



Nina Reiser\*

## Neuerungen bei der Durchführung von Generalversammlungen

Im Zuge der Aktienrechtsrevision und in Zeiten der COVID-19-Pandemie

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Hintergrund
- III. Modernisierungen im Zuge der Aktienrechtsrevision
  1. Terminologie
    - 1.1 Virtuelle Generalversammlung
    - 1.2 Abgrenzungen
  2. Voraussetzungen für die virtuelle Generalversammlung
  3. Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel
  4. Elektronische Einberufung der Generalversammlung
  5. Teilnahme an der virtuellen Generalversammlung
    - 5.1 Unmittelbarkeitsprinzip
    - 5.2 Recht auf Teilnahme
    - 5.3 Ablauf der Diskussion
  6. Sicherheit
    - 6.1 Identifikation der Teilnehmenden
    - 6.2 Technische Probleme
    - 6.3 Verfälschung des Abstimmungsergebnisses durch Cyber-Angriffe
- IV. Massnahmen in Zeiten der COVID-19-Pandemie
  1. Rechtslage vom 13. bis am 16. März 2020
    - 1.1 Einleitung
    - 1.2 Unzulässigkeit der virtuellen Generalversammlung nach geltendem Recht
    - 1.3 Reduktion des (physischen) Teilnehmerkreises
    - 1.4 (Zeitliche und örtliche) Verschiebung der Generalversammlung
    - 1.5 Räumliche Aufteilung der Generalversammlung
  2. Rechtslage vom 17. März bis am 30. Juni 2020
    - 2.1 Einleitung
    - 2.2 Abhilfe für Versammlungen von Gesellschaften
    - 2.3 Teilnahme durch Aktionäre und weitere Teilnehmende
    - 2.4 Aktiengesellschaften mit Alleinaktionär und Generalversammlung mit nur einem Vertreter
    - 2.5 Zeitlicher Geltungsbereich
    - 2.6 Fristberechnung
    - 2.7 Telefon- und Videokonferenz sowie E-Mail
    - 2.8 Öffentliche Beurkundung
- 2.9 Einberufung und Anordnung
- 2.10 Unabhängiger Stimmrechtsvertreter
- 2.11 Formvorschrift für Vollmacht und Weisungserteilung
- 2.12 Recht auf Teilnahme
- 2.13 Verschiebung der Generalversammlung
- V. Rechtslage in Deutschland
  1. Einleitung
  2. Hintergrund
  3. Online-Hauptversammlung
  4. Massnahmen in Zeiten der COVID-19-Pandemie
    - 4.1 Virtuelle Hauptversammlung
    - 4.2 Online-Teilnahme an der Hauptversammlung
    - 4.3 Erleichterungen bei der Einberufung und dem Zeitpunkt der Hauptversammlung
    - 4.4 Abschlagsdividende
    - 4.5 Übergangsbestimmungen
- VI. Würdigung
  1. Modernisierungen im Zuge der Aktienrechtsrevision
  2. Massnahmen in Zeiten der COVID-19-Pandemie

### I. Einleitung

Der Coronavirus (COVID-19) versetzte die Schweiz in den Ausnahmezustand. Der Bundesrat stufte die Situation zuerst als besondere und später als ausserordentliche Lage gemäss Epidemien-gesetz<sup>1</sup> ein. Mit der COVID-19-Verordnung<sup>2</sup> erliess er unter der ausserordentlichen Lage verschiedene Massnahmen, die unter anderem die Durchführung von Generalversammlungen von Aktiengesellschaften betreffen. Mit diesbezüglichen Neuerungen befasst sich auch die Aktienrechtsrevision.<sup>3</sup> Beschreitet der Bundesrat einen gangbaren Weg? Wie sind

\* Nina Reiser, Prof. Dr. iur., LL.M. (Harvard), Rechtsanwältin, Privatdozentin für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Professorin für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Kalaidos Law School, Gruppenleiterin Bewilligungen Banken bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA). Die Autorin vertritt hier ausschliesslich ihre eigene Meinung und bindet die FINMA nicht. Vgl. zum Thema bereits NINA REISER, Coronavirus und GV – geht das?, Blogbeitrag vom 19. März 2020, <<https://www.kalaidos-fh.ch/de-CH/Blogs/Posts/2020/03/sr-1202-Coronavirus-und-GV>> (zuletzt besucht am 23. Mai 2020).

<sup>1</sup> Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemien-gesetz, EpG) vom 28. September 2012, SR 818.101. Vgl. zum Verhältnis des Epidemien-gesetzes zu Art. 185 Abs. 3 BV ANDREAS KLEY, «Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen.» – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 2020, 268 ff.

<sup>2</sup> Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung 2) vom 13. März 2020, SR 818.101.24.

<sup>3</sup> Die Reform des Aktienrechts ist seit über einem Jahrzehnt Diskussionsgegenstand in den politischen Gremien der Schweiz (vgl. für einen Überblick etwa PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet!, in: Jusletter vom 10. Februar 2020).

die in der Aktienrechtsrevision vorgesehenen Regelungen generell und im Lichte der COVID-19 Massnahmen zu beurteilen? Nach Ausführungen zum Hintergrund der genannten Neuerungen (Ziff. II) erläutert der vorliegende Beitrag zunächst die im Zuge der Aktienrechtsrevision vorgesehenen Modernisierungen (Ziff. III). Danach werden die durch den Coronavirus ausgelösten Regelungen in der Schweiz untersucht (Ziff. IV), gefolgt von einem Überblick über die Rechtslage in Deutschland (Ziff. V). Abschluss bildet eine Würdigung sämtlicher Neuerungen (Ziff. VI).

## II. Hintergrund

Bei der Generalversammlung handelt es sich gemäss Gesetzeswortlaut um das «oberste Organ der Gesellschaft». <sup>4</sup> Zentrale Kompetenzen, wie beispielsweise die Festsetzung und Änderung der Statuten sowie die Wahl der anderen Organe, sind ihr unübertragbar vorbehalten. <sup>5</sup> Die Aktionäre müssen ihre Mitwirkungsrechte unmittelbar in der Generalversammlung ausüben (sog. Unmittelbarkeitsprinzip). Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die Willensbildung und die Entscheidungsfindung nur in der Versammlung stattfinden können. <sup>6</sup> Daher ist nach geltendem Recht grundsätzlich eine physische Präsenz der Aktionäre oder ihrer Vertreter an der Generalversammlung erforderlich. Weder eine schriftliche Generalversammlung auf dem Zirkularweg, eine Generalversammlung in der Form einer Delegiertenversammlung noch eine vor- oder nachträgliche Zustimmung von abwesenden Aktionären zu den Beschlüssen oder eine Generalversammlung per Telefonkonferenz ohne Versammlungsort ist – anders als bei der Genossenschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung sowie bei der Beschlussfassung im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft – erlaubt. <sup>7</sup> Auch lehnt der überwiegende Teil der Lehre unter geltendem Recht die Zulässigkeit einer rein virtuellen Generalversammlung ohne Tagungsort ab. Die virtuelle Teilnahme an einer physischen Generalversammlung ist aber möglich. <sup>8</sup>

In Zeiten der COVID-19-Pandemie verordnete der Bundesrat zur Eindämmung des neuen Coronavirus, zum Schutz besonders gefährdeter Personen und um die Versorgung der Bevölkerung mit Pflege und Heilmitteln sicherzustellen, per 13. März 2020 noch unter der be-

sonderen Lage das Verbot von öffentlichen und privaten Veranstaltungen ab 100 Personen. <sup>9</sup> Bereits per 17. März 2020 rief der Bundesrat die ausserordentliche Lage aus, verschärfte die Massnahmen und untersagte grundsätzlich jegliche privaten und öffentlichen Veranstaltungen. <sup>10</sup> Damit verbot er die physische Durchführung von Generalversammlungen mit mehreren Aktionären. Die COVID-19-Verordnung 2 hält deshalb eine Sondervorschrift für die Durchführung von rein schriftlichen oder virtuellen Generalversammlungen bereit.

Unabhängig von der COVID-19-Pandemie werden vor allem bei grösseren Gesellschaften sowohl in der Schweiz als auch im Ausland nur wenige der Aktien von physisch präsenten Aktionären vertreten. <sup>11</sup> Diejenigen Aktionäre, die sich an der Generalversammlung vertreten lassen, bilden ihren Willen bereits im Vorfeld der Generalversammlung. Vor diesem Hintergrund sollen im Zuge der Aktienrechtsrevision die Voraussetzungen für den Einsatz neuer technischer Mittel geschaffen werden. Ziel ist es unter anderem, den finanziellen und zeitlichen Aufwand für die Teilnahme zu senken, um die Repräsentativität von Generalversammlungen zu erhöhen. <sup>12</sup>

## III. Modernisierungen im Zuge der Aktienrechtsrevision

Am 23. November 2016 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft und den Entwurf zu einer umfassenden Revision des schweizerischen Aktienrechts. <sup>13</sup> Inzwischen haben sich beide Räte mit der Vorlage befasst, es bestehen aber noch Differenzen. <sup>14</sup> Was die vorliegend interessierenden Neuerungen bei der Durchführung von Generalversammlungen anbelangt, sind sich die Räte in fast allen Punkten einig. <sup>15</sup> Soweit es nachfolgend nicht anders vermerkt wird, stehen die sogleich erläuterten

<sup>4</sup> Art. 698 Abs. 1 OR.

<sup>5</sup> Vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 OR.

<sup>6</sup> Vgl. etwa ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Mit neuem Firmen- und künftigen Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Aufl., Bern 2018, § 16 N 531.

<sup>7</sup> Vgl. etwa BGE 128 III 142 E. 3b; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 5 N 57; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Fn 6), § 16 N 529, je m.w.H.

<sup>8</sup> Vgl. Ziff. III.1.2c.

<sup>9</sup> Art. 1 i.V.m. 6 Abs. 1 COVID-19-Verordnung 2 in der Version vom 13. März 2020.

<sup>10</sup> Art. 6 Abs. 1 COVID-19-Verordnung 2.

<sup>11</sup> Der lethargische Aktionär, NZZ-Online vom 3. Mai 2003; PETER V. KUNZ, Evolution ins 21. Jahrhundert – oder: Zukunft der Generalversammlung von Aktiengesellschaften in der Schweiz, AJP 2011, 155 ff., 159.

<sup>12</sup> HANS CASPAR VON DER CRONE/THOMAS GROB, Die virtuelle Generalversammlung, SZW 2008, 5 ff., 6.

<sup>13</sup> Entwurf vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 683 ff., sowie Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399 ff. Artikel ohne Zusatz beziehen sich auf das geltende Obligationenrecht, als E-OR werden die im genannten Entwurf vorgesehenen Bestimmungen bezeichnet. Mit E-OR 2007 wird auf die Bestimmungen des Entwurfs vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts, BBl 2008 1751 ff., verwiesen.

<sup>14</sup> Vgl. für einen Überblick über die bereits beschlossenen und noch offenen Punkte nach der Befassung des Nationalrats mit den noch verbleibenden Differenzen zum Ständerat am 19. Dezember 2019 FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn 3).

<sup>15</sup> So bereits zum Stand per 19. Dezember 2019 FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn 3), N 36 ff.

Modernisierungen bereits fest. Über die vorliegend im Fokus stehende virtuelle Generalversammlung hinaus soll die Beschlussfassung im Rahmen einer Universalversammlung neu auch auf schriftlichem und elektronischem Weg möglich sein (Art. 701 Abs. 3 E-OR).

## 1. Terminologie

### 1.1 Virtuelle Generalversammlung

Für die virtuelle Generalversammlung ist die fehlende physische Präsenz begriffsbestimmend. Art. 701d E-OR lässt unter der Marginalie virtuelle Generalversammlung nämlich neu eine ausschliesslich elektronische Generalversammlung zu. Ein physisches Zusammenkommen der Teilnehmenden entfällt und es gibt somit auch keinen Tagungsort. Die Generalversammlung findet im virtuellen Raum statt.

### 1.2 Abgrenzungen

Die virtuelle Generalversammlung gilt es von Mischformen abzugrenzen, bei denen eine herkömmliche physische Generalversammlung mit Unterstützung elektronischer Mittel erweitert wird.<sup>16</sup>

#### a. Multilokale Generalversammlung

Eine multilokale Generalversammlung findet gleichzeitig an zwei oder mehreren Tagungsorten statt. Die Voten werden dabei mittels Bild- und Tonübertragung an die anderen Versammlungsorte übertragen.<sup>17</sup> Die Aktionäre sind physisch anwesend, haben aber die Wahl, an welchem Versammlungsort.<sup>18</sup> Bereits unter geltendem Recht erachtet die herrschende Lehre die multilokale Generalversammlung als zulässig.<sup>19</sup> Die Möglichkeit, eine Generalversammlung an mehreren Tagungsorten durchzuführen, soll nun im Zuge der Aktienrechtsrevision ausdrücklich im Gesetz verankert werden. In diesem Fall müssen die Voten der Teilnehmenden unmittelbar in Bild und Ton an sämtliche Tagungsorte übertragen werden.<sup>20</sup>

#### b. Ausländischer Tagungsort

Ob die Option eines ausländischen Tagungsortes ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen werden soll

(Art. 701b E-OR), ist zwischen den Räten noch strittig.<sup>21</sup> Bereits nach geltendem Recht wird mehrheitlich davon ausgegangen, dass ein ausländischer Tagungsort zulässig ist, soweit dies für die Aktionäre keine unverhältnismässige Erschwernis mit sich bringt.<sup>22</sup> Wenn das Parlament zum Schluss kommt, auch künftig auf eine ausdrückliche Regelung zu verzichten, sollte dies nicht als Einschränkung im Sinne eines Verbots ausländischer Tagungsorte zu verstehen sein. Die virtuelle Generalversammlung ohne Tagungsort zu erlauben, eine mit ausländischem Tagungsort dagegen zu verbieten, wäre widersprüchlich. Damit könnte die Generalversammlung der Schweizer Tochtergesellschaft einer ausländischen Konzernmutter zwar virtuell, aber nicht physisch am ausländischen Sitz der Mutter stattfinden.<sup>23</sup> Für die auch künftige Zulässigkeit eines ausländischen Tagungsortes spricht des Weiteren, dass die Implementierung eines ausdrücklichen Verbots eines ausländischen Tagungsortes bislang nicht zur Diskussion steht. Immerhin dürfte aber der bisherige Verlauf der Debatte Anlass zu deutlicher Zurückhaltung im Umgang mit Generalversammlungen im Ausland geben. Jedenfalls würde der Gesetzgeber die Generalversammlung im Ausland als Ausnahme und nicht als Teil des aktienrechtlichen Alltags verstehen.<sup>24</sup> Nicht zuletzt auch aus Rechtssicherheitsüberlegungen wäre es jedenfalls zu begrüssen, wenn sich das Parlament zur expliziten gesetzlichen Verankerung der Zulässigkeit ausländischer Tagungsorte durchringen würde.

#### c. Generalversammlung mit Teilnahmemöglichkeit via Internet

Bei der Generalversammlung mit Teilnahmemöglichkeit per Internet handelt es sich um eine herkömmliche Generalversammlung mit einem physischen Tagungsort. Die nicht anwesenden Aktionäre bzw. deren Vertreter können zusätzlich zur physischen Teilnahme auf elektronischem Weg partizipieren.<sup>25</sup> Mittels Bild- und Tonübertragung im Internet ist es möglich, die Generalversammlung in Echtzeit mitzuverfolgen. Es liegt hier somit eine Mischform zwischen der herkömmlichen und der virtuellen Generalversammlung vor.<sup>26</sup> Unter der Voraussetzung, dass die physisch anwesenden und die elektronisch teilnehmenden Aktionäre während der Generalversammlung immer auf Augenhöhe, d.h. simultan und ohne Zeitverzug, miteinander interagieren können, bejaht die Lehre die Zulässigkeit einer virtuellen Teilnahme an einer physischen Generalversammlung bereits nach geltendem Recht.<sup>27</sup>

<sup>16</sup> Vgl. dazu im Einzelnen VON DER CRONE/GROB (Fn 12), 6 f. m.w.H.

<sup>17</sup> BRIGITTE TANNER, Generalversammlung ohne Tagungsort? Zur Flexibilisierung der Generalversammlung von Aktiengesellschaften gemäss dem Vorentwurf zur Aktienrechtsreform, in: Zindel/Peyer/Schott (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 2008, 165 ff., 168.

<sup>18</sup> HANS CASPAR VON DER CRONE, Die Internet-Generalversammlung, in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (Hrsg.), Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 155 ff., 156.

<sup>19</sup> VON DER CRONE, Internet-Generalversammlung (Fn 18), 157 f.; TANNER (Fn 17), 168 f.; kritisch PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 11 ff.

<sup>20</sup> Art. 701a Abs. 2 E-OR.

<sup>21</sup> Amtl. Bulletin 2020 33 ff.

<sup>22</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn 3), N 38; VON DER CRONE/GROB (Fn 12), 7 m.w.H.

<sup>23</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn 3), N 38.

<sup>24</sup> HANS CASPAR VON DER CRONE/KEIVAN MOHASSEB, Stand der Aktienrechtsrevision, AJP 2019, 781 ff., 785 f.

<sup>25</sup> KUNZ (Fn 11), 159.

<sup>26</sup> VON DER CRONE, Internet-Generalversammlung (Fn 18), 166.

<sup>27</sup> VON DER CRONE, Internet-Generalversammlung (Fn 18), 162 f.

## 2. Voraussetzungen für die virtuelle Generalversammlung

Die Durchführung einer virtuellen Generalversammlung bedingt, dass die Statuten dies vorsehen und der Verwaltungsrat in der Einberufung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter bezeichnet (Art. 701d Abs. 1 E-OR). Möchte eine Gesellschaft die virtuelle Generalversammlung einführen, muss sie also zuerst eine herkömmliche Generalversammlung einberufen, in der die Statutenänderung beschlossen und öffentlich beurkundet wird (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 i.V.m. 647 OR). Bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, ist es mit dem Einverständnis aller Aktionäre sodann möglich, auf die Bestellung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters zu verzichten (Art. 701d Abs. 2 E-OR). Die Statuten können festlegen, wie dieses Einverständnis einzuholen ist. Eine allgemeine Zustimmung mit Widerrufsmöglichkeit dürfte zulässig sein. Fehlt eine statutarische Regelung, obliegt es dem Verwaltungsrat, die Modalitäten festzulegen.<sup>28</sup>

Auch öffentlich zu beurkundende Beschlüsse werden künftig an einer virtuellen Generalversammlung gefällt werden können. Zwar ist denkbar, dass das kantonale Beurkundungsrecht gestützt auf Art. 55 Abs. 1 ZGB für Willensbeurkundungen einen räumlichen Tagungsort vorsieht. Darunter würde vor allem die Gründung als Errichtungsakt der Aktiengesellschaft nach Art. 629 OR fallen. Die öffentliche Urkunde über die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft bescheinigt hingegen einen tatsächlichen Vorgang und qualifiziert daher als Sachbeurkundung. Eine Sachbeurkundung ist auch bezüglich eines Beschlusses möglich, der an einer virtuellen Generalversammlung gefällt worden ist.<sup>29</sup> Im Rahmen der virtuellen Generalversammlung müssen sodann alle Vorschriften erfüllt werden, die es auch bei der Durchführung einer herkömmlichen Generalversammlung zu beachten gilt. So sorgt der Verwaltungsrat für die Führung des Protokolls (Art. 702 Abs. 2 OR). Dabei kann jeder Aktionär verlangen, dass ihm das Protokoll innerhalb von 30 Tagen nach der Generalversammlung zugänglich gemacht wird.<sup>30</sup>

## 3. Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel

Art. 701e Abs. 2 E-OR definiert vier Voraussetzungen, die bei der Verwendung elektronischer Mittel sowohl bei der Ausübung der Aktionärsrechte als auch bei der Durchführung einer virtuellen Generalversammlung erfüllt sein müssen: Der Verwaltungsrat hat darum besorgt zu sein, dass die Identität der Teilnehmenden feststeht; die Stimmen in der Generalversammlung müssen unmittelbar übertragen werden; jeder Teilnehmende muss Anträge stellen und sich an der Diskussion beteiligen können; und das Abstimmungsergebnis darf nicht verfälscht werden können. Bei der unmittelbaren Übertragung der Stimmen braucht es kein Bild. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist also auch der Einsatz des Telefons denkbar.<sup>31</sup> Generell gilt auch hier die Pflicht des Verwaltungsrats, die Aktionäre gleich zu behandeln (Art. 717 Abs. 2 OR).<sup>32</sup>

## 4. Elektronische Einberufung der Generalversammlung

Nach geltendem Recht ist die Generalversammlung gemäss Art. 700 Abs. 1 OR in der durch die Statuten vorgeschriebenen Form einzuberufen. Unter der Voraussetzung, dass die Statuten dies vorsehen (Art. 626 Ziff. 7 OR), ist die elektronische Einberufung somit bereits heute grundsätzlich zulässig.<sup>33</sup> Daran soll sich im Zuge der Aktienrechtsreform insofern nichts ändern, als auch künftig die Form der Einberufung durch die Statuten festzulegen ist (Art. 626 Abs. 1 Ziff. 7 E-OR). So ist es weiterhin denkbar, dass die Einberufung ausschliesslich in elektronischer Form erfolgt, etwa per E-Mail an die Namensaktionäre und mittels elektronischer SHAB-Publikation an die Inhaberaktionäre.<sup>34</sup> In der Praxis stellt sich derzeit aber das Problem, dass auf die Auflage des Geschäftsberichts in schriftlicher Form hingewiesen werden muss (vgl. Art. 696 Abs. 2 OR). Das ist einer der Hauptgründe, weshalb kotierte Gesellschaften aktuell immer noch schriftlich einladen, es sei denn, die Aktionäre haben darauf verzichtet. Es ist daher zu begrüssen, dass dieses Erfordernis abgeschafft werden soll.<sup>35</sup>

<sup>28</sup> BBl 2017 399 559 m.w.H.; VON DER CRONE/GROB (Fn 12), 8.

<sup>29</sup> BBl 2017 399 559; VON DER CRONE/GROB (Fn 12), 8. Die Beurkundung sollte dabei auch die Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel umfassen (vgl. dazu sogleich Ziff. III.3).

<sup>30</sup> Darauf haben sich die Räte in der parlamentarischen Debatte geeinigt (vgl. aml. Bulletin 2020 36). Art. 702 Abs. 4 E-OR hatte noch den folgenden Wortlaut: «Es [das Protokoll] ist den Aktionären innerhalb von 30 Tagen nach der Generalversammlung zugänglich zu machen. Sofern die Unterlagen nicht elektronisch zugänglich sind, kann jeder Aktionär verlangen, dass ihm diese unverzüglich und kostenlos auf Papier zugestellt werden.»

<sup>31</sup> BBl 2017 399 559.

<sup>32</sup> VON DER CRONE/GROB (Fn 12), 8.

<sup>33</sup> URS BERTSCHINGER, Aktienrecht im digitalen Zeitalter, in: Gschwend/Hettich/Müller-Chen/Schindler/Wildhaber et al. (Hrsg.), Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zürich 2015, 165 ff., 176; KUNZ (Fn 11), 160; KASPAR THEILER, Gedanken zur Zulässigkeit und Durchführbarkeit der virtuellen Generalversammlung de lege lata, AJP 2012, 69 ff., 73.

<sup>34</sup> BBl 2017 399 553.

<sup>35</sup> Vgl. BBl 2017 399 559.

## 5. Teilnahme an der virtuellen Generalversammlung

### 5.1 Unmittelbarkeitsprinzip

Wie erwähnt,<sup>36</sup> ist infolge des Unmittelbarkeitsprinzips gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung die Durchführung von Generalversammlungen mittels Zirkularbeschlüssen, in der Form einer Delegiertenversammlung oder per Telefon- bzw. Videokonferenz ohne Versammlungsort untersagt. Die Meinungsbildung soll in einem diskursiv-interaktiven Prozess erfolgen, in dem die Aktionäre und, soweit anwesend, der Verwaltungsrat im gegenseitigen Informationsaustausch miteinander Beschlüsse fassen können. Zum einen ist der genaue Inhalt des Unmittelbarkeitsprinzips aber keineswegs unumstritten. Zum anderen wird das Unmittelbarkeitsprinzip bereits in der aktuellen aktienrechtlichen Praxis in verschiedener Hinsicht relativiert, etwa aufgrund der zunehmenden Bedeutung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters.<sup>37</sup> Indem die virtuelle Generalversammlung *de lege ferenda* den Austausch der Aktionäre untereinander in Echtzeit zulässt, bleibt das Unmittelbarkeitsprinzip bei dieser Versammlungsform funktional gewahrt. Mit welchen Mitteln dies konkret geschieht, ist dabei von untergeordneter Bedeutung.<sup>38</sup>

### 5.2 Recht auf Teilnahme

Beim Recht des Aktionärs auf Teilnahme an der Generalversammlung nach Art. 689 Abs. 1 OR handelt es sich um ein gesetzlich zwingend gewährtes Aktionärsrecht.<sup>39</sup> Was gilt es hier bei der virtuellen Generalversammlung zu beachten? Gemäss Art. 706b Ziff. 1 OR sind Generalversammlungsbeschlüsse, die dieses Recht entziehen oder beschränken, (ausnahmsweise) nichtig.<sup>40</sup> Wird ein Teil der Aktionäre nicht an eine Generalversammlung zugelassen, ist fraglich, ob eine solche Aktionärsversammlung überhaupt als Generalversammlung qualifiziert, was (zumindest bei privaten Aktiengesellschaften) für die Nichtigkeit der Beschlüsse der betreffenden Generalversammlung sprechen kann.<sup>41</sup> Demgegenüber

sind Verwaltungsratsbeschlüsse, die das Teilnahmerecht der Aktionäre entziehen oder beschränken, nicht anfechtbar, können aber nichtig sein (Art. 714 OR).<sup>42</sup> Wenig sinnvoll erscheint die Nichtigkeit indes bei kotierten Gesellschaften, bei denen regelmässig die überwiegende Mehrheit der Stimmen von der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin vertreten wird. Diesfalls wäre nämlich auch der Ausschluss sämtlicher Aktionäre im Saal in den seltensten Fällen kausal für das Abstimmungsergebnis. Unter Gewährleistung des aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgebots<sup>43</sup> können sodann Einschränkungen des Rechts auf Teilnahme unter gewissen Voraussetzungen zulässig sein, etwa wenn sich bei einer herkömmlichen Generalversammlung der Tagungsort nicht am Sitz der Gesellschaft befindet. Mit Blick auf die virtuelle Generalversammlung darf den Teilnehmenden somit der technische Zugang nicht verweigert oder unverhältnismässig erschwert werden.<sup>44</sup>

Was schliesslich die Form der Teilnahme anbelangt, schreibt das Gesetz *de lege ferenda*, wie erwähnt,<sup>45</sup> weder für die Ausübung der Aktionärsrechte noch für die virtuelle Generalversammlung die Bildübertragung vor. Über die gesetzliche Rahmenordnung und das Gleichbehandlungsgebot hinaus ist dem Unmittelbarkeitsgebot bzw. der Interaktionsmöglichkeiten der Teilnehmenden Rechnung zu tragen.<sup>46</sup> So sind bei einer zeitversetzten Kommunikation, etwa via E-Mail, die Anforderungen des Unmittelbarkeitsprinzips nicht erfüllt.<sup>47</sup>

gen gelten können, sind als nichtig zu behandeln (EMIL SCHUCANY, Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960, Art. 706 OR N 1).

<sup>42</sup> Dabei kommen für Verwaltungsratsbeschlüsse sinngemäss die gleichen Nichtigkeitsgründe zur Anwendung wie bei Generalversammlungsbeschlüssen. Indes ist der grundlegende Unterschied in der Konzeption der Nichtigkeit von Beschlüssen der beiden Organe zu beachten. Gesetzes- oder statutenwidrige Generalversammlungsbeschlüsse sind in erster Linie anfechtbar und nur in qualifizierten Fällen nichtig. Es stellt sich deshalb in der Interessenabwägung die Frage, ob im Grenzbereich, in dem bei Generalversammlungsbeschlüssen im Zweifel zugunsten der Anfechtbarkeit und gegen die Nichtigkeit zu entscheiden ist, bei Verwaltungsratsbeschlüssen nicht zugunsten der Nichtigkeit und gegen die uneingeschränkte Rechtsbeständigkeit entschieden werden sollte (VON DER CRONE, Aktienrecht [Fn 7], § 8 N 241 f.).

<sup>43</sup> Im Gesetz ist der aktienrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung in Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 (Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung) und in Art. 717 Abs. 2 OR (Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates) ausdrücklich verankert (vgl. etwa VON DER CRONE, Aktienrecht [Fn 7], § 8 N 29; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE [Fn 6], § 16 N 188). Eine Ungleichbehandlung ist nur aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Dies ist bei einem vernünftigen Mittel zur Erreichung eines legitimen Gesellschaftszieles gegeben (vgl. etwa VON DER CRONE, Aktienrecht [Fn 7], § 8 N 33; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE [Fn 6], § 16 N 193).

<sup>44</sup> Vgl. zum Zugang zur virtuellen Generalversammlung eingehend VON DER CRONE/GROB (Fn 12), 15.

<sup>45</sup> Vgl. Ziff. III.3.

<sup>46</sup> Vgl. Ziff. III.5.1.

<sup>47</sup> VON DER CRONE/GROB (Fn 12), 16.

<sup>36</sup> Vgl. Ziff. II.

<sup>37</sup> Vgl. dazu VON DER CRONE/GROB (Fn 12), 13 f. m.w.H.

<sup>38</sup> VON DER CRONE/GROB (Fn 12), 15.

<sup>39</sup> BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 9.

<sup>40</sup> Zumal das Gesetz über Art und Ausmass dieser Qualifizierung schweigt, gilt die allgemeine Umschreibung, wonach alle Generalversammlungsbeschlüsse nichtig sein sollen, die «andere vom Gesetz zwingend gewährte Rechte des Aktionärs entziehen oder beschränken» (Art. 706b Ziff. 1 OR; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 25 N 95). Generalversammlungsbeschlüsse sind indes nur ausnahmsweise nichtig (vgl. BGer A\_516/2016 vom 28. August 2017, E. 6; 4A\_179/2008 vom 24. Juni 2008, E. 2.1; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE [Fn 6], § 16 N 309).

<sup>41</sup> Vgl. etwa VON DER CRONE, Aktienrecht (Fn 7), § 8 N 229 mit Verweis auf BGE 115 II 468, dem dieser Sachverhalt zugrunde lag; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Fn 6), § 16 N 493. Beschlüsse von Aktionärsversammlungen, die nicht als Generalversammlun-

### 5.3 Ablauf der Diskussion

Bei der Durchführung der virtuellen Generalversammlung sind die Mitwirkungsrechte der Aktionäre zu wahren. Die Aktionäre müssen ihr Rede- und Fragerecht gebührend wahrnehmen können. So sollte die vom Verwaltungsrat zur Verfügung gestellte Software oder Plattform über ein integriertes Kommunikationstool verfügen.<sup>48</sup> Wie bei der physischen Generalversammlung ist mittels bestimmter Grundregeln jedoch darauf zu achten, dass der zeitliche Ablauf nicht behindert wird und die Beiträge gewissen inhaltlichen Standards genügen.<sup>49</sup> Die Leitungsbefugnis während der Dauer der Generalversammlung obliegt dem Vorsitzenden der Versammlung. Dabei hat er sich unter anderem am Gebot der Entscheidungseffizienz zu orientieren.<sup>50</sup>

## 6. Sicherheit

### 6.1 Identifikation der Teilnehmenden

Das Recht auf Teilnahme setzt die zweifelsfreie Identifikation der Teilnehmenden voraus.<sup>51</sup> Wie erwähnt,<sup>52</sup> muss der Verwaltungsrat daher gemäss Art. 701e Abs. 2 Ziff. 1 und 4 E-OR sicherstellen, dass die Identität der Teilnehmenden feststeht und das Abstimmungsergebnis nicht verfälscht werden kann. Bei virtuellen Generalversammlungen gilt es somit, um die technischen Vorkehrungen besorgt zu sein, um die Prüfung der Legitimation der elektronisch Teilnehmenden zu ermöglichen. Ferner müssen die notwendigen Massnahmen getroffen werden, damit das System vor unbefugtem Eindringen geschützt und eine Verfälschung des Abstimmungsergebnisses verhindert wird.<sup>53</sup> Diesbezüglich präzisiert die Botschaft, dass der Verwaltungsrat indes nicht alle Risiken auszuschliessen hat, die mit der Verwendung elektronischer Mittel verbunden sind. Im Hinblick auf die konkrete Generalversammlung muss der Verwaltungsrat im technisch zumutbaren und vernünftigerweise zu erwartenden Rahmen handeln und von der Verwendung von unsicheren elektronischen Mitteln absehen.<sup>54</sup>

Ein unter Mitwirkung von Unbefugten zustande gekommener Generalversammlungsbeschluss kann mittels Stimmrechtsklage angefochten werden (vgl. Art. 691 Abs. 3 OR).

### 6.2 Technische Probleme

Zumal technische Störungen das Recht des Aktionärs auf Teilnahme verletzen können, ist die Ausfallsicherheit des gewählten Systems zentral. Zwar besteht bei einer vermehrten Verwendung elektronischer Mittel das Risiko von technischen Störungen. Indes sollte dieses Risiko insofern nicht überschätzt werden, als im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung mit einer Reduktion der Fehlerquote zu rechnen ist. Infolgedessen beschränkt sich der Gesetzesentwurf vorliegender Ansicht nach zu Recht auf eine kurze, allgemein gehaltene Umschreibung der Folgen bei technischen Störungen. Dabei gilt es zu beachten, dass eine technische Störung entweder bei der Gesellschaft oder beim Aktionär auftreten kann. Nur den Verantwortlichkeitsbereich der Gesellschaft beschlagende technische Störungen sind aktienrechtlich relevant. Für die Gesellschaft ist es daher zentral, dass die von ihr zur Verfügung gestellte Software grundsätzlich fehlerfrei auf einem gängigen Browser des Aktionärs ausgeführt werden kann.<sup>55</sup>

Wenn während der Generalversammlung technische Probleme auftreten, infolgedessen sie nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden kann, hat der Verwaltungsrat sie zu wiederholen (Art. 701f Abs. 1 E-OR). Der Nachweis, dass die technischen Probleme keinen Einfluss auf das Abstimmungs- oder Wahlergebnis gehabt haben, befreit den Verwaltungsrat gemäss Botschaft nicht von dieser Pflicht. Denn die Aktionäre haben einen unverzichtbaren Anspruch darauf, dass die Abstimmungen und Wahlen zu traktandierten Geschäften formell sauber durchgeführt werden.<sup>56</sup> Für diesen strengen Massstab sprechen zudem dessen Klarheit und Rechtssicherheitsüberlegungen. In den meisten Fällen dürften aber Gesellschaften ohnehin kaum virtuelle Generalversammlungen durchführen, solange sie das Risiko von technischen Problemen (auch wenn beispielsweise nur wenige Aktien von einem Problem in der Sphäre der Gesellschaft betroffen sind) als zu gross einschätzen.

Nach der Botschaft muss der Verwaltungsrat zwar im Falle einer solchen Wiederholung der Generalversammlung die in Art. 700 Abs. 1 OR vorgesehene Frist zu deren Einberufung nicht (mehr) beachten.<sup>57</sup> Mit Blick auf die Rechtssicherheit sollte eine solche Regelung nicht nur in der Botschaft, sondern auch im Gesetz selbst ausdrücklich festgehalten werden, wenn dies auch dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Andernfalls dürften von einer solchen Wiederholung betroffene Gesellschaften gut beraten sein, die 20-Tagesfrist einzuhalten. Immerhin verlangt auch die Botschaft, das neue Datum so anzusetzen, dass die Mehrheit der Aktionäre nicht von vornhe-

<sup>48</sup> VON DER CRONE/GROB (Fn 12), 17.

<sup>49</sup> BÖCKLI (Fn 19), § 12 N 176.

<sup>50</sup> BÖCKLI (Fn 19), § 12 N 173 f. Vgl. zu konkreten Diskussionsregeln für die virtuelle Generalversammlung VON DER CRONE/GROB (Fn 12), 17 m.w.H.

<sup>51</sup> BERTSCHINGER (Fn 33), 195.

<sup>52</sup> Vgl. Ziff. III.3.

<sup>53</sup> VON DER CRONE/GROB (Fn 12), 17.

<sup>54</sup> BBl 2017 399 560. Vgl. zur Identifikation der Namenaktionäre und der Inhaberaktionäre im Einzelnen die Ausführungen bei VON DER CRONE/GROB (Fn 12), 18.

<sup>55</sup> VON DER CRONE/GROB (Fn 12), 19.

<sup>56</sup> BBl 2017 399 560.

<sup>57</sup> BBl 2017 399 560.

rein nicht teilnehmen kann.<sup>58</sup> Es versteht sich von selbst, dass die rechtlichen und statutarischen Vorschriften zur Einberufung bei einer Ergänzung der Traktandenliste vollständig eingehalten werden müssen. Diesfalls liegt nämlich keine Wiederholung, sondern eine neue Einberufung vor. Zu Recht hält die Botschaft dazu fest, dass andernfalls Tür und Tor geöffnet würden, strenge Einberufungsvorschriften zu umgehen, indem nach (angeblichen) technischen Problemen neue Verhandlungsgegenstände hinzugefügt werden.<sup>59</sup> Gemäss dem klarem Wortlaut von Art. 701f Abs. 2 E-OR bleiben jedenfalls diejenigen Beschlüsse, welche die Generalversammlung vor dem Auftreten der technischen Probleme gefällt hat, gültig. Unter Vorbehalt der weiteren Voraussetzungen, wie etwa dem Einhalten von Quoren, sind die entsprechenden Beschlüsse zustande gekommen.<sup>60</sup>

### 6.3 Verfälschung des Abstimmungsergebnisses durch Cyber-Angriffe

Der Verwaltungsrat muss die Verfälschung des Abstimmungsergebnisses durch Cyber-Angriffe verhindern (Art. 701e Abs. 2 Ziff. 4 E-OR). Weder der Gesetzesentwurf noch die Botschaft äussern sich zu konkreten Massnahmen, wie dies zu geschehen hat. Somit sind die bereits ausgeführten allgemeinen Grundsätze bei der Verwendung elektronischer Mittel zu beachten.<sup>61</sup> Der Verwaltungsrat ist folglich verpflichtet, die erforderlichen, dem neusten Stand der Technik entsprechenden Sicherheitsmassnahmen zu ergreifen.<sup>62</sup>

## IV. Massnahmen in Zeiten der COVID-19-Pandemie

### 1. Rechtslage vom 13. bis am 16. März 2020

#### 1.1 Einleitung

Wie erwähnt,<sup>63</sup> verordnete der Bundesrat zur Eindämmung des neuen Coronavirus, zum Schutz besonders gefährdeter Personen und um die Versorgung der Bevölkerung mit Pflege und Heilmitteln sicherzustellen, zunächst noch unter der besonderen Lage das Verbot von öffentlichen und privaten Veranstaltungen ab 100 Personen.<sup>64</sup> Gemäss den Erläuterungen zur COVID-19-Ver-

ordnung 2 ist eine öffentliche oder private Veranstaltung «ein zeitlich begrenztes, in einem definierten Raum oder Perimeter stattfindendes und geplantes Ereignis, an dem mehrere Personen teilnehmen. Dieses Ereignis hat in aller Regel einen definierten Zweck und eine Programmfolge mit thematischer, inhaltlicher Bindung. Die Organisation des Ereignisses liegt in der Verantwortung eines Veranstalters, einer Person, Organisation oder Institution.» Generalversammlungen von Aktiengesellschaften fallen explizit unter diesen Begriff der Veranstaltung.<sup>65</sup> Das Verbot, (physische) Generalversammlungen mit 100 oder mehr Personen durchzuführen, trat am 13. März 2020 in Kraft und sollte ursprünglich bis am 30. April 2020 gelten,<sup>66</sup> wurde aber bereits per 17. März 2020 verschärft.<sup>67</sup>

Bei Veranstaltungen von unter 100 Personen waren die folgenden Präventionsmassnahmen einzuhalten: Massnahmen zum Ausschluss von Personen, die krank sind oder sich krank fühlen; Massnahmen zum Schutz von besonders gefährdeten Personen; Massnahmen zur Information der anwesenden Personen über allgemeine Schutzmassnahmen wie Händehygiene, Abstandhalten oder Husten- und Schnupfenhygiene und Anpassung der räumlichen Verhältnisse so, dass die Hygieneregeln eingehalten werden können.<sup>68</sup>

Vom Verbot ausgenommen sind Veranstalter mit einer Ausnahmegewilligung. Die zuständige kantonale Behörde konnte Ausnahmen bewilligen, wenn überwiegende öffentliche Interessen dies geboten und der Veranstalter ein Schutzkonzept mit entsprechenden Präventionsmassnahmen vorlegte.<sup>69</sup>

### 1.2 Unzulässigkeit der virtuellen Generalversammlung nach geltendem Recht

Fehlt die Möglichkeit einer physischen Durchführung von Generalversammlungen mit potentiell mindestens 100 Teilnehmenden, stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit von virtuellen Generalversammlungen. Wie ausgeführt,<sup>70</sup> ist wegen des Unmittelbarkeitsprinzips nach herrschender Lehre und Rechtsprechung die Durchführung von Generalversammlungen mittels Zirkularbeschlüssen, in der Form einer Delegiertenversammlung oder per Telefonkonferenz unzulässig. *De lege lata* lehnt der überwiegende Teil der Lehre die

<sup>58</sup> BBl 2017 399 560.

<sup>59</sup> BBl 2017 399 560.

<sup>60</sup> BBl 2017 399 560.

<sup>61</sup> Vgl. Ziff. III.3.

<sup>62</sup> BBl 2017 399 557. VON DER CRONE/GROB regen an, allenfalls die Blockchain-Technologie nutzbar zu machen, um die Verfälschung des Abstimmungsergebnisses zu verhindern (VON DER CRONE/GROB [Fn 12], 20 m.w.H.).

<sup>63</sup> Ziff. II.

<sup>64</sup> Art. 1 i.V.m. 6 Abs. 1 COVID-19-Verordnung 2 in der Version vom 13. März 2020.

<sup>65</sup> Erläuterungen zur Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus, 15.

<sup>66</sup> Art. 12 Abs. 1 und 5 COVID-19-Verordnung 2 in der Version vom 13. März 2020.

<sup>67</sup> Vgl. dazu sogleich Ziff. IV.1.2.

<sup>68</sup> Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 in der Version vom 13. März 2020.

<sup>69</sup> Art. 7 COVID-19-Verordnung 2; vgl. zu den Präventionsmassnahmen im Einzelnen lit. b der genannten Bestimmung.

<sup>70</sup> Vgl. Ziff. II und III.5.1.

Zulässigkeit einer rein virtuellen Generalversammlung ohne Tagungsort ab.

### 1.3 Reduktion des (physischen) Teilnehmerkreises

Wie erläutert,<sup>71</sup> verfügt der Aktionär gemäss Art. 689 Abs. 1 OR über das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung. Hätte der Verwaltungsrat zur Reduktion des Teilnehmerkreises auf 100 oder weniger Personen einen Teil der Aktionäre einfach nicht an die Generalversammlung zugelassen, würde eine so zustande gekommene Aktionärsversammlung allenfalls gar nicht als solche qualifizieren. Deren Beschlüsse dürften für kotierte Gesellschaften anfechtbar und für private Gesellschaften nichtig sein. Unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgebotes scheint es aber möglich, die Aktionäre vor der Generalversammlung zu bitten, ausnahmsweise von der persönlichen Teilnahme abzusehen und ihre Stimmrechtsinstruktionen vorab einem Vertreter zukommen zu lassen. Auch kann die Teilnahme an der Generalversammlung weniger attraktiv als üblich ausgestaltet werden, indem etwa auf ein (kostenloses) Mittagessen oder ähnliches verzichtet wird.<sup>72</sup>

### 1.4 (Zeitliche und örtliche) Verschiebung der Generalversammlung

Abgesehen von der in Art. 699 Abs. 2 OR kodifizierten Pflicht des Verwaltungsrates, die ordentliche Generalversammlung innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres einzuberufen, gibt es keine gesetzlichen Vorschriften für den Zeitpunkt der Generalversammlung.<sup>73</sup> Dabei handelt es sich bloss um eine Ordnungsvorschrift, d.h. bei Überschreiten der Frist wird weder die Versammlung ungültig, noch sind die gefassten Beschlüsse anfechtbar.<sup>74</sup> Bei einer Verletzung der Vorschrift riskiert der Verwaltungsrat zwar Verantwortlichkeitsfolgen nach Art. 754 OR.<sup>75</sup> Indes dürfte bei einer Verschiebung einzig wegen der bundesrätlichen Massnahmen im Zuge der COVID-19-Pandemie kaum

ein Gericht das Vorliegen von Sorgfaltspflichtverletzung und Verschulden bejahen, selbst wenn denn die übrigen Voraussetzungen (Schaden und Kausalität) im Einzelfall gegeben sein sollten.

Was die Bestimmung des Tagungsortes anbelangt, ist der Verwaltungsrat nach geltendem Recht zwar grundsätzlich frei.<sup>76</sup> So kann er im Rahmen des Sachlichkeitsgebots gemäss herrschender Lehre namentlich auch einen ausländischen Tagungsort festlegen.<sup>77</sup> Die Verlegung der Generalversammlung ins Ausland hätte im ersten Halbjahr 2020 indes wenig geholfen, da sich der Coronavirus global ausbreitete und auch im Ausland vielerorts (grössere) Versammlungen untersagt waren. Zudem bestanden Reisebeschränkungen, was die Teilnahme im Ausland verunmöglicht hätte.

### 1.5 Räumliche Aufteilung der Generalversammlung

Zulässig war eine Aufteilung der Generalversammlung auf mehrere getrennte Räume mit jeweils nicht mehr als 100 Teilnehmenden, solange die Kommunikation zwischen den auf die verschiedenen Räume verteilten Teilnehmenden gewährleistet war. Konkret mussten die Teilnehmenden beispielsweise dem Vorsitzenden über ein Mikrofon Fragen und Anträge stellen und die Versammlung im Hauptraum über ein Live-Video mitverfolgen können.

## 2. Rechtslage vom 17. März bis am 30. Juni 2020

### 2.1 Einleitung

Bereits per 17. März 2020 verschärfte der Bundesrat unter der nun ausserordentlichen Lage die Massnahmen und verbot grundsätzlich jegliche privaten und öffentlichen Veranstaltungen, also auch Generalversammlungen von Aktiengesellschaften.<sup>78</sup> Damit untersagte er konkret namentlich die physische Durchführung von Generalversammlungen bei Aktiengesellschaften mit mehreren Aktionären. Weiterhin vom Verbot ausgenommen waren Veranstalter mit einer Ausnahmegewilligung.<sup>79</sup>

<sup>71</sup> Vgl. Ziff. III.5.2.

<sup>72</sup> Ähnlich FELIX HORBER/DAVID FRICK, Coronavirus und Generalversammlungen: Notfallplanung für die GV, in: NZZ vom 5. März 2020, 10; PETER V. KUNZ, Coronavirus und GV, in: Finanz und Wirtschaft (online) vom 13. März 2020, <<https://www.fuw.ch/article/coronavirus-und-generalversammlungen/>> (zuletzt besucht am 23. Mai 2020).

<sup>73</sup> Die Generalversammlung einer Bank hat innerhalb von vier Monaten seit Abschluss des Geschäftsjahres zu erfolgen, da der Geschäftsbericht in diesem Zeitraum zu veröffentlichen ist (Art. 6a BankG i.V.m. Art. 32 BankV). Der Geschäftsbericht enthält die Jahresrechnung, den Lagebericht und die Konzernrechnung, die zwingend von der Generalversammlung abzunehmen sind (Art. 6 BankG i.V.m. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 und 4 OR).

<sup>74</sup> VON DER CRONE, Aktienrecht (Fn 7), § 5 N 44 und 93; OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 22; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Fn 6), § 16 N 478.

<sup>75</sup> VON DER CRONE, Aktienrecht (Fn 7), § 5 N 44; OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 22.

<sup>76</sup> Die Generalversammlung muss nicht zwingend am Sitz der Gesellschaft stattfinden (VON DER CRONE, Aktienrecht [Fn 7], § 5 N 92; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE [Fn 6], § 16 N 498).

<sup>77</sup> Rechtsmissbräuchlich wäre die Wahl eines Tagungsortes etwa dann, wenn ein Tagungsort gewählt würde, der für viele Aktionäre nur mit grossem Aufwand oder gar nicht erreichbar ist (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE [Fn 6], § 16 N 498). Vgl. aber zur Diskussion der Zulässigkeit eines ausländischen Tagungsortes bei der Aktienrechtsrevision Ziff. III.1.2b.

<sup>78</sup> Art. 6 Abs. 1 COVID-19-Verordnung 2. Die fortlaufenden Änderungen der sich weiterhin im Fluss befindenden COVID-19-Verordnung 2 konnten im vorliegenden Beitrag bis am 23. Mai 2020 berücksichtigt werden.

<sup>79</sup> Vgl. bereits Ziff. IV.1.1.

## 2.2 Abhilfe für Versammlungen von Gesellschaften

Art. 6b COVID-19-Verordnung 2 verschafft Abhilfe für Versammlungen von Gesellschaften, also auch für Generalversammlungen von Aktiengesellschaften.<sup>80</sup> Auf der Basis dieser Bestimmung dürfen Gesellschaftsversammlungen auch anders als physisch durchgeführt werden, damit die Teilnehmenden ihre Rechte unter Einhaltung der Vorgaben des Bundesamts für Gesundheit betreffend Hygiene und sozialer Distanz abhalten können. Konkret ermächtigt Art. 6b COVID-19-Verordnung 2 den Veranstalter – bei Aktiengesellschaften gemäss Art. 699 Abs. 1 OR regelmässig den Verwaltungsrat –, ungeachtet der voraussichtlichen Anzahl Aktionäre und ohne Einhaltung der Einladungsfrist anzuordnen, dass die Aktionäre ihre Rechte ausschliesslich entweder auf schriftlichem Weg, d.h. ohne Vertreter direkt gegenüber der Gesellschaft, oder in elektronischer Form oder durch einen vom Verwaltungsrat bezeichneten unabhängigen Stimmrechtsvertreter ausüben können. Eine solche Anordnung muss der Verwaltungsrat spätestens vier Tage vor der Generalversammlung schriftlich mitteilen oder elektronisch veröffentlichen. Bei der Anwendung von Art. 6b COVID-19-Verordnung 2 stellen sich diverse Auslegungsfragen, die das auf der Webseite des Bundesamtes für Justiz aufgeschaltete Dokument «FAQ Coronavirus und Generalversammlungen»<sup>81</sup> (FAQ) teilweise adressiert. Nachfolgend werden die im vorliegenden Kontext relevanten Punkte kurz erörtert.

## 2.3 Teilnahme durch Aktionäre und weitere Teilnehmende

Art. 6b COVID-19-Verordnung 2 verbietet die physische Teilnahme der Aktionäre. An der Generalversammlung nehmen aber nicht nur Aktionäre teil. Zumal Verwaltungsratsmitglieder nicht Aktionäre sein müssen, hält Art. 702a OR explizit fest, dass sie an der Generalversammlung teilnahme- und antragsberechtigt sind.<sup>82</sup> Ebenfalls teilnahmeberechtigt und – falls sie nicht entbunden wurde – bei der ordentlichen Revision zudem teilnahmeverpflichtet ist nach Art. 731 Abs. 2 OR so-

dann die Revisionsstelle. Selbst bei der eingeschränkten Revision können die Statuten eine Anwesenheitspflicht der Revisionsstelle vorsehen.<sup>83</sup> Des Weiteren nehmen der Vorsitzende – d.h. regelmässig der Verwaltungsratspräsident – als Versammlungsleiter, ein Protokollführer und allenfalls ein Stimmzähler teil (Art. 702 OR). Eventuell ebenfalls präsent sind sodann der unabhängige Stimmrechtsvertreter und bei beurkundungspflichtigen Beschlüssen ein Notar. Eine physische «Restversammlung» findet also weiterhin statt. Revisionsstellenvertreter sind dabei in jedem Fall, und bei einer Generalversammlung, bei der die Aktionäre ihre Rechte ausschliesslich auf schriftlichem Weg oder in elektronischer Form ausüben können, sind auch alle weiteren Teilnehmenden befugt, auf elektronischem Weg teilzunehmen, sofern die Identifikation sichergestellt ist.<sup>84</sup> Eine physische Restversammlung findet auch dann statt, wenn die Aktionäre ihre Rechte nur durch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter ausüben können (Art. 6b Abs. 1 lit. b COVID-19-Verordnung 2).

Art. 6b COVID-19-Verordnung 2 erlaubt somit eine virtuelle Generalversammlung, wengleich sich diese von der im Zuge der Aktienrechtsrevision vorgesehenen virtuellen Generalversammlung in einigen Punkten deutlich unterscheidet: Zunächst braucht es weiterhin einen Tagungsort für die physische Restversammlung, wohingegen es bei der virtuellen Generalversammlung gemäss Aktienrechtsrevision keinen Tagungsort mehr gibt. Während die virtuelle Generalversammlung gemäss Aktienrechtsrevision sodann eine statutarische Grundlage voraussetzt, bedarf es keiner statutarischen Grundlage, um von den Möglichkeiten nach Art. 6b COVID-19-Verordnung 2 Gebrauch zu machen. Darüber hinaus muss der Verwaltungsrat bei der virtuellen Generalversammlung gemäss Aktienrechtsrevision in der Einberufung grundsätzlich einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter bezeichnen. Darauf kann der Verwaltungsrat lediglich bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, mit dem Einverständnis aller Aktionäre verzichten. In Art. 6b COVID-19-Verordnung 2 ist dieses Erfordernis bewusst nicht enthalten.<sup>85</sup>

## 2.4 Aktiengesellschaften mit Alleinaktionär und Generalversammlung mit nur einem Vertreter

Weder die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft mit Alleinaktionär noch diejenige mit einem einzigen (Organ-)Vertreter, der sämtliche Aktionäre vertritt, gelten als Versammlung i.S.v. Art. 6 COVID-19-Verord-

<sup>80</sup> Vgl. für einen extensiven Anwendungsbereich dieser Norm ANDREAS BINDER/DAVID HOFSTETTER/JANINA BILAND/CLAUDIA BOLLMANN, Der Anwendungsbereich von Art. 6a COVID-19-Verordnung 2, in: Jusletter vom 6. April 2020. Unabhängig davon, ob der Anwendungsbereich der erwähnten Bestimmung tatsächlich so weit ist, wie die genannten Autoren argumentieren, qualifizieren Generalversammlungen von Aktiengesellschaften jedenfalls ohne Weiteres als Versammlungen von Gesellschaften i.S.v. Art. 6b COVID-19-Verordnung 2.

<sup>81</sup> Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Bundesamt für Justiz BJ, FAQ Coronavirus und Generalversammlungen, <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/coronavirus.html>> (zuletzt besucht am 23. Mai 2020).

<sup>82</sup> Ob Verwaltungsratsmitglieder mit Blick auf die Auskunftspflicht gemäss Art. 697 Abs. 2 OR auch teilnahmepflichtig sind, ist umstritten (so etwa MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE [Fn 6], § 16 N 506 f. m.w.H.).

<sup>83</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Fn 6), § 16 N 508.

<sup>84</sup> FAQ (Fn 81), Nr. 3, 2.

<sup>85</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang zu den Voraussetzungen für die virtuelle Generalversammlung gemäss Aktienrechtsrevision die Erläuterungen unter Ziff. III.2. Zum Verhältnis von Art. 6b COVID-19-Verordnung 2 und der virtuellen Generalversammlung gemäss Aktienrechtsrevision vgl. sodann FAQ (Fn 81), Nr. 15, 6.

nung 2. Entscheidend ist einzig, ob bei der Generalversammlung mehrere Aktionäre physisch teilnehmen. Die physische Zusammenkunft des Alleinaktionärs bzw. des einzigen (Organ-)Vertreters mit den übrigen Teilnehmenden bleibt somit zulässig.<sup>86</sup>

## 2.5 Zeitlicher Geltungsbereich

Der Veranstalter hat bis am 30. Juni 2020 entsprechend zu entscheiden und die erforderlichen Anordnungen zu treffen (vgl. Art. 6b Abs. 2 i.V.m. Art. 12 Abs. 10 COVID-19-Verordnung 2). Wann die Generalversammlung stattfindet, spielt keine Rolle. Der Verwaltungsrat ist somit befugt, die Generalversammlung vor dem 30. Juni 2020 unter Anwendung von Art. 6b COVID-19-Verordnung 2 einzuberufen, während die Generalversammlung selbst nach dem 30. Juni 2020 durchgeführt wird.<sup>87</sup> Unklar bleibt, ob das Datum der Einladung der Generalversammlung oder das Datum der Publikation der Anordnung des Verwaltungsrats, die Generalversammlung nach dem Covid-Regime durchzuführen, relevant sein soll. Gilt letzteres, könnte der Verwaltungsrat bis am 30. Juni 2020 bestimmen, dass eine ausserordentliche Generalversammlung im Herbst ohne Teilnahme der Aktionäre durchgeführt wird, und die Einladung 20 Tage vorher publizieren. Wie dieses Beispiel zeigt, besteht bei einer solchen Auslegung ein gewisses Missbrauchspotential.

## 2.6 Fristberechnung

Für die Berechnung der Frist von vier Tagen vor der Generalversammlung für die Mitteilung der Anordnung nach Art. 6b Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 ist das Datum des Poststempels, nicht dasjenige des Zugangs beim Teilnehmenden relevant.<sup>88</sup> Diese Fristberechnung ist vorliegender Ansicht nach insofern konsequent, als es der herrschenden Lehre zur regulären Einberufungsfrist von 20 Tagen gemäss Art. 700 OR entspricht.<sup>89</sup>

## 2.7 Telefon- und Videokonferenz sowie E-Mail

Art. 6b Abs. 1 lit. a COVID-19-Verordnung 2 ermöglicht die Ausübung der Teilnahmerechte auf schriftli-

chem Weg oder in elektronischer Form. Das Bundesamt für Justiz stellt klar, dass Video- und Telefonkonferenzen, nicht aber E-Mails, als Ausübung der Rechte in elektronischer Form qualifizieren. Dabei muss sichergestellt sein, dass jeder Teilnehmende identifiziert bzw. authentifiziert werden und sich an der Generalversammlung äussern, die Stimmen anderer Teilnehmenden hören und seine Rechte, namentlich das Stimmrecht, ausüben kann. Da sich somit alle Teilnehmenden zum gleichen Zeitpunkt elektronisch zusammenfinden müssen, erfüllt die Teilnahme via E-Mail dieses Erfordernis gemäss den FAQ des Bundesamts für Justiz nicht. Die Unzulässigkeit der Teilnahme per E-Mail trägt dem Unmittelbarkeitsprinzip Rechnung, wonach die Meinungsbildung in der Generalversammlung in einem diskursiv-interaktiven Prozess zu erfolgen hat, der den Austausch der Aktionäre untereinander in Echtzeit voraussetzt. Zumal Art. 6b COVID-19-Verordnung 2 aber das Unmittelbarkeitsgebot durchbricht (vgl. dazu sogleich), erscheint diese Aussage des Bundesamts für Justiz etwas widersprüchlich bzw. es stellt sich die Frage, ob sie durch den Verordnungswortlaut gedeckt ist.<sup>90</sup> Die Unzulässigkeit der Teilnahme per E-Mail gilt im Übrigen auch bei der virtuellen Generalversammlung gemäss Aktienrechtsrevision.<sup>91</sup>

Darüber hinaus lässt der Bundesrat als Alternative zur elektronischen Form den schriftlichen Weg zu. Dadurch wird das Unmittelbarkeitsprinzip durchbrochen, weil sich die Teilnehmenden nicht zum gleichen Zeitpunkt zusammenfinden. Es ist ihnen aber freigestellt, anstelle des schriftlichen Wegs die elektronische Form zu wählen. Des Weiteren verlangt der Ordnungsgeber kein Bild, was eine Videokonferenz nicht zwingend erforderlich macht. Die Durchführung der Generalversammlung per Telefonkonferenz ist also möglich. Es versteht sich von selbst, dass auch bei der Durchführung per Telefon- oder Videokonferenz ein Protokoll der Generalversammlung erstellt werden muss.<sup>92, 93</sup> Eine Stimmabgabe per E-Mail gilt sodann gemäss Bundesamt für Justiz auch nicht als Ausübung der Rechte auf schriftlichem Weg. Die qualifizierte elektronische Signatur i.S.v. Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR ist der Schriftlichkeit aber gleichgestellt.<sup>94</sup>

## 2.8 Öffentliche Beurkundung

Öffentlich zugängliche Einrichtungen sind für das Publikum geschlossen (Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2). Davon ausgenommen sind die öffentliche Verwaltung (Art. 6 Abs. 3 lit. j COVID-19-Verordnung 2) und da-

<sup>86</sup> FAQ (Fn 81), Nr. 5 und 6, 3 f. Gemäss Art. 689c OR muss die Aktiengesellschaft zugleich einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter beauftragen, wenn sie den Aktionären einen Organvertreter oder eine andere abhängige Person für die Stimmrechtsvertretung an der Generalversammlung vorschlägt. Dass ein einziger Organvertreter sämtliche Aktionäre vertritt, bedingt also, dass sich kein Aktionär durch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter vertreten lässt. Art. 11 VegüV verbietet sodann für Gesellschaften mit kotierten Aktien die Depot- und Organvertretung.

<sup>87</sup> In der Version der zuletzt am 4. Mai 2020 geänderten Version der FAQ ist in diesem Zusammenhang (wohl versehentlich) noch der 10. Mai 2020 enthalten (FAQ [Fn 81], Nr. 9, 4 f.).

<sup>88</sup> FAQ (Fn 81), Nr. 10, 5.

<sup>89</sup> Vgl. dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Fn 6), § 16 N 480 m.w.H.

<sup>90</sup> Vgl. zum Unmittelbarkeitsprinzip im Generellen Ziff. II und mit Blick auf die virtuelle Generalversammlung gemäss Aktienrechtsrevision im Speziellen Ziff. III.5.1.

<sup>91</sup> Vgl. Ziff. III.5.2.

<sup>92</sup> Art. 702 Abs. 2 OR.

<sup>93</sup> FAQ (Fn 81), Nr. 11, 5.

<sup>94</sup> FAQ (Fn 81), Nr. 12, 5.

mit auch die Amtsnotariate. Zumal es sich nach Ansicht des Bundesamts für Justiz bei den freiberuflichen Notariaten nicht um eine öffentlich zugängliche Einrichtung im Sinne der zitierten Regelung handelt, müssen diese ebenfalls nicht geschlossen werden. Damit bleibt die Möglichkeit der öffentlichen Beurkundung gewahrt. Diese richtet sich weiterhin nach den kantonalen Beurkundungsvorschriften. Im Ergebnis greift also Art. 6b COVID-19-Verordnung 2 für sämtliche Traktanden einer Generalversammlung, auch für die beurkundungspflichtigen Beschlüsse. Dies ist zu begrüßen, würde die Bestimmung doch ansonsten ins Leere laufen, wie das Bundesamt für Justiz zu Recht bemerkt.<sup>95</sup>

## 2.9 Einberufung und Anordnung

Wie ist vorzugehen, wenn der Verwaltungsrat die Generalversammlung zum einen noch nicht formell einberufen hat oder wenn die Einberufung der Generalversammlung zum anderen bereits erfolgt ist? Das Bundesamt für Justiz stellt klar, dass die spezifischen Anordnungen gemäss Art. 6b Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 nicht anstelle, sondern zusätzlich zu den obligationenrechtlichen Vorschriften zur Einberufung der Generalversammlung zu verstehen sind. Hat der Verwaltungsrat die Generalversammlung noch nicht formell einberufen, gilt also weiterhin namentlich, dass die Einberufung spätestens 20 Tage vor der Versammlung zu erfolgen hat. Dabei empfiehlt das Bundesamt für Justiz, die speziellen Anordnungen gemäss Art. 6b COVID-19-Verordnung 2, d.h. den Hinweis auf die für die Teilnehmenden zur Verfügung stehenden Arten der Ausübung ihrer Rechte usw., bereits in die formelle Einberufung aufzunehmen. Wurde die Generalversammlung schon einberufen, ist eine erneute Einladung aber nicht erforderlich. Die neuen Anordnungen sind spätestens vier Tage vor der Veranstaltung schriftlich mitzuteilen oder elektronisch zu veröffentlichen. Statutarische Anforderungen an Mitteilungen an die Aktionäre (insbesondere die häufige SHAB-Publikation) sollen dabei nicht gelten. Für die neuen Anordnungen muss somit die Einladungsfrist gemäss Art. 700 Abs. 1 OR nicht eingehalten werden.<sup>96</sup>

## 2.10 Unabhängiger Stimmrechtsvertreter

Hier gilt es, zwischen börsenkotierten und nicht börsenkotierten Gesellschaften zu unterscheiden. Börsenkotierte Gesellschaften müssen bereits bis anhin sowie so zwingend einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter bezeichnen, dessen Wahl grundsätzlich der Generalversammlung obliegt (Art. 8 Abs. 1 VegüV). Nicht börsenkotierte Gesellschaften haben demgegenüber gemäss Art. 689c OR nur dann zwingend einen unabhängigen

Stimmrechtsvertreter zu benennen, wenn sie den Aktionären ein Mitglied ihrer Organe oder eine andere abhängige Person für die Stimmrechtsvertretung an der Generalversammlung vorschlagen. Umgekehrt ist es aber zulässig, einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter einzusetzen, ohne eine Organvertretung anzubieten.<sup>97</sup> Bei nicht kotierten Gesellschaften bestimmt grundsätzlich der Verwaltungsrat den unabhängigen Stimmrechtsvertreter.<sup>98</sup>

Art. 6b Abs. 1 lit. b COVID-19-Verordnung 2 ermöglicht es nun dem Veranstalter der Generalversammlung, die Aktionäre zu verpflichten, ihre Teilnahmerechte – wozu auch das Auskunfts- und Informationsrecht sowie das Antragsrecht zählen – ausschliesslich durch einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter ausüben zu lassen. Sofern ein solcher nicht bereits bezeichnet wurde, ist für dessen Benennung der Veranstalter – d.h. bei Aktiengesellschaften in aller Regel der Verwaltungsrat – zuständig.<sup>99</sup>

## 2.11 Formvorschrift für Vollmacht und Weisungserteilung

Gemäss Art. 9 Abs. 1 Ziff. 3 VegüV kann der Aktionär dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter nicht nur schriftlich, sondern auch elektronisch Vollmachten und Weisungen erteilen. Dabei ist für die elektronische Vollmacht und Weisung keine qualifizierte Signatur i.S.v. Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR erforderlich<sup>100</sup> Demgegenüber hält Art. 689a Abs. 1 OR fest, dass die Vollmachtserteilung schriftlich zu erfolgen hat. Für börsenkotierte Gesellschaften geht die VegüV abweichenden Vorschriften des OR als *lex specialis* vor (Art. 1 Abs. 2 VegüV). Obschon sich der Geltungsbereich der VegüV auf börsenkotierte Gesellschaften beschränkt (vgl. Art. 1 Abs. 1 VegüV), können Vollmachten und Weisungen i.S.v. Art. 6b Abs. 1 lit. b COVID-19-Verordnung 2 gemäss den Erläuterungen des Bundesamts für Justiz auch bei nicht börsenkotierten Gesellschaften elektronisch vorgenommen werden.<sup>101</sup> Konsequenterweise dürfte es dabei auch in den letztgenannten Fällen keine elektronische Signatur brauchen.

<sup>95</sup> FAQ (Fn 81), Nr. 13, 5.

<sup>96</sup> FAQ (Fn 81), Nr. 14, 6.

<sup>97</sup> VON DER CRONE, Aktienrecht (Fn 7), § 5 N 162; BSK OR II-PöSCHEL, Art. 689c N 14.

<sup>98</sup> Mit Blick auf die erläuterte Regelung in der VegüV, wonach die Generalversammlung bei Publikumsgesellschaften den unabhängigen Stimmrechtsvertreter wählt, muss es auch bei einer nicht kotierten Gesellschaft zulässig sein, die Wahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreter an die Generalversammlung zu übertragen (VON DER CRONE, Aktienrecht [Fn 7], § 5 N 166).

<sup>99</sup> FAQ (Fn 81), Nr. 16, 7.

<sup>100</sup> Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Bundesamt für Justiz BJ, Zusatzbericht zum Entwurf zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) vom 8. Oktober 2013.

<sup>101</sup> FAQ (Fn 81), Nr. 17, 7.

## 2.12 Recht auf Teilnahme

Generalversammlungsbeschlüsse, die das Recht eines Aktionärs auf Teilnahme an der Generalversammlung entziehen oder einschränken, können nichtig oder anfechtbar sein, bei Verwaltungsratsbeschlüssen kommt nur die Nichtigkeit in Frage.<sup>102</sup> Ein Generalversammlungsbeschluss, der unter Mitwirkung von Unbefugten zustande gekommen ist, kann sodann mittels Stimmrechtsklage angefochten werden (vgl. Art. 691 Abs. 3 OR).<sup>103</sup> Mit der COVID-19-Verordnung 2 besteht die Möglichkeit, die Aktionäre zu verpflichten, ihre Rechte ausschliesslich auf schriftlichem Weg oder in elektronischer Form oder durch einen vom Veranstalter bezeichneten unabhängigen Stimmrechtsvertreter auszuüben. Die COVID-19-Verordnung 2 schränkt somit das Recht auf physische Teilnahme des Aktionärs an der Generalversammlung vorübergehend ein.<sup>104</sup> Mit Blick auf die erläuterten Kriterien,<sup>105</sup> nach welchen sich die Nichtigkeit, die Anfechtbarkeit oder die Zulässigkeit von Einschränkungen des Rechts des Aktionärs auf Teilnahme an der Generalversammlung beurteilen, ist die Beschränkung des Rechts auf physische Teilnahme in Zeiten der COVID-19-Pandemie vorliegender Ansicht nach grundsätzlich zulässig, auch wenn es dafür keine statutarische Grundlage braucht. Wie bei der virtuellen Generalversammlung gemäss Aktienrechtsrevision darf den Teilnehmenden aber selbstverständlich der technische Zugang zur virtuellen Generalversammlung nicht verweigert oder unverhältnismässig erschwert werden.<sup>106</sup>

## 2.13 Verschiebung der Generalversammlung

Entscheidet sich der Verwaltungsrat trotz der mit Art. 6b COVID-19-Verordnung 2 zur Verfügung gestellten Erleichterungen gegen die Durchführung der Generalversammlung, stellt sich die Frage, ob er diese auf einen späteren Zeitpunkt verschieben darf. Wie erwähnt,<sup>107</sup> handelt es sich bei der in Art. 699 Abs. 2 OR festgehaltenen Pflicht des Verwaltungsrates, die ordentliche Generalversammlung innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres einzuberufen, bloss um eine Ordnungsvorschrift. Hält sich der Verwaltungsrat nicht an diese Frist, wird weder die Versammlung ungültig, noch sind die gefassten Beschlüsse anfechtbar. Bei einer Verletzung dieser Bestimmung riskiert der Verwaltungsrat zwar – zumindest theoretisch – Verantwortlichkeitsfolgen nach Art. 754 OR. Wenn es nun aber das Bundesamt für Justiz in der vorliegenden Situation ausdrücklich als zulässig erachtet, die ordentliche Ge-

neralversammlung auch erst in der zweiten Jahreshälfte durchzuführen,<sup>108</sup> dürfte ein Gericht die Messlatte für die Bejahung von Verantwortlichkeitsansprüchen hoch ansetzen.

## V. Rechtslage in Deutschland

### 1. Einleitung

Auch in Deutschland wurden verschiedene Schutzmassnahmen zur Vermeidung der Ausbreitung der COVID-19-Pandemie getroffen, unter anderem Einschränkungen der Versammlungsmöglichkeiten.<sup>109</sup> Wie in der Schweiz führte dies zu erheblichen Hindernissen bei der Durchführung von Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften. Vor diesem Hintergrund beschloss der Deutsche Bundestag am 25. März 2020 ein umfangreiches Massnahmenpaket zur Abmilderung der Folgen dieser Krise und schaffte namentlich Erleichterungen für die Durchführung von Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften. Der Bundesrat stimmte dem Gesetz über Massnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie<sup>110</sup> am 27. März 2020 zu.<sup>111</sup>

### 2. Hintergrund

Der erste Schritt zur Onlinegestaltung von Hauptversammlungen erfolgte in Deutschland im Jahr 2001 durch die Einführung des Namensaktiengesetzes.<sup>112</sup> Dieses Gesetz beseitigte Formhindernisse und ermöglichte grundsätzlich die digitale Kommunikation an Hauptversammlungen.<sup>113</sup> Unter anderem wurde dabei auch die Vollmachterteilung über das Internet eingeführt. Unter dem NaStraG galten an die Hauptversammlung zugeschaltete Aktionäre aber noch nicht als Teilnehmende im juristischen Sinne.<sup>114</sup> Im Jahr 2009 änderte sich das mit der Einführung des Gesetzes zur Änderung der Aktio-

<sup>102</sup> Vgl. dazu Ziff. III.5.2.

<sup>103</sup> Vgl. Ziff. III.6.1.

<sup>104</sup> FAQ (Fn 81), Nr. 18, 7 f.

<sup>105</sup> Vgl. Ziff. III.5.2.

<sup>106</sup> Vgl. zum Zugang zur virtuellen Generalversammlung eingehend VON DER CRONE/GROB (Fn 12), 15.

<sup>107</sup> Vgl. vorne Ziff. IV.1.4.

<sup>108</sup> Vgl. FAQ (Fn 81), Nr. 19, 8.

<sup>109</sup> Formulierungshilfe der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, vom 23. März 2020, <[https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/FH\\_AbmilderungFolgenCovid-19.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/FH_AbmilderungFolgenCovid-19.html)> (zuletzt besucht am 23. Mai 2020), 3.

<sup>110</sup> C19-AuswBekG.

<sup>111</sup> THOMAS BÜCKER ET AL., Hauptversammlungen in Zeiten der COVID-19-Pandemie, Freshfields Bruckhaus Deringer, Newsletter vom 25. März 2020, 1.

<sup>112</sup> Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung vom 18. Januar 2001 (NaStraG).

<sup>113</sup> MICHAEL A. BECK, Die Online-Hauptversammlung nach dem ARUG, Frankfurt a. M. 2013, 14.

<sup>114</sup> VON DER CRONE/GROB (Fn 12), 10 m.w.H.

närsrechterrichtlinie (ARUG).<sup>115</sup> Das ARUG schuf den gesetzlichen Rahmen für die Teilnahme und Ausübung von Aktionärsrechten auf elektronischem Wege und ermöglicht die Durchführung von Online-Hauptversammlungen.<sup>116</sup>

### 3. Online-Hauptversammlung

Gemäss deutscher Lehre ist eine Online-Hauptversammlung eine Hauptversammlung, bei der die Aktionäre ihre Mitwirkungsrechte ohne physische Anwesenheit an der Präsenzveranstaltung über das Internet ausüben können.<sup>117</sup> Die Online-Zuschaltung gilt als aktienrechtliche Teilnahme und ermöglicht die Ausübung der Aktionärsrechte in Echtzeit.<sup>118</sup> Indessen ist die Online-Hauptversammlung nicht mit der im Zuge der Schweizer Aktienrechtsrevision vorgesehenen virtuellen Generalversammlung gleichzusetzen. Die Durchführung von rein virtuellen Hauptversammlungen ist nach deutschem Recht nämlich grundsätzlich unzulässig. Das deutsche Aktiengesetz (AktG)<sup>119</sup> verpflichtet die Gesellschaften weiterhin zu einer Präsenzveranstaltung in einem (physischen) Versammlungsraum. Bei der Online-Hauptversammlung handelt es sich somit nicht um eine Alternative, sondern um eine zusätzliche Option bzw. Ergänzung zur Präsenzveranstaltung.<sup>120</sup>

§ 118 AktG regelt den Einsatz elektronischer Mittel an der Hauptversammlung. Die Durchführung einer Online-Hauptversammlung setzt eine entsprechende Ermächtigung in der Satzung voraus (§ 118 Abs. 1 AktG). Dabei sind Aktiengesellschaften nicht verpflichtet, die Hauptversammlung unter Einbezug elektronischer Mittel durchzuführen. Hinsichtlich der aktiven Teilnahme an der Hauptversammlung auf elektronischem Weg wird den Gesellschaften vielmehr Satzungsautonomie eingeräumt.<sup>121</sup>

### 4. Massnahmen in Zeiten der COVID-19-Pandemie

Das C19-AuswBekG ermöglicht im Wesentlichen die Durchführung einer virtuellen Hauptversammlung ohne Präsenz der Aktionäre und eine erleichterte Durchfüh-

rung von Hauptversammlungen unter Verwendung elektronischer Fernkommunikationsmittel.<sup>122</sup>

#### 4.1 Virtuelle Hauptversammlung

§ 1 Abs. 2 C19-AuswBekG ermächtigt den Vorstand, mit Zustimmung des Aufsichtsrats zu entscheiden, dass (ordentliche oder ausserordentliche) Hauptversammlungen ohne physische Präsenz der Aktionäre durchgeführt werden (sog. virtuelle Hauptversammlung). Eine solche virtuelle Hauptversammlung setzt voraus, dass

- Bild und Ton der gesamten Hauptversammlung (inkl. Generaldebatte und Abstimmungen) elektronisch (d.h. über das Internet) übertragen werden;
- die Aktionäre ihr Stimmrecht über elektronische Kommunikation (Briefwahl oder elektronische Teilnahme an der Hauptversammlung) und Vollmachtserteilung ausüben können;
- die Aktionäre Fragen im Wege der elektronischen Kommunikation stellen können; und
- Aktionären, die ihr Stimmrecht ausgeübt haben, die Möglichkeit zum (elektronischen) Widerspruch zu Protokoll des Notars eingeräumt wird.

§ 1 Abs. 7 C19-AuswBekG schliesst das Recht der Aktionäre, die Hauptversammlungsbeschlüsse wegen Verletzung dieser Vorgaben und bestimmter Formalien anzufechten, weitgehend aus. So ist eine Anfechtung nur möglich, wenn der Gesellschaft Vorsatz nachzuweisen ist.

#### 4.2 Online-Teilnahme an der Hauptversammlung

§ 1 Abs. 1 C19-AuswBekG eröffnet dem Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrats sodann auch ohne entsprechende Ermächtigung durch die Satzung oder die Geschäftsordnung die Option, die elektronische Teilnahme an der Hauptversammlung, die elektronische Stimmabgabe (Briefwahl), die elektronische Teilnahme von Mitgliedern des Aufsichtsrats und/oder eine Bild- und Tonübertragung zu ermöglichen.

#### 4.3 Erleichterungen bei der Einberufung und dem Zeitpunkt der Hauptversammlung

Mit Zustimmung des Aufsichtsrats kann der Vorstand gemäss § 1 Abs. 3 C19-AuswBekG entscheiden, die Hauptversammlung spätestens am 21. Tag vor der Versammlung (statt 30 Tage zuzüglich etwaiger Anmeldefrist) einzuberufen. Abweichend von der sonst geltenden Regelung entfällt dabei eine Verlängerung dieser Mindestfrist um die Anmeldefrist. Was den Zeitpunkt für die Durchführung der Hauptversammlung anbelangt, kann

<sup>115</sup> Gesetz zur Änderung der Aktionärsrechterrichtlinie vom 30. Juli 2009 (ARUG).

<sup>116</sup> VON DER CRONE/GROB (Fn 12), 10 m.w.H.

<sup>117</sup> DIRK ZETZSCHE, Vorwort, in: Zetzsche (Hrsg.), Die virtuelle Hauptversammlung, Berlin, 2002, 6.

<sup>118</sup> FLORIAN DRINHAUSEN, in: Hölter (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., München 2017, § 118 N 15.

<sup>119</sup> Aktiengesetz vom 6. September 1965 (AktG).

<sup>120</sup> Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Bundestagsdrucksache 16/11642 vom 21. Januar 2009 (zit. Bundestagsdrucksache), 26.

<sup>121</sup> Bundestagsdrucksache (Fn 120), 26.

<sup>122</sup> Vgl. dazu im Einzelnen Formulierungshilfe (Fn 109), 4 f.; Vgl. sodann BÜCKER ET AL. (Fn 111), 1 f. (wesentliche Eckpunkte der Neuregelung), 2 ff. (ausgewählte Einzelfragen).

der Vorstand diesen mit Zustimmung des Aufsichtsrats bis zum Ende des laufenden Geschäftsjahrs (anstatt innerhalb der bisherigen Achtmonatsfrist) verschieben.

#### 4.4 Abschlagsdividende

Selbst ohne Ermächtigung durch die Satzung ist der Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrats nach § 1 Abs. 4 C19-AuswBekG befugt zu entscheiden, dass eine Abschlagsdividende gezahlt wird.<sup>123</sup> Die Höhe der Abschlagsdividende richtet sich nach den auch sonst für Abschlagsdividenden für den Bilanzgewinn vorgesehenen Vorschriften. Entsprechendes gilt für Abschlagszahlungen auf Ausgleichszahlungen an aussenstehende Aktionäre im Rahmen eines Unternehmensvertrages.

#### 4.5 Übergangsbestimmungen

Die vorgenannten Regelungen sind nur auf Hauptversammlungen und Abschlagszahlungen auf den Bilanzgewinn anzuwenden, die im Jahr 2020 stattfinden (§ 7 Abs. 1 C19-AuswBekG). § 8 C19-AuswBekG ermächtigt sodann das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Geltung vom hier relevanten § 1 gemäss § 7 bis höchstens zum 31. Dezember 2021 zu verlängern, wenn dies aufgrund fortbestehender Auswirkungen der COVID-19-Pandemie in der Bundesrepublik Deutschland geboten erscheint.

## VI. Würdigung

### 1. Modernisierungen im Zuge der Aktienrechtsrevision

Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Aktienrechtsrevision die Voraussetzungen für den Einsatz neuer technischer Mittel schaffen soll, zumal vor allem bei grösseren Gesellschaften im In- und Ausland nur wenige Aktien von physisch präsenten Aktionären vertreten werden.<sup>124</sup>

Die Regelungen im Gesetzesentwurf über den Einsatz elektronischer Hilfsmittel bei Generalversammlungen lassen den Gesellschaften grossen Entscheidungsspielraum.<sup>125</sup> Da letztlich jede Gesellschaft und deren Aktio-

näre für sich entscheiden müssen, ob für sie die Durchführung einer Generalversammlung auf virtuellem Weg zweckmässig ist, ist die Einräumung dieser Flexibilität positiv zu werten. Zwar dürfte es die Digitalisierung den Aktionären erleichtern, ihre Mitwirkungsrechte wirkungsvoll und kostengünstig auszuüben. Jedoch wird die Qualität der Entscheidungen einer Generalversammlung auch in Zukunft immer auch vom Aufwand abhängen, den die Aktionäre für die Vorbereitung ihrer Stimmabgabe in Kauf zu nehmen bereit sind.<sup>126</sup>

Im Unterschied zu Art. 6b COVID-19-Verordnung 2 braucht es für die Durchführung einer virtuellen Generalversammlung zu Recht eine statutarische Grundlage.<sup>127</sup> So sollte der vollständige Verzicht auf eine physische Unmittelbarkeit zumindest im Grundsatz von der Mehrheit der Aktionäre getragen werden.<sup>128</sup> Anders als im Kontext von Art. 6b COVID-19-Verordnung 2 besteht gemäss Aktienrechtsrevision denn auch keine Einschränkung hinsichtlich der physischen Durchführung von Generalversammlungen. Die Statuten können daher ohne Weiteres mittels physischer Generalversammlung mit Blick auf künftig virtuell durchzuführende Generalversammlungen angepasst werden.

Des Weiteren muss der Verwaltungsrat bei der virtuellen Generalversammlung gemäss Aktienrechtsrevision in der Einberufung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter benennen,<sup>129</sup> während Art. 6b COVID-19-Verordnung 2 dieses Erfordernis nicht enthält.<sup>130</sup> Mit der Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters wird zwar sichergestellt, dass diejenigen Aktionäre, die von den Möglichkeiten der elektronischen Kommunikation keinen Gebrauch machen wollen oder können, ihr Stimmrecht weiterhin auf schriftlichem Weg ausüben können. Dafür gäbe es aber auch einfachere und kostengünstigere Verfahren wie etwa die direkte schriftliche Stimmabgabe gegenüber der Gesellschaft (vgl. dazu sogleich). Es sollte daher der Gesellschaft überlassen werden, ob sie einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter benennen möchte.<sup>131</sup> Sollte der Gesetzgeber auch bei nicht börsenkotierten Gesellschaften daran festhalten, dass ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter bezeichnet werden muss, ist die Möglichkeit, mit dem Einverständ-

<sup>123</sup> Die Abschlagszahlungen an die Aktionäre nach § 59 AktG erfolgen in Anrechnung an den erwarteten Gewinn, bevor der Reingewinn anhand der Jahresbilanz festgestellt worden ist. Die praktische Bedeutung von Abschlagszahlungen ist gering, weil sie erst nach Ablauf des Geschäftsjahres ausgerichtet werden können (PETER FORSTMOSER/GAUDENZ G ZINDEL/VALERIE MEYER BAHAR, Zulässigkeit der Interimsdividende im schweizerischen Recht, SJZ 2009, 205 ff., 213 m.w.H.).

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

<sup>125</sup> Vgl. Ziff. III.3.

<sup>126</sup> Gl.M. VON DER CRONE/GROB (Fn 12), 20.

<sup>127</sup> Vgl. Ziff. III.2.

<sup>128</sup> BBl 2017 399 558. Einstimmigkeit, wie dies Art. 701d E-OR 2007 noch vorsah, ist vorliegender Ansicht nach zu Recht nicht erforderlich. GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN würden es begrüssen, wenn die geltende Bestimmung zur GmbH übernommen worden wäre, wonach Zirkularbeschlüsse möglich sind, sofern nicht ein Aktionär oder Gesellschafter mündliche Beratung verlangt («Vetorecht») (DIETER GERICKE/ANDREAS MÜLLER/DANIEL HÄUSERMANN/NINA HAGMANN, Aktienrechtsentwurf 2016: Verbesserungen, aber auch Schwachstellen, GesKR 2017, 25 ff., 39).

<sup>129</sup> Vgl. Ziff. III.2.

<sup>130</sup> Vgl. Ziff. IV.2.10.

<sup>131</sup> Ebenfalls kritisch zur zwingenden Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN (Fn 128), 39.

nis aller Aktionäre auf die Bezeichnung einer unabhängigen Stimmrechtsvertretung zu verzichten, zu begrüssen. Vorliegender Ansicht nach sollte dafür aber ein Mehrheitsentscheid ausreichen.

Vor dem Hintergrund, dass Art. 6b Abs. 1 lit. a COVID-19-Verordnung 2 alternativ zur Ausübung des Teilnahmerechts in elektronischer Form dessen Ausübung auf schriftlichem Weg ermöglicht,<sup>132</sup> stellt sich, wie gerade erwähnt, sodann die Frage, ob die schriftliche Teilnahme nicht auch im Zuge der Aktienrechtsrevision ein gangbarer Weg wäre. Gegen diese Möglichkeit spricht das Unmittelbarkeitsprinzip, das eine Interaktion zwischen den Teilnehmenden in Echtzeit erfordert. So sind bei einer zeitversetzten Kommunikation die Anforderungen des Unmittelbarkeitsprinzips nicht erfüllt.<sup>133</sup> Zwar hält der Gesetzgeber im Rahmen der virtuellen Generalversammlung am Unmittelbarkeitsprinzip fest.<sup>134</sup> Indes wird das genannte Prinzip bereits in der aktuellen aktienrechtlichen Praxis in verschiedener Hinsicht relativiert, insbesondere durch die zunehmende Bedeutung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters.<sup>135</sup> So müssen Aktionäre, die sich durch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter vertreten lassen, diesen notwendigerweise bereits vor der Generalversammlung instruieren.<sup>136</sup> Zudem hat der unabhängige Stimmrechtsvertreter die Weisungen des Vertretenen zu befolgen.<sup>137</sup> Werden dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter keine Weisungen erteilt, muss er sich der Stimme enthalten.<sup>138</sup> Deshalb ist der Stimmrechtsvertreter im Ergebnis auf konkrete Weisungen angewiesen. Damit entspricht seine Stellung eher derjenigen eines Boten als eines Vertreters mit eigenem Entscheidungsspielraum.<sup>139</sup> Ein materiell verstandenes Unmittelbarkeitsprinzip bedingt aber, dass die an der Generalversammlung Teilnehmenden von einem allenfalls zuvor gefassten Stimmwillen abweichen können. Damit steht eine Stimmbotschaft von vornherein im Konflikt mit dem Unmittelbarkeitsprinzip. Die Stimmbotschaft liegt nahe bei der im Aktienrecht eigentlich nicht vorgesehenen schriftlichen Stimmabgabe beispielsweise im Rahmen einer Urabstimmung.<sup>140</sup> Generell werden die Meinungen der Aktionäre regelmässig vor der Generalversammlung gemacht. Mit den wichtigsten Investoren findet das ganze Jahr ein Dialog statt. Vorliegender Ansicht nach wäre es daher vertretbar, den Ak-

tionären bei der virtuellen Generalversammlung gemäss Aktienrechtsrevision die (freie) Wahl zu lassen, alternativ zur (unmittelbaren) Teilnahme mittels elektronischer Mittel auf schriftlichem Weg an der Generalversammlung teilzunehmen, sie aber nicht zur schriftlichen Teilnahme zu verpflichten.<sup>141</sup>

Durch die Zulässigkeit der virtuellen Generalversammlung ohne Bildübertragung ergeben sich zwar gewisse Einschränkungen bei der nonverbalen Kommunikation, die sich negativ auf die Diskussions- und Streitkultur in der Generalversammlung auswirken. Demgegenüber stehen indes die Vorteile einer erhöhten Repräsentativität, die im Ergebnis zu einem positiven Gesamtbild führen. Die konkrete Wahl und Form der virtuellen Generalversammlung hängt auch von der Grösse des Unternehmens ab. Während kleinere Gesellschaften auf Instant-Messaging-Dienste zurückgreifen können, die kostengünstige Videokonferenzen und Streaming-Lösungen anbieten, müssen grössere Gesellschaften mit internationalem Aktionariat komplexere und teurere Programme verwenden, um eine störungsfreie Bildübertragung gewährleisten zu können.<sup>142</sup>

Was schliesslich die Formvorschrift für die Vollmacht und die Weisungserteilung an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter anbelangt, ist es zu begrüssen, dass die elektronische Erteilung von Vollmachten und Weisungen im Zuge der Aktienrechtsrevision – wie gemäss Art. 6b COVID-19 Verordnung 2<sup>143</sup> – sowohl bei börsenkotierten als auch bei nicht börsenkotierten Gesellschaften möglich sein soll.<sup>144</sup>

## 2. Massnahmen in Zeiten der COVID-19-Pandemie

Wegen der Ausbreitung des Coronavirus sah sich der Bundesrat veranlasst, innert kürzester Zeit über Massnahmen, welche die verschiedensten Lebens- und Rechtsbereiche betreffen, zu entscheiden. Was beim Verbot, physische Generalversammlungen mit mindestens 100 Personen oder mehr durchzuführen, in der besonderen Lage noch nicht erfolgte, holte der Bundesrat in der ausserordentlichen Lage rasch nach, gleichzeitig mit dem Verbot jeglicher Durchführung physischer Generalversammlungen per 17. März 2020: Die Implementierung einer Sondervorschrift für die Durchführung von virtuellen Generalversammlungen.<sup>145</sup> Zum Vergleich stimmte in Deutschland der Bundesrat dem C19-AuswBekG

<sup>132</sup> Vgl. Ziff. IV.2.7.

<sup>133</sup> Vgl. Ziff. III.5.2.

<sup>134</sup> Vgl. Ziff. III.5.2.

<sup>135</sup> DANIEL DAENIKER, Was ist «wirtschafts-verträgliches» Aktienrecht?, SZW 2019, 438 ff., 449 f.

<sup>136</sup> KARIM MAIZAR, Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, Diss. Zürich 2012, 417 (= SSHW 308).

<sup>137</sup> Art. 689b Abs. 1 OR; Art. 10 Abs. 1 VegüV.

<sup>138</sup> Art. 10 Abs. 2 VegüV; Art. 689b Abs. 3 E-OR.

<sup>139</sup> VON DER CRONE/GROB (Fn 12), 14 m.w.H.

<sup>140</sup> KEVIN M. HUBACHER, Gewerbmässige Stimmrechtsvertretung und -beratung bei Aktiengesellschaften, Diss. Zürich 2015, N 178 (= LBR 97).

<sup>141</sup> DAENIKER erachtet das Festhalten am Unmittelbarkeitsprinzip im Zuge der Aktienrechtsrevision überhaupt als falsche Weichenstellung (vgl. DAENIKER [Fn 135], 449 f.).

<sup>142</sup> VON DER CRONE/GROB (Fn 12), 16.

<sup>143</sup> Vgl. Ziff. IV.2.11.

<sup>144</sup> Vgl. Art. 689d Abs. 4 i.V.m. Art. 689c Abs. 5 E-OR; BBl 2017 399 536 f.

<sup>145</sup> Vgl. Ziff. IV.

erst am 27. März 2020 zu.<sup>146</sup> Bei der Anwendung von Art. 6b COVID-19-Verordnung 2 stellten sich zwar zunächst diverse Auslegungsfragen, ist die genannte Norm doch – ganz im Sinne des der Schweizer Rechtsordnung inhärenten Grundsatzes der prinzipienbasierten Regulierung – allgemein gehalten und wenig konkretisiert. Zeitnah wurde auf der Webseite des Bundesamtes für Justiz daher das Dokument «FAQ Coronavirus und Generalversammlungen» veröffentlicht, das viele Auslegungsfragen klärt. Insgesamt ist die mit der Deutschen Lösung vergleichbare Sonderregelung gelungen, gerade auch wenn man bedenkt, wie rasch der Bundesrat handeln musste.

Die genannte Sonderregelung führte zumindest bis am 30. Juni 2020 eine der virtuellen Generalversammlung gemäss Aktienrechtsrevision ähnliche Regelung ein. Doch selbst wenn die virtuelle Generalversammlung gemäss Aktienrechtsrevision bereits in Kraft gewesen wäre, hätte diese in Zeiten der COVID-19-Pandemie kaum Abhilfe verschafft. So setzt die Durchführung einer virtuellen Generalversammlung eine statutarische Grundlage voraus.<sup>147</sup> Während in normalen Zeiten die Statuten problemlos mittels einer herkömmlichen Generalversammlung entsprechend angepasst werden können, ist dies während eines Verbots von physischen Generalversammlungen gerade nicht möglich. Aus diesem Grund ist es gerechtfertigt bzw. gar unabdingbar, dass die Gesellschaften ohne statutarische Grundlage von den Möglichkeiten gemäss Art. 6b COVID-19-Verordnung 2 Gebrauch machen können. Entsprechend eröffnet auch in Deutschland § 1 Abs. 1 C19-AuswBekG dem Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrats ohne Ermächtigung durch die Satzung oder die Geschäftsordnung die Option, die elektronische Teilnahme an der Hauptversammlung, die elektronische Stimmabgabe (Briefwahl), die elektronische Teilnahme von Mitgliedern des Aufsichtsrats und/oder eine Bild- und Tonübertragung zu ermöglichen.<sup>148</sup>

Ebenfalls zu Recht verzichtet Art. 6b COVID-19-Verordnung 2 auf das Erfordernis, in der Einberufung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu bezeichnen.<sup>149</sup> Zum einen wird der Ratio dieses bei der virtuellen Generalversammlung gemäss Aktienrechtsrevision vorgesehenen Erfordernisses insofern genüge getan, als diejenigen Aktionäre, die von den Möglichkeiten der elektronischen Kommunikation keinen Gebrauch machen wollen oder können, gemäss Art. 6b Abs. 1 lit. a COVID-19-Verordnung 2 ihr Stimmrecht (auch ohne unabhängigen Stimmrechtsvertreter) alternativ auf schriftlichem Weg ausüben können. Im Einklang mit den soeben gemachten Überlegungen setzt auch eine virtuelle Hauptversammlung

gemäss § 1 Abs. 2 C19-AuswBekG voraus, dass die Aktionäre ihr Stimmrecht über elektronische Kommunikation (d.h. Briefwahl oder elektronische Teilnahme an der Hauptversammlung) und Vollmachtserteilung ausüben können.<sup>150</sup> Darüber hinaus ist der Verwaltungsrat befugt, von Art. 6b COVID-19-Verordnung 2 auch dann Gebrauch zu machen, wenn er die Generalversammlung bereits formell einberufen hat. In diesem Fall ist eine erneute Einladung nicht erforderlich. Die neuen Anordnungen sind lediglich spätestens vier Tage vor der Veranstaltung schriftlich mitzuteilen oder elektronisch zu veröffentlichen.<sup>151</sup> Hat die Einberufung der Generalversammlung also bereits stattgefunden, könnte in der Einberufung folglich kein unabhängiger Stimmrechtsvertreter mehr bezeichnet werden. Dem Verwaltungsrat ist es aber unbenommen, anstelle der Generalversammlung gemäss Art. 6b Abs. 1 lit. a COVID-19-Verordnung 2 anzuordnen, dass die Teilnehmenden ihre Rechte ausschliesslich durch einen vom Veranstalter bezeichneten unabhängigen Stimmrechtsvertreter ausüben dürfen.

Anders als die entsprechende deutsche Regelung<sup>152</sup> sieht Art. 6b Abs. 1 lit. a COVID-19-Verordnung 2 vorliegender Ansicht nach zu Recht keine Einschränkung hinsichtlich der Anfechtbarkeit von unter dieser Bestimmung zustande gekommener Generalversammlungsbeschlüsse vor. Sollten sich etwa im Hinblick auf die erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen zur Durchführung Fragen stellen, erscheint es angebracht, die betreffenden Regelungen zur virtuellen Generalversammlung gemäss Aktienrechtsrevision<sup>153</sup> zu beachten.

Mit Blick auf § 1 Abs. 4 C19-AuswBekG, wonach der Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrats auch ohne Ermächtigung durch die Satzung befugt ist zu entscheiden, dass eine Abschlagsdividende bezahlt wird,<sup>154</sup> stellt sich schliesslich die Frage, ob eine entsprechende Regelung in der Schweiz ebenfalls sinnvoll wäre. Gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR beschliesst die Generalversammlung im Anschluss an die Genehmigung der Jahresrechnung über die Verwendung des Bilanzgewinns und setzt insbesondere eine allfällige Dividende fest. Dabei ist die Zuständigkeit der Generalversammlung zwingend, d.h. unentziehbar und uneinschränkbar.<sup>155</sup> Art. 6b COVID-19-Verordnung 2 ermöglicht die Durchführung von Generalversammlungen auch in Zeiten der COVID-19-Pandemie. Es ist daher zu begrüssen, dass der Bundesrat nicht von der genannten Zuständigkeit der Generalversammlung abweicht.

<sup>146</sup> Vgl. Ziff. V.1.

<sup>147</sup> Vgl. Ziff. III.2.

<sup>148</sup> Vgl. Ziff. V.4.1.

<sup>149</sup> Vgl. Ziff. IV.2.10.

<sup>150</sup> Vgl. Ziff. V.4.1.

<sup>151</sup> Vgl. Ziff. IV.2.9.

<sup>152</sup> Vgl. Ziff. V.4.1.

<sup>153</sup> Vgl. Ziff. III.6.

<sup>154</sup> Vgl. Ziff. V.4.4.

<sup>155</sup> Vgl. dazu VON DER CRONE, Aktienrecht (Fn 7), § 5 N 6 und 29 ff.