



Thomas Jutzi / Luca Yousef*

Die Wiederholung hybrider und virtueller Generalversammlungen nach Art. 701f OR



Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Problematik
 1. Ausgangslage
 2. Technische Probleme
 - 2.1. Verantwortungsbereich der Gesellschaft vs. Verantwortungsbereich des Aktionärs
 - 2.2. Generalversammlungsprotokoll
 3. Botschaft
- III. Rechtsbehelfe
 1. Anfechtbarkeit vs. Nichtigkeit
 2. Stand der Lehrmeinungen
 3. Würdigung
 - 3.1. Ausgangslage
 - 3.2. Auslegungsmethoden
 - a. Grammatikalische Auslegung
 - b. Historische Auslegung
 - c. Systematische Auslegung
 - d. Teleologische Auslegung
 - 3.3. Konkrete Rechtsfolge bei technischen Problemen
- IV. Schlussbemerkungen

I. Einleitung

Ziel der am 1. Januar 2023 in Kraft getretenen Aktienrechtsrevision¹ war es, unter anderem die Durchführung der Generalversammlung mittels Zulassung elektronischer Mittel zu digitalisieren und flexibler auszugestalt-

ten.² Dabei stand namentlich die Modernisierung der Generalversammlung im Vordergrund.³ So ist es nunmehr möglich, sog. virtuelle Generalversammlungen mit elektronischen Mitteln auch ohne Tagungsort durchzuführen,⁴ sofern dies die Statuten vorsehen und der Verwaltungsrat in der Einberufung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter bezeichnet.⁵ Mit dem Erfordernis der Aufnahme in den Statuten wird sichergestellt, dass sich zumindest im Zeitpunkt des Verabschiedens der Gründungsstatuten bzw. der entsprechenden Statutenänderungen die Mehrheit der Aktionäre einer Gesellschaft für eine virtuelle Generalversammlung ausspricht.⁶ Darüber hinaus besteht nunmehr *ex lege* (und damit ohne Erfordernis einer diesbezüglichen statutarischen Bestimmung) und somit ohne einen entsprechenden Generalversammlungsbeschluss die Möglichkeit der sog. hybriden Generalversammlung.⁷ Bei einer hybriden

² Siehe hierzu statt vieler DIETER GERICKE/ANDREAS MÜLLER/DANIEL HÄUSERMANN/NINA HAGMANN, Neues Aktienrecht: Tour d'Horizon, GesKR 3/2020, 323 ff., 334; ROLAND MÜLLER/FABIAN AKERET, Die Generalversammlung nach revidiertem Aktienrecht, SJZ 2021, 7 ff., 7 f.

³ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399 ff., 401.

⁴ Aufgrund der Corona-Pandemie war es (zumindest temporär) bereits gestützt auf Art. 6f Abs. 1 lit. a Covid-19-Verordnung 2 bzw. Art. 27 Abs. 1 lit. a Covid-19-Verordnung 3 möglich, Generalversammlungen elektronisch durchzuführen. Die genannten Bestimmungen wurden indes mit dem Inkrafttreten von Art. 701d OR aufgehoben.

⁵ Art. 701d Abs. 1 OR. Es ist gemäss Art. 701d Abs. 2 OR möglich, bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, statutarisch vorzusehen, dass auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichtet wird. Dabei ist gemäss Praxismitteilung des EHRA ein genereller Verzicht auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters allerdings nicht möglich, da die Statuten gemäss Art. 701d Abs. 2 OR lediglich die Möglichkeit des Verzichts und nicht den Verzicht selbst vorsehen können. Siehe hierzu Praxismitteilung EHRA 1/23 vom 21. März 2023, abrufbar unter: <https://ehra.fenceit.ch/wp-content/uploads/sites/54/Praxismitteilung-EHRA-1_2023-DE.pdf> (zuletzt besucht am 17. Mai 2023). Ob die strenge (und über den Gesetzeswortlaut hinausgehende) Praxis des EHRA tatsächlich gesetzeskonform ist, dürfte zumindest fraglich sein, kann aber an dieser Stelle offengelassen werden.

⁶ HANS CASPAR VON DER CRONE/THOMAS GROB, Die virtuelle Generalversammlung, SZW 2018, 5 ff., 7.

⁷ Dies ergibt sich einerseits aus dem Gesetzeswortlaut selbst, wonach keine statutarische Grundlage erforderlich ist, und andererseits aus dem Umstand, dass die physische Generalversammlung nach wie

* THOMAS JUTZI, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Ordinarius für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern; LUCA YOUSEF, MLaw, Rechtsanwalt, Wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern. Die Autoren danken KSENIA WESS, Dr. iur., QUIRIN MEIER, MLaw Business Law, Advokat, und PASCAL ZYSSET, Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, LL.M., für die kritische Durchsicht und die wertvollen Anmerkungen.

¹ Zu den einzelnen Neuerungen THOMAS JUTZI/QUIRIN MEIER, Übersicht über die Neuerungen im Aktienrecht, in: Wolf (Hrsg.), Das neue Aktienrecht – insbesondere Aspekte aus der notariellen Praxis – Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 3./4. Mai 2023, INR – Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis Bd. 28, Bern 2023, 1 ff.

Generalversammlung sieht der Verwaltungsrat die Ausübung der Aktionärsrechte auf elektronischem Weg für diejenigen Aktionäre vor, die nicht an der physischen Generalversammlung anwesend sind, wobei aber nach wie vor ein physischer Tagungsort bei der vorsitzenden Person besteht.⁸

Im Zusammenhang mit der Nutzung elektronischer Mittel bei der Durchführung einer Generalversammlung werden vom Gesetzgeber nur wenige Vorgaben vorgesehen: So wird die Aufgabe der Regelung betreffend die Verwendung elektronischer Mittel dem Verwaltungsrat übertragen.⁹ Dabei hat der Verwaltungsrat sicherzustellen, dass die Identität der Teilnehmer feststeht, die Voten in der Generalversammlung unmittelbar übertragen werden, jeder Teilnehmer jeweils Anträge stellen und sich an der Diskussion beteiligen kann sowie das Abstimmungsergebnis nicht verfälscht wird.¹⁰

II. Problematik

1. Ausgangslage

Es liegt auf der Hand, dass bei der vermehrten Verwendung elektronischer Mittel das Risiko von technischen Problemen grundsätzlich steigt,¹¹ wobei die Durchführung virtueller Generalversammlungen hiervon keine Ausnahme bildet. Obschon aufgrund der stetigen Weiterentwicklung der Digitalisierung das Risiko eines technischen Problems zunehmend rückläufig sein dürfte, ist es u.E. trotzdem notwendig entsprechende Rechtsfolgen vorzusehen, die eintreten, sollte es – aus welchen Gründen auch immer – zu einem längeren Unterbruch resp. Abbruch einer Generalversammlung kommen, da dadurch den Aktionären das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung faktisch verwehrt wird.¹²

Der Gesetzgeber hat daher richtigerweise mit Art. 701f OR eine Norm eingeführt, welche sich zur «faktischen» Rechtsfolge bei technischen Problemen während der Generalversammlung äussert. Demnach muss die Generalversammlung wiederholt werden, wenn währenddessen technische Probleme auftreten, die dazu führen, dass die Generalversammlung nicht ordnungsgemäss durch-

geführt werden kann.¹³ Die ordnungsgemässe Durchführung einer Generalversammlung setzt dabei nicht nur die einwandfreie Beschlussfassung, sondern namentlich auch den unbeeinträchtigten Meinungs austausch unter den Aktionären unter Einschluss der Wahrnehmungsmöglichkeit des Antragsrechts voraus.¹⁴ Mit anderen Worten ist zwingend zu gewährleisten, dass die Aktionäre Anträge stellen, sich zu Traktanden äussern und austauschen und letztlich ihr Votum abgeben können.

Art. 701f OR findet indes nicht bloss auf virtuelle, sondern auch auf hybride Generalversammlungen Anwendung.¹⁵ Dies ergibt sich aus der Gesetzessystematik, wonach unter der Marginalie «*Verwendung elektronischer Mittel*» sowohl die hybride Generalversammlung (Art. 701c OR) als auch die virtuelle Generalversammlung (Art. 701d OR) mitsamt den entsprechenden Voraussetzungen (Art. 701e OR) und Rechtsfolgen (Art. 701f OR) aufgeführt sind.¹⁶

Von der Wiederholung im Sinne von Art. 701f OR sind demgegenüber diejenigen Beschlüsse ausgenommen, welche die Generalversammlung vor dem Auftreten des technischen Problems gefasst hat; diese behalten ihre Gültigkeit.¹⁷

Bislang ist in der Lehre – wie nachfolgend aufgezeigt wird – kontrovers, welche konkreten Rechtsfolgen bei technischen Problemen resultieren. Es stellt sich namentlich die Frage, wie bzw. unter welchen Umständen sich ein von technischen Problemen betroffener Aktionär zur Wehr setzen kann, sollte die Versammlungsleitung die Wiederholung der Generalversammlung verweigern oder in rechtsmissbräuchlicher Weise einen Wiederholungstermin vorsehen, an welchem namentlich von den technischen Problemen betroffene Aktionäre resp. ein Grossteil des Aktionariats nicht teilnehmen können.

Nachfolgend wird zunächst festgehalten, welche technischen Probleme vom Anwendungsbereich von Art. 701f OR erfasst sind, auf die Protokollierungspflicht von ebendiesen Problemen eingegangen und terminologisch zwischen Unterbruch und Abbruch einer Generalversammlung unterschieden. Sodann wird ausgehend von der Botschaft und vom Gesetzeswortlaut die Grundsatzunterscheidung zwischen der Anfechtbarkeit und Nichtigkeit aufgezeigt, die Bestimmung von Art. 701f OR ausgelegt und schliesslich das u.E. adäquate Rechtsmittel zur Durchsetzung des Anspruchs dargelegt.

vor durchgeführt wird bzw. – anders als bei der virtuellen Generalversammlung – die bisherige Durchführungsweise nicht ändert (sondern vielmehr durch die zusätzliche Möglichkeit der hybriden Teilnahme erweitert wird), weshalb sich in der Folge die Zustimmung der Generalversammlung erübrigt.

⁸ Art. 701c OR.

⁹ Art. 701e Abs. 1 OR.

¹⁰ Art. 701e Abs. 2 OR.

¹¹ Siehe hierzu etwa NINA REISER, Neuerungen bei der Durchführung von Generalversammlungen, GesKR 2/2020, 229 ff., 234; HANS CASPAR VON DER CRONE/LUCA ANGMANN, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 2017, 3 ff., 13.

¹² VON DER CRONE/GROB (FN 6), 19.

¹³ Art. 701f Abs. 1 OR.

¹⁴ NINA REISER, Digitale Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen, SZW 2022, 401 ff., 409.

¹⁵ G.L.M. DAVID BALLMER/JOEL FISCHER, Die hybride und virtuelle Generalversammlung, GesKR 2/2023, 172 ff., 183.

¹⁶ Darüber hinaus dürfte die Bestimmung regelmässig gestützt auf eine entsprechende Verweisung in den Statuten auch bei elektronischen Verwaltungsratsbeschlüssen zur Anwendung gelangen.

¹⁷ Art. 701f Abs. 2 OR.

2. Technische Probleme

2.1. Verantwortungsbereich der Gesellschaft vs. Verantwortungsbereich des Aktionärs

Der vom Gesetzgeber verwendete Begriff der «technischen Probleme», der gleichsam die Grundvoraussetzung für die Anwendung von Art. 701f Abs. 1 OR darstellt, wird weder im Gesetz noch in der Botschaft erläutert. Unter «Technik» ist vorliegend die Informationsübermittlung mittels elektronischer Geräte (insbesondere Computer, Laptops, Tablets, Smartphones etc.) zu verstehen. Ein «Problem» im Sinne dieser Bestimmung ist dann anzunehmen, wenn die genannte Übermittlung in irgendeiner Art und Weise beeinträchtigt, erschwert bzw. verunmöglicht wird, wobei der Begriff u.E. weit zu verstehen ist. Es sind sowohl Hardware-, als auch Softwareprobleme umfasst. Der hier vertretenen Ansicht nach sind dabei keine allzu grossen Hürden zur Annahme von technischen Problemen zu setzen,¹⁸ da letztlich auch keine Anhaltspunkte dahingehend bestehen, dass eine gewisse «Schwere» an technischen Problemen vorliegen müsste, damit Art. 701f OR zur Anwendung gelangt.

Nach dem Gesagten gilt es festzuhalten, dass bspw. auch ein Laptop, der vom Aktionär nicht aufgeladen wurde und in der Folge nicht funktionstüchtig ist, grundsätzlich als technisches Problem zu qualifizieren ist. Gleiches gilt, wenn der Internetprovider seine Dienstleistung gegenüber einem Aktionär einstellt, wenn Letzterer es etwa unterlassen hat, seine Zahlungspflicht wahrzunehmen. Ferner sind auch Probleme mit dem Einloggen des Aktionärs aufgrund fehlerhafter Passworteingabe, das Einfrieren des Bildschirms oder auch ein etwaiges Stocken der Übertragung der Generalversammlung als technisches Problem zu qualifizieren.¹⁹ Wenngleich aus dem Gesetz nicht hervorgeht, dass nicht auch solche technischen Probleme von der Bestimmung mitumfasst werden, so kann doch festgehalten werden, dass derartige Sachverhalte den Tatbestand von Art. 701f Abs. 1 OR nicht zu erfüllen vermögen bzw. es nicht rechtfertigen würden, eine Generalversammlung resp. bestimmte Beschlüsse zu wiederholen. Mit anderen Worten sind nur diejenigen technischen Probleme von Art. 701f OR umfasst, die in den Verantwortungsbereich der Gesellschaft fallen bzw. die der betroffenen Gesellschaft entsprechend zuzurechnen sind.²⁰ Die Beurteilung, ob das technische Problem der Risikosphäre der Gesellschaft oder derjenigen des betroffenen Aktionärs zuzurechnen ist, kann nicht abstrakt erfolgen, sondern bedarf

stets einer Einzelfallbeurteilung. Unserer Ansicht nach dürften jedenfalls etwaige Internetprobleme auf Seiten der Gesellschaft sowie Softwarestörungen der genutzten Plattform für die Durchführung der hybriden bzw. virtuellen Generalversammlung der Risikosphäre der Gesellschaft zuzurechnen sein und damit in den Anwendungsbereich von Art. 701f Abs. 1 OR fallen. Gleiches gilt etwa für technische Probleme bei den elektronischen Geräten der (vorsitzenden) Verwaltungsräte; diese sind u.E. ebenfalls klarerweise der Gesellschaft zuzurechnen. Demgegenüber sind die fehlerhafte Verwendung der elektronischen Geräte durch den Aktionär, etwaiger lokaler Stromverlust oder auch Unterbrechungen bzw. Störungen der Internetverbindung des einzelnen Aktionärs seiner Risikosphäre zuzurechnen, weshalb sich die Betroffenen in diesen Fällen nicht auf Art. 701f OR berufen können. Grenzbereiche dürften indes bspw. technische Probleme des an der Generalversammlung teilnehmenden Notars bestehen. Allerdings müssten wohl auch in diesen Fällen die technischen Probleme der Gesellschaft zuzurechnen sein, zumal einerseits der Notar ohnehin vom Verwaltungsrat der Gesellschaft ausgewählt wird (und daher sämtliche mit der Wahl einhergehenden Probleme der Risikosphäre der Gesellschaft zuzuordnen sind) und andererseits eine gegenteilige Annahme zu stossenden Ergebnissen führen würde.

2.2. Generalversammlungsprotokoll

Aus Art. 702 OR geht hervor, dass für jede Generalversammlung ein Protokoll zu erstellen ist. Die Protokollführung gehört zum Pflichtenheft des Verwaltungsrats.²¹ Das Generalversammlungsprotokoll umfasst unter anderem gemäss Art. 702 Abs. 2 Ziff. 6 OR «*relevante technische Probleme, die bei der Durchführung der Generalversammlung auftreten*». Die Pflicht zur Protokollierung eines technischen Problems besteht demnach einzig, wenn es sich um ein «relevantes» technisches Problem handelt. Ob bzw. unter welchen Umständen von einem *relevanten* technischen Problem im Sinne von Art. 702 Abs. 2 Ziff. 6 OR auszugehen ist, gilt es im Einzelfall zu bestimmen. Die Botschaft enthält diesbezüglich keine Präzisierung, im Gegenteil: Es wird im Rahmen der Ausführungen nicht auf das Kriterium der «Relevanz» von technischen Problemen eingegangen, sondern gleichsam eine generelle Protokollierungspflicht bei technischen Problemen statuiert.²² U.E. ist jedenfalls dann von einem im Sinne dieser Bestimmung *relevanten* technischen Problem auszugehen, wenn die eingetretenen technischen Probleme dem Verantwortungsbereich der Gesellschaft zuzurechnen sind. Mit anderen Worten sind technische Probleme, die in den Anwendungsbereich von Art. 701f OR fallen, als relevant im Sinne von

¹⁸ Gl.M. BENJAMIN V. ENZ/MICHAEL HOCHSTRASSER, Technische Probleme bei der virtuellen Generalversammlung (Art. 701f revOR) – Teil 1, SJZ 2021, 719 ff., 721.

¹⁹ Vgl. hierzu auch ENZ/HOCHSTRASSER (FN 18), 721.

²⁰ DIETER DUBS, § 12 N 112, in: Nobel/Müller (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Das Aktienrecht – Kommentar der ersten Stunde, Bern 2023; REISER (FN 11), 234.

²¹ Vgl. Art. 702 Abs. 2 Satz 1 OR.

²² Botschaft Aktienrecht (FN 3), 561.

Art. 702 Abs. 2 Ziff. 6 OR zu qualifizieren. Darüber hinaus ist es empfehlenswert, auch sämtliche jeweils nicht unmittelbar lokalisierbaren technischen Probleme in das Generalversammlungsprotokoll aufzunehmen, damit auch «Grenzfälle» aufgeführt werden,²³ zumal dem Generalversammlungsprotokoll eine gewisse Beweisfunktion zukommt.²⁴ Obschon bei einem allfällig unvollständig geführten Protokoll von der Rechtsprechung keine Beweisnot²⁵ und damit unserer Ansicht nach sicherlich auch keine Beweisumkehr angenommen wird, und es noch immer dem allgemeinen Grundsatz von Art. 8 ZGB nach Sache des betroffenen Aktionärs ist, den Beweis (i) über das Vorhandensein technischer Probleme, (ii) deren Zurechnung dem Verantwortungsbereich der Gesellschaft bzw. gegebenenfalls (iii) die rechtsmissbräuchliche Neuansetzung des Wiederholungstermins der Generalversammlung zu beweisen, dürfte der Umstand eines unvollständig geführten Generalversammlungsprotokolls zumindest anlässlich der Gesamtbeurteilung sämtlicher Umstände sowie namentlich bei der Beweiswürdigung durch das Gericht entsprechend Berücksichtigung finden. In diesem Zusammenhang gilt es weiter Art. 9 ZGB für öffentliche Urkunden zu berücksichtigen, sollte das Generalversammlungsprotokoll notariell beurkundet worden sein. Die Bestimmung von Art. 9 ZGB führt zwar zu keiner Beweislastumkehr, kommt indes aber als Beweisregel einer gesetzlichen Vermutung im Hinblick auf den beurkundeten Inhalt gleich.²⁶

3. Botschaft

Gemäss Botschaft ist die von technischen Problemen betroffene Abstimmung oder Wahl im Rahmen einer Generalversammlung *in jedem Fall* zu wiederholen. Ausdrücklich verworfen wird, dass sich der Verwaltungsrat durch den etwaigen Nachweis dessen, dass die technischen Probleme keinen Einfluss auf das Abstimmungs- oder Wahlresultat gehabt haben sollen, von seiner Wiederholungspflicht befreien könnte.²⁷ Nicht als technische Probleme im Sinne von Art. 701f OR gelten nach der Botschaft insbesondere Schwierigkeiten der einzelnen Aktionäre mit den von ihnen verwendeten elektronischen Mitteln, es sei denn, es handle sich um flächendeckende Probleme eines bedeutenden Telekommunikationsunternehmens.²⁸ Flächendeckende Probleme bedeutender Telekommunikationsunternehmen dürften jedenfalls dann als gegeben betrachtet werden, wenn es

sich nicht bloss um lokale Verbindungsprobleme handelt, sondern vielmehr ganze Regionen resp. Städte oder Gebiete betroffen sind. Als «bedeutend» dürften diejenigen Telekommunikationsunternehmen qualifizieren, die im Schweizer Markt als führend gelten, so namentlich die Swisscom, Sunrise und Salt Mobile. Umfasst sind selbstredend auch Probleme bei anderen (kleineren) Telekommunikationsunternehmen, sofern sie fremdes Netz von den soeben aufgelisteten bedeutenden Telekommunikationsunternehmen nutzen. Sind mit anderen Worten die genannten Voraussetzungen erfüllt, sind die technischen Probleme dem Risikobereich der Gesellschaft zuzurechnen, weshalb sie in den Anwendungsbereich von Art. 701f OR fallen.

Grundsätzlich geht der Gesetzgeber von der «unmittelbaren» Wiederholung nach einem technischen Problem aus; sollte dies nicht möglich sein resp. die technischen Probleme andauern, so kann die Generalversammlung zu einem späteren bzw. anderen Zeitpunkt wiederholt werden, wobei allerdings die in Art. 700 Abs. 1 OR vorgesehene 20-tägige Einberufungsfrist *nicht* einzuhalten ist.²⁹ Die Frage, unter welchen Umständen eine unmittelbare Wiederholung noch möglich und für die Betroffenen zumutbar ist, kann indes abstrakt nicht beantwortet werden. Es dürfte eine durch den Verwaltungsrat vorzunehmende Einzelfallbeurteilung erforderlich sein, ob anlässlich der jeweiligen Generalversammlung lediglich ein (kurzer) Unterbruch mit unmittelbarer Wiederholung oder doch ein Abbruch angezeigt ist, wobei bei letzterem ein Ersatztermin im Rahmen des Ermessens des Verwaltungsrates anzusetzen ist. Bei der Entscheidung, ob die Generalversammlung unmittelbar fortgesetzt bzw. die Beschlüsse, bei welchen technische Probleme aufgetreten sind, unmittelbar wiederholt werden, hat der Verwaltungsrat namentlich die Grösse und die Zusammenstellung des jeweiligen Aktionärskreises zu berücksichtigen, darauf Rücksicht zu nehmen, ob die Uhrzeit, an welchem die Wiederholung stattfinden soll, im Rahmen des «Geschäftsüblichen» liegt oder ob die fortgeschrittene Uhrzeit eine unmittelbare Wiederholung nicht mehr rechtfertigt. Zudem hat der Verwaltungsrat situativ weitere Faktoren zu berücksichtigen, die zur Entscheidung betreffend die Zumutbarkeit für die betroffenen Aktionäre unerlässlich sind.³⁰ Auch bei der mittelbaren Wiederholung, das heisst bei der Neuansetzung der Generalversammlung an einem Alternativtermin, sind ebendiese Kriterien zu berücksichtigen, da

²³ Andernfalls läuft die Gesellschaft Gefahr, dass ihr ein unvollständig geführtes Generalversammlungsprotokoll vor Gericht entgegengehalten wird.

²⁴ BGE 140 III 610, E. 4.3.3.

²⁵ Vgl. BGE 140 III 610, E. 4.3.3.

²⁶ BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 9 N 1 f.

²⁷ Botschaft Aktienrecht (FN 3), 560. Demgemäss wird ausdrücklich auf das Kausalitätserfordernis verzichtet.

²⁸ Botschaft Aktienrecht (FN 3), 560.

²⁹ Botschaft Aktienrecht (FN 3), 560. Zu beachten gilt es allerdings, dass das neugewählte Datum für die Generalversammlung jedenfalls so anzusetzen ist, dass nicht die Mehrheit der Aktionäre von vornherein an der Teilnahme der «Wiederholungsgeneralversammlung» ausgeschlossen ist. Vorbehalten bleiben dabei Anpassungen bzw. Ergänzungen von Traktanden, bei welchen selbstredend wiederum die gesetzlich vorgeschriebenen Fristen einzuhalten sind, da es sich faktisch um eine «neue» Generalversammlung handelt.

³⁰ So könnten bspw. die Anzahl zu wiederholender Generalversammlungsbeschlüsse entsprechenden Einfluss auf die Entscheidung haben.

mit der Verwaltungsrat bei der Ermessensausübung seiner gesetzlichen Sorgfaltspflicht nachkommt. Es kann daher im Einzelfall bspw. angemessen sein, die «Wiederholungsgeneralversammlung» bereits am darauffolgenden Tag vorzusehen, sollten die Aktionäre an einem derartig kurzfristig angesetzten Wiederholungstermin teilnehmen können; umgekehrt sind ebenfalls Konstellationen denkbar, in welchen (nahezu) eine «ordentliche» Einberufungsfrist von 20 Tagen notwendig ist.³¹ Die Pflicht zur Ansetzung einer Generalversammlung, an welcher möglichst viele (der betroffenen) Aktionäre teilnehmen können, trifft den Verwaltungsrat unbeachtet dessen, dass das Gesetz ihm die Befugnis einräumt, von der eigentlich gesetzlich vorgeschriebenen 20-tägigen Einberufungsfrist abzuweichen und innert kürzerer Frist die Aktionäre zur neu angesetzten «Wiederholungsgeneralversammlung» einzuladen.³²

Die Botschaft führt demgemäss also zwar aus, dass eine Generalversammlung bei technischen Problemen zu wiederholen sei – und zwar unabhängig davon, ob das jeweilige technische Problem einen effektiven Einfluss auf das Abstimmungs- oder Wahlresultat hatte oder nicht – unterlässt es allerdings, den konkreten Rechtsbehelf für die Aktionäre im Falle dessen, dass die Gesellschaft die Wiederholung verweigert, näher auszuführen. Aus den Ausführungen in der Botschaft geht jedenfalls hervor, dass der Gesetzgeber explizit vom *Kausalitätserfordernis* absieht, wenn es darum geht, ob sich auch Minderheitsaktionäre auf Art. 701f Abs. 1 OR berufen können. Ob die Generalversammlung sodann unmittelbar oder mittelbar zu einem späteren Zeitpunkt wiederholt wird, liegt im Ermessen des Verwaltungsrates. Sollte die Generalversammlung indes unmittelbar wiederholt werden, bspw. durch erneute Abstimmung innerhalb weniger Minuten nach Wegfall der technischen Probleme, entfällt u.E. ein etwaiger (nachträglicher) Anspruch gestützt auf Art. 701f OR, zumal *de facto* eine sofortige Heilung vorgenommen wurde, die einem etwaigen Wiederholungsanspruch des betroffenen Aktionärs «zuvorkommt».

III. Rechtsbehelfe

1. Anfechtbarkeit vs. Nichtigkeit

Als mögliche Rechtsbehelfe gegen Beschlüsse, ungerichtfertige Handlungen oder sonstige gesetzes- oder

statutenwidrige Vorkommnisse an Generalversammlungen kommen die Anfechtbarkeit nach Art. 706 f. OR oder die Nichtigkeit nach Art. 706b OR in Betracht.

Gemäss Art. 706 Abs. 1 OR können der Verwaltungsrat und jeder Aktionär Beschlüsse der Generalversammlung, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, beim Gericht mit Klage gegen die Gesellschaft anfechten. Beispielfhaft – und damit nicht abschliessend – werden sodann etwaige Anfechtungsgründe aufgezählt, zu welchen auch der Entzug bzw. die Beschränkung von Aktionärsrechten unter Verletzung von Gesetz oder Statuten zu zählen sind.³³ Zu beachten gilt es, dass das Anfechtungsrecht verwirkt, wenn die Klage nicht innert zwei Monaten nach der Generalversammlung angehoben wird.³⁴

Die Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wird in Art. 706b OR festgehalten. Demnach liegt Nichtigkeit insbesondere vor, wenn das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung, das Mindeststimmrecht, die Klagerechte oder andere vom Gesetz zwingend gewährte Rechte des Aktionärs entzogen oder beschränkt werden.³⁵ Nichtig sind ferner Beschlüsse, die Kontrollrechte von Aktionären über das gesetzlich zulässige Mass hinaus beschränken, Grundstrukturen der Aktiengesellschaft missachten oder die Bestimmungen zum Kapitalschutz verletzen.³⁶

Obschon dies dem Gesetz nicht explizit zu entnehmen ist, stellt die Nichtigkeit eines Beschlusses der Generalversammlung nach Art. 706b OR nicht etwa die Regel, sondern die Ausnahme dar; lediglich fundamentale Fehler führen zur Nichtigkeit von Beschlüssen.³⁷ Nichtige Beschlüsse gelten in jedem Fall als nicht existent, sind *unheilbar* und können von jedermann, der ein entsprechendes Interesse aufweist, *jederzeit*³⁸ beim zuständigen Gericht angezeigt werden.³⁹

Demgegenüber sind anfechtbare Generalversammlungsbeschlüsse nach dem Gesagten nur zeitlich begrenzt «angreifbar». Die unbenutzte Anfechtungsfrist nach Art. 706a Abs. 1 OR führt gleichsam automatisch zur *Heilung* des mangelhaften Beschlusses der Generalversammlung.⁴⁰

³¹ Die «Maximalfrist» dürfte dabei die ordentliche Einladungsfrist von 20 Tagen im Sinne von Art. 700 Abs. 1 OR darstellen, da u.E. jedenfalls kein Erfordernis einer darüber hinaus gehenden Einladungsfrist besteht.

³² Diesbezüglich a.M. URS SCHENKER/OLIVIER SCHENKER, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht – Übersichten, Gestaltungshinweise und Handlungsempfehlungen, Bern 2023, 240 f., wonach in jedem Fall die ordentliche Einladungsfrist von 20 Tagen namentlich auch bei der Wiederholung einer Generalversammlung nach Art. 701f OR Anwendung finden müsse.

³³ Siehe hierzu etwa PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. A., Zürich 2022, § 14 Rz. 147 ff. und Rz. 202 ff. m.w.H. zur Abgrenzung, den Anwendungsbereichen und Praxisbeispielen.

³⁴ Art. 706a Abs. 1 OR. Siehe hierzu etwa PETER JUNG/PETER V. KUNZ/HARALD BÄRTSCHI, Gesellschaftsrecht, 3. A., Zürich 2021, § 8 Rz. 282.

³⁵ Art. 706b Ziff. 1 OR.

³⁶ Art. 706b Ziff. 2 und 3 OR.

³⁷ MÜLLER/AKERET (FN 2), 18.

³⁸ Insbesondere bestehen in Abweichung von Anfechtungsklagen keine Verwirkungsfristen.

³⁹ BGE 137 III 460, E. 3.3.2; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht – Mit neuem Firmen- und künftigen Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. A., Bern 2018, § 16 Rz. 306.

⁴⁰ HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. A., Bern 2020, Rz. 1163.

2. Stand der Lehrmeinungen

Die Frage, mit welchen Rechtsmitteln sich betroffene Aktionäre gegen technische Probleme an einer Generalversammlung wehren bzw. die Wiederholung nach Art. 701f OR verlangen können, wird in der Lehre, wie nachfolgend dargelegt, kontrovers diskutiert. Nichtsdestotrotz erfuhr diese Problematik bislang noch keine allzu eingehende bzw. tiefgründige Behandlung.

JEAN-PASCAL STOLL knüpft an den Wortlaut von Art. 701f Abs. 1 OR an und führt aus, der Verwaltungsrat könne sich nicht durch den Nachweis von der Wiederholungspflicht befreien, dass die technischen Probleme keinen Einfluss auf das Abstimmungsresultat gehabt hätten. Es handle sich bei der formell korrekt durchzuführenden Generalversammlung um einen unverzichtbaren Anspruch der Aktionäre; ein Kausalitätserfordernis für die Wiederholung bestehe nicht.⁴¹ Dabei wird die Frage, ob die entsprechenden Beschlüsse anfechtbar oder nichtig sind, offengelassen.

DIETER DUBS führt aus, dass nicht jedes technische Problem zu einer Unterbrechung der Generalversammlung führen müsse. Vielmehr sei für die Anwendung von Art. 701f OR erforderlich, dass die technischen Probleme qualifizierende Auswirkungen haben, die eine ordnungsgemässe Durchführung der Generalversammlung vereiteln würden. In diesem Zusammenhang verweist er zwar auf das fehlende Kausalitätserfordernis und insbesondere auch auf den unverzichtbaren Anspruch der Aktionäre auf eine ordnungsgemässe Durchführung der Generalversammlung, äusserst sich allerdings nicht zur Frage, ob die betroffenen Generalversammlungsbeschlüsse anfechtbar oder nichtig seien.⁴²

Für die Nichtigkeit sprechen sich PATRICK SCHMIDT/MATTHIAS P. A. MÜLLER aus, die in diesem Zusammenhang ausführen, dass der trotz technischer Probleme gefasste Beschluss als *nie zustande gekommen gilt* und unabhängig von einer allfälligen Kausalität wiederholt werden muss. Mit anderen Worten besteht dieser Lehrmeinung nach kein etwaiges Erfordernis, dass das technische Problem auch tatsächlich Einfluss auf das Abstimmungsresultat gehabt haben muss.⁴³

Auch ROLAND MÜLLER/FABIAN AKERET führen aus, dass Beschlüsse, die unter Vorhandensein technischer Probleme gefasst und im Anschluss nicht erneut zur Abstimmung gebracht wurden, ungültig seien. Der zur Verfügung stehende Rechtsbehelf stelle diesbezüglich

die Nichtigkeitsklage nach Art. 706b Ziff. 1 OR dar. Dies insbesondere deshalb, weil die Bestimmung von Art. 701f OR zwingender Natur sei.⁴⁴

NINA REISER führt in Ergänzung des vom Gesetzgeber festgehaltenen unverzichtbaren Aktionärsanspruch auf formell «sauber» durchgeführte Generalversammlungen aus, dass für den strengen Massstab dessen Klarheit und Rechtsicherheitsüberlegungen sprechen würden.⁴⁵ Eine Analogie zu Art. 691 Abs. 3 OR – und damit das Vorbringen, dass die technischen Probleme keinen Einfluss auf die Abstimmungsresultate gehabt haben – sei nur angezeigt, wenn der Meinungsaustausch unter den Aktionären und die damit zusammenhängende Willensbildung im konkreten Fall möglich gewesen sind. Indes bleibt offen, ob es sich dieser Lehrmeinung nach um anfechtbare oder nichtige Beschlüsse handelt.⁴⁶

PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER teilen die Ansicht, dass technische Probleme irrelevant seien, wenn sie nachweislich keinen Einfluss auf die Abstimmungsresultate gehabt haben. Das Kausalitätserfordernis könne indes einzig unter der Bedingung als Argument vorgebracht werden, dass durch das technische Problem nicht sogleich auch die Willensbildung und der damit verbundene Meinungsaustausch unter den Aktionären beeinträchtigt wurden. Auch FORSTMOSER/KÜCHLER lassen offen, ob es sich um anfechtbare oder nichtige Beschlüsse handelt.⁴⁷

Demgegenüber knüpfen BENJAMIN V. ENZ/MICHAEL HOCHSTRASSER (gleichsam bedingungslos) an das Kausalitätserfordernis an und sind dezidiert der Meinung, dass es der Gesellschaft jeweils möglich sein müsse, den Nachweis zu erbringen, dass ein eingetretenes technisches Problem, das sich auf die Generalversammlung auswirkte, das konkrete Ergebnis der jeweiligen Beschlüsse nicht zu beeinträchtigen vermochte. Es gehe nicht an, das Kausalitätserfordernis aufzugeben, zumal das Risiko an einer Wiederholung derart hoch sei, dass insbesondere bei grossen Gesellschaften mit breitem Aktionariat die virtuelle Generalversammlung weitgehend toter Buchstabe bliebe. Art. 691 Abs. 3 OR sei analog auch für Generalversammlungen mit technischen Problemen anwendbar.⁴⁸ In diesem Zusammenhang sehen BENJAMIN V. ENZ/MICHAEL HOCHSTRASSER eine einzelfallabhängige Beurteilung vor, nach welcher jeweils bestimmt werden müsse, ob im konkreten Fall die Erhebung einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage angezeigt ist.⁴⁹

⁴⁴ MÜLLER/AKERET (FN 2), 20.

⁴⁵ REISER (FN 11), 234.

⁴⁶ REISER (FN 14), 409 f.

⁴⁷ PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, Schweizerisches Aktienrecht 2020 – Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2022, Art. 701f OR N 7.

⁴⁸ ENZ/HOCHSTRASSER (FN 18), 727.

⁴⁹ BENJAMIN V. ENZ/MICHAEL HOCHSTRASSER, Technische Probleme bei der virtuellen Generalversammlung (Art. 701f revOR) – Teil 2, SJZ 2021, 778 ff., 785.

⁴¹ JEAN-PASCAL STOLL, Das neue schweizerische Recht der virtuellen Generalversammlung im Lichte anderer Rechtsordnungen, recht 2021, 28 ff., 37.

⁴² BK-Dubs, § 12 N 112.

⁴³ PATRICK SCHMIDT/MATTHIAS P. A. MÜLLER, Beschlussmängel bei der virtuellen Generalversammlung, in: Dal Molin-Kränzlin/Schneuwly/Stojanovic (Hrsg.), Digitalisierung – Gesellschaft – Recht, Zürich/St. Gallen 2019, 261 ff., 275.

DAVID BALLMER/JOEL FISCHER führen aus, dass eine Wiederholung der Generalversammlung nach Art. 701f OR nicht mit der in der Botschaft festgehaltenen Absolutheit vorgenommen werden müsse. Vielmehr sei bei der Entscheidung, ob eine Wiederholung der Generalversammlung bzw. der einzelnen Beschlüsse angezeigt ist, der Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen, wobei Kausalitätsüberlegungen ebenfalls in die Beurteilung einfließen würden. Der Gesellschaft müsse jeweils der Nachweis offenstehen, der technische Mangel habe keinerlei Einfluss auf die Beschlussfassung gehabt, es sei denn, dass der Verfahrensfehler derartig schwer wiege, dass der betroffene Beschluss nichtig sei. Es schliege allerdings fehl, bei *jedem* technischen Problem die Nichtigkeit der entsprechenden Generalversammlungsbeschlüsse anzunehmen; es sei vielmehr im Einzelfall zu entscheiden, ob die Anfechtung oder die Nichtigkeit der Beschlüsse angezeigt sei.⁵⁰

PETER V. KUNZ teilt die Auffassung, dass die Generalversammlung nicht wiederholt werden müsse, sollten lediglich «*relativ wenige Aktionäre bzw. ein relativ geringer Aktienbestand*»⁵¹ von den entsprechenden technischen Problemen betroffen sein. In Anlehnung an Art. 691 Abs. 3 OR sei für die Wiederholung ein Kausalitätsnachweis zu erbringen. Dass der Gesetzgeber sich explizit dagegen ausspricht, gründe auf einem Missverständnis.⁵²

HANS CASPAR VON DER CRONE/LUCA ANGSTMANN erachten das Kausalitätserfordernis ebenfalls als zwingend; andernfalls würde es den Aktionären ohnehin am erforderlichen Rechtsschutzinteresse fehlen; im Übrigen wird auf die (analoge) Anwendbarkeit von Art. 691 Abs. 3 OR verwiesen.⁵³

URS SCHENKER/OLIVIER SCHENKER sehen von einer analogen Anwendung von Art. 691 Abs. 3 OR und einem damit verbundenem Kausalitätserfordernis ab, sollte eine Generalversammlung aufgrund technischer Probleme, die der Gesellschaft zuzurechnen sind und damit in den Anwendungsbereich von Art. 701f OR fallen, zu wiederholen sein. Begründet wird deren Ansicht dahingehend, als dass es bei der einwandfreien Durchführung der hybriden bzw. virtuellen Generalversammlung nicht einzig um die Stimmabgabe, sondern insbesondere auch

um das Äusserungsrecht der Aktionäre untereinander sowie gegenüber den Organen der Gesellschaft gehe. Ob betroffene Generalversammlungsbeschlüsse anfechtbar oder nichtig seien, geht indes aus deren Ausführungen nicht hervor.⁵⁴

KASPAR THEILER vertritt demgegenüber die Ansicht, dass bei Auftreten von technischen Problemen im Rahmen der Generalversammlung *grundsätzlich* von deren Anfechtbarkeit (und nicht von deren Nichtigkeit) auszugehen ist und stellt dabei als Abgrenzungskriterium auf die Grösse des Anteils der betroffenen Aktionäre ab, ohne sich hierbei zu äussern, wann bzw. unter welchen konkreten Umständen effektiv von der Anfechtbarkeit und wann von der Nichtigkeit auszugehen ist.⁵⁵

DANIEL HÄUSERMANN lässt die Frage der konkreten Rechtsfolgen bzw. der anzurufenden Rechtsbehelfe offen, führt allerdings generell aus, die Botschaft gehe in ihren Ausführungen zu weit. Er unterlässt es indes, vorliegend darzulegen, welche Rechtsfolgen seiner Ansicht nach stattdessen adäquat wären.⁵⁶

Auch PETER BÖCKLI lässt die Frage der konkreten Rechtsfolge offen, indem er ausführt, dass der jeweilige Aktionär mit hinreichendem Rechtsschutzinteresse – sollte die Versammlungsleitung trotz einer ins Gewicht fallenden und nicht nur vorübergehenden Störung den Abbruch bzw. die Wiederholung ablehnen – «*eine Anfechtungsklage, gegebenenfalls eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit*» erheben könne.⁵⁷

3. Würdigung

3.1. Ausgangslage

Zur Beurteilung, welche Rechtsfolgen zur Anwendung gelangen sollen bzw. mittels welcher Rechtsbehelfe sich ein von technischen Problemen betroffener Aktionär zur Wehr setzen können soll, ist zunächst die Bestimmung von Art. 701f Abs. 1 OR heranzuziehen. Sofern die sich im Zusammenhang mit einer Bestimmung stellende Rechtsfrage nicht direkt beantworten lässt, ist die jeweilige Norm entsprechend auszulegen.

3.2. Auslegungsmethoden

Eine Bestimmung muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach ihrem Wortlaut, nach dem Sinn und Zweck und der ihr zugrunde liegenden Wertung ausgelegt werden. Erforderlich ist die sachlich richtige Ent-

⁵⁰ BALLMER/FISCHER (FN 15), 186 ff.

⁵¹ Diese Formulierung wird indes nicht weiter präzisiert.

⁵² PETER V. KUNZ, *Evolution ins 21. Jahrhundert – oder: Zukunft der Generalversammlung von Aktiengesellschaften in der Schweiz*, AJP 2011, 155 ff., FN 114 (S. 163).

⁵³ VON DER CRONE/ANGSTMANN (FN 11), FN 88 (S. 13 f.). Wohl ebenfalls gl.M. BRIGITTE TANNER, *Moderne Formen der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht 2020*, SZW 2021, 589 ff., 602 f., wobei sodann trotzdem ausgeführt wird, der Verwaltungsrat könne sich [trotz teilweiser Anwendbarkeit von Art. 691 Abs. 3 OR] nicht von seinen Pflichten befreien, indem er nachweist, dass die technischen Probleme keinen Einfluss auf das Abstimmungs- oder Wahlresultat gehabt hätten.

⁵⁴ SCHENKER/SCHENKER (FN 32), 238 ff.

⁵⁵ KASPAR THEILER, *Gedanken zur Zulässigkeit und Durchführbarkeit der virtuellen Generalversammlung de lege lata*, AJP 2012, 69 ff., 78.

⁵⁶ DANIEL HÄUSERMANN, *Aktionärsrechte und Generalversammlung*, EF 2021, 305 ff., 307.

⁵⁷ BÖCKLI (FN 33), § 14 Rz. 179.

scheidung im jeweiligen normativen Gefüge, welche auf ein befriedigendes Ergebnis der *ratio legis* ausgerichtet ist. Es gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der sog. Methodenpluralismus, wonach sämtliche Auslegungselemente gleichwertig sind; mit anderen Worten erfolgt keine hierarchische Prioritätsordnung der einzelnen Auslegungselemente.⁵⁸ Dabei sind die einzelnen Auslegungsmethoden so zu kombinieren, dass im Ergebnis ein praktisches und vernünftiges Ergebnis resultiert.⁵⁹

a. Grammatikalische Auslegung

Der Wortlaut von Art. 701f Abs. 1 OR ist: «*Treten während der Generalversammlung technische Probleme auf, sodass die Generalversammlung nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden kann, so muss sie wiederholt werden.*».

Zum konkreten Rechtsmittel, welches zur Durchsetzung des gesetzlich statuierten Wiederholungsanspruchs ergriffen werden soll, äussert sich die Bestimmung von Art. 701f Abs. 1 OR nicht *direkt*. Mit anderen Worten geht aus der Bestimmung selbst nicht hervor, ob Generalversammlungsbeschlüsse, die durch technische Probleme beeinträchtigt werden, anfechtbar oder nichtig sind. Immerhin kann u.E. aus der Formulierung «[...] *muss sie wiederholt werden.*» geschlossen werden, dass die Rechtsfolge bedingungslos ist und keinen Ermessensspielraum einräumt. Durch die Wiederholung, die dem Wortlaut von Art. 701f OR nach offenkundig zwingend erfolgen muss, werden die «mangelhaft» gefällten Generalversammlungsbeschlüsse ersetzt. Dieser Umstand dürfte (für sich allein betrachtet) eher für die Nichtigkeit derartiger Generalversammlungsbeschlüsse sprechen,⁶⁰ setzt doch die Anfechtbarkeit eine grundsätzliche Möglichkeit der Heilbarkeit voraus, die dem Wortlaut selbst gerade nicht zu entnehmen ist. Vielmehr sieht dieser einen (bedingungslosen) Wiederholungsanspruch vor.

b. Historische Auslegung

Was die historische Auslegung anbelangt, kann vorab auf den Gang der Gesetzgebungsarbeiten verwiesen werden: Im Vorentwurf von 2014 wurde die Bestimmung über die technischen Probleme der Gesellschaft wie folgt umschrieben: «*Treten während der Generalversammlung auf Seiten der Gesellschaft technische Probleme auf, sodass die Generalversammlung nicht nach Massgabe des Gesetzes und der Statuten durchgeführt werden kann, so muss sie wiederholt werden.*»⁶¹ Der Entwurf wich hier von nur geringfügig ab, indem namentlich der Passus

«*auf Seiten der Gesellschaft*»⁶² gestrichen wurde, sodass der Wortlaut wie folgt lautete: «*Treten während der Generalversammlung technische Probleme auf, sodass die Generalversammlung nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden kann, so muss sie wiederholt werden.*»⁶³ Die Bestimmung wurde sodann vom Parlament unverändert und insbesondere auch ohne weitere Diskussion verabschiedet.⁶⁴

Weiter führt der Gesetzgeber unmissverständlich und entschieden in der Botschaft aus, dass der Verwaltungsrat der von technischen Problemen betroffenen Aktiengesellschaften die Abstimmung oder Wahl wiederholen *muss*. Insbesondere kann er sich von dieser Pflicht nicht mit dem Nachweis befreien, dass die technischen Probleme keinen Einfluss auf die jeweiligen Abstimmungs- bzw. Wahlergebnisse gehabt haben sollen.⁶⁵

Unter Berücksichtigung der historischen Auslegung gilt es daher zunächst festzuhalten, dass der Gesetzgeber gewissermassen seit Beginn an die Ansicht vertritt, dass eine mit technischen Problemen behaftete Generalversammlung (zumindest im Hinblick auf die davon betroffenen Beschlüsse) ausnahmslos wiederholt werden müsse. Dass der Gesetzgeber weder im Wortlaut selbst, noch in der Botschaft sich zur (vermeintlichen) analogen Anwendung von Art. 691 Abs. 3 OR äussert, stellt der hier vertretenen Ansicht nach wohl nicht ein Missverständnis bzw. ein Versehen, sondern vielmehr ein *qualifiziertes Schweigen* dar.⁶⁶ Es wäre u.E. zu weitgehend, anzunehmen, der Gesetzgeber habe sich hier irrtümlicherweise nicht geäussert bzw. schlichtweg nicht daran gedacht, eine Verweisung auf Art. 691 Abs. 3 OR (oder von Art. 691 Abs. 3 OR aus) zu tätigen. Insbesondere auch aufgrund des Wortlautes der Bestimmung und der Tatsache, dass sich der Gesetzgeber anlässlich des Gesetzgebungsprojekts ausdrücklich für die ausnahmslose Wiederholung ausgesprochen hat, kann nicht von einem Versehen ausgegangen werden, sondern vielmehr von der bewussten Unterlassung einer entsprechenden Verweisung auf bzw. von Art. 691 Abs. 3 OR.⁶⁷

Gestützt auf die historische Auslegung kann folglich festgehalten werden, dass der Gesetzgeber sich bewusst

⁵⁸ Siehe hierzu nur BGE 142 III 557, E. 8.3.

⁵⁹ BGE 141 II 262, E. 4.1 m.w.H.

⁶⁰ Im Wesentlichen auch SCHMIDT/MÜLLER (FN 43), 275.

⁶¹ Art. 701f Abs. 1 VE-OR 2014.

⁶² Trotz der Streichung dieses Passus bleiben (unverändert) einzig diejenigen technischen Probleme von Art. 701f OR erfasst, die der Gesellschaft – und nicht bloss dem jeweiligen Aktionär – zuzurechnen sind.

⁶³ Art. 701f Abs. 1 E-OR 2016.

⁶⁴ FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 47), Art. 701f OR N 4.

⁶⁵ Botschaft Aktienrecht (FN 3), 560.

⁶⁶ A.A. etwa KUNZ (FN 51), 163, FN 114.

⁶⁷ In diesem Zusammenhang kann beispielhaft auf die revidierte Bestimmung von Art. 659a OR (Folgen des Erwerbs eigener Aktien) verwiesen werden, wo der Gesetzgeber *explizit* in Abs. 3 einen Verweis auf Art. 691 OR vorsieht, da dessen Anwendbarkeit entsprechend vorgesehen wurde. Dass der Gesetzgeber einen möglichen Verweis auf Art. 691 Abs. 3 OR demgemäss vergessen hat, ist zwar nach wie vor (theoretisch) denkbar, indes aber als äusserst unwahrscheinlich zu beurteilen.

gegen eine Verweisung auf Art. 691 Abs. 3 OR ausgesprochen hat. Vielmehr sollten bei technischen Problemen die Verwaltungsräte der betroffenen Gesellschaft unter keinen Umständen eine «Exit-Möglichkeit» mittels allfälligen Nachweises der fehlenden Kausalität erhalten. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber vom Erfordernis der Kausalität absieht, lässt indes keinen unmittelbaren Schluss auf den anzurufenden Rechtsbehelf zu.

c. Systematische Auslegung

Im Rahmen des systematischen Auslegungselements geht es darum, den Zusammenhang der jeweils auszulegenden Bestimmung mit anderen Normen in die Betrachtung zu ziehen.⁶⁸ Gestützt auf die Gesetzssystematik kann vorliegend weder auf die Anfechtungsklage, noch auf die Nichtigkeitsklage als mögliche Rechtsbehelfe geschlossen werden. Vielmehr wurde in Bestimmung mit der Marginalie «7. Verwendung elektronischer Mittel» unter «II. Einberufung und Durchführung der Generalversammlung» eingeführt, weshalb sich daraus gerade nicht festmachen lässt, ob die Generalversammlungsbeschlüsse nichtig oder anfechtbar sind, da Unregelmässigkeiten bei der Einberufung und Durchführung der Generalversammlung teilweise die Nichtigkeit, teilweise die Anfechtbarkeit nach sich ziehen.

d. Teleologische Auslegung

Die Bestimmung ist sodann nach dem Sinn und Zweck und den ihr zugrunde liegenden Wertungen anhand der teleologischen Verständnismethode auszulegen.⁶⁹ Die Wiederholungspflicht, welche in Art. 701f Abs. 1 OR statuiert ist, bezweckt, dass im Falle etwaiger technischer Probleme gleichsam «bedingungslos» die erneute Durchführung bzw. Beschlussfassung der betroffenen Beschlüsse verlangt werden kann. Damit soll namentlich sichergestellt werden, dass die Aktionärsrechte in keiner Art und Weise durch die seit 1. Januar 2023 fakultativ statutarisch einführbaren elektronischen Durchführungsmethoden einer Generalversammlung beeinträchtigt resp. eingeschränkt werden. Es soll mit anderen Worten sichergestellt sein, dass der Anspruch eines jeden Aktionärs auf eine formell korrekt durchzuführende Generalversammlung durch die Modernisierung des Aktienrechts nicht gekürzt bzw. vereitelt wird. Es geht dem Gesetzgeber dabei nicht lediglich um die korrekte Beschlussfassung als solche, sondern namentlich auch darum, dass anlässlich einer Generalversammlung die Aktionäre uneingeschränkt ihre Meinung zu einem Traktandum bilden und sich in diesem Zusammenhang auch aktiv an den Diskussionen beteiligen können.⁷⁰ Mit anderen Worten muss die sogenannte *digitale Unmit-*

telbarkeit während der gesamten Generalversammlung sichergestellt sein,⁷¹ damit dem Unmittelbarkeitsprinzip Genüge getan ist. Nichtsdestotrotz führt die teleologische Auslegung zum Schluss, dass es wohl nicht Sinn und Zweck der Norm gewesen sein kann, von der Nichtigkeit der Generalversammlungsbeschlüsse auszugehen, da die Tragweite diesfalls zu weit gehen würde. Insbesondere wenn sich die betroffenen Aktionäre nicht zur Wehr setzen möchten, müsste es letztlich möglich sein, dass die Beschlüsse durch die unterlassene Erhebung einer Anfechtungsklage geheilt werden.

3.3. Konkrete Rechtsfolge bei technischen Problemen

Nach den bisherigen Ausführungen wurde noch nicht festgehalten, welche Rechtsfolge bei technischen Problemen im Sinne von Art. 701f Abs. 1 OR eintreten bzw. mit welchen Rechtsbehelfen betroffene Aktionäre gegen die entsprechenden Beschlussfassungen vorgehen können.

U.E. gilt es zunächst die Grundsatzfrage zu klären, ob Generalversammlungsbeschlüsse, die unter Vorhandensein von technischen Problemen⁷² gefällt wurden, anfechtbar oder nichtig sind. Der Gesetzgeber hat indes darauf verzichtet, sich explizit für die eine oder andere Rechtsfolge auszusprechen.⁷³ Dabei gilt es zu beachten, dass Art. 701f OR keine eigenständige Anfechtungsgrundlage darstellt; vielmehr hat der Gesetzgeber mittels Einführung dieser Norm einen materiell-rechtlichen Anspruch geschaffen.⁷⁴ Unter Berücksichtigung der Auslegungsmethoden (und dort insbesondere der teleologischen Auslegungsmethode) der Bestimmung gilt es festzuhalten, dass die Nichtigkeit als Rechtsfolge von Generalversammlungsbeschlüssen, die unter Vorliegen von technischen Problemen gefasst wurden, der hier vertretenen Ansicht nach wohl weder vom Gesetzgeber gewollt war bzw. ist, noch als praxistaugliches Ergebnis betrachtet werden kann.⁷⁵ Dies gleich aus mehreren Gründen: Einerseits gilt es unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit zu beachten, dass ein nichtiger Generalversammlungsbeschluss *jederzeit* grundsätzlich von jedermann gerichtlich festgestellt werden kann. Demnach würde unter Umständen noch (sehr) lange Zeit nach der Beschlussfassung Ungewissheit darüber herrschen, ob

⁶⁸ BGE 145 III 334, E. 6.6.1.

⁶⁹ BGE 142 III 557, E. 8.3.

⁷⁰ Gl.M. wohl auch FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 47), Art. 701 f. OR N 7.

⁷¹ REISER (FN 14), 409.

⁷² Umfasst sind nach dem Gesagten einzig diejenigen technischen Probleme, die der Gesellschaft zuzurechnen sind.

⁷³ So wäre bspw. denkbar gewesen, dass im Zuge der Revision Art. 706 ff. OR revidiert worden wären, und explizit diesbezügliche Ausführungen enthalten würden.

⁷⁴ ENZ/HOCHSTRASSER (FN 49), 783.

⁷⁵ So auch bspw. der Entscheid des Bundesgerichts, wonach Generalversammlungsbeschlüsse unter Missachtung des unentziehbaren Antragsrechts eines Aktionärs als anfechtbar zu qualifizieren seien. Siehe hierzu Urteil des Bundesgerichts 4A 380/2022 vom. 30. Januar 2023, E. 9.3 m.w.H.

die getroffenen Generalversammlungsbeschlüsse denn auch Gültigkeit haben oder nicht. Unter Annahme, dass die Beschlüsse «lediglich» anfechtbar sind, besteht ein erhöhtes Mass an Rechtssicherheit, da nach Ablauf der zweimonatigen Verwirkungsfrist von Art. 706a Abs. 1 OR jedenfalls Gewissheit über die Gültigkeit des (unter Umständen durch Fristablauf) geheilten Generalversammlungsbeschlusses herrscht.

Andererseits stellt die Nichtigkeit als Rechtsfolge bei Unregelmässigkeit anlässlich der Generalversammlung – wie bereits erwähnt – die Ausnahme und nicht etwa die Regel dar, weshalb sie ohnehin grundsätzlich mit entsprechender Zurückhaltung anzunehmen ist.⁷⁶ Wird zudem die Rückabwicklungsproblematik von bereits umgesetzten und nachträglich als nichtig betrachteten Generalversammlungsbeschlüssen berücksichtigt, wird klar, dass dies nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein kann; dies umso weniger, als dass allfällig betroffene Aktionäre sich gegebenenfalls gar nicht gegen die Beschlüsse wehren wollen und die Heilung in vielen Fällen in ihrem Interesse sein dürfte. Es ist nach dem Gesagten von einem anfechtbaren Beschluss nach Art. 706 Abs. 2 OR auszugehen.

Die Annahme der Anfechtbarkeit steht sodann auch nicht in Widerspruch zur gesetzgeberischen Ansicht, dass die Aktionäre einen «*unverzichtbaren Anspruch*»⁷⁷ auf eine formell saubere Generalversammlung haben. Dies insbesondere aufgrund dessen, dass u.E. kein etwaiges Kausalitätserfordernis für die Klageerhebung besteht.⁷⁸ Die Annahme, bei der Formulierung der Bestimmung bzw. der vorgesehenen Rechtsfolge müsse es sich um ein Missverständnis gehandelt haben⁷⁹, schlägt dahingehend fehl, dass es sich u.E. bei der unterlassenen Verweisung auf Art. 691 Abs. 3 OR (und dem erforderlichen Kausalitätserfordernis) um ein *qualifiziertes Schweigen* des Gesetzgebers handeln muss. Demgemäss ist im Zusammenhang mit technischen Problemen auch die Bestimmung von Art. 691 Abs. 3 OR *nicht* analog heranzuziehen⁸⁰. Etwaigen rechtsmissbräuchlichen Vorhaben steht bereits das allgemein geltende *Rechtsmissbrauchsverbot* von Art. 2 Abs. 2 ZGB entgegen. Ohnehin haben betroffene Aktionäre bei der Erhebung einer Anfechtungsklage die allgemeinen Prozessvoraussetzungen im Sinne von Art. 59 ZPO – und somit insbesondere auch ein entsprechendes *Rechtsschutzinteresse* – nachzuweisen. Ein Rechtsschutzinteresse wird nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der aktienrechtlichen Anfechtungsklage namentlich angenommen, wenn durch eine

allfällige Gutheissung der Klage die Rechtstellung des anfechtenden Aktionärs verändert wird.⁸¹ Erforderlich ist zudem ein persönliches Interesse des Anfechtenden, wobei gerade im Aktienrecht ein weitgefasster Interessenbegriff greift, der dann als gegeben erachtet wird, wenn durch die Klageerhebung (auch) Gesellschaftsinteressen wahrgenommen werden.⁸²

Letztlich ist im Zusammenhang mit der Argumentation, ein fehlendes Kausalitätserfordernis würde ein zu grosses Risiko für die Gesellschaft darstellen, darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob überhaupt die Möglichkeit einer virtuellen Abhandlung der Generalversammlung vorgesehen bzw. wahrgenommen wird oder nicht, gemäss Art. 701d OR in den Statuten festzuhalten ist und demnach einen Beschluss der Generalversammlung voraussetzt. Es liegt mit anderen Worten vollumfänglich in den Händen der Gesellschaft, ob im konkreten Einzelfall überhaupt die virtuelle Durchführung einer Generalversammlung vorgesehen wird. Darüber hinaus regelt der Verwaltungsrat nach Art. 701e Abs. 1 OR die Modalitäten rund um die Verwendung von elektronischen Mitteln.⁸³ Nach der hier vertretenen Ansicht ist (spätestens) bei der Entscheidung, ob elektronische Mittel für die Generalversammlung verwendet werden sollen und damit auch bei der Frage, ob auch eine hybride Teilnahme an einer Generalversammlung möglich sein soll, durch den Verwaltungsrat eine entsprechende Risikoanalyse und eine damit verbundene Abwägung vorzunehmen. Wie bei jeder Entscheidung hat der Verwaltungsrat demnach nicht nur die Vorteile aus einem Vorhaben zu ziehen, sondern auch den Risiken Rechnung zu tragen; dies gilt auch für die Frage der virtuellen bzw. hybriden Durchführung von Generalversammlungen. Im Übrigen würde eine gegenteilige Annahme, welche von einem zwingenden Kausalitätserfordernis ausgehen würde, gar zu einem Mehrheitenschutz führen: Es würde lediglich den Aktionären mit qualifizierten Beteiligungsquoten die Möglichkeit gewährt werden, gleichsam «nach Bedarf» bei technischen Problemen gegen einen entsprechenden Generalversammlungsbeschluss vorzugehen, da einzig sie faktisch in der Lage wären, das Abstimmungsergebnis zu beeinflussen.⁸⁴

⁷⁶ So auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach gar eine Vermutung zugunsten der Anfechtbarkeit gegenüber der Nichtigkeit besteht. Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_380/2022 vom 30. Januar 2023, E. 9.1.

⁷⁷ Ausdrücklich Botschaft Aktienrecht (FN 3), 560.

⁷⁸ G.L.M. BÖCKLI (FN 33), § 8 Rz. 115.

⁷⁹ So etwa KUNZ (FN 52), 163, FN 114.

⁸⁰ JUTZI/MEIER (FN 1), 58.

⁸¹ Demgemäss fehlt es am erforderlichen Rechtsschutzinteresse, wenn es lediglich um die Beurteilung abstrakter Rechtsfragen *ohne* entsprechende Wirkung auf das konkrete Rechtsverhältnis geht.

⁸² BGE 122 III 279, E. 3a m.w.H.

⁸³ Ferner liegt auch die Frage betreffend die hybride Durchführung einer Generalversammlung gemäss Art. 701c OR in der Entscheidungskompetenz des Verwaltungsrates.

⁸⁴ Gerade bei Publikumsgesellschaften dürfte der Wiederholungsanspruch gar sämtlichen teilnehmenden Aktionären verwehrt bleiben, zumal regelmässig die entsprechenden Abstimmungsergebnisse aufgrund der Weisungserteilung an die unabhängigen Stimmrechtsvertreter bereits feststehen und die unabhängigen Stimmrechtsvertreter in der Regel mehr Stimmen vertreten, als die an der Generalversammlung teilnehmenden Aktionäre zusammen. Vgl. hierzu SCHENKER/SCHENKER (FN 32), 240.

IV. Schlussbemerkungen

Die Digitalisierung der Generalversammlungen ist begrüßenswert. Dies insbesondere aufgrund dessen, dass durch die Modernisierungen neue Möglichkeiten geschaffen wurden, um die Teilnahmequoten von Aktionären an den Generalversammlungen potentiell zu steigern, indem auf das Erfordernis der physischen Anwesenheit am Tagungsort verzichtet werden kann. Die Revision trägt in diesem Zusammenhang sicherlich zur Verbesserung der Aktionärsdemokratie bei. Gerade bei der Einführung neuer Institutionen, wie etwa der hybriden und virtuellen Generalversammlung, ist es unerlässlich, klare Rechtsbehelfe vorzusehen, die angerufen werden können, sollte es zu Unregelmässigkeiten kommen. Trotz der umstrittenen Rechtslage in der Lehre sind Generalversammlungsbeschlüsse, die unter Vorhandensein von technischen Problemen getroffen wurden, u.E. anfechtbar und nicht etwa nichtig. Dabei hat der Gesetzgeber bewusst auf das Erfordernis der Kausalität durch qualifiziertes Schweigen verzichtet, wodurch insbesondere auch Minderheitsaktionären das Recht auf eine formell einwandfreie Generalversammlung bedingungslos gewährt wird. Es geht nicht an, dass im Zuge von Gesetzesrevisionen bzw. durch die Modernisierung und der damit verbundenen Einführung neuer Möglichkeiten den Minderheitsaktionären ihre Abwehrrechte durch etwaige Voraussetzungen, wie die Nachweiserbringung der Kausalität, «gekürzt» werden; vielmehr ist insbesondere auch den Minderheitsaktionären ein bedingungsloser Anspruch auf eine formell korrekt durchgeführte Generalversammlung zu garantieren. Sollten sich betroffene Aktionäre gegen eine Anfechtung aussprechen, so werden die während dem Vorhandensein technischer Probleme gefassten Beschlüsse nach Ablauf der zweimonatigen Verwirkungsfrist geheilt.⁸⁵ Demgegenüber hat die Gesellschaft – nötigenfalls gerichtlich angeordnet – die angefochtenen Beschlüsse mittels Neuansetzung einer «Wiederholungsgeneralversammlung» zu wiederholen und dabei sicherzustellen, dass möglichst viele Aktionäre am Wiederholungstermin teilnehmen können, sollte ein betroffener Aktionär sich für die Erhebung einer Anfechtbarkeitsklage entscheiden. Dabei ist in diesem Zusammenhang insbesondere das Rechtsmissbrauchsverbot zu beachten und (wie bei jeder Klage) von Seiten der Aktionäre bzw. Kläger ein entsprechendes Rechtsschutzinteresse nachzuweisen.

⁸⁵ Bis zur Heilung durch den Zeitablauf befinden sich die Generalversammlungsbeschlüsse in einem Schwebezustand und sind «nur» bedingt gültig.