

Evolution ins 21. Jahrhundert – oder: Zukunft der Generalversammlung von Aktiengesellschaften in der Schweiz



PETER V. KUNZ
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt,
LL.M., Bern

Inhaltsübersicht

- I. Grundlagen
 - A. Aktienrechtsrevision
 - B. Strukturelles
 - a. Bedeutung
 - b. Funktionen
 - aa. Diskussionsorgan
 - bb. Beschlussorgan
 - cc. Konsultativorgan
 - c. Exkurs: GV-Sonderversammlungen
- II. Ausgewählte Themen
 - A. Elektronisierung
 - a. Einführung
 - aa. Ausgangslage
 - bb. Statutarische Basis?
 - b. Phase vor der GV
 - aa. Einberufung
 - bb. Vollmachten
 - c. Phase während der GV
 - aa. Internet-GV
 - bb. Virtuelle GV
 - cc. Sanktionierung
 - d. Phase nach der GV
 - aa. Protokoll
 - bb. Antworten auf Fragen
 - e. Exkurs: Vergütungsreglement
 - B. Nominee-Modell
 - a. Konzepte
 - b. Regelungsbedarf?
- III. Lückenhaftigkeit
 - A. Konsultativabstimmungen
 - B. Zirkulationsbeschlüsse
- IV. Schlussbemerkungen
 - A. Rechtslage in der EU
 - B. Rechtspolitisches Fazit

I. Grundlagen

A. Aktienrechtsrevision

Das *schweizerische Aktienrecht* wurde seit dem 19. Jahrhundert einige wenige Male mehr oder weniger total revidiert, und zwar das letzte Mal zu Beginn der 1990er Jahre¹ – in der Zwischenzeit wurden immer wieder «kleine» Revisionen durchgeführt. Zurzeit erfolgt die *dritte* «grosse» Aktienrechtsrevision² seit der Vereinheitlichung des Gesellschaftsrechts auf Bundesebene. Der Bundesrat legte den *Vorentwurf* mit dem Begleitbericht im Jahre 2005³ und den *Entwurf* mit der Botschaft im Jahre 2007⁴ vor; im Jahre 2008 wurde schliesslich im Zusammenhang mit einer Volksinitiative – der sog. «Abzocker»-Initiative⁵ – ein *zweiter Entwurf* verabschiedet und in das ursprüngliche Revisionsprojekt integriert⁶.

M.E. ist die Aktienrechtsrevision seither zu einem *legislativen Trauerspiel* verkommen. Ein politisches Hickhack etwa hinsichtlich einer Regelung der Kompetenzen bei der Festlegung der Entschädigungen für den Verwaltungsrat (VR) und für die Geschäftsleitung lässt heute *keine ernsthaften Vorhersagen* über den weiteren Fortgang der Revision zu⁷. Die folgenden Ausführungen basieren deshalb in erster Linie auf den *bundesrätlichen* Entwürfen⁸.

Der Beitrag wurde *Mitte November 2010* abgeschlossen – ich bedanke mich für die wertvolle Unterstützung bei meinen wissenschaftlichen Assistenten: MLaw SARAH KAMBER sowie MLaw ANDREAS HAGL.

¹ Hinweise: THEODOR BÜHLER, Ein neues schweizerisches Recht der Handelsgesellschaften?, SJZ 2006, 173 ff.; PETER V. KUNZ, Permanenter Umbruch im Gesellschaftsrecht (...), SJZ 2006, 145 ff.

² Internet: <http://www.rhf.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.html>; die zentralen Dokumente von amtlicher Seite sind auf diesem Link zu finden.

³ Vorentwurf vom 2. Dezember 2005: VE-OR; Übersicht: PETER V. KUNZ, Status quo der «grossen Aktienrechtsrevision» (...), in: Entwicklungen des Gesellschaftsrechts III, Bern 2008, 125 ff.

⁴ Entwurf vom 21. Dezember 2007: E-OR; hierzu: PETER V. KUNZ, Aktienrechtsrevision 20xx, in: Jusletter vom 2. Februar 2009 – Botschaft: BBl 2008 1589 ff. sowie E-OR: BBl 2008 1751 ff.

⁵ BBl 2006 8755 (Vorprüfung) sowie BBl 2008 2577 (Zustandekommen).

⁶ Entwurf II vom 5. Dezember 2008: E-OR II (BBl 2009 343 ff.); Botschaft dazu: BBl 2009 299 ff.

⁷ Nebst der «Abzocker»-Initiative könnte künftig allenfalls auch die sog. «1:12»-Initiative der Jungsozialisten (Juso) eine Rolle spielen: BBl 2009 6681 (Vorprüfung).

⁸ Der *Zweitrat* (= Nationalrat) dieser Vorlage hat die Beratungen heute (noch) *nicht in Angriff* genommen.

Sicher erscheint inhaltlich nur, aber immerhin, dass die *Ordnung zur Generalversammlung (GV)*⁹ grundlegend überarbeitet werden soll¹⁰, und zwar sowohl formell als auch materiell. Im Vordergrund stehen im Wesentlichen die Erleichterung der GV bei Aktiengesellschaften (AG) und damit die *Stärkung der Aktionärsrechte*. Diese Aspekte des Revisionsprojekts fügen sich nahtlos in den Rahmen einer weiteren zentralen Zielsetzung ein, nämlich der Verbesserung der sog. *Corporate Governance* bei AG¹¹.

Im Jahre 2010 beschloss die Rechtskommission des Ständerats einen *neuen indirekten Gegenvorschlag* zur erwähnten «Abzocker»-Initiative – diese vorgeschlagene (vorzuziehende) OR-Revision¹² enthält überwiegend Regelungsgebiete zur Vergütungsthematik, aber eben auch die Normen zur *Durchführung von GV* unter Verwendung elektronischer Mittel.

Der vorliegende Aufsatz will *keine detaillierte Übersicht* zu sämtlichen anstehenden Änderungen bei der GV verschaffen. Vielmehr erfolgt – nach einigen strukturellen Hinweisen¹³ – eine Konzentration auf zwei (ausgewählte) interessante GV-Themen, nämlich auf die *Elektronisierung* einerseits¹⁴ sowie auf das *Nominee-Modell* andererseits¹⁵. Trotz den vielen mehr oder weniger kleinen übrigen Reformen im GV-Recht erscheint die Überarbeitung der Regelungen *lückenhaft* – dies muss m.E. in verschiedenen aktienrechtlichen Bereichen (insbesondere bei den Konsultativbeschlussfassungen, die nicht geregelt werden¹⁶, und ausserdem bei den GV-Zirkularbeschlüssen, die unzulässig bleiben¹⁷) bedauert werden.

B. Strukturelles

a. Bedeutung

Art. 698 Abs. 1 OR hält fest: «Oberstes Organ der Aktiengesellschaft ist die Generalversammlung der Aktionäre». Diese Grundregel wird mit der Aktienrechtsreform *nicht revidiert*

und erscheint – nach wie vor – etwas verwirrend, denn die Gesellschaftsorgane der AG stehen im Prinzip gleichberechtigt nebeneinander und sollen sich gegenseitig beschränken (System von «checks and balances»)¹⁸. Insofern gelangt also nicht die sog. Omnipotenztheorie, sondern m.E. vielmehr die sog. *Paritätstheorie* zur Anwendung¹⁹.

Die AG als juristische Person kann in der Wirtschaftsrealität ausschliesslich durch ihre *Organe* tätig werden, wobei drei Gesellschaftsorgane von Gesetzes wegen²⁰ im Vordergrund stehen. Obwohl das Körpergesellschaftsrecht eine generelle Revisionspflicht vorsieht, ist die Revisionsstelle gemäss Art. 727 ff. OR heute kein aktienrechtliches Pflichtorgan²¹ (mehr). Keine Änderungen ergeben sich hingegen beim VR (Art. 707 ff. OR) sowie bei der GV (Art. 698 ff. OR), d.h. es handelt sich nach wie vor um *Pflichtorgane* der AG. Beide Organe werden durch die Aktienrechtsreform in verschiedener Hinsicht revidiert.

Der Idealtypus der GV ist die eigentliche *Präsenz-GV*, d.h. die Aktionäre treffen sich sozusagen «vor Ort» (an einem oder in Ausnahmefällen an mehreren²² Tagungsorten). Es gelangt somit das Unmittelbarkeitsprinzip zur Anwendung²³.

Nichtsdestotrotz qualifiziert die sog. *Universalversammlung* ebenfalls als GV im rechtlichen Sinne. Die bisherige Regelung von Art. 701 OR erscheint unbestritten und wird somit im Rahmen der Aktienrechtsreform *nicht revidiert*. Sofern alle Aktien einer AG anwesend oder vertreten sind (Abs. 1), kann eine GV – solange kein Widerspruch erho-

⁹ Es ist irrelevant, ob es sich um eine *ordentliche* GV oder um eine *ausserordentliche* GV handelt.

¹⁰ Details: BBl 2008 621 f. («Modernisierung der Generalversammlung»).

¹¹ BBl 2008 1606 ff.; generell: PETER V. KUNZ, *Swiss Corporate Governance – an Overview*, in: *Swiss Reports Presented at the XVIIIth International Congress of Comparative Law*, Bern 2010, 99 ff.

¹² Internet: <http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/berichte-legislativkommissionen/kommission-fuer-rechtsfragen-rk/Documents/entwurf-rk-s-10-443-2010-10-25-d.pdf>: Es handelt sich somit um Entwurf III bzw. *E-OR III*, der allerdings noch von keiner Kammer behandelt wurde.

¹³ Vgl. dazu hinten Ziff. I.B.

¹⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. II.A.

¹⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. II.B.

¹⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. III.A.

¹⁷ Vgl. dazu hinten Ziff. III.B.

¹⁸ Sowohl dem VR als auch der GV stehen *unübertragbare (und unentziehbare) Kompetenzen* zu: Art. 698 Abs. 2 OR (GV) sowie Art. 716a Abs. 1 OR (VR).

¹⁹ Statt aller: PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4. A., Zürich 2009, § 12 N 3; URS BERTSCHINGER, *Zuständigkeit der Generalversammlung der Aktiengesellschaft – ein unterschätzter Aspekt der Corporate Governance*, in: *FS für Jean Nicolas Druey*, Zürich 2002, 310 f.

²⁰ Zu *statutarischen* Organen (wie einem Beirat oder einer Spezialrevisionsstelle): PETER V. KUNZ, *Statuten – Grundbaustein der Aktiengesellschaften*, in: *Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision*, Zürich 2010, 69.

²¹ Immerhin können *spezialgesetzliche* Regelungen – z.B. im Kollektivanlagenrecht (Art. 126 Abs. 1 KAG) – die Revisionsstelle als Pflichtorgan vorsehen.

²² *De lege lata*: CLAUDE LAMBERT, *Die Durchführung einer Generalversammlung an zwei verschiedenen Tagungsorten*, REPRAX 2000/2, 36 ff.; ausserdem wird das Aktienrecht *de lege ferenda* sog. *multilokale* GV unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich zulassen: Art. 701a Abs. 2 E-OR («Die Generalversammlung kann an verschiedenen Orten gleichzeitig durchgeführt werden»); m.E. ist heute eine GV via *Videokonferenz* zulässig – allg: BRIGITTE TANNER, *Die Generalversammlung im multimedialen Zeitalter*, in: *Die Rechtswicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Zürich 2001, 484 f.

²³ Das *GV-Unmittelbarkeitsprinzip* wird durch die aktuelle Reform des Aktienrechts relativiert, nämlich etwa durch die Internet-GV sowie durch die virtuelle GV: vgl. dazu hinten Ziff. II.A.c.

ben wird (Abs. 2) – durchgeführt werden, ohne die Formvorschriften für die Einberufung zu beachten.

Universalversammlungen kommt eine grosse Praxisbedeutung in der Wirtschaftsrealität zu, und zwar in erster Linie bei *KMU-Verhältnissen* sowie bei gewissen²⁴ *Konzernen*. Ohne Bedeutung bleiben die Universalversammlungen hingegen bei Publikums-AG.

b. Funktionen

aa. Diskussionsorgan

Die GV ist – zugegebenermassen: trivialisiert und heute teilweise überholt – der Ort der Zusammenkunft für die Aktionäre, um zuerst *miteinander zu diskutieren* («Landsgemeinde»)²⁵ und im Anschluss daran zu beschliessen²⁶. Diese Funktion der GV wird weder im heutigen noch im künftigen Aktienrecht im Detail geregelt, so dass m.E. nicht zuletzt der gesunde Menschenverstand die Praxis zur *Leitungskompetenz des GV-Vorsitzenden* (z.B. hinsichtlich der Redezeitbeschränkung oder dem Entziehen des Worts)²⁷ beherrscht und durchaus beherrschen soll – die Leitungsbefugnisse werden als «weisser Fleck auf der aktienrechtlichen Landkarte» bezeichnet²⁸.

In der GV besteht ein *Anspruch auf Meinungsäusserung*, und zwar sowohl für die Aktionäre als auch für die beiden weiteren Gesellschaftsorgane (also: VR sowie Revisionsstelle). Die Organe haben ausserdem eine grundsätzliche *Pflicht* zur Stellungnahme, wobei die eingeschränkte Bedeutung der Revisionsstelle in der GV nicht übersehen werden sollte²⁹.

²⁴ Universalversammlungen stehen im Vordergrund bei *abhängigen* Konzerngesellschaften, sofern deren *sämtliche Aktien konzernintern* gehalten werden; sollten hingegen Minderheitsaktionäre – sog. *freie Aktionäre* – vorkommen, kommen Universalversammlungen meist nicht in Frage.

²⁵ Allg.: KARL HOFSTETTER, Von der «Landsgemeinde» – zur «proxy»-Generalversammlung: Vorschläge für ein Paradigmenwechsel in der Schweiz (...), ZGR 2008, 560 ff.

²⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. I.B.b.bb.

²⁷ Es können *keine generellen Aussagen* gemacht werden – m.E. hat der Vorsitzende der GV eine Interessenabwägung vorzunehmen; generell: IVO W. HUNGERBÜHLER, Der Verwaltungsratspräsident, Diss. Zürich 2002, 134 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE/FRANZ KESSLER, Die Leitung der Generalversammlung, SZW 2004, 2 ff.; WOLFGANG MAUTE, Die Durchführung der Generalversammlung, Zürich 1993, 38 ff.

²⁸ PETER BÖCKLI, Die Leitungsbefugnisse des Präsidenten in der Generalversammlung, in: Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, 48 (= Titel).

²⁹ Die Revisionsstelle *muss bzw. darf* nur bei einer *ordentlichen* GV *anwesend* sein (Vorbehalt: Art. 731 Abs. 2 OR, wodurch auf deren Präsenz selbst bei einer ordentlichen Revision einstimmig verzichtet werden kann); sollte die Revisionsstelle *anwesend* sein, *darf bzw. muss* sie sich in der GV auf Äusserungen zur *Jahresrechnung* (und zur Konzernrechnung) beschränken – zur Geheimhaltungspflicht: Art. 730b Abs. 2 OR.

Einen besonderen Teil der GV-Regelung machen die *Fragen und Antworten* aus. Zentrale Grundlage für jegliche Beschlussfassungen in der GV ist die Information, auf die ein Aktionärsanspruch besteht (Art. 697 OR)³⁰ – diese Regelung wird mit der Aktienrechtsreform *revidiert bzw. ausgebaut*. Die Fragen sowie die Antworten des VR (oder der Revisionsstelle) darauf sind weiterhin in das sog. *GV-Protokoll* aufzunehmen (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR); während das Protokoll heute vom Aktionär nur eingesehen werden kann, soll es in Zukunft den Gesellschaftern elektronisch zugänglich gemacht³¹ oder in Kopie zugestellt werden (Art. 702 Abs. 3 E-OR), d.h. dieser Aktionärsanspruch wird *revidiert bzw. ausgebaut*.

bb. Beschlussorgan

Die zentrale GV-Kompetenz bei der AG liegt gemäss *Art. 698 Abs. 2 OR* in den *Beschlussfassungen*, und zwar zu verschiedenen Themen – beispielsweise: Festlegung der Statuten (Ziff. 1), Wahl des VR sowie der Revisionsstelle (Ziff. 2), Festsetzung der Dividende (Ziff. 4) sowie Gewährung der Entlastung bzw. der Décharge an die VR-Mitglieder (Ziff. 5). Veränderungen bei den GV-Beschlüssen bringt die Aktienrechtsrevision insofern mit sich, als gewisse Inhalte (neu) einer statutarischen Grundlage und damit eines eigentlichen GV-Beschlusses bedürfen³², d.h. die *Kompetenzen der GV* werden *materiell erweitert*.

Ein Paradigmenwechsel findet bei der Ermittlung der Mehrheiten statt. Bis anhin sind – andere statutarische Regelungen vorbehalten – die in der GV *vertretenen* Aktienstimmen (Art. 703 OR) massgeblich³³. Künftig hingegen werden gemäss Art. 703 Abs. 1 E-OR für die Ermittlung der Mehrheiten die *abgegebenen* Stimmen berücksichtigt, so dass die Enthaltungen kein Gewicht mehr haben³⁴. Der Stichtscheid des Vorsitzenden in der GV wird legislativ – nach wie vor – nicht geregelt³⁵, so dass m.E. der Status quo bestehen bleibt³⁶.

³⁰ Statt aller: PETER V. KUNZ, N 1 ff. m.w.H. zu Art. 697 OR, in: Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 2. A., Zürich 2009; DERS., Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, AJP 2001, 883 ff.

³¹ Vgl. dazu hinten Ziff. II.A.d.aa.

³² Beispiele: Kapitalband, Zwischendividende, Verwendung *elektronischer Medien in GV* sowie Durchführung von *GV im Ausland*; ob der sog. *Genehmigungsvorbehalt* zugunsten der GV (Art. 627 Ziff. 14 E-OR) ins Aktienrecht aufgenommen wird, erscheint heute mehr als ungewiss.

³³ Dies führt dazu, dass *Enthaltungen* in einer GV-Abstimmung faktisch als *Nein-Stimmen* gezählt werden.

³⁴ Art. 703 Abs. 2 E-OR: «Enthaltungen gelten nicht als abgegebene Stimmen».

³⁵ Das Aktienrecht enthält hingegen eine Ordnung zum *Stichtscheid im VR*: Art. 713 Abs. 1 Satz 2 OR; diese Regelung wird mit der Revisionsvorlage nicht geändert.

³⁶ Sollten die Statuten keine Regelung enthalten, gibt es keinen Stichtscheid – nur, aber immerhin die *Statuten* können einen *Stichtscheid in der GV* vorsehen: BGE 95 II 555.

Vorbehaltlich der Regelung zur Universalversammlung³⁷ müssen bei einer GV gewisse Formalien eingehalten werden. Sowohl die *GV-Einberufung* als auch die *GV-Traktandierung* sollen gegenüber der aktuellen Ordnung erleichtert werden³⁸. Die Erleichterungen dürften auf formeller Ebene (z.B. durch eine Elektronisierung)³⁹ einerseits sowie auf materieller Ebene andererseits erfolgen – beim letzteren Themenbereich stehen in erster Linie die *Senkungen der Grenzwerte* für die Aktionärsansprüche zur Debatte, wobei (noch) kaum absehbar erscheint, wie die definitive Ordnung aussehen wird⁴⁰.

cc. Konsultativorgan

Dass die AG prinzipiell sog. *Konsultativabstimmungen* in den GV vornehmen können, ist zwar unbestritten, doch die Details dazu sind nicht klar. Insofern ist m.E. zu bedauern, dass sich die Aktienrechtsreform überhaupt nicht mit dieser Thematik befasst⁴¹, so dass die zahlreichen *Rechtsunsicherheiten bestehen* bleiben. In der Wirtschaftsrealität kommen immer wieder nicht bindende und damit bloss konsultative Abstimmungen vor. Im Vordergrund der heutigen Konsultativabstimmungen (meist bei Publikumsgesellschaften) stehen «Befragungen» zu den *Vergütungen bzw. Entschädigungen* der Manager⁴²:

Zahlreiche Gesellschaften haben in den letzten Jahren entsprechende Konsultativabstimmungen durchgeführt (z.B. ABB, Crédit Suisse Group, Nestlé, Roche, Swiss Re, UBS – und ab dem Jahre 2011: Novartis)⁴³. Mit dem Entwurf gegen die «Abzocker»-Initiative schlug der Bundesrat – nebst einer verbindlichen GV-Beschlussfassung zu den VR-Entschädigungen – eine konsultative Abstimmung über die *Vergütungen der Geschäftsleitung* vor⁴⁴. Wie die künftige Regelung

hinsichtlich der Vergütungsthematik ausfallen wird, kann im heutigen Zeitpunkt allerdings *nicht seriös abgeschätzt* werden.

c. Exkurs: GV-Sonderversammlungen

Die GV ist eine *Versammlung der Aktionäre* (Art. 698 Abs. 1 OR), unbesehen davon, ob es sich um eine ordentliche GV oder um eine ausserordentliche GV handelt. Ausserdem bzw. *zusätzlich zur GV* sieht das Aktienrecht sog. *Sonderversammlungen* bzw. Versammlungen mit verschiedenen GV-spezifischen Regelungen vor, nämlich betreffend Nicht-Aktionäre und betreffend spezifische Aktionäre. Diese Versammlungen gehören zum Kategorien-Schutz⁴⁵ und dienen einem kollektiven Rechtsschutz⁴⁶. Im Prinzip können sämtliche *Regelungen zur GV* (z.B. Art. 699 ff. OR) analog auf solche Versammlungen bei AG angewendet werden⁴⁷, die somit eigentliche «*Mini-Generalversammlungen*» darstellen.

Die letzte umfassende Aktienrechtsrevision hat die Partizipationsscheine (PS) erstmals geregelt in Art. 656a ff. OR; die aktuelle Reform wird zwar verschiedene Änderungen mit sich bringen⁴⁸, aber die Grundlagen nicht verändern. Die sog. *Partizipanten* – sozusagen die «stimmrechtslosen Aktionäre» – stimmen (parallel zur GV) über die Beschränkung bzw. die Aufhebung ihrer Vorrechte und ihrer statutarischen Mitwirkungsrechte in einer «besonderen Versammlung» ab (Art. 656f Abs. 4 OR)⁴⁹.

Das Aktienrecht sieht ausserdem bei sog. *Vorzugsaktionären* gemäss Art. 654 OR eine spezifische Sonderversammlung vor, und zwar bei jeglicher Beeinträchtigung⁵⁰ der entsprechenden Kategorie von Gesellschaftern. Es braucht m.a.W. die «Zustimmung[en] sowohl einer besonderen Ver-

³⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. I.B.a.

³⁸ Unverändert bleibt hingegen die Rechtsprechung, wonach der *Richter* unter bestimmten Voraussetzungen die *GV einberufen* kann: BGE 132 III 562 Erw. 3.4.3.2 (Pra 2007, 277 f.).

³⁹ Vgl. dazu hinten Ziff. II.A.

⁴⁰ Detailliert: INES PÖSCHEL, Die Generalversammlung: Einberufung, Traktandierung und Durchführung, GesKR Sondernummer 2008 («Die grosse Aktienrechtsrevision») 118 ff. m.w.H.

⁴¹ Vgl. dazu hinten Ziff. III. A.

⁴² Detaillierte Übersicht: CHRISTOPH B. BÜHLER, Vergütung an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung: Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und Gegenentwürfe, in: Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich 2010, 247 ff.

⁴³ Allg.: DOMINIQUE BIEDERMANN, Aufteilung der Kompetenzen in der Entschädigungspolitik – Konsultativ-Abstimmungen an der Generalversammlung als Leitplanken (...), NZZ 2007, 29; Übersicht dazu: http://www.ethosfund.ch/upload/publication/p305d_100702_Ethos_Studie_Verguetungen_der_Fhrungsinstanzen_der_grssten_in_der_Schweiz_kotierten_Unternehmen.pdf.

⁴⁴ Art. 731f Abs. 1 E-OR II: «Bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, befragt der Verwaltungsrat an der ordentlichen Generalversammlung die Aktionäre konsultativ über den Gesamtbetrag, der für die Vergütung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen und der Mitglieder des Beirats für das abgeschlossene Geschäftsjahr verwendet wurde».

⁴⁵ Hinweise: PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern 2001, § 12 N 176/§ 1 N 179 ff. – jeweils m.w.H.

⁴⁶ Gemäss FELIX HORBER, Die Sonderversammlung im Aktienrecht (Zürich 1995), 18, bilden die Sonderversammlungen «dispositive (...) Spezialgremien, die in präzise umschriebenen Einzelfällen zur Wahrung des kollektiven Rechtsschutzes neben der Generalversammlung aller Aktionäre mit selbständiger Beschlusskompetenz über eine Rechtsbeeinträchtigung entscheiden».

⁴⁷ Statt aller: bereits PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 26 N 8.

⁴⁸ Übersicht: TILL SPILLMANN, Partizipationsscheine, GesKR Sondernummer 2008, «Die grosse Aktienrechtsrevision», 45 ff.

⁴⁹ Die *Änderung der Rechtsstellung* setzt somit einen *Doppelbeschluss* voraus, nämlich Beschlüsse einerseits der GV und andererseits der Partizipanten-Versammlung – die Notwendigkeit einer Doppelbeschlussfassung besteht bei sämtlichen Sonderversammlungen.

⁵⁰ A.M.: MARTIN LIEBI, Vorzugsaktien, Diss. Zürich 2008, 250 ff. m.w.H., der nur bei *qualifizierten* Beeinträchtigungen eine Sonderversammlung verlangt, was nicht in Einklang steht mit dem Gesetz.

sammlung der beeinträchtigten Vorzugsaktionäre als auch einer Generalversammlung sämtlicher Aktionäre» (Art. 654 Abs. 2 Satz 1 OR).

Bei den sog. *Genussscheinberechtigten* sieht das Aktienrecht in Art. 657 Abs. 4 Satz 2 OR eine ähnliche Regelung vor. Weitere Spezialregelungen finden sich im Aktienrecht hingegen nicht; immerhin ist davon auszugehen, dass für die *Nomination eines Gruppenvertreters* für den VR (Art. 709 Abs. 1/Abs. 2 OR) ebenfalls eine Sonderversammlung erforderlich ist. Umstritten erscheint hingegen, ob weitere Sonderversammlungen etwa bei den sog. *Stimmrechtsaktionären* gemäss Art. 693 OR⁵¹ oder bei einem sog. *nachträglichen «Opting-out»* («vor der Kotierung»: Art. 22 Abs. 2 BEHG) bei Publikumsgesellschaften⁵² durchgeführt werden müssen⁵³ – m.E. sind Sonderversammlungen in beiden Fällen nicht notwendig⁵⁴.

II. Ausgewählte Themen

A. Elektronisierung

a. Einführung

aa. Ausgangslage

Ein Zentralproblem der GV in der Schweiz sowie im Ausland ist die *schlechte Präsenz* der Aktionäre insbesondere bei Publikumsgesellschaften. Insofern sollte ein herausragendes (rechtspolitisches) Anliegen sein, die Durchführung der GV bzw. die Anwesenheit der Gesellschafter *möglichst zu erleichtern*. Gewisse geplante aktienrechtliche Neuerungen stehen in einem Spannungsverhältnis zu diesem Anliegen – dies trifft etwa auf die neue⁵⁵ Möglichkeit von sog. *GV im Ausland* (Art. 627 Ziff. 16 E-OR und Art. 701b E-OR)⁵⁶ zu.

Im Übrigen dürfte die Elektronisierung in die richtige Richtung gehen, auch wenn verschiedene Details zu beanstanden bleiben. Ausserdem sollten *Risiken* – insbesondere betreffend *Identifizierung* und *technische Probleme* – nicht unterschätzt werden⁵⁷.

Die Aktienrechtsrevision bringt eine «Grosszügigkeit gegenüber den elektronischen Kommunikationsmitteln» zum Ausdruck⁵⁸. Dies kann angesichts der *technischen Entwicklungen* nicht wirklich überraschen⁵⁹. M.E. sollte eine Ordnung⁶⁰ angestrebt werden, die möglichst offen bleibt und keine Zukunftsentwicklungen behindert – dieser Zielsetzung dient etwa die (untechnische) Blankettbezeichnung «*elektronische Medien*» in Art. 627 Ziff. 14 E-OR.

Die Elektronisierung war a priori ein wichtiges Thema des Revisionsprojekts, wenn auch einige Vorschläge auf Widerstand stiessen. Ursprünglich sollten *Geschäftsberichte und Revisionsberichte elektronisch publiziert* werden⁶¹ – als Folge der Vernehmlassung verzichtete der Bundesrat auf diese Regelung. In der heutigen Wirtschaftsrealität fällt auf, dass die meisten Publikums-AG die Elektronik (inklusive Webpages) auf *freiwilliger Basis* zum Einsatz bringen. Entsprechende Massnahmen, die nicht zuletzt im Bereich der «*Investors Relations*» nutzbar gemacht werden, gehören heute zur *Good Corporate Governance* – und die Aktienrechtsrevision sollte diese Themen m.E. ausbauen und nicht einschränken⁶².

⁵¹ ALAIN P. RÖTHLISBERGER, Die Abschaffung von Stimmrechtsaktien, Zürich 2000, 71 ff. m.w.H.

⁵² Eine Sonderversammlung soll nach dieser Ansicht eine *Richtigkeitsvermutung* begründen: HANS CASPAR VON DER CRONE, Angebotspflicht, SZW/Sondernummer BEHG, Zürich 1997, 50 ff.; mit der Verfügung «Esec/Unaxis» vom 23. Juni 2000 hat die frühere Eidgenössische Bankenkommission (EBK) festgehalten, dass eine «Grundlage im Aktienrecht [fehlt], um eine solche Sonderabstimmung» durchzuführen.

⁵³ In der Praxis kommt es vor, dass Gesellschaften entsprechende *Sonderversammlungen freiwillig* durchführen.

⁵⁴ Die Sonderversammlungen sind *kein Thema* der aktuellen Aktienrechtsrevision.

⁵⁵ Heute ist *umstritten*, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine GV im Ausland zulässig ist: ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. A., Bern 2007, § 16 N 366; entsprechende Vorhaben – z.B. der *Aryzta AG* im Herbst 2010 (die Gesellschaft mit Sitz in Zürich berief ihre ordentliche GV am 2. Dezember 2010 in Toronto/Kanada ein) – intensiv diskutiert: MAX BOEMLE, *Aryzta-GV im Albisgüetli oder in Toronto?*, FuW vom 10. November 2010, 33; ROLF WATTER, *Eine GV ist keine Landsgemeinde*, FuW vom 13. November 2010, 24.

⁵⁶ Eine *statutarische Basis* ist unerlässlich, wobei es zu deren Einführung ein *qualifiziertes Mehr* braucht (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 10 E-OR); ausserdem bedarf es der Zustimmung der Eigentümer oder der Vertreter sämtlicher Aktien (Art. 701b Abs. 1 Ziff. 2 E-OR).

⁵⁷ Zu Sicherheitsbedenken die Botschaft: BBl 2008 1621.

⁵⁸ ANDREAS VON PLANTA, Der Entwurf 2007 eines neuen Aktienrechts, GesKR Sondernummer 2008, «Die grosse Aktienrechtsrevision», 7.

⁵⁹ Botschaft: «Die heutigen elektronischen Kommunikationsmittel eröffnen neue Möglichkeiten für die Durchführung der GV. Insbesondere in Grossgesellschaften, aber auch in kleineren Gesellschaften, deren Aktionärinnen und Aktionäre weit voneinander entfernt wohnen, können elektronische Hilfsmittel Erleichterungen bringen und die Kosten verringern», BBl 2008 1621.

⁶⁰ Grundlegend *de lege lata* sowie *de lege ferenda*: INES PÖSCHEL, Generalversammlung und Internet: Versuch einer Ent-Täuschung, in: Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich 2010, 223 ff.

⁶¹ Art. 958d Abs. 2 VE-OR: «Der Geschäftsbericht, und der Revisionsbericht sind beim Handelsregister einzureichen und von diesem auf elektronischem Weg zu veröffentlichen» (bei Publikums-AG).

⁶² Aus diesem Grund wird die (zulässige) *GV per Videokonferenz* in Zukunft durch die Internet-GV (Art. 701c E-OR) und durch die virtuelle GV (Art. 701d E-OR) m.E. nicht ersetzt, sondern *ergänzt*; zudem die Botschaft: BBl 2008 1622: «Es wird somit möglich, dass die Aktionärinnen und Aktionäre von zu Hause aus via Videokonferenz an einer GV teilnehmen».

bb. Statutarische Basis?

Obwohl die Elektronisierung der GV formell erst mit dem neuen Aktienrecht eingeführt werden soll, sind *bereits heute* verschiedene gewichtige Bereiche der *Durchführung von GV* (insbesondere bei grösseren Publikumsgesellschaften) elektronisiert. Die Wirtschaftsrealität in der Schweiz geht also vorerst noch weiter als die schweizerische Rechtssetzung. Als *Beispiele* für (heutige) Elektronisierungen können die Feststellung der Präsenz durch elektronische Hilfsmittel, die elektronische Stimmabgabe, die elektronische Resultatermittlung bei Abstimmungen oder die GV-Übertragung mittels sog. Webcast⁶³ erwähnt werden.

Art. 627 Ziff. 17 E-OR erweitert die aktuelle Regelung zum *bedingt notwendigen* Statuteninhalt wie folgt: «Zu ihrer Verbindlichkeit bedürfen der Aufnahme in die Statuten Bestimmungen über: (...) die Verwendung elektronischer Medien bei der Einberufung und bei der Durchführung der Generalversammlung». Während die Referenz zur *GV-Einberufung* klar ist⁶⁴, erscheint die Verweisung auf die *GV-Durchführung* (zu) umfassend:

Es kann – trotz Wortlaut von Art. 627 Ziff. 17 E-OR – nicht darum gehen, die erwähnten *heutigen* Hilfsmittel für die Durchführung von GV (Televoting etc.) zu untersagen, sofern keine statutarische Grundlage dafür geschaffen wird⁶⁵. M.E. bezieht sich die Terminologie «Durchführung der Generalversammlung» ausschliesslich auf die *beiden neuen* elektronischen GV-Formen, die mit der Aktienrechtsrevision eingeführt werden sollen, nämlich auf die *Internet-GV* einerseits⁶⁶ sowie auf die *virtuelle GV* andererseits⁶⁷. Die heutige Praxis bei der elektronischen Durchführung von GV soll hingegen *nicht eingeschränkt* werden⁶⁸.

Die «Abzocker»-Initiative⁶⁹ zur Ergänzung der Bundesverfassung (BV) hält betreffend Publikumsgesellschaften fest: «Die Aktionärinnen und Aktionäre können elektronisch

fernanstimmten» (Art. 95 Abs. 3 E-BV). Daraus könnte allenfalls abzuleiten versucht werden, dass solche AG bei Annahme der Initiative *voraussetzungslos verpflichtet* wären, für ihre Aktionäre (jeweils) Internet-GV⁷⁰ oder virtuelle GV⁷¹ zu ermöglichen⁷². M.E. trifft dies aber nicht zu, d.h. es bestünde insbesondere *kein unmittelbarer Verfassungsanspruch* der Aktionäre; der Gesetzgebungsauftrag der Initiative könnte durchaus mit einem Statutenerfordernis umgesetzt werden⁷³. Art. 701c ff. E-OR stünden *nicht im Widerspruch* zu dieser Volksinitiative⁷⁴.

b. Phase vor der GV

aa. Einberufung

Die GV ist «in der durch die Statuten vorgeschriebenen Form einzuberufen» (Art. 700 Abs. 1 OR). Zur Einberufung durch elektronische Medien schweigt sich das Aktienrecht bis anhin aus. Bereits unter *geltendem* Recht spricht m.E. nichts dagegen, dass die Statuten eine elektronische Einberufung (z.B. durch E-Mail)⁷⁵ vorsehen können. Das *künftige* Aktienrecht will den Status quo übernehmen: «Die Einberufung und weitere Unterlagen dürfen dem Aktionär mit dessen Zustimmung elektronisch zugestellt werden» (Art. 700 Abs. 1 Satz 2 E-OR); darunter fällt ebenfalls eine GV-Einberufung durch Telefax⁷⁶.

Diese Möglichkeit setzt eine *statutarische Basis* voraus (Art. 627 Ziff. 17 E-OR), d.h. ohne Statuten sind elektronische GV-Einberufungen unzulässig. Das geplante *Zustimmungserfordernis* jedes einzelnen Aktionärs⁷⁷ stellt zwar einen rechtspolitischen Overkill dar, dürfte aber nichtsdes-

⁶³ Webcast = web (für World Wide Web/www) + broadcast (bedeutet Ausstrahlung bzw. Sendung); teils wird ein *GV-Beschluss* als ausreichend erachtet, nichtsdestotrotz aber eine *statutarische Basis* empfohlen: HANS CASPAR VON DER CRONE, Die Internet-Generalversammlung, in: FS für P. Forstmoser, Zürich 2003, 162; in den USA bestehen Webcastings seit Mitte der 1990er Jahre: CHRISTOPH STEINER, Der Einsatz neuer Informations- und Kommunikationstechniken in Publikumsgesellschaften, AJP 2003, 168 f.

⁶⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. II.A.b.aa.

⁶⁵ Art. 627 Ziff. 17 E-OR soll m.a.W. *nicht jeglichen* Aspekt der *Durchführung* einer GV abdecken.

⁶⁶ Art. 627 Ziff. 17 E-OR wurde *umgesetzt* in Art. 701c Ziff. 1 E-OR; vgl. dazu hinten Ziff. II.A.c.aa.

⁶⁷ Art. 627 Ziff. 17 E-OR wurde *vergessen* in Art. 701d E-OR; vgl. dazu hinten Ziff. II.A.c.bb.

⁶⁸ Ebenfalls *nicht* unter die Regelung von Art. 627 Ziff. 17 E-OR fällt die *elektronische Vollmacht*, die – als freiwillige Alternative – vom VR ermöglicht werden kann; vgl. dazu hinten Ziff. II.A.b.bb.

⁶⁹ Vgl. dazu vorne Ziff. I.A.

⁷⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. II.A.c.aa.

⁷¹ Vgl. dazu hinten Ziff. II.A.c.bb.

⁷² Als *Strafandrohung* wird u.a. eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren vorgesehen (Art. 95 Abs. 3 lit. d E-BV).

⁷³ Der Auftrag ist *breit angelegt* und überlässt dem Gesetzgeber durchaus *Legiferierungsspielraum*.

⁷⁴ Selbst bei konträrer Interpretation könnte die geplante *Rechtssetzung* mit dem Erfordernis einer statutarischen Basis *nicht überprüft* werden: Art. 190 BV.

⁷⁵ Es besteht m.E. keine Notwendigkeit für eine *Verschlüsselung* entsprechender E-Mails oder für E-Mails mit *digitaler Signatur* – eine andere Auslegung würde wenig Sinn machen angesichts des Umstandes, dass die meisten Einberufungen heute mittels *regulärer Post* oder durch *Publikation* erfolgen.

⁷⁶ Botschaft: BBl 2008 1679.

⁷⁷ Botschaft: BBl 2008 1621 sowie 1679 («[N]iemand [soll] gezwungen werden [...], sich im Kontakt mit der Gesellschaft elektronischer Mittel zu bedienen»); sollte der Aktionär vom Gesetzgeber als besonders schützenswert in diesem Bereich eingestuft werden, hätte wohl die GV-Beschlussfassung für die statutarische Grundlage gemäss Art. 627 Ziff. 17 E-OR einem *qualifizierten* Mehr unterstellt werden müssen – doch dies ist eben *nicht* der Fall (Art. 704 E-OR erwähnt die Elektronisierung mit keinem Wort); m.E. sollte in Art. 700 Abs. 1 E-OR «mit dessen Zustimmung» *ersatzlos gestrichen* werden.

totrotz übernommen werden⁷⁸. Jeder Aktionär kann seine erteilte⁷⁹ Zustimmung zur elektronischen Zustellung *jederzeit widerrufen*. Sollten elektronische GV-Einberufungen *nicht zugestellt* werden können, sind die Konsequenzen⁸⁰ entweder von der AG oder vom Aktionär zu tragen, und zwar m.E. *je nach Risikobereich* des «Mangels»⁸¹.

bb. Vollmachten

Wenn ein Aktionär *nicht persönlich* an einer GV teilnehmen kann (oder will), wozu gemäss Art. 680 Abs. 1 OR keine Pflicht besteht, gibt es die Möglichkeit, einen Dritten zur Teilnahme zu ermächtigen. Indem für die Gesellschafter die *Vertretung erleichtert* wird, kann die Präsenz der Aktionäre gestärkt werden. Vor diesem rechtspolitischen Hintergrund wird ein neuer Art. 689a Abs. 1^{bis} E-OR vorgeschlagen: «Der Verwaltungsrat kann bestimmen, dass anstelle einer schriftlichen Vollmacht eine elektronische Vollmacht mit einer qualifizierten elektronischen Signatur bei der Gesellschaft eingereicht werden kann».

Die elektronische Vollmacht gehört nicht zur «Durchführung» der GV im Sinne von Art. 627 Ziff. 17 E-OR⁸², so dass *keine statutarische* Basis erforderlich ist. Vielmehr liegt es in der *Kompetenz des VR* zu entscheiden, ob eine elektronische Vollmachterteilung zugelassen wird oder nicht. M.E. kann indes der Aktionär *nicht gezwungen* werden, für seine Vertretung eine elektronische Vollmacht zu erteilen, d.h. ihm steht alternativ immer die Möglichkeit offen, sozusagen eine «normale» *schriftliche* Vollmacht zu verwenden⁸³.

Das zentrale Risiko liegt – anders als bei der elektronischen GV-Einberufung⁸⁴ – in der *Identifizierung* des Vollmachtgebers. Dass eine sog. *elektronische Signatur*

verwendet werden soll⁸⁵, macht ohne weiteres Sinn. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass diese Variante der Bevollmächtigung gegenüber der schriftlichen Vollmacht nicht übermässig benachteiligt wird. Statt einer *qualifizierten* elektronischen Signatur⁸⁶ sollte deshalb m.E. jede *elektronische* Signatur zugelassen werden⁸⁷ – der Vorschlag von Art. 689a Abs. 1^{bis} E-OR erscheint zu restriktiv und behindert faktisch die Vertretung. Durch eine kleine Anpassung⁸⁸ kann die beabsichtigte *Präsenz der Aktionäre gestärkt* werden.

c. Phase während der GV

aa. Internet-GV

Die Literatur beschäftigt sich seit einiger Zeit mit der sog. *Internet-GV*, d.h. mit einer Präsenz-GV⁸⁹, an der nicht anwesende Aktionäre bzw. deren Vertreter unmittelbar teilnehmen können, und zwar auf *elektronischem Weg* (Art. 701c E-OR)⁹⁰. Für die AG besteht *keine Pflicht* dazu⁹¹, sondern in Zukunft einzig die Möglichkeit. Nebst einer *statutarischen* Basis⁹² (Art. 627 Ziff. 17 E-OR i.V.m. Art. 701c Ziff. 1 E-OR) setzt das künftige Recht voraus, dass im Allgemeinen die «Generalversammlung durch elektronische Mittel übertragen» (Art. 701c Ziff. 2 E-OR) wird, und dass im Besonderen die «Voten der Aktionäre durch elektronische Mittel am Tagungsort übertragen» (Art. 701c Ziff. 3 E-OR)⁹³ werden.

⁷⁸ Dadurch wird ein sog. *absolut wohlervorbenes* Aktionärsrecht begründet.

⁷⁹ Die AG kann beispielsweise den Aktionär um eine solche Zustimmung im Rahmen des *Eintragungsverfahrens* ins Aktienregister ersuchen – wobei natürlich eine Verweigerung nicht mit einer verweigerten Eintragung oder einer späteren Austragung «sanktioniert» werden darf.

⁸⁰ Im Vordergrund stehen die *Anfechtbarkeit* (Art. 706 f. OR bzw. Art. 691 OR per analogiam) und allenfalls sogar die *Nichtigkeit* (Art. 706b OR) anschliessender GV-Beschlüsse.

⁸¹ Sollten z.B. *technische Probleme beim Versenden* der elektronischen GV-Einberufungen bestehen, muss der Aktionär geschützt werden; sollten die Gründe für den Nicht-Empfang hingegen im *Einflussbereich des Aktionärs* liegen (z.B. Adressänderung der E-Mail ohne Meldung an die Gesellschaft, Nicht-Lesen der E-Mails), kann die AG nicht kritisiert werden; für den Aktionärsschutz steht die *Anfechtungsklage* gemäss Art. 691 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 706 OR im Vordergrund (Botschaft: BBl 2008 1679).

⁸² Vgl. dazu vorne Ziff. II.A.a.bb.

⁸³ Art. 680 Abs. 1 OR; zudem: Art. 689a Abs. 1^{bis} a.E. E-OR («kann»).

⁸⁴ Vgl. dazu vorne Ziff. II.A.a.bb.

⁸⁵ Grundlage: Bundesgesetz vom 19. Dezember 2003 über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur (ZertES: SR 943.03).

⁸⁶ Die Botschaft: BBl 2008 1622 gibt *keine Begründung* für diese (über-)hohe Anforderung.

⁸⁷ Insbesondere besteht kein rechtspolitischer Grund, die sog. *fortgeschrittene elektronische Signatur* (Art. 2b ZertES) für die Vollmachterteilung auszuschliessen.

⁸⁸ In Art. 689a Abs. 1^{bis} E-OR müsste einzig das Wort «*qualifizierten*» gestrichen werden.

⁸⁹ Es gibt somit bei der Internet-GV einen *physischen Tagungsort* – dies im Gegensatz zur bloss virtuellen GV: vgl. dazu hinten Ziff. II.A.c.bb.

⁹⁰ Statt aller: BRIGITTE TANNER, Generalversammlung ohne Tagungsort – Zur Flexibilisierung der Generalversammlung von Aktiengesellschaften gemäss dem Vorentwurf zur Aktienrechtsreform, in: FG für P. Forstmoser, Zürich 2008, 165 ff., v.a. 172 ff.; SASCHA DANIEL PATAK, Die virtuelle Generalversammlung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Luzern 2005; ROLF H. WEBER, E-Governance im Unternehmen, in: FS für P. Forstmoser, Zürich 2003, 359 ff.; HANSJÜRGEN APPENZELLER, Interaktive Teilnahme an einer GV über das Internet: Realität oder Fiktion?, FuW vom 16. Februar 2000, 27; denkbar ist u.a. auch die Verwendung von sog. *Bildtelefonen*: Botschaft: BBl 2008 1681.

⁹¹ Botschaft: BBl 2008 1681.

⁹² Vgl. dazu vorne Ziff. II.A.a.bb.

⁹³ Ergänzt wird diese Regelung durch die Vorgaben, dass die GV-Teilnehmer zudem «Anträge stellen und sich an der Diskussion beteiligen» können müssen: Art. 701e Ziff. 2 E-OR.

Ziff. 2/Ziff. 3 von Art. 701c E-OR streben somit eine *gleichberechtigte elektronische Gegenseitigkeit* an⁹⁴, d.h. «von der GV zum Aktionär» sowie «vom Aktionär zur GV», wodurch eine spezifische Art von Kommunikation entstehen soll. Zwar schweigt sich der Entwurf in Ziff. 2 und Ziff. 3 von Art. 701c E-OR zur Frage aus, *auf welche Weise* diese gegenseitigen Übertragungen zu erfolgen haben. M.E. erscheint indes klar, dass beide elektronischen Übertragungen – ähnlich wie bei Art. 701a Abs. 3 E-OR – in *Bild und Ton* zu erfolgen haben.

Ein zentrales Risiko bei einer Internet-GV ist die *Identifizierung* der Teilnehmer. Aus diesem Grund muss der VR die «Identität der Teilnehmer und der Votanten» eindeutig sicherstellen (Art. 701e Ziff. 1 E-OR)⁹⁵ – damit sind zumindest die *Anforderungen erhöht* gegenüber der *heutigen Präsenz-GV*, bei der praxisgemäss in der Schweiz regelmässig keine Identitätskontrolle (etwa beim Zutritt zur GV) erfolgt. Schliesslich obliegt dem VR eine weitere Pflicht, indem die anlässlich der Internet-GV elektronisch abgegebenen Stimmen im *GV-Protokoll separat* ausgewiesen werden müssen (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 5 E-OR)⁹⁶.

bb. Virtuelle GV

Der Bedarf nach «Treffen ohne Präsenz» scheint dem aktuellen Zeitgeist (sei es national, sei es international) zu entsprechen – dies zeigt sich nicht allein bei AG, sondern beispielsweise ebenfalls bei der weltweit bekannten, im Jahre 1905 gegründeten *Serviceorganisation Rotary*, die für die Mitgliedschaft eine eigentliche Präsenzpflicht an wöchentlich stattfindenden Treffen kennt. Nichtsdestotrotz werden seit einiger Zeit sog. *e-Clubs* zugelassen⁹⁷.

Eine *Sonderform* der GV, die unter «Verwendung elektronischer Mittel»⁹⁸ stattfindet und sozusagen noch «weiter geht» als die Internet-GV⁹⁹, wird im künftigen Aktienrecht die sog. «elektronische Generalversammlung»¹⁰⁰ bzw. die sog. *virtuelle GV* sein (Art. 701d E-OR). Bei dieser GV-Form wird auf jegliche physische Präsenz verzichtet: «[I]l s'agit de tenir une assemblée générale virtuelle, *sans réunion physique*, chaque actionnaire intervenant par l'intermédiaire

d'un média électronique (internet ou intranet)»¹⁰¹. Virtuelle GV sind ausgeschlossen für *öffentlich zu beurkundende* Beschlüsse (Art. 701d Abs. 1 Ziff. 2 E-OR).

Dieselben Voraussetzungen gemäss Art. 701e E-OR (z.B. betreffend *Identitätsprüfung* der teilnehmenden Aktionäre) wie bei der Internet-GV¹⁰² gelangen zur Anwendung bei der virtuellen GV¹⁰³. Basis sind ausserdem eine *statutarische* Basis (Art. 627 Ziff. 17 E-OR) sowie die Zustimmung der «Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien» (Art. 701d Abs. 1 Ziff. 1 E-OR)¹⁰⁴, d.h. *jeder* Aktionär hat ein *Vetorecht* gegen eine virtuelle GV¹⁰⁵ – diese Einwilligung der Gesellschafter muss protokolliert werden (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 6 E-OR)¹⁰⁶; ausserdem müssen die elektronisch abgegebenen Stimmen im entsprechenden *GV-Protokoll* der elektronischen GV *separat* ausgewiesen werden (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 5 E-OR)¹⁰⁷.

cc. Sanktionierung

Eine einzige «absolute Sicherheit» im Bereich der Elektronisierung der GV dürfte unbestreitbar sein: *Pleiten, Pech und Pannen* können immer (und immer wieder) vorkommen. Zusätzlich zur neuen Sanktionierungsmöglichkeit gemäss Art. 701f E-OR droht in jedem Fall die *Verantwortlichkeit* des VR gemäss Art. 754 ff. OR¹⁰⁸. Der Gesetzgeber hat schlicht keine Vorstellung, was alles in einer Internet-GV oder in einer virtuellen GV fehl schlagen könnte. Unter diesem Aspekt erscheint die vorgeschlagene (strenge) *Sanktionsnorm* zu den sog. *technischen Problemen* m.E. nicht unproblematisch.

«Kann die Generalversammlung aufgrund technischer Probleme nicht nach Massgabe des Gesetzes oder der Statuten durchgeführt werden, so muss sie wiederholt werden» (Art. 701f Abs. 2 E-OR)¹⁰⁹. Solche Probleme bei der Durchführung einer GV müssen im *GV-Protokoll* separat

⁹⁴ Im Ergebnis ähnlich: BBl 2008 1622.

⁹⁵ Wie die Gesellschaft diese Identitätsfeststellung macht, bleibt m.E. ihrem Ermessen überlassen; insbesondere ist es – anders als bei der elektronischen Vollmacht: vgl. dazu vorne Ziff. II.A.b.bb. – *nicht* erforderlich, eine *elektronische digitale Signatur* zu verwenden.

⁹⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. II.A.d.aa.

⁹⁷ Hinweise: RAIMOND GATTER, Megatrends in aller Munde: Social Networks – Chancen für Rotary, Rotary Suisse Liechtenstein, November 2010, 15.

⁹⁸ Marginale zu Art. 701c E-OR.

⁹⁹ Vgl. dazu vorne Ziff. II.A.c.aa.

¹⁰⁰ Marginale zu Art. 701d E-OR; die Botschaft: BBl 2008 1681 spricht von einer sog. *Cyber-GV*.

¹⁰¹ SÉBASTIEN BETTSCHART, L'assemblée générale – Convocation, déroulement, représentation, droits de vote et droits des actionnaires, SZW 2008, 154, Hervorhebung hinzugefügt; ähnlich die Botschaft: BBl 2008 1622.

¹⁰² Vgl. dazu vorne Ziff. II.A.c.aa.

¹⁰³ Botschaft: BBl 2008 1681.

¹⁰⁴ Einstimmigkeitsprinzip – dass ein einfacher oder ein qualifizierter Mehrheitsbeschluss ausreicht, wie in der Vernehmlassung gefordert, wurde gemäss Botschaft ganz bewusst abgelehnt: BBl 2008 1622.

¹⁰⁵ Insofern findet eine Annäherung an die Universalversammlung statt: Art. 701 OR; sollte die erforderliche *Einwilligung fehlen*, sind die *GV-Beschlüsse* *nichtig*, Botschaft: BBl 2008 1682, was m.E. die Übertriebenheit des Einstimmigkeitsprinzips in diesem Bereich belegt.

¹⁰⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. II.A.d.aa.

¹⁰⁷ Vgl. dazu hinten Ziff. II.A.d.aa.

¹⁰⁸ Botschaft: BBl 2008 1681.

¹⁰⁹ GV-Beschlüsse, die *vor dem Auftreten der technischen Probleme* gefasst wurden, müssen *nicht erneut gefasst* werden und haben legalen Bestand: Art. 701f Abs. 2 E-OR.

ausgewiesen werden (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 7 E-OR)¹¹⁰. Die Botschaft des Bundesrats ist wenig aussagekräftig in diesem Bereich¹¹¹, und die Regelung wirft zahlreiche *Fragen* auf, die heute (noch) nicht abschliessend beantwortet werden können¹¹²:

Was sind sog. «*technische Probleme*» im Rahmen von Art. 701f E-OR¹¹³? Was bedeutet es, dass eine GV auf elektronischem Weg wegen solcher Probleme (überhaupt oder bloss teilweise) *nicht* «*durchgeführt*» werden kann¹¹⁴? Was meint im Zusammenhang von Art. 701f Abs. 1 E-OR «nach Massgabe des Gesetzes oder der Statuten»¹¹⁵? Welche Modalitäten (z.B. betreffend die Einberufungsfrist) einer *GV-Wiederholung* gelangen zur Anwendung¹¹⁶? Wie steht es um das *Verhältnis* der Rechtsfolge(n) einer Wiederholung der GV oder der Anfechtung von GV-Beschlüssen gemäss Art. 706 f. OR¹¹⁷?

Die technischen Probleme gemäss Art. 701f E-OR, die eine Internet-GV oder eine virtuelle GV behindern (oder allenfalls sogar verhindern) können, müssen bei der *AG lokalisierbar* sein, um überhaupt aktienrechtlich sanktioniert werden zu können. Sollten hingegen die technischen Probleme im *Verantwortungsbereich des Aktionärs* auftreten¹¹⁸, was nicht selten der Fall sein dürfte, kann sich m.E. der Gesellschafter nicht auf Art. 701f E-OR berufen.

¹¹⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. II.A.d.aa.

¹¹¹ Botschaft: BBl 2008 1682.

¹¹² Mögliche Antworten bzw. Antwortversuche finden sich in den *Fussnoten*.

¹¹³ *Technische Probleme* sind vom VR *nicht bewusst* beeinflussbar, d.h. insbesondere mögliche Verhaltensweisen der Verhandlungsleitung (z.B. das «Kappen» einer elektronischen Verbindung mit einem Aktionär, um ihm das «Wort zu entziehen»), fallen nicht darunter.

¹¹⁴ Sollten *relativ wenige Aktionäre* bzw. ein *relativ geringer Aktienbestand* von den technischen Problemen betroffen sein, muss die GV nicht wiederholt werden – das (quantitative) Element sollte sich in diesem Zusammenhang m.E. an Art. 691 Abs. 3 OR orientieren; dass dies die Botschaft: BBl 2008 1682 nicht zulassen will, muss wohl auf einem Missverständnis beruhen.

¹¹⁵ Es genügt *jegliche* Widerrechtlichkeit oder Statutenverletzung, d.h. es ist *keine erhöhte Intensität* notwendig.

¹¹⁶ Bei der wiederholten GV handelt es sich um eine «*normale*» *ausserordentliche GV*, so dass m.E. insbesondere die *Einberufungsfrist* gemäss Art. 701 Abs. 1 OR beachtet werden muss; anders – ohne Begründung und wohl auf einem Missverständnis beruhend – die Botschaft: BBl 2008 1682.

¹¹⁷ Art. 701f E-OR hat m.E. *keine exklusive* Geltung, d.h. es liegt im Ermessen des Aktionärs, auf welche Rechtsgrundlage(n) er sich berufen will; anstelle einer Wiederholung der GV kann ein betroffener *Gesellschafter* beispielsweise ebenfalls eine *Anfechtung* bzw. eine *Aufhebung* der entsprechenden GV-Beschlüsse gemäss Art. 706 OR *einklagen* (Botschaft: BBl 2008 1682).

¹¹⁸ *Beispiele* sind die fehlende Verfügbarkeit eines Computers, die Verwendung eines technisch ungeeigneten IT-Betriebssystems, ein durch den Aktionär verursachter bzw. ein nicht durch die AG zu verantwortender «*Absturz*» der Verbindung.

d. Phase nach der GV

aa. Protokoll

Sowohl den VR als auch die GV als Organe der AG trifft eine *Protokollführungspflicht* (Art. 713 Abs. 3 OR bzw. Art. 702 OR). Das *GV-Protokoll* der AG ist ein blosses Beschlussprotokoll, wobei verschiedene Aspekte (z.B. die Antworten auf die an der GV gestellten Fragen, die Protokollerklärungen oder die Einsprüche: Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3/Ziff. 4 sowie Art. 691 Abs. 2 OR) zwingende Teile des Protokoll darstellen. Mit der anstehenden Aktienrechtsrevision wird der *Inhalt* betreffend GV-Protokoll *erweitert*:

Verschiedene Elemente der *GV-Elektronisierung* müssen im Protokoll der GV explizit aufgezeichnet werden, nämlich die «*Verwendung elektronischer Mittel und die Angabe der Anzahl elektronischer Stimmen*» (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 4 E-OR)¹¹⁹, die Zustimmung sämtlicher Aktien zur virtuellen GV¹²⁰ (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 5 E-OR) sowie das «*Auftreten technischer Probleme bei der Durchführung der Generalversammlung*» (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 6 E-OR)¹²¹.

Schliesslich wird die *Transparenz* zum GV-Protokoll gegenüber dem Status quo erheblich erhöht werden: «*Den Aktionären ist innerhalb von 20 Tagen nach der Generalversammlung das Protokoll auf elektronischem Weg zugänglich zu machen, oder es ist jedem Aktionär auf dessen Wunsch kostenlos eine Kopie des Protokolls zuzustellen*» (Art. 702 Abs. 3 E-OR)¹²². M.E. besteht eine *Pflicht des VR* zur elektronischen Zustellung des Protokolls – *zusätzlich* kann der Aktionär aber auch eine (briefliche) Protokollzustellung verlangen¹²³. Das Protokoll der GV muss ausserdem den *Partizipanten* zugestellt werden (Art. 656d Abs. 2 E-OR)¹²⁴.

bb. Antworten auf Fragen

Die Aktionäre können an der GV jeweils zu Angelegenheiten der AG *Fragen stellen*, die – regelmässig an derselben GV – vom VR innerhalb bestimmter Grenzen zu *beantworten* sind (Art. 697 OR); inhaltlich wird die Aktienrechtsrevision nichts Wesentliches in diesem Zusammenhang ändern. Es kann aus verschiedenen Gründen vorkommen, dass die Antworten des VR erst später, d.h. *im Anschluss* an die GV

¹¹⁹ Nicht klar ist, was unter *elektronischen Mitteln* zu verstehen ist – m.E. müssen *sämtliche elektronischen Medien* erwähnt werden, d.h. die heute bereits aktuellen Themen (z.B. *Televoting*) sowie die neu vorgesehenen Aspekte der *Elektronisierung* (z.B. elektronische Vollmachten).

¹²⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. II.A.c.bb.

¹²¹ Vgl. dazu vorne Ziff. II.A.c.cc.

¹²² Die Zustellung bzw. das *Versenden des GV-Protokolls* kann ebenfalls *elektronisch* erfolgen, nämlich beispielsweise mittels *E-Mail*, Botschaft: BBl 2008 1683.

¹²³ Ein *Aktionär* hat auch in Zukunft *keine Pflicht*, *elektronisch erreichbar* zu sein: Art. 680 Abs. 1 OR.

¹²⁴ Die Protokollzustellung erfolgt – erneut – auf elektronische Weise.

vorliegen. Zur Informationsvermittlung in diesem Zusammenhang bestehen im Prinzip verschiedene Varianten:

«Um die Gleichbehandlung aller Aktionärinnen und Aktionäre bei der Information zu gewährleisten (Art. 717 Abs. 2 OR), müssen schriftlich erteilte Auskünfte entweder an der nächsten GV aufgelegt oder von der Gesellschaft elektronisch publiziert werden»¹²⁵; die elektronische Publikation ist *umgehend* vorzunehmen (Art. 697 Abs. 2 Satz 3 E-OR)¹²⁶. Zusätzlich sind m.E. die entsprechenden (nachträglichen) Auskünfte – mindestens wenn zeitlich überhaupt möglich – im *GV-Protokoll* gemäss Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 E-OR aufzunehmen¹²⁷, was ebenfalls zu deren Verbreitung führen wird¹²⁸.

e. Exkurs: Vergütungsreglement

Völlig offen ist die künftige Ordnung zur *Vergütungsthematik*. Der indirekte Gegenvorschlag des Bundesrats aus dem Jahre 2008 (nämlich: E-OR II)¹²⁹ sah u.a. ein sog. Vergütungsreglement (Art. 731c E-OR II) und einen sog. Vergütungsbericht (Art. 731d E-OR II) vor; betreffend *Vergütungsreglement* sollte eine *reaktive Transparenz* geschaffen werden: «Er [sc. der VR der AG] stellt den Aktionären und, sofern sie ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen, den Gläubigern der Gesellschaft auf Anfrage das Vergütungsreglement zu» (Art. 731c Abs. 4 E-OR II) – der Regelungsvorschlag wurde offensichtlich vom Status quo zur sog. *Organisationsinformation* gemäss Art. 716b Abs. 2 OR inspiriert.

Der aktuelle Gegenvorschlag der Rechtskommission des Ständerats vom Herbst 2010¹³⁰ geht im Vergleich zur bundesrätlichen Vorlage wesentlich weiter und spricht sich in diesem Zusammenhang für eine *Elektronisierung* als Option aus: «Das Vergütungsreglement ist nach der Genehmigung durch die Generalversammlung entweder elektronisch zu veröffentlichen oder jeder Person, die es verlangt, auf deren Kosten in einer Ausfertigung zuzustellen» (Art. 731j Abs. 4 E-OR III) – diese Regelung soll indes ausschliesslich bei *Publikums-AG* zur Anwendung gelangen («börsenkotierte Gesellschaften»: Art. 731c E-OR III).

B. Nominee-Modell

a. Konzepte

Um gegenüber der AG vollumfänglich als Gesellschafter anerkannt zu werden und sämtliche Rechte ausüben zu können,

hat sich der Berechtigte an Namenaktien ins sog. *Aktienbuch* eintragen zu lassen (Art. 686 OR)¹³¹. Sollte dies der Aktionär im Anschluss an den börsenmässigen Verkauf *kotierter Namenaktien* unterlassen, was aktienrechtlich nicht beanstandet werden kann (Art. 680 Abs. 1 OR)¹³², werden die entsprechenden Aktien als sog. *Dispoaktien* bezeichnet¹³³ – die AG weiss in diesem Fall also nicht, wer «ihr» Aktionär ist und kann in der Folge beispielsweise mit ihm nicht unmittelbar kommunizieren.

Von vielen AG wurden und werden die Dispoaktien als Problem betrachtet. Der *Bundesrat* hatte ursprünglich erwogen, eine Regelung vorzuschlagen; untersucht wurden etwa¹³⁴ ein Dividendenverbot auf Dispoaktien, eine erhöhte Dividende für Aktionäre, die an einer GV teilnehmen, oder ein sog. Nominee-System. In der Folge verzichtete die Landesregierung allerdings auf einen Vorschlag¹³⁵. Nichtsdestotrotz hat sich der *Ständerat* als Erstrat für eine Ordnung der Dispoaktien entschieden¹³⁶, nämlich für ein sog. Nominee-Modell:

Unterschiedliche Konzepte stehen zur Diskussion¹³⁷. Im Wesentlichen geht es jeweils darum, dass sich die depotführende Bank als treuhänderische Aktionärin (sog. «Nominee») *anstelle des Erwerbers* bei der AG eintragen lässt. Die Unterlagen der AG werden dem wirtschaftlich Berechtigten zugestellt. M.E. der heikelste Aspekt ist, *ob bzw. inwiefern* der Nominee in der GV das *Stimmrecht wahrnehmen* darf¹³⁸. Solange die (mehr oder weniger) finale Variante eines

¹³¹ Synonym für Aktienbuch ist: Aktienregister; für *Inhaberaktien* besteht kein Aktienbuch, d.h. ihnen stehen alle Aktionärsrechte *ohne Registrierung* zu.

¹³² Vgl. dazu hinten Ziff. II.B.b.

¹³³ Botschaft: BBl 2008 1619; dem Dispoaktionär stehen selbst ohne Eintragung sämtliche *Vermögensrechte* (z.B. das Dividendenrecht) zu; um die Mitwirkungsrechte – insbesondere das *Stimmrecht* in der GV – zu erhalten, muss er sich indes vorgängig im Aktienbuch der AG registrieren lassen; allg.: HANS CASPAR VON DER CRONE/MARTINA ISLER, Dispoaktien, GesKR Sondernummer 2008, «Die grosse Aktienrechtsrevision», 76 ff. m.w.H.

¹³⁴ Botschaft: BBl 2008 1620.

¹³⁵ Botschaft: BBl 2008 1621 («Weil sich sämtliche geprüften Lösungen sachlich als nicht unproblematisch erweisen, verzichtet der Entwurf auf eine gesetzliche Regelung der Dispoaktien»); immerhin soll der Dispobestand in Zukunft in der *GV-Einberufung* bekannt gegeben werden: Art. 700 Abs. 3 Ziff. 4 E-OR.

¹³⁶ Hinweise: HANS-UELI VOGT/EMANUEL SCHIWOW/KARIN WIEDMER, Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten, AJP 2009, 1367 ff.

¹³⁷ Übersicht: HANS CASPAR VON DER CRONE, Dispoaktien und Nominee-Modell, in: Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich 2010, 135 ff.

¹³⁸ *Konzept 1*: Vollmacht des wirtschaftlich Berechtigten im Einzelfall erforderlich – wenn keine Weisungen erteilt werden, hat der Nominee vermutungsweise das «Stimmrecht im Sinne der Anträge des Verwaltungsrates auszuüben»; *Konzept 2*: Dauervollmachten sind unzulässig – ohne Weisungen darf der Nominee das Stimmrecht in der GV nicht ausüben, in jedem Fall

¹²⁵ Botschaft: BBl 2008 1671 f.; ebenso: a.a.O. 1608.

¹²⁶ Der Begriff «*umgehend*» meint *einige wenige Tage* – wohl maximal eine Woche.

¹²⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. II.A.d.aa.

¹²⁸ Anders die Botschaft: BBl 2008 1683; eine Protokollführungspflicht bestehe nur, «wenn die Fragen *in der GV behandelt* werden» (a.a.O. – Hervorhebung hinzugefügt).

¹²⁹ Vgl. dazu vorne Ziff. I.A.

¹³⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. I.A.

Nominee-Modells nicht feststeht, kann auf eine Auseinandersetzung im heutigen Zeitpunkt ohne weiteres verzichtet werden. Tatsächlich sollten die Parlamentarier noch einmal überlegen, *ob überhaupt* eine Regelung der Dispoaktien gerechtfertigt ist¹³⁹.

b. Regelungsbedarf?

M.E. lag der Bundesrat rechtspolitisch durchaus richtig mit dem vorgeschlagenen Verzicht auf eine einschränkende Regelung der Dispoaktien, denn es besteht überhaupt *kein Restriktionsbedarf* im Sinne eines Nominee-Modells (oder einer anderen Beschränkung); das Nominee-Modell wurde mit gutem Grund als «wenig kohärent» bezeichnet¹⁴⁰ und dürfte in erster Linie *relativ kostenintensiv* sein. Zahlreiche Probleme bleiben ungelöst. Immerhin erscheint die erhöhte Transparenz¹⁴¹ gemäss Art. 700 Abs. 3 Ziff. 4 E-OR sinnvoll.

Die Dispoaktien sind die logische Konsequenz des aktienrechtlichen Grundprinzips, dass die Aktionäre keine Eintragungspflicht bzw. generell keine Pflichten nebst der Liberierung haben. Jeder Aktionär hat einen *Anonymitätsanspruch* (AG = *Société Anonyme*)¹⁴². Schliesslich ist zu befürchten, dass Publikumsgesellschaften bzw. deren VR an diesen Informationen primär interessiert sind, um bei allfälligen («unfreundlichen») *Übernahmekämpfen* mit den Aktionären kommunizieren und sie besser «überzeugen» zu können¹⁴³ – dies steht im Widerspruch zur *legislativen Neutralitätspflicht* gegenüber Übernehmern und Zielgesellschaften¹⁴⁴.

III. Lückenhaftigkeit

A. Konsultativabstimmungen

Zwar werden bereits heute sog. *Konsultativabstimmungen* in GV von AG durchgeführt, doch geschieht dies relativ sel-

ten. Im Vordergrund solcher nicht bindender, also eben bloss «konsultativer» Abstimmungen – und deren allfälliger Regulierung – steht die *Vergütungsthematik* für VR-Mitglieder und für Manager¹⁴⁵. Im Übrigen besteht keine Absicht, solche Abstimmungen mit der Aktienrechtsreform zu regeln. Konsultativabstimmungen stellen rechtlich Meinungsäusserungen, aber *keine Willenserklärungen* und *keine Beschlüsse* dar.

Die Lehre beschäftigt sich meist nur am Rande¹⁴⁶ mit den Konsultativabstimmungen. Dass solche Abstimmungen mit dem neuen Aktienrecht nicht geregelt werden, muss m.E. bedauert werden, weil zahlreiche *Rechtsfragen* unbeantwortet bleiben – *Beispiele*: Wie verhält es sich mit den Rechtswirkungen – wenn überhaupt – von Konsultativabstimmungen? Besteht eine Möglichkeit zur Traktandierung? Was kann Gegenstand einer Konsultativabstimmung sein? Wie sind die Abstimmungsmodalitäten ausgestaltet? Kann das Ergebnis einer solchen Abstimmung rechtlich in Frage gestellt (z.B. angefochten) werden? M.E. muss ohne gesetzliche Regelung heute und künftig von folgender Ordnung ausgegangen werden:

Ausschliesslich *Sachthemen*, aber keine Personalgeschäfte können zum *Gegenstand* einer Konsultativabstimmung gemacht werden (insbesondere sind «konsultative Wahlen» unzulässig). Sämtliche Themen eines *GV-Beschlusses* (Art. 698 OR) oder eines *VR-Beschlusses* fallen in den Anwendungsbereich; dies gilt selbst für die Themen gemäss Art. 716a OR¹⁴⁷ («unübertragbare und unentziehbare Aufgaben» des VR)¹⁴⁸. Einzige gegenständliche Voraussetzung ist, dass eine *Konnextität zum Gesellschaftszweck* der AG besteht.

Es ist rechtlich möglich, aber nicht erforderlich, eine Konsultativabstimmung auf die *Traktandenliste* der GV zu setzen. Die Voraussetzungen unterscheiden sich danach, von wem die Initiative kommt¹⁴⁹. Unbesehen dessen kann *jeder*

aber ist er beschränkt auf eine maximale Prozentzahl (z.B. 0,2 Prozent der Stimmen).

¹³⁹ Vgl. dazu hinten Ziff. II.B.b.

¹⁴⁰ Botschaft: BBl 2008 1620.

¹⁴¹ Botschaft: BBl 2008 1680.

¹⁴² Vorbehalten sind *spezialgesetzliche* Einschränkungen von Art. 680 Abs. 1 OR – hierbei steht die *börsenrechtliche Meldepflicht* im Rahmen von Art. 20 BEHG im Vordergrund.

¹⁴³ Dies ergibt sich sogar aus der Botschaft: BBl 2008 1619.

¹⁴⁴ Das schweizerische Recht hat in den letzten Jahren verschiedene Regelungen erlassen, die sich positiv auf Zielgesellschaften und negativ auf potentielle Übernehmer auswirken werden; in die gleiche *übernahmefeindliche* Richtung deutet die Aktienrechtsrevision mit Art. 685d Abs. 2 E-OR (statt die Vinkulierung bei kotierten Aktien gänzlich abzuschaffen, was m.E. sinnvoll wäre, wird sie ausgebaut); allg.: PETER V. KUNZ, Kapitalmarktrechtliche Beteiligungstransparenz im Lichte moderner Finanzinstrumente – Perspektive der Schweiz, GesRZ 2010, 252 ff.

¹⁴⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. I.B.b.cc.

¹⁴⁶ Ausnahme: FELIX HORBER, Die Konsultativabstimmung in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, SJZ 2005, 101 ff.

¹⁴⁷ Dies erscheint rechtlich unproblematisch, weil die *rechtsunverbindliche* Konsultativabstimmung ohnehin zu *keiner Kompetenzverschiebung an die GV* führt bzw. führen kann, d.h. es erfolgt keine Delegation.

¹⁴⁸ Im Prinzip hat jeder Aktionär einen Anspruch auf Konsultativabstimmungen, was aber bei Art. 716a OR nicht zutrifft – der VR *kann, muss aber nicht* ein Sachgeschäft aus dem Bereich der unübertragbaren und unentziehbaren VR-Kompetenzen vorlegen, d.h. in *diesem* Bereich hat der VR ein *Vetorecht* gegen Konsultativabstimmungen; ähnlich: PETER FORSTMOSER, Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates, SZW 1994, 173.

¹⁴⁹ Wenn der VR eine Konsultativabstimmung in der GV vornehmen will, setzt er sie ohne weiteres auf die Traktandenliste (notabene ohne Antrag von seiner Seite); sollte ein *Aktionär* eine Konsultativabstimmung traktandieren wollen, muss er die Voraussetzungen von Art. 699 Abs. 3 OR (analog) erfüllen – vertritt der Gesellschafter nicht genug Aktienkapital, erfolgt keine Traktandierung.

Aktionär in einer GV jederzeit eine (nicht traktandierende) Konsultativabstimmung beantragen¹⁵⁰. Sofern keine statutarische Regelung besteht, gilt jeweils das *einfache Mehr* gemäss Art. 703 OR. Die Abstimmungen entsprechen einer Art von «Umfrage»¹⁵¹ und haben für die AG, für den VR¹⁵² und für die abstimmenden Aktionäre¹⁵³ keine Rechtsverbindlichkeit. Mangels Beschlusscharakter sind eine *Anfechtbarkeit* (Art. 706 f. OR)¹⁵⁴ oder eine *Nichtigkeit* (Art. 706b OR) ausgeschlossen.

B. Zirkulationsbeschlüsse

Beschlussfassungen auf *schriftlichem* Wege – also sog. *Zirkulationsbeschlüsse* – sieht das schweizerische Aktienrecht zwar für den VR¹⁵⁵, aber nicht für die GV vor; immerhin findet sich *kein explizites Verbot* im Aktienrecht für GV-Zirkularbeschlussfassungen. Nichtsdestotrotz entspricht es langjähriger Praxis der Gerichte und der Handelsregisterbehörden, schriftliche GV-Beschlüsse von AG als unzulässig und sogar als *nichtig* zu betrachten¹⁵⁶. Eine überzeugende Begründung für dieses Verbot wurde bis heute niemals gegeben.

Das künftige Aktienrecht enthält erneut bzw. weiterhin keine ausdrückliche Regelung zu den schriftlichen GV-Beschlüssen. Streng genommen erweist sich diese Ordnung (entgegen dem Titel) nicht als «lückenhaft», weil nämlich der aktuelle Rechtszustand durch ein *qualifiziertes Schweigen* zementiert werden soll¹⁵⁷. M.E. handelt es sich indes

bei diesem Verbot um eine der ältesten «heiligen Kühe» im Aktienrecht, die endlich geschlachtet werden sollte:

GV-Beschlussfassungen auf schriftlichem Wege machen ebenfalls bei Aktiengesellschaften zentralen rechtspolitischen Sinn, und zwar gerade für *KMU-Situationen*, die beim Revisionsprojekt nicht vergessen gehen dürfen. Bei anderen Gesellschaftsformen¹⁵⁸ sind Zirkularbeschlüsse für deren GV seit jeher unstrittig, nämlich bei *GmbH* (Art. 805 Abs. 4 OR) und bei *Grossgenossenschaften* (Art. 880 OR). Zudem wird – wie das Rechtsinstitut der virtuellen GV¹⁵⁹ belegt – mit dem neuen Aktienrecht ohnehin das *Unmittelbarkeitsprinzip relativiert*.

Schliesslich steht dieses schweizerische Verbot – wie vom Bundesrat erkannt¹⁶⁰ – in *Widerspruch zum EU-Recht*. Die sog. *Aktionärsrechte-Richtlinie* aus dem Jahre 2007¹⁶¹ sieht nämlich in Art. 12 («Abstimmung per Brief») vor, was folgt: «Die Mitgliedstaaten gestatten den Gesellschaften, ihren Aktionären die Möglichkeit einzuräumen, per Brief vor der Hauptversammlung abzustimmen. Die Abstimmung per Brief darf lediglich solchen Anforderungen oder Beschränkungen unterworfen werden, die zur Feststellung der Identität der Aktionäre erforderlich sind, und dies nur in dem Masse, wie sie diesem Zweck angemessen sind».

IV. Schlussbemerkungen

A. Rechtslage in der EU

Es ist ein erklärtes Ziel des Bundesrats, bei seinen gesellschaftsrechtlichen Gesetzgebungen die *ausländischen Rechtsordnungen* im Sinne einer legislativen Rechtsvergleichung¹⁶² ebenfalls zu berücksichtigen: «Aufgrund der internationalen Vernetzungen der schweizerischen Wirtschaft empfiehlt es sich, das Gesellschaftsrecht unabhängig von einem Beitritt zur Europäischen Union mit dem Recht unserer Nachbarstaaten zu harmonisieren»¹⁶³. In aller Regel finden *eklektische* Anregungen für die Rechtssetzung statt.

nicht zugelassen» (S. 32; Hervorhebungen hinzugefügt) – eine Begründung fehlt; das GmbH-Recht in diesem Bereich wird ebenfalls angepasst, indem eine Zirkularbeschlussfassung nur noch möglich ist, wenn *keine öffentliche Beurkundung* des GV-Beschlusses notwendig ist (Art. 805 Abs. 4 E-OR: BBl 2008 1803; zur Begründung die Botschaft: BBl 2008 1726) – m.E. sollte eine *analoge aktienrechtliche* Bestimmung vorgesehen werden.

¹⁵⁸ Bei *Vereinen* sind Zirkularbeschlüsse *seit jeher* unbestritten: BGE 48 II 156.

¹⁵⁹ Vgl. dazu Ziff. II.A.c.bb.

¹⁶⁰ Botschaft: BBl 2008 1631.

¹⁶¹ Vgl. dazu hinten Ziff. IV.A.

¹⁶² Hinweise: PETER V. KUNZ, Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz (...), recht 2006, 44 ff.

¹⁶³ Botschaft zum Fusionsgesetz (FusG): BBl 2000 4515.

¹⁵⁰ Der Vorsitzende der GV *muss* abstimmen lassen, es sei denn, dass eine Abstimmung *unzulässig* (z.B. mangels Konnexität) oder *rechtsmissbräuchlich* wäre; der Antrag ist bei jedem Traktandum und ebenfalls unter «Varia» möglich.

¹⁵¹ Teils wird gesagt, dass mit einer Konsultativabstimmung bei den *Aktionären der Puls genommen* wird.

¹⁵² Insbesondere erfolgt dadurch *keine Entlastung*, sollte der VR der Konsultativabstimmung «folgen».

¹⁵³ Im (seltenen) Einzelfall muss sich allenfalls ein Aktionär sein Stimmverhalten in einer Konsultativabstimmung im Sinne eines sog. «*venire contra factum proprium*» (Rechtsmissbrauch) vorhalten lassen.

¹⁵⁴ Gl.M.: DIETER DUBS/ROLAND TRUFFER, Basler Kommentar – Obligationenrecht II, 3. A., Basel 2008, N 4b zu Art. 703 OR.

¹⁵⁵ Art. 713 Abs. 2 OR: «Beschlüsse können auch auf dem Wege der schriftlichen Zustimmung zu einem gestellten Antrag gefasst werden, sofern nicht ein Mitglied [des VR] die mündliche Beratung verlangt».

¹⁵⁶ Bereits BGE 67 I 346 ff. Erw. 3: «Schriftliche Abstimmung an Stelle der Beschlussfassung in der Generalversammlung ist, selbst wenn sich Einstimmigkeit ergibt, ebensowenig zulässig, als schriftliche Zustimmung zu einem Generalversammlungsbeschluss die Anwesenheit des Aktionärs in der Versammlung zu ersetzen vermag (...). Diese Ordnung stellt zwingendes Recht dar. Beschlüsse und Wahlen, die auf dem Wege der schriftlichen Abstimmung ausserhalb der Generalversammlung erfolgen (...) sind nichtig» (a.a.O. 347).

¹⁵⁷ Begleitbericht VE: «Anders als in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird eine *schriftliche* Beschlussfassung

Die aktuelle Aktienrechtsrevision erweist sich – mindestens im Grossen und Ganzen¹⁶⁴ – als *kompatibel mit Europäischem Recht* bzw. mit dem Recht der Europäischen Union (EU)¹⁶⁵: «Der Entwurf steht in weiten Teilen mit dem massgeblichen EG-Recht im Einklang. Auf eine Übernahme der einschlägigen Vorschriften der EG wurde jedoch insbesondere dort verzichtet, wo diese materiell nicht zu überzeugen vermögen»¹⁶⁶. M.E. findet indes in keinem Bereich ein sog. *autonomer Nachvollzug* von EU-Recht¹⁶⁷ statt¹⁶⁸. Dieser legislative Umstand wird dazu führen, dass im Rahmen der Rechtsanwendung zum künftigen Aktienrecht insbesondere *keine europarechtskonforme Auslegung* erforderlich sein wird¹⁶⁹.

Das Europäische Parlament und der EU-Rat haben am 11. Juli 2007 eine *Richtlinie* «über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften» erlassen¹⁷⁰. Ein zentrales Anliegen der EU-Richtlinie ist das Gewährleisten der «Möglichkeit der Teilnahme an Hauptversammlungen auf elektronischem Weg» (Erw. 2) – generell werden die *Elektronisierung der GV* und die «modernen Technologien» betont (Erw. 6)¹⁷¹:

Vorzusehen in den *nationalen Gesellschaftsrechten* der EU-Mitgliedstaaten bei der Umsetzung dieser EU-Richtlinie sind – beispielsweise – elektronische Stimmabgaben in der GV (Art. 5 (3) b) iii) sowie elektronische Vertretungen in der GV (Art. 5 (3) b) ii und Art. 11). Spezifisch geregelt bzw.

für die Mitgliedstaaten vorgegeben wird die GV auf «elektronischem Weg» (Art. 8)¹⁷², wobei verschiedene Teilnahmeformen in Frage kommen. Im Anschluss an die GV müssen die Abstimmungsergebnisse auf der Internetseite der Gesellschaften publiziert werden (Erw. 13), wobei die Richtlinie explizit voraussetzt, dass sämtliche Publikumsgesellschaften über entsprechende Websites verfügen müssen (Erw. 6 a.E.).

B. Rechtspolitisches Fazit

Vor 50 Jahren führten die Aktienrechtler¹⁷³ eine Debatte zur sog. *Typologie* der AG bzw. zum «typischen Aktionär»¹⁷⁴. Seither war in der Rechtssetzung, in der Rechtsanwendung und in der Doktrin fast einhellig akzeptiert, dass dank der *Flexibilität* des Aktienrechts grundsätzlich alle möglichen Aktiengesellschaften «unter einem Dach» vereinigt werden sollen. Tatsächlich aber erweist sich die sog. *Einheit des Aktienrechts* als Prinzip als längst überholt¹⁷⁵. Nichtsdestotrotz will der Aktienrechtsgesetzgeber nichts Grundsätzliches ändern – immerhin wird nun von einem sog. «Modell einer *punktuellen, materiellen Differenzierung* (...)» gesprochen¹⁷⁶.

M.E. sollte (endlich) der Mut gefasst werden, in der Schweiz eine *klare «Zweiteilung»* zwischen Grossunternehmungen und kleinen und mittleren Unternehmungen (KMU)¹⁷⁷ vorzusehen; ein sog. KMU-Statut wird mit gutem Grund diskutiert¹⁷⁸. Es bestehen verschiedene Ansätze, die statt der Rechtsform die *Bedeutung einer Unternehmung* betonen¹⁷⁹.

Die aktuelle Aktienrechtsrevision stellt wieder einmal die *Publikumsgesellschaft ins Zentrum* und vernachlässigt die KMU. Bei der Regelung der GV wird dies offensicht-

¹⁶⁴ Zum EU-Recht im Widerspruch steht das schweizerische *Verbot von Zirkularbeschlüssen* nur, aber immerhin bei AG: Vgl. dazu vorne Ziff. III.B.

¹⁶⁵ Zur (differenzierten) sog. *EU-Kompatibilitätsprüfung*: BBl 2008 1630 ff. m.w.H.

¹⁶⁶ Botschaft: BBl 2008 1630.

¹⁶⁷ Allg. zur Thematik: PETER FORSTMOSER, Der autonome Nach-, Mit- und Vorvollzug europäischen Rechts (...), in: FS für Roger Zäch, Zürich 1999, 523 ff.; BRUNO SPINNER/DANIEL MARITZ, EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts, Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug, in: FS für Roger Zäch, Zürich 1999, 127 ff.

¹⁶⁸ Hinweise: PETER V. KUNZ, Europa als ein Massstab für das schweizerische Wirtschaftsrecht?, in: FS für Eugen Bucher, Bern 2009, 473 ff., v.a. 475.

¹⁶⁹ Detailliert zur Thematik: PETER V. KUNZ, Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVglRWiss 2009, 72 ff.; zudem: WOLFGANG WIEGAND, Zur Anwendung von autonom nachvollzogenem EU-Privatrecht, in: FS für Roger Zäch, Zürich 1999, 171 ff.; THOMAS COTTIER/DANIEL DZAMKO/ERIK EVTIMOV, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, Bern 2004, 357 ff.

¹⁷⁰ Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:184:0017:0024:DE:PDF>; einen detaillierten Vergleich zur Revisionsvorlage macht die Botschaft: BBl 2008 1630 ff.

¹⁷¹ Die *Überprüfung der Identität* und die *Sicherheit der Kommunikation* stehen im Vordergrund: Erw. 9.

¹⁷² Einen Widerspruch der Revisionsvorlage zu dieser Regelung sieht die Botschaft: BBl 2008 1630 f.

¹⁷³ Statt aller: ROLF BÄR, Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, ZBJV 1959, 379 ff.; PETER JÄGGI, Ungelöste Fragen des Aktienrechts, SAG 31 (158/59) 65 ff.

¹⁷⁴ Kritisch das Bundesgericht mit BGE 95 II 560 Erw. 2: «Gegen diese Betrachtungsweise [nämlich: Typologie im Zusammenhang mit dem GV-Stichtscheid] erheben sich gewichtige Bedenken».

¹⁷⁵ Das *Aktienrecht differenziert* bei zahlreichen Bestimmungen – z.B. in Art. 685a ff. OR oder Art. 697h OR; nichtsdestotrotz ging die «grosse» Aktienrechtsrevision zu Beginn der 1990er Jahre noch von diesem (längst überholten) Modell aus: BBl 1983 II 747 ff. sowie 772.

¹⁷⁶ BBl 2008 1606; Hervorhebung im Original.

¹⁷⁷ Zum Begrifflichen: PAUL H. DEMBINSKI, KMU in der Schweiz, Zürich/Chur 2004, 25 ff.

¹⁷⁸ Hierzu: DOROTHEA HERREN, Das KMU-Statut: ein flüchtiges Ziel, in: Jusletter vom 6. November 2006.

¹⁷⁹ Als *Beispiele* können erwähnt werden: Art. 2 lit. e FusG (KMU-Norm); das Revisionsrecht gemäss Art. 727 ff. OR sowie das künftige Rechnungslegungsrecht; allg.: PETER V. KUNZ, Recht der KMU: Personengesellschafts- und GmbH-Recht (...), Bern 2008, 6 ff.

lich. Die Elektronisierung einerseits¹⁸⁰ sowie das Nominee-Modell andererseits¹⁸¹ erweisen sich in erster Linie als interessant bzw. bedeutsam für Publikums-AG. Für KMU gewichtige Themen – wie z.B. die Zulassung von Zirkularbeschlussfassungen¹⁸² – werden indes ignoriert.

Das *Nominee-Konzept* sollte aus prinzipiellen Überlegungen rechtspolitisch *abgelehnt* werden; tatsächlich erscheint die finale Ordnung – wenn überhaupt – im heutigen Zeitpunkt noch äusserst ungewiss. Die grundsätzliche Stossrichtung der *Elektronisierung der GV* hingegen kann ohne weiteres *unterstützt* werden, wobei es sich mehr um eine Evolution als um eine Revolution handelt; doch wie so oft liegt der «Teufel im Detail»:

Verschiedene Vorschläge zur Elektronisierung bringen *nichts Neues* (erwähnt werden kann insbesondere die Regelung zur elektronischen GV-Einberufung)¹⁸³ oder erweisen sich als *überflüssig restriktiv* (z.B. die Ordnung zu den elektronischen Vollmachten)¹⁸⁴. Bei der Internet-GV einerseits¹⁸⁵ und bei der virtuellen GV andererseits¹⁸⁶ ist die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage aus Gründen der *Rechtssicherheit* positiv; zahlreiche Fragezeichen ergeben sich in diesem Zusammenhang indes aus der möglichen Sanktionierung¹⁸⁷ – ohne Zweifel ergibt sich hier ein *künftiges Schlachtfeld* für Prozesse und für (professorale) Gutachten, was nicht notwendigerweise im Interesse einer funktionierenden Wirtschaft liegt.

¹⁸⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. II.A.

¹⁸¹ Vgl. dazu vorne Ziff. II.B.

¹⁸² Vgl. dazu vorne Ziff. III.B.

¹⁸³ Vgl. dazu vorne Ziff. II. A.b.aa.

¹⁸⁴ Vgl. dazu vorne Ziff. II. A.b.bb.

¹⁸⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. II. A.c.aa.

¹⁸⁶ Vgl. dazu vorne Ziff. II. A.c.bb.

¹⁸⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. II. A.c.cc.

Dans le cadre de la « grande » révision du droit de la société anonyme, les dispositions relatives à l'assemblée générale (AG) feront pour certaines l'objet de modifications à caractère fondamental. Il ne s'agit toutefois pas d'une révolution mais plutôt d'une évolution législative, c.-à-d. d'une adaptation en douceur aux réalités prévisibles du 21^{ème} siècle.

Au premier plan de ces adaptations se trouve l'électronisation de l'AG, et ce, en ce qui concerne la préparation (convocation électronique de l'AG et procurations électroniques), la tenue (AG en ligne et AG virtuelle) ainsi que la phase postérieure (protocole d'AG électronique) de l'assemblée ; bien que l'utilisation de moyens électroniques (p.ex. télévote) soit déjà possible à l'heure actuelle, les AG du futur n'auront plus grand-chose à voir avec l'AG du 20^{ème} siècle. Il y a lieu de s'attendre à des difficultés dans l'application du droit, lorsque l'AG sera perturbée par des « problèmes techniques » – le projet de loi laisse de nombreuses questions ouvertes à ce sujet.

Il est regrettable que le nouveau droit ne compte toujours pas autoriser les décisions d'AG par voie de circulation dans les sociétés anonymes. Enfin, le législateur a manqué l'occasion d'introduire une réglementation sur les votes consultatifs.

(trad. LT LAWTANK, Berne)