gesellschaft liegen; das heisst, er muss dem Sinn und Zweck der Gesellschaft gerecht werden und einen Bezug zur konkreten Geschäftstätigkeit aufweisen.⁸³⁵

6. Prüfung

- 309 Die Prüfung von Traktanden und Anträgen lässt sich zeitlich in drei Phasen gliedern. Eine erste Prüfung erfolgt *vor der Generalversammlung* und in der Regel durch den Verwaltungsrat im Rahmen der Vorbereitung der Generalversammlung. Die Prüfung der Anträge kommt dem Verwaltungsrat grundsätzlich auch *während der Generalversammlung* zu – Traktandierungsbegehren können zu diesem Zeitpunkt nicht mehr gestellt werden.⁸³⁶ *Nach der Generalversammlung* liegt die Prüfungskompetenz bei den Gerichten, die im Rahmen einer Anfechtungsklage oder Klage auf Feststellung der Nichtigkeit über die Gültigkeit des gefassten Beschlusses befinden müssen.⁸³⁷

6.1 Verwaltungsrat

- 310 Die Traktanden und Anträge werden dem Verwaltungsrat *vor der Generalversammlung* in der Regel in Form von Traktandierungsbegehren zugetragen.⁸³⁸ Er prüft diese auf ihre formale *und* materielle Gültigkeit⁸³⁹ und achtet insbesondere auf die Gleichbehandlung der Aktionäre (Art. 717 Abs. 2 OR). Er gewährleistet

⁸³³ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 86 und 193. Vgl. unten N 313.

⁸³⁴ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 86.

⁸³⁵ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 87 und insb. 196 ff. Vgl. auch BRUDERER, S. 155 f.

⁸³⁶ Vgl. DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 97 ff.

⁸³⁷ Dazu unten § 6/V.

⁸³⁸ Eigene Traktanden und Anträge hat der Verwaltungsrat zwar nicht zu «überprüfen», aber den obigen Kriterien entsprechend auszugestalten.

⁸³⁹ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 27; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 468. A.M. BIANCHI, S. 64, und KRNETA, N 1433, welche beide die verwaltungsrätliche Prüfung auf die Einhaltung der formellen Voraussetzungen beschränken.

die unverfälschte Willensbildung, hat gleichzeitig aber auch die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren (Art. 717 Abs. 1 OR).⁸⁴⁰ Die Prüfung hat grundsätzlich aktionärsfreundlich zu erfolgen.⁸⁴¹

Erfüllt das Begehren alle vorgängig dargelegten Voraussetzungen formaler und materieller Natur, nimmt der Verwaltungsrat den Verhandlungsgegenstand bzw. den Antrag in die Traktandenliste auf.⁸⁴² 311

Liegt ein *formaler* Mangel vor, lässt sich das Vorgehen nach DUBS wie folgt zusammenfassen:⁸⁴³ 312

- (I) Fehlt im Begehren die Angabe des Verhandlungsgegenstandes, ist (a) der Antrag wenn möglich einem bestehenden Traktandum zuzuordnen oder (b) der Urheber des Antrags aufzufordern, sein Begehren zu vervollständigen und einen Verhandlungsgegenstand anzugeben.
- (II) Fehlt der Beschlussantrag, kann der Verhandlungsgegenstand jedoch als formal zulässiger Beschlussantrag interpretiert werden, ist wiederum der Urheber aufzufordern, einen Verhandlungsgegenstand nachzureichen.
- (III) Ähneln sich Verhandlungsgegenstand und Beschlussantrag derart, dass sie zu einer Einheit verschmelzen, kann das Begehren aber trotzdem so interpretiert werden, dass ein zulässiger Beschlussantrag vorliegt, hat der Verwaltungsrat den Verhandlungsgegenstand selbst zu ergänzen.
- (IV) Erfüllt ein Beschlussantrag die materiell-rechtlichen Gültigkeitsvoraussetzungen nicht,⁸⁴⁴ liegt es im Ermessen des Verwaltungsrates, ob er die Anpassungen am Antrag selbst vornimmt oder Rücksprache mit dem Aktionär hält. Fehlt der Beschlussantrag gänzlich oder liegt ein schwerer Verstoss gegen die Gültigkeitsvoraussetzungen vor, muss der Verwaltungsrat das Begehren nicht berücksichtigen.

⁸⁴⁰ Vgl. DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 127 ff. (Die Rückweisung eines Traktandierungsbegehrens unter Berufung auf die Interessen der Gesellschaft ist indes nicht möglich.).

⁸⁴¹ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 71c; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a N 30.

⁸⁴² Vgl. DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 148; STUDER, S. 86 f. Zu den Voraussetzungen oben § 6/III./4 und § 6/III./5.

⁸⁴³ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 176 ff.

⁸⁴⁴ Dazu oben § 6/III./5.

- 313 Die *materielle* Gültigkeit wird hauptsächlich danach beurteilt, ob ein Tatbestand der Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit⁸⁴⁵ erfüllt ist. Bei einer diesbezüglichen Beanstandung empfiehlt sich folgendes Vorgehen:
- (I) Steht zweifellos fest, dass der mit dem Traktandierungsbegehren beabsichtigte Beschluss im Falle einer positiven Beschlussfassung den Tatbestand der Nichtigkeit nach Art. 706b OR erfüllen würde (so z.B. wenn der Beschlussgegenstand unzweifelhaft in die Kompetenz des Verwaltungsrates fällt), muss der Verwaltungsrat nicht auf das Begehren eintreten.⁸⁴⁶
 - (II) Handelt es sich um einen Beschluss, der anfechtbar wäre, hat der Verwaltungsrat das Traktandum bzw. den Antrag in die Traktandenliste aufzunehmen und darüber abstimmen zu lassen, da ein solcher Beschluss bei Ausbleiben einer Anfechtung in Rechtskraft erwachsen würde.⁸⁴⁷ Gleichzeitig sollte der Verwaltungsrat aber auf die Rechtswidrigkeit hinweisen und seinerseits einen Ablehnungsantrag stellen.⁸⁴⁸
 - (III) Bestehen lediglich Zweifel an der Rechtsgültigkeit eines angestrebten Beschlusses (beispielsweise an der Beschlusskompetenz der Generalversammlung), ist der Antrag den Aktionären sicherheitshalber vorzulegen und die Entscheidung dem Richter in einem allfälligen Prozess (Anfechtungsklage oder Klage auf Feststellung der Nichtigkeit) zu überlassen.⁸⁴⁹
- 314 Die Prüfung *während der Generalversammlung* obliegt grundsätzlich auch dem Verwaltungsrat bzw. dessen Präsidenten, da dieser in der Regel die Versammlung leitet.⁸⁵⁰ Im Vergleich zur Vorbereitung verschärft sich bei spontanen, in der Versammlung gestellten Anträgen die zeitliche Dringlichkeit, mit der sich der Verwaltungsrat bei der Prüfung konfrontiert sieht. Er hat innerhalb kurzer Zeit darüber

⁸⁴⁵ Dazu unten § 6/V.

⁸⁴⁶ BGE 137 III 503, E. 4.1. Vgl. auch BERTSCHINGER, *Delegation*, S. 305 ff.; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 71d; DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 80 ff. und 185; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 468.

⁸⁴⁷ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 71e; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 468. A.M. BRUDERER, S. 199.

⁸⁴⁸ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 468.

⁸⁴⁹ Vgl. BGE 137 III 503, E. 4.1; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 29; BRUDERER, S. 199 f. Vgl. auch DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 194; STUDER, S. 86. So auch der Ansatz des Bundesrates bei der Prüfung von Volksinitiativen (*«in dubio-Regel»*; vgl. oben N 43 und FN 87).

⁸⁵⁰ Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 54. Zur Leitung der Generalversammlung unten § 6/IV./2.1.

zu befinden, ob ein Antrag zur Beschlussfassung zugelassen wird. BÖCKLI spricht denn auch von einer *prima facie*-Beurteilung der Zulässigkeit der aus dem Aktionariat vorgebrachten Anträge.⁸⁵¹ Unter diesen Umständen und in Anbetracht allfällig drohender Konsequenzen infolge unrechtmässiger Verweigerung eines Antrags tut der Verwaltungsrat umso mehr gut daran, der Generalversammlung auch strittige Anträge vorzulegen.⁸⁵²

Die geschilderten Vorgehensweisen verdeutlichen den Gestaltungsspielraum, 315 welcher dem Verwaltungsrat bzw. dem Versammlungsleiter im Hinblick auf die (Um-)Formulierung von Traktanden und Anträgen zugestanden wird. Diesen hat er in der Regel – allenfalls in Absprache mit dem Urheber – auch zu nutzen; nur in schwerwiegenden Fällen sind die Begehren der Aktionäre abzulehnen bzw. als unzulässig zu behandeln.⁸⁵³ Auch während der Versammlung kann vom Verwaltungsrat im Sinne einer aktionärsfreundlichen Ausgestaltung des Antragsrechts verlangt werden, nötigenfalls durch präzisierende Fragen sicherzustellen, dass ein gültiger Antrag vorliegt.⁸⁵⁴

6.2 Revisionsstelle

Die Prüftätigkeit der Revisionsstelle bezüglich Traktanden und Anträgen be- 316 schränkt sich darauf, den Antrag des Verwaltungsrates an die Generalversammlung betreffend Gewinnverwendung auf die Einhaltung von Gesetz und Statuten zu überprüfen (Art. 728a Abs. 1 Ziff. 2 OR).⁸⁵⁵ Bezweckt wird dadurch in erster Linie der Schutz des Eigenkapitals.⁸⁵⁶ Die Revisionsstelle soll einerseits sicher-

⁸⁵¹ BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 68 und FN 39: «Die Traktandenmässigkeit eines Antrags im Sinne von Art. 700 Abs. 3 OR kann schwierig zu entscheiden sein».

⁸⁵² Vgl. KNOBLOCH, S. 451, und STUDER, S. 86, welche beide auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Art. 754 OR) hinweisen. Zur Behandlung der Traktanden und Anträge während der Generalversammlung unten § 6/IV./2.2.

⁸⁵³ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 178; DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 179; HORBER, *Traktandierungsrecht*, S. 78; ZK-TANNER, Art. 700 OR N 27.

⁸⁵⁴ Vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 494.

⁸⁵⁵ Bei einer eingeschränkten Revision wird lediglich geprüft, *ob Sachverhalte vorliegen*, aus denen zu schliessen ist, dass der Antrag des Verwaltungsrates nicht den gesetzlichen oder statutarischen Vorschriften entspricht (Art. 729a Abs. 1 Ziff. 2 OR). Eine Prüfung durch die Revisionsstelle und Berichterstattung an die Aktionäre ist auch dann erforderlich, wenn keine Ausschüttung beantragt und der gesamte Bilanzgewinn auf die neue Rechnung vorgetragen wird; dasselbe gilt für den Fall eines Bilanzverlustes (BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 15 N 241).

⁸⁵⁶ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 15 N 242.

stellen, dass der Bilanzgewinn bzw. das verwendbare Eigenkapital eine Ausschüttung in der vorgesehenen Höhe erlaubt.⁸⁵⁷ Andererseits prüft sie, ob die Ausschüttung formal richtig erfolgt.⁸⁵⁸ Hingegen ist die Revisionsstelle nicht verpflichtet, Ausschüttungsanträge von Aktionären zu prüfen, kann aber vom Verwaltungsrat darum ersucht werden.⁸⁵⁹

6.3 Gericht

- 317 Das Gericht wird in die Prüfung einbezogen, wenn dem Aktionär die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes binnen angemessener Frist verweigert wird (Art. 699 Abs. 4 OR).⁸⁶⁰ Der Umfang der gerichtlichen Prüfung beschränkt sich in diesem Fall auf die formalen Voraussetzungen des Traktandierungsrechts, da es sich bei der «richterlichen Einberufung [...] um eine rein formelle Massnahme [handelt], die inhaltlich weder die Generalversammlung noch den Richter bindet, der über die Anfechtung von Beschlüssen entscheidet».⁸⁶¹ Das Gericht prüft demzufolge, ob die Gesuchsteller Aktionäre sind, mindestens 10 % des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von CHF 1 Million vertreten und bereits ein Einberufungs- oder Traktandierungsgesuch gestellt haben, welchem aber nicht binnen angemessener Frist entsprochen wurde.⁸⁶² Eine materielle Überprüfung der Traktanden und Anträge bleibt entsprechend aus bzw. wird «vielmehr erst im Rahmen einer allfälligen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage» geprüft.⁸⁶³

⁸⁵⁷ Detailliert dazu ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 728a OR N 174 ff.

⁸⁵⁸ ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 728a OR N 160. Siehe auch BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 15 N 242; STEINER/VATER, S. 873.

⁸⁵⁹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 15 N 246 (Die Revisionsstelle kann in einem solchen Fall die Auskunft verweigern, wenn dazu vertiefte Abklärungen nötig wären.). Siehe auch STEINER/VATER, S. 874 f.

⁸⁶⁰ Dazu oben § 5/III./4.2/e.

⁸⁶¹ BGE 142 III 16, E. 3.1.

⁸⁶² BGE 142 III 16, E. 3.1; BGer 4A_184/2019 vom 15. Juli 2019, E. 2.1.

⁸⁶³ BGE 142 III 16, E. 3.1. Vgl. auch BGer 4A_184/2019 vom 15. Juli 2019, E. 2.1; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 33; ZK-TANNER, Art. 700 OR N 44. Liegt die Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltungsrat und Generalversammlung im Streit, so prüft das Gericht diese Frage *provisorisch* (BERTSCHINGER, *Delegation*, S. 306 f.). Zur Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Beschlüssen unten § 6/V.

IV. Durchführung der Generalversammlung

1. Anwesende

1.1 Aktionäre

Jeder Aktionär mit Stimmrecht bzw. dessen Vertreter ist zur Teilnahme an der Generalversammlung berechtigt, aber nicht verpflichtet.⁸⁶⁴ Eine solche Pflicht kann auch statutarisch nicht begründet werden.⁸⁶⁵ 318

1.2 Verwaltungsrat

Die Mitglieder des Verwaltungsrates sind berechtigt, an der Generalversammlung teilzunehmen (Art. 702a OR).⁸⁶⁶ Vielmehr noch ist der Verwaltungsrat nach herrschender Lehre – obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen – zur Teilnahme verpflichtet.⁸⁶⁷ Diese Vorgabe ist Ausfluss seiner allgemeinen Sorgfalts- (Art. 717 Abs. 1 OR) und Rechenschaftspflicht (Art. 697 OR).⁸⁶⁸ Damit der Verwaltungsrat dieser Pflicht gehörig nachkommt, reicht es aus, wenn er in einer Weise vertreten ist, dass der ordentliche Ablauf der Versammlung gewährleistet ist.⁸⁶⁹ Die anwesenden Verwaltungsräte müssen insbesondere in der Lage sein, in allen Bereichen Auskünfte zu erteilen.⁸⁷⁰ 319

⁸⁶⁴ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 95 (Der Aktionär kann selbst dann fernbleiben, wenn er die Einberufung der Generalversammlung verlangt hat.); ZK-TANNER, Art. 702 OR N 113; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 112 und 118. Zum Teilnahmerecht des Aktionärs oben § 5/III./1.

⁸⁶⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 96.

⁸⁶⁶ Künftig soll dieses Recht nicht mehr im Gesetz festgehalten und ausdrücklich nicht durchsetzbar sein (Art. 702a E-OR; BBI 2017 399, 562 f.).

⁸⁶⁷ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 172; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 93; KRNETA, N 1469; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 485; STUDER, S. 48 f.

⁸⁶⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 93; ZK-TANNER, Art. 702 OR N 114.

⁸⁶⁹ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 172 («Das Gremium als Ganzes muss dafür sorgen, dass es in *beschlussfähiger* Zusammensetzung anwesend ist» [Hervorhebung im Original]); STUDER, S. 49 («Solange mögliche Auskunftsbegehren der Aktionäre auch durch eine Delegation des Verwaltungsrates befriedigt werden können»); VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 116 («Sofern die Leitung der Generalversammlung sichergestellt ist»).

⁸⁷⁰ Vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 485; STUDER, S. 48 f.

1.3 Revisionsstelle

- 320 Die Teilnahmepflicht der Revisionsstelle ist abhängig vom Umfang der Prüfung. Hat sie eine *ordentliche* Revision durchgeführt, ist ihre Anwesenheit an der Generalversammlung grundsätzlich zwingend (Art. 731 Abs. 2 Satz 1 OR). Mit *ein-stimmigem* Beschluss können die Aktionäre die Revisionsstelle von dieser Pflicht entbinden (Satz 2). Fehlt die Revisionsstelle an der Generalversammlung, sind die gefassten Beschlüsse zur Genehmigung der Jahresrechnung und einer allfälligen Konzernrechnung sowie zur Verwendung des Bilanzgewinns anfechtbar (Art. 731 Abs. 3 Satz 2 OR). Bei der *ingeschränkten* Revision besteht für die Revisionsstelle keine Anwesenheitspflicht (Art. 731 Abs. 2 OR *e contrario*).⁸⁷¹

1.4 Unabhängiger Stimmrechtsvertreter

- 321 An Generalversammlungen von börsenkotierten Gesellschaften hat zwingend ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter anwesend zu sein.⁸⁷² Bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an der Börse kotiert sind, ist dies konsequenterweise der Fall, wenn ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter von der Gesellschaft bezeichnet wurde.
- 322 Der unabhängige Stimmrechtsvertreter sowie die Organ- und Depotvertreter legen der Gesellschaft Anzahl, Art, Nennwert und Kategorie der Aktien offen, die sie in der Generalversammlung vertreten (Art. 689e Abs. 1 OR). Diese Angaben werden der Generalversammlung durch deren Vorsitzenden mitgeteilt (Abs. 2).

1.5 Weitere Personen

- 323 In bestimmten Fällen steht das Teilnahmerecht weiteren Personen zu. *Partizipanten* sind teilnahmeberechtigt, falls dies in den Statuten vorgesehen ist (Art. 656c Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 OR). *Vertreter von Anleihensgläubigern* haben gemäss Art. 1160 Abs. 3 OR Anspruch auf Teilnahme an der Generalversammlung, wenn die Gesellschaft mit der Erfüllung ihrer Verpflichtung im Rückstand ist.
- 324 Da die Generalversammlung nicht öffentlich ist, sind Dritte grundsätzlich nicht berechtigt, an der Generalversammlung teilzunehmen.⁸⁷³ Der Verwaltungsrat

⁸⁷¹ BSK OR II-REUTTER/RASMUSSEN, Art. 731 N 4. Wird im Sinne eines *Opting-out* auf die eingeschränkte Revision verzichtet (Art. 727a Abs. 2 OR), ergibt sich von selbst, dass auch keine Revisionsstelle an der Generalversammlung anwesend sein muss.

⁸⁷² Vgl. PROJER, N 385.

⁸⁷³ ZK-TANNER, Art. 702 OR N 105.

kann aber einzelnen Personen – z.B. dem Protokollführer, Geschäftspartnern, Vertretern relevanter politischer Gremien oder Medienvertretern – den Zutritt erlauben.⁸⁷⁴

2. Ablauf der Generalversammlung

2.1 Leitung der Generalversammlung

a. Zuständigkeit

Das Gesetz äussert sich im Rahmen der Aufgabenteilung nicht betreffend Leitung der Generalversammlung. Auch wenn die Leitung in den Statuten anderweitig festgelegt werden kann,⁸⁷⁵ obliegt sie in der Regel dem Verwaltungsrat.⁸⁷⁶ Wahrgenommen wird sie meist vom Verwaltungsratspräsidenten.⁸⁷⁷ In dieser Funktion ist Letzterer ermächtigt, in der Versammlung für den Gesamtverwaltungsrat zu sprechen und zu entscheiden.⁸⁷⁸ 325

b. Allgemeine Pflichten des Versammlungsleiters

In seiner Tätigkeit hat sich der Versammlungsleiter (oder Vorsitzende) an das relative Gleichheitsgebot, die Verhältnismässigkeit, das Neutralitätsgebot und die 326

⁸⁷⁴ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 702 N 30; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 91; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 115.

⁸⁷⁵ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 702 N 24. A.M. BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 62: «Es ist unentziehbar die Sache des Gesamtverwaltungsrates, die Generalversammlung vorzubereiten, und dazu gehört die Einsetzung des die Versammlung eröffnenden und leitenden Vorsitzenden.» Vgl. auch ROUILLER et al., N 410: «Toute-fois, au moment de se constituer, l'assemblée peut élire toute autre personne.»

⁸⁷⁶ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 167; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 54; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 98 (Sie bezeichnen den Vorsitz des Verwaltungsratspräsidenten als Selbstverständlichkeit.); MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 493.

⁸⁷⁷ ZK-BÜHLER, Art. 712 OR N 5; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 55; KRNETA, N 537; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 510; ZK-TANNER, Art. 702 OR N 129. Kritisch zum Vorsitz des Verwaltungsratspräsidenten im Hinblick auf mögliche Interessenkonflikte VON DER CRONE/KESSLER, S. 16 f.

⁸⁷⁸ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 173. NOBEL, *Formelle Aspekte*, S. 22, empfiehlt, dass das «Drehbuch» des Versammlungsablaufes, welches die Leitprinzipien für den Versammlungsleiter festlegt, vom Gesamtverwaltungsrat genehmigt werden soll. So auch BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 51, der einen Verwaltungsratsbeschluss zur näheren Festlegung der Leitungsbefugnisse als dienlich erachtet. Vgl. auch ZK-TANNER, Art. 702 OR N 132.

Entscheidungseffizienz zu halten.⁸⁷⁹ In seiner Funktion leitet er die Debatten in der Versammlung, stellt die Ergebnisse der Abstimmungen und Wahlen fest und gewährleistet so einen geordneten und strukturierten Ablauf der Versammlung.⁸⁸⁰

2.2 Behandlung der Traktanden und Anträge

- 327 Der Vorsitzende ist gehalten, «die traktandierten Geschäfte in einem effizienten und demokratischen Willensbildungsprozess zur Beschlussreife zu führen und in einem formalisierten Verfahren zum Abschluss zu bringen».⁸⁸¹ Aus einem unverfälschten Abstimmungsverfahren soll letztlich der tatsächliche Wille der (Mehrheit der) Aktionäre hervorgehen.⁸⁸²

a. Traktanden und ihre Abfolge

- 328 In der Einberufung genannte Traktanden sind an der Versammlung zu behandeln.⁸⁸³ Vorbehalten bleibt der Generalversammlung, nach erfolgter Debatte mittels Beschluss nicht auf das Traktandum einzutreten⁸⁸⁴ oder das Traktandum durch Beschluss – und unter der Voraussetzung, dass kein Widerspruch durch den Veranlasser erfolgt – abzusetzen.⁸⁸⁵ Ebenfalls möglich ist der Rückzug des Traktandums durch den Veranlasser, sofern kein anderer Aktionär Widerspruch erhebt.⁸⁸⁶ Der Verwaltungsrat ist nicht befugt, von sich aus Traktanden von der Liste zu streichen.⁸⁸⁷

⁸⁷⁹ Vgl. BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 51; VON DER CRONE/KESSLER, S. 11 ff.

⁸⁸⁰ Vgl. BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 48; ZK-TANNER, Art. 702 OR N 132.

⁸⁸¹ HORBER, *Parlamentsregeln*, S. 931. Die Generalversammlung ist laut BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 49, als oberstes Beschlussorgan in folgenden gesetzlich vorgeschriebenen Prozess eingebunden: (1) Informationsvermittlung, (2) Debatte, (3) Beschluss.

⁸⁸² ROUILLER et al., N 419b.

⁸⁸³ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 201.

⁸⁸⁴ Vgl. DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 211: «Ein derartiger (positiver) Nicht-Eintretensentscheid ist von der Sache her gleichbedeutend wie eine negative Beschlussfassung über den im Begehren vorgelegten Aktionärsantrag (resp. ein Ablehnungsentscheid bezüglich des Aktionärsantrags).» Ebenso BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 65 f.

⁸⁸⁵ Vgl. DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 213; FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 116.

⁸⁸⁶ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 214.

⁸⁸⁷ BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 65; FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 116.

Auch die in der Einberufung festgelegte Reihenfolge der zu behandelnden Traktanden ist grundsätzlich verbindlich.⁸⁸⁸ Ausnahmsweise kann der Vorsitzende aus sachlichen Gründen – und unter der Voraussetzung, dass die unverfälschte Willensbildung der Generalversammlung nicht beeinträchtigt wird – eine Umstellung der Traktandenliste vornehmen.⁸⁸⁹ 329

MÜLLER/LIPP/PLÜSS empfehlen zur Behandlung eines Traktandums folgendes Vorgehen:⁸⁹⁰ 330

1. Nennung des Traktandums
2. Verlesung der Anträge des Verwaltungsrates
3. Begründung der Anträge des Verwaltungsrates
4. Verlesung allfälliger Aktionärsanträge
5. Begründung der Aktionärsanträge
6. Eröffnung der Diskussion
7. Zusammenfassung der wichtigsten Wortmeldungen
8. Allfälliger Ordnungsantrag zur Beendigung der Diskussion und Regelung des Abstimmungsverfahrens
9. Abstimmung
10. Bekanntgabe des Abstimmungsergebnisses

Der Vorsitzende der Versammlung ist aus rechtlicher Sicht der Inhaber des «Hausrechts».⁸⁹¹ Konkret ruft er die einzelnen Traktanden auf und gibt sie zur Diskussion frei.⁸⁹² Jeder Aktionär ist berechtigt, sich zu den vorgegebenen Verhandlungsgegenständen zu äussern und in diesem Rahmen Anträge zu stellen.⁸⁹³ Der Versammlungsleiter kann dazu die Reihenfolge der Redner bestimmen⁸⁹⁴, legt 331

⁸⁸⁸ DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 203. Dazu oben N 294.

⁸⁸⁹ Vgl. BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 65; DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 203 ff.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 493.

⁸⁹⁰ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 494. Vgl. auch HAEFLIGER, S. 76 f.

⁸⁹¹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 177.

⁸⁹² MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 493.

⁸⁹³ Dazu oben § 5/III./5.

⁸⁹⁴ In der Regel wird das Wort zuerst derjenigen Partei überlassen, welche die Traktandierung des Verhandlungsgegenstandes veranlasst hat, d.h. einem Mitglied des Verwaltungsrates oder dem betreffenden Aktionär. In der Folge äussert sich der Verwaltungsrat zu Aktionärsanträgen und Aktionäre können (allenfalls bereits vorangekündigte) Gegenvoten zu den Anträgen des Verwaltungsrates äussern (vgl. ROUILLER et al., N 419e).

eine allfällige Redezeitbeschränkung⁸⁹⁵ fest und setzt diese nötigenfalls mittels Entzug des Wortes oder gar Wegweisung durch.⁸⁹⁶ Die Meinungsäusserungen der Aktionäre haben sich grundsätzlich auf den entsprechenden Verhandlungsgegenstand zu beziehen, sind knapp zu halten und auf die für die Willensbildung der Aktionäre relevanten Punkte zu beschränken.⁸⁹⁷

b. Anträge

- 332 Aus dem Aktionärskreis vorgebrachte Anträge sind in einem ersten Schritt *prima facie* auf ihre Zulässigkeit zu prüfen.⁸⁹⁸ Nötigenfalls hat der Versammlungsleiter die Anträge in eine zur Abstimmung geeignete Form um- bzw. auszuformulieren.⁸⁹⁹ Nur wenn die Unzulässigkeit des Antrags zweifellos feststeht – geradezu offensichtlich ist – sollte die Abstimmung über selbigen verweigert werden.⁹⁰⁰
- 333 Zur effizienten Willensbildung bzw. Entscheidungsfindung hat der Vorsitzende allenfalls ähnliche Anträge zusammenzufassen oder zu gruppieren.⁹⁰¹ Laut BÖCKLI ist folgendes Vorgehen möglich: Zielen mehrere Anträge, die sich nur im Detail unterscheiden, in dieselbe Richtung, kann vorerst über den Antrag des Verwaltungsrates im Sinne einer Grundsatzfrage abgestimmt werden und nur im Falle einer Ablehnung ist über die einzelnen Eventualanträge zu befinden.⁹⁰² Dasselbe Vorgehen empfiehlt er bei einer kaum zu bewältigenden Flut an Eventualanträgen. «[I]n Abweichung vom theoretisch richtigen Verfahren» kann der Vorsitzende zuerst über den Antrag des Verwaltungsrates abstimmen lassen, wodurch bei dessen Annahme alle weiteren Anträge hinfällig würden.⁹⁰³
- 334 Demgegenüber schlagen ROUILLER et al. Folgendes vor: (i) Liegen mehr als zwei Anträge zu einem Traktandum vor, werden in Vorabstimmungen jeweils deren zwei einander gegenübergestellt, bis schliesslich noch zwei Anträge übrigbleiben. (ii) Die Abstimmung beginnt mit jenen beiden Anträgen, welche sich inhaltlich

⁸⁹⁵ Dazu ausführlich FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 120 ff.

⁸⁹⁶ Vgl. BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 68 ff.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 494 f.

⁸⁹⁷ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 176.

⁸⁹⁸ BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 68.

⁸⁹⁹ BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 69.

⁹⁰⁰ Vgl. oben § 6/III./6.1.

⁹⁰¹ Vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 494.

⁹⁰² BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 179, mit dem zugehörigen Beispiel in der entsprechenden FN 525 (Beschlussfassung betreffend Dividende).

⁹⁰³ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 180a. So wohl auch HAEFLIGER, S. 80.

am wenigsten unterscheiden, und endet mit denjenigen, die sich am meisten unterscheiden. (iii) Lässt sich keine genaue Abfolge nach (ii) festlegen, wird der am Ursprung stehende Aktionärsantrag dem (Gegen-)Antrag des Verwaltungsrates gegenübergestellt; handelt es sich anfänglich um einen Antrag des Verwaltungsrates, findet der Vergleich mit dem ersten Gegenantrag aus dem Aktionariat statt. In der Folge wird der bevorzugte Antrag den weiteren, später vorgebrachten Aktionärsanträgen gegenübergestellt. (iv) Die Stellung von Eventualanträgen beeinflusst die Reihenfolge nicht.⁹⁰⁴

2.3 Behandlung von Auskunftsbegehren

Jeder Aktionär ist berechtigt, an der Generalversammlung Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen, sofern sie zur Ausübung seiner Aktionärsrechte erforderlich ist (Art. 697 Abs. 1 und 2 OR).⁹⁰⁵ Der Entscheid, ob dem Auskunftsbegehren stattgegeben wird oder die Auskunft aufgrund allfälliger Geschäftsgeheimnisse oder schutzwürdiger Interessen zu beschränken oder gar zu verweigern ist, liegt in der Kompetenz des Verwaltungsrates bzw. des Vorsitzenden.⁹⁰⁶ Beschliesst der Vorsitzende, auf das Begehren einzugehen, liegt es an ihm, zu bestimmen, wer zum Begehren Stellung nimmt; er kann diese Aufgabe entweder selber übernehmen, oder einem Mitglied des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung zuweisen.⁹⁰⁷ 335

2.4 Abstimmung

Sind allfällige Auskunftsbegehren behandelt, keine Meinungsäusserungen mehr zu erwarten oder reicht der Stand des Diskurses für eine sachgerechte Entscheidung aus, schliesst der Vorsitzende unter Beachtung der Gleichbehandlung der Aktionäre die Diskussion und leitet über zur Abstimmung.⁹⁰⁸ Er stellt ein zweck- 336

⁹⁰⁴ Zum Ganzen ROULLER et al., N 419i. Siehe auch BRUDERER, S. 200 f.

⁹⁰⁵ Dazu oben § 5/III./3.3/a.

⁹⁰⁶ BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 74; FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 98. Zur Verweigerung der Auskunft oben N 191 f.

⁹⁰⁷ BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 73; KRNETA, N 1472 f.

⁹⁰⁸ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 495. Vgl. auch ZK-TANNER, Art. 702 OR N 172; BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 72: «Sachlich darf der Entscheid, dass zu einem Traktandum nicht mehr weiter zu beraten ist, erst dann gefällt werden, (i) wenn als Ausgangspunkt sowohl die Meinungen des *Verwaltungsrates* wie der *Opposition* [...] in den wesentlichen Punkten dargelegt ist; (ii) wenn Gelegenheit zu *Gegenanträgen* und *Zusatzanträgen* aus dem Kreis der Aktionäre geboten worden ist; und (iii) wenn jede Seite die

mässiges Verfahren sicher, indem er um die technischen Rahmenbedingungen zur ordnungsmässigen Feststellung der einzelnen Willenserklärungen besorgt ist.⁹⁰⁹

a. Quoren

aa. Gesetzliche Quoren

- 337 Im Grundsatz – soweit das Gesetz oder die Statuten keine anderslautenden Bestimmungen enthalten – fasst die Generalversammlung ihre Beschlüsse und vollzieht ihre Wahlen mit der *absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen* (Art. 703 OR).⁹¹⁰
- 338 Für *wichtige Beschlüsse*⁹¹¹ ist gesetzlich eine *qualifizierte Mehrheit* – zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte – nötig (Art. 704 Abs. 1 OR).⁹¹²
- 339 In einzelnen Fällen verlangt das Gesetz eine *einstimmige* Beschlussfassung.⁹¹³ Die Zustimmung sämtlicher Aktionäre ist nötig zur Aufhebung der Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR) und zum Verzicht auf die eingeschränkte Revision (Art. 727a Abs. 2 OR).

bb. Statutarische Quoren

- 340 Der Gesellschaft steht es frei, in den Statuten *verschärfte* Beschlussquoren festzulegen.⁹¹⁴ Voraussetzung dafür ist, dass der Beschluss zur Einführung eines be-

erkennbar *wichtigsten sachlichen Argumente* der Versammlung zur Kenntnis gebracht hat.» (Hervorhebungen im Original).

⁹⁰⁹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 181.

⁹¹⁰ Verändert sich die Zahl der anwesenden Stimmberechtigten, kann es der Verwaltungsrat im Normalfall bei der anfänglich bekanntgegebenen Feststellung belassen. Erfolgt indes eine Massenabwanderung, so ist das Anwesenheitsquorum neu festzulegen (NOBEL, *Formelle Aspekte*, S. 31). Vgl. auch MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 501.

⁹¹¹ Das Gesetz listet die wichtigen Beschlüsse in Art. 704 Abs. 1 OR einzeln auf. Im Zuge der Aktienrechtsrevision 2016 soll diese Liste bedeutend erweitert werden (vgl. Art. 704 Abs. 1 E-OR).

⁹¹² Zum Aspekt des Minderheitenschutzes bei der qualifizierten Mehrheit vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 354 f.

⁹¹³ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 523.

⁹¹⁴ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 355; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 501 f.; ZK-TANNER, Art. 703 OR N 70. Auch möglich sind sogenannte Präsenzquoren, wonach eine gewisse Anzahl an Aktien vertreten sein muss, damit ein Beschluss gefasst werden kann (DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 44).

stimmten Quorums mit der vorgesehenen Mehrheit gefasst wird (Art. 704 Abs. 2 OR).

b. Stimmabgabe

Ausfluss des Unmittelbarkeitsprinzips ist das Verbot der postalischen Stimmabgabe, von Zirkulationsbeschlüssen und von Delegiertenversammlungen.⁹¹⁵ Die Aktionäre können ihr Stimmrecht einzig «in der nach Art. 699/700 OR einberufenen oder nach Art. 701 (als Universalversammlung) zusammengetretenen Generalversammlung ausüben».⁹¹⁶ Relativiert wird diese strikte Regelung dadurch, dass der Aktionär einen Stellvertreter mit der Ausübung seines Stimmrechts beauftragen kann.⁹¹⁷ 341

Wird das Abstimmungsverfahren nicht in den Statuten geregelt, obliegt die Festlegung der Verfahrensgrundsätze dem Vorsitzenden.⁹¹⁸ Die Abstimmung ist so vorzunehmen, dass eindeutig und später nachvollziehbar Ja oder Nein gestimmt werden kann.⁹¹⁹ In übersichtlichen Verhältnissen – insbesondere wenn dem Vorsitzenden und dem Stimmenzähler die Mehrheitsverhältnisse bekannt sind – kann die Abstimmung offen durch Handerheben erfolgen.⁹²⁰ 342

Schriftlich oder – wie heutzutage üblich – elektronisch wird dann abgestimmt, wenn die Verhältnisse in der Generalversammlung – insbesondere bei Publikums- gesellschaften oder Gesellschaften mit grossem Aktionärskreis – eine Abstimmung durch Handerheben nicht mehr zulassen oder die Aktionäre dies beschliessen.⁹²¹ Diese Art der Abstimmung ist beispielsweise auch geboten bei Stimmabgaben zur Abberufung eines Verwaltungsrates oder zur Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage, in welchen Fällen dem Aktionär keine offene Abstimmung durch Handerheben zugemutet werden kann.⁹²² Ein Anspruch auf *geheime* 343

⁹¹⁵ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 529.

⁹¹⁶ BGE 67 I 342, E. 3, unter Verweis auf Art. 689 Abs. 1 OR.

⁹¹⁷ Vgl. MAIZAR, S. 309. Zur Willensbildung in der Generalversammlung oben § 6/I.

⁹¹⁸ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 499; ZK-TANNER, Art. 703 OR N 140.

⁹¹⁹ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 499. Siehe SCHETT, S. 105: «Die präzise Erfassung der Ja- und Nein-Stimmen und ihre Niederschrift im Protokoll stellen eine unabdingbare Voraussetzung für jede spätere Anfechtung des Beschlusses dar.»

⁹²⁰ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 527.

⁹²¹ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 184; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 500; ZK-TANNER, Art. 703 OR N 146.

⁹²² Vgl. SCHETT, S. 107.

Abstimmung besteht im schweizerischen Aktienrecht indes nicht.⁹²³ Dies wird unter anderem damit begründet, dass die Gesellschaft im Falle einer Anfechtungsklage nachvollziehen können muss, wie der anfechtende Aktionär in der Versammlung abgestimmt hat.⁹²⁴

- 344 Bei *Wahlen* stellt sich die Frage, ob diese einzeln oder *in globo* durchzuführen sind. Sofern die Statuten keine Regelung enthalten, liegt diese Entscheidung beim Vorsitzenden.⁹²⁵ Eine Einzelwahl ist indes bereits dann durchzuführen, wenn ein einziger Aktionär dies verlangt.⁹²⁶ Gleiches gilt für die Frage betreffend die Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrates.

c. Bestimmung des Ergebnisses

- 345 Die Berechnung der Stimmenanteile erfolgt in der Regel anhand des Aktiennennwerts (Art. 692 Abs. 1 OR), wobei in den Statuten vorgesehen werden kann, dass unabhängig vom Nennwert auf jede Aktie eine Stimme entfällt (Art. 693 Abs. 1 OR).⁹²⁷ Zweitere Form der Bemessung des Stimmrechts ist nicht anwendbar bei der Wahl der Revisionsstelle, der Ernennung von Sachverständigen, dem Beschluss zur Einleitung einer Sonderprüfung und zur Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage (Art. 693 Abs. 3 OR).
- 346 Liegt «Stimmengleichheit» vor, lässt das Bundesgericht den Stichentscheid des Vorsitzenden grundsätzlich zu, wenn dafür eine statutarische Grundlage geschaffen wurde.⁹²⁸
- 347 Mit der mündlichen Eröffnung des Ergebnisses beendet der Versammlungsleiter das Abstimmungsverfahren und der Beschluss kommt zustande.⁹²⁹ Der Verkün-

⁹²³ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 187; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 500; NOBEL, *Formelle Aspekte*, S. 36.

⁹²⁴ NOBEL, *Formelle Aspekte*, S. 36.

⁹²⁵ BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 67.

⁹²⁶ VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 4 N 41. BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 67, spricht dieses Recht im Falle eines abgelehnten Ordnungsantrags auf Einzelabstimmung einer qualifizierten Minderheit im Sinne von Art. 699 Abs. 3 OR zu.

⁹²⁷ Zum Stimmrecht oben § 5/III./2.

⁹²⁸ BGE 95 II 555, E. 2; bestätigt in BGE 143 III 120, E. 3.2, obschon in diesem Fall sogleich eine Ausnahme vorlag. Siehe die m.E. berechtigte Kritik an der bundesgerichtlichen Auffassung bei CAHANNES/VON DER CRONE, S. 385 ff. Gegen die Zulässigkeit des Stichentscheides auch KUNZ, *Minderheitenschutz*, § 12 N 83; SCHNEUWLY/VETTER, S. 271 ff.; VISCHER, S. 92.

⁹²⁹ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 183; SCHETT, S. 115.

dung des Beschlusses kommt konstitutive Wirkung zu.⁹³⁰ Die Protokollierung des Ergebnisses ist zwar gesetzlich vorgeschrieben (Art. 702 Abs. 2 OR), jedoch nicht Gültigkeitserfordernis für das Zustandekommen des Beschlusses.⁹³¹

V. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit bei Mängeln in der Willensbildung

Der Gestaltungsfreiheit der Generalversammlung wird durch die Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Beschlüssen eine Grenze gesetzt. Der Aktionär kann sich mittels Anfechtungsklage (Art. 706 OR) bzw. Klage auf Feststellung der Nichtigkeit (Art. 706b OR) gegen *gesetzes-* oder *statutenwidrige* Beschlüsse zur Wehr setzen.⁹³² Der Rechtsmangel kann entweder darin bestehen, dass ein Beschluss der Generalversammlung einen rechtswidrigen Inhalt aufweist (materieller Mangel) oder dass im Rahmen der Beschlussfassung Vorschriften verletzt wurden (formeller Mangel oder Verfahrensmangel).⁹³³ Ein Verfahrensmangel liegt vor, wenn entweder die Willensbildung der Aktionäre oder die Feststellung dieses Willens durch den Vorsitzenden rechtswidrig beeinträchtigt wird.⁹³⁴ 348

Die folgenden Ausführungen fokussieren im Lichte der zentralen Fragestellung die Mängel im Zusammenhang mit der Willensbildung der Aktionäre. Wie bereits dargelegt basiert Letztere im ursprünglichen Sinn einer Generalversammlung auf einer angemessenen Information, Beratung und der Beschlussfassung. Neben einem generellen Überblick zur Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen stehen entsprechend jene Mängel im Zentrum, welche einen Bezug zur Willensbildung der Aktionäre aufweisen. Dies betrifft namentlich 349

⁹³⁰ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 494; DRUEY, S. 145; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 2a; HUGUENIN/MAHLER, S. 133; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 6 N 9 ff. A.M. SCHETT, S. 115 f.; TANNER, S. 154 f.

⁹³¹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 183.

⁹³² Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 292; SCHENKER, *Anfechtung*, S. 18, der diesbezüglich vom «harten Kern» des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes spricht.

⁹³³ Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 59; HUGUENIN/MAHLER, S. 134; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 163.

⁹³⁴ SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 3 N 1. Vgl. auch FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 123.

Beeinträchtigungen des Teilnahme-, Traktandierungs-, Antrags- und Stimmrechts sowie der Informationsrechte.⁹³⁵

1. Anfechtung

- 350 Das Instrument der Anfechtungsklage dient in erster Linie dem Schutz der Aktionärsrechte.⁹³⁶ Anfechtbar sind im Grundsatz jene Beschlüsse, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen.⁹³⁷ Darüber hinaus sind allgemein gültige Rechtsprinzipien, wie das Gebot der Gleichbehandlung und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, zu beachten.⁹³⁸ Ein den Statuten widersprechender Beschluss ist anfechtbar, sofern der Beschluss nicht ausdrücklich zur Änderung der Statuten gefasst wird.⁹³⁹ Reglemente und Geschäftsordnungen sind nicht Bestandteil der Statuten und gelten auch dann nicht als statutarische Grundlage, wenn in den Statuten auf sie verwiesen wird.⁹⁴⁰

⁹³⁵ Vgl. KNOBLOCH, S. 127; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 3 N 23.

⁹³⁶ Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 63.

⁹³⁷ In der Lehre ist umstritten, auf welche Rechtsnormen mit dem Begriff «Gesetze» verwiesen werden soll. Ein Teil der Lehre versteht darunter die gesamte Rechtsordnung (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 17; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 189, der keine sachlichen Gründe für eine einschränkende Auslegung von Art. 706 Abs. 1 OR findet). Die Interpretation von BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 10, umfasst nur das Aktienrecht ergänzt durch «die allgemeinen Bestimmungen über die juristischen Personen» und «allgegenwärtige Rechtsgrundsätze». Für SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 8 N 26, spielt die systematische Stellung einer Norm keine Rolle. Entscheidend sei, «ob der Geltungsanspruch der in Frage stehenden Norm den Schutz vor rechtswidrigen Generalversammlungsbeschlüssen mit einschliesst». So können grundsätzlich auch Rechtsnormen ausserhalb des Aktienrechts die Grundlage für eine Anfechtung bilden.

⁹³⁸ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 123 FN 275; DRUEY, S. 132 f.; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 10; HUGUENIN/MAHLER, S. 138; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 8 N 28.

⁹³⁹ SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 8 N 36. Wird keine Statutenänderung beabsichtigt, ist der Beschluss auch dann anfechtbar, wenn die für eine Statutenänderung notwendige Mehrheit erreicht worden wäre (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 10 N 1).

⁹⁴⁰ SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 8 N 34 f.: Dies gilt ebenso für Vereinbarungen unter (allen) Aktionären, in denen diese ihr Stimmverhalten koordinieren. Ein dagegen gerichteter Verstoß ist nicht anfechtbar.

1.1 Objekt der Anfechtung

Gegenstand einer Anfechtungsklage kann nur ein Beschluss sein, der in einer formellen Generalversammlung gefasst wurde. Ein Schein- oder Nichtbeschluss kann nicht Objekt einer Anfechtungsklage sein.⁹⁴¹ Entscheidend ist dabei, was als Ergebnis der Willensbildung in der Generalversammlung vom Vorsitzenden verkündet wird.⁹⁴² Bleibt eine Verkündigung des Ergebnisses aus, ist auf den Abstimmungsvorgang und das von den Aktionären wahrgenommene Resultat abzustellen.⁹⁴³ 351

1.2 Aktivlegitimation

a. Aktionärsstellung

Jeder Aktionär ist unabhängig von der Anzahl gehaltener Aktien und unabhängig davon, ob er an der Generalversammlung teilgenommen hat, berechtigt, Beschlüsse der Versammlung anzufechten (Art. 706 Abs. 1 OR).⁹⁴⁴ Als mitglied-schaftliches Klagerecht steht das Anfechtungsrecht nicht nur den stimmberechtigten Aktionären, sondern auch jenen ohne Stimmrecht und den Partizipanten zu.⁹⁴⁵ Entscheidend ist dabei die Aktionärsstellung zum Zeitpunkt der Klageerhebung.⁹⁴⁶ 352

⁹⁴¹ KNOBLOCH, S. 120; ZK-TANNER, Art. 706 OR N 93 ff.; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 186. A.M. SCHENKER, *Anfechtung*, S. 21, der auch Nichtbeschlüsse – bspw. Zirkularbeschlüsse oder Beschlüsse von Universalversammlungen, an denen nicht alle Aktionäre teilnehmen – als Anfechtungsobjekte zulässt. Siehe auch SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 6 N 94, der bei einer Universalversammlung, deren Voraussetzungen nicht erfüllt sind, von einer ordentlichen bzw. ausserordentlichen Generalversammlung ausgeht. Bei dieser werde sich dann in der Regel das Problem stellen, dass die Einberufungsvorschriften missachtet wurden und die Beschlüsse entsprechend mangelhaft zustande gekommen seien, was bei groben Verstössen wiederum die Nichtigkeit der Beschlüsse nach sich ziehe.

⁹⁴² BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 494; DRUEY, S. 145; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 2a; HUGUENIN/MAHLER, S. 133; KNOBLOCH, S. 76 f.; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 6 N 9 ff. A.M. SCHETT, S. 115 f.; TANNER, S. 154 f.

⁹⁴³ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 2a; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 6 N 14.

⁹⁴⁴ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 3; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 292 ff.

⁹⁴⁵ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 105; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 4; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 42 und 46.

⁹⁴⁶ BGer 4A_461/2009 vom 1. März 2010, E. 6; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 104; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 178.

Veräussert der klagende Aktionär seine Aktien, kann der Erwerber an dessen Stelle ins Anfechtungsverfahren eintreten.⁹⁴⁷

b. Anfechtung durch den Verwaltungsrat

- 353 Ebenfalls zur Anfechtung berechtigt ist der Verwaltungsrat als Organ.⁹⁴⁸ Ein einzelner Verwaltungsrat für sich allein ist nicht klageberechtigt.⁹⁴⁹ Ficht der Verwaltungsrat einen Generalversammlungsbeschluss an, bestellt das Gericht einen Vertreter für die Gesellschaft, um deren Interessen zu wahren (Art. 706a Abs. 2 OR).⁹⁵⁰
- 354 Eine Pflicht für den Verwaltungsrat, jeden Beschluss anzufechten, der vermeintlich gegen Gesetz oder Statuten verstösst, besteht nicht. In erster Linie soll dieses Recht durch die Aktionäre wahrgenommen werden.⁹⁵¹ Für eine Anfechtung durch den Verwaltungsrat sollte insbesondere auch eine Gefährdung der Gesellschaftsinteressen vorliegen.⁹⁵² So besteht dann eine Anfechtungspflicht, wenn der Beschluss «die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft oder die Wahrnehmung der Kernaufgaben durch den Verwaltungsrat vereitelt oder schwerwiegend gegen das *öffentliche Recht* oder das *Strafrecht*» verstösst.⁹⁵³

1.3 Rechtsschutzinteresse

- 355 Eine Anfechtungsklage bedingt als Prozessvoraussetzung ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse.⁹⁵⁴ Dieser Voraussetzung ist grundsätzlich genüge getan, wenn die Interessen der Gesellschaft durch die Anfechtung gewahrt werden.⁹⁵⁵

⁹⁴⁷ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 104. KOLLER, *Anfechtungsklage*, S. 55 (insb. FN 41), erachtet den Erwerber wie auch den Veräusserer als anfechtungsberechtigt, sofern Letzterer ein persönliches Anfechtungsinteresse geltend machen kann.

⁹⁴⁸ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 102 ff.; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 4; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 295.

⁹⁴⁹ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 4; CR CO II-PETER/CAVADINI, Art. 706 N 16.

⁹⁵⁰ Siehe dazu DRUEY, S. 155 f.; SCHENKER, *Anfechtung*, S. 23 ff.

⁹⁵¹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 103; DRUEY, S. 153 f.

⁹⁵² DRUEY, S. 153; CR CO II-PETER/CAVADINI, Art. 706 N 17.

⁹⁵³ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 103 (Hervorhebungen im Original).

⁹⁵⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 293 f. Vgl. auch WALDBURGER, S. 422.

⁹⁵⁵ BGE 122 III 279, E. 3.a; BGer 4A_516/2016 vom 28. August 2017, E. 8.1; 4A_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 2.2 (nicht publiziert in BGE 143 III 120). So auch DRUEY, S. 133 f.

Der klagende Aktionär hat also nicht zwingend ein eigenes Interesse darzutun.⁹⁵⁶ Zentraler Aspekt der Anfechtungsklage soll sein, «die durch Gesetz und Statuten getroffene Regelung des Gesellschaftslebens allgemein durchzusetzen».⁹⁵⁷

Im Grundsatz sind nur jene Aktionäre zur Anfechtung berechtigt, welche gegen 356 den zur Diskussion stehenden Generalversammlungsbeschluss gestimmt oder an der Versammlung gar nicht teilgenommen haben.⁹⁵⁸ Stimmt ein Aktionär im Sinne eines Antrags und ficht den Beschluss danach an, verstösst dies grundsätzlich gegen Treu und Glauben.⁹⁵⁹ Ob die Anfechtung tatsächlich rechtsmissbräuchlich ist, muss indes im Einzelfall beurteilt werden und kann nicht generell mit Verweis auf die Zustimmung zum Beschluss angenommen werden.⁹⁶⁰

Im Übrigen ist das Interesse des Aktionärs nicht zu schützen, wenn er nur eine 357 Schädigung der Gesellschaft beabsichtigt oder die Anfechtungsklage als Druckmittel für persönliche Interessen missbraucht.⁹⁶¹ Gegenstandslos wird die Anfechtungsklage und mithin hinfällig das Rechtsschutzinteresse, wenn die Generalversammlung einen neuen Beschluss fasst, welcher die Mängel des alten Beschlusses beseitigt.⁹⁶²

⁹⁵⁶ Laut BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 4a, und FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 44, genügt es, wenn die Interessen der Gesellschaft berührt sind bzw. die Rechtslage der Gesellschaft verändert wird (gl.M. SCHENKER, *Anfechtung*, S. 26 f.). Das Bundesgericht verlangt, dass sich die Anfechtung positiv auf die Rechtsstellung des Aktionärs auswirkt (BGE 133 III 453, E. 7; 122 III 279, E. 3.a; BGer 4A_516/2016 vom 28. August 2017, E. 8.1; dieser Auffassung folgend DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 63). Vgl. auch FACINCANI/WYSS, S. 419 f.

⁹⁵⁷ DRUEY, S. 134.

⁹⁵⁸ Vgl. BGE 99 II 55, E. 1; 74 II 41, E. 4.a; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 6.

⁹⁵⁹ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 6; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 45; KNOBLOCH, S. 122; LEHMANN, N 677; RIEMER, N 142; SCHENKER, *Anfechtung*, S. 25.

⁹⁶⁰ Laut BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 107b, liegt dann Rechtsmissbrauch vor, wenn der vormals zustimmende Aktionär den Beschluss nur zur Wahrung subjektiver Rechte anfecht und seit der Generalversammlung keine neuen Gesichtspunkte aufgetaucht sein können. Vgl. auch DRUEY, S. 134 FN 10.

⁹⁶¹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 107a.

⁹⁶² BGE 86 II 165, E. 5 f. Vgl. auch BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 28; SCHENKER, *Anfechtung*, S. 28.

1.4 Kausalität bei Verfahrensmängeln

- 358 Wird ein Beschluss aufgrund eines Verfahrensmangels angefochten, ist erforderlich, dass der Mangel für das Abstimmungsergebnis kausal war.⁹⁶³ Damit soll verhindert werden, dass Beschlüsse wiederholt werden, auf deren Ausgang der Verfahrensfehler gar keine Auswirkung hatte.⁹⁶⁴ Es liegt jedoch nicht am Kläger, diese Kausalität zu belegen, sondern an der Gesellschaft, die fehlende Kausalität nachzuweisen.⁹⁶⁵ Obwohl dieses Erfordernis nur im Zusammenhang mit der unbefugten Teilnahme an der Generalversammlung ausdrücklich erwähnt wird (Art. 691 Abs. 3 OR), gilt es gemäss herrschender Lehre bei allen Anfechtungen aufgrund von Verfahrensfehlern.⁹⁶⁶
- 359 SCHOTT differenziert bei der anwendbaren Kausalität zwischen Beschlüssen, die aufgrund fehlerhafter Beschlussfeststellung (Mitzählen nichtiger Stimmen, Nichtmitzählen gültiger Stimmen oder Anwendung eines falschen Quorums) anfechtbar sind, und jenen, deren Anfechtung auf der Verletzung von Teilnahme-, Mitwirkungs- und Informationsrechten basiert.⁹⁶⁷ Bei einer fehlerhaften Beschlussfeststellung kommt die *tatsächliche Ergebniskausalität* zur Anwendung, wodurch ein Beschluss dann anfechtbar ist, wenn ohne den Mangel ein anderes Ergebnis resultiert hätte.⁹⁶⁸ Werden Teilnahme-, Mitwirkungs- oder Informationsrechte verletzt, setzt SCHOTT eine *normative Kausalität*⁹⁶⁹ voraus. Letztere ist gegeben, wenn ein objektiv urteilender Aktionär durch den Mangel in seinem Stimmverhalten beeinflusst worden wäre und seine Stimme in anderer Weise abgegeben hätte.⁹⁷⁰ Dieser Differenzierung ist zuzustimmen, da bei ausschliesslicher Anwendung einer tat-

⁹⁶³ BGE 122 III 279, E. 3.b; BGer 4A_43/2007 vom 11. Juli 2007, E. 4.1. Vgl. auch BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 506; BÜHLER/VON DER CRONE, S. 568; DRUEY, S. 137; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 18; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1154.

⁹⁶⁴ BGE 122 III 279, E. 3.c.cc; BGer 4C.88/2000 vom 27. Juni 2000, E. 3.b. Vgl. auch VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 191.

⁹⁶⁵ BÜHLER/VON DER CRONE, S. 568; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 9b. Siehe dazu den Wortlaut von Art. 691 Abs. 3 OR. A.M. KNOBLOCH, S. 131.

⁹⁶⁶ BGer 4C.88/2000 vom 27. Juni 2000, E. 3.b. Vgl. auch DRUEY, S. 137; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 18; KNOBLOCH, S. 127 ff.; RIEMER, N 80; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 191. A.M. SCHENKER, *Anfechtung*, S. 38 f.

⁹⁶⁷ SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 3 N 74 f.

⁹⁶⁸ SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 3 N 74.

⁹⁶⁹ Zum Begriff SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 3 N 53 ff.

⁹⁷⁰ SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 3 N 75 (ausführlich zum objektivierten Aktionär in § 3 N 56 ff.).

sächlichen Ergebniskausalität das Anfechtungsrecht des Minderheitsaktionärs praktisch wirkungslos wird.⁹⁷¹

1.5 Frist und Wirkung der Anfechtung

a. Im Allgemeinen

Das Anfechtungsrecht erlischt zwei Monate nach der Generalversammlung (Art. 706a Abs. 1 OR). Die Verwirkungsfrist beginnt dabei am Tag nach der Versammlung zu laufen.⁹⁷² Innert dieser Frist sind gemäss Rechtsprechung alle Anfechtungsgründe vorzulegen, was ein späteres Vorbringen ausschliesst.⁹⁷³ 360

Während dieser Phase ist der Beschluss resolutiv bedingt gültig und wie ein gültiger Beschluss zu behandeln.⁹⁷⁴ Entsprechend ist der Verwaltungsrat nicht daran gehindert, die Generalversammlungsbeschlüsse bereits während der Anfechtungsfrist auszuführen.⁹⁷⁵ Wird für einen Beschluss die Anmeldung im Handelsregister verlangt, ist er gar zu dieser verpflichtet.⁹⁷⁶ Indes dürfte der Verwaltungsrat in gewissen Situationen aufgrund seiner Sorgfaltspflicht auch gehalten sein, mit dem Vollzug zuzuwarten;⁹⁷⁷ insbesondere dann, wenn er schon von einer eingeleiteten Anfechtungsklage Kenntnis hat.⁹⁷⁸ Mit Ablauf der zwei Monate erlangt der Beschluss definitive Gültigkeit und allfällige formelle oder materielle Mängel wer- 361

⁹⁷¹ Vgl. SCHENKER, *Anfechtung*, S. 39. Siehe auch BGE 137 III 460, E. 3.3.2.

⁹⁷² BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 100; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706a N 2; ZK-TANNER, Art. 706a OR N 10. Siehe auch SCHENKER, *Anfechtung*, S. 29, dem zufolge bei nicht ordnungsgemässer Einladung zur Generalversammlung und fehlender Kenntnisnahme der Aktionäre die Frist in solchen Fällen erst mit der Mitteilung der Beschlüsse zu laufen beginnt.

⁹⁷³ BGE 86 II 78, E. 6.a; BGer 4A_10/2012 vom 2. Oktober 2012, E. 3.1 und 3.3; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706a N 2. Kritisch KNOBLOCH, S. 133; SCHENKER, *Anfechtung*, S. 29 f.

⁹⁷⁴ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 57; KOLLER, *Anfechtungsklage*, S. 51; RIEMER, N 206; ZK-TANNER, Art. 706a OR N 43.

⁹⁷⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 57 FN 61.

⁹⁷⁶ DRUEY, S. 155.

⁹⁷⁷ Vgl. DRUEY, S. 155; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 26; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 4 N 4.

⁹⁷⁸ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 128.

den geheilt.⁹⁷⁹ Wird innert Frist eine Anfechtungsklage erhoben, dauert der Schwebezustand an, bis ein Entscheid des Gerichtes vorliegt.⁹⁸⁰

- 362 Kommt es zur Gutheissung der Anfechtungsklage, wird der Generalversammlungsbeschluss *ex tunc* mittels *auflösendem Gestaltungsurteil*⁹⁸¹ aufgehoben.⁹⁸² Ein reformatorisches Urteil ist grundsätzlich nicht möglich.⁹⁸³ Das Urteil wirkt für und gegen alle Aktionäre (Art. 706 Abs. 5 OR). Allfällige Handlungen des Verwaltungsrates basierend auf dem aufgehobenen Beschluss werden rückabgewickelt.⁹⁸⁴

b. Teilweise Aufhebung

- 363 Im Grundsatz sind mangelhafte Rechtsgeschäfte soweit aufrecht zu erhalten, wie sie mit übergeordnetem Recht vereinbar sind.⁹⁸⁵ Sind nur Teile des Beschlusses mangelhaft, ist deshalb auch eine teilweise Aufhebung möglich.⁹⁸⁶ Dazu ist notwendig, dass sich der Beschluss sachlich in einen mangelhaften und einen mangelfreien Teil aufspalten lässt,⁹⁸⁷ und abzuklären, ob ein Teil des Antrags für sich alleine überhaupt zur Abstimmung gebracht und von den Aktionären angenommen worden wäre.⁹⁸⁸ Zur Eruierung des hypothetischen Willens der Generalversammlung ist auf einen objektivierten Aktionär abzustellen.⁹⁸⁹

⁹⁷⁹ HUGUENIN/MAHLER, S. 140; RIEMER, N 207; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 185.

⁹⁸⁰ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 128; RIEMER, N 208.

⁹⁸¹ BGE 138 III 204, E. 4.1; BGer 4A_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 2.1 (nicht publiziert in BGE 143 III 120).

⁹⁸² BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 25; RIEMER, N 208.

⁹⁸³ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 131; BÜHLER/VON DER CRONE, S. 569; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 61; HUGUENIN/MAHLER, S. 140. Zur positiven Beschlussfeststellungsklage sogleich § 6/V./1.5/c.

⁹⁸⁴ BGE 138 III 204, E. 4.2; SCHENKER, *Anfechtung*, S. 40.

⁹⁸⁵ Vgl. HUGUENIN/MAHLER, S. 143; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 6 N 97 FN 430.

⁹⁸⁶ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 25; RIEMER, N 217 (jeweils ohne zwischen formellen oder materiellen Mängeln zu differenzieren); SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 6 N 95 ff. (ausdrücklich bei Verfahrensmängeln). A.M. HUGUENIN/MAHLER, S. 142, wonach bei einem kausalen *Verfahrensfehler* nur der ganze Beschluss beseitigt werden kann. Vgl. auch BGE 117 II 290, E. 7.b.cc (materieller Mangel).

⁹⁸⁷ RIEMER, N 217; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 6 N 96.

⁹⁸⁸ Vgl. RIEMER, N 217; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 6 N 98. Dies entspricht weitgehend der Prüfung, wie sie im Staatsrecht bei Teilungültigkeit einer Vorlage vorgenommen wird (vgl. oben § 2/IV./2.2).

c. Positive Beschlussfeststellungsklage

In der Lehre wird teilweise für die Einführung einer «positiven Beschlussfeststellungsklage» plädiert.⁹⁹⁰ Damit soll der rechtswidrige Beschluss nicht nur aufgehoben, sondern rückwirkend auch durch den rechtmässigen Beschluss ersetzt werden.⁹⁹¹ Da der Richter in diesem Verfahren nicht an die Stelle der Generalversammlung treten soll, ist eine solche Gestaltungsklage auf die Anfechtung von Fehlern in der Ermittlung der Abstimmungsergebnisse beschränkt.⁹⁹² 364

Eine positive Beschlussfeststellungsklage bietet sich an, wenn ein Antrag in der Versammlung abgelehnt wurde, dem nach korrektem Verfahren eigentlich zugestimmt worden wäre.⁹⁹³ Ohne diese Möglichkeit müsste die klagende Partei einen erneuten Antrag zur Abstimmung bringen, wodurch der rechtmässige Zustand erst mit einer beträchtlichen Verzögerung hergestellt würde.⁹⁹⁴ Um diesem Problem zuvorzukommen, wäre eine positive Beschlussfeststellungsklage gleichzeitig und in derselben Frist wie die Anfechtungsklage anzuheben.⁹⁹⁵ 365

⁹⁸⁹ SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 6 N 98. Vgl. auch HUGUENIN/MAHLER, S. 143, die – *nota bene* nur betreffend materielle Mängel – bei der Entscheidung, ob ein Beschluss für ganz oder nur teilweise ungültig befunden werden soll, auf das Gesellschaftsinteresse im Sinne des Gesamtwillens abstellen, welches anhand des Beschlussinhalts konkretisiert werden muss.

⁹⁹⁰ BÜHLER/VON DER CRONE, S. 570 ff. A.M. KNOBLOCH, S. 138 ff. Vgl. auch BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 500a; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 17 N 4 ff. Das Bundesgericht hat die Frage der Zulässigkeit bis heute offen gelassen (BGE 122 III 279, E. 3.c.bb).

⁹⁹¹ BÜHLER/VON DER CRONE, S. 570.

⁹⁹² BÜHLER/VON DER CRONE, S. 571; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 17 N 4 f.

⁹⁹³ Vgl. BÜHLER/VON DER CRONE, S. 571.

⁹⁹⁴ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 500a; BÜHLER/VON DER CRONE, S. 569; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 17 N 5.

⁹⁹⁵ BÜHLER/VON DER CRONE, S. 571. Vgl. auch HUGUENIN/MAHLER, S. 141 f.; ZK-TANNER, Art. 706 OR N 24 und 26. SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 17 N 6, geht nur von einer einzigen Klage aus und schlägt folgende Definition vor: «Die positive Feststellungsklage ist eine Anfechtungsklage, verbunden mit der gerichtlichen Festsetzung eines neuen Beschlusses auf der Grundlage der bereits erfolgten Stimmabgaben».

2. Nichtigkeit

- 366 Die in Art. 706b OR aufgeführten Nichtigkeitsgründe beziehen sich ausschliesslich auf materielle Mängel.⁹⁹⁶ Nach einhelliger Meinung in der Rechtsprechung und Lehre können indes auch schwerwiegende formelle Mängel zur Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen führen.⁹⁹⁷

2.1 Objekt der Nichtigkeit

- 367 Objekt der Klage auf Feststellung der Nichtigkeit ist der «Beschluss» der Generalversammlung.⁹⁹⁸ Es kann zwischen nichtigen Beschlüssen und Schein- bzw. Nicht-Beschlüssen unterschieden werden.⁹⁹⁹ Aufgrund gleicher Rechtsfolgen kommt einer Abgrenzung derselben aber keine Bedeutung zu.¹⁰⁰⁰ Zusammengefasst handelt es sich beim Objekt der Nichtigkeit um «tatsächliche Vorgänge, welche den Schein eines Beschlusses der Generalversammlung erzeugen».¹⁰⁰¹

2.2 Aktivlegitimation, Rechtsschutzinteresse, Kausalzusammenhang

- 368 Die Nichtigkeit eines Beschlusses kann grundsätzlich jederzeit und von jedermann mit einem Interesse geltend gemacht werden; dazu gehören insbesondere auch Gläubiger, Genussscheininhaber oder Konkurrenten.¹⁰⁰²
- 369 Ein *Rechtsschutzinteresse* besteht, «wenn für den Kläger eine Ungewissheit über seine Rechtsstellung besteht, deren Fortdauer unzumutbar ist und nicht auf andere

⁹⁹⁶ SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 8 N 42.

⁹⁹⁷ BGE 137 III 460, E. 3.3.2; 115 II 468, E. 3.b; BGer 4A_516/2016 vom 28. August 2017, E. 6; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 174; DRUEY, S. 148; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 17; ZK-TANNER, Art. 706b OR N 108.

⁹⁹⁸ VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 223.

⁹⁹⁹ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 117.

¹⁰⁰⁰ Vgl. BGE 137 III 460, E. 3.3.2; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 117; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 217. Ausführlich zu Scheinbeschlüssen SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 7 N 1 ff.

¹⁰⁰¹ SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 7 N 59.

¹⁰⁰² BGE 137 III 460, E. 3.3.2; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 156; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 6; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 306.

Weise behoben werden kann, insbesondere nicht durch eine Leistungs- oder Gestaltungs-klage». ¹⁰⁰³

Wie die Anfechtbarkeit bedingt auch die Nichtigkeit einen Kausalzusammenhang zwischen dem Mangel und dem Ergebnis der Beschlussfassung. ¹⁰⁰⁴ Dabei ist wiederum auf die *normative Kausalität* abzustellen, ansonsten dem Minderheitsaktionär die Feststellung der Nichtigkeit praktisch verwehrt bleibt. ¹⁰⁰⁵ 370

2.3 Frist und Wirkung

a. Im Allgemeinen

Die Feststellung der Nichtigkeit kann grundsätzlich jederzeit verlangt werden. ¹⁰⁰⁶ Sie ist überdies von Amtes wegen zu beachten. ¹⁰⁰⁷ Eingeschränkt wird dieses Recht durch das Gebot der Rechtssicherheit und den Grundsatz von Treu und Glauben. ¹⁰⁰⁸ Auch eine rechtsmissbräuchliche Klage ist nicht zu schützen. ¹⁰⁰⁹ Die 371

¹⁰⁰³ VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 218. Vgl. auch Urteil des HGer ZH vom 21. November 2018 (HG170011), E. II/1.2; ZK-TANNER, Art. 706b OR N 175.

¹⁰⁰⁴ BGer 4A_516/2016 vom 28. August 2017, E. 7.2.1: «Toutefois, même dans ce cas, le vice de procédure formel ne peut entraîner la nullité des décisions que si un déroulement correct de la procédure aurait abouti à des décisions différentes». Vgl. auch BGer 4A_197/2008 vom 24. Juni 2008, E. 2.3; HUGUENIN/MAHLER, S. 148; ZK-TANNER, Art. 706b OR N 122. A.M. SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 5 N 4.

¹⁰⁰⁵ Vgl. BGE 137 III 460, E. 3.3.2: «Zwischen der Nichteinladung eines Aktionärs und den auf der mangelhaften Versammlung gefällten Beschlüssen braucht ausserdem [...] kein Kausalzusammenhang insofern zu bestehen, als dass der Nichteingeladene die Beschlüsse mit seiner Stimmkraft hätte verhindern können». Zur normativen Kausalität mit den entsprechenden Hinweisen oben N 359.

¹⁰⁰⁶ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 6; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 307.

¹⁰⁰⁷ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 5.

¹⁰⁰⁸ Vgl. BGer 5C.143/2005 vom 2. Februar 2006, E. 2: «Das Rechtssicherheitsgebot sowie der Grundsatz von Treu und Glauben gebieten, dass der Zeitablauf je nach der konkreten Situation selbst den Makel der Nichtigkeit zu «heilen» vermag.» Vgl. auch Urteil des HGer ZH vom 21. November 2018 (HG170011), E. II/2; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 183 f.; HUGUENIN/MAHLER, S. 149; ZK-TANNER, Art. 706b OR N 168 ff. A.M. VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 244, wonach das Kriterium der Rechtssicherheit in die Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit einzu-beziehen ist.

¹⁰⁰⁹ Vgl. HUGUENIN/MAHLER, S. 148 f.; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 245.

Feststellung der Nichtigkeit durch das Gericht entfaltet Wirkung *erga omnes*.¹⁰¹⁰ Ein nichtiger Beschluss erzeugt in der Regel *ex tunc* keinerlei Wirkung.¹⁰¹¹ BÖCKLI plädiert aber dafür, dass dem Gericht die Möglichkeit einzuräumen sei, unter Umständen einen nichtigen Beschluss *ex nunc* aufzuheben.¹⁰¹²

b. Teilweise Nichtigkeit

- 372 Das angerufene Gericht kann einen Beschluss für ganz oder teilweise nichtig erklären.¹⁰¹³ Dafür wird wiederum vorausgesetzt, dass sich der Beschluss sachlich in einen mangelhaften bzw. einen mangelfreien Teil aufspalten lässt¹⁰¹⁴ und der aufrecht zu erhaltende Teil des Antrags für sich alleine überhaupt zur Abstimmung gebracht und von den Aktionären angenommen worden wäre.¹⁰¹⁵

3. Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit

- 373 Die Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit gestaltet sich schwierig.¹⁰¹⁶ Vorweg stellt sich die Frage der Abgrenzung nur bei der Verletzung zwingender gesetzlicher Vorschriften, da Verstösse gegen Statutenbestimmungen und dispositives Recht in der Regel die Anfechtbarkeit zur Folge haben.¹⁰¹⁷ Der Ge-

¹⁰¹⁰ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 5. Wird die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit aber abgelehnt, so entfaltet das Urteil nur Wirkung gegenüber den Aktionären (BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 156).

¹⁰¹¹ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 4; HUGUENIN/MAHLER, S. 148.

¹⁰¹² BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 184: «Dem Richter wäre auch, wenn gestützt auf den jetzt als mangelhaft erkannten Beschluss weit tragende Konsequenzen in die Welt gesetzt worden sind, der Ermessensentscheid zuzugestehen, dass er in Anwendung des Verhältnismässigkeits- und Faktizitätsprinzips einen erst spät – nach Jahren oder Jahrzehnten – als nichtig erkannten Akt nicht mehr rückwirkend (*ex tunc*), sondern *nur für die Zukunft* (*ex nunc*) als unwirksam erklärt.» (Hervorhebungen im Original). Gl.M. HUGUENIN/MAHLER, S. 150.

¹⁰¹³ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 5; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 6 N 97. A.M. HUGUENIN/MAHLER, S. 142 (Verfahrensfehler führen immer zur gänzlichen *Unmöglichkeit*).

¹⁰¹⁴ RIEMER, N 217; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 6 N 96.

¹⁰¹⁵ Vgl. RIEMER, N 217; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 6 N 98. Siehe auch oben N 363.

¹⁰¹⁶ Vgl. SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 8 N 41.

¹⁰¹⁷ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 19 und 107; ZK-TANNER, Art. 706 OR N 112 f.; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 190. Dazu auch HUGUENIN/MAHLER, S. 137: «Aus der Beschränkung des Klägerkreises lässt sich herleiten, dass Anfechtbarkeit immer dann Platz greifen soll, wenn die Normverletzung Rechte berührt, die

setzgeber zieht mithilfe der beispielhaften Aufzählung in Art. 706b OR eine Trennlinie zwischen grundsätzlichen Eingriffen in die Struktur der Aktiengesellschaft und die Rechte der Aktionäre auf der einen sowie Verstössen im Einzelfall auf der anderen Seite.¹⁰¹⁸ Da dies aber nicht die gewünschte Klärung bringt, legt die Lehre andere Grundsätze dar.¹⁰¹⁹

Nach einhelliger Lehrmeinung und Rechtsprechung haben Gerichte Generalversammlungsbeschlüsse aus Gründen der Verkehrssicherheit nur mit Zurückhaltung für nichtig zu erklären.¹⁰²⁰ Die Nichtigkeit ist *subsidiär* anzuordnen, wenn die Anfechtbarkeit als Regelsanktion im spezifischen Fall dem Mangel bzw. den vorliegenden Interessen nicht angemessen ist.¹⁰²¹ Laut VON DER CRONE sollen Beschlüsse nur dann nichtig sein, wenn eine «De-facto-Heilung» aufgrund der verstrichenen Anfechtungsfrist unzumutbar wäre.¹⁰²² Ebenso kann ein Beschluss nicht anfechtbar sein, wenn den Gesellschaftern – beispielsweise aufgrund mangelnder Kenntnis – nicht zugemutet werden kann, sich innert zwei Monaten auf den Mangel zu berufen.¹⁰²³ 374

Dem Willensbildungsverfahren anhaftende formelle Mängel betreffen zumeist Aktionärsinteressen, weshalb in dieser Hinsicht mangelhafte Beschlüsse in der Regel anfechtbar sind.¹⁰²⁴ Nur bei schwerwiegenden und offensichtlichen Mängeln liegt ausnahmsweise Nichtigkeit vor.¹⁰²⁵ 375

der privatautonomen Disposition der Gesellschafter offen stehen. Jenseits dieses disponiblen Bereichs muss anderes gelten. Sind übergeordnete oder gesellschaftsexterne Interessen tangiert, erweist sich die Anfechtbarkeit als ungenügende Sanktion.» A.M. RIEMER, N 258.

¹⁰¹⁸ VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 216.

¹⁰¹⁹ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 3.

¹⁰²⁰ BGE 144 III 100, E. 5.2.2; 137 III 460, E. 3.3.2; 115 II 468, E. 3.b; BGer 4A_516/2016 vom 28. August 2017, E. 6; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 157; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 309.

¹⁰²¹ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 181; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 8; KUNZ, *Klagen*, S. 115; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 171.

¹⁰²² VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 221. Vgl. auch BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 175.

¹⁰²³ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 20; HUGUENIN/MAHLER, S. 137 und 148. Vgl. auch BGE 137 III 460, E. 3.3.2.

¹⁰²⁴ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 63 ff.; HUGUENIN/MAHLER, S. 147.

¹⁰²⁵ Vgl. BGE 137 III 460, E. 3.3.2; 115 II 468, E. 3.b; BGer 4A_516/2016 vom 28. August 2017, E. 7.2.1; DRUEY, S. 148; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 17; HUGUENIN/MAHLER, S. 147; ZK-TANNER, Art. 706b OR N 108.

- 376 Letztlich bleibt im Einzelfall abzuwägen, ob ein Beschluss im Interesse der Rechtssicherheit aufrecht erhalten werden soll oder ob aufgrund der Schwere des Mangels Nichtigkeit festgestellt werden muss.¹⁰²⁶ In diesem Sinne verlagert sich die Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit in die Diskussion der einzelnen formellen Beschlussmängel.

4. Mängel im Zusammenhang mit dem Stimmrecht

- 377 Mängel, die sich im Endeffekt auf das Stimmrecht der Aktionäre auswirken, treten im Zusammenhang mit der Teilnahme an der Generalversammlung, der Information der Aktionäre sowie der Traktandierung von Verhandlungsgegenständen und der Antragstellung auf.

4.1 Mängel im Zusammenhang mit der Teilnahme

a. Formale Einberufungsmängel

- 378 Einer Generalversammlung hat unter Wahrung der gesetzlichen Mindestfrist von 20 Tagen zwingend die Einberufung vorauszugehen (Art. 700 Abs. 1 OR).¹⁰²⁷ Wird die Einberufung der Versammlung gänzlich unterlassen, so handelt es sich – mit Ausnahme der Universalversammlung nach Art. 701 OR – nicht um eine Generalversammlung im Rechtssinne, weshalb den gefassten Beschlüssen auch keine Rechtswirkung zukommen kann.¹⁰²⁸
- 379 Wird die Frist nicht eingehalten, sind die Beschlüsse der Generalversammlung grundsätzlich anfechtbar.¹⁰²⁹ Erfolgt die Einberufung hingegen derart spät, dass der Aktionär faktisch von der Teilnahme an der Versammlung ausgeschlossen wird, hat dies die Nichtigkeit der Beschlüsse zur Folge.¹⁰³⁰

¹⁰²⁶ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 103 ff.; SCHENKER, *Anfechtung*, S. 47; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 8 N 52 ff.; VISCHER/GALLI, *Nicht-Aktionäre*, S. 8.

¹⁰²⁷ Dazu oben § 6/II./3.

¹⁰²⁸ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 700 N 2a; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 9 N 3.

¹⁰²⁹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 89; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 93; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 9 N 44; ZK-TANNER, Art. 706b OR N 40. A.M. STUDER, S. 127 f.; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 83.

¹⁰³⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 124; CR CO II-PETER/CAVADINI, Art. 706b N 11; RIEMER, N 269. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 89, geht bei einer Verspätung von mehr als zwei Tagen von der Nichtigkeit der Beschlüsse aus. SCHOTT, *Verfahrens-*

Werden die Formvorschriften zur Einberufung¹⁰³¹ missachtet, sind die gefassten Beschlüsse ebenfalls anfechtbar.¹⁰³² Erfolgt die Publikation der Einberufung aber in einer Art und Weise, dass den Aktionären die Kenntnisnahme praktisch verunmöglicht wird, ist wie bei einer erheblich verspäteten Einberufung Nichtigkeit der Beschlüsse anzunehmen.¹⁰³³ Durch die verunmöglichte Teilnahme an der Generalversammlung «verpasst [der Aktionär] die Möglichkeit, auf die Meinungsbildung in der Versammlung Einfluss zu nehmen».¹⁰³⁴ 380

b. Materielle Einberufungsmängel

Ein materieller Einberufungsmangel liegt vor, wenn die Einberufung nicht über den nötigen Mindestinhalt verfügt.¹⁰³⁵ Zu Verhandlungsgegenständen, welche nicht gehörig angekündigt wurden, können keine Beschlüsse gefasst werden (Art. 700 Abs. 3 OR).¹⁰³⁶ Derart gefasste Beschlüsse sind grundsätzlich anfechtbar und nur in schwerwiegenden Fällen nichtig.¹⁰³⁷ Letzteres ist insbesondere dann 381

mängel, § 9 N 46, spricht der Generalversammlung bei einer faktischen Unmöglichkeit zur Teilnahme die Qualität einer «Generalversammlung im Rechtssinne» ab (in diesem Sinne auch STUDER, S. 127 f.).

¹⁰³¹ Dazu oben § 6/II./3.3/a.

¹⁰³² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 493. SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 9 N 3 und 38, behandelt eine formell mangelhafte Einberufung als nicht erfolgt, womit gar keine rechtsgültige Generalversammlung zustande komme.

¹⁰³³ Wird bspw. die Generalversammlung statt per Einschreiben an die Aktionäre nur mittels Publikation im SHAB einberufen, haben die Aktionäre unter Umständen gar keine Kenntnis der Versammlung. In einem solchen Fall kann die Wahrung der zweimonatigen Anfechtungsfrist unzumutbar sein (vgl. oben § 6/V./3).

¹⁰³⁴ BGE 137 III 460, E. 3.3.2.

¹⁰³⁵ Dazu oben § 6/II./3.2.

¹⁰³⁶ Ausnahmen bilden Beschlüsse zur Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung, zur Durchführung einer Sonderuntersuchung, zur Wahl einer Revisionsstelle sowie – im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt – zum Verzicht auf die Anwesenheit eines Revisors und zur Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes an der kommenden Generalversammlung (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 516; ZK-TANNER, Art. 700 OR N 68).

¹⁰³⁷ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 490; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 10 N 18; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 91. STUDER, S. 133 f., qualifiziert Beschlüsse zu nicht in der Einladung erwähnten Traktanden als nichtig (gl.M. CR CO II-PETER/CAVADINI, Art. 700 N 15). Laut SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 10 N 19, sind Beschlüsse hingegen nur dann nichtig, wenn die Traktandierung nur zum Schein und damit rechtsmissbräuchlich erfolgt, um die Beteiligung der Aktionäre tief zu halten und dann an der

der Fall, wenn in der Einberufung gar keine Traktanden und Anträge genannt werden.¹⁰³⁸

- 382 Fehlen in der Einberufung Angaben zur einberufenden Gesellschaft, Datum, Zeit oder Ort, kommt grundsätzlich keine Generalversammlung zustande, was ebenfalls die Nichtigkeit allfälliger Beschlüsse nach sich zieht.¹⁰³⁹

c. Teilnahme unbefugter Personen

- 383 Die Rechtsfolge der Teilnahme unbefugter Personen an der Beschlussfassung ist Gegenstand einer gesetzlichen Sonderbestimmung. Wirken nicht zur Teilnahme befugte Personen bei einem Generalversammlungsbeschluss mit, ist dieser anfechtbar, sofern die Gesellschaft nicht nachweisen kann, dass die Mitwirkung keinen Einfluss auf die Beschlussfassung hatte (negative Stimmrechtsklage; Art. 691 Abs. 3 OR). Nichtigkeit kann m.E. nur dann vorliegen, wenn gar keine Generalversammlung im Rechtssinne zustande kommt – beispielsweise, wenn ausschliesslich unbefugte Personen eine Versammlung abhalten.¹⁰⁴⁰ Nehmen teilnahmeberechtigte Personen an der Beschlussfassung teil, ist der gefasste Beschluss auch bei einer überwiegenden Zahl von unbefugten Personen «lediglich» anfechtbar.¹⁰⁴¹

Versammlung umstrittene Beschlüsse fassen zu können. Dasselbe gelte für Beschlüsse, die «schwerwiegende Veränderungen für die Gesellschaft» zur Folge hätten.

¹⁰³⁸ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 112; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 9 N 52. Kritisch BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 18.

¹⁰³⁹ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 112; MAUTE, S. 21; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 9 N 49 ff. Kleinere Abweichungen, wie eine falsche Saalangabe oder ein verzögerter Beginn, zeitigen keine nachteilige Wirkung und sind von den Aktionären hinzunehmen (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 124; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 9 N 51).

¹⁰⁴⁰ Vgl. VISCHER/GALLI, *Nicht-Aktionäre*, S. 10 ff., die mit einem zweistufigen Prüfschema zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit unterscheiden.

¹⁰⁴¹ Vgl. BGE 96 II 18, E. 3; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 489; BÜHLER/VON DER CRONE, S. 567. Für SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 11 N 36, führt die Teilnahme Unbefugter dann zur Nichtigkeit, wenn der Mangel derart gravierend ist, «dass er die Grundfesten der Generalversammlung berührt»; dies ist ihm zufolge dann der Fall, wenn die fehlende Teilnahmeberechtigung offensichtlich zu Tage tritt. Ist die fehlende Teilnahmeberechtigung indes offensichtlich, gebietet es sich m.E. erst recht, von der Anfechtbarkeit des Beschlusses auszugehen, sollte sich diesfalls doch jeder Aktionär des Mangels bewusst sein.

d. Ausschluss teilnahmeberechtigter Personen

Analog der negativen Stimmrechtsklage ist auch derjenige Beschluss anfechtbar, bei dem Aktionäre von der Generalversammlung oder einzelnen Beschlussfassungen ausgeschlossen werden (positive Stimmrechtsklage).¹⁰⁴² 384

Das Bundesgericht und die ihm folgende Lehrmeinung erkennt bei Nichteinladung auch nur eines einzigen Aktionärs auf Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse.¹⁰⁴³ 385
Ein ebenso gewichtiger Teil der Lehre plädiert indes für die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit.¹⁰⁴⁴ Mit SCHOTT ist von Nichtigkeit auszugehen, wenn die Gesellschaft einen Aktionär wissentlich nicht eingeladen und somit von der Teilnahme an der Versammlung ausgeschlossen hat.¹⁰⁴⁵ Meines Erachtens ist aber zusätzlich zu beachten, ob der Aktionär anderweitig Kenntnis der Generalversammlung nehmen kann und sich folglich mittels fristgemässer Anfechtungsklage Recht verschaffen könnte. So ist auch in jenem Fall Nichtigkeit anzunehmen, in welchem die Gesellschaft den Aktionär zwar versehentlich nicht einlädt, dieser aber auch anderweitig nicht von der Versammlung erfahren kann.¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴² BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 500a; BÜHLER/VON DER CRONE, S. 567; DRUEY, S. 137; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 21; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 34.

¹⁰⁴³ BGE 137 III 460, E. 3.3.2; BGer 4A_279/2018 vom 2. November 2018, E. 5.3 (Das Bundesgericht stellte die Nichtigkeit der Beschlüsse einer Generalversammlung fest, zu welcher die beiden Mehrheitsaktionäre im Besitz von insgesamt 80 % der Aktien nicht eingeladen wurden.). Gl.M. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 24; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 493; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 471.

¹⁰⁴⁴ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 163; DRUEY, S. 137; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 9; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 870.

¹⁰⁴⁵ SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 9 N 5 ff. Gl.M. RIEMER, N 269.

¹⁰⁴⁶ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 20; HUGUENIN/MAHLER, S. 137 und 148. SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 9 N 11, stellt bei der Abgrenzung einzig auf die Kenntnis der Gesellschaft der Nichtberücksichtigung einzelner Aktionäre ab und schliesst bei fehlender Kenntnis des Aktionärs ebenfalls auf die Anfechtbarkeit des Beschlusses, gesteht aber eine unbefriedigende Situation ein. Werden dem Aktionär die Beschlüsse in der Folge mitgeteilt, hat er innert angemessener Frist Klage zu erheben (vgl. SCHENKER, *Anfechtung*, S. 29).

4.2 Mängel im Zusammenhang mit Informationsrechten

386 Die Information der Aktionäre erfolgt einerseits mit der Einladung zur Generalversammlung und andererseits durch die aktive und reaktive Information durch den Verwaltungsrat.¹⁰⁴⁷

a. Mangelhafte Informierung im Allgemeinen

387 DRUEY unterscheidet zwischen mangelnder und mangelhafter Information. Mangelnde Informationen führen nur dann zu einem Beschlussmangel, wenn die Aktionäre Anspruch auf diese Information haben und auch darum ersucht haben. Demgegenüber bilden mangelhafte Informationen nur dann die Grundlage einer Anfechtung, wenn sie aus der Feder eines Gesellschaftsorgans stammen. Dazu zählen falsche, aber auch bloss lückenhafte oder unklare Informationen.¹⁰⁴⁸ Verfügt der Aktionär nicht über die nötigen oder falsche Informationen, wird dadurch seine Willensbildung beeinflusst bzw. beeinträchtigt.¹⁰⁴⁹

388 Generell ist ein Beschluss anfechtbar, wenn die Aktionäre vom Verwaltungsrat falsch oder irreführend informiert werden oder ihnen – entgegen ihrem Anspruch – Informationen vorenthalten oder nur unvollständig, zu spät oder in der falschen Form übermittelt werden.¹⁰⁵⁰ Verlangt der Aktionär mithilfe seines Auskunftsrechts¹⁰⁵¹ zusätzliche Informationen und werden ihm diese verweigert, ist der damit zusammenhängende Beschluss in der Regel ebenfalls anfechtbar.¹⁰⁵²

b. Fehlender Revisionsbericht und abwesende Revisionsstelle

389 Besondere Erwähnung im Gesetz findet der Fall des fehlenden Revisionsberichtes. Letzterer muss zwingend vorliegen, bevor die Generalversammlung die Jahresrechnung (und allenfalls die Konzernrechnung) genehmigt und über die Verwendung des Bilanzgewinns beschliesst (Art. 731 Abs. 1 OR).¹⁰⁵³ Der Bericht soll den

¹⁰⁴⁷ Dazu oben § 5/III./3. Siehe auch DRUEY, S. 140, der diese Schritte unter die Pflichten des Verwaltungsrates bezüglich der Vorbereitung der Generalversammlung einreicht.

¹⁰⁴⁸ Zum Ganzen DRUEY, S. 139.

¹⁰⁴⁹ Vgl. SCHOTT, *Informierungsmängel*, S. 121.

¹⁰⁵⁰ Vgl. MAROLDA MARTINEZ, S. 102 f.; SCHOTT, *Informierungsmängel*, S. 124 f.; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 14 N 13.

¹⁰⁵¹ Dazu oben § 5/III./3.3/a.

¹⁰⁵² HORBER, *Informationsrechte*, N 567 f.; SCHOTT, *Informierungsmängel*, S. 120 f.

¹⁰⁵³ Der Revisionsbericht stellt mithin eine echte Beschlussvoraussetzung dar (DUBS, *Beschlussvoraussetzungen*, S. 458).

Aktionären die Bestätigung liefern, dass die vom Verwaltungsrat zur Verfügung gestellten Unterlagen ordnungsgemäss erstellt wurden, und bildet eine wesentliche Entscheidungsgrundlage für die entsprechenden Beschlüsse.¹⁰⁵⁴ Damit von einem rechtsgenügenden Revisionsbericht die Rede sein kann, hat dieser in schriftlicher Form vorzuliegen und zumindest eine der gesetzlich vorgeschriebenen Abstimmungsempfehlungen sowie die Feststellung der gesetzmässigen Verwendung des Bilanzgewinns zu enthalten.¹⁰⁵⁵ Werden diese Voraussetzungen nicht erfüllt, sind die gefassten Beschlüsse nichtig (Art. 731 Abs. 3 Satz 1 OR).¹⁰⁵⁶ Ein Fall eines Informationsmangels liegt im Übrigen auch dann vor, wenn der Revisionsbericht durch eine Revisionsstelle erstellt wird, welche den Unabhängigkeitsanforderungen nicht genügt.¹⁰⁵⁷

Zudem hat die Revisionsstelle, die eine ordentliche Revision durchgeführt hat, grundsätzlich an der Generalversammlung anwesend zu sein (Art. 731 Abs. 2 OR).¹⁰⁵⁸ Sie nimmt dabei die Funktion einer Auskunftsstelle ein.¹⁰⁵⁹ Bei Missachtung dieser Vorschrift sind die gefassten Beschlüsse anfechtbar (Art. 731 Abs. 3 Satz 2 OR). 390

c. Information zu den vertretenen Aktien

Eine weitere Sonderbestimmung findet sich in Art. 689e OR.¹⁰⁶⁰ Unabhängige 391
Stimmrechtsvertreter sowie Organ- und Depotvertreter müssen der Gesellschaft Anzahl, Art, Nennwert und Kategorie der von ihnen in der Generalversammlung vertretenen Aktien angeben. Kommen sie dieser Pflicht nicht nach, sind die Beschlüsse der Generalversammlung anfechtbar (Art. 689e Abs. 1 OR). Der Verwaltungsrat hat die Angaben der Generalversammlung mitzuteilen. Tut er dies trotz Aufforderung eines Aktionärs nicht, können die Beschlüsse der Versammlung

¹⁰⁵⁴ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 15 N 705; BSK OR II-REUTTER/RASMUSSEN, Art. 731 N 5.

¹⁰⁵⁵ Vgl. DUBS, *Beschlussvoraussetzungen*, S. 459 ff.; BSK OR II-REUTTER/RASMUSSEN, Art. 731 N 6.

¹⁰⁵⁶ Vgl. BSK OR II-REUTTER/RASMUSSEN, Art. 731 N 8.

¹⁰⁵⁷ Vgl. SCHOTT, *Informierungsmängel*, S. 125, mit Verweis auf BGE 133 III 453, E. 7.3.

¹⁰⁵⁸ Die Aktionäre können durch einstimmigen Beschluss auf die Anwesenheit der Revisionsstelle verzichten (Art. 731 Abs. 2 Satz 2 OR).

¹⁰⁵⁹ SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 11 N 90.

¹⁰⁶⁰ Vgl. DRUEY, S. 138.

wiederum angefochten werden (Abs. 2). Der Gesellschaft steht indes der Nachweis der fehlenden Kausalität offen.¹⁰⁶¹

4.3 Mängel im Zusammenhang mit Traktanden und Anträgen

a. Mangelhaft formulierte Traktanden

- 392 Die *gehörige* Traktandierung der Verhandlungsgegenstände ist Voraussetzung für die Beschlussfassung (Art. 700 Abs. 3 OR). Eine ordnungsgemässe Formulierung ermöglicht dem Aktionär einerseits den Entscheid, ob er überhaupt an der Versammlung teilnehmen möchte, und anderseits eine angemessene Vorbereitung.¹⁰⁶² Ist diese Vorbereitung nicht möglich, wird der Aktionär in seiner Willensbildung beeinträchtigt. Ob der entsprechende Antrag vom Verhandlungsgegenstand sachlich abgedeckt ist, beurteilt sich nach dem Verständnis eines durchschnittlichen Aktionärs.¹⁰⁶³ Lässt sich der gefasste Beschluss dem Verhandlungsgegenstand nicht mehr unterordnen, ist er anfechtbar.¹⁰⁶⁴ Mangelbehaftet ist aber auch derjenige Beschluss, der unter einem Traktandum gefasst wird, das derart offen bzw. abstrakt formuliert ist, dass der Aktionär nicht voraussehen kann, welcher Themenbereich betroffen ist.¹⁰⁶⁵

b. Verletzung des Antragsrechts

- 393 Das Antragsrecht des Aktionärs kann verletzt werden, indem ihm entweder die Stellung eines Antrags durch den Verwaltungsrat schlicht verweigert wird oder indem die enge Formulierung des Traktandums keinen aktionärsseitigen Antrag mehr zulässt. In beiden Fällen wird dem Aktionär die Beteiligung an der Beschlussfassung durch Stellung eines eigenen Antrags verwehrt. Mithin muss gelten, dass die Beschlüsse anfechtbar sind, welche unter dem zu eng gefassten Trak-

¹⁰⁶¹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 319; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 37 FN 32; ZK-TANNER, Art. 706 OR N 145. Anders noch die Botschaft BBl 1983 II 745, 832.

¹⁰⁶² Vgl. BGE 126 III 5, E. 2.a; 114 II 193, E. 5.b; BGer 5A_439/2016 vom 1. Dezember 2016, E. 5.3; 5A_760/2011 vom 18. Mai 2012, E. 3.2.3.2; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 112; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 10 N 16.

¹⁰⁶³ Dazu oben N 297 f. und 300.

¹⁰⁶⁴ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 490; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 21; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 10 N 18; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 91. A.M. STUDER, S. 133 f.

¹⁰⁶⁵ SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 10 N 32.

tandum bzw. unter jenem, zu welchem die Stellung eines zusätzlichen Antrags verweigert wurde, gefasst werden.¹⁰⁶⁶

c. Verletzung des Meinungsäusserungsrechts

Jeder Aktionär hat das individuelle Recht, zu jedem Verhandlungsgegenstand seine Meinung zu äussern.¹⁰⁶⁷ Zur Gewährung eines geordneten Ablaufs der Versammlung kann der Vorsitzende die Reihenfolge der Redner bestimmen, deren Redezeit beschränken und ihnen im Einzelfall gar das Wort entziehen.¹⁰⁶⁸ Wird das Meinungsäusserungsrecht aber übermässig eingeschränkt, insbesondere (grundlos) verweigert bzw. entzogen, ist der Beschluss anfechtbar.¹⁰⁶⁹ 394

5. Handelsregistersperre und vorsorgliche Massnahmen

Um die Eintragung eines anfechtbaren oder nichtigen Beschlusses ins Handelsregister zu unterbinden, können Aktionäre mittels Einspruch eine Registersperre bewirken (Art. 162 Abs. 1 HRegV).¹⁰⁷⁰ Zur Aufrechterhaltung der Registersperre haben sie innert zehn Tagen ab Einspruch beim Gericht ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme zu stellen, welches im summarischen Verfahren *unverzüglich* entscheidet (Art. 162 Abs. 3 lit. a i.V.m Abs. 4 HRegV). Hierbei haben die Aktionäre darzulegen, dass ein Verfügungsanspruch und ein Verfügungsgrund bestehen sowie zudem Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit gegeben sind.¹⁰⁷¹ Dazu müssen sie glaubhaft machen, dass ihnen ein Anspruch gegenüber der Gesellschaft zusteht (Verfügungsanspruch) und ihnen aus der Verletzung dieses Anspruchs ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Verfügungsgrund).¹⁰⁷² Heisst das Gericht das Gesuch der Aktionäre gut, untersagt es 395

¹⁰⁶⁶ Vgl. BRUDERER, S. 216 f.; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 700 N 11; HAEFLIGER, S. 79; KNOBLOCH, S. 450; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 10 N 29 und 59.

¹⁰⁶⁷ FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 120; MAIZAR, S. 303; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 514. Vgl. auch oben § 5/III./5.2.

¹⁰⁶⁸ Dazu oben § 6/IV./2.2.

¹⁰⁶⁹ FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 123; MAIZAR, S. 304. Vgl. auch BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 176.

¹⁰⁷⁰ Vgl. GASSMANN, S. 426; SCHENKER, *Anfechtung*, S. 42. Zum Inhalt des Einspruchs MEISTERHANS, S. 135 ff.

¹⁰⁷¹ BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 10, m.w.H.

¹⁰⁷² Vgl. SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 84 ff.; BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 15 f.; VISCHER/HOFMANN, S. 505 f.

dem Handelsregister vorläufig, die Eintragung vorzunehmen (vgl. Art. 262 lit. c ZPO).¹⁰⁷³ Mit dem Entscheid im (Haupt-)Anfechtungsverfahren fallen die vorsorglichen Massnahmen sodann von Gesetzes wegen dahin.¹⁰⁷⁴

- 396 Freilich können Aktionäre auch bei Beschlüssen, die keinen Eintrag im Handelsregister nach sich ziehen, mit vorsorglichen Massnahmen die Umsetzung durch die Gesellschaft verhindern.¹⁰⁷⁵ Die Anordnung des Gerichtes richtet sich in diesem Fall regelmässig an die Gesellschaft im Sinne einer Dritten (Art. 262 lit. c ZPO).¹⁰⁷⁶ Zu beachten ist dabei eine allfällige Schadenersatzpflicht des Gesuchstellers im Falle einer Abweisung (Art. 264 Abs. 2 ZPO) und das damit einhergehende Prozessrisiko.¹⁰⁷⁷

6. Fazit

- 397 Die Willensbildung der Aktionäre basiert auf den spontan und reaktiv vermittelten Informationen sowie deren Beratung und wird entscheidend beeinflusst durch die Formulierung der Traktanden und Anträge. Diese gesetzlich garantierten Rechte dienen in ihrer Gesamtheit der Ausübung des Stimmrechts.¹⁰⁷⁸ Ist eines dieser Elemente mit einem Mangel behaftet, wirkt sich dies in der Regel auf die Willensbildung des Aktionärs und mithin auf die Ausübung seines Stimmrechts aus.¹⁰⁷⁹
- 398 Die Anfechtung wie auch die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit setzen insbesondere ein Rechtsschutzinteresse und einen Kausalzusammenhang zwischen dem Mangel und dem resultierenden Generalversammlungsbeschluss voraus. Der betreffende Aktionär kann kein rechtsgenügendes Rechtsschutzinteresse nachweisen, wenn er dem angefochtenen Beschluss zugestimmt hat.¹⁰⁸⁰ Hingegen liegt es an der Gesellschaft, die fehlende Kausalität zu beweisen. Damit das Anfechtungs-

¹⁰⁷³ Vgl. SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 76; BSK ZPO-SPRECHER, Art. 262 N 21. Siehe auch MEISTERHANS, S. 141 f.

¹⁰⁷⁴ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 74.

¹⁰⁷⁵ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 75; SCHENKER, *Anfechtung*, S. 42 f. Siehe auch VISCHER/HOFMANN, S. 507 ff., mit Beispielen zu möglichen vorsorglichen Massnahmen im Zusammenhang mit der Generalversammlung.

¹⁰⁷⁶ Vgl. VISCHER/HOFMANN, S. 508.

¹⁰⁷⁷ Dazu SCHENKER, *Anfechtung*, S. 43 f.

¹⁰⁷⁸ Vgl. BÖCKLI, *Stimmrecht*, S. 21 f.; KUNZ, *Minderheitenschutz*, § 1 N 90; ZK-TANNER, Art. 703 OR N 24.

¹⁰⁷⁹ Vgl. FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 123.

¹⁰⁸⁰ Dazu oben § 6/V./1.3.

recht des Aktionärs nicht zum toten Buchstaben verkommt, ist bei Mängeln im Zusammenhang mit der Willensbildung des Aktionärs nicht eine tatsächliche Ergebniskausalität, sondern eine normative Kausalität vorauszusetzen.¹⁰⁸¹ Des Weiteren kann ein mangelhafter Beschluss teilweise aufgehoben bzw. für nichtig erklärt werden. Bedingung dafür ist, dass sich der Beschluss in einen mangelhaften und einen mangelfreien Teil aufspalten lässt.¹⁰⁸²

Aus der Untersuchung der einzelnen formellen Beschlussmängel geht hervor, dass Verletzungen von Teilnahme-, Mitwirkungs- und Informationsrechten – mit Ausnahme gravierender Fälle – regelmässig zur Anfechtbarkeit der betroffenen Beschlüsse führen.¹⁰⁸³ Um während der Dauer des Anfechtungsprozesses einen drohenden Nachteil abzuwenden, empfiehlt es sich, die frühzeitige Umsetzung eines Generalversammlungsbeschlusses mittels vorsorglicher Massnahmen zu unterbinden oder gegebenenfalls eine Handelsregistersperre zu bewirken.¹⁰⁸⁴ 399

¹⁰⁸¹ Dazu oben § 6/V./1.4.

¹⁰⁸² Dazu oben § 6/V./1.5/b.

¹⁰⁸³ Zu den einzelnen Beschlussmängeln oben § 6/V./4.

¹⁰⁸⁴ Dazu oben § 6/V./5.

Teil III:
Die Einheit der Materie
bei Generalversammlungs-
beschlüssen

§ 7 Einleitung

Mit dem zweiten Teil der Arbeit wurde der Rahmen abgesteckt, in welchem der Grundsatz der Einheit der Materie zu integrieren ist. Im dritten Teil wird nun in einem ersten Schritt die Frage beantwortet, ob sich Grundsätze betreffend die politischen Rechte aus dem Staatsrecht prinzipiell zur Übernahme ins Aktienrecht eignen und im Besonderen, ob dies für die Einheit der Materie gilt (§ 8). Darauf folgend wird die Ausgestaltung des Grundsatzes im Aktienrecht dargelegt (§ 9) und anhand einzelner Beispiele im Detail erläutert (§ 10). Die Schlussbetrachtung rundet den dritten Teil wie auch die gesamte Arbeit ab (§ 11). 400

§ 8 Übernahme des Grundsatzes aus dem öffentlichen Recht

I. Im Allgemeinen

- 401 Der Wandel im Aktienrecht zielt in Richtung vertiefter Einbindung der Aktionäre. Zeugnis dieser Bestrebungen ist die in der jüngeren Vergangenheit beabsichtigte Stärkung der Mitwirkungsrechte der Aktionäre unter dem Schlagwort der *Aktionärsdemokratie*.¹⁰⁸⁵ Die Rolle des Aktionärs soll sich so vom reinen Kapitalgeber zum Unternehmer wandeln.
- 402 Die Übernahme eines Gebildes aus der Staatslehre, namentlich der demokratischen Regierungsform, bedingt, dass die aktienrechtlichen Strukturen auch dazu geeignet sind und vergleichbare Rahmenbedingungen aufweisen.¹⁰⁸⁶ Folglich gebietet es sich, in einem ersten Schritt zu analysieren, inwiefern Ähnlichkeiten zwischen einem demokratischen Staat und einer Aktiengesellschaft bestehen.

1. Vergleich zwischen Staat und Aktiengesellschaft

1.1 Der demokratische Staat als Vorlage

- 403 Grundlage der aktienrechtlichen Gesetzgebungen in Europa bildet der französische *Code de Commerce* von 1807, welcher im Nachgang zur französischen Revolution die Idee des demokratischen Staates mitsamt der prägenden Gewaltenteilung auf die Aktiengesellschaft umzusetzen suchte.¹⁰⁸⁷
- 404 Die Gewaltenteilung ist sodann in der Schweiz als ein ungeschriebener Verfassungsgrundsatz anerkannt.¹⁰⁸⁸ Sie bezweckt die Verhinderung von Machtmissbrauch und sieht dafür die Verteilung der Macht auf verschiedene, unabhängige Träger vor, die sich gegenseitig überwachen.¹⁰⁸⁹ Die drei Staatsfunktionen *Legis-*

¹⁰⁸⁵ Vgl. WATTER/MAIZAR, S. 411. Siehe auch PROJER, N 39, m.w.H. Kritisch zum Begriff der Aktionärsdemokratie BÖCKLI, *Aktionärsdemokratie*, S. 180 ff.

¹⁰⁸⁶ Vgl. POLEDNA, *Übertragung*, S. 927.

¹⁰⁸⁷ BRUDERER, S. 6. Vgl. auch BÜHLER, *Regulierung*, N 377 ff.

¹⁰⁸⁸ TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 27 N 4. Explizit erwähnt wird der Grundsatz z.B. in Art. 3 KV ZH: «Der Aufbau des Staates und die Ausübung staatlicher Macht beruhen auf dem Grundsatz der Gewaltenteilung.»

¹⁰⁸⁹ TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 27 N 2 f.

lative, Exekutive und Judikative sind gemäss der Schweizerischen Bundesverfassung der Bundesversammlung, dem Bundesrat und dem Bundesgericht übertragen.¹⁰⁹⁰

In einer Demokratie herrscht das Volk als oberster Träger der Staatsgewalt.¹⁰⁹¹ Als Staats- und Regierungsform schenkt sie dem Individuum besondere Beachtung. Durch den Einbezug des Einzelnen in die Willensbildung der Gesellschaft werden die Persönlichkeit und Würde des Individuums anerkannt und kollektive Entscheidungen gegenüber dem Individuum legitimiert.¹⁰⁹² 405

Der Einfluss des Stimmvolkes variiert in Abhängigkeit der demokratischen Ausprägung. In der *direkten* Demokratie in ihrer idealtypischen Form trifft das Volk sämtliche Entscheide, beschliesst alle Gesetze, ordnet Verwaltungsmassnahmen an und wählt die Vollzugsbehörden sowie die Richter.¹⁰⁹³ In einer *indirekten* (oder repräsentativen) Demokratie übt das Stimmvolk seine Herrschaft nur noch indirekt, durch von ihm gewählte Vertreter aus und entscheidet nicht über Sachfragen.¹⁰⁹⁴ Die *halbdirekte* Demokratie vereint die beiden soeben bezeichneten Demokratieformen. Dem Stimmvolk stehen einzelne Rechte zu, um zusätzlichen Einfluss ausüben und über einzelne Sachfragen entscheiden zu können – nämlich das Initiativ-, Referendums- und Abberufungsrecht.¹⁰⁹⁵ 406

Das Wahlrecht gilt als Kernelement einer Demokratie und dient dem Stimmvolk als zentrales Instrument, um seine Macht im Staat auszuüben. Es steht jedem Staatsangehörigen unabhängig von dessen finanziellen Verhältnissen, religiösen oder ethnischen Merkmalen zu (allgemeines Wahlrecht). Jede Stimme zählt dabei gleich viel (*one man, one vote*); keine Stimme wird – beispielsweise aufgrund finanzieller Gegebenheiten – höher oder tiefer gewichtet (gleiches Wahlrecht)¹⁰⁹⁶. 407

¹⁰⁹⁰ TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 27 N 12 f. Ausführlich zur Gewaltenteilung auch HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, N 618 ff.

¹⁰⁹¹ Vgl. TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 6 N 7.

¹⁰⁹² Vgl. BGE 145 I 207, E. 2.1; 145 I 1, E. 4.1. Siehe auch VOGT, S. 7, m.w.H.

¹⁰⁹³ HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, N 255.

¹⁰⁹⁴ HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, N 262.

¹⁰⁹⁵ HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, N 265.

¹⁰⁹⁶ Siehe dazu BBl 1997 I 1, 190: «Der Grundsatz des Stimm- und Wahlrechts [...] dient der Konkretisierung der politischen Gleichheit, die mit der Rechtsgleichheit eng verknüpft ist [...]. Die politische Gleichheit widerspiegelt sich im Grundsatz des allgemeinen Stimm- und Wahlrechts, denn jeder Wählerin und jedem Wähler kommt die gleiche Anzahl Stimmen zu, jede Stimme hat gleich viel Gewicht, und alle Stimmen werden für die Mandatsverteilung bei Wahlen im Proporzverfahren berücksichtigt.»

Die Stimmbürger müssen ihr Wahlrecht überdies ohne staatlichen Druck oder Zwang ausüben können, indem Kandidaten frei gewählt werden dürfen. Bei Sachabstimmungen darf sich die Behörde mit objektiven Erläuterungen und sachlichen Argumenten für eine Vorlage stark machen (freies Wahlrecht). Zuletzt soll das Verfahren so ausgestaltet sein, dass jeder seine Stimme geheim, ohne Kenntnisnahme des Staates oder anderer Stimmbürger abgeben kann (geheime Wahl).¹⁰⁹⁷ Das Erfordernis eines qualifizierten Mehrs oder eines Beteiligungsquorums ist ausgeschlossen; ebenso die Berechnung des erforderlichen Mehrs auf der Grundlage der registrierten (und nicht tatsächlich votierenden) Stimmberechtigten.¹⁰⁹⁸

- 408 Zur Ausübung des Wahlrechts wird letztlich vorausgesetzt, dass die Berechtigten die Tragweite ihrer Entscheidungen beurteilen können.¹⁰⁹⁹ Der Staat sieht sich dadurch verpflichtet, für eine ausreichende Bildung zu sorgen, damit die Stimmbürger einerseits das politische Verfahren und andererseits die sozialen, finanziellen oder gesellschaftlichen Implikationen ihrer Entscheidungen verstehen.¹¹⁰⁰ Dazu muss auch gewährleistet werden, dass das Stimmvolk angemessen informiert wird.¹¹⁰¹

1.2 Strukturelle Übereinstimmungen und Differenzen

- 409 Der ursprünglichen Intention entsprechend,¹¹⁰² weisen staatliche und aktienrechtliche Strukturen durchaus Parallelen auf.¹¹⁰³ Der Generalversammlung (bzw. den Aktionären) kommt nach dem demokratischen Vorbild die höchste Position zu (Art. 698 Abs. 1 OR): Sie bildet die Legislative.¹¹⁰⁴ Das Füllen von Grundsatzentscheiden steht denn auch unübertragbar ihr zu (Art. 698 Abs. 2 OR). Derweil nimmt der Verwaltungsrat bzw. die durch Delegation befugte Geschäftsleitung die

¹⁰⁹⁷ Zum Ganzen HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, N 242. Zu den einzelnen Verfassungselementen der Demokratie auch TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 6 N 16.

¹⁰⁹⁸ TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 52 N 64a.

¹⁰⁹⁹ HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, N 234.

¹¹⁰⁰ HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, N 234.

¹¹⁰¹ Vgl. HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, N 236. Zur Information der Stimmbürger oben § 2/V.

¹¹⁰² Vgl. oben N 403.

¹¹⁰³ Zur Kompetenzordnung in der Aktiengesellschaft oben § 5/I. Siehe zur Gewaltenteilung in der Aktiengesellschaft auch BK-NOBEL, § 9 N 44.

¹¹⁰⁴ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 14; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 61. Siehe auch ZK-BÜHLER, Vor Art. 707–726 OR N 58, der den Vorbehalt anbringt, dass – im Gegensatz zum Aktionariat – weder das Volk noch das Parlament die Eigentümerfunktion am Staatsvermögen innehaben.

exekutiven Aufgaben wahr (Art. 716a OR). Die (teilweise) den Gerichten vorbehaltenen rechtliche Prüfung staatlichen Handelns obliegt in der Aktiengesellschaft in eingeschränkter Form der Revisionsstelle.¹¹⁰⁵

Ogleich Ähnlichkeiten also erkennbar sind, offenbart eine genauere Betrachtung diverse Differenzen. Was die Stellung des Individuums in der Aktiengesellschaft angeht, äussert die Lehre die zutreffende Kritik, dass dem Aktionär als Person im Verhältnis zum Kapital nur eine untergeordnete Rolle zuteilwird.¹¹⁰⁶ Das Mass der Gleichbehandlung bestimmt sich im Aktienrecht anhand der Kapitalbeteiligung.¹¹⁰⁷ So bemisst sich das Stimmrecht auch nicht nach Köpfen, sondern nach Aktien.¹¹⁰⁸ Gleichzeitig obliegen dem Aktionär mit Ausnahme der Liberierung (Art. 680 Abs. 1 OR) keine Pflichten.¹¹⁰⁹

Aus einer staatsrechtlichen Perspektive ist die Aktiengesellschaft denn auch nicht als klassische Demokratie, sondern als Plutokratie zu bezeichnen; kann der Aktionär mit steigendem Kapitaleinsatz doch seine Entscheidungsmacht in der Gesellschaft grundsätzlich beliebig ausweiten.¹¹¹⁰ Verfügt er über ausreichende finanzielle Mittel, kann er im Allgemeinen gar die ganze Gesellschaft – den ganzen *Aktienstaat* – beherrschen.¹¹¹¹

Die Aktiengesellschaft und der demokratische Staat unterscheiden sich bei wohl ähnlicher *Machtstruktur* vorwiegend hinsichtlich *Machtverteilung*. Alle Aktionäre sind nicht gleich, sondern üben abhängig von ihrer finanziellen Beteiligung unter-

¹¹⁰⁵ Vgl. ZK-TANNER, Art. 698 OR N 5. Bei Entscheiden der Bundesversammlung zur Einheit der Materie steht der Rechtsweg indes gerade nicht offen (vgl. oben N 47).

¹¹⁰⁶ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 1 N 8; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 2 f.; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 3 N 127.

¹¹⁰⁷ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 191.

¹¹⁰⁸ ZK-TANNER, Art. 698 OR N 61.

¹¹⁰⁹ Vgl. BÖCKLI, *Aktionärsdemokratie*, S. 181; BSK OR II-VOGT, Art. 680 N 1b (Aktien sollen eine «Investitionsmöglichkeit ohne Verpflichtung» bieten.). Zu den Aktionärspflichten oben § 5/IV.

¹¹¹⁰ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 46b; WATTER/MAIZAR, S. 413 f. Vgl. auch VOGT, S. 13. Eine mögliche Beschränkung dieser Machtausweitung besteht in einer statutarischen Vinkulierungsbestimmung (Art. 685a ff. OR; dazu oben N 172).

¹¹¹¹ BÖCKLI, *Aktionärsdemokratie*, S. 180 («Eine *noch* kapitalistischere und *noch* antideokratischere Konzeption der Willensbildung eines Kollektivs von Menschen ist kaum denkbar.» [Hervorhebungen im Original]). Vgl. auch FORSTMOSER, *Lex Minder*, S. 284 f.: «Die einen reden, die andern entscheiden, die aktienrechtliche Demokratie ist eine *Kapitaldemokratie*, die von den Grossaktionären [...] beherrscht wird.» (Hervorhebung im Original).

schiedlichen Einfluss aus. Dies steht in einem offensichtlichen Widerspruch zur *ratio legis* der Gewährleistung des Stimm- und Wahlrechts im öffentlichen Recht. Dieser zufolge dient der Grundsatz des Stimm- und Wahlrechts der Konkretisierung der politischen Gleichheit, indem jedem Wähler die gleiche Anzahl Stimmen zukommt.¹¹¹²

1.3 Formelles Verfahren der Entscheidung

- 413 Klar zu trennen von den Machtverhältnissen in der Aktiengesellschaft ist der formelle Prozess der Willensbildung. Ebenfalls in Anlehnung an das demokratische Vorbild erfolgt die Entscheidungsfindung durch vorgängige Deliberation und Mehrheitsentscheid.¹¹¹³ Während das Ergebnis der kollektiven Willensbildung zwar wesentlich von der grundlegenden Machtverteilung in der Gesellschaft abhängt,¹¹¹⁴ werden Beschlüsse in erster Linie durch formell korrekte und faire Verfahren legitimiert.¹¹¹⁵ Letzteres ist dem staatlichen und aktienrechtlichen Abstimmungsverfahren gemein.
- 414 In der Aktiengesellschaft hängt der Prozess der Willensbildung und Entscheidung massgeblich von der Grösse und der Streuung des Aktionärskreises ab.¹¹¹⁶ Die Situation in einer Publikumsgesellschaft lässt aufgrund der grossen Zahl an (verstreuten) Aktionären in der Regel nicht zu, dass sich sämtliche Aktionäre gemeinsam zu einer gewissen Vorlage beraten und darüber entscheiden; allenfalls finden sich Aktionäre in kleineren Gruppen ein und tauschen sich aus. Dieses Verfahren weist Ähnlichkeiten mit einer Volksabstimmung auf. Demgegenüber ist es in einem überschaubaren Aktionärskreis möglich, unter Einbindung aller Anteilseigner zu beraten und gemeinsam Beschluss zu fassen. Ein solches Verfahren lässt sich mit den Abläufen in einem Parlament vergleichen, wo eine beschränkte Anzahl an Parlamentariern über eine Sache befindet.

¹¹¹² BB1 1997 I 1, 190.

¹¹¹³ Vgl. VOGT, S. 9. In Abweichung vom System der demokratischen Volksabstimmung sieht das Aktienrecht für gewisse Abstimmungen indes qualifizierte Mehrheiten vor (Art. 704 OR).

¹¹¹⁴ Vgl. oben N 410 ff.

¹¹¹⁵ Vgl. VON DER CRONE/KESSLER, S. 12.

¹¹¹⁶ Vgl. oben § 6/I./4.

a. Generalversammlungsbeschluss als Volksabstimmung

Besonders durch den steigenden Einfluss der unabhängigen Stimmrechtsvertreter und Stimmrechtsberater etablieren sich in den Generalversammlungen neue Abläufe, welche dem schweizerischen (*halbdirekten*) Demokratieverständnis gleichen. In Publikumsgesellschaften mit breit gestreutem Aktionariat verschiebt sich die Willensbildung aus der Generalversammlung heraus und findet neu individuell und zeitlich vor der Instruktion des unabhängigen Stimmrechtsvertreters statt oder wird gleich gänzlich an den Stimmrechtsberater delegiert. In beiden Fällen kommt der Generalversammlung der ursprüngliche Zweck der Willensbildung abhanden.¹¹¹⁷ 415

Die postalische oder elektronische Übermittlung des Aktionärswillens entspricht der Stimmabgabe des Stimmbürgers an der Urne oder per Brief. Die zur Verfügung gestellten Informationen werden vorgängig und nicht in «Zusammenarbeit» mit der Gesellschaft bzw. dem Verwaltungsrat (v)erarbeitet. Die Möglichkeit des (organisierten) Meinungsaustausches mit anderen Aktionären entfällt. Distanziert sich der Aktionär zunehmend von der Willensbildung in der Generalversammlung, indem er sich seine Meinung im Voraus bildet und übermittelt, gleicht sich das Verfahren der aktienrechtlichen Beschlussfassung demjenigen einer demokratischen Volksabstimmung an.¹¹¹⁸ 416

b. Generalversammlung als Parlament

Vorweg ist anzuerkennen, dass die in der Lehre vorgebrachte Kritik am Vergleich von Generalversammlung und Parlamentsbetrieb durchaus berechtigt ist. Ein Parlament, das sich in periodischen Abständen zu Sitzungen einfindet, ist besser durchstrukturiert und kann gründlicher und ausführlicher beraten als Aktionäre, die einmal jährlich zusammenkommen.¹¹¹⁹ 417

Gleichwohl bestehen Ähnlichkeiten im Verfahren: In einem «strukturierten und effizienten Willensbildungsprozess» soll eine Mehrheit ermittelt werden.¹¹²⁰ Bei 418

¹¹¹⁷ Zum Ganzen oben § 6/I.

¹¹¹⁸ Vgl. HORBER, *Parlamentsregeln*, S. 932; POLEDNA, *Übertragung*, S. 927 ff.; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 2 N 42, der als Unterschied vorbringt, dass bei Volksabstimmungen keine Versammlung durchgeführt werde und die Willensbildung vornehmlich über die Berichterstattung in den Medien erfolge, wobei gerade Generalversammlungen von Publikumsgesellschaften faktisch auch so vonstattengehen.

¹¹¹⁹ Vgl. BÖCKLI, *Aktionärsdemokratie*, S. 181; BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 50; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 2 N 47.

¹¹²⁰ SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 2 N 46. Vgl. auch HORBER, *Parlamentsregeln*, S. 931.

kleineren, privaten Gesellschaften mit überschaubarem Aktionärskreis dürften Generalversammlungen vermehrt im ursprünglichen Sinne – bestehend aus Information, Beratung und Beschlussfassung – abgehalten werden.¹¹²¹ Vergleichbar mit einem Parlamentsbetrieb können unterschiedliche Interessen der Aktionäre direkt eingebracht und divergierende Meinungen debattiert werden.¹¹²² In der Folge können unter der Mitwirkung der Aktionäre neue Vorlagen bzw. Anträge erarbeitet werden und die Generalversammlung kann darüber abstimmen. Die Einbindung der Aktionäre in die Ausarbeitung einer Vorlage führt nicht nur mit sich, dass der Antrag aufgrund der direkten Beteiligung auf erhöhte Akzeptanz stösst, sondern er wird in der Regel auch besser verständlich, da sich die Aktionäre eingehender damit beschäftigt haben.¹¹²³

2. Fazit

- 419 Dass sich die Aktiengesellschaft teilweise in grundlegender struktureller Hinsicht von einem Staat unterscheidet, ist unbestritten. Die unterschiedliche Grundstruktur bezüglich Machtverteilung kann m.E. aber nicht als Argument herangezogen werden, wenn es um die Gewährleistung und Verbesserung einzelner Mitwirkungsrechte in der Aktiengesellschaft geht.¹¹²⁴ Die Übernahme von Elementen aus der demokratischen Staatslehre ist deshalb durchaus angezeigt, wenn dies eine Verbesserung des formellen Verfahrens der Willensbildung in der Aktiengesellschaft verspricht.¹¹²⁵ Basierend auf den dargelegten Unterschieden der Willensbildung und Beschlussfassung in der Generalversammlung könnten verschiedene Elemente öffentlich-rechtlicher Natur geprüft werden.

¹¹²¹ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 532. Siehe auch oben § 6/I.

¹¹²² Vgl. HORBER, *Parlamentsregeln*, S. 931 f.

¹¹²³ Vgl. oben N 238.

¹¹²⁴ In diesem Sinne betreffend Parlamentsregeln auch HORBER, *Parlamentsregeln*, S. 932. Siehe auch VOGT, S. 9: «Dass hier die Kapitalmehrheit, dort dagegen die Mehrheit nach Köpfen den demokratisch gebildeten Willen bestimmt, stellt indessen, was die Referenz für die Entscheidungsfindung angeht, keinen echten Unterschied dar.»

¹¹²⁵ In diesem Sinne auch SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 2 N 49: «Nur dort, wo die parlamentarischen Regeln *Mindeststandards* aufstellen, die allgemein für eine faire Verhandlung zu gelten haben, können sie die allgemeinen aktienrechtlichen Prinzipien konkretisieren.» (Hervorhebung im Original). Vgl. auch POLEDNA, *Übertragung*, S. 929.

Ob die Implementierung eines bestimmten Grundsatzes im Aktienrecht tatsächlich geboten ist, bleibt im Einzelfall zu prüfen.¹¹²⁶ Im Hinblick auf die Anforderung an eine freie Willensbildung und unverfälschte Stimmabgabe der Aktionäre in Gestalt der Einheit der Materie wird auf die unterschiedlichen Ausprägungen der Willensbildung in der Aktiengesellschaft zurückzukommen sein. 420

II. Einheit der Materie im Besonderen

In der Folge stellt sich hinsichtlich der konkreten Übernahme des Grundsatzes der Einheit der Materie die Frage, ob beim Schutz der Aktionäre prinzipiell Handlungsbedarf besteht und wie sich dies in verschiedenen Formen von Generalversammlungen verhält. Zudem sind Handlungsalternativen für die Aktionäre zu prüfen. 421

1. Handlungsbedarf

1.1 Im Allgemeinen

Die Einheit der Materie soll den Aktionären zusätzlichen Schutz für ihr Stimmrecht gewähren. Im Grundsatz geht es darum, dass die vom Verwaltungsrat oder anderen Aktionären stammenden Traktanden und Anträge so formuliert sind, dass der Aktionär seinen Willen frei bilden und unverfälscht übermitteln kann.¹¹²⁷ Auf den ersten Blick hat die Art und Weise der Übermittlung des Aktionärswillens grundsätzlich keinen Einfluss auf die Beantwortung dieser Frage. Indes spielt es eine Rolle, in welchem Kontext der Aktionär seinen Willen bildet. Dies steht oftmals in Verbindung mit der Übermittlungsform – nämlich ob der Aktionär seine Stimme in der Generalversammlung selbst abgibt oder ob er der Versammlung fernbleibt, sich vertreten lässt und mithin seinen Willen vorgängig bildet. 422

Trotz Bestrebungen, dem Aktionär eine freie Willensbildung zu ermöglichen, kann in der Regel nicht verhindert werden, dass bei jeder Entscheidung gewisse Abwägungen vorgenommen werden müssen.¹¹²⁸ Die Situation des Aktionärs unterscheidet sich von derjenigen eines Staatsbürgers dadurch, dass der Aktionär bewusst die Entscheidung getroffen hat, Anteilseigner einer bestimmten Aktien- 423

¹¹²⁶ Vgl. WATTER/MAIZAR, S. 415.

¹¹²⁷ Zum Zweck des Grundsatzes oben § 2/I.

¹¹²⁸ Vgl. oben § 2/V und N 68.

gesellschaft zu werden. Ebenso steht ihm grundsätzlich frei, diese Beteiligung jederzeit wieder aufzugeben.¹¹²⁹ Er befindet sich nicht in derselben schützenswerten Position wie ein Staatsbürger, der «unfreiwillig» in ein gesellschaftliches Gefüge eingegliedert (bzw. hineingeboren) wird und von dessen Entscheidungen direkt betroffen ist.¹¹³⁰ Dementsprechend kann einem Aktionär aufgrund seiner freien Entscheidung, Gesellschafter der Aktiengesellschaft zu sein, zugemutet werden, komplexere Sachverhalte zu analysieren und positive wie negative Aspekte einer Vorlage abzuwägen.¹¹³¹

1.2 Im Besonderen

- 424 Der Bedarf an einer besonderen Regelung zur Formulierung von Traktanden und Anträgen hängt unter anderem von der Form der Generalversammlung ab. Dazu dient die vorstehend dargelegte Differenzierung zwischen Versammlungen einer grösseren bzw. Publikums-gesellschaft sowie Gesellschaften mit einem kleineren und privaten Aktionärskreis (private Gesellschaften).¹¹³²

a. Grössere und Publikums-gesellschaften

- 425 Auf die Ähnlichkeit von Abstimmungsverfahren in grossen bzw. Publikums-gesellschaften und einer Volksabstimmung wurde vorstehend hingewiesen.¹¹³³ Wie bei staatlichen Abstimmungen liegen dem Aktionär in der Regel vom Verwaltungsrat diktierte Anträge vor. Auch bei einem Antrag aus dem breit gestreuten Aktionariat wird sich der einzelne Aktionär zumeist nicht an der Ausarbeitung desselben beteiligt haben. Er befindet sich in einem Kontext, in welchem in der Regel kein direkter Meinungsaustausch stattfindet oder ein solcher aufgrund des gestreuten Aktionariats nur schwierig zu bewerkstelligen ist. Ohne zusätzliche Gestaltungsmöglichkeit sind seine Optionen beschränkt auf eine Gutheissung oder Verwerfung des vorgelegten Antrags.¹¹³⁴ Er hat den Antrag basierend auf den zur

¹¹²⁹ Dazu unten § 8/II./2.3.

¹¹³⁰ Vgl. VOGT, S. 11 f.

¹¹³¹ Zur Pflicht des Staates, die Bildung seiner Bürger zu gewährleisten, oben N 408. Wie sich zeigen wird, ist eine extensive Abwägung teilweise unumgänglich (dazu unten § 10/I./1).

¹¹³² Dazu oben § 8/I./1.3.

¹¹³³ Dazu oben § 8/I./1.3/a.

¹¹³⁴ Vgl. BRUDERER, S. 72 f.; ZK-TANNER, Art. 698 OR N 62. Die fehlende Gestaltungsmöglichkeit ist zu relativieren (dazu unten § 8/II./2.2).

Verfügung gestellten Informationen und mithilfe der verwaltungsrätlichen Erläuterungen zu evaluieren und so seinen Willen zu bilden.

Der Grundsatz der Einheit der Materie leistet seinen Beitrag an den Schutz des Stimmrechts gerade in jenem Fall, wo dem Stimmenden ohne dessen Mitwirkung eine Vorlage unterbreitet wird, die er nur annehmen oder ablehnen kann. Der Verwaltungsrat verfügt aufgrund seiner Leitungsfunktion über einen Informationsvorsprung¹¹³⁵ und ist zudem für die Vorbereitung der Generalversammlung zuständig, was die Ausgestaltung der Traktanden und Anträge mit einschliesst (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR).¹¹³⁶ Das daraus entstehende Machtgefälle birgt die Gefahr, dass der Verwaltungsrat seine Kompetenz zur Durchsetzung eigener Interessen ausnützt und das Abstimmungsverfahren entsprechend gestaltet.¹¹³⁷ Ein solches Gebaren soll mit der Einhaltung der Einheit der Materie unter anderem unterbunden werden.¹¹³⁸

In Anbetracht der dargelegten verfahrenstechnischen Ähnlichkeiten bei Publikumsgesellschaften ist eine Übernahme der Einheit der Materie ins Aktienrecht im Grundsatz zu befürworten. Vorbehalten bleibt die Evaluation möglicher Handlungsalternativen, die denselben Schutz des aktienrechtlichen Stimmrechts bewirken können.¹¹³⁹

b. Private Gesellschaften

In einer Generalversammlung mit übersichtlichem Aktionärskreis besteht im Gegensatz zur Publikumsgesellschaft vermehrt die Möglichkeit, im direkten Austausch über Gesellschaftsangelegenheiten zu befinden. Der Aktionär ist direkt in die Willensbildung der Gesellschaft eingebunden und kann Einfluss auf den jeweiligen Beschluss nehmen.¹¹⁴⁰

Dem Schutzzweck der Einheit der Materie kommt dadurch eine untergeordnete Rolle zu. Durch den Einbezug des Aktionärs entwickelt dieser im Idealfall ein vertieftes Verständnis für die Vorlage und kann bei abweichenden Vorstellungen auch gestaltend eingreifen. So liegt ihm zur Abstimmung nicht ein vom Verwal-

¹¹³⁵ Vgl. MAROLDA MARTINEZ, S. 89 ff.

¹¹³⁶ Dazu oben § 6/II und § 6/III.

¹¹³⁷ Dazu unten § 9/IV./1.3.

¹¹³⁸ Gleiches gilt auch für einen Grossaktionär, der die Geschehnisse in der Generalversammlung aufgrund seiner Stimmenmacht entscheidend beeinflussen kann.

¹¹³⁹ Dazu unten § 8/II./2.

¹¹⁴⁰ Vgl. HORBER, *Parlamentsregeln*, S. 931 f. Dazu auch oben § 8/I./1.3/b.

tungsrat vorgefertigter Antrag vor, sondern einer, an dem er selbst mitgewirkt hat.¹¹⁴¹ Als Anschauungsbeispiel dient das Vorgehen in der Bundesversammlung: Jeder Parlamentarier hat bei der Behandlung eines Bundesgesetzes die Möglichkeit, bei jedem Artikel und jedem Absatz selbständig einzugreifen. In der Folge befinden die Parlamentarier in der Schlussabstimmung nur noch über das Gesamtpaket (Art. 81 ParlG).¹¹⁴²

2. Handlungsalternativen

- 430 Ob Handlungsbedarf besteht, lässt sich zu einem wesentlichen Teil auch aufgrund der bestehenden Alternativen eruieren. In der Folge werden drei Handlungsalternativen für den Aktionär näher betrachtet.

2.1 Voice

- 431 In seiner Rolle als Anteilseigner ist der Aktionär zur Mitwirkung in Gesellschaftsangelegenheiten befugt.¹¹⁴³ Dazu dient ihm in erster Linie das gesetzlich garantierte Stimmrecht (*«voice»*).¹¹⁴⁴ In jeder Abstimmung hat er die Möglichkeit, einen Antrag anzunehmen, abzulehnen oder sich der Stimme zu enthalten.¹¹⁴⁵ Sieht er sich nun einer zu komplexen oder aus seiner Sicht unzulässigen Vorlage gegenüber, steht es ihm frei, diese abzulehnen und so an den Verwaltungsrat oder den antragstellenden Aktionär zurückzuweisen.¹¹⁴⁶

2.2 Antrag zur separaten Abstimmung

- 432 Werden Anträge miteinander verknüpft und sieht sich ein Aktionär dazu gezwungen, einen Teil der Vorlage gegen seinen Willen anzunehmen, hat er im Rahmen seines individuellen Antragsrechts (Art. 700 Abs. 4 OR) die Möglichkeit, einen Verfahrensantrag auf separate Abstimmungen zu stellen. Dem Aktionär steht in Ausübung seines Rechtes auch offen, einen eigenen Sachantrag zu stellen, welcher

¹¹⁴¹ Meines Erachtens liegt es gerade an dieser Interaktionsmöglichkeit, dass die Einheit der Materie im öffentlichen Recht denn auch vorwiegend im Zusammenhang mit Volksabstimmungen zur Diskussion steht.

¹¹⁴² Vgl. KLEY, S. 20.

¹¹⁴³ Vgl. oben N 148.

¹¹⁴⁴ Vgl. KUNZ, *Exit*, S. 22. Zum Stimmrecht oben § 5/III./2.

¹¹⁴⁵ Vgl. DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 12; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 499.

¹¹⁴⁶ So für das öffentliche Recht auch HURST, S. 7.

bloss einen Teil der ursprünglichen Vorlage umfasst.¹¹⁴⁷ Diese Möglichkeit ist immer gegeben, muss ein Teil des ursprünglichen (verknüpften) Antrags doch ebenfalls vom Verhandlungsgegenstand gedeckt sein. Liegt bereits der ursprünglich vorgelegte Antrag nicht im Rahmen des Traktandums, kann grundsätzlich kein Beschluss gefasst werden.¹¹⁴⁸ Um zu verhindern, dass der Verwaltungsrat aus Effizienzgründen dennoch über den ursprünglichen Antrag abstimmen lässt,¹¹⁴⁹ empfiehlt es sich, zusätzlich in Form eines negativ formulierten Antrags die Ablehnung des zweiten Teils der ursprünglichen Vorlage zu beantragen.

Durch das individuelle Antragsrecht erfährt der Aktionär eine deutliche Besserstellung gegenüber dem Staatsbürger in einer Volksabstimmung. Der Aktionär kann «jederzeit» auf einen ungewünschten Antrag mit einem eigenen Gegenantrag reagieren. Demgegenüber hätte der Stimmbürger den beschwerlichen Prozess für eine neue Volksinitiative auf sich zu nehmen (vgl. Art. 139 BV). 433

2.3 Exit

Statt ihrem Missmut in der Generalversammlung mit einer ablehnenden Stimme Gehör zu verschaffen, kommt es vor, dass Aktionäre mit ihren Füßen abstimmen (*«voting with your feet»*), indem sie ihre Aktien verkaufen (*«exit»*).¹¹⁵⁰ Im Gegensatz zum Staatsbürger kann sich der Aktionär grundsätzlich jederzeit seiner Mitgliedschaft in der Gesellschaft entledigen.¹¹⁵¹ Ihm steht zwar kein Recht zu, aus der Gesellschaft auszutreten,¹¹⁵² er kann seine Beteiligung indes veräussern.¹¹⁵³ 434

Der Verkauf der Beteiligung an einer Publikumsgesellschaft ist in der Regel unproblematisch.¹¹⁵⁴ Bei privat gehaltenen Gesellschaften hingegen gestaltet sich ein Verkauf unter Umständen schwierig, da einerseits kein Markt für die Aktien besteht und andererseits bei vinkulierten Namenaktien zusätzlich die Zustimmung der 435

¹¹⁴⁷ Dasselbe steht dem Verwaltungsrat im Rahmen seines Antragsrechts zu (Art. 702a OR).

¹¹⁴⁸ Vgl. DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 220. Zu den Anforderungen an die Ausgestaltung des Antrags oben § 6/III./5.1/b.

¹¹⁴⁹ Dazu oben § 6/IV./2.2/b.

¹¹⁵⁰ Vgl. BERTSCHINGER, *Proxy Advisors*, S. 506 f.

¹¹⁵¹ Vgl. VOGT, S. 11.

¹¹⁵² KUNZ, *Minderheitenschutz*, § 4 N 86; SANWALD, S. 235 ff.

¹¹⁵³ KUNZ, *Exit*, S. 24, sieht im Veräusserungsrecht ein ungeschriebenes Vermögensrecht des Aktionärs. Vgl. auch GLANZMANN, *Auslaufmodell*, S. 261 ff.

¹¹⁵⁴ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 6 N 193.

Gesellschaft erforderlich sein kann (Art. 685b OR).¹¹⁵⁵ In kleineren, von klaren Mehrheiten beherrschten Gesellschaften kommt hinzu, dass die Aktien der Minderheitsaktionäre in der Regel nur zu einem deutlich unter dem Unternehmenswert liegenden Preis verkauft werden können.¹¹⁵⁶

- 436 Ungeachtet allfälliger Schwierigkeiten beim Verkauf der Aktien scheint eine *Exit*-Strategie gerade bei einmaligen Verstössen gegen die Einheit der Materie – und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass dem Aktionär mit Ausnahme der Liberierung grundsätzlich keine Pflichten obliegen¹¹⁵⁷ – über das Ziel hinauszuschiessen. Anders dürfte es sich verhalten, wenn der Aktionär durch die Verknüpfung von Anträgen wiederholt gegen seinen Willen zu Beschlüssen gezwungen wird.¹¹⁵⁸

3. Fazit

- 437 Die Rahmenbedingungen für die Beschlussfassung unterscheiden sich aufgrund der Grösse von Gesellschaften bzw. deren Aktionärskreise. Diese beeinflussen den Bedarf an einem zusätzlichen Schutz des Stimmrechts. Mit zunehmender Entfernung vom ursprünglichen Generalversammlungsmodell – mit Information, Deliberation und Beschlussfassung – steigt das Bedürfnis nach verstärkter Gewährleistung der freien Willensbildung und unverfälschten Stimmabgabe.
- 438 Ein Aktionär weist aber ganz grundsätzlich nicht dieselbe Schutzbedürftigkeit auf wie ein Staatsbürger. Er muss sich gefallen lassen, dass er im Rahmen seiner Willensbildung in erhöhtem Masse Vor- und Nachteile eines Antrags abzuwägen hat. Darüber hinaus ist seine Situation auch insofern eine andere, als ihm das individuelle Antragsrecht einen längeren Spiess zur Durchsetzung seiner Interessen bietet, hat er doch im Rahmen der Verhandlungsgegenstände jederzeit das Recht, einen eigenen Antrag zu stellen. Er bleibt aber trotzdem nicht dagegen gefeit, dass

¹¹⁵⁵ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 14 N 353; BÜHLER, *Regulierung*, N 390; KUNZ, *Exit*, S. 33 f.

¹¹⁵⁶ SCHENKER, *Anfechtung*, S. 19 f.

¹¹⁵⁷ Dazu oben § 5/IV.

¹¹⁵⁸ Vgl. KUNZ, *Exit*, S. 42. Ein Verkauf ist allenfalls auch dann geboten, wenn ein Generalversammlungsbeschluss derart tiefgreifende Änderungen mit sich führt, dass die entstehende Gesamtsituation in der Gesellschaft nicht mehr den Vorstellungen des Aktionärs entspricht. Solche Überlegungen stehen aber nur noch in einem entfernten Zusammenhang mit der Einheit der Materie und betreffen in erster Linie den materiellen Beschlussinhalt.

der Verwaltungsrat (bzw. der Versammlungsleiter) im Rahmen seiner Kompetenz einen Antrag zur Abstimmung bringt, der gegen die Einheit der Materie verstösst. Für solche Fälle ist dem Aktionär ein Instrument in die Hand zu geben.

Eine freie Willensbildung und eine unverfälschte Stimmabgabe sind zweifelsohne 439
auch im Aktienrecht erwünscht. Dementsprechend ist auch der Grundsatz der Einheit der Materie, welcher gerade diesen Aspekt des Stimmrechts zu gewährleisten sucht, analog im Aktienrecht anzuwenden.¹¹⁵⁹ Obwohl aus den vorstehenden Erläuterungen hervorgeht, dass der Bedarf an einem zusätzlichen Stimmrechtsschutz nicht in allen Gesellschaften im selben Ausmass gegeben ist, empfiehlt es sich zum generellen Schutz aller Aktionäre und auch im Sinne der *Einheit des Aktienrechts* trotzdem, den Grundsatz in den Generalversammlungen sämtlicher Aktiengesellschaften – klein oder gross – zu beachten.

¹¹⁵⁹ Gl.M. SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 10 N 39.

§ 9 Ausgestaltung im Aktienrecht

- 440 Das vorhergehende Kapitel führte zum Schluss, dass eine Übernahme der Einheit der Materie ins Aktienrecht sinnvoll ist. Das vorliegende Kapitel widmet sich nun der Ausgestaltung des Grundsatzes im Aktienrecht. Nach einer Beurteilung der rechtlichen Natur des Grundsatzes steht neben der Anwendbarkeit desselben vor allem die Ausarbeitung der Kriterien, anhand derer die Traktanden und Anträge an die Generalversammlung zu prüfen sind, im Zentrum. Zudem wird der Frage nachgegangen, welche Parteien diese Überprüfung in welchem Umfang vorzunehmen haben.

I. Gültigkeitsvoraussetzung und formeller Anfechtungsgrund

- 441 Das Kriterium der Einheit der Materie ist zweifaltig. Einerseits schreibt es zu einem bestimmten Grad die inhaltliche Ausgestaltung des Traktandums oder Antrags vor. Im Kontext der Überprüfung eines Traktandums bzw. Antrags stellt es damit ein materielles Gültigkeitserfordernis dar.¹¹⁶⁰ Andererseits dient die rechtsgültige Ausgestaltung des Traktandums und Antrags – und so auch der Grundsatz der Einheit der Materie – der uneingeschränkten Ausübung des aktienrechtlichen Stimmrechts.¹¹⁶¹
- 442 Obwohl die Einheit der Materie also den formulierten Inhalt eines Traktandums bzw. Antrags zum Gegenstand hat und im engeren Sinn ein materielles Gültigkeitserfordernis darstellt, führt die Missachtung des Grundsatzes letztlich zu einer Verletzung des Stimmrechts und stellt folglich einen Mangel im Verfahren der Beschlussfassung dar.¹¹⁶²
- 443 Ein formeller Mangel führt in der Regel zur Anfechtbarkeit des Beschlusses.¹¹⁶³ Dies gilt insbesondere bei einer Verletzung des Stimmrechts.¹¹⁶⁴ Für die Anfecht-

¹¹⁶⁰ So DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 182.

¹¹⁶¹ Vgl. oben N 392 f.

¹¹⁶² Gl.M. SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 10 N 42. Vgl. auch POLEDNA, *Übertragung*, S. 929; ZK-TANNER, Art. 700 OR N 24.

¹¹⁶³ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 63 ff.; HUGUENIN/MAHLER, S. 147.

¹¹⁶⁴ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 163.

barkeit und mithin gegen die Nichtigkeitsfolge spricht im konkreten Fall, dass nicht ein derart schwerer Mangel vorliegt, mit dem sich eine Einschränkung der Rechtssicherheit rechtfertigen liesse. Auch die primäre Betroffenheit von Aktionärsinteressen spricht für die Mangelfolge der Anfechtbarkeit.¹¹⁶⁵ Letztlich muss dem Aktionär im Rahmen seiner Willensbildung bewusst werden, dass die Einheit der Materie verletzt ist. Unter diesen Umständen ist ihm zuzumuten, den Beschluss innert der Anfechtungsfrist von zwei Monaten anzufechten, andernfalls davon ausgegangen werden kann, dass die Rechtsverletzung geheilt wurde.¹¹⁶⁶

II. Anwendbarkeit

Die Frage der Anwendbarkeit des Grundsatzes stellt sich sowohl bei Traktanden und Anträgen wie auch bei Wahlen. Zudem ist zu klären, ob die Einheit der Materie bei Total- und Teilrevisionen zu beachten ist. 444

1. Traktandum und Antrag

1.1 Traktandum

In der aktienrechtlichen Lehre kommt die Einheit der Materie jeweils einzig im Zusammenhang mit Traktanden zur Sprache. Der Grundtenor in der diesbezüglichen Lehre lautet, der Grundsatz sei auf die Formulierung von Traktanden anzuwenden, um dem Aktionär eine unverfälschte Willensäußerung zu ermöglichen.¹¹⁶⁷ Derselbe Wortlaut ist dem Gesetzesentwurf zur Aktienrechtsrevision 2016 zu entnehmen. Demnach hat der Verwaltungsrat sicherzustellen, dass die 445

¹¹⁶⁵ Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 63 ff.; HUGUENIN/MAHLER, S. 147.

¹¹⁶⁶ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 175; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 8 N 221. Auch der Botschaft zur Aktienrechtsrevision 2016 ist zu entnehmen, dass bei einer Verletzung der Einheit der Materie «der entsprechende Beschluss zumindest anfechtbar» ist; womit sich der Bundesrat mit einer Festlegung zwar vornehm zurückhält, aber doch zumindest eine Tendenz erkennen lässt (vgl. BBl 2017 399, 554). Ausführlich zur Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit oben § 6/V./3.

¹¹⁶⁷ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 100d; DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 85 (behandelt das Traktandierungsbegehren, was den Antrag zumindest einschliesst); ZK-TANNER, Art. 700 OR N 24. Siehe auch SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 10 N 41, der eine entsprechende Beurteilung von Anträgen zumindest andeutet.

Verhandlungsgegenstände die Einheit der Materie wahren (Art. 700 Abs. 3 E-OR). Auch in der Botschaft ist durchwegs von Verhandlungsgegenständen die Rede.¹¹⁶⁸

- 446 Nach der hier vertretenen Auffassung bezweckt die Einhaltung des Grundsatzes bei der Formulierung von Traktanden nur im weiteren Sinne die unverfälschte Ausübung des Aktionärsstimmrechts. Vorweg soll der Grundsatz verhindern, dass Aktionäre mithilfe unrechtmässiger Verknüpfung von Beschlussgegenständen andere Aktionäre um sich scharen können und so die Traktandierungsschwelle nach Art. 699 Abs. 3 OR erreichen.¹¹⁶⁹
- 447 Verletzt ein Traktandum die Einheit der Materie, führt dies noch nicht zwingend zu einer verfälschten Willensbildung oder -äusserung. Durch die Mitteilung der Traktanden soll dem Aktionär ermöglicht werden, sich auf die Versammlung vorzubereiten.¹¹⁷⁰ In der Regel lässt sich auch bei einem Traktandum, das mehrere Beschlussgegenstände verknüpft, eruieren, worüber Beschluss gefasst werden soll. Folglich ist die Einheit der Materie bei der Formulierung der Traktanden zweitrangig. Entscheidend ist, dass der Aktionär seinen Willen in Bezug auf den Antrag unverfälscht bilden und mitteilen kann.

1.2 Antrag

- 448 Wie soeben angedeutet, spielt die Einhaltung des Grundsatzes auf Ebene des Antrags eine wesentlich grössere Rolle. Im Kern geht es bei der Einheit der Materie darum, den Stimmenden davor zu bewahren, bei einer Abstimmung zu einem Teil der Vorlage – gegen seinen Willen – «Ja» sagen zu müssen, nur um den zweiten Teil derselben annehmen zu können.¹¹⁷¹ Das aktienrechtliche Äquivalent zur Abstimmungsvorlage im öffentlichen Recht ist folglich der Antrag und nicht das Traktandum.¹¹⁷² Der Aktionär wird in der Generalversammlung vor die Frage gestellt, ob er den vorgelegten Antrag ablehnen oder annehmen und mithin zum Beschluss erheben will.¹¹⁷³ Die kritische Einschränkung seiner Erklärungsoptionen

¹¹⁶⁸ Vgl. BBl 2017 399, 554.

¹¹⁶⁹ Vgl. zum öffentlichen Recht oben N 9.

¹¹⁷⁰ Vgl. oben N 288.

¹¹⁷¹ Vgl. BBl 1890 III 455, 462: «Ein Initiativbegehren darf nicht so eingerichtet sein, dass ein Bürger, der mit der Revision einer Materie einverstanden ist, mit derjenigen einer oder mehrerer anderer aber nicht, entweder Alles unterzeichnen muss, oder gar nicht unterzeichnen kann.» Ausführlich dazu oben § 2/I.

¹¹⁷² Vgl. HAEFLIGER, S. 78.

¹¹⁷³ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 178.

erfolgt dementsprechend bei der Abstimmung über den Antrag, was die Einhaltung der Einheit der Materie erst nötig macht.

Die folgenden Erläuterungen beziehen sich schwergewichtig auf die Formulierung der jeweiligen Anträge – beispielsweise wenn die Rede von einer Verknüpfung (von Beschlussgegenständen) ist. Die Beispiele und zugehörigen Erläuterungen nehmen aufgrund des engen Zusammenhangs zwischen Traktandum und Antrag aber stets auch Bezug auf die Formulierung der Traktanden.¹¹⁷⁴ 449

2. Wahlen

Im öffentlichen Recht ist der Grundsatz der Einheit der Materie auch bei Wahlen zu beachten. Die Kopplung von mehreren Kandidaten lässt sich dabei nicht mit dem Grundsatz der Einheit der Materie vereinbaren.¹¹⁷⁵ 450

Diese Interpretation lässt sich ohne Weiteres auf die Aktiengesellschaft ummünzen.¹¹⁷⁶ Eine Wahl sämtlicher Verwaltungsratsmitglieder *in globo* ist nicht vereinbar mit der Einheit der Materie. Ist ein Aktionär gezwungen, einzelne Verwaltungsräte gegen seinen Willen zu wählen, nur um im Gegenzug seinem Wunschkandidaten die Stimme geben zu können, kann er seinen Willen nicht unverfälscht äussern.¹¹⁷⁷ 451

3. Total- und Teilrevision der Statuten

Im öffentlichen Recht ist die Anwendbarkeit des Grundsatzes bei Totalrevisionen der Verfassung umstritten. Entgegen der Meinung des Bundesgerichtes ist der Grundsatz nach der hier vertretenen Auffassung nur bei Teilrevisionen anwendbar.¹¹⁷⁸ 452

¹¹⁷⁴ Dazu unten § 10/I.

¹¹⁷⁵ Dazu oben § 2/II./3.

¹¹⁷⁶ Siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 24 N 24: «Dazu ist festzuhalten, dass auch Wahlen Beschlüsse sind, die sich nur durch ihre Ausrichtung auf einen personellen Entscheid auszeichnen und im übrigen den anderen Beschlüssen gleichgestellt sind.» Vgl. auch KUNZ, *Anfechtungen*, N 27.

¹¹⁷⁷ Gl.M. ZK-BÜHLER, Art. 710 OR N 13; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 653; BSK VegüV-VOGT, Art. 7 N 72; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 4 N 41; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, § 1 N 40. Ausführlich dazu unten § 10/I./3.

¹¹⁷⁸ Dazu oben § 2/II./1.

- 453 Diese Sichtweise ist grundsätzlich auch im Aktienrecht geboten. Es liegt in der Natur der Sache, dass Gesellschaftsstatuten eine Vielzahl an materiell unterschiedlichen Bestimmungen enthalten; allein die einzelnen gesetzlich vorgeschriebenen Statutenbestimmungen (Art. 626 OR) lassen sich nicht einer einzigen Materie unterordnen.¹¹⁷⁹ Eine Totalrevision der Statuten liesse sich folglich nicht mit der Einheit der Materie vereinbaren, was wiederum zur Folge hätte, dass sie in Einzelschritten vollzogen werden müsste. Ein solches Vorgehen wäre nicht zweckmässig.¹¹⁸⁰
- 454 Indessen bietet der Ausschluss des Grundsatzes bei der Totalrevision die Möglichkeit, die durch die Einheit der Materie gestellten Anforderungen zu umgehen, indem eine Teilrevision unter dem Titel einer Totalrevision durchgeführt wird.¹¹⁸¹ Im Gegensatz zu einer Totalrevision der Bundesverfassung mit der damit einhergehenden Neuwahl der Räte (Art. 193 Abs. 3 BV) hat eine Totalrevision der Statuten einer Aktiengesellschaft keine weiteren Konsequenzen. Die Differenzierung erschöpft sich im Umfang der zu ändernden Statutenbestimmungen. Dies bedingt eine zusätzliche Unterscheidung.

¹¹⁷⁹ Vgl. HANGARTNER/EHRENZELLER, St. Galler Kommentar zu Art. 193 N 20.

¹¹⁸⁰ In diesem Sinne sind auch die Entwicklungen in der Aktienrechtsrevision 2016 zu verstehen. Die Formulierung aus dem Erläuternden Bericht Aktienrechtsrevision 2016, S. 122 («Entsprechend wird eine Totalrevision der Statuten nicht mehr in einer einzigen Abstimmung möglich sein»), ist in der Botschaft nicht mehr zu finden. Neu findet sich folgender Hinweis: «Es ist also z.B. bei einer Totalrevision der Statuten weiterhin nicht notwendig, dass über jede Bestimmung einzeln abgestimmt werden muss. Inhaltliche Widersprüche wären vorprogrammiert. Es dürfen Themenblöcke, die voneinander inhaltlich abhängen, unter demselben Verhandlungsgegenstand zur Abstimmung gebracht werden.» (BBl 2017 399, 554). BÖCKLI, *Blütenlese*, S. 4, würde eine Totalrevision der Statuten in Anbetracht der «unglaubliche[n] Flexibilität, mit der die Schweizer Politik die «Einheit der Materie» praktisch handhabt» als *eine* Materie bezeichnen. Vgl. auch die Auslegung von WOLFFERS, S. 260 ff., der die Einheit der Materie auch unter dem Aspekt der Technik der Verfassungsgebung beurteilt (dargelegt oben N 31).

¹¹⁸¹ Diesen Kniff wandte auch der Bundesrat schon an: «Im Rahmen der vorliegenden Reform wäre es grundsätzlich denkbar, die notwendigen Verfassungsänderungen einzeln zur Abstimmung zu bringen [...]. Vielmehr soll das Verfahren der Totalrevision gemäss Art. 193 BV zum Tragen kommen [...]. Mit diesem Vorgehen kann ferner die Frage umgangen werden, ob der Grundsatz der Einheit der Materie im vorliegenden Fall gewahrt wäre.» (BBl 2002 2291, 2323 f.).

Bei der Totalrevision kann in Anlehnung ans öffentliche Recht zwischen einer formellen und materiellen Totalrevision unterschieden werden.¹¹⁸² Eine *formelle* Totalrevision liegt vor, wenn eine alte Statutenversion ganzheitlich durch eine neue ersetzt wird.¹¹⁸³ Diesfalls besteht die Gefahr, dass einzelne materielle Änderungen zur Umgehung der Einheit der Materie in einer neuen Statutenversion präsentiert werden. Bei einer formellen Totalrevision kann die Anwendung der Einheit der Materie deshalb nicht per se ausgeschlossen werden. 455

Damit von der Einhaltung der Einheit der Materie abgesehen werden kann, muss eine *materielle* Totalrevision vorliegen. Entgegen der öffentlich-rechtlichen Definition bedarf es dafür zwar keiner Änderung der Grundprinzipien der Statuten.¹¹⁸⁴ Es handelt sich dann um eine materielle Totalrevision, wenn eine *erhebliche* Zahl der Statutenbestimmungen¹¹⁸⁵ *materiell* geändert wird. 456

In welchem Fall es sich um eine *erhebliche* Zahl an betroffenen Bestimmungen handelt, hängt unter anderem vom Umfang der jeweiligen Statuten ab. Statuten, welche auf den gesetzlichen Minimalinhalt beschränkt sind, bestehen regelmässig aus ca. 20 Bestimmungen.¹¹⁸⁶ Gleichzeitig lassen sich Statuten aber abhängig vom Detaillierungsgrad beliebig oder aufgrund zusätzlicher Pflichten zwingend erweitern.¹¹⁸⁷ Ein starrer prozentualer Wert zur Definition der *Erheblichkeit* ist aufgrund der grossen Unterschiede nicht zielführend. Eine zahlenmässige Grenze hat sich m.E. an einem geordneten Ablauf und einer angemessenen Dauer der Generalver- 457

¹¹⁸² Dazu oben FN 23.

¹¹⁸³ Die Statuten vom 01.01.2016 werden ersetzt durch die Statuten vom 01.01.2020.

¹¹⁸⁴ Vgl. oben FN 23.

¹¹⁸⁵ Als Statutenbestimmung gilt in diesem Zusammenhang ein einzelner Regelungsgegenstand, wie bspw. die Amtsdauer des Verwaltungsrates oder die Regelung eines Höchstalters für den Verwaltungsrat (vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 9 N 45). Eine Statutenbestimmung definiert sich unabhängig von der formellen Darstellung der Statuten; insbesondere kann ein Artikel mehrere Regelungsgegenstände beinhalten. Dazu auch unten § 9/III./1.2.

¹¹⁸⁶ Vgl. Musterstatuten (Kurzversion) Handelsregisteramt Zürich.

¹¹⁸⁷ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 8 N 2; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 2 N 20 ff. Laut Botschaft zur Aktienrechtsrevision 2016 würde der zu streichende Art. 627 OR bei konsequenter Vervollständigung allein «an die fünfzig Ziffern mit bedingt notwendigem Statuteninhalt aufweisen» (BB1 2017 399, 487). Siehe z.B. Musterstatuten Handelsregisteramt Zürich; Statuten Helvetia Holding AG; Statuten Novartis AG; Statuten UBS Switzerland AG.

sammlung zu orientieren.¹¹⁸⁸ Diese Grenze befindet sich im Bereich zwischen fünf und zehn Einzelabstimmungen, welche dem Verwaltungsrat und den Aktionären durchaus zugemutet werden können. Ausgehend vom obigen Minimalreferenzwert (ca. 20 Statutenbestimmungen) ist die Mindestgrenze von fünf Einzelabstimmungen mit zunehmendem Umfang der Statuten kontinuierlich zu erhöhen, bis die maximale Zahl von zehn Einzelabstimmungen erreicht ist.¹¹⁸⁹ Soll betreffend mehr als zehn Statutenbestimmungen Beschluss gefasst werden, rechtfertigt sich nach der hier vertretenen Auffassung in jedem Fall die Durchführung einer Totalrevision.¹¹⁹⁰

- 458 Die ursprünglich eingeschränkte Anwendbarkeit der Einheit der Materie auf Teilrevisionen ist folglich insofern zu revidieren, als der Grundsatz ausschliesslich bei einer *materiellen* Totalrevision der Statuten nicht eingehalten werden muss. Die Ausnahme bildet eine formelle Totalrevision, mit der rein redaktionelle Anpassungen vorgenommen werden. Bleibt eine Änderung der materiellen Rechtslage aus, ist ein zusätzlicher Schutz des Aktionärs nicht nötig. In diesem Fall ist mithin eine einzelne Abstimmung zulässig. Werden redaktionelle Anpassungen mit materiellen Änderungen kombiniert und liegt noch keine materielle Totalrevision vor, ist getrennt über die materiellen Änderungen abzustimmen, derweil die redaktionellen Anpassungen Gegenstand einer einzigen Abstimmung bilden können.

III. Tatbestand

1. Verletzung der Einheit der Materie

- 459 Laut der gängigen Definition im Aktienrecht ist die Einheit der Materie dann gewahrt, wenn einzelne Bestandteile eines Traktandums¹¹⁹¹ einen *sachlichen* bzw.

¹¹⁸⁸ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 180a; FORSTMOSER, *Informationsrechte*, S. 120; HAEFLIGER, S. 73.

¹¹⁸⁹ Zur kontinuierlichen Anpassung dient als Richtwert 25 % der gesamten Statutenbestimmungen, welcher sich aus dem Minimalreferenzwert (ca. 20 Statutenbestimmungen) und fünf Einzelabstimmungen ergibt.

¹¹⁹⁰ Vgl. EHRA Praxismitteilung 3/13, Ziff. 2.3.1: Das EHRA erachtete die Anpassung der Statuten an die VegüV «für sich allein» nicht als Totalrevision. In Anbetracht der Vielzahl an Bestimmungen, welche zur Anpassung an die VegüV (bedingt) zwingend in die Statuten aufzunehmen waren, wären m.E. die Voraussetzungen für eine *materielle* Totalrevision gegeben.

¹¹⁹¹ Zur Anwendbarkeit des Grundsatzes auf Traktanden bzw. Anträge oben § 9/II/1.

engen Zusammenhang aufweisen.¹¹⁹² Diese der staatsrechtlichen Lehre und Rechtsprechung entlehnte Umschreibung birgt zwangsläufig dasselbe Problem: Es liegt ein nur schwer zu fassendes Gültigkeitserfordernis vor.¹¹⁹³

1.1 Kernbeschlussgegenstände

Im Aktienrecht bietet sich aufgrund der (weitgehend) klaren Kompetenzzuweisung¹¹⁹⁴ die Möglichkeit, *Kernbeschlussgegenstände* zu kategorisieren. Elemente aus den jeweiligen Kategorien der Kernbeschlussgegenstände dürfen zum Schutz des Aktionärsstimmrechts nicht in einem Antrag kombiniert werden.¹¹⁹⁵ Welcher Kategorie die einzelnen Beschlussgegenstände zuzuordnen sind, beurteilt sich nach dem Verständnis eines durchschnittlichen Aktionärs.¹¹⁹⁶

Im Grundsatz gilt somit Folgendes:

Die Verknüpfung mehrerer Beschlussgegenstände in einem einzigen Antrag ist zulässig, wenn sich die einzelnen Elemente unter den gleichen *Kernbeschlussgegenstand* subsumieren lassen.

¹¹⁹² Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 100d; DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 85; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 10 N 41; ZK-TANNER, Art. 700 OR N 24.

¹¹⁹³ Vgl. BGer 1C_109/2016 vom 8. August 2016, E. 2.1. Zu den Kriterien im öffentlichen Recht oben § 2/III.

¹¹⁹⁴ Die generelle Auffangkompetenz liegt beim Verwaltungsrat (Art. 716 OR), was mit sich führt, dass die Kompetenzen der Generalversammlung nahezu umfassend gesetzlich verankert sind. Die Möglichkeit, weitere Kompetenzen der Generalversammlung in den Statuten festzuschreiben, ist eng begrenzt (vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12 N 14 f.).

¹¹⁹⁵ Vgl. Verfügung der Übernahmekammer der EBK vom 23. Juni 2000, E. 3.e: «Durch die *Koppelung von zwei wichtigen Beschlüssen* wird allerdings von den Aktionären ein Abwägen der Möglichkeiten zwingend verlangt. Den Vorteilen der Einheitsaktie verbunden mit deren Split stehen die Nachteile der befristeten und individualisierten Opting out-Klausel gegenüber. *Dadurch kann kein klarer und sachmässig gerechter Entscheid der Aktionäre getroffen werden. Vielmehr wird dadurch eine eindeutige Entscheidungsgrundlage der Minderheitsaktionäre verwischt.*» (Hervorhebungen durch den Verfasser).

¹¹⁹⁶ Vgl. BGE 121 III 420, E. 2.a; 103 II 141, E. a.

462 Eine zweckmässige Kategorisierung orientiert sich an den einzelnen Beschlusskompetenzen der Generalversammlung.¹¹⁹⁷ Daraus ergeben sich folgende *Kernbeschlussgegenstände*:¹¹⁹⁸

- Wahl des Verwaltungsrates;¹¹⁹⁹
- Wahl des Verwaltungsratspräsidenten;
- Wahl der Revisionsstelle;
- Wahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreters;
- Abberufung des Verwaltungsrates;
- Abberufung der Revisionsstelle;
- Genehmigung des Lageberichtes;
- Genehmigung der Konzernrechnung;
- Genehmigung der Jahresrechnung;
- Beschluss über die Verwendung des Bilanzgewinns;
- Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrates;¹²⁰⁰
- Genehmigung der Vergütung des Verwaltungsrates;
- Genehmigung der Vergütung der Geschäftsleitung;
- Genehmigung der Vergütung des Beirates;
- Kapitalerhöhung;
- Kapitalherabsetzung;
- Schaffung von Vorzugsaktien;
- Schaffung von Partizipationsscheinen;
- Schaffung von Genussscheinen;
- Schaffung von Stimmrechtsaktien;
- Einführung der Übertragungsbeschränkung bei Namenaktien (Vinkulierung);
- Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Namenaktien;
- Bildung zusätzlicher Reserven;
- Gewährung des Einsichtsrechts;
- Einleitung einer Sonderprüfung;
- Ernennung von Sachverständigen;

¹¹⁹⁷ Dazu oben § 5/II.

¹¹⁹⁸ Die einzelnen Kernbeschlussgegenstände sind zwecks Übersichtlichkeit gruppiert; jedes einzelne Lemma stellt für sich einen Kernbeschlussgegenstand dar.

¹¹⁹⁹ Zur zusätzlichen Differenzierung bei Wahlen unten N 465.

¹²⁰⁰ Zur zusätzlichen Differenzierung bei der Entlastung unten N 465.

- *Opting-out* betreffend Revisionsstelle;
- *Opting-out* betreffend börsenrechtliche Angebotspflicht;
- Verzicht auf die Anwesenheit der Revisionsstelle an der Generalversammlung;
- Liquidationsbeschluss;
- Einsetzung eines Liquidators;
- Fusionsbeschluss;
- Spaltungsbeschluss;
- Umwandlungsbeschluss.

Mit anderen Worten ist die Einheit der Materie dann verletzt, wenn ein Element eines dieser Kernbeschlussgegenstände mit einem oder mehreren Elementen eines anderen Kernbeschlussgegenstandes verknüpft wird. In diesem Fall kann der Aktionär seinen Willen zu einem einzelnen Beschlussgegenstand nicht mehr frei bilden und unverfälscht mitteilen, wodurch sein Stimmrecht verletzt wird. 463

Im Grundsatz ist es zwar sinnvoll, aber nicht zwingend, die einzelnen Kernbeschlussgegenstände jeweils unter einem separaten Traktandum zu behandeln. Eine Zusammenfassung gewisser Kernbeschlussgegenstände unter einem Traktandum ist zulässig; beispielsweise bei der Genehmigung der Vergütungen von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat.¹²⁰¹ 464

Eine Einschränkung erfährt die Grundregel dann, wenn eine personelle Dimension hinzutritt. Namentlich stellt sich bei Wahlen und der Entlastung des Verwaltungsrates die Frage, ob über den Gesamtverwaltungsrat oder die einzelnen Mitglieder Beschluss zu fassen ist. Um dem Aktionär eine unverfälschte Willensbildung und -übermittlung zu ermöglichen, sind Verwaltungsräte zwingend *einzel*n zu wählen und auch zu entlasten.¹²⁰² 465

1.2 Sonderfall Statutenrevision

Eine Besonderheit stellen Statutenänderungen dar. Eine (teilweise) Statutenrevision für sich als einzelnen Kernbeschlussgegenstand zu definieren, wäre gleichbedeutend mit der Anwendung des Grundsatzes auf eine Totalrevision.¹²⁰³ Unter den Kernbeschlussgegenstand Statutenrevision liesse sich eine beliebige Zahl an Sta- 466

¹²⁰¹ Dazu unten § 10/I./5.

¹²⁰² Dazu im Detail unten § 10/I./3 (Wahlen) und § 10/I./4 (Décharge).

¹²⁰³ Vgl. oben § 2/II./1 und § 9/II./3.

tutenbestimmungen mit unterschiedlichsten Regelungsgegenständen subsumieren, was nicht mit der Einheit der Materie zu vereinbaren wäre.

- 467 Zur Lösung dieses Problems ist im Bereich von Statutenänderungen auf die einzelnen Statutenbestimmungen im Sinne von Regelungsgegenständen abzustellen.¹²⁰⁴ Als solche gelten beispielsweise die Amtsdauer des Verwaltungsrates oder eine Altersbeschränkung für selbigen.¹²⁰⁵ Die Abgrenzung der einzelnen Regelungsgegenstände erfolgt unabhängig von der formellen Darstellung in den Statuten, was insbesondere bedeutet, dass ein «Statuten-Artikel» mehrere Statutenbestimmungen enthalten kann.¹²⁰⁶ Die Änderung jeder Statutenbestimmung hat grundsätzlich mittels einer separaten Abstimmung zu erfolgen.¹²⁰⁷

2. Rechtsschutzinteresse

- 468 Damit die Einheit der Materie nicht zum Spielball von Querulanten verkommt,¹²⁰⁸ ist bereits beim Rechtsschutzinteresse als Prozessvoraussetzung ein strenger Massstab anzulegen.¹²⁰⁹ Nach geltender Rechtsprechung und Lehre fehlt dem Aktionär in der Regel das Anfechtungsinteresse, wenn er dem Beschluss in der Versammlung zugestimmt hat.¹²¹⁰ Im Zusammenhang mit der Einheit der Materie ist zusätzlich vorauszusetzen, dass sich der Aktionär um eine separate Abstimmung der Generalversammlung bemüht hat.¹²¹¹ Einem Versammlungsteilnehmer kann ohne Weiteres zugemutet werden, mittels Verfahrensantrag eine getrennte Ab-

¹²⁰⁴ Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 9 N 45.

¹²⁰⁵ Weitere Beispiele sind die Firma der Gesellschaft, der Sitz, der Zweck, die Frist zur Einberufung der Generalversammlung oder die Ausübung des Stimmrechts.

¹²⁰⁶ So bereits oben FN 1185.

¹²⁰⁷ Dazu im Detail unten § 10/I./6.

¹²⁰⁸ Ausführlich zum Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage LEHMANN.

¹²⁰⁹ Konsequenterweise müsste dieser strenge Massstab bereits bei der Prüfung eines allfälligen Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen angelegt werden (vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 135; zu vorsorglichen Massnahmen und der Handelsregistersperre oben § 6/V./5).

¹²¹⁰ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 6; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 45; KNOBLOCH, S. 122; RIEMER, N 142; SCHENKER, *Anfechtung*, S. 25.

¹²¹¹ Vgl. RIEMER, N 150 f. LEHMANN, N 679 ff., lehnt eine Rügeobliegenheit zulasten des Aktionärs prinzipiell ab. Siehe auch BGE 99 II 55, E. 1: «Es ist nicht Sache des den Beschluss missbilligenden Aktionärs, Gegenvorschläge zu machen.»

stimmung über die jeweiligen Kernbeschlussgegenstände zu verlangen.¹²¹² Selbiges muss grundsätzlich auch für denjenigen Aktionär gelten, der von der Versammlung fernbleibt, aber schriftlich einen Antrag auf separate Abstimmung einreichen kann.

Das Anfechtungsrecht soll jenen Aktionären vorbehalten bleiben, welche ihre Aktionärsrechte zur Wahrung der Einheit der Materie selbständig einsetzen. Demgegenüber kann jenen Aktionären, die in erster Linie Individualinteressen verfolgen und sich dazu der schwierig zu umreisenden Einheit der Materie bedienen wollen, in einem gewissen Mass Einhalt geboten werden.¹²¹³ 469

3. Kausalität

Ein mit einem Verfahrensmangel behafteter Beschluss ist nur anfechtbar, wenn der Mangel für das Abstimmungsergebnis kausal ist.¹²¹⁴ Diese Voraussetzung gilt entsprechend auch bei einer Verletzung der Einheit der Materie.¹²¹⁵ Mit SCHOTT ist bei der Frage nach der Kausalität auf einen objektivierten Aktionär abzustellen und sind mithin die Auswirkungen des Mangels auf das Stimmverhalten des Aktionärs zu untersuchen (sogenannte *normative* Kausalität). Entscheidend ist also nicht, ob das Abstimmungsergebnis anders ausgefallen wäre, würden die vom betroffenen Aktionär abgegebenen Stimmen anders gewertet, sondern ob ein objektiver Aktionär durch den Mangel in seiner Willensbildung beeinflusst worden wäre.¹²¹⁶ 470

Liegt tatsächlich eine Verletzung der Einheit der Materie vor, wird die normative Kausalität in der Regel gegeben sein, beeinflusst eine Missachtung des Grundsatzes doch unmittelbar das Stimmverhalten eines objektiven Aktionärs, indem dieser seinen Willen nicht mehr frei bilden kann.¹²¹⁷ 471

¹²¹² Vgl. KUNZ, *Aktionärsstreitigkeiten*, S. 452 (zur Eigenverantwortlichkeit des Aktionärs).

¹²¹³ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 16 N 107a.

¹²¹⁴ Vgl. BGE 122 III 279, E. 3.b; BGer 4A_43/2007 vom 11. Juli 2007, E. 4.1; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 506.

¹²¹⁵ Vgl. oben § 9/I.

¹²¹⁶ Vgl. SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 3 N 53 ff. Zum Ganzen auch oben § 6/V./1.4.

¹²¹⁷ Vgl. SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 10 N 42.

IV. Überprüfung

- 472 Die Prüfung der Traktanden und Anträge auf Einhaltung der Einheit der Materie obliegt in erster Linie dem Verwaltungsrat im Rahmen der Vorbereitung und regelmässig auch der Leitung der Generalversammlung. Aufgrund eines möglichen Interessenkonfliktes – der Verwaltungsrat als Partei im Willensbildungsprozess mit eigenen Interessen ist gleichzeitig Antragsteller und Prüfungsinstanz¹²¹⁸ – fragt sich, ob diese Aufgabe möglicherweise einem unabhängigen Organ zu übertragen wäre, namentlich der Revisionsstelle. Den Aktionären kommt weniger eine eigene Rolle als Prüfstelle zu, als vielmehr die Zuständigkeit zur Initiierung einer Prüfung, welche durch die Gerichte erfolgt.

1. Verwaltungsrat

1.1 Vorbereitung der Generalversammlung

- 473 Der Verwaltungsrat ist im Rahmen der Vorbereitungshandlungen zur Generalversammlung mit der Prüfung der Traktanden und Anträge betraut.¹²¹⁹ Folglich hat er sicherzustellen, dass die von Aktionären eingereichten Traktandierungsbegehren wie auch seine eigenen Traktanden und Anträge die Einheit der Materie wahren.
- 474 Steht die Wahrung des Grundsatzes in Zweifel, nimmt der Verwaltungsrat mit den Aktionären Rücksprache und prüft eine Aufteilung der Vorlage.¹²²⁰ Dabei hat er die Voraussetzungen des Traktandierungsrechts zu beachten und sich zu vergewissern, dass auch bei den resultierenden «Teiltraktanden» die Traktandierungsschwelle von 10 % des Aktienkapitals bzw. Aktien im Nennwert von CHF 1 Million (Art. 699 Abs. 3 OR) erreicht wird.¹²²¹
- 475 Bietet der Aktionär nicht Hand, das Traktandierungsbegehren abzuändern, bleibt dem Verwaltungsrat im Endeffekt nur, den Verhandlungsgegenstand unverändert in die Traktandenliste aufzunehmen. Da die Verletzung der Einheit der Materie «lediglich» einen Anfechtungstatbestand darstellt,¹²²² sollte der Verwaltungsrat die Aufnahme des Verhandlungsgegenstandes nicht gänzlich verweigern; er hat es

¹²¹⁸ Dazu unten § 9/IV./1.3.

¹²¹⁹ Vgl. oben § 6/III./6.1.

¹²²⁰ Vgl. DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 182.

¹²²¹ Vgl. oben § 9/II./1.1.

¹²²² Vgl. oben § 9/I.

den Aktionären zu überlassen, eine allfällige Anfechtungsklage anzustrengen.¹²²³ Freilich kann der Verwaltungsrat der Generalversammlung in diesem Fall die Ablehnung des Antrags empfehlen und unter Wahrung der Einheit der Materie einen oder mehrere Gegenanträge stellen.¹²²⁴

1.2 Leitung der Generalversammlung

Die Leitung der Generalversammlung obliegt grundsätzlich dem Verwaltungsrat und wird normalerweise von dessen Präsidenten übernommen.¹²²⁵ In dieser Funktion ist der Verwaltungsrat auch während der Generalversammlung für die Prüfung von Anträgen zuständig und soll dafür sorgen, dass diese die Einheit der Materie wahren.¹²²⁶ 476

Der Versammlungsleiter prüft in der Generalversammlung gestellte Anträge aufgrund des begrenzten Zeitrahmens *prima facie*.¹²²⁷ Ist augenscheinlich, dass die Einheit der Materie durch den Antrag verletzt wird, liegt es am Versammlungsleiter, diesen zusammen mit dem anbegehrenden Aktionär anzupassen und in eine rechtsgenügende Form zu bringen.¹²²⁸ Gelingt diese Anpassung nicht und bestehen weiterhin Zweifel an der Einhaltung der Einheit der Materie, ist der Antrag dennoch zur Abstimmung zuzulassen und die Überprüfung der Einheit der Materie im Anfechtungsfall dem Gericht zu überlassen.¹²²⁹ 477

Gewisse Lehrmeinungen sehen den Verwaltungsrat dazu befugt, zugunsten einer *effizienten Willensbildung* ähnliche Anträge zusammenzufassen oder zu gruppieren.¹²³⁰ Dieses Vorgehen – um «den Willen der Versammlung ohne unnötigen Zeitverlust zu ermitteln»¹²³¹ – birgt indes die Gefahr, dass es der Einheit der Materie und somit einer freien Willensbildung gerade entgegenwirkt. Der Aktionär kann aufgrund mehrerer zusammengefasster Beschlussgegenstände seinen Willen nicht mehr frei bilden und unverfälscht äussern. Nach der hier vertretenen Auffas- 478

¹²²³ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 71e; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 468. Dazu auch oben N 313.

¹²²⁴ Vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 468.

¹²²⁵ Dazu oben N 325.

¹²²⁶ Dazu oben N 314.

¹²²⁷ BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 68.

¹²²⁸ Vgl. BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 69.

¹²²⁹ Vgl. oben N 313 und soeben N 475.

¹²³⁰ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 179; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 493 f.

¹²³¹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 179.

sung überwiegt das Interesse an einer freien Willensbildung dasjenige an einer Ermittlung des Versammlungswillens «ohne unnötigen Zeitverlust» deutlich, weshalb auch ein gewisser Effizienzverlust hinzunehmen ist.¹²³² Demzufolge ist dem Verwaltungsrat zur Wahrung der Einheit der Materie im Grundsatz geraten, auf die Kopplung von Anträgen zu verzichten, sofern sich die einzelnen Beschlussgegenstände nicht zweifelsfrei unter denselben Kernbeschlussgegenstand subsumieren lassen.¹²³³

1.3 Risiko eines Interessenkonfliktes

- 479 Die dem Aktienrecht inhärente Informationsasymmetrie zugunsten des Verwaltungsrates und dessen eigene Interessen bergen ein gewisses Konfliktpotenzial.¹²³⁴ Das Risiko besteht, dass sich die angedeutete Politisierung der Rechtsfrage betreffend die Einheit der Materie auf Bundesebene in der Aktiengesellschaft in einer besonderen Form ebenfalls manifestiert.¹²³⁵ In der Regel wird es sich bei Aktionärsanträgen um Vorbringen handeln, denen der Verwaltungsrat nicht positiv gegenübersteht, hätte er die gewünschten Anträge doch sonst von sich aus eingebracht.¹²³⁶ So besteht die Gefahr, dass sich der Verwaltungsrat unliebsamen Anträgen durch Ungültigerklärung aufgrund fehlender Einheit der Materie entledigt bzw. eigene Anträge unzulässigerweise für gültig befindet.¹²³⁷
- 480 Dieser Gefahr kann entgegengetreten werden, indem sich eine unabhängige Stelle dieser Prüfung annimmt. Zugunsten einer zeitnahen Entscheidung liegt die Beauftragung einer «gesellschaftsinternen» Stelle nahe. Mit der Integration der Revisionsstelle könnte hier möglicherweise Abhilfe geschaffen werden, erfüllt diese mit ihrer durch die Rechnungsprüfungstätigkeit bedingten Unabhängigkeit doch bereits eine wesentliche Voraussetzung. Ob sich eine solche Aufgabenzuteilung anbietet, ist in der Folge zu prüfen.

¹²³² Vgl. BRUDERER, S. 203 f.

¹²³³ Dazu oben § 9/III./1.1.

¹²³⁴ Vgl. TROXLER, S. 208 f.; VON DER CRONE/KESSLER, S. 16 ff.

¹²³⁵ Vgl. oben N 65 f.

¹²³⁶ Vgl. BURG/VON DER CRONE, S. 63 f. In diesem Sinne auch die Mahnung von TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 52 N 48, an die Parlamente: «Parlamente sind den Volkswerten selten günstig gesinnt. Im schlechten Fall kann der Entscheid über die Gültigkeit einer Initiative zur politischen Abrechnung verkommen.»

¹²³⁷ Vgl. KLEY, S. 11 ff.

2. Revisionsstelle

2.1 Prüfung des Antrags über die Verwendung des Bilanzgewinns

Die Revisionsstelle hat alljährlich zu prüfen, ob der Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinns den gesetzlichen Vorschriften und den Statuten entspricht (Art. 728a Abs 1 Ziff. 2; Art. 729a Abs. 1 Ziff. 2 OR). Im Rahmen dieser Prüfung vergewissert sie sich, dass das verwendbare Eigenkapital eine Ausschüttung in der betreffenden Höhe zulässt und dass die Ausschüttung formal richtig erfolgt.¹²³⁸ 481

Zudem statuiert Art. 728c OR bei Durchführung einer ordentlichen Revision eine umfassende Anzeigepflicht für die Revisionsstelle:¹²³⁹ Stellt sie *im Rahmen ihrer Prüftätigkeit* Verstösse gegen das Gesetz, die Statuten oder das Organisationsreglement fest, hat sie dies dem Verwaltungsrat zu melden (Art. 728c Abs. 1 OR). Diese Pflicht ist nicht beschränkt auf den Prüfungsgegenstand der Revisionsstelle, sondern bezieht sich auf alle festgestellten Verstösse.¹²⁴⁰ Zu einer umfassenden Legalitätsprüfung oder systematischen Nachforschungen «nach allen möglichen Gesetzesverletzungen» ist sie aber nicht verpflichtet.¹²⁴¹ Trotz dieser Relativierung kann m.E. von der Revisionsstelle verlangt werden, dass sie bei einer offensichtlichen und krassen Verletzung der Einheit der Materie – z.B. wird die Ausschüttung einer hohen Dividende mit der Wahl eines bestimmten Verwaltungsrates verknüpft – den Verwaltungsrat und auch die Generalversammlung (Art. 728c Abs. 2 Ziff. 1 OR) auf die Verletzung der Einheit der Materie hin- 482

¹²³⁸ Dazu oben N 316.

¹²³⁹ BSK OR II-WATTER/MAIZAR, Art. 728c N 16.

¹²⁴⁰ BGE 133 III 453, E. 7.3; 129 III 129, E. 7.1.

¹²⁴¹ ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 728c OR N 24. Vgl. auch BSK OR II-WATTER/MAIZAR, Art. 728c N 17; BBl 2004 3969, 3997 («Man darf von ihr [Revisionsstelle] in dieser Hinsicht [Anzeigepflicht] aber nichts erwarten, was sie aus Gründen der Sachkompetenz nicht zu leisten vermag.»).

weist.¹²⁴² Wie eingangs erwähnt ist diese Anzeigepflicht jedoch beschränkt auf Gesellschaften, die eine *ordentliche* Revision vorsehen.¹²⁴³

2.2 Zusätzliche Prüfungsaufgaben

- 483 Dass die Revisionsstelle Anträge des Verwaltungsrates überprüfen kann, ist aufgrund des soeben Dargelegten also keine Besonderheit. Die Revisionsstelle wird punktuell in die Vorbereitung der Generalversammlung miteinbezogen.¹²⁴⁴ Hinzu kommt, dass der Aufgabenkatalog der Revisionsstelle durch die Statuten und die Generalversammlung grundsätzlich erweitert werden kann, solange es sich nicht um Aufgaben des Verwaltungsrates handelt (Art. 731a Abs. 1 und 2 OR).
- 484 Die Lehre erlaubt im Grundsatz auch eine «umfassende Rechtmässigkeitsprüfung der gesellschaftlichen Tätigkeit».¹²⁴⁵ VON DER CRONE spricht diesbezüglich von einer Überprüfung der Einhaltung gewisser für den Betrieb relevanter Normen.¹²⁴⁶ Unter Beachtung der verwaltungsrätlichen Kompetenzen darf die Revisionsstelle zwar keine Entscheide fällen, aber durchaus prüfen, Bericht erstatten oder beraten.¹²⁴⁷
- 485 Unter diesen Bedingungen ist eine Prüfung der einzelnen Anträge auf Wahrung der Einheit der Materie durch die Revisionsstelle sowohl im ordentlichen wie auch im eingeschränkten Prüfverfahren nach der hier vertretenen Auffassung zulässig. Wie die Revision der Jahresrechnung dient auch diese Prüfung der Gewährleistung

¹²⁴² A.M. wohl ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 728a OR N 176: Mit einer beantragten Dividendenausschüttung, die nicht mit der Vermögens- und Liquiditätslage der Gesellschaft zu vereinbaren sei, verstosse der Verwaltungsrat zwar gegen seine Sorgfalts- und Treuepflicht. Es gehöre aber nicht zu den Aufgaben der Revisionsstelle, die geschäftspolitische Zweckmässigkeit der Ausschüttung zu beurteilen, weil sie damit Aufgaben des Verwaltungsrates übernehme und somit gegen Art. 731a Abs. 2 OR verstosse.

¹²⁴³ Die Einführung einer Anzeigepflicht bei der eingeschränkten Revision sollte im Sinne einer Erweiterung der Aufgaben der Revisionsstelle jedoch möglich sein (vgl. MONTAVON, S. 97).

¹²⁴⁴ Vgl. oben § 6/II/1.2.

¹²⁴⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 33 N 100. Vgl. auch BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 15 N 743; BSK RAG-REUTTER/RASMUSSEN, Art. 731a OR N 5. Kritisch CHK-OERTLI/HÄNNI, Art. 731a OR N 7.

¹²⁴⁶ VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 6 N 168.

¹²⁴⁷ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 33 N 103.

einer freien Willensbildung der Aktionäre.¹²⁴⁸ Die Prüfung gewährleistet in einem zweiten Schritt, dass die Informationen in der revidierten Jahresrechnung die Basis eines Beschlusses bilden, der dem Willen der Aktionäre entspricht.

Sinnvollerweise hält die Revisionsstelle nach vorgenommener Prüfung mit dem Verwaltungsrat Rücksprache, damit dieser allenfalls Änderungen an der Traktandenliste vornehmen kann.¹²⁴⁹ In einem zweiten Schritt erfolgt die Berichterstattung an die Generalversammlung – analog der Mitteilung betreffend den Antrag auf Verwendung des Bilanzgewinns – im Revisionsbericht.¹²⁵⁰ 486

Eine Berichterstattung an die Generalversammlung greift weder in die Vorbereitung der Generalversammlung durch den Verwaltungsrat ein, noch hindert sie diesen daran, die jeweiligen Anträge nach seinen Vorstellungen in die Generalversammlung einzubringen. Die Kompetenz zur Erstellung der Traktandenliste verbleibt beim Verwaltungsrat und diejenige zur Beschlussfassung über den Antrag bei der Generalversammlung. Da die Revisionsstelle nicht berechtigt ist, über die Antragstellung zu befinden, kommt ihre Beurteilung des Antrags zuhanden des Verwaltungsrates wie auch der Generalversammlung einer Empfehlung gleich.¹²⁵¹ 487 Dies hat zur Folge, dass ihr im Falle eines zu Unrecht verweigerten Antrags nicht dieselben Konsequenzen drohen, wie dem Verwaltungsrat.¹²⁵² Mithin führt eine derartige Erweiterung der Revisionsaufgaben auch keine Ausweitung der Haftung zulasten der Revisionsstelle mit sich.¹²⁵³

Eine ständige Pflicht zur Prüfung der Anträge an die Generalversammlung ist in den Statuten festzuhalten (Art. 627 Ziff. 13 OR); soll eine einmalige Prüfung durchgeführt werden, genügt ein einfacher Beschluss der Generalversammlung.¹²⁵⁴ 488

¹²⁴⁸ Vgl. oben N 248 ff.

¹²⁴⁹ Vgl. BERTSCHINGER, *Arbeitsteilung*, N 421.

¹²⁵⁰ Vgl. ENGAMMARE, S. 494. Zum Inhalt des Revisionsberichtes oben N 254 und 257.

¹²⁵¹ SPR VIII/10-SANWALD/D'AMELIO FAVEZ, § 19 N 11.

¹²⁵² Vgl. KNOBLOCH, S. 451; STUDER, S. 86, betreffend aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Art. 754 OR).

¹²⁵³ Selbst wenn von einer möglichen Verantwortlichkeit der Revisionsstelle ausgegangen würde, ist deren Ermessen im Sinne der *Audit Judgement Rule* zu schützen, sofern sie über die erforderliche Zulassung verfügt, unabhängig ist und unter Beachtung der rechtlichen Kriterien zur Einheit der Materie entscheidet (zur *Audit Judgement Rule* BERTSCHINGER, *Revisionsstelle*, S. 103; VON DER CRONE, *Haftung*, S. 11 ff.).

¹²⁵⁴ Vgl. BBI 2004 3969, 4033; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 15 N 744; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 6 N 167.

- 489 Des Weiteren könnte dem Interessenkonflikt auch auf andere Art (teilweise) Abhilfe geschaffen werden. So besteht die Möglichkeit, mittels Statutenbestimmung nicht den Verwaltungsrat bzw. dessen Präsidenten, sondern die Revisionsstelle mit der Leitung der Generalversammlung zu betrauen.¹²⁵⁵ Auf diese Weise werden die in der Generalversammlung gestellten Anträge durch eine unabhängige Person auf die Einhaltung der Einheit der Materie überprüft. An den Handlungsvorgaben bzw. -empfehlungen für den Umgang mit zu prüfenden Anträgen ändert sich durch den Austausch des Versammlungsleiters freilich nichts.¹²⁵⁶

3. Aktionäre

- 490 Die Handlungsmöglichkeiten der Aktionäre lassen sich in jene während bzw. nach der Generalversammlung unterteilen. Eine effektive Gestaltungsmöglichkeit bietet sich ihnen indes nur während der Versammlung.

3.1 Während der Generalversammlung

a. Einheit der Materie verletzender Antrag

- 491 Tritt der Fall ein, dass dem Aktionär ein Antrag vorgelegt wird, der gegen die Einheit der Materie verstösst, liegt es zunächst am Aktionär, in Wahrnehmung seiner Eigenverantwortung die nötigen Schritte zu unternehmen.¹²⁵⁷ Jedem Aktionär steht während der Generalversammlung das individuelle Recht zu, mithilfe eines Verfahrensantrags separate Abstimmungen betreffend die zu trennenden Beschlussgegenstände zu verlangen oder gar eigene Sachanträge zu stellen.¹²⁵⁸ So bringt der Aktionär zum Ausdruck, dass die zu Unrecht verknüpften Beschlussgegenstände getrennt zu behandeln seien. Wie vorstehend dargelegt, ist er gar dazu

¹²⁵⁵ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 702 N 24; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 98 FN 74; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 108. A.M. BÖCKLI, *Leitungsbefugnisse*, S. 62, wonach die Einsetzung des Versammlungsleiters unentziehbare Sache des Gesamtverwaltungsrates ist. Theoretisch könnte die Versammlungsleitung auch einem beliebigen Aktionär übertragen werden (vgl. VON DER CRONE/KESSLER, S. 15 f.). Dies führt aber unter Umständen dazu, dass sich der Interessenkonflikt lediglich von der Seite des Verwaltungsrates auf jene des Aktionärs verschiebt.

¹²⁵⁶ Vgl. oben § 9/IV./1.2.

¹²⁵⁷ Vgl. KUNZ, *Aktionärsstreitigkeiten*, S. 452.

¹²⁵⁸ Vgl. BBl 2017 399, 554.

verpflichtet, will er sein Rechtsschutzinteresse im Hinblick auf eine allfällige Anfechtungsklage nicht verlieren.¹²⁵⁹

b. Verweigerter Antrag aufgrund fehlender Einheit der Materie

Demgegenüber kann auch der Fall eintreten, dass ein Antrag des Aktionärs aufgrund fehlender Einheit der Materie durch den Verwaltungsrat nicht zur Abstimmung zugelassen wird. Der schnellste Weg zum Ziel führt über eine vom Aktionär eigenständig vorgenommene Aufspaltung seines Antrags in zwei separate Vorlagen.¹²⁶⁰ Will der Aktionär an seinem ursprünglichen Antrag festhalten, muss danach unterschieden werden, ob der Antrag im Rahmen eines Traktandierungsbegehrens, mithin vor der Versammlung, oder zu einem bereits bestehenden Traktandum gestellt wurde (vor oder während der Versammlung). 492

Wird das *Traktandierungsbegehren* des Aktionärs abgelehnt, kann Letzterer gestützt auf Art. 699 Abs. 4 OR vom Richter verlangen, dass die Traktandierung des betreffenden Verhandlungsgegenstandes veranlasst wird.¹²⁶¹ Aufgrund einer auf die formellen Voraussetzungen beschränkten Prüfung durch das Gericht,¹²⁶² kann die auf inhaltlichen Argumenten basierende Ablehnung des Verwaltungsrates umgangen bzw. die Traktandierung des Verhandlungsgegenstandes gegen den Willen des Verwaltungsrates durchgesetzt werden.¹²⁶³ 493

Wird der Aktionär statt an der Traktandierung an der Ausübung seines Antragsrechts gehindert, kann er sein Recht auch diesfalls mittels Klage durchsetzen.¹²⁶⁴ 494
Das Gericht prüft bei der Beurteilung dieser Klage lediglich die formellen Voraussetzungen des Antragsrechts, nicht aber die materielle Gültigkeit eines allfälligen Beschlusses.¹²⁶⁵ Die Abstimmung über den aktionärsseitigen Antrag wird sich so indes zwangsläufig in eine spätere Versammlung verschieben.¹²⁶⁶

¹²⁵⁹ Dazu oben § 9/III./2.

¹²⁶⁰ Vgl. oben N 474 f.

¹²⁶¹ Dazu oben § 5/III./4.2/e.

¹²⁶² Dazu oben N 317.

¹²⁶³ Vgl. BURG/VON DER CRONE, S. 64.

¹²⁶⁴ KNOBLOCH, S. 449 (mit einer möglichen Formulierung des Rechtsbegehrens in FN 1941).

¹²⁶⁵ Zur Prüfung durch das Gericht sogleich § 9/IV./4.

¹²⁶⁶ Vgl. oben N 229.

3.2 Nach der Generalversammlung

- 495 Fasst die Generalversammlung einen Beschluss, der gegen die Einheit der Materie verstösst, kann dieser durch einen legitimierten Aktionär angefochten werden.¹²⁶⁷ Unter Umständen empfiehlt es sich zudem, die Anfechtungsklage mit einem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) bzw. einer Handelsregistersperre (Art. 162 HRegV) zu ergänzen.¹²⁶⁸

4. Gericht

- 496 Das Gericht kann bezüglich dreierlei Fragen angerufen werden. Erstens kann es darüber entscheiden, ob ein durch den Verwaltungsrat verweigertes Traktandierungsbegehren zuzulassen ist (Traktandierungsklage). Zweitens befindet es über die Klage eines Aktionärs zur Zulassung seines Antrags und drittens hat es sich mit Anfechtungsklagen auseinanderzusetzen, mit welchen die Verletzung der Einheit der Materie gerügt wird.

4.1 Prüfung von Traktandierungsbegehren

- 497 Verweigert der Verwaltungsrat dem Aktionär die Aufnahme eines Verhandlungsgegenstandes in die Traktandenliste, kann der Aktionär das Gericht anrufen und die entsprechende Traktandierung verlangen (Art. 699 Abs. 4 OR).¹²⁶⁹ Das Gericht beschränkt sich in diesem Fall auf eine Prüfung der formellen Kriterien, namentlich, ob die Voraussetzungen zur Traktandierung gemäss Art. 699 Abs. 3 OR erfüllt sind und ob ein formal vollständiges Traktandierungsbegehren vorliegt.¹²⁷⁰ Eine Prüfung betreffend Einhaltung der Einheit der Materie findet zu diesem Zeitpunkt somit gar nicht statt, sondern erfolgt erst im Rahmen einer Anfechtungsklage.¹²⁷¹

¹²⁶⁷ Zu den Voraussetzungen der Anfechtungsklage oben § 6/V./1.

¹²⁶⁸ Dazu oben § 6/V./5.

¹²⁶⁹ Dazu oben § 5/III./4.2/e.

¹²⁷⁰ Vgl. BGE 142 III 16, E. 3.1; BGer 4A_184/2019 vom 15. Juli 2019, E. 2.1. Dazu oben N 317.

¹²⁷¹ Dazu sogleich § 9/IV./4.3.

4.2 Prüfung von Klagen auf Durchsetzung des Antragsrechts

Hat das Gericht eine Klage auf Durchsetzung des Antragsrechts bzw. das «Zur-Abstimmung-Bringen» eines Antrags zu beurteilen, kann es sich – analog zur Prüfung eines Traktandierungsbegehrens – darauf beschränken, zu prüfen, ob der Aktionär im Zeitpunkt der Generalversammlung zur Stellung eines Antrags formell berechtigt war.¹²⁷² Zur Stellung eines Antrags ist jeder Aktionär berechtigt, sofern er auch stimmberechtigt ist.¹²⁷³ 498

4.3 Prüfung von Anfechtungsklagen

Die Klage zur Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses muss innert zwei Monaten nach der Versammlung angehoben werden (Art. 706a Abs. 1 OR) und richtet sich gegen die Gesellschaft selber.¹²⁷⁴ Bezüglich der gerichtlichen Prüfung der Einheit der Materie sind das Rechtsschutzinteresse, die eigentliche Verletzung der Einheit der Materie und die Kausalität näher zu betrachten. 499

a. Rechtsschutzinteresse

Bereits bei den Prozessvoraussetzungen hat das Gericht ein besonderes Augenmerk auf das Rechtsschutzinteresse des Aktionärs zu legen. Primär liegt es in der Eigenverantwortung des Aktionärs, sich gegen einen mangelhaft formulierten Antrag zur Wehr zu setzen.¹²⁷⁵ Folglich hat das Gericht einen strengeren Massstab anzulegen, als dies bei formellen Beschlussmängeln sonst der Fall ist. Um ein rechtsgenügendes Anfechtungsinteresse vorweisen zu können, muss sich der Aktionär bereits in der Generalversammlung um eine mangelfreie Formulierung des Antrags bemüht haben, indem er von seinem individuellen Antragsrecht Gebrauch gemacht hat; dies kann auch von einem Aktionär verlangt werden, der nicht an der Versammlung teilgenommen hat.¹²⁷⁶ Erfüllt der Aktionär diese Voraussetzung nicht, hat ihm das Gericht das Rechtsschutzinteresse abzusprechen und erst gar nicht auf die Klage einzutreten.¹²⁷⁷ 500

¹²⁷² Dazu oben N 229.

¹²⁷³ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 700 N 18a; KNOBLOCH, S. 445.

¹²⁷⁴ BGE 122 III 279, E. 3.c.aa; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 52.

¹²⁷⁵ Vgl. KUNZ, *Aktionärsstreitigkeiten*, S. 452.

¹²⁷⁶ Vgl. oben N 468.

¹²⁷⁷ Vgl. WALDBURGER, S. 422.

b. Verletzung der Einheit der Materie

- 501 Ist das Rechtsschutzinteresse gegeben, prüft das Gericht, ob die Einheit der Materie im konkreten Fall verletzt wurde. Dazu hat es die einzelnen Beschlussgegenstände den jeweiligen Kernbeschlussgegenständen zuzuordnen. Diese Beurteilung hat das Gericht aus der Sicht eines durchschnittlichen Aktionärs vorzunehmen. Folgt daraus, dass sämtliche Elemente dem gleichen Kernbeschlussgegenstand untergeordnet werden können, ist die Einheit der Materie gewahrt.¹²⁷⁸ Werden hingegen Elemente unterschiedlicher Kernbeschlussgegenstände verknüpft, ist die Einheit der Materie verletzt und es bleibt zu prüfen, ob dieser Mangel für die Beschlussfassung kausal war.

c. Normative Kausalität

- 502 Durch die Verletzung der Einheit der Materie wird der Aktionär in seiner freien Willensbildung und damit in seinem Stimmrecht eingeschränkt. Liegt ein formeller Beschlussmangel vor, ist der kausale Zusammenhang zwischen dem Mangel und dem Abstimmungsergebnis zu prüfen.¹²⁷⁹ Im Sinne der normativen Kausalität hat sich das Gericht die Frage zu stellen, ob ein objektiv urteilender Aktionär durch den formellen Mangel in seinem Stimmrecht beeinflusst worden wäre.¹²⁸⁰ In der Regel ist mit einer tatsächlichen Verletzung der Einheit der Materie auch die normative Kausalität zu bejahen, da die Einheit der Materie ja gerade die freie Willensbildung und unverfälschte Stimmabgabe des Aktionärs bewirken soll.¹²⁸¹

4.4 Rechtsfolgen der fehlenden Einheit der Materie

- 503 Stellt das Gericht eine Missachtung der Einheit der Materie fest, folgt als nächstes die Frage, ob der angefochtene Beschluss vollständig oder nur teilweise aufzuheben ist. Eine teilweise Aufhebung eines Beschlusses ist grundsätzlich möglich, vorausgesetzt der Beschluss lässt sich in einen mangelhaften und einen mangelfreien Teil aufspalten.¹²⁸² Zudem ist zu beurteilen, ob der mangelfreie Teil auch als selbständiger Antrag angenommen worden wäre.¹²⁸³

¹²⁷⁸ Dazu oben § 9/III./1.1.

¹²⁷⁹ Vgl. oben § 9/I.

¹²⁸⁰ Vgl. SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 3 N 53.

¹²⁸¹ Vgl. oben N 471.

¹²⁸² Vgl. RIEMER, N 217; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 6 N 96.

¹²⁸³ Vgl. RIEMER, N 217; SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 6 N 98. Zum Ganzen oben § 6/V./1.5/b.

Bei einem Verstoss gegen den Grundsatz der Einheit der Materie stellt die mögliche Trennung in der Regel kein Problem dar, liegt doch der Beschlussmangel gerade darin, dass mehrere Materien bzw. Beschlussgegenstände miteinander verknüpft wurden. Schwierigkeiten bereitet vielmehr der Umstand, dass nicht leicht zu eruieren ist, ob auch ein Teil der Vorlage für sich die erforderliche Mehrheit der Stimmen erreicht hätte. Demzufolge dürfte das Gericht oftmals nicht umhinkommen, den gesamten Beschluss aufzuheben und die Gesellschaft erneut – nun gesondert – über die Anträge abstimmen zu lassen.¹²⁸⁴ 504

Da die Vorlage bei einem Verstoss gegen die Einheit der Materie in der Regel nicht in einen mangelhaften und einen mangelfreien Teil zergliedert werden muss, sondern zwei an sich materiell-rechtlich gültige Elemente bestehen können, bietet es sich grundsätzlich auch an, den Beschluss aufzuspalten.¹²⁸⁵ Indes wird auch dieses Vorhaben daran scheitern, dass nicht klar festgestellt werden kann, welcher «Teilantrag» in der Abstimmung welche Anzahl an Stimmen auf sich vereinen konnte.¹²⁸⁶ 505

Zusammengefasst ist folglich festzuhalten, dass ein Beschluss, welcher die Einheit der Materie nicht wahr, in der Regel in seiner Gesamtheit aufgehoben werden muss. 506

¹²⁸⁴ Siehe dazu die Ausführungen zum öffentlichen Recht oben N 54.

¹²⁸⁵ Das Bundesgericht lässt eine Aufteilung von Initiativen nach öffentlichem Recht nicht zu, wenn missbräuchlich Elemente ohne Zusammenhang miteinander verbunden werden, da dies den Grundsatz der Einheit der Materie untergrabe (BGE 130 I 185, E. 4.1; 129 I 381, E. 4.3).

¹²⁸⁶ Siehe dazu die Ausführungen zum öffentlichen Recht oben N 57.

§ 10 Musteranträge und Sonderfragen

- 507 In der Folge werden einzelne Traktanden bzw. Anträge im Hinblick auf die Einhaltung der Einheit der Materie untersucht. Die jeweiligen Formulierungen dienen im Sinne einer Empfehlung als Musteranträge.

I. Musteranträge

1. Genehmigung Jahresrechnung, Lagebericht und Konzernrechnung

1.1 Erläuterungen

- 508 Die Formulierung der Anträge zur Genehmigung der Jahresrechnung, eines allfälligen Lageberichtes sowie einer allfälligen Konzernrechnung gestaltet sich einfach.¹²⁸⁷ Die Einhaltung der Einheit der Materie stellt in diesem Zusammenhang in der Regel kein Problem dar. Bestenfalls werden die Genehmigung der Jahresrechnung, des Lageberichtes und der Konzernrechnung einzeln traktandiert. Eine Zusammenfassung unter einem einzigen Traktandum ist aber ebenfalls zulässig.¹²⁸⁸ Die einzelnen Genehmigungen müssen indes zwingend Gegenstand unterschiedlicher Anträge bilden.¹²⁸⁹ Der Aktionär muss die Möglichkeit haben, trotz Genehmigung der Jahresrechnung die Konzernrechnung oder den Lagebericht abzulehnen, *et vice versa*.
- 509 Augenscheinlich wird bei diesen Anträgen, dass der Aktionär auch bei Wahrung der Einheit der Materie nicht umhinkommt, eine Abwägung von positiven und negativen (finanziellen) Aspekten vorzunehmen. Eine feinere Gliederung der Abstimmung über die Jahresrechnung – beispielsweise in Bilanz und Erfolgsrechnung – zur vermeintlichen Einhaltung der Einheit der Materie ist in diesem Fall weder verhältnismässig, noch entsteht dem Aktionär dadurch ein zusätzlicher Nutzen.

¹²⁸⁷ Zur Pflicht zur Erstellung eines Lageberichtes und einer Konzernrechnung oben N 246 f.

¹²⁸⁸ A.M. ZK-TANNER, Art. 698 OR N 113.

¹²⁸⁹ Vgl. BÖCKLI, *Rechnungslegung*, N 803.

In diesem Fall wesentlicher als die Einhaltung der Einheit der Materie ist deshalb, dass der Aktionär über die nötigen Informationen verfügt, um eine Abwägung positiver und negativer Aspekte vorzunehmen. Einerseits ist die Gesellschaft deshalb gehalten, ihren Informationspflichten nachzukommen; andererseits ist der Aktionär wiederum in seiner Eigenverantwortung dazu verpflichtet, ergänzende Angaben nachzufragen.¹²⁹⁰ 510

1.2 Ausgestaltung

Traktandum 1a 511

Genehmigung der Jahresrechnung

Antrag

Die Jahresrechnung 2019 wird genehmigt.

Traktandum 1b 512

Genehmigung des Lageberichtes

Antrag

Der Lagebericht 2019 wird genehmigt.

Traktandum 1c 513

Genehmigung der Konzernrechnung

Antrag

Die Konzernrechnung 2019 wird genehmigt.

2. Verwendung Bilanzgewinn

2.1 Erläuterungen

Die Ausschüttung des Bilanzgewinns erfolgt in der Regel in Form einer Bardividende. Der Beschluss kann aber auch eine andere Art von Dividende vorsehen.¹²⁹¹ 514
Wesentlicher Bestandteil des Ausschüttungsbeschlusses ist folglich die Wahl der Ausschüttungsart. Es kann nicht über die Ausschüttung einer Dividende Beschluss gefasst werden, ohne festzulegen, in welcher Weise die Dividende ausgeschüttet

¹²⁹⁰ Zu den Informationsrechten der Aktionäre oben § 5/III./3.

¹²⁹¹ Vgl. oben § 5/II./4.2.

wird.¹²⁹² Daraus folgt, dass die Festlegung der Ausschüttungsart unter den Kernbeschlussgegenstand der Verwendung des Bilanzgewinns zu subsumieren ist.

- 515 Soll die Ausschüttung als Wahldividende ausgestaltet werden, sodass der Aktionär die Wahl hat, ob er seine Dividende in bar oder in Form von Aktien beziehen möchte, ist in der Regel die Schaffung neuer Aktien und dazu eine Kapitalerhöhung erforderlich.¹²⁹³ Eine Kapitalerhöhung als eigenständiger Kernbeschlussgegenstand lässt sich nicht mit dem Ausschüttungsbeschluss verknüpfen. Der Aktionär soll über die Verwendung des Bilanzgewinns entscheiden können, ohne gleichzeitig eine Kapitalerhöhung beschliessen zu müssen. Für Letztere ist folglich ein separater Antrag nötig.¹²⁹⁴
- 516 Trotz einzelner Abstimmung sind die beiden Beschlüsse eng miteinander verknüpft. Der Beschluss zur Ausschüttung einer Wahldividende kann nicht umgesetzt werden, wenn dafür nicht die nötigen auszugebenden Aktien geschaffen werden. Folglich ist der Antrag zur Verwendung des Bilanzgewinns bedingt auszugestalten und zwar in Abhängigkeit der Annahme des Antrags auf Schaffung genehmigten Aktienkapitals.¹²⁹⁵ Die dafür nötigen Voraussetzungen der sachlichen Erforderlichkeit und des sachlichen Zusammenhangs zwischen der Bedingung und dem Beschlussinhalt sind in diesem Fall gegeben.¹²⁹⁶ Gleichzeitig ist die Behandlung des Antrags auf genehmigte Kapitalerhöhung an die Bedingung zu knüpfen, dass der Antrag auf Ausschüttung einer Wahldividende angenommen wird bzw. im Ausschüttungsbeschluss die Ausgabe von Aktien in Form einer Sachdividende beschlossen wird.

¹²⁹² Für den Fall, dass der Beschluss keine entsprechende Bestimmung enthält, hat die Ausschüttung in bar zu erfolgen (GLANZMANN, *Dividenden*, S. 110).

¹²⁹³ Vgl. CR CO II-CHENAUX, Art. 675 N 30; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 76; BSK OR II-VOGT, Art. 675 N 33a.

¹²⁹⁴ Im Musterbeispiel in Form einer genehmigten Kapitalerhöhung (siehe unten N 518).

¹²⁹⁵ A.M. wohl BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 200, der die Verwendung des Bilanzgewinns als *absolut bedingungsfeindlichen Beschluss* bezeichnet. Obwohl hier gerade nicht die Ausschüttung einer Dividende an sich einer Bedingung unterstellt wird, sondern die bedingte Ausgestaltung durch die spezielle Form der Ausschüttung begründet ist. Zur allgemeinen Zulässigkeit von bedingten Beschlüssen oben N 302 ff. Zur Vereinbarkeit von bedingten Beschlüssen mit der Einheit der Materie unten § 10/II.1.2.

¹²⁹⁶ Zu den Voraussetzungen DUBS, *Bedingte Beschlussfassung*, S. 374.

2.2 Ausgestaltung

a. Bardividende

Traktandum 2

517

Verwendung des Bilanzgewinns

Antrag

Gewinnvortrag	CHF	500'000
Jahresgewinn 2019	CHF	1'000'000
Total verfügbarer Bilanzgewinn	CHF	1'500'000
Ordentliche Dividende		
von CHF 0.50 je Aktie in bar	CHF	500'000
Vortrag auf neue Rechnung	CHF	1'000'000

b. Wahldividende

Traktandum 3

518

Verwendung des Bilanzgewinns

Antrag 3.1

Gewinnvortrag	CHF	500'000
Jahresgewinn 2019	CHF	1'000'000
Total verfügbarer Bilanzgewinn	CHF	1'500'000
Ordentliche Dividende		
von CHF 0.50 je Aktie in bar, in Form neu ausgegebener		
Namenaktien oder eine Kombination davon	CHF	500'000
Vortrag auf neue Rechnung	CHF	1'000'000

Der Beschluss zur Verwendung des Bilanzgewinns steht unter der Bedingung, dass der Antrag auf Statutenänderung zur Schaffung von genehmigtem Aktienkapital (Antrag 3.2) angenommen wird.

Antrag 3.2

Art. 5^{bis} wird neu in die Statuten aufgenommen.

«Art. 5^{bis} Genehmigtes Aktienkapital

Der Verwaltungsrat ist ermächtigt, das Aktienkapital jederzeit bis zum 31. Dezember 2021 im Maximalbetrag von CHF 500'000 durch Ausgabe von höchstens 500'000 vollständig zu liberierenden Namenaktien mit einem Nennwert von CHF 1.– zu erhö-

hen, welche ausschliesslich zur Ausgabe an Aktionäre im Zusammenhang mit einer Wahldividende reserviert sind. Erhöhungen in Teilbeträgen sind gestattet. Der Ausgabebetrag und der Zeitpunkt der Dividendenberechnung werden vom Verwaltungsrat bestimmt. Die neuen Namenaktien werden aus dem freien Eigenkapital liberiert.»

Dieser Antrag wird nur zur Abstimmung vorgelegt, sofern der Antrag des Verwaltungsrates betreffend Verwendung des Bilanzgewinns (Antrag 3.1) angenommen wurde.

3. Wahl Verwaltungsrat und Verwaltungsratspräsident

3.1 Erläuterungen

- 519 Der Grundsatz der Einheit der Materie ist im Aktienrecht auch bei Wahlen zu beachten und nicht vereinbar mit der Kopplung mehrerer Kandidaten.¹²⁹⁷ Eine freie Willensbildung und eine unverfälschte Stimmabgabe können nur bei einer separaten Wahl der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder gewährleistet werden.¹²⁹⁸ Schliesslich sähen sich die wenigsten Aktionäre dazu veranlasst, sämtliche Verwaltungsräte aufgrund der Verfehlungen eines einzelnen Mitglieds abzurufen. Gleichsam wäre es verfehlt, einzelne Verwaltungsräte wählen zu müssen, nur weil sie zusammen mit einem oder mehreren Wunschkandidaten zur Wahl vorgeschlagen werden. Eine Wahl der Verwaltungsratsmitglieder *in globo* verletzt die Einheit der Materie. Einem Traktandum «Wahlen», welchem die einzelnen Wahlanträge untergeordnet werden, steht diese Auffassung indes nicht im Weg.¹²⁹⁹

¹²⁹⁷ Dazu oben § 9/II./2. Vgl. auch oben § 2/II./3.

¹²⁹⁸ Gl.M. ZK-BÜHLER, Art. 710 OR N 13; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 653; BSK VegÜV-VOGT, Art. 7 N 72; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 4 N 41; ZENRUFFINEN/BAUEN, § 1 N 40. Vgl. auch BBl 2017 399, 566 f.: «Der Vorentwurf sah bei allen Gesellschaften vor, dass die Mitglieder des VR hätten einzeln gewählt werden müssen. Dadurch hätte den Aktionärinnen und Aktionären ermöglicht werden sollen, *ihr Wahlrecht unverfälschter und differenzierter auszuüben.*» (Hervorhebung durch den Verfasser).

¹²⁹⁹ Ebenso MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 840. Vgl. auch Praxiskommentar VegÜV-DAENIKER, Art. 3 N 22; MALACRIDA/SPILLMANN, S. 499 f., wonach die Wahl jedes Verwaltungsrates einzeln zu traktandieren ist. Gesellschaften, deren Aktien an der Börse kotiert sind und die mithin der VegÜV unterstehen, sind bereits per Art. 3 Abs. 1 VegÜV dazu verpflichtet, die Mitglieder des Verwaltungsrates einzeln wählen zu lassen (dazu oben § 5/II./2.3/d).

Ebenfalls unzulässig ist es, einen Kandidaten zur Wahl in den Verwaltungsrat und gleichzeitig zu dessen Präsidenten vorzuschlagen.¹³⁰⁰ Der Aktionär sähe sich gezwungen, einen Kandidaten, den er in den Verwaltungsrat wählen will, gleichzeitig zu dessen Präsidenten machen zu müssen. Umgekehrt bliebe es ihm versagt, den betreffenden Kandidaten in den Verwaltungsrat zu wählen, wenn er diesen nicht zum Verwaltungsratspräsidenten küren möchte. Die Wahl des Verwaltungsratspräsidenten ist separat zu traktandieren.

Bei der Wahl der Mitglieder in die Verwaltungsratsausschüsse (z.B. den Vergütungsausschuss) verhält es sich gleichermassen. Einerseits können die Mitglieder des Ausschusses nicht *in globo* gewählt werden. Andererseits ist die Wahl eines Kandidaten in den Verwaltungsrat in einem ersten und die Wahl desselben in den Ausschuss in einem separaten, zweiten Schritt durchzuführen.¹³⁰¹

3.2 Ausgestaltung

Traktandum 4

Wahl der Verwaltungsräte

Antrag 4.1

A. wird für eine Amtsdauer bis zum Abschluss der nächsten ordentlichen Generalversammlung in den Verwaltungsrat gewählt.

Antrag 4.2

B. wird für eine Amtsdauer bis zum Abschluss der nächsten ordentlichen Generalversammlung in den Verwaltungsrat gewählt.

Antrag 4.3

C. wird für eine Amtsdauer bis zum Abschluss der nächsten ordentlichen Generalversammlung in den Verwaltungsrat gewählt.

Antrag 4.4

D. wird für eine Amtsdauer bis zum Abschluss der nächsten ordentlichen Generalversammlung in den Verwaltungsrat gewählt.

¹³⁰⁰ Gl.M. BSK VegüV-KNOBLOCH, Art. 4 N 3 ff.; BSK VegüV-VOGT, Art. 7 N 74. A.M. Praxiskommentar VegüV-DAENIKER, Art. 4 N 13; CR CO II-BAHAR, Art. 4 VegüV N 3. Siehe auch EHRA Praxismitteilung 3/13, Ziff. 2.4, die eine solche Kombination zulässt.

¹³⁰¹ Gl.M. HOCHSTRASSER, N 279; BSK VegüV-VOGT, Art. 7 N 74. A.M. Praxiskommentar VegüV-DAENIKER, Art. 7 N 19; CR CO II-BAHAR, Art. 7 VegüV N 9.

Antrag 4.5

E. wird für eine Amtsdauer bis zum Abschluss der nächsten ordentlichen Generalversammlung in den Verwaltungsrat gewählt.

523 **Traktandum 5**

Wahl des Verwaltungsratspräsidenten

Antrag

A. wird für eine Amtsdauer bis zum Abschluss der nächsten ordentlichen Generalversammlung als Präsident des Verwaltungsrates gewählt.

524 **Traktandum 6**

Wahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses

Antrag 6.1

B. wird für eine Amtsdauer bis zum Abschluss der nächsten ordentlichen Generalversammlung als Mitglied des Vergütungsausschusses gewählt.

Antrag 6.2

C. wird für eine Amtsdauer bis zum Abschluss der nächsten ordentlichen Generalversammlung als Mitglied des Vergütungsausschusses gewählt.

Antrag 6.3

D. wird für eine Amtsdauer bis zum Abschluss der nächsten ordentlichen Generalversammlung als Mitglied des Vergütungsausschusses gewählt.

4. Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrates

4.1 Erläuterungen

- 525 Die Entlastung der einzelnen Verwaltungsräte kann nach herrschender Lehre entweder *in globo* oder durch jeweilige Einzelbeschlüsse erfolgen.¹³⁰² Im Hinblick auf die Wahrung der Einheit der Materie ist indes nur die Einzelentlastung zulässig.¹³⁰³
- 526 Wie bei der Wahl der Verwaltungsräte¹³⁰⁴ sind auch bei deren Entlastung nur dann eine freie Willensbildung und eine unverfälschte Stimmabgabe möglich, wenn der Entlastungsbeschluss zu jedem Verwaltungsratsmitglied einzeln gefasst wird. In

¹³⁰² Dazu oben N 130.

¹³⁰³ A.M. SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 10 N 41 FN 791.

¹³⁰⁴ Dazu soeben § 10/I./3.

diesem Sinne ist auch die Lehrmeinung zu interpretieren, die dem Aktionär das Recht zugesteht, eine Einzelabstimmung zu verlangen.¹³⁰⁵

4.2 Ausgestaltung

Traktandum 7

527

Entlastung der Verwaltungsräte

Antrag 7.1

A. wird für das Geschäftsjahr 2019 Entlastung erteilt.

Antrag 7.2

B. wird für das Geschäftsjahr 2019 Entlastung erteilt.

Antrag 7.3

C. wird für das Geschäftsjahr 2019 Entlastung erteilt.

Antrag 7.4

D. wird für das Geschäftsjahr 2019 Entlastung erteilt.

Antrag 7.5

E. wird für das Geschäftsjahr 2019 Entlastung erteilt.

5. Genehmigung der Vergütungen

5.1 Erläuterungen

Die zwingende Abstimmung über die Vergütung des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ist den Aktionären von börsenkotierten Gesellschaften vorbehalten (vgl. Art. 18 Abs. 1 VegüV) und wird dies wohl auch bleiben.¹³⁰⁶ Die Verordnung sieht zudem vor, dass gesondert über die Vergütungen von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat abgestimmt wird (Art. 18 Abs. 3 Ziff. 2 VegüV). Eine Einzelabstimmung über die Vergütung jedes einzelnen Mitglieds ist in der Verordnung zwar nicht vorgesehen, aber möglich.¹³⁰⁷ Eine sepa-

528

¹³⁰⁵ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 22; ISLER/SCHOTT, S. 205 f.

¹³⁰⁶ Vgl. Art. 698 Abs. 3 Ziff. 3 E-OR. Siehe aber BERTSCHINGER, *Vergütung*, S. 394 ff., wonach grundsätzlich in jeder Gesellschaft die Möglichkeit für die Aktionäre bestünde, über die Vergütung des Verwaltungsrates zu bestimmen, so sie ihre Kompetenz denn auch wahrnehmen würden.

¹³⁰⁷ Dazu oben N 140.

rate Traktandierung der jeweiligen Genehmigungen ist hinsichtlich der Einheit der Materie auch nicht zwingend.

- 529 Die flexible Ausgestaltung der Verordnung lässt eine ganze Bandbreite an Genehmigungsmodellen zu.¹³⁰⁸ Bei der *retrospektiven* Genehmigung steht der jeweilige Gesamtbetrag der Vergütung im Zeitpunkt der Genehmigung fest.¹³⁰⁹ Aufgrund dieser fixen Parameter ist es zulässig, dem Aktionär die Gesamtbeträge für die jeweiligen Gremien zur Genehmigung vorzulegen. Der Aktionär genehmigt gesamthaft eine Aufwandposition für das abgelaufene Geschäftsjahr und entscheidet dabei, ob die gesamte Vergütung durch die Leistung des jeweiligen Gremiums gerechtfertigt ist oder nach seinem Dafürhalten zu hoch ausfällt.¹³¹⁰
- 530 Die *prospektive* Genehmigung der Vergütungen bringt mit sich, dass der effektive Gesamtbetrag der Vergütung im Zeitpunkt der Abstimmung noch nicht bekannt ist. Als Folge davon legt die Generalversammlung mit ihrem Beschluss in der Regel einen Maximalbetrag für die Vergütung fest.¹³¹¹ Auch hier hat sich der Aktionär damit zu begnügen, einen Maximalbetrag für die jeweilige Gesamtvergütung von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat zu genehmigen. Die in der Praxis häufig vorgenommene Unterteilung in eine Abstimmung zur variablen bzw. fixen Vergütung¹³¹² gewährt dem Aktionär zwar eine zusätzliche Möglichkeit zur Meinungsäußerung, ist aus Sicht der Einheit der Materie aber nicht zwingend. Dass mit der variablen Vergütung eine gewisse Unsicherheit verbunden ist, hat auf die Willensbildung des Aktionärs keinen weiteren Einfluss, da sich dieser lediglich entscheiden muss, ob er den festgelegten Maximalbetrag der Gesamtvergütung akzeptieren möchte.
- 531 Auch eine Kombination der beiden Abstimmungsformen ist denkbar.¹³¹³ Aus Sicht der Geschäftsleitung kann es aus Gründen der Rechtssicherheit wünschenswert sein, dass über die fixe Vergütung prospektiv abgestimmt wird.¹³¹⁴ Dies lässt

¹³⁰⁸ Dazu oben N 136 ff.

¹³⁰⁹ BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 18 N 133; GesKR Kommentar VegüV-DAENIKER/GERHARD, Art. 18 N 35; Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 164.

¹³¹⁰ In diesem Sinne auch BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 18 N 93 a.E.

¹³¹¹ BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 18 N 139; Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 167 f.

¹³¹² Vgl. Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER, Art. 18 N 146a.

¹³¹³ Vgl. oben N 137 ff.

¹³¹⁴ Vgl. ZK-BÜHLER, Vor Art. 707–726 OR N 216 f.; MALACRIDA/SPILLMANN, S. 489; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 562 ff.

sich ohne Weiteres auch mit einer retrospektiven Abstimmung über die variable Vergütung kombinieren. In diesem Fall bilden die retrospektive Abstimmung über die variable Vergütung bzw. die prospektive Abstimmung über die fixe Vergütung den Gegenstand separater Anträge.

5.2 Ausgestaltung

a. Retrospektive Genehmigung

Traktandum 8

532

Retrospektive Genehmigung der Vergütung des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates

Antrag 8.1

Der Gesamtbetrag der Vergütung der Mitglieder des Verwaltungsrates für das Geschäftsjahr 2019 in der Höhe von CHF 1'000'000 wird genehmigt.

Antrag 8.2

Der Gesamtbetrag der Vergütung der Mitglieder der Geschäftsleitung für das Geschäftsjahr 2019 in der Höhe von CHF 5'000'000 wird genehmigt.

Antrag 8.3

Der Gesamtbetrag der Vergütung der Mitglieder des Beirates für das Geschäftsjahr 2019 in der Höhe von CHF 200'000 wird genehmigt.

b. Prospektive Genehmigung

Traktandum 9

533

Prospektive Genehmigung der maximalen Vergütung des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates

Antrag 9.1

Der maximale Gesamtbetrag der Vergütung der Mitglieder des Verwaltungsrates für das Geschäftsjahr 2021 in der Höhe von CHF 1'000'000 wird genehmigt.

Antrag 9.2

Der maximale Gesamtbetrag der Vergütung der Mitglieder der Geschäftsleitung für das Geschäftsjahr 2021 in der Höhe von CHF 5'000'000 wird genehmigt.

Antrag 9.3

Der maximale Gesamtbetrag der Vergütung der Mitglieder des Beirates für das Geschäftsjahr 2021 in der Höhe von CHF 200'000 wird genehmigt.

c. Kombination

534 **Traktandum 10**

Retrospektive Genehmigung der Vergütung des Verwaltungsrates, des Beirates und der variablen Vergütung der Geschäftsleitung sowie prospektive Genehmigung der fixen Vergütung der Geschäftsleitung

Antrag 10.1

Der Gesamtbetrag der Vergütung der Mitglieder des Verwaltungsrates für das Geschäftsjahr 2019 in der Höhe von CHF 1'000'000 wird genehmigt.

Antrag 10.2

Der Gesamtbetrag der variablen Vergütung der Mitglieder der Geschäftsleitung für das Geschäftsjahr 2019 in der Höhe von CHF 2'000'000 wird genehmigt.

Antrag 10.3

Der maximale Gesamtbetrag der fixen Vergütung der Mitglieder der Geschäftsleitung für das Geschäftsjahr 2021 in der Höhe von CHF 3'000'000 wird genehmigt.

Antrag 10.4

Der Gesamtbetrag der Vergütung der Mitglieder des Beirates für das Geschäftsjahr 2019 in der Höhe von CHF 200'000 wird genehmigt.

6. Statutenrevision

- 535 Bei Statutenänderungen ist jeweils zu unterscheiden zwischen einer Total- und einer Teilrevision.¹³¹⁵

6.1 Erläuterungen

a. Totalrevision

- 536 Die Einheit der Materie ist nicht anwendbar bei einer materiellen Totalrevision der Statuten. Letztere liegt vor, wenn eine *erhebliche Zahl* an Statutenbestimmungen materiell angepasst werden soll. In diesem Fall sind die Handlungsoptionen des Aktionärs darauf beschränkt, die neuen Statuten in ihrer Gesamtheit entweder anzunehmen oder abzulehnen. Dasselbe gilt für eine formelle Totalrevision, im Rahmen derer keinerlei materielle, sondern bloss redaktionelle Änderungen vorge-

¹³¹⁵ Vgl. oben § 9/II./3.

nommen werden.¹³¹⁶ Werden hingegen im Rahmen einer formellen Totalrevision einzelne Statutenbestimmungen materiell geändert und sind die Voraussetzungen für eine materielle Totalrevision nicht erfüllt, sind die Statutenänderungen zwingend im Verfahren der Teilrevision durchzuführen.¹³¹⁷

b. Teilrevision

Eine Statutenänderung im Sinne einer Teilrevision umfasst jeweils eine einzelne Statutenbestimmung.¹³¹⁸ Damit gilt es insbesondere zu vermeiden, dass Statutenbestimmungen, welche die Rolle oder die Pflichten des Verwaltungsrates (inkl. dessen Vergütung) regeln, mit Bestimmungen betreffend die Generalversammlung bzw. die Aktionäre oder die Revisionsstelle verknüpft werden.¹³¹⁹ Handelt es sich um eine *erhebliche Zahl* an Statutenbestimmungen, die im Rahmen derselben Generalversammlung materiell geändert werden sollen, kann das Verfahren der Totalrevision gewählt werden.¹³²⁰

Grundsatzbeschlüsse, wie beispielsweise die Beschränkung der Übertragbarkeit von Namenaktien oder die Einschränkung des Stimmrechts, welche in Form einer Statutenänderung gefasst werden, stellen in der Regel einen eigenen Kernbeschlussgegenstand dar und lassen sich folglich weder miteinander noch mit der Änderung einer anderen Statutenbestimmung kombinieren.¹³²¹

Die Verknüpfung eines Kernbeschlussgegenstandes mit einer Statutenänderung ist indes zulässig, wenn es sich bei der Statutenänderung um die Umsetzung des Beschlusses handelt bzw. wenn die Änderung der Statuten durch den Beschluss erforderlich wird.¹³²² Die Statutenänderung lässt sich diesfalls unter den Kernbeschlussgegenstand einordnen. Dies gilt beispielsweise für den Fall einer Kapital-

¹³¹⁶ Freilich bleibt es den Gesellschaften unbenommen, auch in diesen Fällen Einzelabstimmungen durchzuführen.

¹³¹⁷ Zum Ganzen oben § 9/II./3.

¹³¹⁸ Vgl. oben N 467. Siehe dazu das Musterbeispiel unten N 541.

¹³¹⁹ Ein Beispiel: Die Schwelle des Traktandierungsrechts soll zugunsten der Aktionäre auf 1 % des Aktienkapitals gesenkt werden. Gleichzeitig soll die statutarisch festgelegte Amtszeit der Verwaltungsräte auf 4 Jahre erhöht werden. Der Aktionär soll nicht gleichzeitig über eine für ihn vorteilhafte und eine zweite für den Verwaltungsrat günstige Bestimmung befinden müssen.

¹³²⁰ Dazu oben § 9/II./3.

¹³²¹ Vgl. oben § 9/III./1.1.

¹³²² Ähnlich einer Ausführungsbestimmung; vgl. oben N 31.

herabsetzung (Art. 732 OR), welche eine Statutenänderung mit sich führt, da in den Statuten zwingend die Höhe des Aktienkapitals ausgewiesen werden muss.¹³²³

6.2 Ausgestaltung

a. Totalrevision

540 Traktandum 11

Totalrevision der Statuten

Antrag

Die bestehenden Statuten werden vollständig durch die beiliegende Statutenversion vom 1. Januar 2020 ersetzt.

b. Teilrevision

541 Traktandum 12

Änderung von Art. 1 der Statuten

Antrag 12.1

Art. 1 der Statuten wird wie folgt geändert:

«Art. 1 Firma und Sitz

Unter der Firma ~~Alpha AG~~ Beta AG besteht eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich.»

Antrag 12.2

Art. 1 der Statuten wird wie folgt geändert:

«Art. 1 Firma und Sitz

Unter der Firma Alpha AG besteht eine Aktiengesellschaft mit Sitz in ~~Zürich~~ St. Gallen.»

¹³²³ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 2 N 362 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 53 N 107 ff. und 114; BSK OR II-KÜNG/SCHOCH, Art. 732 N 5. Siehe dazu das Musterbeispiel unten N 542.

Traktandum 13**Kapitalherabsetzung****Antrag**

Das Aktienkapital wird durch Vernichtung von 100'000 eigenen Namenaktien, die im Rahmen eines Aktienrückkaufprogramms zurückgekauft wurden, von CHF 1'000'000 um CHF 100'000 auf CHF 900'000 herabgesetzt. Dazu wird gemäss dem Ergebnis des Prüfungsberichtes der Revisionsstelle festgestellt, dass die Forderungen der Gläubiger trotz Herabsetzung des Aktienkapitals voll gedeckt sind, und Art. 5 der Statuten wie folgt geändert:

«Art. 5 Aktienkapital

Das Aktienkapital beträgt ~~CHF 1'000'000~~ CHF 900'000, eingeteilt in ~~1'000'000~~ 900'000 voll liberierte Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 1.–.»

7. Kapitalerhöhung**7.1 Erläuterungen**

Der Beschluss zu einer ordentlichen Kapitalerhöhung hat per Gesetz zwingend 543 den folgenden Inhalt aufzuweisen (Art. 650 Abs. 2 OR):¹³²⁴

- Den gesamten Nennbetrag, um den das Aktienkapital erhöht werden soll, und den Betrag der darauf zu leistenden Einlagen;
- Anzahl, Nennwert und Art der Aktien;
- Den Ausgabebetrag oder die Ermächtigung an den Verwaltungsrat, diesen festzusetzen, sowie den Beginn der Dividendenberechtigung;
- Die Art der Einlagen (Form der Liberierung).

Soweit lassen sich keine Probleme im Hinblick auf die Einhaltung der Einheit der 544 Materie feststellen. Sämtliche Elemente lassen sich unter den Kernbeschlussgegenstand der Kapitalerhöhung subsumieren. Dasselbe gilt für eine allfällige Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 8 OR). Das Bezugsrecht, wie auch dessen Einschränkung, tritt ausschliesslich im Kontext der Kapitalerhöhung in Erscheinung und ist mithin eng mit dieser verbunden (Art. 652b OR). Demzufolge rechtfertigt sich eine Subsumtion unter denselben Kernbeschlussgegenstand. Im Übrigen ist auch aus praktischer Sicht eine Verknüpfung geboten. Beispielsweise ist der Ausschluss des Bezugsrechts im Rahmen einer Kapitalerhöhung, die im Hinblick auf eine Unternehmensübernahme

¹³²⁴ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 52 N 64; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 10 N 11.

durchgeführt wird und die Schaffung der dazu benötigten Aktien vorsieht, geradezu zwingend.¹³²⁵

- 545 Einer detaillierteren Betrachtung bedarf es dann, wenn unter anderem folgende – ebenfalls in Art. 650 Abs. 2 OR aufgelistete – Elemente zusätzlich Bestandteil des Beschlusses bilden:
- Vorrechte einzelner Aktienkategorien;
 - Beschränkung der Übertragbarkeit neuer Namenaktien.
- 546 Sie stellen im Regelfall einen eigenen Kernbeschlussgegenstand dar und lassen sich folglich weder mit einem Kapitalerhöhungsbeschluss noch untereinander kombinieren.¹³²⁶ Wie es sich damit im Kontext der Kapitalerhöhung verhält, wird in der Folge im Einzelnen dargelegt.

a. Kombinierte Schaffung von Aktien mit Vorrechten

- 547 Werden im Erhöhungsbeschluss Vorrechte einzelner Aktienkategorien festgelegt, bedeutet dies nichts anderes als die Schaffung von Stimmrechts- oder Vorzugsaktien.¹³²⁷
- 548 *Stimmrechtsaktien* zeichnen sich dadurch aus, dass sie (i) einen tieferen Nennwert als Stammaktien aufweisen, ihnen aber (ii) dieselbe Stimmkraft zukommt. Zur Abweichung von der Bemessung des Stimmrechts nach dem Nennwert bedarf es einer entsprechenden Statutenbestimmung (Art. 693 Abs. 1 OR).¹³²⁸ Die Festlegung des Nennwerts neu auszugebender Aktien ist zwingender Bestandteil des Kapitalerhöhungsbeschlusses (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 2 OR) und lässt sich, wie bereits dargelegt, unter den betreffenden Kernbeschlussgegenstand subsumieren.¹³²⁹
- 549 Zu unterscheiden ist folglich danach, ob die Statuten bereits eine Bestimmung enthalten, welche die Bemessung des Stimmrechts nach Aktien statt dem Nennwert zulässt:

¹³²⁵ Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 9 N 90; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 10 N 93. Damit soll keineswegs der Argumentation Vorschub geleistet werden, eine Verknüpfung rechtfertige sich aus «Praktikabilitätsgründen», sondern lediglich der enge Bezug zwischen der Kapitalerhöhung und dem Bezugsrecht verdeutlicht werden.

¹³²⁶ Vgl. oben § 9/III./1.1.

¹³²⁷ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 52 N 78.

¹³²⁸ Dazu oben N 174.

¹³²⁹ Vgl. oben N 544.

- (I) Besteht eine entsprechende Statutenbestimmung, werden durch die Festlegung eines Nennwerts, der von demjenigen der Stammaktien abweicht, «automatisch» Stimmrechtsaktien geschaffen. Der Aktionär muss sich in diesem Fall gefallen lassen, dass er zeitgleich mit der Erhöhung des Aktienkapitals der Schaffung zusätzlicher oder allenfalls erstmaliger Stimmrechtsaktien zustimmt.¹³³⁰
- (II) Besteht keine entsprechende Statutenbestimmung und sieht der Verwaltungsrat die Schaffung von Stimmrechtsaktien vor, bedarf es neben der Festlegung eines abweichenden Aktiennennwerts einer Statutenänderung. Dieser zusätzlich zu fassende Beschluss verletzt die Einheit der Materie, so er denn in einer einzigen Abstimmung zusammen mit dem Kapitalerhöhungsbeschluss gefasst werden soll. Mit anderen Worten ist die Statutenergänzung mit einem separaten Antrag – bestenfalls unter separater Traktandierung – vorzunehmen.¹³³¹
- (III) Werden im Rahmen einer Kapitalerhöhung Stimmrechtsaktien *und* Stammaktien ausgegeben, wird nicht nur eine allfällige gesonderte Statutenänderung nötig, sondern auch eine geteilte Abstimmung über die Kapitalerhöhung mit Ausgabe von Stammaktien bzw. die Kapitalerhöhung mit Ausgabe von Stimmrechtsaktien. Diese Situation unterscheidet sich von Fall I dadurch, dass beim Aktionär auch lediglich die Präferenz für eine Kapitalerhöhung mit Ausgabe von Stammaktien bestehen kann. Er würde in seiner Willensbildung beeinträchtigt, müsste er gleichzeitig über die Schaffung von Stimmrechtsaktien entscheiden. In Fall I stellt sich die Frage nach der Differenzierung der Aktienart nicht. Der Aktionär entscheidet über das «Paket» Kapitalerhöhung mit Ausgabe von Stimmrechtsaktien.

Sollen mit einer Kapitalerhöhung *Vorzugsaktien* geschaffen werden, verhält es sich gleichermassen. Die Festlegung der Aktienart ist wiederum zwingender Bestandteil des Kapitalerhöhungsbeschlusses, womit auch hier danach zu differen-

¹³³⁰ Die erstmalige Ausgabe von Stimmrechtsaktien erfordert eine qualifizierte Mehrheit; werden lediglich zusätzliche Stimmrechtsaktien mit demselben Stimmkrafthebel ausgegeben, reicht die absolute Mehrheit aus (BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 371; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 24 N 118; ZK-TANNER, Art. 704 OR N 42 ff. A.M. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 704 N 8).

¹³³¹ Zu beachten ist dabei, dass die Einführung von Stimmrechtsaktien bzw. die entsprechende Statutenänderung im Gegensatz zur ordentlichen Kapitalerhöhung eine qualifizierte Mehrheit verlangt (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 2 OR).

zieren ist, ob die Statuten bereits die zur Ausgabe von Vorzugsaktien notwendige Ermächtigungsklausel enthalten.¹³³²

b. Kombinierte Übertragungsbeschränkung bei Namenaktien

- 551 Aus der Auflistung der Übertragungsbeschränkung neuer Namenaktien als bedingt notwendige Angabe eines Kapitalerhöhungsbeschlusses¹³³³ leitet sich ab, dass gleichzeitig mit der Kapitalerhöhung eine Vinkulierung der neu ausgegebenen Namenaktien beschlossen werden können soll.¹³³⁴ Mit dem Grundsatz der Einheit der Materie lässt sich dies indes nicht vereinbaren. Dem Aktionär werden zwei Fragen gestellt; nämlich (i) ob er einer Aktienkapitalerhöhung und der Ausgabe von Namenaktien zustimmen möchte und (ii) ob er eine Vinkulierung ebendieser Namenaktien befürwortet. Diese Fragen sind zwei unterschiedlichen Kernbeschlussgegenständen zuzuordnen. Mit anderen Worten kann der Aktionär das Aktienkapital erhöhen, ohne die Übertragbarkeit der dazu ausgegebenen Namenaktien beschränken zu wollen.¹³³⁵ Der Beschluss zur Vinkulierung der ausgegebenen Namenaktien muss folglich basierend auf einem separaten Antrag gefasst werden, kann aber aufgrund seines direkten Bezugs zur Kapitalerhöhung unter demselben Traktandum aufgeführt werden.

¹³³² Die Notwendigkeit einer statutarischen Ermächtigungsklausel ist umstritten, nach der hier vertretenen Auffassung aber gegeben (vgl. LIEBI, N 56 ff.; ZK-BÜRGI, Art. 698 OR N 121. A.M. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 4 N 159, der einen Kapitalerhöhungsbeschluss mit einer Statutenänderung, welche die Definition der Vorrechte betrifft, verknüpfen will.).

¹³³³ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 52 N 80; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 10 N 12.

¹³³⁴ Vgl. BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 650 N 25.

¹³³⁵ Vgl. die Definition von AUBERT, N 392, wonach die Einheit der Materie verletzt ist, wenn die Vorlage «mindestens zwei Punkte enthält, und wenn ein Bürger den ersten Punkt ohne den zweiten *und* den zweiten ohne den ersten wollen kann.» (Hervorhebung im Original).

7.2 Ausgestaltung

a. Ordentliche Kapitalerhöhung ohne Besonderheit

Traktandum 14

552

Ordentliche Kapitalerhöhung

Antrag

Das Aktienkapital wird um bis zu CHF 1'000'000 durch die Ausgabe von bis zu 1'000'000 voll in bar zu liberierenden Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 1.– erhöht. Die neu auszugebenden Aktien sind ab Eintrag der Kapitalerhöhung im Handelsregister dividendenberechtigt.

b. Ordentliche Kapitalerhöhung kombiniert mit Schaffung von Stimmrechtsaktien

aa. Bestehende Statutenbestimmung (und Stammaktien mit Nennwert CHF 1.–)

Traktandum 15

553

Ordentliche Kapitalerhöhung

Antrag

Das Aktienkapital wird um bis zu CHF 1'000'000 durch die Ausgabe von bis zu 2'000'000 voll in bar zu liberierenden Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 0.50 (Stimmrechtsaktien) erhöht. Die neu auszugebenden Aktien sind ab Eintrag der Kapitalerhöhung im Handelsregister dividendenberechtigt.

bb. Keine Statutenbestimmung (und Stammaktien mit Nennwert CHF 1.–)

Traktandum 16a

554

Statutenänderung (Stimmrechtsaktien)

Antrag

Art. 10 der Statuten wird wie folgt geändert:

«Art. 10 Stimmrecht

~~Die Aktionäre üben ihr Stimmrecht in der Generalversammlung nach Verhältnis des gesamten Nennwerts der ihnen gehörenden Aktien aus. Jede Aktie berechtigt in der Generalversammlung unabhängig von ihrem Nennwert zu einer Stimme.»~~

555 **Traktandum 16b**

Ordentliche Kapitalerhöhung

Antrag

Das Aktienkapital wird um bis zu CHF 1'000'000 durch die Ausgabe von bis zu 2'000'000 voll in bar zu liberierenden Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 0.50 (Stimmrechtsaktien) erhöht. Die neu auszugebenden Aktien sind ab Eintrag der Kapitalerhöhung im Handelsregister dividendenberechtigt.

cc. *Bestehende Statutenbestimmung und Ausgabe von Stamm- und Stimmrechtsaktien (Stammaktien mit Nennwert CHF 1.–)*

556 **Traktandum 17**

Ordentliche Kapitalerhöhung

Antrag 17.1

Das Aktienkapital wird um bis zu CHF 800'000 durch die Ausgabe von bis zu 800'000 voll in bar zu liberierenden Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 1.– (Stammaktien) erhöht. Die neu auszugebenden Aktien sind ab Eintrag der Kapitalerhöhung im Handelsregister dividendenberechtigt.

Antrag 17.2

Das Aktienkapital wird um bis zu CHF 200'000 durch die Ausgabe von bis zu 400'000 voll in bar zu liberierenden Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 0.50 (Stimmrechtsaktien) erhöht. Die neu auszugebenden Aktien sind ab Eintrag der Kapitalerhöhung im Handelsregister dividendenberechtigt.

c. Ordentliche Kapitalerhöhung kombiniert mit Vinkulierung

557 **Traktandum 18**

Ordentliche Kapitalerhöhung

Antrag 18.1

Das Aktienkapital wird um bis zu CHF 1'000'000 durch die Ausgabe von bis zu 1'000'000 voll in bar zu liberierenden Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 1.– erhöht. Die neu auszugebenden Aktien sind ab Eintrag der Kapitalerhöhung im Handelsregister dividendenberechtigt.

Antrag 18.2

Die im Zuge der ordentlichen Kapitalerhöhung neu auszugebenden Namenaktien unterliegen der Übertragungsbeschränkung gemäss Art. 7 der Statuten.

II. Sonderfragen

In der Folge ist auf einzelne Sonderfragen einzugehen. Namentlich fragt sich, ob bedingte Traktanden und Beschlüsse zulässig sind, die Einheit der Materie auch bei einer Universalversammlung zu beachten ist und wie es sich mit dem Verzicht der Aktionäre auf die Einhaltung der Einheit der Materie verhält. 558

1. Bedingte Traktandierung und bedingte Beschlüsse

Die bedingte Behandlung eines Traktandums oder Antrags¹³³⁶ sowie auch die bedingte Ausgestaltung des Letzteren sind grundsätzlich zulässig.¹³³⁷ Nun ist zu klären, ob diese Gestaltungsformen auch mit der Einheit der Materie vereinbar sind.¹³³⁸ Als Beispiel dient der bereits dargelegte Beschluss zur Ausschüttung einer Wahldividende, was im vorliegenden Fall zudem die Schaffung von genehmigtem Aktienkapital voraussetzt.¹³³⁹ 559

1.1 Bedingte Traktandierung

Ein bedingt traktandierter Verhandlungsgegenstand wird nur dann behandelt, wenn die gestellte Bedingung im Zeitpunkt der Generalversammlung erfüllt ist.¹³⁴⁰ 560 Die Traktandierung an eine Bedingung zu knüpfen ist unter Beachtung der Einheit der Materie zulässig, wenn der eine Beschluss die Behandlung des bedingt traktandierten Verhandlungsgegenstandes materiell voraussetzt bzw. notwendig macht (und zwar selbstredend nicht aufgrund der formellen Bedingung per se).

Die Schaffung neuer Aktien im Zusammenhang mit der Ausschüttung einer Wahldividende ist nur notwendig, wenn diese Form der Verwendung des Bilanzgewinns auch tatsächlich beschlossen wird. Mit anderen Worten besteht kein Bedarf 561

¹³³⁶ Der einfacheren Lesbarkeit halber wird in der Folge nur vom bedingten Traktandum gesprochen.

¹³³⁷ Dazu oben N 299 und 302 ff.

¹³³⁸ Vgl. SCHOTT, *Verfahrensmängel*, § 10 N 43: «Wird die Verhandlung eines Gegenstandes an die Bedingung geknüpft, dass die Generalversammlung einer anderen Beschlussvorlage zustimmt, ist zudem der Grundsatz der Einheit der Materie zu beachten, der die Koppelung von Gegenständen verbietet, die keinen sachlichen Zusammenhang aufweisen.»

¹³³⁹ Dazu oben § 10/I./2 und insb. N 518.

¹³⁴⁰ Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 209.

für eine genehmigte Kapitalerhöhung, wenn keine Ausschüttung neuer Aktien bevorsteht. In diesem Sinne rechtfertigt es sich, die Traktandierung der genehmigten Kapitalerhöhung an den Beschluss zur Ausschüttung einer Wahldividende zu knüpfen. Die Einheit der Materie ist gewahrt, da die Behandlung der genehmigten Kapitalerhöhung unmittelbar davon abhängt, ob die entsprechende Dividendenausschüttung beschlossen wird.¹³⁴¹

- 562 Im Übrigen wird die Willensbildung und Stimmabgabe des Aktionärs allein aufgrund einer bedingten Traktandierung nicht beeinträchtigt. Naturgemäss folgt die Behandlung des bedingten Traktandums zeitlich gesehen nach dem Beschluss, welcher die Bedingung der Traktandierung bildet. Der Aktionär kann seinen Willen bezüglich Verwendung des Bilanzgewinns also frei bilden, wonach ihm – in Abhängigkeit des Abstimmungsergebnisses – ein weiterer Antrag vorgelegt wird, über den er gesondert abstimmen kann.

1.2 Bedingte Beschlüsse

- 563 Zeitgleich wird im vorliegenden Beispiel der Beschluss zur Ausschüttung der Wahldividende unter der Bedingung gefasst, dass in der Folge die genehmigte Kapitalerhöhung die nötige Mehrheit findet. Der bedingt ausgestaltete Beschluss kommt erst zustande, wenn das ungewisse Ereignis – die Zustimmung zur genehmigten Kapitalerhöhung – eintritt.¹³⁴²
- 564 Dem Aktionär liegen in diesem Fall zwei separate Anträge vor. Bei der Willensbildung zum ersten, bedingt ausgestalteten Antrag wird der Aktionär in seiner Willensbildung und Stimmabgabe nicht eingeschränkt. Er kann ungeachtet anderer Anträge Beschluss fassen.
- 565 Kritisch wird es beim zweiten Antrag, dessen Annahme Bedingung für die Wirksamkeit des ersten Antrags ist. Bei der Bildung seines diesbezüglichen Willens hat der Aktionär zu bedenken, dass er mit einer Nein-Stimme faktisch auch den ersten Antrag ablehnt – ungeachtet seiner Stimmabgabe zum ersten Antrag. Diese Verknüpfung im Sinne einer Rückwirkung ist nur mit der Einheit der Materie vereinbar, wenn die Wirksamkeit des ersten Beschlusses die Zustimmung zu einem

¹³⁴¹ Gleich verhält es sich mit dem Beispiel des bedingten Traktandums «Wahlen» im Zusammenhang mit einer beantragten Umstrukturierung (vgl. FN 807; DUBS, *Traktandierungsbegehren*, N 112). Erst der Beschluss zu einer Umstrukturierung macht die Wahl bestimmter Verwaltungsräte notwendig.

¹³⁴² Vgl. DUBS, *Bedingte Beschlussfassung*, S. 360.

anderen Antrag materiell voraussetzt.¹³⁴³ Mit Bezug zum vorliegenden Beispiel bedeutet dies, dass der Beschluss zur Ausschüttung der Wahldividende erst möglich und mithin wirksam wird, wenn die genehmigte Kapitalerhöhung und die Schaffung neuer Aktien beschlossen wurde.

1.3 Fazit

Bedingte Traktanden und Anträge sowie bedingt ausgestaltete Anträge lassen sich 566 grundsätzlich mit dem Grundsatz der Einheit der Materie vereinbaren. Nötig ist dafür allerdings, dass ein gefasster Beschluss die Behandlung eines bedingten Traktandums materiell notwendig macht bzw. dass die Wirksamkeit eines Beschlusses die Annahme eines zweiten Antrags materiell voraussetzt.

2. Universalversammlung

Eine Universalversammlung zeichnet sich dadurch aus, dass die Eigentümer oder 567 Vertreter sämtlicher Aktien anwesend sind und dass sie – falls kein Widerspruch erhoben wird – ohne Einhaltung der für die Einberufung vorgeschriebenen Formvorschriften abgehalten werden kann (Art. 701 Abs. 1 OR). Folglich muss vor der Generalversammlung weder eine Traktandenliste erstellt und den Aktionären zugestellt werden, noch müssen den Aktionären die einzelnen Anträge zur Kenntnis gebracht werden.¹³⁴⁴ Mit Ausnahme der Formvorschriften sind aber alle anderen gesetzlichen und statutarischen Vorschriften auch auf eine Universalversammlung anwendbar.¹³⁴⁵ Dies muss insbesondere betreffend die Bestimmungen zum Schutz des Stimmrechts gelten.

Der Grundsatz der Einheit der Materie gilt als materielles Gültigkeitskriterium für 568 ein Traktandum bzw. einen Antrag und bezweckt durch Sicherstellung einer freien Willensbildung und unverfälschten Stimmabgabe die freie Ausübung des Stimm-

¹³⁴³ Vgl. DUBS, *Bedingte Beschlussfassung*, S. 374: «Zum einen muss die *Verknüpfung* des Beschlusses mit einer Bedingung aus Sachgründen erforderlich sein und zum anderen muss die *Bedingung als solche* einen sachlichen Zusammenhang mit dem Beschlussinhalt bei Bedingungserfüllung aufweisen.» (Hervorhebungen im Original).

¹³⁴⁴ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 53; ZK-TANNER, Art. 701 OR N 52.

¹³⁴⁵ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 53 f.; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 701 N 2; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 5; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 5 N 52.

rechts.¹³⁴⁶ In diesem Sinne ist die Einheit der Materie zweifellos auch bei der Beschlussfassung in einer Universalversammlung einzuhalten.

3. Verzicht der Aktionäre

- 569 Die Einheit der Materie schützt den Aktionär vor einer Zwangslage, indem der zur Abstimmung vorgelegte Antrag bestimmten Anforderungen genügen muss. Es obliegt indes dem Aktionär selbst, sein Recht auf eine freie Willensbildung und unverfälschte Stimmabgabe einzufordern. Dazu steht ihm das Antragsrecht und in einem späteren Stadium das Anfechtungsrecht zu.¹³⁴⁷ Zur Anfechtung eines mangelhaften Beschlusses ist der Aktionär nur dann legitimiert, wenn er bereits vor bzw. während der Generalversammlung – in Wahrnehmung seiner Eigenverantwortung – die möglichen Schritte in Form von Verfahrens- oder Sachanträgen zur Verhinderung eines mangelhaften Beschlusses unternommen hat.¹³⁴⁸
- 570 Ebenso muss dem Aktionär aber freistehen, auf die Wahrnehmung seiner Rechte zu verzichten und so eine mögliche Beeinträchtigung seines Stimmrechts hinzunehmen. Beispielsweise geht die heutige Lehre davon aus, dass bei der Wahl sowie Entlastung der Verwaltungsräte eine Abstimmung *in globo* zulässig ist, sofern kein Aktionär die Einzelabstimmung verlangt.¹³⁴⁹ Es fragt sich deshalb, ob *in globo*-Anträge der Anforderung der Einheit der Materie genügen, wenn dem Aktionär die Möglichkeit offensteht, die Einheit der Materie wahrende Einzelabstimmungen zu verlangen. Dieses Vorgehen wäre grundsätzlich auch möglich bei zwei unabhängigen Sachanträgen und lässt sich theoretisch *ad absurdum* führen, wenn sämtliche Anträge einer Generalversammlung nur noch mit einer einzigen Abstimmung angenommen oder abgewiesen werden sollen – stets unter dem Vorbehalt, dass kein Aktionär eine Einzelabstimmung verlangt.
- 571 Bei einer konsequenten Anwendung des Grundsatzes muss gelten, dass eine Abstimmung *in globo* (oder eine anderweitige Verknüpfung zweier Kernbeschlussgegenstände) die Einheit der Materie auch dann verletzt, wenn dem Aktionär die getrennte Abstimmung explizit als Option kommuniziert wird. Durchaus wird vom Aktionär im Rahmen seiner Selbstverantwortung zwar gefordert, dass er sich

¹³⁴⁶ Dazu oben § 9/I.

¹³⁴⁷ Dazu oben § 9/IV./3.

¹³⁴⁸ Dazu oben § 9/III./2.

¹³⁴⁹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 12 N 22; ISLER/SCHOTT, S. 205 f.; VON DER CRONE, *Aktienrecht*, § 4 N 41; WATTER/DUBS, S. 915.

selbständig gegen einen unzulässigen Antrag zur Wehr setzt, indes soll auch dem Antragsteller die Pflicht obliegen, den Antrag ordnungsgemäss auszugestalten. Das oben dargestellte Vorgehen führt zu einer Verschiebung der gänzlichen Verantwortung auf die Seite des Aktionärs, was nicht zu befürworten ist.

§ 11 Schlussbetrachtung

- 572 Das moderne Aktienrecht strebt nach einer Stärkung der Aktionärsrechte.¹³⁵⁰ Allen voran steht das Stimmrecht, dessen Ausübung die Mehrheit der weiteren Aktionärsrechte letztlich dient. Inmitten des aktuellen Revisionsvorhabens findet sich ein unscheinbarer Grundsatz, der durchaus Diskussionsstoff liefert. Die *Einheit der Materie* hat das Potenzial, nicht nur im Zuge von komplexen Steuerreformen Kontroversen zu schüren.¹³⁵¹

I. Die Einheit der Materie im öffentlichen Recht

- 573 Mit dem an sich noblen Zweck des Prinzips der Einheit der Materie zur Gewährleistung einer freien Willensbildung und unverfälschten Stimmabgabe ist eine Reihe von Unsicherheiten verbunden. Während zwischen der staatsrechtlichen Lehre, der Bundesversammlung und dem Bundesgericht betreffend Deutung des Zwecks noch weitgehend Einigkeit herrscht, endet diese alsbald bei der Frage nach der Anwendbarkeit des Grundsatzes und den bei der Prüfung anzuwendenden Kriterien. Im Hinblick auf die Ausgestaltung der Einheit der Materie im Aktienrecht ist festzuhalten, dass der Grundsatz sowohl bei Sachabstimmungen wie auch bei Wahlen anzuwenden ist und für alle Vorlagen – unabhängig vom Urheber – gleichermassen gilt.¹³⁵² Indes ist die Anwendung des Grundsatzes im öffentlichen Recht auf Teilrevisionen zu beschränken; dieser findet folglich bei Totalrevisionen keine Beachtung.¹³⁵³
- 574 Die Untersuchung der anzuwendenden Kriterien fördert – getreu dem Leitsatz «zwei Juristen, drei Meinungen» – eine Vielzahl an Ansichten zu Tage und zeigt insbesondere zwei Vorgehensweisen auf: Die Einhaltung der Einheit der Materie lässt sich entweder mittels abstrakter Kriterien (der *sachliche Zusammenhang*) oder mithilfe der Einordnung in Kategorien, welche auf der bundesgerichtlichen bzw. bundesbehördlichen Praxis beruhen, prüfen.¹³⁵⁴

¹³⁵⁰ Vgl. BBl 2017 399, 455 ff.

¹³⁵¹ Vgl. oben N 46.

¹³⁵² Dazu oben § 2/II./2 und § 2/II./3.

¹³⁵³ Dazu oben § 2/II./1.

¹³⁵⁴ Dazu oben § 2/III.

II. Die Demokratie in der Aktiengesellschaft

Das Modell des demokratischen Staates diene beim Entwurf der Aktiengesellschaft insbesondere im Hinblick auf die Gewaltenteilung als Vorbild.¹³⁵⁵ Die Betrachtung der Parallelen und Diskrepanzen führt zum Schluss, dass sich die beiden Gebilde zwar in elementaren Bereichen – wie der Machtverteilung und der Stellung des Individuums – unterscheiden, eine Übernahme von Grundsätzen, welche dem formellen Verfahren der Willensbildung zuträglich sein können, aber durchaus sinnvoll ist.¹³⁵⁶ Unter den Aktiengesellschaften bestehen indes Unterschiede in Abhängigkeit der Grösse der Gesellschaft bzw. des Aktionärskreises. Begünstigt durch Stimmrechtsberater und unabhängige Stimmrechtsvertreter wird in Publikumsgesellschaften und Gesellschaften mit breit gestreutem Aktionariat vermehrt aus der Ferne abgestimmt, derweil in kleineren Gesellschaften noch eher das «Idyll der Landsgemeinde» im Sinne einer Zusammenkunft und gemeinsamen Beratung der Aktionäre gelebt wird.¹³⁵⁷ 575

Diese Unterschiede zeitigen im konkreten Fall der Einheit der Materie die Wirkung, dass Aktionäre ein differenziertes Schutzbedürfnis aufweisen. In Gesellschaften mit kleinem Aktionärskreis bietet sich den Aktionären eher die Möglichkeit, an der Ausarbeitung einer Lösung in Form eines Antrags mitzuwirken. Demgegenüber werden die Anträge in einer Publikumsgesellschaft in der Tendenz vom Verwaltungsrat diktiert. Kann der Aktionär im kleinen Rahmen bereits Einfluss auf die Ausgestaltung des Antrags nehmen, ist er gegenüber dem Publikumsaktionär bezüglich seiner Willensbildung in einer privilegierten Position. Der Publikumsaktionär ist demzufolge auf einen höheren Schutz seiner Willensbildung und Stimmabgabe angewiesen. 576

Auf die Anwendung des Grundsatzes hat obige Unterscheidung jedoch keinen Einfluss. Die Einheit der Materie ist zum Schutz aller Aktionäre und im Sinne der *Einheit des Aktienrechts* in sämtlichen Generalversammlungen zu beachten.¹³⁵⁸ 577

¹³⁵⁵ Dazu oben § 8/I./1.1.

¹³⁵⁶ Dazu oben § 8/I./1.2, § 8/I./1.3 und § 8/I./2.

¹³⁵⁷ Dazu oben § 6/I.

¹³⁵⁸ Zum Ganzen oben § 8/II.

III. Die Ausgestaltung

- 578 Die Einheit der Materie ist vornehmlich bei der Formulierung von Anträgen zu beachten und spielt bei Traktanden nur eine untergeordnete Rolle. Anwendung findet der Grundsatz überdies bei Wahlen, indes nicht bei *materiellen* Totalrevisionen. Eine solche liegt vor, wenn eine *erhebliche* Zahl an Statutenbestimmungen *materiell* geändert wird.¹³⁵⁹
- 579 Eine Übernahme des «schwer zu fassen[den]»¹³⁶⁰ Begriffs der Einheit der Materie ins Aktienrecht verspricht weder mithilfe des auslegungsbedürftigen *sachlichen Zusammenhanges* noch – mangels notwendiger Rechtsprechung – einer ans öffentliche Recht angelehnten Kategorisierung Erfolg. In einer aktienrechtsspezifischen Lösung lassen sich indes anhand der sogenannten *Kernbeschlussgegenstände* anderweitig Kategorien bilden.¹³⁶¹
- 580 Eine Verknüpfung von Beschlussgegenständen ist sodann nur zulässig, wenn sie sich unter einen einzigen Kernbeschlussgegenstand subsumieren lassen. Eine Ausnahme stellt die Wahl und Décharge des Verwaltungsrates dar. Betrifft eine Abstimmung eine Gruppe von Personen, ist zur Wahrung der Einheit der Materie jeweils einzeln über jede Person – in diesem Fall jedes Mitglied des Verwaltungsrates – abzustimmen. Eine weitere Besonderheit betrifft die Statutenänderung. Im Rahmen einer Teilrevision der Statuten ist im Grundsatz über die Änderung jeder Statutenbestimmung im Sinne eines *Regelungsgegenstandes* eine separate Abstimmung durchzuführen.¹³⁶²
- 581 Zur Beachtung der Einheit der Materie ist in erster Linie der Verwaltungsrat angehalten. Im Rahmen der Vorbereitung und Leitung der Generalversammlung obliegt ihm die Erstellung der Traktandenliste und damit einhergehend die Formulierung bzw. Prüfung von Traktanden und Anträgen. Alternativ könnte die Revisionsstelle mit dieser Prüfung und der Leitung der Generalversammlung beauftragt werden. Auch dem Aktionär obliegt sodann im Hinblick auf sein Anfechtungsinteresse die Pflicht, für eine rechtsgenügende Formulierung der Anträge zu sorgen. Wird die Einheit der Materie dennoch verletzt, stellt dies einen Anfecht-

¹³⁵⁹ Dazu oben § 9/II.

¹³⁶⁰ BGer 1C_109/2016 vom 8. August 2016, E. 2.1.

¹³⁶¹ Dazu oben N 462.

¹³⁶² Dazu oben § 9/III./1.

tungsgrund dar, welcher durch die Gerichte unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsschutzinteresses und der erforderlichen Kausalität zu prüfen ist.¹³⁶³

IV. Ein Pfeiler *inter pares*

Überhöhten Erwartungen an die Einheit der Materie ist freilich Einhalt zu gebie- 582
ten. Der Grundsatz vermag einen Beitrag an die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe in der Aktiengesellschaft zu leisten. Indes stellt die Einheit der Materie lediglich einen Pfeiler bzw. ein Kriterium unter mehreren dar. Die Willensbildung in der Aktiengesellschaft basiert auf dem Prozess der Information, Beratung und Beschlussfassung. Die Einheit der Materie setzt in der letzten Phase an und gibt vor, wie die der Abstimmung zugrunde liegenden Anträge zu formulieren sind. Für eine sinnvolle Ausübung des aktionärsrechtlichen Stimmrechts bedarf es neben einem mangelfreien Beschlussantrag insbesondere einer ausführlichen und ausreichenden Information. Dafür ist zentral, dass dem Aktionär Zugang zu den entscheidungswesentlichen Informationen gewährt wird bzw. dieser seine Informationsrechte sinnvoll ausüben kann.¹³⁶⁴

Wie der Antrag zur Genehmigung der Jahresrechnung verdeutlicht, kommt der 583
Aktionär auch bei einer simplen Frage – welche die Einheit der Materie wahrt – nicht umhin, mehrere Argumente gegeneinander abzuwägen und schliesslich mit Ja oder Nein zu antworten.¹³⁶⁵ Eine freie und fundierte Willensbildung ist nur im Zusammenspiel mit einer ausreichenden Information durch den Verwaltungsrat – allenfalls ergänzt durch eine Beratung vor oder während der Generalversammlung – möglich.

V. Strenge Anforderungen

Damit der Grundsatz der Einheit der Materie nicht wie befürchtet zur Steilvorlage 584
für Querulanten verkommt, ist ein strenger Massstab anzusetzen. Durch die konkrete Definition der einzelnen *Kernbeschlussgegenstände* kann einer drohenden Rechtsunsicherheit entgegengewirkt werden.

¹³⁶³ Zum Ganzen oben § 9/IV.

¹³⁶⁴ Dazu oben § 5/III./3.

¹³⁶⁵ Dazu oben § 10/I./1.

- 585 Im Falle der Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses ist zudem ein Augenmerk auf das Rechtsschutzinteresse des Aktionärs zu legen. Dieses ist nur gegeben, wenn der Aktionär neben der Ablehnung des Antrags auch darauf hingewirkt hat, dass getrennte Abstimmungen durchgeführt werden. Nur wenn er diese Eigenverantwortung wahrgenommen hat, soll er auf eine Anfechtungsklage zurückgreifen und den mangelhaften Beschluss anfechten können. So wird in einem gewissen Mass verhindert, dass die Berufung auf die fehlende Einheit der Materie zum Notnagel oder zur *fallback option* unzufriedener Aktionäre wird.¹³⁶⁶

VI. Ausblick

- 586 Ob die Einheit der Materie nicht nur durch analoge Anwendung, sondern auch kraft einer Gesetzesbestimmung Eingang ins Aktienrecht findet, wird sich in der parlamentarischen Diskussion weisen. Nachdem der Ständerat die Einheit der Materie vorerst aus dem Entwurf gestrichen hatte, sprach sich der Nationalrat in der Folge wieder für eine Aufnahme des Grundsatzes ins Gesetz aus. Zuletzt hat die Kommission des Ständerates eingelenkt und keine weitere Änderung vorgesehen. Bei Abschluss der vorliegenden Arbeit lag die Vorlage zur Aktienrechtsrevision 2016 dem Ständerat vor. Der entsprechenden Gesetzesfahne «S1-5 D» war der folgende Wortlaut zu entnehmen:¹³⁶⁷

Art. 700 Abs. 3 E-OR

Der Verwaltungsrat stellt sicher, dass die Verhandlungsgegenstände die Einheit der Materie wahren, und legt der Generalversammlung alle Informationen vor, die für ihre Beschlussfassung notwendig sind.

- 587 Es mag im Lichte obiger Ausführungen nicht erstaunen, dass die Aufnahme des Grundsatzes der Einheit der Materie ins Gesetz durch den Verfasser begrüsst würde.

¹³⁶⁶ Dazu oben § 9/III./2.

¹³⁶⁷ Fahne Frühjahrssession 2020 Ständerat, S1-5 D, S. 38.

Lebenslauf

Seit 2020	Gerichtsschreiber am Bundesverwaltungsgericht, Abteilung I
2019 – 2020	Hochschulpraktikant am Bundesverwaltungsgericht, Abteilung I
2015 – 2019	Substitut in einer Anwaltskanzlei in Zürich
2015 – 2018	Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht von Prof. Dr. Urs Bertschinger
2016	M.A. HSG in Law and Economics (Rechtswissen- schaft mit Wirtschaftswissenschaften)
2013	B.A. HSG in Law and Economics (Rechtswissen- schaft mit Wirtschaftswissenschaften)
2008	Matura, Kantonsschule Rychenberg, Winterthur