

Zeitschrift für

Vergleichende Rechts- wissenschaft

Archiv für Internationales Wirtschaftsrecht

2

Peter V. Kunz

Editorial – Sonderheft „Schweizerisches Aktienrecht 4.0“
(91)

Peter V. Kunz

Globalisierung des schweizerischen Aktienrechts (94)

Thomas Jutzi/Jan Heller

Digitalisierung im Schweizer Aktienrecht (123)

Karin Müller/Linus Bättig

Rechtsschutz bei technischen Problemen
in der hybriden und virtuellen Generalversammlung (151)

Harald Bärtschi

Verantwortlichkeit für Nachhaltigkeit (173)

Pascal Zysset

Kapital der Aktiengesellschaft (196)

Nina Reiser/Michael Kallenberg

Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Ausgewählte
Aspekte unter Berücksichtigung des neuen Art. 717a OR
(222)

Peter Jung

Das Auskunfts- und Einsichtsrecht der Aktionäre nach dem
neuen schweizerischen Aktienrecht – Vorwärts, rückwärts,
seitwärts, ran! (240)

Rechtsschutz bei technischen Problemen in der hybriden und virtuellen Generalversammlung

Karin Müller/Linus Bättig*

ZVglRWiss 124 (2025) 151–172

Art. 701f OR regelt den Umgang mit technischen Problemen in einer Generalversammlung, die unter Verwendung elektronischer Mittel durchgeführt wird. Die Bestimmung wirft mehr Fragen auf, als sie unmittelbar beantwortet. Im vorliegenden Beitrag wird insbesondere auf die zentrale Frage eingegangen, ob die Aktionäre eine Wiederholung der Generalversammlung gerichtlich erzwingen können, wenn der Verwaltungsrat sie entgegen der gesetzlichen Vorgabe nicht anordnet.

Art. 01f of the Swiss Code of Obligations (CO) regulates how to deal with technical problems in a general meeting that is conducted using electronic means. The provision raises more questions than it answers. This paper particularly focuses on the key question of whether shareholders can enforce by court that a general meeting must be held again if the board of directors does not order a repeat of a general meeting in non-compliance with its legal obligation.

Inhalt

I. Einleitung	152
II. Durchführung einer Generalversammlung unter Verwendung elektronischer Mittel.....	153
1. Hybride Generalversammlung	153
2. Virtuelle Generalversammlung	154
III. Technische Probleme bei der Durchführung einer Generalversammlung unter Verwendung elektronischer Mittel	155
IV. Wiederholung der Generalversammlung.....	158
1. Vorbemerkungen.....	158
2. Verhältnis der Wiederholungspflicht zum Anfechtungsregime bezüglich mangelbehafteter Beschlüsse	159
3. Durchführung der Wiederholung und Ausgestaltung der Wiederholungspflicht.....	161
V. Rechtsschutz.....	165
1. Allgemeines.....	165
2. Materiellrechtlicher Anspruch auf Wiederholung der Generalversammlung?	166
a) Leistungsklage auf Wiederholung der Generalversammlung	166

* Prof. Dr. iur. Karin Müller ist Ordinaria für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Zivilverfahrensrecht an der Universität Luzern. Linus Bättig, MLaw, war wissenschaftlicher Hilfsassistent an der Universität Luzern. Die Autoren danken RA Roger Felder, MLaw, für die kritische Durchsicht des Textes und Sabrina Felder, BSc, und Patrik Herger, BLaw, für die Mithilfe bei der Bereinigung des Manuskripts und der Zitatkontrolle.

b) Verbindung der Leistungsklage mit einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage	168
3. Besonderheiten bei der Klage auf Anfechtung oder Feststellung der Nichtigkeit eines aufgrund technischer Probleme mangelbehafteten Beschlusses	169
4. Klagfrist	171
VI. Schlussbemerkungen.	172

I. Einleitung

Die Generalversammlung der Aktiengesellschaft ist der Ort der Willensbildung und Entscheidungsfindung der Aktionäre.¹ Der Aspekt der Willensbildung ist dabei zentral. Die Aktionäre sollen an der Generalversammlung Voten abgeben, Anträge stellen sowie Auskünfte verlangen und sich dadurch ihre Meinung bilden können. Insofern findet in der Generalversammlung sowohl die materielle Entscheidungsfindung als auch die formelle Entscheidung statt.² Im bisherigen Aktienrecht waren daher auf dem Zirkularweg gefasste Beschlüsse nichtig³ und eine rein digitale Generalversammlung, ohne die Möglichkeit einer physischen Teilnahme, war nach überwiegender Ansicht der Lehre unzulässig.⁴ Die Willensbildung sollte im Sinne des Unmittelbarkeitsprinzips in einer physischen Versammlung stattfinden.⁵

Mit dem Inkrafttreten der Revision des Aktienrechts auf den 1. 1. 2023 ist es möglich geworden, Generalversammlungen auch auf schriftlichem Weg sowie in (rein) digitaler Form abzuhalten.⁶ Die Art. 701c ff. OR⁷ enthalten Vorschriften zur Verwendung elektronischer Mittel bei der Durchführung der Generalversammlung. Dem Unmittelbarkeitsprinzip ist nunmehr Genüge getan, wenn die Aktionäre in einer Generalversammlung, die unter Verwendung elektronischer Mittel stattfindet, Anträge stellen, sich an der Diskussion beteiligen, die weiteren Mitwirkungsrechte ausüben sowie unmittelbar übertragbare Voten abgeben können.⁸

Bei der Durchführung der Generalversammlung unter Verwendung elektronischer Mittel wird die klassische physische Präsenz durch eine digitale Unmittelbarkeit ergänzt oder gar ersetzt und damit eine funktionale Äquiva-

1 Vgl. auch *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Aufl. 2023, § 16 Rn. 626.

2 *Von der Crone*, Aktienrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 1047.

3 BGE 67 I 342, E. 3.

4 Vgl. dazu Fn. 20 hinten.

5 Vgl. *von der Crone/Grob*, Die virtuelle Generalversammlung, SZW 2018, 5, 13 f.; *Reiser*, Digitale Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen, SZW 2022, 401, 403.

6 Art. 701 Abs. 3 und Art. 701c ff. OR.

7 Bundesgesetz vom 30. 3. 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht – OR).

8 Art. 701e Abs. 2 OR; vgl. dazu *von der Crone* (Fn. 2), Rn. 1047; *Reiser*, SZW 2022, 401, 403.

lenz geschaffen.⁹ Treten an einer Generalversammlung, bei der elektronische Mittel zum Einsatz gelangen, technische Probleme auf, sodass sie nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden kann, muss sie nach Art. 701f Abs. 1 OR wiederholt werden.

Im vorliegenden Beitrag wird untersucht, wie es sich mit dem Rechtsschutz der Aktionäre bei verweigerter Wiederholung der Generalversammlung verhält. Dazu werden vorab die Formen der Durchführung der Generalversammlung unter Verwendung elektronischer Mittel – mithin die hybride und die virtuelle Generalversammlung – sowie die Frage, in welchen Fällen von einem technischen Problem im Sinne von Art. 701f OR auszugehen ist, in der gebotenen Kürze dargestellt.

II. Durchführung einer Generalversammlung unter Verwendung elektronischer Mittel

1. Hybride Generalversammlung

Die Generalversammlung kann nach neuem Aktienrecht ausdrücklich in hybrider Form durchgeführt werden. Bei einer hybriden Generalversammlung wird eine herkömmliche Präsenzversammlung abgehalten, an der die Aktionäre wahlweise physisch anwesend sein oder digital teilnehmen können.¹⁰ Es handelt sich um eine Mischform zwischen einer physischen und einer virtuellen Generalversammlung.¹¹ Bereits unter altem Recht war diese Durchführungsform der Generalversammlung zulässig, sofern die nicht physisch teilnehmenden Aktionäre simultan und ohne Zeitverzug interagieren konnten.¹²

Art. 701c OR ermöglicht es dem Verwaltungsrat vorzusehen, dass Aktionäre, die nicht am Ort der Generalversammlung anwesend sind, ihre Rechte auf elektronischem Weg ausüben können. Eine hybride Generalversammlung gilt als ordnungsgemäß durchgeführt, wenn die Voraussetzungen für die Verwen-

⁹ Von der Crone (Fn. 2), Rn. 1047 m. w. N.

¹⁰ Vgl. Böckli, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl. 2022, § 8 Rn. 121; Dubs, in: Nobel/Müller (Hrsg.), Berner Kommentar (BK), Das Aktienrecht – Kommentar der ersten Stunde, 2023, § 12 Rn. 3 f.; Fischer/Ballmer, in: Watter/Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar (BSK), OR II, 6. Aufl. 2024, Art. 701c OR, Rn. 4; Jutzi/Meier, Übersicht über die Neuerungen im Aktienrecht, in: Wolf (Hrsg.), Das neue Aktienrecht – insbesondere Aspekte aus der notariellen Praxis, 2023, S. 1, 54; Reiser, SZW 2022, 401, 406; Stoll, Das neue schweizerische Recht der virtuellen Generalversammlung im Lichte anderer Rechtsordnungen, recht 2021, 28, 29.

¹¹ Watter/Vogt/Fischer/Ballmer (Fn. 10), Art. 701c OR, Rn. 4; Jutzi/Meier, in: Wolf (Fn. 10), S. 1, 54; Stoll, recht 2021, 28, 29; Watter/Schweighofer, Die Durchführung einer hybriden Generalversammlung in der Praxis, GesKR 2023, 281, 282.

¹² Vgl. Reiser, SZW 2022, 401, 403, 406; von der Crone, Die Internet-Generalversammlung, in: FS Forstmoser, 2003, S. 155, 162 f.; von der Crone/Grob, SZW 2018, 5, 7.

dung elektronischer Mittel gemäß Art. 701e Abs. 2 OR eingehalten sind.¹³ Dazu gehört unter anderem, dass die Voten der Teilnehmenden in der Generalversammlung unmittelbar übertragen werden.¹⁴ Ein Recht auf Bildübertragung besteht hingegen nicht.¹⁵

Die Kompetenz zur Anordnung einer hybriden Generalversammlung liegt beim Verwaltungsrat.¹⁶ Eine statutarische Grundlage für die Durchführung einer hybriden Generalversammlung ist nicht erforderlich,¹⁷ weil die Aktionäre die Wahl haben, ob sie physisch oder auf elektronischem Weg teilnehmen wollen.¹⁸

2. Virtuelle Generalversammlung

Nach neuem Recht kann eine Generalversammlung auch rein digital durchgeführt werden. Die gesetzliche Grundlage findet sich in Art. 701d OR. Die sog. virtuelle Generalversammlung zeichnet sich dadurch aus, dass sie ausschließlich unter Einsatz elektronischer Mittel im digitalen Raum stattfindet und es somit an der physischen Präsenz der Teilnehmenden und an einem Tagungsort fehlt.¹⁹ Unter altem Recht erachtete die überwiegende Mehrheit der Lehre eine virtuelle Generalversammlung als unzulässig.²⁰

13 Vgl. dazu Watter/Vogt/Fischer/Ballmer (Fn. 10), Art. 701c OR, Rn. 32 ff.

14 Art. 701e Abs. 2 Ziff. 2 OR.

15 Vgl. Böckli (Fn. 10), § 8 Rn. 121 und Fn. 416 (qualifiziertes Schweigen, *e contrario* angesichts von Art. 701a Abs. 3 S. 2 OR); Schenker/Schenker, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, Übersichten, Gestaltungshinweise und Handlungsempfehlungen, 2023, S. 233; von der Crone/Bernet, Der Tagungsort der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht, Zwischen Gesellschaftssitz und Internet, in: Müller/Forrer/Zuur (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, 2020, S. 259, 267.

16 Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. 11. 2016, BBl 2017, 399, 558; Forstmoser/Küchler, Schweizerisches Aktienrecht 2020, 2022, Art. 701c OR, Rn. 6.

17 Böckli (Fn. 10), § 8 Rn. 120; Nobel/Müller/Dubs (Fn. 10), § 12 Rn. 6; Watter/Vogt/Fischer/Ballmer (Fn. 10), Art. 701c OR, Rn. 29; Häusermann, Aktionärsrechte und Generalversammlung, EF 2021, 305, 307; Jutzi/Meier, in: Wolf (Fn. 10), S. 1, 54; Reiser, SZW 2022, 401, 406; Schenker/Schenker (Fn. 15), S. 234.

18 Vgl. Reiser, SZW 2022, 401, 406.

19 Vgl. Nobel/Müller/Dubs (Fn. 10), § 12 Rn. 11; Watter/Vogt/Fischer/Ballmer (Fn. 10), Art. 701d OR, Rn. 3; von der Crone (Fn. 2), Rn. 1061; von der Crone/Grob, SZW 2018, 5, 6.

20 Vgl. Tanner, in: Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar (ZK), Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, Art. 698–726 und 731b OR, 3. Aufl. 2018, Art. 698 OR, Rn. 76 m.w.N.; von der Crone, in: FS Forstmoser (Fn. 12), S. 155, 165 f.; für die Zulässigkeit demgegenüber Theiler, Gedanken zur Zulässigkeit und Durchführbarkeit der virtuellen Generalversammlung de lege lata, AJP 2012, 69, 72 f.

Die Durchführung einer virtuellen Generalversammlung bedarf einer statutarischen Grundlage.²¹ Der Verwaltungsrat hat in der Einberufung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu bezeichnen.²² Dieses Erfordernis stellt sicher, dass Aktionäre, die nicht auf die vorgesehenen elektronischen Mittel zurückgreifen können oder wollen, ihr Stimmrecht durch eine unabhängige Person ausüben können.²³ Bei nicht börsenkotierten Gesellschaften können die Statuten vorsehen, dass auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichtet werden kann.²⁴ Der Verwaltungsrat entscheidet alsdann im Rahmen der Einberufung der Generalversammlung im Einzelfall über die Einsetzung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters; eine erneute Zustimmung der Generalversammlung zu einem Verzicht ist nicht erforderlich.²⁵ Ein genereller statutarischer Verzicht im Hinblick auf alle zukünftigen Versammlungen ist demgegenüber nicht möglich.²⁶

Für die Ausgestaltung der virtuellen Generalversammlung und die Einhaltung der Vorgaben des Datenschutzgesetzes ist der Verwaltungsrat zuständig.²⁷ Er regelt die Verwendung der elektronischen Mittel und stellt sicher, dass die Generalversammlung ordnungsgemäß durchgeführt wird.²⁸

III. Technische Probleme bei der Durchführung einer Generalversammlung unter Verwendung elektronischer Mittel

Durch die Verwendung elektronischer Mittel können sich bei der Durchführung der Generalversammlung Probleme ergeben. Während bei einer Präsenzveranstaltung einzelne Mitglieder eine Beschlussfassung wegen eines Staus oder Zugausfalls verpassen können, kann beim Einsatz von elektronischen Mitteln eine Teilnahme aufgrund eines Stromausfalls oder einer Netzstörung behindert oder gar verunmöglicht werden. Mit der Verwendung elektronischer Mittel gehen naturgemäß neue Probleme einher. Sie werden vom Gesetz als „technische Probleme“ bezeichnet und in Art. 701f OR adressiert. Die Bestimmung sieht vor, dass die Generalversammlung wiederholt werden muss, wenn während ihrer Durchführung technische Probleme auftreten, so-

21 Art. 701d Abs. 1 OR.

22 Art. 701d Abs. 1 OR.

23 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 16), BBl 2017, 399, 558 f. Für börsenkotierte Gesellschaften vgl. Art. 689c OR.

24 Art. 701d Abs. 2 OR. Zur Einführung der entsprechenden statutarischen Grundlage ist das qualifizierte Quorum erforderlich (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 15 OR).

25 Praxismitteilung EHRA 1/2023, REPRAX 2023, 125 (Ziff. 3.1.2).

26 Praxismitteilung EHRA 1/2023, REPRAX 2023, 125 (Ziff. 3.1.2); a.M. Böckli (Fn. 10), § 8 Rn. 125. Bei der Formulierung der Statutenbestimmung ist daher Vorsicht geboten (vgl. Praxismitteilung EHRA 1/2023, REPRAX 2023, 125 [Ziff. 3.1.2]).

27 Reiser, SZW 2022, 401, 407.

28 Art. 701e Abs. 1 und 2 OR.

dass sie nicht ordnungsgemäß abgehalten werden kann.²⁹ Beschlüsse, welche die Generalversammlung vor dem Auftreten der technischen Probleme gefasst hat, bleiben gültig.³⁰

Der Begriff „technische Probleme“ wird im Gesetz nicht definiert. Nach Ansicht der Lehre ist er weit zu verstehen. Er umfasst alle Arten von Störungen, die bei der Übertragung von Informationen, Voten oder Stimmen auftreten können.³¹ Die Probleme können die Hardware oder die Software betreffen.³²

In der Botschaft deutet der Bundesrat an, dass nicht jede technische Störung zur Wiederholung der Generalversammlung führen soll, indem er ausführt, dass „Schwierigkeiten der [...] Aktionäre mit den von ihnen benutzten Telekommunikationsunternehmen“ nicht als technische Probleme im Sinne von Art. 701f OR gelten.³³ Nach einhelliger Ansicht führen nur Störungen im Verantwortungsbereich der Gesellschaft zu einer Anwendung von Art. 701f OR.³⁴ Als Abgrenzungskriterium zwischen dem Verantwortungsbereich der Gesellschaft und demjenigen der Aktionäre soll die Einflussmöglichkeit dienen.³⁵

Der Verantwortungsbereich der Gesellschaft umfasst insbesondere das Funktionieren der digitalen Infrastruktur, welche sie zur Durchführung der Generalversammlung vorsieht. Weist beispielsweise die zur Verfügung gestellte Software Fehler auf und verunmöglicht sie die Teilnahme bestimmter Ak-

29 Art. 701f Abs. 1 OR. Das Protokoll hält relevante technische Probleme fest (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 6 OR).

30 Art. 701f Abs. 2 OR.

31 Vgl. *Enz/Hochstrasser*, Technische Probleme bei der virtuellen Generalversammlung (Art. 701f revOR) – Teil 1, SJZ 2021, 719, 721; *Jutzi/Yousef*, Die Wiederholung hybrider und virtueller Generalversammlungen nach Art. 701f OR, GesKR 2023, 292, 294.

32 *Enz/Hochstrasser*, SJZ 2021, 719, 721; *Watter/Vogt/Fischer/Ballmer* (Fn. 10), Art. 701f OR, Rn. 20.

33 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 16), BBl 2017, 399, 560.

34 Vgl. *Ballmer/Fischer*, Die hybride und virtuelle Generalversammlung, GesKR 2023, 172, 188; *Nobel/Müller/Dubs* (Fn. 10), § 12 Rn. 112; *Enz/Hochstrasser*, SJZ 2021, 719, 721f.; *Watter/Vogt/Fischer/Ballmer* (Fn. 10), Art. 701f OR, Rn. 24ff.; *Forstmoser/Küchler* (Fn. 16), Art. 701f OR, Rn. 6; *Häusermann*, EF 2021, 305, 307; *Jutzi/Yousef*, GesKR 2023, 292, 294; *Kunz*, Evolution ins 21. Jahrhundert – oder: Zukunft der Generalversammlung von Aktiengesellschaften in der Schweiz, AJP 2011, 155, 163; *Müller/Akeret*, Die Generalversammlung nach revidiertem Aktienrecht, SJZ 2021, 7, 16; *Schenker/Schenker* (Fn. 15), S. 238f.; *Stoll*, recht 2021, 28, 36; *von der Crone/Grob*, SZW 2018, 5, 19; *Watter/Schweighofer*, GesKR 2023, 281, 288; vgl. auch *Böckli* (Fn. 10), § 8 Rn. 117; *Reiser*, SZW 2022, 401, 409; vgl. ferner das Votum Schwander in der parlamentarischen Beratung vom 1. 6. 2011, Amtl. Bull. NR 2011, S. 841.

35 Vgl. *Watter/Vogt/Fischer/Ballmer* (Fn. 10), Art. 701f OR, Rn. 29.

tionäre, handelt es sich um ein technisches Problem im Verantwortungsbereich der Gesellschaft.³⁶

In den Verantwortungsbereich der Aktionäre fallen demgegenüber alle Probleme, die von deren eigener Hard- und Software ausgehen.³⁷ Die Aktionäre haben dafür zu sorgen, dass das von ihnen benutzte technische Gerät, die verwendete Software und der Browser funktionstüchtig sind und richtig bedient werden.³⁸ Die Gesellschaft darf von einem technisch durchschnittlich begabten und ausgerüsteten Aktionär ausgehen, soweit es um die Frage der Bedienung elektronischer Mittel geht.³⁹ Eine gewisse technische Affinität und insbesondere auch ein Internetzugang dürfen somit erwartet werden.⁴⁰

Schwieriger zu beurteilen sind technische Probleme aufgrund höherer Gewalt oder wegen Drittverschuldens. Zu denken ist insbesondere an Störungen der Netzverbindung. Die Funktionstüchtigkeit der Netzverbindung liegt grundsätzlich weder in der Macht der Gesellschaft noch in derjenigen der Aktionäre. Eine Störung der Netzverbindung fällt dann in die Risikosphäre der Aktionäre, wenn sie zwar „von außen“ stammt (z.B. durch den Provider verursacht ist), aber nur einzelne Aktionäre betrifft. Soweit indessen ein bedeutendes Telekommunikationsunternehmen flächendeckende Probleme hat, so dass ein wesentlicher Teil der Aktionäre an der Teilnahme der Generalversammlung gehindert wird, liegt nach herrschender Lehre ein technisches Problem im Verantwortungsbereich der Gesellschaft vor.⁴¹

Technische Probleme im Verantwortungsbereich der Gesellschaft sind nur dann von Bedeutung, wenn sie sich derart auswirken, dass „die Generalversammlung nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden kann“.⁴² Eine Generalversammlung ist ordnungsgemäss durchgeführt, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen und statutarischen Vorgaben eingehalten sind. Hinsichtlich der gesetzlichen Voraussetzungen ist insbesondere Art. 701e Abs. 2 OR zu be-

36 Ausführlich dazu *Enz/Hochstrasser*, SJZ 2021, 719, 721 ff.; vgl. auch *von der Cro-ne/Grob*, SZW 2018, 5, 19.

37 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 16), BBl 2017, 399, 560; vgl. auch *Ballmer/Fischer*, GesKR 2023, 172, 188; *Enz/Hochstrasser*, SJZ 2021, 719, 723 ff.; *Reiser*, SZW 2022, 401, 409.

38 Vgl. *Enz/Hochstrasser*, SJZ 2021, 719, 723 f.; vgl. auch *Ballmer/Fischer*, GesKR 2023, 172, 188.

39 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 16), BBl 2017, 399, 557.

40 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 16), BBl 2017, 399, 557; kritisch dazu *Enz/Hochstrasser*, SJZ 2021, 719, 724 f. Bei Gesellschaften mit einem breiten Aktionariat empfiehlt es sich, die Aktionäre durch Anleitungen oder Support-Hotlines zu unterstützen (*Enz/Hochstrasser*, SJZ 2021, 719, 724 f.).

41 Vgl. *Ballmer/Fischer*, GesKR 2023, 172, 184; *Enz/Hochstrasser*, SJZ 2021, 719, 723 f.; *Reiser*, SZW 2022, 401, 409; *Schenker/Schenker* (Fn. 15), S. 239; *von der Cro-ne/Grob*, SZW 2018, 5, 19; vgl. auch Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 16), BBl 2017, 399, 560; *Böckli* (Fn. 10), § 8 Rn. 117; *Jutzi/Meier*, in: *Wolf* (Fn. 10), S. 1, 59; *Müller/Akeret*, SJZ 2021, 7, 16.

42 Art. 701f Abs. 1 OR.

achten. Eine Generalversammlung ist daher namentlich dann nicht mehr ordnungsgemäß durchgeführt, wenn die Identität der Teilnehmenden nicht (mehr) feststeht, die Voten nicht (mehr) unmittelbar übertragen werden können, nicht jeder Teilnehmende Anträge stellen und sich an der Diskussion beteiligen kann oder das Abstimmungsergebnis verfälscht wird.⁴³

IV. Wiederholung der Generalversammlung

1. Vorbemerkungen

Treten während der Generalversammlung technische Probleme auf, sodass sie nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden kann, muss sie nach Art. 701f Abs. 1 OR wiederholt werden. Dabei sind nur diejenigen Beschlüsse zu wiederholen, die von den technischen Problemen betroffen sind. Beschlüsse, die vor dem Auftreten der technischen Probleme gefasst wurden, sind demgegenüber gültig.⁴⁴

Die Anwendung von Art. 701f OR setzt voraus, dass die technischen Probleme während der Generalversammlung auftreten, nicht aber, dass sie auch sofort bemerkt werden.⁴⁵ Während der Generalversammlung trifft die Wiederholungspflicht den Vorsitzenden,⁴⁶ mithin in der Regel den Verwaltungsratspräsidenten. Oft werden technische Probleme aber erst im Nachgang zur Generalversammlung bemerkt.⁴⁷ In diesem Fall obliegt die Pflicht zur Anordnung der Wiederholung dem (Gesamt-)Verwaltungsrat, weil er für die korrekte Verwendung der elektronischen Mittel verantwortlich ist.⁴⁸ Die Wiederholung ermöglicht, dass Beschlüsse, die aufgrund technischer Probleme mangelbehaftet sind, gültig gefasst und die Verfahrensmängel dadurch „geheilt“ werden.⁴⁹

Die gesetzliche Anordnung der Wiederholung der Generalversammlung ist naheliegend und scheint auf den ersten Blick auch eine sinnvolle und praktikable Lösung zu sein. Bei näherem Hinsehen erweist sie sich indessen als problematischer als gedacht, weil sie verschiedene Fragen aufwirft und zu Abgrenzungsproblemen führt. Insofern sorgt die Vorschrift rechtspraktisch wie

⁴³ Ähnlich *Enz/Hochstrasser*, SJZ 2021, 719, 725 f.

⁴⁴ Art. 701f Abs. 2 OR.

⁴⁵ *Watter/Vogt/Fischer/Ballmer* (Fn. 10), Art. 701f OR, Rn. 3.

⁴⁶ Vgl. *Watter/Vogt/Fischer/Ballmer* (Fn. 10), Art. 701f OR, Rn. 5, wonach die Wiederholung als Ordnungsmassnahme qualifiziert werden kann (Art. 701f OR, Rn. 4 und 5).

⁴⁷ Vgl. *Watter/Vogt/Fischer/Ballmer* (Fn. 10), Art. 701f OR, Rn. 3.

⁴⁸ Vgl. Art. 701e OR.

⁴⁹ Vgl. *Ballmer/Fischer*, GesKR 2023, 172, 186; *Watter/Vogt/Fischer/Ballmer* (Fn. 10), Art. 701f OR, Rn. 11.

auch dogmatisch für Verwirrung.⁵⁰ Im Zusammenhang mit der Pflicht zur Wiederholung der Generalversammlung stellen sich etwa folgende Fragen: In welchem Zeitraum muss die Generalversammlung wiederholt werden bzw. wie lange darf der Verwaltungsrat mit der Wiederholung zuwarten? Beschlüsse, die unter dem Einfluss technischer Probleme zustande gekommen sind, sind mangelbehaftet. In welchem Verhältnis steht die Wiederholungspflicht zum Anfechtungsregime bezüglich mangelbehafteter Beschlüsse nach Art. 706 ff. OR? Art. 701f OR regelt die Rechtsfolgen einer Verletzung der Wiederholungspflicht nicht. Ob dem Aktionär ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Wiederholung der Generalversammlung zusteht, sagt das Gesetz nicht explizit. Auf diese Fragen wird im Folgenden eingegangen. Dabei soll zuerst das Verhältnis der Wiederholungspflicht zum Anfechtungsregime bezüglich mangelbehafteter Beschlüsse geklärt werden. Anschließend wird die Ausgestaltung der Wiederholungspflicht erörtert, bevor schließlich auf den Rechtsschutz bei verweigerter Wiederholung der Generalversammlung und in diesem Zusammenhang auf die Frage, ob ein materiellrechtlicher Anspruch auf Wiederholung besteht, eingegangen wird.

2. Verhältnis der Wiederholungspflicht zum Anfechtungsregime bezüglich mangelbehafteter Beschlüsse

Die Wiederholung einer Generalversammlung ist dem Aktienrecht an sich fremd.⁵¹ Von der Generalversammlung gefasste Beschlüsse sind grundsätzlich gültig bzw. rechtsbeständig, sofern nicht erfolgreich eine Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage nach Art. 706 ff. OR erhoben wird.⁵² Bei einer erfolgreichen Anfechtungsklage wird der Beschluss durch das richterliche Urteil *ex tunc* aufgehoben.⁵³ Leidet der Beschluss an einem schwerwiegenden Mangel, kann klageweise die Nichtigkeit festgestellt werden.⁵⁴ Weil ein nichtiger Beschluss von Anfang an unwirksam ist und als nicht zustande gekommen gilt,⁵⁵ könnte die Beschlussfassung in einem solchen Fall grundsätzlich ohne Weiteres wiederholt werden. Ist der Beschluss demgegenüber lediglich anfechtbar, kann

50 Watter/Vogt/Fischer/Ballmer (Fn. 10), Art. 701f OR, Rn. 2; vgl. auch Kunz, AJP 2011, 155, 162 f.

51 Vgl. Schott, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, 2009, § 15 Rn. 29; vgl. auch Dubs/Truffer, in: Watter/Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar (BSK), OR II, 6. Aufl. 2024, Art. 706 OR, Rn. 25.

52 Vgl. Handschin/Tanner (Fn. 20), Art. 706 OR, Rn. 10.

53 Vgl. BGE 147 III 126, E. 3.1.1; BGE 133 III 453, E. 7.3; vgl. ferner etwa Druey/Glanzmann, in: Druey/Druey Just/Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl. 2021, § 12 Rn. 103; von der Crone (Fn. 2), Rn. 1201.

54 Art. 706b OR. Prozessual handelt es sich dabei um eine Feststellungsklage (BGE 147 III 126, E. 3.3.4.2).

55 Vgl. Watter/Vogt/Dubs/Truffer (Fn. 51), Art. 706b OR, Rn. 4; Handschin/Tanner (Fn. 20), Art. 706b OR, Rn. 15; von der Crone (Fn. 2), Rn. 1211.

die Pflicht zur Wiederholung der Generalversammlung in Konflikt mit dem gesetzlichen Anfechtungsregime geraten, jedenfalls dann, wenn im Wiederholungszeitpunkt die Anfechtungsfrist von zwei Monaten⁵⁶ bereits verstrichen ist. Ein mängelbehafteter Beschluss, der nicht innert der gesetzlichen Verwirkungsfrist⁵⁷ angefochten wird, gilt nämlich als gültig zustande gekommen.

Es gibt keine Anhaltspunkte, dass die in Art. 701f Abs. 1 OR vorgesehene Wiederholungspflicht die gesetzliche Ordnung betreffend die Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit von Beschlüssen tangieren sollte.⁵⁸ Damit stellt sich die Frage, ob ein unter dem Einfluss technischer Probleme zustande gekommener Beschluss anfechtbar oder nichtig ist. Das Gesetz äußert sich nicht explizit dazu.⁵⁹ Art. 701f Abs. 2 OR hält lediglich fest, dass „Beschlüsse, welche die Generalversammlung vor dem Auftreten der technischen Probleme gefasst hat, [...] gültig“ bleiben. Eine Auslegung der Bestimmung führt zu keinem eindeutigen Ergebnis.⁶⁰ In der Lehre wird die Frage unterschiedlich beantwortet, soweit darauf überhaupt explizit eingegangen wird. Ein Teil der Doktrin spricht sich dafür aus, dass ein solcher Beschluss lediglich anfechtbar sein soll,⁶¹ während ein anderer Teil von der Nichtigkeit ausgeht,⁶² bzw. die Ansicht vertritt, es sei gar kein Beschluss zustande gekommen.⁶³

Art. 701f OR hat bezüglich der Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit von Beschlüssen keine eigenständige Bedeutung in dem Sinne, dass er eine Anfechtungsgrundlage schaffen würde.⁶⁴ Es ist daher nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen, ob ein unter dem Einfluss technischer Probleme zustande gekommener Beschluss bloß anfechtbar oder nichtig ist. Letztlich hängt es

⁵⁶ Art. 706a Abs. 1 OR.

⁵⁷ Watter/Vogt/*Dubs/Truffer* (Fn. 51), Art. 706a OR, Rn. 2.

⁵⁸ Jedenfalls äußert sich die Botschaft nicht in diese Richtung (vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts [Fn. 16], BBl 2017, 399, 560) und aus den weiteren Materialien ergibt sich – soweit ersichtlich – nichts anderes; ähnlich *Schott* (Fn. 51), § 15 Rn. 29.

⁵⁹ *Jutzi/Yousef*, GesKR 2023, 292, 300.

⁶⁰ Zur Auslegung von Art. 701f Abs. 1 OR vgl. *Jutzi/Yousef*, GesKR 2023, 292, 298 ff.

⁶¹ *Jutzi/Yousef*, GesKR 2023, 292, 300 f.; vgl. auch *Schott* (Fn. 51), § 15 Rn. 36 ff.

⁶² *Müller/Akeret*, SJZ 2021, 7, 20.

⁶³ *Bertschinger*, Aktienrecht im digitalen Zeitalter, in: Gschwend/Hettich/Müller-Chen/Schindler/Wildhaber (Hrsg.), Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, 2015, S. 165, 199; *Schmidt/Müller*, Beschlussmängel bei der virtuellen Generalversammlung, in: Dal Molin-Kränzlin/Schneuwly/Stojanovic (Hrsg.), Digitalisierung – Gesellschaft – Recht, 2019, S. 261, 275.

⁶⁴ Vgl. *Enz/Hochstrasser*, Technische Probleme bei der virtuellen Generalversammlung (Art. 701f revOR) – Teil 2, SJZ 2021, 778, 783; Watter/Vogt/*Fischer/Ballmer* (Fn. 10), Art. 701f OR, Rn. 9; *Jutzi/Yousef*, GesKR 2023, 292, 300; vgl. auch *Kunz*, AJP 2011, 155, 163, Fn. 117; *Watter/Schweighofer*, GesKR 2023, 281, 289; a.M. offenbar *Reiser*, SZW 2022, 401, 410 (Art. 701f OR als *lex specialis* zu Art. 706 ff. OR).

von der Schwere des Mangels im Einzelfall ab.⁶⁵ In aller Regel dürfte bloß Anfechtbarkeit vorliegen.⁶⁶ Nur wenn der Beschluss an einem schwerwiegenden Mangel leidet, ist ausnahmsweise Nichtigkeit anzunehmen,⁶⁷ so etwa, wenn eine überwiegende Anzahl der Aktionäre aufgrund der technischen Probleme von der Beschlussfassung ausgeschlossen wurde.⁶⁸ Insofern ändert Art. 701f OR nichts am Anfechtungsregime betreffend mangelbehaftete Beschlüsse.

Inwieweit die neue Bestimmung von Art. 701f OR indessen zu Interferenzen mit dem Anfechtungsregime mangelbehafteter Beschlüsse führt bzw. von diesem beeinflusst wird, ist unklar. Dies gilt einerseits für die Frage, innert welcher Frist eine Wiederholung stattzufinden hat bzw. geltend gemacht werden muss, andererseits im Hinblick darauf, dass der historische Gesetzgeber in der Botschaft eine Pflicht zur Wiederholung der Generalversammlung unabhängig vom Erfordernis der Kausalität als gegeben ansieht. Der Verwaltungsrat soll sich von der Wiederholungspflicht nicht mit dem Nachweis befreien können, die technischen Probleme hätten keinen Einfluss auf das Abstimmungs- oder Wahlergebnis gehabt.⁶⁹ Auf diese Fragen ist zurückzukommen.⁷⁰

3. Durchführung der Wiederholung und Ausgestaltung der Wiederholungspflicht

Vor dem Hintergrund, dass Art. 701f OR grundsätzlich nichts am Anfechtungsregime der Art. 706 ff. OR ändert,⁷¹ ist die Wiederholung der mangelhaften Beschlussfassung als Ausnahme vom Grundsatz anzusehen, dass mangelbehaftete Beschlüsse angefochten werden müssen, um ihnen die Gültigkeit zu entziehen. Bei Vorliegen von technischen Problemen kann der Verwaltungsrat die Generalversammlung bzw. die Beschlussfassung daher wiederholen, ohne dass eine Anfechtung der davon betroffenen Beschlüsse erforderlich ist. Der mangelhafte Beschluss wird durch einen neuen Beschluss ersetzt und nicht wie bei einer Anfechtung durch richterliches Urteil aufgehoben.

65 Vgl. *Ballmer/Fischer*, GesKR 2023, 172, 186; *Darbellay*, Déroulement de l'assemblée générale – Modifications prévues par le nouveau droit de la société anonyme, in: *Bahar/Chabloz/Canapa/Hari/Trigo Trindade* (Hrsg.), *Modernisation du droit de la société anonyme* du 19 juin 2020, 2024, S. 13, 19; *Enz/Hochstrasser*, SJZ 2021, 778, 783 und 785.

66 Vgl. *Ballmer/Fischer*, GesKR 2023, 172, 186; *Schott* (Fn. 51), § 15 Rn. 36 ff.

67 Vgl. etwa *Schott* (Fn. 51), § 15 Rn. 39; *Handschin/Tanner* (Fn. 20), Art. 706b OR, Rn. 11 f.

68 Vgl. auch *Handschin/Tanner* (Fn. 20), Art. 706b OR, Rn. 116.

69 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 16), BBl 2017, 399, 560.

70 Vgl. dazu IV. 3. und V. 4. (bezüglich Frist zur Wiederholung) sowie IV. 3. und V. 3. (bezüglich Kausalität) hinten.

71 Vgl. dazu IV. 2. vorne.

Der Gesetzgeber geht grundsätzlich von der „unmittelbaren“ Wiederholung nach Auftreten eines technischen Problems aus.⁷² Das Verhältnismäßigkeitsprinzip verlangt denn auch, dass eine Generalversammlung, an der technische Probleme auftreten, nicht sofort abgebrochen, sondern vorerst lediglich unterbrochen wird.⁷³ In erster Linie soll versucht werden, die technischen Probleme zu beheben. Gelingt dies, kann die Beschlussfassung unmittelbar wiederholt werden. Lassen sich die technischen Probleme demgegenüber nicht innert nützlicher Frist beheben, ist die Generalversammlung abzubrechen und erneut durchzuführen.⁷⁴ Dies gilt auch, wenn die technischen Probleme erst im Nachhinein bemerkt werden.

Wie ausgeführt, soll sich der Verwaltungsrat nach der Botschaft von der Wiederholungspflicht nicht mit dem Nachweis, die technischen Probleme hätten keinen Einfluss auf das Abstimmungs- oder Wahlresultat gehabt, befreien können.⁷⁵ Inwiefern die damit angesprochene Kausalität bei der Beantwortung der Frage, ob eine Wiederholungspflicht besteht, ins Feld geführt werden kann, wird in der Lehre kontrovers diskutiert. Mit Verweis auf die Botschaft spricht sich der wohl überwiegende Teil der Lehre dafür aus, der Nachweis der fehlenden Kausalität könne nicht erbracht werden.⁷⁶ Ein anderer Teil der Doktrin vertritt demgegenüber – teilweise mit Verweis auf Art. 691 Abs. 3 OR⁷⁷ – die Ansicht, die Generalversammlung müsse nur wiederholt werden, wenn die technischen Probleme für das Ergebnis der Beschlussfassung kausal waren.⁷⁸

⁷² Jutzi/Yousef, GesKR 2023, 292, 295.

⁷³ Vgl. Watter/Vogt/Fischer/Ballmer (Fn. 10), Art. 701f OR, Rn. 39; vgl. auch Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 16), BBl 2017, 399, 560.

⁷⁴ Vgl. Watter/Vogt/Fischer/Ballmer (Fn. 10), Art. 701f OR, Rn. 6; Jutzi/Yousef, GesKR 2023, 292, 295; Watter/Schweighofer, GesKR 2023, 281, 290 m. w. N.

⁷⁵ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 16), BBl 2017, 399, 560.

⁷⁶ Vgl. Böckli (Fn. 10), § 8 Rn. 115; Darbellay, in: Bahar/Chabloz/Canapa/Hari/Trigo Trindade (Fn. 65), S. 13, 19; Jutzi/Meier, in: Wolf (Fn. 10), S. 1, 58; Jutzi/Yousef, GesKR 2023, 292, 301; Neri-Castracane/Peter, in: Tercier/Trigo Trindade/Canapa (Hrsg.), *Commentaire romand, Code des obligations II*, 2. Aufl. 2024, Art. 701f OR, Rn. 10; Schenker/Schenger (Fn. 15), S. 239f.; Schmidt/Müller, in: Dal Molin-Kränzlin/Schneuwly/Stojanovic (Fn. 63), S. 261, 275; Stoll, recht 2021, 28, 37; von der Crone (Fn. 2), Rn. 1059; von der Crone/Grob, SZW 2018, 5, 19; vgl. auch Nobel/Müller/Dubs (Fn. 10), § 12 Rn. 112; Eisenring, in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser (Hrsg.), *Orell Füssli Kommentar zum OR (OFK)*, 4. Aufl. 2022, Art. 701f OR, Rn. 1.

⁷⁷ Dazu, dass der Verweis auf Art. 691 Abs. 3 OR fehl geht, Jutzi/Yousef, GesKR 2023, 292, 301.

⁷⁸ Vgl. Enz/Hochstrasser, SJZ 2021, 719, 727; Watter/Vogt/Fischer/Ballmer (Fn. 10), Art. 701f OR, Rn. 39; Kunz, AJP 2011, 155, 163, Fn. 114; Watter/Schweighofer, GesKR 2023, 281, 289; vgl. auch Forstmoser/Küchler (Fn. 16), Art. 701f OR, Rn. 7; Reiser, SZW 2022, 401, 409f.; von der Crone/Angstmann, *Kernfragen der Aktienrechtsrevision*, SZW 2017, 3, Fn. 88; unklar Tanner, *Moderne Formen der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht 2020*, SZW 2021, 589, 603.

Die Aktionäre haben Anspruch darauf, dass Abstimmungen und Wahlen zu traktandierten Verhandlungsgegenständen formell korrekt durchgeführt⁷⁹ und die Voraussetzungen der digitalen Unmittelbarkeit bei einer Generalversammlung unter Verwendung elektronischer Mittel erfüllt werden.⁸⁰ Könnte der Verwaltungsrat beim Auftreten technischer Probleme Kausalitätsüberlegungen geltend machen und dadurch die Wiederholung der Beschlussfassung bzw. der Generalversammlung verhindern, würde dieser Anspruch obsolet. Das Kausalitätserfordernis würde dazu führen, dass technische Probleme in bestimmten Fällen folgenlos blieben, weil sie keine Auswirkungen auf das Abstimmungsergebnis hätten.⁸¹ Oft wird sich zudem erst im Nachgang zur Generalversammlung zeigen, wie sich die technischen Probleme ausgewirkt haben und wer davon betroffen war. Eine Wiederholung der Beschlussfassung oder gar der Generalversammlung drängt sich daher bei Auftreten von technischen Problemen grundsätzlich unabhängig von Kausalitätsüberlegungen auf.⁸² Dies entspricht auch dem Willen des historischen Gesetzgebers.⁸³ Etwas anderes kann ganz ausnahmsweise nur dann gelten, wenn das technische Problem völlig unbedeutend ist.⁸⁴ Letztlich liegt es in den Händen des Verwaltungsrats, ob eine Generalversammlung hybrid oder virtuell durchgeführt wird, sodass sich die vorliegend vorgenommene „Risikoallokation“ rechtfertigt.⁸⁵ Eine andere Frage ist hingegen, inwiefern sich das fehlende Kausalitätserfordernis bei einer Anfechtung des mangelbehafteten Beschlusses auswirkt. Darauf ist zurückzukommen.⁸⁶

Die Wiederholung der Beschlussfassung muss zum Ziel haben, die durch technische Probleme verursachten Mängel zu „heilen“. Je nach aufgetretenem technischem Problem kann daher die Wiederholung der Generalversammlung anders aussehen. Hat ein technisches Problem dazu geführt, dass die Aktionäre ihre Stimmen nicht (korrekt) abgeben konnten, ist lediglich die eigentliche Beschlussfassung zu wiederholen. War indessen auch die Willensbildung

79 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 16), BBl 2017, 399, 560; vgl. auch *Böckli* (Fn. 10), § 8 Rn. 115; *Watter/Vogt/Fischer/Ballmer* (Fn. 10), Art. 701f OR, Rn. 11.

80 Vgl. dazu Art. 701e Abs. 2 OR.

81 Vgl. *Schenker/Schenker* (Fn. 15), S. 239f., die darauf hinweisen, dass bei den meisten Publikumsgesellschaften aufgrund der Weisungserteilung an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter, der typischerweise die Mehrheit der Aktienstimmen vertritt, bereits feststeht, wie das Abstimmungsergebnis ausfallen wird.

82 Daran ändert nichts, dass eine Wiederholung zu Aufwand und Kosten führt (vgl. dazu *Watter/Schweighofer*, GesKR 2023, 281, 289, die es aus praktischer Sicht für unsinnig halten, die Kausalität völlig außer Acht zu lassen).

83 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 16), BBl 2017, 399, 560; so auch *Jutzi/Yousef*, GesKR 2023, 292, 296.

84 In einem solchen Fall dürfte das Rechtsschutzinteresse fehlen bzw. es rechtsmissbräuchlich sein, die Wiederholung zu verlangen.

85 Vgl. auch *Jutzi/Yousef*, GesKR 2023, 292, 301.

86 Vgl. dazu V. 3. hinten.

durch technische Probleme beeinträchtigt, weil beispielsweise Aktionäre kein Votum abgeben konnten, ist neben der Beschlussfassung auch die vorgelagerte Diskussion nochmals durchzuführen.

Wird die Traktandenliste für die Wiederholung der Generalversammlung nicht angepasst, werden mithin lediglich die mangelbehafteten Beschlüsse erneut gefasst, liegt eine Fortsetzung der abgebrochenen Generalversammlung vor.⁸⁷ Dementsprechend hält die Botschaft fest, dass für die Wiederholung die Einberufungsfrist von 20 Tagen nach Art. 700 Abs. 1 OR nicht eingehalten werden muss.⁸⁸ In der Literatur ist die Frage der Einhaltung der Einberufungsfrist indessen umstritten.⁸⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung rechtfertigt sich eine verkürzte Einberufungsfrist, soweit lediglich die mangelbehafteten Beschlüsse erneut gefasst werden sollen. Einzuhalten sind aber jedenfalls die weiteren Formalitäten der Einberufung im Sinne von Art. 700 Abs. 2–4 OR.⁹⁰ Bei der Ansetzung des Generalversammlungstermins ist darauf zu achten, dass nicht eine Mehrheit der Aktionäre von der Teilnahme ausgeschlossen ist.⁹¹ Wählt der Verwaltungsrat für die Wiederholung eine andere Durchführungsform, etwa eine physische Generalversammlung mit Tagungsort, kann die Teilnahme für gewisse Aktionäre schwieriger werden. In diesem Fall ist zu empfehlen, die zu wiederholende Generalversammlung unter Einhaltung der Frist von 20 Tagen einzuberufen. Wird die Traktandenliste erweitert oder ergänzt,

87 Vgl. Böckli (Fn. 10), § 8 Rn. 116; vgl. auch Bertschinger, in: Gschwend/Hettich/Müller-Chen/Schindler/Wildhaber (Fn. 63), S. 165, 196, der in diesem Zusammenhang von einer „Rest-Generalversammlung“ spricht. A.M. wohl Kunz, AJP 2011, 155, 163, Fn. 116, der die wiederholte Generalversammlung als „normale ausserordentliche GV“ bezeichnet.

88 Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 16), BBl 2017, 399, 560.

89 Die Einhaltung der Einberufungsfrist für nicht erforderlich haltend: Bühler, Digitale Revolution im Aktienrecht?, SJZ 2017, 565, 571; Eisenring, in: OFK (Fn. 76), Art. 701f OR, Rn. 1; Enz/Hochstrasser, SJZ 2021, 778, 780; Forstmoser/Küchler (Fn. 16), Art. 701f OR, Rn. 8; Häusermann, EF 2021, 305, 307; Jutzi/Meier, in: Wolf (Fn. 10), S. 1, 59; Jutzi/Yousef, GesKR 2023, 292, 295; Mustaki/Schwab, Digitalisation des décisions dans le nouveau droit de la société anonyme, Jusletter 9. 11. 2020, 1, Rn. 42; Reiser, SZW 2022, 401, 410; Tanner, SZW 2021, 589, 603; von der Crone (Fn. 2), Rn. 1060; kritisch dazu Böckli (Fn. 10), § 8 Rn. 116; zurückhaltend und mit der Empfehlung, die Einberufungsfrist einzuhalten: Watter/Vogt/Fischer/Ballmer (Fn. 10), Art. 701f OR, Rn. 45 ff.; Müller/Akeret, SJZ 2021, 7, 17; Reiser, GesKR 2020, 229, 234. Für die Einhaltung der Einberufungsfrist: Bertschinger, in: Gschwend/Hettich/Müller-Chen/Schindler/Wildhaber (Fn. 63), S. 165, 196 ff.; Kunz, AJP 2011, 155, 163, Fn. 116; Schenker/Schenker (Fn. 15), S. 240 f.; Schmidt/Müller, in: Dal Molin-Kränzlin/Schneuwly/Stojanovic (Fn. 63), S. 261, 276 f.; Schott (Fn. 51), § 15 Rn. 33 f.; Stoll, recht 2021, 28, 36.

90 Watter/Vogt/Fischer/Ballmer (Fn. 10), Art. 701f OR, Rn. 50. Für die Aktionäre muss insbesondere erkennbar sein, über welche Traktanden der abgebrochenen Generalversammlung (erneut) abgestimmt wird.

91 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 16), BBl 2017, 399, 560.

muss die Einberufungsfrist eingehalten werden, weil es sich um eine neue Generalversammlung handelt.⁹²

Das Gesetz äußert sich nicht dazu, innert welcher Frist die Generalversammlung zu wiederholen ist. Die Wiederholung hat innert angemessener Frist zu erfolgen. Der Verwaltungsrat darf nicht unnötig lange zuwarten. Die Angemessenheit des Zuwartens beurteilt sich nach den konkreten Umständen, insbesondere dem Verhandlungsgegenstand, der Größe der Generalversammlung sowie dem Organisations- und Zeitaufwand, der für die Vorbereitung der Wiederholung erforderlich ist.⁹³ Eine Wiederholung muss solange angeordnet werden, als ein Interesse an der Wiederholung besteht.⁹⁴

Um das Anfechtungsregime der Art. 706 ff. OR nicht aus den Angeln zu heben und das Risiko widersprüchlicher Beschlüsse zu vermeiden, hat die Wiederholung spätestens zwei Monate nach der durch technische Probleme gestörten Generalversammlung stattzufinden. Wird die Beschlussfassung nicht innert dieser Frist wiederholt, werden die Mängel von Gesetzes wegen geheilt,⁹⁵ sofern die entsprechenden Beschlüsse nicht angefochten werden.⁹⁶ Für die Aktionäre bedeutet dies, dass sie rechtzeitig eine Anfechtungsklage erheben – und damit verbunden die Wiederholung der Generalversammlung beantragen⁹⁷ – müssen, wenn sich abzeichnet, dass der Verwaltungsrat keine Wiederholung anordnen wird.

Findet die Wiederholung der Beschlussfassung demgegenüber erst nach Ablauf der zweimonatigen Verwirkungsfrist von Art. 706a Abs. 1 OR statt, ohne dass der mängelbehaftete Beschluss angefochten wurde, liegen unter Umständen zwei sich widersprechende Beschlüsse in der gleichen Sache vor.

V. Rechtsschutz

1. Allgemeines

Kommt es bei einer Generalversammlung zu technischen Problemen, so dass diese nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden kann, stellt sich die Frage, welche Rechtsbehelfe den Aktionären zur Verfügung stehen, wenn der Verwaltungsrat seiner Wiederholungspflicht nicht nachkommt. Im Folgenden wird erörtert, ob den Aktionären ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf

92 Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 16), BBl 2017, 399, 560.

93 Zur Frage der Angemessenheit der Frist im Zusammenhang mit Art. 699 Abs. 5 OR (Einberufung einer Generalversammlung auf Begehren von Aktionären) Watter/Vogt/Dubs/Truffer (Fn. 51), Art. 699 OR, Rn. 38 und 41; vgl. auch Handschin/Tanner (Fn. 20), Art. 699 OR, Rn. 63 (zum aOR).

94 Vgl. Schott (Fn. 51), § 15 Rn. 26.

95 Vgl. zur Heilung im Allgemeinen statt vieler von der Crone (Fn. 2), Rn. 1160 und 1163.

96 Vorbehalten bleibt die Nichtigkeit des Beschlusses.

97 Vgl. dazu V. 2. b) hinten.

Wiederholung der Generalversammlung zusteht. Alsdann wird darauf eingegangen, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Aktionär einen aufgrund technischer Probleme mangelbehafteten Beschluss anfechten kann.

2. *Materiellrechtlicher Anspruch auf Wiederholung der Generalversammlung?*

a) Leistungsklage auf Wiederholung der Generalversammlung

Kommt der Verwaltungsrat seiner Wiederholungspflicht nicht nach, stellt sich die Frage, ob die Aktionäre eine Wiederholung der Beschlussfassung auch gegen den Willen des Verwaltungsrats erwirken können. Art. 701f OR äußert sich nicht dazu und in der Botschaft sowie den weiteren Materialien finden sich – soweit ersichtlich – keine entsprechenden Hinweise. In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dem Aktionär stehe ein materiellrechtlicher Anspruch auf Wiederholung der Generalversammlung zu, den er mit einer Leistungsklage geltend machen könne.⁹⁸

Nach der hier vertretenen Auffassung muss es möglich sein, den Anspruch auf Wiederholung der Beschlussfassung mit einer Leistungsklage gerichtlich geltend zu machen. Art. 701f OR erwähnt zwar keine Klagemöglichkeit, sodass eingewendet werden könnte, es liege ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vor und eine gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs sei daher nicht möglich. Wenn das Gesetz allerdings einen Anspruch gewährt, und davon ist in Bezug auf die Wiederholung der Generalversammlung auszugehen,⁹⁹ muss dieser gerichtlich durchgesetzt werden können. Es wäre somit zu begründen, weshalb der Anspruch, trotz im Gesetzestext nicht vorgesehenem Ausschluss der Klagemöglichkeit, nicht gerichtlich durchsetzbar sein soll.¹⁰⁰ Letztlich geht es um die Auslegung der Bestimmung von Art. 701f OR. Klärungsbedürftig ist demnach, was das Motiv des Gesetzgebers für die Statuierung der Vorschrift war.

Bei der Auslegung einer Gesetzesbestimmung wendet das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus an, bei dem die einzelnen Auslegungselemente nicht einer hierarchischen Prioritätsordnung unterstellt werden.¹⁰¹ Das Gesetz ist in erster Linie aus sich selbst heraus auszulegen. Dabei sind der Wortlaut, Sinn und Zweck und die der Bestimmung zu Grunde lie-

⁹⁸ Vgl. Ballmer/Fischer, GesKR 2023, 172, 185 ff.; Böckli (Fn. 10), § 14 Rn. 179; Enz/Hochstrasser, SJZ 2021, 778, 783; Watter/Vogt/Fischer/Ballmer (Fn. 10), Art. 701f OR, Rn. 10f.; vgl. auch Kunz, AJP 2011, 155, 163, Fn. 117; von der Crone/Angstmann, SZW 2017, 3, 13f.

⁹⁹ Die Wiederholungspflicht („muss sie [die Generalversammlung] wiederholt werden“ [Art. 701f Abs. 1 OR]) soll gewährleisten, dass Wahlen und Abstimmungen korrekt durchgeführt werden. Dies dient insbesondere dem Schutz der (Minderheits-)Aktionäre.

¹⁰⁰ BGE 144 III 100, E. 5.1.

¹⁰¹ BGE 144 III 100, E. 5.2.

genden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode auszulegen. Die Auslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, „dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz“.¹⁰² Verlangt wird mithin „die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis“.¹⁰³

Wie ausgeführt, lässt sich der Entstehungsgeschichte zwar keine Antwort auf die vorliegende Frage entnehmen. Sinn und Zweck von Art. 701f OR ist es indessen zu gewährleisten, dass bei der Durchführung einer Generalversammlung unter Verwendung elektronischer Mittel die Voraussetzungen der digitalen Unmittelbarkeit erfüllt und Abstimmungen und Wahlen zu traktandierten Verhandlungsgegenständen formell korrekt durchgeführt werden.¹⁰⁴ Treten beim Einsatz elektronischer Mittel technische Probleme auf, können die Aktionärsrechte beeinträchtigt werden. So kann insbesondere die Willensbildung oder die Willensäußerung gestört sein.¹⁰⁵ In solchen Fällen müssen die Aktionäre die Möglichkeit haben, gerichtlich Abhilfe schaffen zu lassen, soweit der Verwaltungsrat nicht von sich aus eine Wiederholung der Beschlussfassung anordnet.

Eine Klage auf Anfechtung oder Feststellung der Nichtigkeit des mangelbehafteten Beschlusses ist keine Alternative, weil auch im Erfolgsfall keine neue Beschlussfassung angeordnet, sondern der Beschluss lediglich aufgehoben bzw. für nichtig erklärt wird. Ordnet der Verwaltungsrat – aus irgendwelchen Gründen – keine Wiederholung der Generalversammlung an, muss es jedem Aktionär möglich sein, die Wiederholung gerichtlich zu verlangen. Für die Klagemöglichkeit spricht vor allem der Sinn und Zweck der Bestimmung. Schließlich könnte auch das Wissen darum, dass die Wiederholung der Generalversammlung nicht gerichtlich geltend gemacht werden kann, einer Verweigerung durch den Verwaltungsrat zu Unrecht Auftrieb geben.¹⁰⁶ Aber auch der fehlende Ausschluss der Klagbarkeit im Gesetzeswortlaut legt nahe, dass der Anspruch gerichtlich durchgesetzt werden kann. Statuiert das Gesetz einen Anspruch, ist davon auszugehen, dass dieser klagbar ist, selbst wenn dies nicht ausdrücklich erwähnt wird.¹⁰⁷ Soll eine gerichtliche Durchsetzung ausnahmsweise nicht möglich sein, wird dies in aller Regel ausdrücklich festgehalten.¹⁰⁸

¹⁰² BGE 144 III 100, E. 5.2.

¹⁰³ BGE 144 III 100, E. 5.2.

¹⁰⁴ Vgl. dazu IV.3. vorne.

¹⁰⁵ Vgl. *Schott* (Fn. 51), § 15 Rn. 36.

¹⁰⁶ Vgl. BGE 144 III 100, E. 5.2.2 bezüglich der gerichtlichen Durchsetzung des Auskunfts- und Einsichtsrechts der Mitglieder des Verwaltungsrats nach Art. 715a OR.

¹⁰⁷ BGE 144 III 100, E. 5.2.3.1; vgl. auch *Watter/Vogt/Fischer/Ballmer* (Fn. 10), Art. 701f OR, Rn. 11.

¹⁰⁸ BGE 144 III 100, E. 5.2.3.1 mit Beispielen.

Eine Leistungsklage auf Wiederholung der Generalversammlung ist keine verkappte Anfechtungsklage gegen einen Beschluss des Verwaltungsrats, nämlich denjenigen, die Generalversammlung nicht zu wiederholen. Verwaltungsratsbeschlüsse können zwar grundsätzlich nicht angefochten werden.¹⁰⁹ Dies schließt allerdings nicht aus, dass gegenüber der Gesellschaft selbst eine Leistungsklage (Erfüllungsklage) erhoben werden kann, wenn die Gesellschaft – handelnd durch den Verwaltungsrat – einen gesetzlichen Anspruch verweigert.¹¹⁰

Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Anspruch auf Wiederholung der Generalversammlung ein unentziehbares Individualrecht, das auch ohne explizite Erwähnung im Gesetz eingeklagt werden kann. Eine andere Frage ist demgegenüber, ob diese Leistungsklage an eine Frist gebunden und (zwingend) mit einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage zu verbinden ist. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

b) Verbindung der Leistungsklage mit einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage

Einzelne Autoren gehen – soweit sich die Lehre dazu überhaupt äußert – davon aus, dass die Leistungsklage auf Wiederholung der Generalversammlung (zwingend) mit einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage verbunden werden muss.¹¹¹ Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine Verbindung der Klagen nicht zwingend erforderlich. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Leistungsklage nicht soll separat erhoben werden können. Unter Umständen liegt gar kein Beschluss vor, der (gleichzeitig) angefochten werden könnte. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die technischen Probleme dazu geführt haben, dass gar kein Beschluss gefasst werden konnte. Kommt der Verwaltungsrat seiner Wiederholungspflicht alsdann nicht nach, weil er kein Interesse an der (erneuten) Traktandierung des Verhandlungsgegenstands hat,¹¹² muss ein Aktionär die Möglichkeit haben, die Wiederholung der Generalversammlung unabhängig von einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage zu verlangen.

Liegt allerdings ein mangelbehafteter Beschluss vor, ergibt die Verbindung der Klagen Sinn. Die Gutheißung der Leistungsklage führt nämlich lediglich dazu, dass die Generalversammlung wiederholt werden muss. Das Schicksal des mangelbehafteten Beschlusses wird dadurch nicht tangiert. Im Ergebnis

¹⁰⁹ Vgl. etwa *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 1), § 16 Rn. 368; *von der Crone* (Fn. 2), Rn. 1398.

¹¹⁰ Vgl. BGE 144 III 100, E. 5.2.3.2; BGE 76 II 51, E. 4.

¹¹¹ Für eine (zwingende) Verbindung der beiden Klagen nach Art. 90 ZPO etwa *Enz/Hochstrasser*, SJZ 2021, 778, 783; vgl. auch *Böckli* (Fn. 10), § 14 Rn. 179, wonach die Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage mit der Leistungsklage „kombiniert“ werden könne; *Watter/Vogt/Fischer/Ballmer* (Fn. 10), Art. 701f OR, Rn. 10f.

¹¹² Zu denken ist beispielsweise an das Traktandum der Abwahl einzelner Verwaltungsratsmitglieder.

bedeutet dies, dass der mangelbehaftete Beschluss, soweit er lediglich anfechtbar und nicht nichtig ist, nach Ablauf der zweimonatigen Verwirkungsfrist von Art. 706a Abs. 1 OR definitive Gültigkeit erlangt. Die Wiederholung der Generalversammlung vermag diesen Beschluss nicht „umzustoßen“. Insofern nützt die gerichtlich angeordnete Wiederholung allein dem Aktionär nur dann, wenn die wiederholte Beschlussfassung vor Ablauf der Verwirkungsfrist stattfindet und der mangelbehaftete Beschluss durch den „neuen“ Beschluss „ersetzt“ wird, so wie dies der Fall wäre, wenn der Verwaltungsrat die Wiederholung angeordnet hätte.

Ginge man davon aus, dass bei Gutheißung der Leistungsklage – und einem entsprechenden Antrag – nicht nur die Generalversammlung zu wiederholen ist, sondern auch der mangelbehaftete Beschluss aufgehoben wird, würde das Anfechtungsregime der Art. 706ff. OR umgangen, soweit die Verwirkungsfrist nicht eingehalten wird.¹¹³

Aufgrund dieser Überlegungen ergibt es Sinn, die Leistungsklage dann mit einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage zu verbinden, wenn ein mangelbehafteter Beschluss gefasst wurde.

3. Besonderheiten bei der Klage auf Anfechtung oder Feststellung der Nichtigkeit eines aufgrund technischer Probleme mangelbehafteten Beschlusses

Führen technische Probleme dazu, dass die Generalversammlung nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden kann, leiden die davon betroffenen Beschlüsse an einem Verfahrensmangel. Ein Verfahrensmangel betrifft das Zustandekommen des Beschlusses.¹¹⁴ Jeder Aktionär kann gegen einen Beschluss, der an einem Verfahrensmangel leidet, mit einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage nach Art. 706ff. OR vorgehen.¹¹⁵

Die Rechtsprechung und die Lehre gehen davon aus, dass Verfahrensmängel für die Beschlussfassung kausal sein müssen, um die Anfechtbarkeit des Beschlusses zu begründen.¹¹⁶ Ein Verfahrensmangel ist dann kausal, wenn er die Beschlussfassung an der Generalversammlung beeinflusst hat.¹¹⁷ Nur in diesem Fall wird – soweit auch die weiteren Voraussetzungen vorliegen – der Beschluss aufgehoben. Die Wiederholung der Generalversammlung muss demgegenüber unabhängig vom Kausalitätserfordernis angeordnet werden.¹¹⁸ Es stellt sich daher die Frage, ob in einem Fall, in dem eine Leistungsklage auf

113 Vgl. auch Watter/Vogt/Fischer/Ballmer (Fn. 10), Art. 701f OR, Rn. 41.

114 Zum Begriff des Verfahrensmangels Schott (Fn. 51), § 8 Rn. 1.

115 Vgl. Watter/Vogt/Dubs/Truffer (Fn. 51), Art. 706 OR, Rn. 9a und Art. 706b OR, Rn. 17.

116 BGer 4A_43/2007, E. 4.1; statt vieler Watter/Vogt/Dubs/Truffer (Fn. 51), Art. 706 OR, Rn. 9b m.w.N.; Schott (Fn. 51), § 3 Rn. 4. Zur Frage des Kausalitätserfordernisses bei der Nichtigkeitsklage, vgl. Watter/Vogt/Dubs/Truffer (Fn. 51), Art. 706b OR, Rn. 18 m.w.N.

117 Schott (Fn. 51), § 3 Rn. 6.

118 Vgl. dazu IV. 3. vorne.

Wiederholung der Generalversammlung mit einer Anfechtungsklage verbunden wird, das Kausalitätserfordernis bezüglich der Anfechtung außer Acht gelassen werden kann.

Wäre die Anfechtbarkeit nur gegeben, wenn der Mangel auch die Beschlussfassung beeinflusst hat und damit kausal war, würde der in Art. 701f OR verankerte Anspruch des Aktionärs auf eine korrekte Beschlussfassung obsolet. Der Beschluss würde im Anfechtungsprozess aufgrund des fehlenden Kausalitätserfordernisses nicht aufgehoben und wäre daher gültig. Die Gutheißung der Leistungsklage auf Wiederholung führt demgegenüber nicht zur Aufhebung des Beschlusses, sodass der Aktionär weitgehend schutzlos bliebe, sofern nicht der Verwaltungsrat selbst rechtzeitig die Wiederholung der Generalversammlung anordnet.¹¹⁹ Das kann nicht Sinn und Zweck von Art. 701f OR sein. Daher muss in diesem Spezialfall auf das Erfordernis der Kausalität bei der Anfechtung des Beschlusses verzichtet werden.¹²⁰ Dies ist konsequent, wenn man davon ausgeht, dass sich der Verwaltungsrat von der Pflicht zur Wiederholung nicht mit dem Nachweis befreien kann, dass die technischen Probleme keinen Einfluss auf das Abstimmungs- oder Wahlresultat gehabt hätten.¹²¹ Würde bei der Anfechtung des Beschlusses die Kausalität eine Rolle spielen, könnte der Verwaltungsrat seine Pflicht zur Wiederholung unter Umständen getrost ignorieren.

Die herrschende Lehre und die Rechtsprechung sprechen einem Aktionär, der dem Beschluss zugestimmt hat, das Anfechtungsinteresse ab.¹²² Wird ein Beschluss, der unter Einfluss technischer Probleme gefasst wurde, angefochten, kann es indessen keine Rolle spielen, ob der Aktionär dem Beschluss zugestimmt hat oder nicht, solange er den Mangel nicht gekannt hat.¹²³ Es geht in diesem Fall um die ordnungsgemäße Durchführung der Generalversammlung bzw. die korrekte Willensbildung, die gewährleistet sein muss. Daher sollte eine Anfechtungsklage durch einen zustimmenden Aktionär beispielsweise auch möglich sein, wenn Voten der Aktionäre aufgrund technischer Probleme nicht übertragen werden konnten und es in der Folge dennoch zur Abstimmung kam, soweit der Aktionär von der Störung keine Kenntnis hatte.

119 Die gerichtlich angeordnete Wiederholung der Generalversammlung dürfte vielfach nicht innerhalb von zwei Monaten stattfinden können.

120 Gl.M. *Jutzi/Yousef*, GesKR 2023, 292, 301, wonach „kein etwaiges Kausalitätserfordernis für die Klageerhebung“ bestehe. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn das technische Problem völlig unbedeutend ist (vgl. dazu IV. 3. vorne).

121 Vgl. dazu IV. 3. vorne.

122 Vgl. dazu *Watter/Vogt/Dubs/Truffer* (Fn. 51), Art. 706 OR, Rn. 6 m. w. N.

123 Für eine differenzierende Betrachtungsweise auch *Böckli* (Fn. 10), § 14 Rn. 158; *Watter/Vogt/Dubs/Truffer* (Fn. 51), Art. 706 OR, Rn. 6; *Schott* (Fn. 51), § 18 Rn. 24.

4. *Klagefrist*

Es stellt sich die Frage, ob die Leistungsklage auf Wiederholung der Generalversammlung an eine Frist gebunden ist. Das Gesetz äußert sich nicht dazu. Erweist sich eine Regelung als unvollständig, liegt eine Lücke vor, die vom Gericht zu füllen ist. Dabei gelten als Maßstab die dem Gesetz selbst zugrunde liegenden Zielsetzungen und Werte. Das Auslegungsergebnis soll praktikabel sein und Rechtssicherheit schaffen.¹²⁴ Im vorliegenden Fall ergibt sich weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus den Materialien eine Antwort auf diese Frage. Das Anfechtungsregime der Art. 706 ff. OR spricht dafür, dass die Leistungsklage innert zwei Monaten erhoben werden muss, weil der mängelbehafte Beschluss ansonsten „geheilt“ wird, sofern er nicht nichtig ist. Wie ausgeführt, schafft Art. 701f OR keine eigenständige Anfechtungsgrundlage und daher wird ein Beschluss, der von einem technischen Mangel betroffen ist, aber nicht angefochten wird, nach Ablauf der Verwirkungsfrist von Art. 706a Abs. 1 OR gültig. Es bestünde – wie ausgeführt – diesfalls das Risiko, dass bei einer Wiederholung der Generalversammlung zwei sich widersprechende Beschlüsse vorlägen.

Ist der technische Mangel derart gravierend und der Beschluss daher nichtig, könnte die Leistungsklage auf Wiederholung der Generalversammlung zwar theoretisch auch nach Ablauf der Verwirkungsfrist erhoben und mit einer Klage auf Feststellung der Nichtigkeit verbunden werden, ohne dass das Risiko widersprüchlicher Beschlüsse bestünde. Unter Umständen müsste die Wiederholung längere Zeit nach der nicht ordnungsgemäß abgehaltenen Generalversammlung durchgeführt werden. Ein Schwebezustand über Monate ist in diesem Fall weder der Gesellschaft noch den (anderen) Aktionären zumutbar. Im Übrigen kann sich das Aktionariat verändern, sodass letztlich eine andere Ausgangslage für die Beschlussfassung bestünde.

Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit dem neu in Art. 701f Abs. 1 OR geschaffenen Recht auf Wiederholung der Generalversammlung eine Durchbrechung des Anfechtungsregimes der Art. 706 ff. OR hätte in Kauf nehmen wollen. Aus diesen Gründen ist dafür einzutreten, dass die Leistungsklage auf Wiederholung der Generalversammlung innert zwei Monaten erhoben wird.¹²⁵ Ansonsten würde das Anfechtungsregime aus den Angeln gehoben, weil im Ergebnis eine „Anfechtung“ über die Wiederholungsklage auch nach Ablauf der Verwirkungsfrist von Art. 706a Abs. 1 OR durchgesetzt werden könnte. Im Übrigen hat sich das Bundesgericht auch in anderen Fällen, in denen die Geltendmachung eines Anspruchs nicht ausdrücklich an eine Frist gebunden war, für die Einhaltung einer Frist ausgesprochen.¹²⁶

124 BGE 150 III 174, E. 4 m. w. N.

125 Vgl. auch Watter/Vogt/Fischer/Ballmer (Fn. 10), Art. 701f OR, Rn. 41.

126 Vgl. etwa BGE 150 III 174, E. 6.6. (Recht auf Abschluss nach anerkanntem Standard zur Rechnungslegung).

Diese Lösung dient nicht nur der Rechtssicherheit, sondern rechtfertigt sich auch mit Blick auf Art. 699 Abs. 5 OR. Danach hat der Verwaltungsrat einem Begehren der Aktionäre auf Einberufung einer Generalversammlung¹²⁷ „längstens [...] innert 60 Tagen“ zu entsprechen. Der Fall des „mittelbaren Einberufungsrechts“¹²⁸ ähnelt demjenigen, bei dem aufgrund technischer Probleme eine Pflicht des Verwaltungsrats zur Wiederholung der Generalversammlung besteht.¹²⁹ In beiden Konstellationen muss eine Generalversammlung einberufen werden. Damit soll nicht übermäßig lange zugewartet werden können.

Damit fügt sich die Frist ins normative Gefüge ein und dient der Verwirklichung der auf dem Spiel stehenden Interessen.¹³⁰ Bei Gutheißung der Klage auf Wiederholung kann das Gericht entweder die Generalversammlung selbst einberufen oder den Verwaltungsrat¹³¹ entsprechend anweisen.¹³²

VI. Schlussbemerkungen

Art. 701f OR regelt den Umgang mit technischen Problemen in einer Generalversammlung, die unter Verwendung elektronischer Mittel durchgeführt wird. Die Bestimmung wirft indessen mehr Fragen auf, als sie unmittelbar beantwortet. So ist etwa die zentrale Frage offen, ob und in welcher Form die Aktionäre eine Wiederholung der Generalversammlung gerichtlich erzwingen können, wenn der Verwaltungsrat sie entgegen der gesetzlichen Vorgabe nicht anordnet. Eine Auslegung der Vorschrift ergibt, dass die Aktionäre einen mit einer Leistungsklage gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Wiederholung einer durch technische Probleme gestörten Generalversammlung haben. Die Klage wird sinnvollerweise mit einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage verbunden. Den Aktionären die Durchsetzung ihres Anspruchs zu verwehren, hieße, sie weitgehend schutzlos zu lassen, was nicht die Absicht des Gesetzgebers sein kann.

127 Vgl. Art. 699 Abs. 3 und 4 OR.

128 Watter/Vogt/*Dubs/Truffer* (Fn. 51), Art. 699 OR, Rn. 36.

129 Das Einberufungsrecht der Aktionäre nach Art. 699 Abs. 3 und 4 OR ist zwar ein Minderheitenrecht, anders als der Anspruch auf Wiederholung der Generalversammlung nach Art. 701f OR. Zudem kann das Gesuch um gerichtliche Einberufung der Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 5 OR auch noch nach Ablauf der Frist von 60 Tagen gestellt werden. Dies ändert aber nichts an der Vergleichbarkeit der beiden Situationen.

130 Vgl. auch BGE 150 III 174, E. 6.6.

131 Am besten unter Strafandrohung für den Säumnisfall.

132 Vgl. Watter/Vogt/*Dubs/Truffer* (Fn. 51), Art. 699 OR, Rn. 45 (zu Art. 699 OR).