

Technische Probleme bei der virtuellen Generalversammlung (Art. 701f revOR) – Teil 1



Dr. iur. Benjamin V. Enz, juristischer Mitarbeiter und Lehrbeauftragter, Winterthur und Zürich*



PD Dr. iur. Michael Hochstrasser, Rechtsanwalt, Privatdozent, Winterthur und Zürich**

I. Einleitung

Am 19. Juni 2020 verabschiedete das Parlament nach jahrzehntelangen Vorarbeiten die «grosse» Aktienrechtsrevision.¹ Die Referendumsfrist ist am 8. Oktober 2020 unbenutzt abgelaufen. Gemäss dem Bundesamt für Justiz (BJ) soll das revidierte Aktienrecht voraussichtlich im Jahr 2023 in Kraft treten.²

Eines der mit der Aktienrechtsrevision verfolgten Ziele war die Anpassung des Aktienrechts an die Digitalisierung. Neu soll die Generalversammlung auch virtuell, d.h. per Video, Telefon oder Ähnliches, durchgeführt werden können. Bei einer virtuellen Generalversammlung stellen sich neue Herausforderungen und Probleme. Was passiert beispielsweise, wenn ein Aktionär nicht abstimmen kann, weil die Netzverbindung überlastet ist oder er sich nicht äussern kann, weil sein Mikrofon

* Dr. iur. Benjamin V. Enz arbeitet als juristischer Mitarbeiter bei der Schiller Rechtsanwälte AG in Winterthur. Zudem ist er Lehrbeauftragter für Privatrecht an der Kalaidos FH Law School in Zürich.

** PD Dr. iur. Michael Hochstrasser, Rechtsanwalt, ist Partner bei der Schiller Rechtsanwälte AG in Winterthur. Zudem ist er Privatdozent für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich.

Die Autoren danken Fabian Strebel, B.Sc (ZFH) in Informatik, für die kritische Durchsicht der technischen Passagen dieses Beitrags und seine wertvollen Anregungen.

1 Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) (revOR) vom 19. Juni 2020, BBl 2020 5573 ff.; ausführlich zur Gesetzgebungsgeschichte siehe etwa Dieter Gericke et al., Aktienrecht: Tour d'Horizon, GesKR 2020 323 ff., 323 f.

2 BJ, Laufende Gesetzesprojekte betr. «Revision des Aktienrechts. Änderung des Obligationenrechts», <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14.html>> (zuletzt besucht am 1.6.2021). Ursprünglich hatte das BJ das Inkrafttreten auf den 1. Januar 2022 in Aussicht gestellt (vgl. BJ, Medienmitteilung betr. «Geschlechterrichtwerte und Transparenzregeln für Rohstoffsektor treten Anfang 2021 in Kraft» vom 11. September 2020, <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mmm.msg-id-80358.html>> [zuletzt besucht am 1.6.2021]).

Die «grosse» Aktienrechtsrevision verfolgt u.a. das Ziel, das Aktienrecht an die Digitalisierung anzupassen. Neu soll die Generalversammlung auch virtuell durchgeführt werden können. Dabei stellen sich neue Herausforderungen und Probleme. Was passiert z.B., wenn ein Aktionär aufgrund einer Netzwerküberlastung nicht abstimmen kann oder sein Mikrofon nicht funktioniert? Der neue Art. 701f revOR bestimmt, dass die GV zu wiederholen ist, wenn sie wegen technischer Probleme nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden kann. Im ersten Teil werden die Voraussetzungen von Art. 701f revOR geprüft. Der zweite Teil befasst sich mit der Beweislast, den Rechtsfolgen und vorsorglichen Massnahmen.

La révision «majeure» du droit de la société anonyme vise, entre autres buts, à adapter le droit des sociétés à la numérisation. Il sera désormais possible de tenir l'assemblée générale virtuellement. Cela crée toutefois des défis et des problèmes nouveaux. Que se passe-t-il, par exemple, si un actionnaire ne peut pas voter en raison d'une surcharge du réseau ou si son microphone ne fonctionne pas? Le nouvel art. 701f révCO prévoit qu'il faut répéter l'assemblée générale si elle ne peut pas se tenir en bonne et due forme en raison de problèmes techniques. La première partie examine les conditions de l'art. 701f révCO. La deuxième partie traitera du fardeau de la preuve, des conséquences juridiques et des mesures provisionnelles. (P.P.)

nicht funktioniert? Der neue Art. 701f revOR bestimmt, dass die Generalversammlung zu wiederholen ist, wenn sie wegen technischer Probleme nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden kann. Dieser Artikel wird in diesem Beitrag einer kritischen Würdigung unterzogen.

In diesem ersten Teil werden die Grundlagen der virtuellen Generalversammlung kurz dargestellt und anschliessend die einzelnen Voraussetzungen von Art. 701f revOR herausgearbeitet und geprüft. Der zweite Teil dieses Beitrages, der im nächsten Heft erscheinen wird, befasst sich mit der Beweislast, den Rechtsfolgen sowie vorsorglichen und superprovisorischen Massnahmen der virtuellen Generalversammlung.

II. Die virtuelle Generalversammlung

A. Statutarische Grundlage

Art. 701d revOR bestimmt neu positiv-rechtlich, dass eine Generalversammlung mit elektronischen Mitteln ohne physischen Tagungsort durchgeführt werden kann, wenn die Statuten dies vorsehen. Eine solche Anpassung der Statuten bedarf nach Art. 703 i.V.m. Art. 704 Abs. 1 revOR *e contrario* der Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen.

Bei einer virtuellen Generalversammlung muss der Verwaltungsrat nach Art. 701d Abs. 1 revOR in der Einberufung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter bezeichnen. Bei börsenkotierten Gesellschaften ist das Erfordernis eines Stimmrechtsvertreters zwingend (Art. 701d Abs. 2 revOR *e contrario*). Bei einer nicht börsenkotierten Gesellschaft kann die Generalversammlung mit der Mehrheit von zwei Dritteln der vertretenen Aktienstimmen in den Statuten darauf verzichten (Art. 701d Abs. 2 i.V.m. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 15 revOR).

B. Einberufung

Die Form der Mitteilungen der Gesellschaft an die Aktionäre und somit u.a. die Einberufung der Generalversammlung wird nach Art. 700 Abs. 1 i.V.m. Art. 626 Abs. 1 Ziff. 7 revOR durch die Statuten bestimmt.³ Folglich wird künftig eine Einberufung in rein elektronischer Form möglich sein. Die Botschaft zum Aktienrecht erwähnt beispielsweise die Einberufung mittels E-Mail an Namensaktionäre und mittels elektronischer SHAB-Pu-

blikation an Inhaberaktionäre.⁴ Die Einberufung hat nach Art. 700 Abs. 1 revOR mindestens 20 Tage vor der Versammlung zu erfolgen und muss die Anforderungen nach Art. 700 Abs. 2–4 revOR erfüllen.

C. Exkurs: Die hybride Generalversammlung

Art. 701c revOR sieht die Möglichkeit vor, dass Aktionäre, die nicht am Ort der Generalversammlung anwesend sind, ihre Rechte auf elektronischem Weg ausüben. Hierbei findet eine gewöhnliche Generalversammlung mit physischem Tagungsort statt, an der einzelne (aber nicht alle) Aktionäre mittels elektronischer Mittel teilnehmen. Es handelt sich um eine Mischform zwischen einer gewöhnlichen und einer virtuellen Generalversammlung (sog. «hybride Generalversammlung».⁵ Art. 701f revOR ist auch auf die hybride Generalversammlung anwendbar, was aus der Gesetzessystematik folgt: Unter der Marginalie 7. «Verwendung elektronischer Mittel» sind u.a. die Ausübung der Aktionärsrechte an einer Generalversammlung mit physischem Tagungsort (Art. 701c revOR), die virtuelle Generalversammlung (Art. 701d revOR) und die Rechtsfolge technischer Probleme (Art. 701f revOR) geregelt.

III. Voraussetzungen

A. Übersicht

Bei einer physischen Generalversammlung kann es passieren, dass ein Aktionär nicht teilnehmen oder nicht abstimmen kann. So beispielsweise, weil er im Verkehr stecken bleibt und es nicht rechtzeitig zum Tagungsort schafft; oder weil er die Eintrittskarte und die Abstimmungscoupons zu Hause vergessen hat, sodass ihm kein Einlass gewährt wird; oder weil er bei einer Abstimmung gerade auf der Toilette ist. Ähnliche Probleme – in neuer Form – können sich bei der virtuellen Generalversammlung stellen: Ein Ausfall der Netzverbindung, eine nicht kompatible *Software* oder ein leerer Akku können verunmöglichen, dass ein Aktionär abstimmen kann.

Die rechtlichen Folgen solcher technischen Probleme hat der Gesetzgeber in Art. 701f revOR geregelt. Dieser lautet:

4 Botschaft Aktienrecht (Fn. 3) 553.

5 Jean-Pascal Stoll, Das neue schweizerische Recht der virtuellen Generalversammlung im Lichte anderer Rechtsordnungen, recht 2021 28 ff., 29 m.w.N.

3 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) (Botschaft Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399 ff., 553.

«¹ Treten während der Generalversammlung technische Probleme auf, sodass die Generalversammlung nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden kann, so muss sie wiederholt werden.

² Beschlüsse, welche die Generalversammlung vor dem Auftreten der technischen Probleme gefasst hat, bleiben gültig.»

Bei technischen Problemen ist die Generalversammlung grundsätzlich zu wiederholen.⁶ Das Gesetz stellt indes klar, dass eine Wiederholung nicht bei jedem technischen Problem nötig ist, sondern nur dann, wenn ein solches zur Folge hat, dass die Generalversammlung nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden kann.

Im Schrifttum wird die Erläuterung des Bundesrates in der Botschaft zum Aktienrecht⁷ grösstenteils unkritisch wiedergegeben.⁸ Nach von der Crone/Grob, von der Crone/Angstmann sowie Reiser soll das Risiko bei technischen Problemen nicht überschätzt werden, da aufgrund der voranschreitenden Digitalisierung mit einer Reduktion der Fehlerquote zu rechnen sei. Das revidierte Aktienrecht beschränke sich daher zu Recht auf eine kurze und allgemeine Umschreibung der Konsequenzen bei technischen Störungen.⁹

Auch wenn technische Probleme selten sein mögen, so ist doch absehbar, dass es sie geben wird. Wie die nachstehenden Ausführungen zeigen, ist die gesetzliche Regelung zwar sinnvoll, doch nicht in jeder Hinsicht klar formuliert. Kunz bezeichnete Art. 701f revOR zutreffend

als «Tummelfeld für kreative Dissertanten und streitlustige Anwälte».¹⁰

Nimmt man Art. 701f revOR genauer unter die Lupe, zeigt sich, dass für eine Wiederholung der Generalversammlung folgende Voraussetzungen erfüllt sein müssen: (i) Es treten technische Probleme auf, die (ii) im Verantwortungsbereich der Gesellschaft liegen; (iii) die Generalversammlung kann nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden, (iv) wobei die nicht ordnungsgemässe Durchführung eine Folge der technischen Probleme ist; (v) und schliesslich wäre der Beschluss ohne die technischen Probleme anders ausgefallen.

B. Technische Probleme

Der Begriff der «technischen Probleme» wird in der Botschaft zum Aktienrecht nicht erläutert. Technik im vorliegenden Zusammenhang meint die mit Computern oder anderen elektronischen Geräten über eine räumliche Distanz übermittelten Informationen, Voten und Stimmen. Ein Problem liegt vor, wenn die Übermittlung in irgendeiner Weise erschwert oder verunmöglicht wird. Das Kriterium ist weit zu verstehen. Darunter fallen alle Probleme, die mit der fernmeldetechnischen Übertragung der Generalversammlung zusammenhängen.

Die Probleme können die *Hardware* oder die *Software* betreffen. Server-Ausfälle, defekte Mikrofone oder Lautsprecher, Probleme mit dem Akku, mit der Rechenleistung und dergleichen – egal ob sie bei der Gesellschaft oder dem Endgerät des Aktionärs auftreten – sind der *Hardware* zuzuordnen. Probleme bei der Datenübermittlung vom Endgerät des Aktionärs zur Gesellschaft oder umgekehrt, beim Einloggen, bei der Übertragung der Generalversammlung (z.B. Zeitverzögerung, Stocken der Übertragung, Einfrieren des Bildschirms) oder ein temporärer oder definitiver Unterbruch der Übertragung betreffen die *Software*.

C. Im Verantwortungsbereich der Gesellschaft

1. Hintergrund

Um ein technisches Problem handelt es sich auch dann, wenn ein Aktionär vergessen hat, den Akku seines Mobiltelefons aufzuladen. In einem solchen Fall rechtfertigt es sich aber nicht, die Generalversammlung zu wiederholen. Obwohl dies nicht direkt aus dem Gesetzeswort-

6 Zu den Rechtsfolgen siehe Benjamin V. Enz/Michael Hochstrasser, Technische Probleme bei der virtuellen Generalversammlung (Art. 701f revOR) – Teil 2, SJZ 2021 15.

7 Botschaft Aktienrecht (Fn. 3) 560.

8 So etwa bei Stoll (Fn. 5) 36 f.; Hans Caspar von der Crone/Thomas Grob, Die virtuelle Generalversammlung, SZW 2018 5 ff., 19 f.; Roland Müller/Fabian Akeret, Die Generalversammlung nach revidiertem Aktienrecht, SJZ 2021 7 ff., 16 f.; Christoph B. Bühler, Digitale Revolution im Aktienrecht?, SJZ 2017 565 ff., 571; Hans Caspar von der Crone/Luca Angstmann, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 2017 3 ff., 13; Brigitte Tanner, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar. Die Aktiengesellschaft. Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation. Art. 698–726 und 731b OR, 3. A., Zürich 2018, Art. 701 OR N 77; Nina Reiser, Neuerungen bei der Durchführung von Generalversammlungen, GesKR 2020 229 ff., 234; Patrick Schmidt/Matthias P.A. Müller, Beschlussmängel bei der virtuellen Generalversammlung, in: Alexandra Dal Molin-Kränzlin/Anne Mirjam Schneuwly/Jasna Stojanovic (Hrsg.), Digitalisierung – Gesellschaft – Recht, Zürich/St. Gallen 2019, 263 ff., 274 ff.

9 Zum Ganzen siehe von der Crone/Grob (Fn. 8) 19; von der Crone/Angstmann (Fn. 8) 13; Reiser (Fn. 8) 234.

10 Peter V. Kunz, Generalversammlungen von AG: «Landsgemeinden» oder «Chatrooms», SZW 2020 297 ff., 306.

laut hervorgeht, ist doch klar, dass unter Art. 701f revOR nur jene technischen Störungen fallen, deren Ursache dem Verantwortungsbereich der Gesellschaft zuzurechnen ist.¹¹

Nach derzeitigem Stand der Technik dürften für die meisten virtuellen Generalversammlungen zwei verschiedene Anwendungen erforderlich sein: zum einen eine *Software* für die Datenübermittlung an sich (z.B. *Zoom* oder *Microsoft Teams*) und zum anderen eine Anwendung zur Durchführung und Auswertung der Abstimmungen. Es ist zu erwarten, dass künftig auch Softwarelösungen aus einer Hand erhältlich sein werden.

Der Verwaltungsrat und somit die Gesellschaft ist für die Auswahl der zu verwendenden elektronischen Mittel verantwortlich (Art. 701e Abs. 1 revOR).¹² Für die Plattform der virtuellen Generalversammlung gibt es verschiedene Möglichkeiten. Die Lehre empfiehlt, eine *Browser-based-Software* zu verwenden.¹³ Ein solches Programm kann von der *Webpage* abgerufen und direkt im *Browser* ausgeführt werden. Aufseiten des Aktionärs sind neben der *Browser-Software* keine *Updates* erforderlich, er muss keine Installation auf seinem Computer vornehmen (wobei Fehler auftreten können), und die *Software* muss nicht an verschiedene Betriebssysteme angepasst werden.¹⁴

Eine *Client-based-Software* wird vom Aktionär auf den Computer heruntergeladen und vom Betriebssystem ausgeführt.¹⁵ Hier liegen aufseiten des Aktionärs mögliche Fehlerquellen beim Herunterladen und (Nicht-)Ausführen der *Updates*, und es können Probleme bei der Kompatibilität mit dem jeweiligen Betriebssystem auftreten.

Als weitere Möglichkeit kommt ein Zugang via *App*, welcher i.d.R. mithilfe von *Smart Devices* ausgeübt wird, in

Betracht.¹⁶ Als *Smart Devices* werden elektronische Geräte bezeichnet, die kabellos, mobil und vernetzt mit verschiedenen Sensoren verbunden sind, wie beispielsweise *Smartphones* oder *Tablet-PCs*. *App* ist die Abkürzung für *Application-Software*; sie ist ein Computerprogramm, mit dem Funktionen des Computers oder des *Smart Devices* beliebig erweitert werden können.

2. Verantwortungsbereich der Gesellschaft

Die *Software* für die Datenübermittlung wird im Regelfall von einem *Provider* lizenziert und gehostet.¹⁷ Das Zentrum der Datenübermittlung sind die *Server*, die der *Provider* zur Verfügung stellt. Vom Einloggen bis hin zum Verlassen der virtuellen Generalversammlung erfolgen sämtliche Aktionen vom Aktionär und von der Gesellschaft über die *Server* des *Providers*. Da die Gesellschaft nach Art. 701e revOR für funktionierende technische Mittel sorgen muss und sie die Vertragspartnerin des *Providers* ist, sind Probleme beim *Provider* der Gesellschaft zuzurechnen.

Probleme beim Einloggen aufgrund fehlerhafter Konfiguration des *Log-ins*, zwischenzeitliche Verbindungsunterbrüche der virtuellen Übertragung, Stocken der Übertragung, Einfrieren der Übertragung oder Zeitversetzung der Übertragung im Vergleich zur Echtzeit können – müssen aber nicht – in den Verantwortungsbereich des *Providers* und damit der Gesellschaft fallen. Der Nachweis, dass die Ursache des konkreten Problems im Verantwortungsbereich des *Providers* liegt, kann durch eine Auswertung des Protokolls der Datenverarbeitungsanlage des *Providers* erbracht werden. Es liegt in der Verantwortung des *Providers*, die Verfügbarkeit eines solchen Protokolls sicherzustellen. Beweisrechtlich trifft die Gesellschaft bei der Beschaffung des Protokolls eine Mitwirkungspflicht.¹⁸

Stellt die Gesellschaft zur Durchführung der virtuellen Generalversammlung eine Anwendung auf dem Endgerät des Aktionärs zur Verfügung (*Client-based-Software*), so ist die Gesellschaft dafür verantwortlich, dass die *Software* mit sämtlichen gängigen Betriebssystemen

11 So bereits Botschaft Aktienrecht (Fn. 3) 560; Kaspar Theiler, Gedanken zur Zulässigkeit und Durchführbarkeit der virtuellen Generalversammlung de lege lata, AJP 2012 69 ff., 78; Bühler (Fn. 8) 571; Stoll (Fn. 5) 36; Müller/Akeret (Fn. 8) 16; von der Crone/Grob (Fn. 8) 19; Schmidt/Müller (Fn. 8) 274 f.

12 Botschaft Aktienrecht (Fn. 3) 557.

13 Theiler (Fn. 11) 78; von der Crone/Grob (Fn. 8) 15; Hans Caspar von der Crone/Sandro Bernet, Der Tagungsort der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht. Zwischen Gesellschaftssitz und Internet, in: Matthias P. A. Müller/Lucas Forrer/Floris Zuur (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel. Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, 259 ff., 269; Reiser (Fn. 8) 234.

14 Zum Ganzen siehe etwa Theiler (Fn. 11) 78; von der Crone/Bernet (Fn. 13) 269.

15 Von der Crone/Grob (Fn. 8) 15.

16 Von der Crone/Grob (Fn. 8) 15.

17 Bei grösseren Gesellschaften kommt auch eine sog. «In-House-Variante» in Betracht. Hierbei wird eine *Software* selber entwickelt oder eingekauft und auf den eigenen *Servern* betrieben. Der Verantwortungsbereich der Gesellschaft mit *In-House-Variante* unterscheidet sich nicht von jenem mit *Provider-Variante*.

18 Zur Beweislast siehe Enz/Hochstrasser (Fn. 6).

kompatibel ist.¹⁹ Ebenfalls in den Verantwortungsbereich der Gesellschaft fällt die korrekte Übermittlung der Daten vom *Server* an ein für die Aktionäre zugängliches Datenverarbeitungssystem.²⁰ Weiter fällt auch die «technische Wartung» der *Software* mittels *Updates* und dergleichen grundsätzlich in den Verantwortungsbereich der Gesellschaft.

Vom *Provider* zu vertretende *Software*-Probleme bei der Abstimmung sind ebenfalls der Gesellschaft zuzurechnen. Können die Aktionäre aufgrund eines Konfigurationsfehlers den *Vote-Button* nicht betätigen oder kann aufgrund beschränkter *Server*-Leistung seitens des *Providers* nur ein Teil der Stimmen des Aktionariats empfangen, gespeichert und ausgewertet werden, so liegt die Ursache des technischen Problems im Verantwortungsbereich der Gesellschaft.

3. Verantwortungsbereich des Aktionärs

a. Hardware

Der Aktionär ist verantwortlich für seine *Hardware*. Er muss u.a. dafür sorgen, dass das Mikrofon funktioniert, das Endgerät über genügend Rechenleistung verfügt und der Akku geladen ist.²¹ Weiter ist der Aktionär für die Datenverbindung über einen *Access-Provider* bis zum von der Gesellschaft beauftragten *Webhosting-Provider* verantwortlich.²²

Eine ähnliche Abgrenzung der Verantwortungssphären gilt im öffentlichen Verkehr (SBB etc.) für E-Tickets. Löst ein Passagier ein Zugticket via *App* oder Internet, wird dieses auf seinem mobilen Endgerät gespeichert. Der Passagier ist nach Ziff. 3.1.12 des Tarifs T600 für die Funktionsfähigkeit der mobilen Endgeräte sowie die Sicherstellung der technischen Einstellungen verantwortlich. Ziff. 4.7.13 des Tarifs T600 nennt als Beispiele einer korrekt funktionierenden Anzeige von SwissPass Mobile, dass der Akku geladen und der Bildschirm unbeschädigt ist.²³

19 Ähnlich wohl Bühler (Fn. 8) 571; von der Crone/Grob (Fn. 8) 19.

20 Theiler (Fn. 11) 78.

21 So auch Botschaft Aktienrecht (Fn. 3) 560; Theiler (Fn. 11) 78; Müller/Akeret (Fn. 8) 16; Bühler (Fn. 8) 571.

22 Theiler (Fn. 11) 78.

23 Siehe zur Thematik E-Tickets ausführlich Michael Hochstrasser/Arnold F. Rusch, Der Vertrag des Passagiers mit den SBB (2.0), Jusletter vom 23.9.2019, Rz. 53 f.

b. Netzverbindung

Ebenfalls grundsätzlich in den Verantwortungsbereich des Aktionärs fällt die Qualität seiner Netzwerkverbindung. Kommt es zu technischen Störungen, die ihre Ursache in einer schwachen *WLAN*-Verbindung oder dergleichen haben, sind die Aktionäre hierfür selbst verantwortlich.

Eine Ausnahme soll nach der Botschaft zum Aktienrecht bei flächendeckenden Problemen eines bedeutenden Telekommunikationsanbieters gelten.²⁴ Dazu zählen sicher Swisscom (51%), UPC (ehemals u.a. Cablecom 16,6%) und Sunrise Communications AG (12,2%).²⁵ Bei Gesellschaften mit einem grossen Aktionariat leuchtet diese pauschale Ausnahme *prima vista* ein. Klärungsbedürftig ist der Begriff «flächendeckend». Relevant erscheint die Anzahl der betroffenen Personen bzw. Endgeräte und nicht die Grösse des betroffenen Gebiets. Es geht um die Wahrscheinlichkeit, wie viele Internetzugänge und demzufolge Aktionäre von der Störung eines Telekommunikationsanbieters betroffen sind. Legt eine Störung das schweizweite Swisscom-Netz während einer virtuellen Generalversammlung lahm, sind über die Hälfte der Internetanschlüsse und somit wahrscheinlich über 50% der Aktionäre betroffen. Dass in diesem Szenario von einer flächendeckenden Störung gesprochen werden kann, leuchtet ein. Betrifft die Störung beispielsweise nur die Kantone Thurgau (282 080 Einwohner)²⁶, St. Gallen (514 379 Einwohner)²⁷ und Schaffhausen (83 152 Einwohner)²⁸, wären 5,17% der schweizerischen

24 Zum Ganzen siehe Botschaft Aktienrecht (Fn. 3) 560.

25 Die Prozentangaben beziehen sich auf den vom Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) veröffentlichten Marktanteil Breitband Internetzugang vom 31. Dezember 2019 (BAKOM, Sammlung statistischer Daten betr. «Marktanteil Breitband Internetzugang auf dem Festnetz», <<https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statistischer-daten/marktstruktur-und-stellen/marktanteil-internetzugang.html>> [zuletzt besucht am 1.6.2021]).

26 Dienststelle für Statistik TG, Bevölkerungsstand (Stand 2020), <<https://statistik.tg.ch/themen-und-daten/bevoelkerung-und-haushalte/bevoelkerungsstand-und-struktur/bevoelkerungsstand.html/6332>> [zuletzt besucht am 1.6.2021].

27 Fachstelle für Statistik SG, Wohnbevölkerung (Stand 2020), <<https://www.sg.ch/ueber-den-kanton-st-gallen/statistik/themen/B01/wohnbevoelkerung.html>> [zuletzt besucht am 1.6.2021].

28 Volkswirtschaftsdepartement SH, Einwohnerzahlen im Kanton Schaffhausen 2019–2020 (Stand 2020), <<https://sh.ch/CMS/get/file/9f774b20-b63d-4ca6-b87c-5a64486073a9>> [zuletzt besucht am 1.6.2021].

Bevölkerung²⁹ betroffen. Klar ist, dass die betroffene Bevölkerung nicht automatisch mit den betroffenen Endgeräten der Aktionäre gleichgesetzt werden kann. Sie ist aber ein aussagekräftiger Indikator.

Ob eine flächendeckende Störung vorliegt, muss das Gericht im konkreten Einzelfall nach seinem Ermessen beurteilen. Man wird allerdings nicht darum herumkommen, im Sinne einer Faustregel einen numerischen Wert festzusetzen, ab welchem das Vorliegen einer flächendeckenden Störung zu vermuten ist. Bei börsenkotierten Gesellschaften ist unseres Erachtens eine flächendeckende Störung zu vermuten, wenn schweizweit mindestens 10% der Internetanschlüsse im Zeitpunkt der virtuellen Generalversammlung nicht funktionieren.³⁰ Diese Überlegung muss für Aktionäre mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland entsprechend gelten. Haben beispielsweise 20% der Aktionäre Wohnsitz oder Sitz in Deutschland und sind durch eine Netzwerkstörung 50% der Internetanschlüsse in Deutschland betroffen, ist der Schwellenwert von 10% erreicht.

Das Konzept der flächendeckenden Störung kann jedoch nicht unbesehen auf Gesellschaften mit einem kleinen Aktionariat angewendet werden. In diesen Gesellschaftskonstellationen ist umso mehr eine Einzelfallbeurteilung nötig. So lässt sich bei einer Gesellschaft mit 15 Aktionären leicht überprüfen, welche Telekommunikationsanbieter die einzelnen Aktionäre nutzen. Ein schweizweiter Ausfall des Sunrise-Netzes ist unbeachtlich, wenn sämtliche Aktionäre das Netz der Swisscom nutzen. Bei kleineren Gesellschaften sollte deshalb weniger auf die Anzahl der betroffenen Anschlüsse im Einzugsgebiet als vielmehr auf die betroffenen Aktionäre bzw. Aktienstimmen abgestellt werden. Als Faustregel könnte unseres Erachtens eine flächendeckende Störung zu vermuten sein, wenn 10% der Aktienstimmen betroffen sind. Damit wird auch der Fall erfasst, dass nur wenige Anschlüsse betroffen sind, darunter jedoch jener des Mehrheitsaktionärs.

c. Software

Der Aktionär benötigt einen *Browser*, in welchem das Programm von der Webseite der Gesellschaft abgerufen und ausgeführt wird. Vom Aktionär darf erwartet werden, dass er einen gängigen *Browser* verwendet und die erforderlichen *Updates* vornimmt. Die Aktiengesellschaft muss dafür sorgen, dass die verwendete *Software* mit den gängigen *Browsers* (*Internet Explorer*, *Mozilla Firefox*, *Google Chrome*, *Opera*, *Safari* etc.) kompatibel ist; von ihr zu verlangen, dass die *Software* auf sämtlichen *Browsers* läuft, ginge zu weit. Ebenso darf erwartet werden, dass das Programm nicht nur auf der allerneuesten, sondern auf allen mehr oder weniger aktuellen Versionen kompatibel läuft. Veraltete Versionen, bei denen während Jahren kein *Update* mehr gemacht wurde, müssen hingegen nicht bedient werden.

Auch die Bedienung der *Software* liegt grundsätzlich im Verantwortungsbereich des Aktionärs. Insbesondere bei Gesellschaften mit einem grösseren Aktionariat kann es vorkommen, dass ein Teil der Aktionäre, etwa aufgrund des fortgeschrittenen Alters, nicht über das technische *Know-how* verfügt, um die *Software* richtig bedienen zu können. Die Botschaft zum Aktienrecht will diesem Problem begegnen, indem sie den Verwaltungsrat verpflichtet, sich bei der Auswahl der technischen Mittel am technischen *Know-how* und der technischen Ausrüstung eines Durchschnittaktionärs zu orientieren. Eine gewisse technische Affinität der Aktionäre, insbesondere ein Internetzugang, werde vorausgesetzt.³¹ Diesen Ausführungen kann nicht *telquel* zugestimmt werden.

Wenn eine Gesellschaft 10% technisch unversierte Aktionäre hat und diese aufgrund der Orientierung am Durchschnittaktionär nicht teilnehmen können, ist die ordnungsgemässe Durchführung der virtuellen Generalversammlung gestört.³² Die Gesellschaft trifft in diesem Fall die Pflicht, eine für technische Laien verständliche Schritt-für-Schritt-Anleitung – angefangen beim Herunterladen der *Software* über die Durchführung von *Updates* bis hin zum Einloggen und Bedienen während der virtuellen Generalversammlung – zur Verfügung zu stellen. Von technisch unversierten Aktionären kann nicht verlangt werden, dass sie sich das erforderliche technische *Know-how* selbständig aneignen.³³ Aus die-

29 Laut Bundesamt für Statistik (BFS) betrug die Bevölkerung Ende 2020 8,667 Mio. Menschen (BFS, Bevölkerungsentwicklung und natürliche Bevölkerungsbewegung im Jahr 2020: Provisorische Ergebnisse vom 6. April 2021, <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung.gnpdetail.2021-0170.html>> (zuletzt besucht am 1.6.2021).

30 Bei sehr grossen Publikumsgesellschaften mit einem internationalen Aktionariat könnte diese Überlegung etwa auf den EU-Raum ausgeweitet werden.

31 Botschaft Aktienrecht (Fn. 3) 557.

32 Siehe hierzu hinten 725 f.

33 So auch von der Crone/Grob (Fn. 8) 15; Theiler (Fn. 11) 77 f.; Schmidt/Müller (Fn. 8) 262; Bühler (Fn. 8) 566.

sem Grund ist bei Gesellschaften mit einem breiten Aktionariat auch eine telefonische *Support-Hotline* zu empfehlen.³⁴ Kommt die Gesellschaft ihrer Pflicht nicht oder nur ungenügend nach und werden dadurch Aktionäre faktisch von der Teilnahme an der virtuellen Generalversammlung ausgeschlossen, so ist dies dem Verantwortungsbereich der Gesellschaft zuzurechnen.

Nicht vergessen werden darf, dass es immer noch Aktionäre gibt, die keinen Zugang zum Internet haben. Bei einer virtuellen Generalversammlung werden sie von der Teilnahme ausgeschlossen. Das erscheint nicht unproblematisch, ist im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung aber hinzunehmen. Eine gewisse Entschärfung erfährt das Problem dadurch, dass diese Aktionäre über den unabhängigen Stimmrechtsvertreter abstimmen oder einem anderen Aktionär eine Vollmacht erteilen können. Zudem braucht es zur Durchführung einer virtuellen Generalversammlung eine statutarische Grundlage; bei einem älteren oder technisch kritisch eingestellten Aktionariat dürfte es schwieriger sein, die erforderliche Stimmenmehrheit zu erhalten. Gesellschaften mit einem solchen Aktionariat werden sich jedenfalls gut überlegen müssen, ob sie auf eine virtuelle Durchführung der Generalversammlung umstellen oder noch ein paar Jahre zuwarten.

D. Nicht ordnungsgemässe Durchführung der Generalversammlung

1. Das Unmittelbarkeitsprinzip und das Recht auf Teilnahme

Im Gesetz ausdrücklich genannt wird die Voraussetzung der nicht ordnungsgemässen Durchführung. Technische Probleme ziehen nur dann eine Wiederholung der Generalversammlung nach sich, wenn die Generalversammlung nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden kann.

Zur ordnungsgemässen Durchführung gehört insbesondere, dass die Aktionäre an der Generalversammlung teilnehmen und sich an der Bildung des Organwillens beteiligen können.

Das in Art. 689 Abs. 1 OR³⁵ verankerte Unmittelbarkeitsprinzip bleibt unter dem revidierten Aktienrecht bestehen. Der Meinungs- und Austausch zur Bildung und Erklärung

³⁴ So bereits von *der Crone/Grob* (Fn. 8) 15; *Müller/Akeret* (Fn. 8) 15.

³⁵ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR) vom 30. März 1911 (SR 220).

des Organwillens an der Generalversammlung bildet den Kern des Unmittelbarkeitsprinzips. Der Aktionär muss Antrag stellen, zu Traktanden Stellung nehmen, die Beratung zu einem Thema verlangen, die Voten des Verwaltungsrates und des Aktionariats anhören, mit den anderen Aktionären diskutieren, die Gesichter der anderen sehen und auf Basis der Gesamtheit aller gesammelten Eindrücke seinen Abstimmungsentschluss fassen und entsprechend abstimmen können.³⁶ Das Unmittelbarkeitsprinzip wird durch die Einführung der virtuellen Generalversammlung in physischer Hinsicht gänzlich aufgehoben, weshalb es einer statutarischen Grundlage bedarf.³⁷ Die physische Präsenz ist zur Wahrung des Unmittelbarkeitsprinzips allerdings auch nicht mehr nötig, wenn der Meinungs- und Austausch und die Abstimmung elektronisch erfolgen.

Um seine persönlichen Mitgliedschaftsrechte in der Generalversammlung ausüben zu können, hat jeder Aktionär das Recht auf Teilnahme an derselben. Die Teilnahme an der Generalversammlung setzt eine rechtsgültige, also gesetzes- und statutenkonforme Einberufung voraus.³⁸ Die Nichteinladung von teilnahmeberechtigten Aktionären stellt einen schwerwiegenden Verstoss dar und führt zur Nichtigkeit sämtlicher Beschlüsse an dieser Generalversammlung. Dabei ist irrelevant, ob der nichteingeladene Aktionär ein genügend grosses Aktienpaket gehabt hätte, um Mehrheitsbeschlüsse tatsächlich zu verhindern. Aufgrund des Unmittelbarkeitsprinzips hätte er an der Diskussion teilnehmen, Anträge und Fragen stellen und dadurch das Abstimmungsergebnis beeinflussen können. Daher bleibt bei Nichteinladung zur Generalversammlung kein Platz für das Kausalitätsprinzip.³⁹

2. Umsetzung in der virtuellen Generalversammlung gemäss Botschaft zum Aktienrecht

Zur Wahrung des Unmittelbarkeitsprinzips müssen die verwendeten elektronischen Mittel jedenfalls die in

³⁶ *Theiler* (Fn. 11) 74; *Reiser* (Fn. 8) 233.

³⁷ Botschaft Aktienrecht (Fn. 3) 558. Nach von *der Crone* setzt Unmittelbarkeit die Anwesenheit aller teilnehmenden Aktionäre am selben Ort nicht voraus (vgl. hierzu *Hans Caspar von der Crone*, Die Internet-Generalversammlung, in: Hans Caspar von der Crone et al. [Hrsg.], *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht*. Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 155 ff., 165).

³⁸ Zum Ganzen siehe etwa *Ines Pöschel*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar. Obligationenrecht II*. Art. 530–964 OR inkl. Schlussbestimmungen, 5. A., Basel 2016, Art. 689 OR N 14 f.; *Antonio Carbonara*, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), *Kurzkommentar. OR. Obligationenrecht*, Basel 2014, Art. 689 OR N 9 ff.

³⁹ Zum Ganzen siehe BGE 137 III 460 E. 3.3.2; siehe hierzu hinten 726 ff.

Art. 701e Abs. 2 revOR statuierten Grundvoraussetzungen erfüllen. Es muss sichergestellt sein, dass (i) die Identität der Teilnehmer feststeht,⁴⁰ (ii) die Voten in der Generalversammlung unmittelbar übertragen werden, (iii) jeder Teilnehmer Anträge stellen und sich an der Diskussion beteiligen kann und (iv) das Abstimmungsergebnis nicht verfälscht werden kann. Nach Art. 701e Abs. 1 revOR hat der Verwaltungsrat die Verwendung der elektronischen Mittel zu regeln, sofern die Statuten nichts vorgeben.⁴¹

Die Aktionäre sollen ihre Meinung aufgrund der Voten des Verwaltungsrates und der anderen Aktionäre bilden können. Die Möglichkeit der aktiven Beteiligung, der unmittelbaren Mitverfolgung von Beiträgen anderer Teilnehmer und des Stellens von Anträgen und Auskunftsbegehren an der Generalversammlung muss durch das gewählte Kommunikationsmedium gewährleistet sein. Hingegen ist es nicht nötig, dass die Voten unmittelbar durch Bild übertragen werden. Bei Gesellschaften mit wenigen Aktionären ist auch der Einsatz eines Telefons denkbar, sofern die übrigen Mindestanforderungen nach Art. 701e Abs. 2 revOR erfüllt sind.⁴²

Nach Art. 701e Abs. 2 Ziff. 1 revOR muss der Verwaltungsrat sicherstellen, dass die Identität der teilnehmenden Personen feststeht. Gemäss der Botschaft zum Aktienrecht ist es allerdings nicht erforderlich, dass der Verwaltungsrat die Identität der Teilnehmenden «*eindeutig*» feststellt. Der Verwaltungsrat habe nicht die Pflicht, sämtliche Risiken, die mit der Verwendung elektronischer Mittel verbunden sind, auszuschliessen. Er habe vielmehr «*im technisch zumutbaren und vernünftigerweise zu erwartenden Rahmen zu handeln*».⁴³ Dem ist zuzustimmen.

Die vom Verwaltungsrat ausgewählte *Software* zur Durchführung der virtuellen Generalversammlung muss die soeben dargestellten Mindestanforderungen erfüllen. Ob dies der Fall ist, bedarf einer Einzelfallbetrachtung. Bei Gesellschaften mit einem überschaubaren Aktionariat dürften die gesetzlichen Anforderungen meist einfacher zu erfüllen sein als bei einer Grosszahl von Aktionären. Davon abgesehen ist der Verwaltungsrat bei

der Wahl der *Software* frei, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen.⁴⁴

Treten anlässlich der Generalversammlung technische Probleme auf, so ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen von Art. 701e Abs. 2 revOR noch erfüllt sind. Andernfalls ist die Durchführung nicht ordnungsgemäss.

E. Als Folge der technischen Probleme

Die in Art. 701f revOR angeordnete Wiederholung setzt voraus, dass die technischen Probleme die Ursache für die nicht ordnungsgemässe Durchführung der Generalversammlung waren. Dieser Zusammenhang wird im Gesetzeswortlaut durch den Begriff «*sodass*» angedeutet. Kann die Generalversammlung aus einem anderen Grund nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden, so ist Art. 701f revOR nicht anwendbar. Eine Wiederholung ist dann zwar ebenfalls denkbar, jedoch nur gestützt auf eine andere Rechtsgrundlage.

Wenn technische Probleme auftreten und die Generalversammlung nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden kann, wird i.d.R. ein Zusammenhang bestehen. Dass dies aber nicht immer der Fall sein muss, zeigt folgendes Beispiel:

Wenn im Netz eines Telekommunikationsanbieters eine Störung auftritt und der Vorsitzende die Aktionäre weder zu Wort kommen noch Anträge stellen lässt, wird die Generalversammlung zwar nicht ordnungsgemäss durchgeführt, doch ist dies nicht auf die Probleme mit der Netzverbindung zurückzuführen.

F. Einfluss auf die Beschlussfassung (Kausalzusammenhang)

Gemäss der Botschaft zum Aktienrecht soll die Generalversammlung unabhängig davon wiederholt werden müssen, ob die technischen Probleme und die nicht ordnungsgemässe Durchführung einen Einfluss auf das Abstimmungsergebnis hatten. Der Wortlaut der Botschaft zum Aktienrecht lautet wie folgt:

40 Siehe hierzu etwa eingehend von der Crone/Grob (Fn. 8) 17 ff.; Müller/Akeret (Fn. 8) 14 f.

41 Botschaft Aktienrecht (Fn. 3) 559.

42 Zum Ganzen siehe Botschaft Aktienrecht (Fn. 3) 559; siehe auch Reiser (Fn. 8) 232; Müller/Akeret (Fn. 8) 15; von der Crone/Grob (Fn. 8) 15; von der Crone/Angstmann (Fn. 8) 13.

43 Botschaft Aktienrecht (Fn. 3) 560.

44 Von der Crone/Grob, Müller/Akeret und Stoll postulieren unseres Erachtens zu Recht, dass die *Software* den Aktionären kostenlos zu Verfügung zu stellen sei (vgl. von der Crone/Grob [Fn. 8] 15; Müller/Akeret [Fn. 8] 15; Stoll [Fn. 5] 33). Freilich schreiben dies weder das Gesetz noch die gesellschaftsrechtlichen Normen vor. Dementsprechend meint Theiler, dass eine kostenlose Zurverfügungstellung der *Software* zu fordern sei, jedoch nicht, dass die Gesellschaft dazu verpflichtet sei (vgl. Theiler [Fn. 11] 78).

«Sind technische Probleme aufgetreten, so muss der VR die Abstimmung oder die Wahl wiederholen. Er kann sich von dieser Pflicht nicht durch den Nachweis befreien, dass die technischen Probleme keinen Einfluss auf das Abstimmungs- oder Wahlresultat gehabt haben. Das Aktionariat hat einen unverzichtbaren Anspruch darauf, dass die Abstimmungen und Wahlen zu traktandierten Geschäften formell sauber durchgeführt werden. Kann die GV aufgrund technischer Probleme sogar nicht ordnungsgemäss durchgeführt oder beendet werden, so ist sie gemäss Abs. 1 zu einem späteren Zeitpunkt zu wiederholen.»⁴⁵

Mit diesen Ausführungen wollte der Bundesrat vermutlich dem Misstrauen gegenüber den technischen Mitteln zur Durchführung einer Generalversammlung entgegenwirken. Er wollte damit aber wohl nicht das Kausalitätserfordernis, welches das Unmittelbarkeitsprinzip im Sinne der Verhältnismässigkeit relativiert,⁴⁶ abschaffen.⁴⁷

Die Ansicht des Bundesrates überzeugt nicht. Es muss der Gesellschaft möglich sein, den Nachweis zu erbringen, dass eine technische Störung, die sich auf die ordnungsgemässe Durchführung der Generalversammlung ausgewirkt hat, das Ergebnis der Beschlussfassung nicht beeinträchtigt hat.⁴⁸ Würde das Kausalitätserfordernis aufgegeben, wäre das Risiko einer Wiederholung derart gross, dass die virtuelle Generalversammlung – insbesondere bei grösseren Gesellschaften mit einem breiten Aktionariat – wohl weitgehend tot Buchstabe bliebe.

Das folgende Beispiel illustriert dies:

Dem Besitzer einer einzigen Aktie einer Publikums-gesellschaft wird wegen einer Verzögerung zwischen der Übertragungs- und der Echtzeit die Möglichkeit genommen, sich durch ein eigenständiges Votum zu einem Traktandum zu äussern. Abstimmen konnte er hingegen noch rechtzeitig. Würde ausschliesslich auf das Unmittelbarkeitsprinzip ohne Relativierung durch das Kausalitätserfordernis abgestellt, stünden die Erfolgchancen des Aktionärs bei der Anfechtung des Beschlusses sehr gut – und zwar, um das Beispiel noch etwas plakativer zu

machen, selbst dann, wenn er sich gar nicht hatte äussern wollen. Würde die Generalversammlung in diesem Fall wiederholt, wäre das stossend.

Die nicht ordnungsgemässe Durchführung darf nicht automatisch zur Wiederholung führen. Eine Wiederholung ist nur angezeigt, wenn ohne die technische Störung ein anderer Beschluss gefasst worden wäre. Die Beweislast obliegt in Analogie zu Art. 691 Abs. 3 OR der Gesellschaft.⁴⁹

Auch aus BGE 137 III 460 ff. kann kein allgemeiner Verzicht auf das Kausalitätserfordernis und keine uneingeschränkte Geltung des Unmittelbarkeitsprinzips abgeleitet werden. In diesem Entscheid ging es um eine durch Universalversammlung beschlossene Sitzverlegung einer Aktiengesellschaft, zu der zwei Aktionäre nicht eingeladen wurden. Das Bundesgericht entschied, dass zwischen der Nichteinladung eines Aktionärs und den auf der mangelhaften Versammlung gefällten Beschlüssen kein Kausalzusammenhang in dem Sinn bestehen müsse, als der Nichteingeladene die Beschlüsse mit seiner Stimmkraft hätte verhindern können. Die Nichteinladung teilnahmeberechtigter Personen stelle einen grundlegenden Verfahrensmangel dar, bei welchem das Kausalitätserfordernis fehl am Platz sei.⁵⁰ Dieser Entscheid betrifft die Nichteinladung von teilnahmeberechtigten Aktionären und nicht die Störung der ordentlichen Durchführung der Generalversammlung. Er ist somit nicht direkt auf Art. 701f revOR übertragbar. Das revidierte Aktienrecht erlaubt die Einladung zur Generalversammlung via elektronische Mittel.⁵¹ Die eben geschilderte Rechtsprechung ist ohne Frage auch auf die Einberufung via E-Mail und dergleichen anwendbar. Sie sagt jedoch nichts aus über das Kausalitätserfordernis bei der nicht ordnungsgemässen Durchführung der Generalversammlung aufgrund technischer Probleme. Diese Rechtsprechung ist daher nicht – wie von einigen Autoren vorgeschlagen⁵² – unbesehen auf den Fall anzuwenden, dass ein Aktionär aufgrund technischer Probleme faktisch nicht an der Generalversammlung teilnehmen konnte. Das bewusste Nichteinladen und der faktische Verlust der Teilnahmemöglichkeit trotz

45 Botschaft Aktienrecht (Fn. 3) 560.

46 Zu den Rechtsfolgen siehe Enz/Hochstrasser (Fn. 6).

47 So auch Peter V. Kunz, Evolution ins 21. Jahrhundert – oder: Zukunft der Generalversammlung von Aktiengesellschaften in der Schweiz, AJP 2011 155 ff., 163 Fn. 114, welcher darin ein «Missverständnis» sieht; anderer Ansicht: Reiser (Fn. 8) 234; Stoll (Fn. 5) 37; Schmidt/Müller (Fn. 8) 275.

48 Zur Beweislast siehe Enz/Hochstrasser (Fn. 6).

49 Vgl. zur Beweislast Enz/Hochstrasser (Fn. 6).

50 Zum Ganzen siehe BGE 137 III 460 E. 3.3.2.

51 Siehe hierzu vorne 720.

52 So z.B. Schmidt/Müller (Fn. 8) 274 f.; Stoll (Fn. 5) 37; in der Tendenz auch: Urs Bertschinger, Aktienrecht im digitalen Zeitalter, in: Lukas Gschwend et al. (Hrsg.), Recht im digitalen Zeitalter. Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2015, 167 ff., 199; Reiser (Fn. 8) 234.

ordnungsgemässer Einladung sind verschiedene Sachverhalte. Verpasst ein gehörig eingeladener Aktionär die physische Generalversammlung, weil er bei der Anreise mit dem Zug in einem Tunnel stecken bleibt, sind die Beschlüsse auch nicht ohne Anwendung des Kausalitätsprinzips nichtig.

IV. Zwischenfazit und Ausblick auf Teil 2

Im ersten Teil dieses Beitrags «Technische Probleme bei der virtuellen Generalversammlung (Art. 701f revOR)» wurden nebst einer kurzen Darstellung der Grundlagen der virtuellen Generalversammlung die Voraussetzungen von Art. 701f revOR herausgearbeitet und geprüft, damit die Generalversammlung zu wiederholen ist. Es müssen (i) technische Probleme auftreten, die (ii) im

Verantwortungsbereich der Gesellschaft liegen; (iii) kann die Generalversammlung nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden, wobei (iv) die nicht ordnungsgemässe Durchführung eine Folge der technischen Probleme ist und schliesslich (v) wäre der Beschluss ohne die technischen Probleme anders ausgefallen (Kausalzusammenhang).

Der zweite Teil dieses Beitrags, der im nächsten Heft erscheinen wird, befasst sich zum einen mit den prozessualen Aspekten der Beweislast sowie vorsorglichen und superprovisorischen Massnahmen und zum anderen mit den Rechtsfolgen (insbesondere die Thematik Anfechtbarkeit und Nichtigkeit), welche Art. 701f revOR nach sich zieht.