

Technische Probleme bei der virtuellen Generalversammlung (Art. 701f revOR) – Teil 2



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



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

I. Einleitung

Mit dem Inkrafttreten der «grossen» Aktienrechtsrevision,¹ voraussichtlich im Jahr 2023,² werden Aktiengesellschaften die Generalversammlung auch virtuell, d.h. per Video, Telefon oder Ähnliches, durchführen 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 nicht funktioniert? Der neue Art. 701f revOR bestimmt, dass die Generalversammlung zu wiederholen ist, wenn sie wegen technischer Probleme nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden kann.

Im ersten Teil dieses Beitrags wurden die Grundlagen der virtuellen Generalversammlung kurz dargestellt und anschliessend die einzelnen Voraussetzungen von Art. 701f revOR geprüft. Demnach ist die Generalver-

Die «grosse» Aktienrechtsrevision verfolgt u.a. das Ziel, das Aktienrecht an die Digitalisierung anzupassen. 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. Im ersten Teil dieses Beitrags, der im letzten Heft erschienen ist, wurden die Voraussetzungen von Art. 701f revOR untersucht. Der zweite Teil dieses Beitrags befasst sich nun mit der Beweislast, den Rechtsfolgen sowie vorsorglichen und superprovisorischen Massnahmen der virtuellen Generalversammlung.

La révision «majeure» du droit de la société anonyme vise, entre autres buts, à adapter le droit des sociétés à la numérisation. Il devrait désormais être possible de tenir l'assemblée générale virtuellement, c'est-à-dire par vidéo, téléphone ou autres moyens similaires. Avec une assemblée générale virtuelle, de nouveaux défis et problèmes apparaissent. Dans la première partie de cet article, paru dans le dernier numéro, les conditions de l'art. 701f révCO ont été examinées. La deuxième partie de cet article traite du fardeau de la preuve, des conséquences juridiques ainsi que des mesures provisionnelles et superprovisionnelles portant sur l'assemblée générale virtuelle. (P.P.)

* 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.

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 2.6.2021). 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/mm.msg-id-80358.html>> [zuletzt besucht am 2.6.2021]).

sammlung zu wiederholen, wenn (i) technische Probleme auftreten, die (ii) im Verantwortungsbereich der Gesellschaft liegen; (iii) die Generalversammlung nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden kann, (iv) wobei die nicht ordnungsgemässe Durchführung eine Folge der technischen Probleme ist, und schliesslich (v) der Beschluss ohne die technischen Probleme anders ausgefallen wäre.

Der vorliegende zweite Teil dieses Beitrags befasst sich mit der Beweislast, den Rechtsfolgen sowie vorsorglichen und superprovisorischen Massnahmen im Zusammenhang mit der virtuellen Generalversammlung.

II. Beweislast

A. Grundsatz

Der klagende Aktionär muss nach Art. 8 ZGB³ beweisen, dass (i) technische Probleme aufgetreten sind, die (ii) in den Verantwortungsbereich der Gesellschaft fallen, wobei die technischen Probleme die ordnungsgemässe Durchführung der Generalversammlung verhindert haben. Es ist ein strikter Beweis zu erbringen, vorbehaltlich einer allfälligen Beweisnot und daraus resultierender Beweiserleichterungen.

B. Bei technischen Problemen im Verantwortungsbereich des Providers

Liegt die technische Störung im Verantwortungsbereich des Providers, so trifft die Gesellschaft bei der Beschaffung des Protokolls eine prozessuale Mitwirkungspflicht. Der Aktionär kann das Protokoll nicht selber beschaffen, da er – im Gegensatz zur Gesellschaft – keinen vertraglichen Anspruch gegenüber dem Provider hat. Kommt die Gesellschaft dieser Pflicht nicht nach, so kann das Gericht die ungerechtfertigte Verweigerung nach Art. 164 ZPO⁴ bei der Beweiswürdigung berücksichtigen und u.a. eine Senkung des Beweismasses auf überwiegende Wahrscheinlichkeit oder gar Glaubhaft-

machen aufgrund einer Beweisnot seitens des Aktionärs zulassen.⁵

C. Beim Kausalzusammenhang

Art. 691 Abs. 3 OR⁶ sieht bei der Teilnahme unbefugter Personen an der Generalversammlung eine Beweislastumkehr zulasten der Gesellschaft vor, d.h., nicht der klagende Aktionär, sondern die Gesellschaft muss an der Generalversammlung beweisen, dass diese Mitwirkung keinen Einfluss auf die Beschlussfassung hatte. Nach der herrschenden Lehre sei diese Beweislastumkehr zu verallgemeinern und auf jegliche Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen wegen formeller Mängel anzuwenden. Es obliege stets der beklagten Gesellschaft, nachzuweisen, dass sich der Mangel nicht auf das Ergebnis der Beschlussfassung ausgewirkt habe.⁷

Den klagenden Aktionär trifft jedoch eine Mitwirkungspflicht. Er muss glaubhaft machen, warum der Beschluss bzw. die Wahl anders ausgefallen wäre, wenn die technischen Probleme nicht aufgetreten wären.⁸ Dem klagenden Aktionär ist eine Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts zuzumuten, weil es um Tatsachen geht, die für gewöhnlich aus seinem Wissensbereich stammen. Unterlässt er die Mitwirkung, so berücksichtigt das Ge-

3 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

4 Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008 (SR 272).

5 Allgemein hierzu etwa Jürgen Brönnimann, in: Andreas Güngerich (Hrsg.), Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Schweizerische Zivilprozessordnung. Bd. II: Art. 150–532 ZPO, Art. 400–406 ZPO, Bern 2012, Art. 164 ZPO N 7; Hans Schmid, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar. ZPO. Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Basel 2014, Art. 157 ZPO N 12.

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

7 Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht. Begründet von Theo Guhl, 11. A., Zürich 2015, § 12 Rn. 61, Rn. 65; 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. 706 OR N 137, N 152, N 209; Brigitte Tanner, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Personengesellschaften und Aktiengesellschaft. Vergütungsverordnung, 3. A., Zürich 2016, Art. 706 OR N 14; Bruno Frick/Thomas Staeheli, in: Jeannette K. Wibmer (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar. Kommentar. Aktienrecht. Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, Zürich 2016, Art. 706 OR N 5; Dieter Dubs/Roland Truffer, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht II. Art. 530–964 OR inkl. Schlussbestimmungen, 5. A., Basel 2016, Art. 706 OR N 9b; a.M. Stefan Knobloch, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Zürich 2011, 132 Fn. 530.

8 Eine ähnliche Situation gilt bei der Arzthaftung. Wie das Bundesgericht in BGE 117 Ib 197 E. 5, BGE 133 III 121 E. 4.1.3 und BGER 4P.207/2006 vom 27.10.2006 ausführte, liegt die Beweislast für die hypothetische Einwilligung beim Arzt, doch trifft den Patienten insofern eine Mitwirkungspflicht, als er plausibel darzulegen hat, weshalb er nicht in die Operation eingewilligt hätte, wenn er hinreichend aufgeklärt worden wäre.

richt dies analog zu Art. 164 ZPO bei der Beweiswürdigung. Der Aktionär muss glaubhaft machen, dass er sich tatsächlich via Votum zur Sache geäußert hätte und dass seine Argumente dazu tauglich gewesen wären, die Entscheidung der restlichen Aktionäre zu beeinflussen.

Je mehr Aktionäre von einer technischen Störung betroffen sind, desto einfacher ist es, glaubhaft zu machen, dass sich die (zumindest temporäre) Beeinträchtigung des Unmittelbarkeitsprinzips auf das Resultat der Beschlussfassung bzw. Abstimmung ausgewirkt hat und desto schwieriger wird es für die Gesellschaft, zu beweisen, dass sich am Resultat ohne technische Störung nichts geändert hätte.⁹

III. Rechtsfolge

A. Wiederholung der Generalversammlung

Art. 701f Abs. 1 revOR bestimmt, dass die Generalversammlung zu wiederholen ist, wenn sie aufgrund technischer Probleme nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden kann. Beschlüsse, die vor dem Auftreten der technischen Probleme gefasst wurden, bleiben hingegen gültig (Art. 701f Abs. 2 revOR).

Das Auftreten technischer Probleme ist nach Art. 702 Abs. 2 Ziff. 6 revOR im Protokoll festzuhalten. Unseres Erachtens gilt dies jedoch nur für jene technischen Probleme, die eine ordnungsgemässe Durchführung der Generalversammlung verhindern. Zudem können natürlich nur jene Probleme protokolliert werden, von denen die Gesellschaft Kenntnis hat.

Für die Wiederholung soll nach der Botschaft zum Aktienrecht die in Art. 700 Abs. 1 revOR vorgesehene Frist zur Einberufung der Generalversammlung unbeachtlich sein. Das Wiederholungsdatum ist freilich so anzusetzen, dass die Mehrheit des Aktionariats nicht von vornherein von der Teilnahme ausgeschlossen ist. Dabei muss die Traktandenliste unverändert bleiben. Werden die Traktanden geändert, sind die rechtlichen und statutarischen

Vorschriften zur Einberufung wieder vollständig einzuhalten.¹⁰

Eine zentrale Frage beantwortet das Gesetz nicht: ob die Wiederholung automatisch greift – mit anderen Worten, ob ein Beschluss, der an einer nicht ordnungsgemäss durchgeführten virtuellen Generalversammlung gefasst wurde, nichtig ist – oder nur dann, wenn der Beschluss angefochten wird. Die Anfechtbarkeit ist in Art. 706 f. OR geregelt, die Nichtigkeit in Art. 706b OR.

B. Anfechtbarkeit nach Art. 706 f. OR

Nach Art. 706 Abs. 1 OR, der unter revidiertem Aktienrecht unverändert Bestand hat, kann der Verwaltungsrat und jeder Aktionär Beschlüsse der Generalversammlung, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, bei Gericht mit Klage gegen die Gesellschaft anfechten. Vom Anfechtungsrecht ausgeschlossen sind mangels Rechtsschutzinteresses jedoch Aktionäre, die dem Beschluss zugestimmt haben, ohne dass sie einem wesentlichen Willensmangel unterlagen.¹¹ Abs. 2 von Art. 706 OR enthält eine nicht abschliessende Aufzählung anfechtbarer Beschlüsse.

Die Anfechtbarkeit kann zum einen den Inhalt des Beschlusses betreffen (materieller Mangel), zum anderen aber auch sein Zustandekommen (formeller Mangel).¹² Als formelle Mängel gelten etwa fehlerhafte Verkündungen des Vorsitzenden bei der Generalversammlung – so bei der Anwendung der Quoren oder in der Auszählung der Stimmen.¹³ Die Anfechtung formell mangelhafter Beschlüsse wird in Art. 706 Abs. 2 OR nicht explizit genannt; die Aufzählung ist jedoch nicht abschliessend. Damit ein Beschluss aufgrund formeller Mängel angefochten werden kann, müssen diese Mängel für die

⁹ Vgl. Peter V. Kunz, Evolution ins 21. Jahrhundert – oder: Zukunft der Generalversammlung von Aktiengesellschaften in der Schweiz, AJP 2011 155 ff., 163 Fn. 114, nach welchem sich das quantitative Element an Art. 691 Abs. 3 OR orientieren sollte; ebenfalls angetönt bei Kaspar Theiler, Gedanken zur Zulässigkeit und Durchführbarkeit der virtuellen Generalversammlung de lege lata, AJP 2012 69 ff., 78, welcher es aber offen liess, wie gross das quantitative Element letztlich sein müsste.

¹⁰ Zum Ganzen siehe Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) (Botschaft Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399 ff., 560.

¹¹ BGE 99 II 57; BGE 74 II 43; Davide Jermini/Alex Domeniconi, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar. OR. Obligationenrecht, Basel 2014, Art. 706 OR N 3.

¹² Jean Nicolas Druey, Mängel des GV-Beschlusses, in: Jean Nicolas Druey/Peter Forstmoser (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, 131 ff., 137; BSK OR II – Dubs/Truffer (Fn. 7) Art. 706 OR N 9b; ZK OR – Tanner (Fn. 7) Art. 706 OR N 136; KuKo OR – Jermini/Domeniconi (Fn. 11) Art. 706 OR N 4.

¹³ BSK OR II – Dubs/Truffer (Fn. 7) Art. 706 OR N 9b.

Beschlussfassung kausal gewesen sein.¹⁴ Obschon das Kausalitätserfordernis nur in Art. 691 Abs. 3 OR für die Stimmrechtsklage ausdrücklich festgehalten ist, gilt es nach Lehre und Rechtsprechung auch bei der Anfechtung wegen Verfahrensmängeln.¹⁵ So kann ein kausaler formeller Mangel vorliegen, wenn die Aktionäre hinsichtlich eines Beschlusses nicht ausreichend informiert wurden.¹⁶

Anfechtbare Beschlüsse sind gültig, wenn sie nicht rechtzeitig und erfolgreich angefochten werden.¹⁷ Die Anfechtungsfrist beträgt nach Art. 706a Abs. 1 OR zwei Monate ab der Generalversammlung. Es handelt sich um eine Verwirkungsfrist, die von Amtes wegen zu beachten ist.¹⁸

C. Nichtigkeit nach Art. 706b OR

Art. 706b OR zählt nicht abschliessend drei Fälle auf, in denen Beschlüsse der Generalversammlung nichtig sind. Die Nichtigkeit wirkt *ex tunc*, d.h., nichtige Beschlüsse werden so behandelt, wie wenn sie nie zustande gekommen wären.¹⁹ Mängel, die zur Nichtigkeit eines Beschlusses führen, sind nur ausnahmsweise nachträglich

heilbar.²⁰ Nichtigkeit ist mit Blick auf die Rechtssicherheit nur zurückhaltend anzunehmen.²¹ Prozessual kann die Nichtigkeit selbständig mittels Feststellungsklage oder indirekt mittels Einwendung geltend gemacht werden; sie ist von Amtes wegen zu beachten.²² Das Gericht kann den Beschluss der Generalversammlung in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR für ganz oder teilweise nichtig erklären.²³ Das Urteil wirkt – wie die Anfechtung gemäss Art. 706 Abs. 5 OR – *erga omnes*.²⁴ Die Nichtigkeitsklage kann jederzeit erhoben werden, sie untersteht somit keiner Verwirkungsfrist.²⁵ Die Beweislast trägt nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB diejenige Partei, die sich auf die Nichtigkeit beruft (analog zu Art. 706 OR).²⁶

Obschon Art. 706b OR die formellen Mängel nicht explizit nennt, ist allgemein anerkannt, dass schwerwiegende formelle Mängel zur Nichtigkeit führen können.²⁷ Die Nichtigkeit ist grundsätzlich subsidiär zur Anfechtbarkeit – dies gilt allgemein und auch bei formellen Mängeln.²⁸ Die Gerichtspraxis hat die Nichtigkeit eines Beschlusses bejaht, als die Generalversammlung in einer anderen als der statutarisch vorgeschriebenen Form einberufen wurde und ein Teil der Aktionäre keine Kenntnis

14 Statt vieler Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht. Mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und Abschlussprüfung in neuer Fassung – unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. A., Zürich 2009, § 12 Rn. 506; Roland von Büren/Walter A. Stoffel/Rolf H. Weber, Grundriss des Aktienrechts. Mit Berücksichtigung der laufenden Revision, 3. A., Zürich 2011, Rz. 1154; Markus Vischer/Dario Galli, Nicht-Aktionäre an der Generalversammlung, SJZ 2019 5 ff., 7.

15 BGER 4A_43/2007 vom 11.7.2007 E. 4.1; Knobloch (Fn. 7) 127 ff.; Druey (Fn. 12) 137; Hans Michael Riemer, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht. (AG, GmbH, Genossenschaft, Verein, Stockwerkeigentümergeinschaft). Eine materiell- und prozessrechtliche Darstellung. Bern 1998, Rz. 80; BSK OR II-Dubs/Truffer (Fn. 7) Art. 706 OR N 9b; ZK OR-Tanner (Fn. 7) Art. 706 OR N 136; Simon Bühler/Hans Caspar von der Crone, Positive Beschlussklage. Bundesgerichtsurteil 4A_48/2014 vom 2. Juni 2014 i.S. A. AG (Beschwerdeführerin) gegen B. (Beschwerdegegner), SZW 2014 564 ff., 567; sowie Bertrand G. Schott, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Zürich/Lachen 2009, 34 ff., mit jeweils weiterer Differenzierung.

16 Siehe hierzu etwa BGER 4C_419/2006 vom 19.4.2007 E. 3.2; BSK OR II-Dubs/Truffer (Fn. 7) Art. 706 OR N 9b m.w.N.

17 Statt aller BSK OR II-Dubs/Truffer (Fn. 7) Art. 706 OR N 24 ff.

18 BGE 85 II 531 E. 2; OFK OR-Frick/Staeheli (Fn. 7) Art. 706a OR N 1; CHK OR-Tanner (Fn. 7) Art. 706a OR N 1.

19 Mirjam S. Rhein, Die Nichtigkeit von VR-Beschlüssen, Zürich 2001, 6 f.; BSK OR II-Dubs/Truffer (Fn. 7) Art. 706b OR N 4; Druey (Fn. 12) 142 ff.; Wolfhart F. Bürgi, Zürcher Kommentar. Bd. V: Das Obligationenrecht. 5. Teil: Die Aktiengesellschaft. b/2: Art. 698–738 OR, Zürich 1969, Art. 706 OR N 15; ZK OR-Tanner (Fn. 7) Art. 706b OR N 152; KuKo OR-Jermini/Domeniconi (Fn. 11) Art. 706b OR N 1.

20 Vgl. hierzu BGER 5C.143/2005 vom 2.2.2006 E. 2, der festhält, dass «das Rechtssicherheitsgebot sowie der Grundsatz von Treu und Glauben gebieten, dass der Zeitablauf je nach der konkreten Situation selbst den Makel der Nichtigkeit zu heilen vermag»; vgl. auch Knobloch (Fn. 7) 3 f.; Natalia Neuman/Hans Caspar von der Crone, Nichtigkeit bei Einberufung der Mitgliederversammlung, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 5A.205/2013 vom 16. August 2013 i.S. Verein A (Beschwerdeführerin) und Vereinsmitglieder B, C, D, E und F (Beschwerdegegner), SZW 2014 105 ff., 113 f.; OFK OR-Frick/Staeheli (Fn. 7) Art. 706b OR N 2.

21 BGE 137 III 465 E. 3.3; Böckli (Fn. 14) § 16 Rn. 157; BSK OR II-Dubs/Truffer (Fn. 7) Art. 706b OR N 7, N 20; OFK OR-Frick/Staeheli (Fn. 7) Art. 706b OR N 1.

22 BGE 143 III 541 E. 4.2.2; BGE 100 III 387.

23 BGE 84 II 550; Schott (Fn. 15) 93.

24 BGER 4A_411/2008 vom 15.8.2010.

25 BSK OR II-Dubs/Truffer (Fn. 7) Art. 706b OR N 6.

26 Druey (Fn. 12) 143; ZK OR-Tanner (Fn. 7) Art. 706b OR N 191.

27 Statt vieler Böckli (Fn. 14) § 16 Rn. 174; Schott (Fn. 15) 5 f.; BSK OR II-Dubs/Truffer (Fn. 7) Art. 706b OR N 17; ZK OR-Bürgi (Fn. 19) Art. 706 OR N 11; OFK OR-Frick/Staeheli (Fn. 7) Art. 706b OR N 9; BGER 4P.331/2006 vom 5.6.2007 E. 4.2.3; BGE 115 II 473 E. 3 für den Verein.

28 BGE 115 II 473 E. 3; Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 7) § 12 Rn. 73; Böckli (Fn. 14) § 12 Rn. 110; Bühler/von der Crone (Fn. 15) 567; Neuman/von der Crone (Fn. 20) 109; Catherine Chammartin/Hans Caspar von der Crone, Der Déchargebeschluss. Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005 i.S. A. AG (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen B., C. und D. (Beklagte und Berufungsbeklagte), SZW 2005 329 ff., 335; BSK OR II-Dubs/Truffer (Fn. 7) Art. 706b OR N 18; ZK OR-Bürgi (Fn. 19) Art. 706 OR N 11 f.

davon nahm.²⁹ Ebenso führte die bewusste Nichteinladung zur Generalversammlung zur Nichtigkeit.³⁰

Bei der Beurteilung, ob ein Beschluss anfechtbar oder nichtig ist, ist nach einem Teil der Lehre entscheidend, ob ein formeller Mangel gerade die rechtzeitige Anfechtung durch einen Aktionär vereitelt.³¹ Hat beispielsweise ein Aktionär keinen Anlass dazu, eine Zusammenkunft von Aktionären als Generalversammlung zu erkennen, da er von ihr gar keine Kenntnis hatte, kann er auch die Beschlüsse dieser Generalversammlung nicht als taugliche Anfechtungsobjekte erkennen und die zweimonatige Anfechtungsfrist nicht wahren.³²

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für die erfolgreiche Geltendmachung eines formellen Verfahrensfehlers als Nichtigkeitsgrund nachzuweisen, dass der ordnungsgemässe Ablauf zu einem hypothetisch anderen Beschluss geführt hätte. Demnach ist ein Kausalzusammenhang zwischen dem geltend gemachten Mangel und dem Inhalt des Beschlusses nachzuweisen.³³

Für den Spezialfall der Nichteinladung zur Generalversammlung postuliert die herrschende Lehre, dass es für die Annahme der Nichtigkeit bereits genügen könne, wenn auch nur einem Aktionär verunmöglicht worden sei, an der Versammlung teilzunehmen oder an der Beschlussfassung mitzuwirken.³⁴ Auch das Bundesgericht hat erwogen, im Falle der Nichteinladung auf das Erfordernis der Kausalität zu verzichten. Es hat dies wie folgt begründet:

«Durch die Nichteinladung entgeht dem übergangenen Aktionär die Möglichkeit zur Teilnahme an der Generalversammlung. Auch wenn sein Aktienpaket nicht gross genug ist, um Mehrheitsbeschlüsse zu verhindern, ver-

passt er die Möglichkeit, auf die Meinungsbildung in der Versammlung Einfluss zu nehmen.»³⁵

Der Verzicht auf das Kausalitätserfordernis gilt jedoch ausdrücklich nur für die Nichteinladung zur Generalversammlung, nicht auch für andere Fälle der Nichtigkeit.³⁶

D. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit bei Art. 701f revOR 1. Im Schrifttum vertretene Meinungen

Ob ein trotz technischer Probleme gefasster Beschluss anfechtbar oder nichtig ist, wird im Schrifttum kontrovers diskutiert.

Müller/Akeret sehen in Art. 701f revOR die Möglichkeit, an sich nichtige Beschlüsse durch Wiederholung der Generalversammlung bzw. durch erneute Abstimmung nach Behebung der technischen Probleme zu heilen. Andernfalls seien die gefassten Beschlüsse nach Art. 701f Abs. 2 revOR *e contrario* ungültig und könnten mittels Nichtigkeitsklage nach Art. 706b Ziff. 1 OR beanstandet werden.³⁷

Kunz verneint eine eigenständige Geltung von Art. 701f revOR. Es liege auch bei einer virtuellen Generalversammlung im Ermessen des Aktionärs, ob er die Wiederholung der Generalversammlung einklagen oder den Beschluss nach Art. 706 f. OR anfechten möchte.³⁸

Theiler spricht sich grundsätzlich für die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Generalversammlung aus, die trotz technischer Störungen im Verantwortungsbereich der Gesellschaft gefasst wurden. Nichtigkeit liege dann vor, wenn infolge der technischen Störungen ein gewis-

29 OGer ZH vom 15.7.1969, in: SAG 10/1969 213; vgl. hierzu auch Schott (Fn. 15) 148.

30 BGE 137 III 460 E. 3.3.2; BGer 4A_93/2015 vom 22.9.2015 E. 1.2.4; siehe zu weiteren Anwendungsfällen BSK OR II–Dubs/Truffer (Fn. 7) Art. 706b OR N 18.

31 BSK OR II–Dubs/Truffer (Fn. 7) Art. 706b OR N 20; Neuman/von der Crone (Fn. 20) 115.

32 BSK OR II–Dubs/Truffer (Fn. 7) Art. 706b OR N 20.

33 BGer 4A_141/2020 vom 4.9.2020 E. 3.4.2.

34 Böckli (Fn. 14) § 16 Rn. 175, Rn. 182; Riemer (Fn. 15) Rz. 280; Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 7) § 12 Rn. 24, Rn. 64; Christoph D. Studer, Die Einberufung der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Bern 1995, 124 f.; ZK OR–Tanner (Fn. 7) Art. 701 OR N 68; a.A. BSK OR II–Dubs/Truffer (Fn. 7) Art. 706b OR N 20; Knobloch (Fn. 7) 80 Fn. 333; Bühler/von der Crone (Fn. 15) 567; BGE 86 II 95.

35 BGE 137 III 460 E. 3.3.2; gl.A. Vischer/Galli (Fn. 14) 10, welche im Rahmen der Nichtigkeit gänzlich auf das Kausalitätserfordernis verzichten möchten; 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., 275.

36 BGer 4A_516/2016 vom 28.8.2017 E. 7.2.1, unter Hinweis auf BGer 4A_197/2008 vom 24.6.2008 E. 2.3; siehe auch BGer 4A_43/2007 vom 11.7.2007 E. 4.1; jüngst wieder BGer 4A_141/2020 vom 4.9.2020 E. 3.4.2.

37 Zum Ganzen siehe Roland Müller/Fabian Akeret, Die Generalversammlung nach revidiertem Aktienrecht, SJZ 2021 7 ff., 20; im Ergebnis gl.A. Schmidt/Müller (Fn. 35) 275 f.; in diese Richtung zielt wohl, auch wenn nicht explizit, ebenso Jean–Pascal Stoll, Das neue schweizerische Recht der virtuellen Generalversammlung im Lichte anderer Rechtsordnungen, recht 2021 28 ff., 36 f.

38 Kunz (Fn. 9) 163 Fn. 117.

ser Anteil des Aktionariats ausgeschlossen werde.³⁹ Wie hoch dieser Anteil sein muss, lässt er offen.⁴⁰

2. Stellungnahme

Der Gesetzgeber hat mit der Konzeption von Art. 701f revOR darauf verzichtet, Beschlüsse einer Generalversammlung, in der technische Probleme aufgetreten sind, welche die ordnungsgemässe Durchführung verhinderten, explizit der Rechtsfolge der Nichtigkeit (Art. 706b OR) oder der Anfechtbarkeit (Art. 706 f. OR) zuzuordnen. Hätte der Gesetzgeber dies regeln wollen, hätte er einen der Kataloge von Art. 706 Abs. 2 OR oder Art. 706b OR durch eine zusätzliche Ziffer ergänzen können. Wenn der Gesetzgeber dies nicht tat, so bedeutet das, dass im konkreten Einzelfall zu prüfen ist, ob ein Beschluss anfechtbar oder nichtig ist. Diesbezüglich unterscheidet sich das neue Recht nicht vom heutigen. Bereits heute können formelle Mängel zur Anfechtbarkeit oder zur Nichtigkeit führen.⁴¹

Art. 701f revOR stellt keine eigenständige Anfechtungsgrundlage dar.⁴² Mit Art. 701f revOR hat der Gesetzgeber einen materiell-rechtlichen Anspruch geschaffen. Der Aktionär hat Anspruch auf Wiederholung der Generalversammlung, wenn diese wegen technischer Probleme nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden konnte (mit Ausnahme der Beschlüsse, die vor dem Auftreten der technischen Probleme gefasst wurden, Art. 701 Abs. 2 revOR).

Die Anfechtung eines Beschlusses bzw. die Feststellung, dass ein Beschluss nichtig ist, muss dem materiell-rechtlichen Anspruch auf Wiederholung vorgeschaltet sein. Prozessual bedeutet das Folgendes: Die Klage betreffend Anfechtung (Art. 706 f. OR) bzw. Feststellung der Nichtigkeit (Art. 706b OR) des Beschlusses kann durch eine Leistungsklage auf Wiederholung der Generalversammlung i.S.v. Art. 90 ZPO gehäuft werden. Das Gericht kann bei Gutheissung der Leistungsklage eine Frist ansetzen, innert welcher die Gesellschaft die Generalversammlung zu wiederholen bzw. neu einzuladen hat. Oft dürfte einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gehäuft mit einer Leistungsklage auf Wiederholung

der Generalversammlung ein Massnahmebegehren nach Art. 261 ff. ZPO vorangehen.⁴³

Ob ein Generalversammlungsbeschluss infolge technischer Probleme anfechtbar oder nichtig ist, beurteilt sich somit danach, wie schwer der Mangel wiegt. Ein besonders schwerwiegender Mangel, der die Nichtigkeit nach sich zieht, läge z.B. vor, wenn aufgrund flächendeckender Probleme bei einem bedeutenden Telekommunikationsanbieter ein gewichtiger Teil der Aktionäre nicht ordnungsgemäss an der Generalversammlung teilnehmen konnte.⁴⁴ Aus praktischen Gründen wird es oft sinnvoll sein, die Feststellungsklage auf Nichtigkeit eventualiter mit der Anfechtungsklage zu kombinieren.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre liegt ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse zur Anfechtung vor, wenn der Aktionär die Interessen der Gesellschaft zu wahren beabsichtigt.⁴⁵ Somit kann auch ein Aktionär, der nicht von einer technischen Störung betroffen ist, die Anfechtungsklage erheben, sofern er damit die Interessen der Gesellschaft wahren möchte. Voraussetzung ist allerdings, dass der Aktionär dem Beschluss nicht zugestimmt hat oder im gegenteiligen Fall einem wesentlichen Willensmangel unterlegen ist. Die Nichtigkeitsklage steht – unter dem Vorbehalt des offenbaren Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) – generell jedermann offen, der ein Rechtsschutzinteresse daran hat.⁴⁶

IV. Superprovisorische und vorsorgliche Massnahmen

A. Allgemeines

Nach Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht vorsorgliche Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.⁴⁷ Als weitere Voraussetzungen muss in Bezug auf das Massnahmebegehren Dringlichkeit bzw. Notwendigkeit bestehen und es muss der Grundsatz der

43 Siehe hierzu sogleich.

44 Siehe hierzu Benjamin V. Enz/Michael Hochstrasser, Technische Probleme bei der virtuellen Generalversammlung (Art. 701f revOR) – Teil 1, SJZ 2021 719 ff., 723 f.

45 BGE 122 III 282 E. 3a; BGer 4A_97/2010 vom 21.3.2011 E. 2.1; BSK OR II–Dubs/Truffer (Fn. 7) Art. 706 OR N 4a m.w.N.; Druey (Fn. 12) 134.

46 BGE 137 III 465 E. 3.3; BGE 115 II 468 E. 3b.

47 Vgl. hierzu etwa Sabine Kofmel Ehrenzeller, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar. ZPO. Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Basel 2014, Art. 261 ZPO N 5 ff.

39 So wohl 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.

40 Zum Ganzen siehe Theiler (Fn. 9) 78.

41 Siehe hierzu vorne 780 ff.

42 So wohl auch Kunz (Fn. 9) 163 Fn. 117; Theiler (Fn. 9) 78.

Verhältnismässigkeit gewahrt sein.⁴⁸ Eine Tatsache ist glaubhaft gemacht, wenn für ihr Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte.⁴⁹ Auf das Massnahmebegehren kommt das summarische Verfahren zur Anwendung (Art. 248 lit. d ZPO).

Nach Art. 265 Abs. 1 ZPO kann das Gericht bei besonderer Dringlichkeit, insbesondere bei Vereitelungsgefahr, die vorsorgliche Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen. Für eine solche superprovisorische Anordnung ist glaubhaft zu machen, dass ein schlagartiges Eingreifen des Gerichts notwendig ist, weil der gesuchstellenden Partei mit dem Zuwarten bis zur Stellungnahme der Gegenseite unzumutbare Nachteile drohen.⁵⁰ Die besondere Dringlichkeit kann zeitliche und/oder sachliche Aspekte betreffen.⁵¹

B. In Anwendung von Art. 701f revOR

Das Massnahmebegehren könnte so lauten, dass der Gesellschaft und den verantwortlichen Organen (ohne vorgängige Anhörung) unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB⁵² zu verbieten sei, den in der Generalversammlung gefassten Beschluss zu vollziehen (Art. 262 lit. a i.V.m. Art. 267 i.V.m. Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO); gegebenenfalls wird weiter zu verlangen sein, das Handelsregister sei anzuweisen, die Eintragung des Beschlusses zu unterlassen (Art. 262 lit. c ZPO).

Der klagende Aktionär muss im Sinne der Hauptsachenprognose glaubhaft machen, dass bei der Durchführung einer virtuellen Generalversammlung technische Probleme aufgetreten sind, die von der Gesellschaft zu verantworten sind und die ordnungsgemässe Durchführung verhindert haben, und er dadurch Anspruch auf Wieder-

holung der Generalversammlung nach Art. 701f revOR hat.⁵³ Des Weiteren muss der Aktionär glaubhaft machen, dass ohne Gutheissung des Massnahmebegehrens der strittige Beschluss der Generalversammlung vollzogen würde und dann im Falle der späteren Gutheissung der Hauptklage die Wiederholung der Generalversammlung den bereits vollzogenen Beschluss nicht mehr oder nur mit erheblichem Aufwand korrigieren könnte. Glaubhaft zu machen hat der Aktionär sodann die Dringlichkeit bzw. Erforderlichkeit der beantragten Massnahmen und schliesslich, dass dem beantragten Verbot keine überwiegenden Interessen der Gesellschaft entgegenstehen. Im Falle eines Dringlichkeitsbegehrens müsste er zudem die besondere Dringlichkeit glaubhaft machen.

C. Risiken

Durch die offene Formulierung in Art. 701f revOR werden sich Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen häufen. Gleichzeitig steigt die Wahrscheinlichkeit, dass Generalversammlungsbeschlüsse aufgrund von Dringlichkeits- und/oder Massnahmebegehren zumindest zwischenzeitlich nicht vollzogen werden können. Die Chance, mit einem Massnahmebegehren durchzudringen, wird regelmässig nicht schlecht sein, da das blosses Glaubhaftmachen der oben beschriebenen Tatbestände verhältnismässig einfach ist.

Die Handlungsmöglichkeiten von Minderheitsaktionären werden dadurch gestärkt. Dabei muss es aber nicht immer das Ziel des klagenden Aktionärs sein, mit der anschliessenden Prosequierungsklage durchzudringen – unter Umständen kann das Ziel auch bereits erreicht sein, wenn genügend Zeit verstreicht. Insofern birgt Art. 701f revOR auch ein gewisses Missbrauchspotenzial, das getarnt im Rahmen eines Massnahmebegehrens nicht leicht zu entlarven ist.

Um dem Missbrauch entgegenzuwirken, muss das Gericht bereits im Rahmen der Hauptsachenprognose prüfen, ob das Kausalitätserfordernis auch tatsächlich erfüllt sein könnte. Obschon die Glaubhaftmachung der fehlenden Kausalität zwischen der technischen Störung und dem Abstimmungsergebnis bei der Gesellschaft liegt, hat der gesuchstellende Aktionär bereits im Massnahmebegehren substantiiert darzulegen, weshalb das Kausalitätserfordernis seiner Ansicht nach erfüllt ist. Die Gesellschaft hat im Rahmen ihrer Stellungnahme nach

48 BGE 127 II 132 E. 3; BGer 2A.397/2005 vom 3.1.2006 E. 2.2; vgl. auch Johann Zürcher, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Dike Kommentar. ZPO. Schweizerische Zivilprozessordnung. Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 261 ZPO N 12 ff., N 33 ff.

49 BGE 130 III 321 E. 3.3; BGer 4A_312/2009 vom 23.9.2009 E. 3.6; vgl. auch DK ZPO-Zürcher (Fn. 48) Art. 261 ZPO N 6 m.w.A.

50 Siehe zum Ganzen Johann Zürcher, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich. Einstweiliger und definitiver Rechtsschutz für immaterialgüter- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche im summarischen Verfahren, Zürich 1998, 93 ff.; DK ZPO-Zürcher (Fn. 48) Art. 265 ZPO N 5; HGer SG HG.2011.101 vom 25.3.2011.

51 Thomas Sprecher, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Basel 2017, Art. 265 ZPO N 9 ff.; DK ZPO-Zürcher (Fn. 48) Art. 265 ZPO N 6.

52 Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB) vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).

53 Siehe hierzu vorne 779 f.

Art. 253 bzw. Art. 265 Abs. 2 ZPO die Möglichkeit, die beantragten Massnahmen abzuwehren.

V. Fazit

Mit dem Inkrafttreten der «grossen» Aktienrechtsrevision können Aktiengesellschaften ihre Generalversammlung neu virtuell (per Video etc.) durchführen. Treten bei einer solchen virtuellen Generalversammlung technische Probleme auf, die eine ordnungsgemässe Durchführung verhindern, ist die Generalversammlung zu wiederholen (Art. 701f revOR).

Für eine Wiederholung der Generalversammlung müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein: (i) Es treten technische Probleme auf, die (ii) im Verantwortungsbe- reich der Gesellschaft liegen; (iii) die Generalversamm- lung kann nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden, (iv) wobei die nicht ordnungsgemässe Durchführung eine Folge der technischen Probleme ist; und schliess- lich (v) wäre der Beschluss ohne die technischen Proble- me anders ausgefallen (Kausalzusammenhang).

Unter den Begriff «technische Probleme» fallen alle Probleme, die mit der fernmeldetechnischen Übertra- gung der Generalversammlung zusammenhängen.

Die Ursache der technischen Störungen muss dem Ver- antwortungsbereich der Gesellschaft zuzurechnen sein. Da die Software für die Datenübermittlung i.d.R. von einem *Provider* lizenziert und gehostet wird, welcher in vertraglicher Beziehung zur Gesellschaft steht, sind Probleme beim *Provider* der Gesellschaft zuzurechnen. Mit Ausnahme einer flächendeckenden Störung liegt es im Verantwortungsbereich des Aktionärs, eine adäquate Netzverbindung für die Teilnahme an der virtuellen Ge- neralversammlung zur Verfügung zu haben.

Zur ordnungsgemässen Durchführung gehört insbeson- dere, dass die Aktionäre an der Generalversammlung teilnehmen und sich an der Bildung des Organwillens beteiligen können (Unmittelbarkeitsprinzip). Dieses Prinzip wird infolge eines technischen Problems bei- spielsweise verletzt, indem einem Aktionär wegen einer Verzögerung zwischen der Übertragungs- und der Echt- zeit die Möglichkeit genommen wird, sich durch ein ei- genständiges Votum zu einem Traktandum zu äussern.

Die nicht ordnungsgemässe Durchführung darf nicht automatisch zur Wiederholung führen. Eine Wiederho- lung ist nur angezeigt, wenn ohne die technische Störung ein anderer Beschluss gefasst worden wäre (Kausalitäts- erfordernis). Es muss der Gesellschaft möglich sein, den Nachweis zu erbringen, dass eine technische Störung, die sich auf die ordnungsgemässe Durchführung der Generalversammlung auswirkte, das Ergebnis der Be- schlussfassung nicht beeinträchtigt hat.

Die ersten vier Voraussetzungen sind nach Art. 8 ZGB grundsätzlich vom Aktionär strikt zu beweisen. Die Be- weislast dafür, dass der Beschluss ohne technische Pro- bleme anders ausgefallen wäre, trifft hingegen die Ge- sellschaft. Den klagenden Aktionär trifft jedoch eine Mitwirkungspflicht. Er muss glaubhaft machen, warum der Beschluss bzw. die Wahl anders ausgefallen wäre, wenn die technischen Probleme nicht aufgetreten wären.

Art. 701f Abs. 1 revOR bestimmt, dass die Generalver- sammlung zu wiederholen ist, wenn sie aufgrund tech- nischer Probleme nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden kann. Beschlüsse, die vor dem Auftreten der technischen Probleme gefasst wurden, bleiben hingegen gültig (Art. 701f Abs. 2 revOR). Art. 701f revOR stellt kei- ne eigenständige Anfechtungsgrundlage dar, sondern gibt dem Aktionär einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Wiederholung der Generalversammlung, wenn die oben aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind. Indem der Gesetzgeber verzichtete, Beschlüsse einer Genera- lversammlung, in der technische Probleme aufgetre- ten sind, welche die ordnungsgemässe Durchführung verhinderten, explizit der Rechtsfolge der Nichtigkeit (Art. 706b OR) oder der Anfechtbarkeit (Art. 706 f. OR) zuzuordnen, muss im konkreten Einzelfall geprüft wer- den, ob ein Beschluss anfechtbar oder nichtig ist.

Durch die offene Formulierung in Art. 701f revOR wer- den sich Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen und da- mit auch Massnahme- und/oder Dringlichkeitsbegehren häufen. Dadurch werden die Handlungsmöglichkeiten von Minderheitsaktionären gestärkt. Gleichzeitig ent- steht aber auch ein gewisses Missbrauchspotenzial, da es nicht immer das Ziel des klagenden Aktionärs sein muss, mit der anschliessenden Prosequierungsklage durchzudringen – unter Umständen kann das Ziel auch bereits erreicht sein, wenn genügend Zeit verstreicht.