

Spielregeln der Generalversammlung auf dem Prüfstand



Dr. Felix Horber

Dr. Felix Horber, Rechtsanwalt, Executive M.B.L.-HSG, ist Generalsekretär der Swiss Re, nebenamtlicher Oberrichter in Zug und Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen

1. Ausgangslage und rechtliche Grundlagen

Die GV-Saison 2021 liegt hinter uns. Aufgrund der Corona-Pandemie konnten die Aktionärinnen und Aktionäre nicht physisch an den Generalversammlungen teilnehmen. Das Teilnahmerecht hat sich im Stimmrecht erschöpft und auch dieses konnte nur indirekt via Stimmrechtsinstruktionen an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter ausgeübt werden.¹ Aufgefallen ist, dass in vermehrten Fällen – aus welchen Gründen auch immer – Traktandenlisten und Anträge nach dem Versand der GV-Unterlagen vom Verwaltungsrat geändert wurden und sich das Aktionariat plötzlich mit einer neuen Ausgangslage konfrontiert sah. Diese Feststellungen sollen Anlass bieten, die Regeln, die im Vorfeld und während der Generalversammlung im Verhältnis zwischen Verwaltungsrat und Aktionariat gelten, sich in Erinnerung zu rufen und den Gestaltungsspielraum des Verwaltungsrates bei der Vorbereitung und Durchführung der Generalversammlung zu untersuchen.

Die Generalversammlung gilt als oberstes Organ der Aktiengesellschaft.² Sie bildet das Forum, an welchem sich der Verwaltungsrat gegenüber den Eigentümerinnen und Eigentümern alljährlich anhand vordefinierter Traktanden zu präsentieren und zu verantworten hat. Die Generalversammlung ist die einzige Gelegenheit für einen unmittelbaren Informationsaustausch mit den Shareholdern, aber auch das einzige Ereignis im Jahr, an welchem das Aktionariat gegenüber dem Verwaltungsrat in aller Öffentlichkeit kritische Fragen und Gegenanträge stellen kann, bevor zur Beschlussfassung geschritten wird.

Damit dieser Prozess zwischen Verwaltungsrat und Aktionariat in der Generalversammlung korrekt und fair funktionieren kann, sind beiderseits Spielregeln zu beachten. Die Leitung der Generalversammlung wird durch Handlungsmaximen definiert, die auch für die Behandlung von Aktionärsvoten und Aktionärsanträgen zentral sind: Gleichbehandlungsgrundsatz, Verhältnismässigkeitsgebot, Neutralitätsgebot und Entscheidungseffizienz.³

1 Vgl. HORBER/FRICK, Notfallplanung für die GV, NZZ, 5. März 2020. Siehe auch FORSTMOSER/HORBER, Lex specialis: Die Corona-Generalversammlung, in: <https://static1.squarespace.com/static/5c6bca3f0b77bde28679d229/t/5e8b85b01d3cba73a3bed931/1586202034418/Corona-GV+2020+Kurzversion+Version+NICG.pdf>

2 Art. 698 Abs. 1 OR.

3 Vgl. BÖCKLI, Rechtsfragen um die Generalversammlung, Schriften zum neuen Aktienrecht, Band 11, Zürich 1997, S. 51 ff.

Doch auch die Aktionärinnen und Aktionäre haben sich in ihren Wortmeldungen und bei der Stellung von Anträgen an bestimmte Grundregeln zu halten, die sich an den «Prinzipien der Gleichbehandlung, der Relevanz und der zeitlich verstandenen Verhältnismässigkeit» orientieren.⁴ Darlegungen müssen sich auf die traktandierten Verhandlungsgegenstände beziehen. Aktionärsvoten sollen knapp ausfallen, weil sie einen «Multiplikatoreffekt» in sich tragen, weil sie weitere Voten oder Gegendarstellungen aus der Mitte des Aktionariats provozieren können und oftmals zu Stellungnahmen des Verwaltungsrates führen.⁵ Sodann haben sich die Fragen inhaltlich auf die Angelegenheiten der Gesellschaft zu beziehen.⁶ Desgleichen unterliegt das Antragsrecht des Aktionärs Schranken: Die Grenze liegt inhaltlich im Bedeutungsfeld des einzelnen Traktandums sowie im Sachlichkeitsgebot.⁷ Dies ist naheliegend und auch notwendig, weil das Antragsrecht in den vorgeplanten Ablauf der Generalversammlung eingreift und auf das Abstimmungsprozedere Einfluss nimmt.

Auch bei der Vorbereitung und Einberufung der Generalversammlung, d.h. im Vorfeld der GV, sind Regeln zu beachten. Die Sorge für eine regelkonforme Einberufung der Generalversammlung ist eine der Kernaufgaben des Verwaltungsrates.⁸ Bei der Einberufung nimmt der Verwaltungsrat eine Leitungsfunktion wahr, die ihn zu zeitgerechten und umsichtigen Gestaltungsentscheiden zwingt. Diesbezüglich gilt es zwischen einer direkten Kenntnissgabe und der blossen Auflage von Dokumenten zur Einsicht zu differenzieren.⁹ Die Einladung mit den Traktanden und den dazu gehörenden Anträgen wird den Aktionärinnen und Aktionären direkt zugestellt, wobei in vielen Gesellschaften die Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt massgeblich ist. Neben dieser direkten Kenntnissgabe hat der Verwaltungsrat eine förmliche Hinweispflicht: Der Verwaltungsrat hat in der Einberufung die Aktionärinnen und Aktionäre darüber zu orientieren, dass der Geschäftsbericht und der Revisionsbericht am Gesellschaftssitz zur Einsicht aufliegen und hat sie darauf aufmerksam zu machen, dass sie die Zustellung dieser Unterlagen verlangen können.¹⁰

4 Vgl. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, S. 1404, N 176.

5 So BÖCKLI (Fn 4) S. 1404, N 176.

6 Siehe Art. Art. 697 Abs. 1 OR, wonach jeder Aktionär berechtigt ist, an der Generalversammlung «Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft» zu verlangen.

7 Vgl. BÖCKLI (Fn 4) S. 1361, N 71.

8 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 in Verbindung mit Art. 699 Abs. 1 OR.

9 Vgl. BÖCKLI (Fn 4) S. 1367 f.

10 Art. 696 Abs. 1 OR.

Darüber hinaus muss der Verwaltungsrat die Anordnungen bekannt geben, die er für die ordnungsmässige Kontrolle und Abwicklung der Stimmrechtsausübung, vor allem auch für die Stimmrechtsvertretung, trifft.¹¹ Damit die Aktionäre orientiert sind und sich an die administrativen Regeln halten können, sind diese Anordnungen in den Einberufungsunterlagen den Aktionären mitzuteilen.

2. Begrenzte Gestaltungsfreiheit des Verwaltungsrates

Die Praxis zeigt, dass im Vorfeld der Generalversammlung sowie während der Generalversammlung Situationen eintreten können, die den geplanten Ablauf stören und zu Korrekturmassnahmen zwingen. Dem Verwaltungsrat kommt dabei nur eine begrenzte Gestaltungsfreiheit zu, auf solche Vorkommnisse zu reagieren und Änderungen am Format und Konzept der Generalversammlung vorzunehmen.

Hierbei gilt es zwischen drei Phasen zu differenzieren:

- Phase während der Vorbereitung der Generalversammlung
- Phase während der Einberufungsfrist
- Phase während der Generalversammlung

2.1 Phase während der Vorbereitung der Generalversammlung

Die Vorbereitungsarbeiten bei der Planung der Generalversammlung sind vielschichtig. Neben rein organisatorischen und administrativen Belangen geht es primär darum, die Einberufungsunterlagen inklusiv Geschäftsbericht sowie die GV-Traktandenliste mit den Anträgen des Verwaltungsrates zu erstellen. Hinzu kommt der Dialog mit dem Aktionariat. In grossen Publikumsgesellschaften entspricht es weitverbreiteter Praxis, sich im Vorfeld der Generalversammlung mit den institutionellen Aktionären auszutauschen sowie mit den Stimmrechtsberatern (Proxy Advisors) in Kontakt zu treten. Die daraus resultierenden Erkenntnisse und Reaktionen können durchaus einen Einfluss auf die finale Gestaltung der Traktandenliste und insbesondere auf die Formulierung und Tonalität des Erläuterungstexts bei den Anträgen haben.

11 Art. 702 Abs. 1 OR.

Sodann können in dieser Phase der Vorbereitung der Generalversammlung Minderheitsaktionäre ein Traktandierungsbegehren stellen.¹² Diese Begehren sind vom Verwaltungsrat als zusätzliches Traktandum auf die Traktandenliste zu setzen, womit die Traktandenliste eine Ergänzung erfährt.

Materiell ist bei der GV-Vorbereitung der zwingende Charakter von Art. 698 OR zu beachten. Der Generalversammlung sind gemäss Art. 698 Abs. 2 undelegierbare Kompetenzen zugewiesen. Mit der VegüV ist der Katalog der unübertragbaren Befugnisse der Generalversammlung ergänzt worden.¹³ Bestimmte dieser Aufgaben sind vom Verwaltungsrat jedes Jahr in Form von Traktanden und Anträgen der Generalversammlung zu unterbreiten.¹⁴ Insofern ist der Gestaltungsspielraum bei der GV-Einladung eingeschränkt. In zeitlicher Hinsicht hat der Verwaltungsrat Zweierlei zu beachten: Die ordentliche Generalversammlung ist gemäss Art. 699 Abs. 2 OR innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres durchzuführen.¹⁵ Das Datum der GV ist ein Fixpunkt in der korporativen Jahresplanung und ist zu publizieren.¹⁶ Sodann sind die GV-Unterlagen gemäss Art. 700 Abs. 1 OR spätestens 20 Tage vor dem publizierten GV-Datum in der durch die Statuten vorgeschriebenen Form zuzustellen.

12 Art. 699 Abs. 3 OR. Gemäss korrigierender Auslegung können Aktionäre ein Traktandierungsbegehren stellen, die 10% des Aktienkapitals vertreten oder Aktien im Nennwert von 1 Million Franken halten. Vgl. BÖCKLI (Fn 4) S. 1359, N 66 sowie die dortige Fussnote 181.

13 Gemäss Art. 2 VegüV sind dies folgende Befugnisse: Wahl des Präsidenten des Verwaltungsrates, Wahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses, Wahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreters, Abstimmung über die Vergütungen des Verwaltungsrates, der Personen, die vom Verwaltungsrat ganz oder zum Teil mit der Geschäftsführung betraut sind (Geschäftsleitung) und des Beirates.

14 Vgl. BÖCKLI (Fn 4) S. 1476 f., N 420 f.

15 Art. 699 Abs. 2 OR ist allerdings als reine Ordnungsvorschrift konzipiert. Falls die Frist überschritten wird, ist weder die Versammlung ungültig, noch sind die gefassten Beschlüsse anfechtbar, «selbst wenn keine wichtigen Gründe für die Verzögerung vorliegen» (vgl. DUBS/TRUFFER, in: BSK OR II: HONSELL/VOGT/WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, OR 530–964, 5. Auflage, Basel 2016, Art. 699 N 22).

16 Art. 52 Kotierungsreglement regelt, dass das kotierte Unternehmen einen Unternehmenskalender erstellen und laufend aktualisieren muss (Abs. 1). Darin muss insbesondere auch das Datum der GV enthalten sein (Abs. 2). Der Emittent ist verpflichtet, den aktuellen Weblink zum Unternehmenskalender auf der Webseite des Emittenten der SIX Exchange Regulation zu melden (Abs. 3). Siehe auch die Richtlinie betreffend Regelmeldepflichten, die in Art. 9 festlegt, dass das Datum der GV im Rahmen der Aufrechterhaltung der Kotierung zu melden ist.

In der Praxis ist die Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt der relevante Zeitpunkt für eine fristgerechte Einberufung. Schwerwiegende Verstösse gegen die Einberufungsfrist können nach dem Kriterium von Art. 706b Ziff. 1 OR die Nichtigkeit der getroffenen Generalversammlungsbeschlüsse bewirken.¹⁷

Fazit: In der Phase während der Vorbereitung der Generalversammlung steht dem Verwaltungsrat innerhalb der aufgezeigten materiellen und zeitlichen Schranken ein relativ autonomer Gestaltungsspielraum zu. Vorkommnisse wie Traktandierungsbegehren, welche die geplante Vorbereitung stören, lassen sich in den Ablaufprozess integrieren. Solange die GV-Einladung nicht publiziert bzw. zugestellt ist, ist die GV-Vorbereitung quasi eine rein gesellschaftsinterne Angelegenheit. Bis zuletzt können Änderungen an den Traktanden und Anträgen sowie an den dazu gehörenden Erläuterungen noch vorgenommen werden.¹⁸

2.2 Phase während der Einberufungsfrist

a) Charakteristik

Diese Phase ist dadurch charakterisiert, dass die GV-Einladung publiziert bzw. zugestellt ist und die GV noch nicht stattgefunden hat. Der Fokus liegt somit auf dem Zeitfenster, in welchem der Meinungsbildungsprozess für die Beschlussfassungen an der Generalversammlung zu laufen beginnt. Es ist auch die Phase, in welcher die Aktionärinnen und Aktionäre, die nicht physisch an der Generalversammlung teilnehmen, ihre Stimmrechtsinstruktionen an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter erteilen.

Der Verwaltungsrat hat in dieser Phase grundsätzlich keinen weiteren Handlungsbedarf, weil er mit der Veröffentlichung der GV-Einladung seine Aufgaben einstweilen erfüllt hat. Beim Aktionariat hingegen ist der Zeitraum gekommen, sich mit den veröffentlichten Traktanden und den dazu gehörenden Beschlussanträgen des Verwaltungsrates zu befassen und sich eine Meinung zu bilden.

17 Vgl. dazu sowie zur Abgrenzung zur Anfechtbarkeit bei BÖCKLI (Fn 4) S. 1370 f., N 88 und insbesondere N 89.

18 Im revidierten Aktienrecht wird neu explizit verlangt, dass die Anträge des Verwaltungsrates bei börsenkotierten Gesellschaften in der GV-Einladung zu erläutern, d.h. kurz zu begründen sind (vgl. Art. 700 Abs. 2 Ziff. 3 revOR). Siehe dazu auch hinten die Fussnote 76.

Damit verknüpft ist auch die Entscheidung, wie das Stimmrecht ausgeübt werden soll, direkt durch physische Teilnahme an der Generalversammlung oder indirekt durch Stimmrechtsinstruktionen mittels individueller oder institutioneller Stimmrechtsvertretung.

In Publikumsgesellschaften vertritt der institutionelle Stimmrechtsvertreter den Löwenanteil der an der Generalversammlung abgegebenen Aktienstimmen. Das kann bisweilen weit über 90 Prozent hinausgehen. Die Saalstimmen, die durch die anwesenden Aktionärinnen und Aktionäre repräsentiert werden, machen demnach nur wenige Prozentpunkte aus. Faktisch findet somit die Willensbildung bereits in dieser Phase während der Einberufungsfrist und nicht an der GV selbst statt, womit ein (kritischer) Austausch im Aktionariat naturgemäß entfällt.¹⁹ In dieser Konstellation bilden die Einladungsunterlagen somit die einzige Informationsquelle für die Meinungsbildung.

Differenziert kann sich die Situation präsentieren, wenn während der Einberufungsfrist Aktionäre einzelne Anträge des Verwaltungsrates öffentlich kritisieren und Gegenanträge an der Generalversammlung in Aussicht stellen oder wenn Stimmrechtsberater dazu aufrufen, Anträge des Verwaltungsrates abzulehnen oder sich bei diesen der Stimme zu enthalten.²⁰ Jetzt ist der Verwaltungsrat gefordert, Gegensteuer zu geben und sich aktiv in den Willensbildungsprozess einzuschalten. Er hat, ähnlich wie in einer politischen Abstimmungskampagne, seine Argumente nochmals plausibel darzulegen und Werbung für seine publizierten Anträge zu machen. Der Proxy Fight ist damit lanciert. Die Aktionärinnen und Aktionäre haben sich konkret zu entscheiden, ob sie – bei der Erteilung ihrer Stimmrechtsinstruktionen an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter – die offiziellen Anträge des Verwaltungsrates unterstützen oder diese aufgrund der Empfehlung von opponierenden Aktionären oder kritischen Stimmrechtsberatern ablehnen wollen.

19 Von einer eigentlichen Aktionärsdemokratie, wonach sich der Aktionär seine Meinung in der Versammlung – aufgrund der Stimmen des Verwaltungsrates und der Mitaktionäre – bildet, kann zumindest in Publikumsgesellschaften nicht gesprochen werden. Vgl. dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Auflage, S. 571 f., N 531. Siehe auch hinten die Fussnote 37.

20 Was sich – je nach statutarischer Ausgestaltung – im Ergebnis wie eine Nein-Stimme auswirkt.

Dem soeben dargestellten Szenario ist wesentypisch, dass der Verwaltungsrat an der GV-Einladung mit den entsprechenden Beschlussanträgen vollumfänglich festhält, obwohl Kritik laut geworden ist. Sämtliche Traktanden und sämtliche Anträge bleiben unverändert bestehen. Der Verwaltungsrat stellt sich gewissermassen der Kritik und vertraut darauf, dass seine Argumente letztlich in der Ausmarchung überwiegen und in der Abstimmung obsiegen.

Ist es überhaupt zulässig, während der Einberufungsfrist, d.h. nach erfolgter Publikation der GV-Einladung, die Traktandenliste oder einzelne Beschlussanträge abzuändern, d.h. ein Traktandum abzusetzen oder einen Antrag zu einem Traktandum zu ändern?

b) Absetzung eines einzigen Traktandums

Falls sich seit dem Zeitpunkt der Einberufung der GV die Ausgangslage für ein bestimmtes Traktandum aus Sicht des Verwaltungsrates grundlegend verändert hat, muss ihm grundsätzlich die Möglichkeit offenstehen, dieses GV-Traktandum abzusetzen²¹ oder den Antrag zu diesem GV-Traktandum nachträglich abzuändern²² (dazu hinten unter 2.2 lit. d). Im Einzelnen gilt es aber zu differenzieren:

Der Pflichtenkatalog von Art. 698 Abs. 2 OR, welcher die undelegierbaren GV-Kompetenzen auflistet, enthält – als Kern der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft – vier unbedingt notwendige Beschlüsse, die alljährlich von der Generalversammlung zu fassen sind:

21 Vgl. BÖCKLI (Fn 4) S. 1380, N 115a, wonach Anträge zu einem Verhandlungsgegenstand zurückgezogen werden können, der Verhandlungsgegenstand als solcher aber nicht einfach von der Tagesordnung gestrichen werden kann, es sei denn, der Punkt sei «offensichtlich gegenstandslos» geworden. Siehe auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, S. 210, N 61 inklusiv die dortige Fussnote 39a, wonach die traktandierten Gegenstände zur Sprache kommen müssen und der Verwaltungsrat es nicht einfach in der Hand hat, ein Traktandum abzusetzen, ausser in begründeten Einzelfällen. Vgl. zur Absetzung von Traktanden sodann DUBS, Das Traktandierungsbegehren im Aktienrecht, Zürich/St. Gallen 2008, S. 109, N 216, wonach die Absetzungskompetenz des Vorsitzenden voraussetzt, dass ein sachlich wesentlicher Grund für die Absetzung des Traktandums gegeben ist.

22 Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn 21) S. 211, N 66 («Niemandem ist es verwehrt, klüger zu werden und auf veränderte Verhältnisse zu reagieren.»). Siehe auch DUBS (Fn 21) S. 113, N 223. Vgl. BÖCKLI (Fn 4) S. 1476 f., N 420 f.

Wahl des Verwaltungsrates (Ziff. 2), Wahl der Revisionsstelle (Ziff. 2), Genehmigung der Jahresrechnung (Ziff. 3 und 4) und Verwendung des Bilanzgewinnes (Ziff. 4).²³ Hinzu kommen die Befugnisse gemäss Art. 2 VegüV.²⁴ Sachgegenstände, die für das Funktionieren der Selbstverwaltung zentral sind, können nicht ersatzlos von der Traktandenliste gestrichen werden. Das betroffene Traktandum (wie zum Beispiel die Genehmigung der Jahresrechnung) kann zwar von der bereits publizierten Traktandenliste abgesetzt werden, muss aber im späteren Verlauf des Jahres einer GV erneut unterbreitet werden (mit gleichem oder allenfalls geändertem Antrag). Sobald die Tatsachen und Informationen vorliegen, die eine Neubeurteilung bzw. Absetzung des entsprechenden Traktandums erfordern, ist die Absetzung des Traktandums anzukündigen. Dies kann vor oder spätestens an der GV erfolgen. Dabei gilt es stets die börsenrechtlichen Publizitätsvorschriften zu beachten, was unter Umständen bedeutet, dass eine Mitteilung über die Absetzung eines Traktandums erst an der GV unzulässig wäre.²⁵

Bei den Traktanden, die nicht zu diesem Kreis der unbedingt notwendigen Beschlüsse gehören, sind hinsichtlich Absetzung verschiedene Szenarien denkbar. So wird der Verwaltungsrat ein bereits angekündigtes Aktienrückkaufprogramm absetzen und ersatzlos von der Traktandenliste streichen können²⁶, wenn sich während der Einberufungsfrist die Prämissen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für die Lancierung des Programms diametral verändert haben. Die Absetzung des Traktandums und die damit verbundene Änderung der Traktandenliste ist vom Verwaltungsrat formell zu beschliessen und ordnungsgemäss anzukündigen.

Wie verhält es sich diesbezüglich mit dem Traktandum «Entlastung»? Kann der Verwaltungsrat seine eigene Entlastung auf einen späteren Zeitpunkt verschieben? Grundsätzlich gilt Folgendes: Das Traktandum «Entlastung» gehört, wie ausgeführt, nicht zu den Abstimmungsgeschäften, die zwingend jedes Jahr dem Aktionariat zu unterbreiten sind. So gesehen kann es auf eine spätere ordentliche Generalversammlung oder ausserordentliche Generalversammlung verschoben werden. Da die Entlastung im Pflichtenkatalog der Aufgaben der GV figuriert, kann darauf aber nicht gänzlich verzichtet werden. Der Verwaltungsrat wird somit nicht darum herumkommen, dieses Traktandum zum gegebenen Zeitpunkt «nachzuholen».²⁷ Aufgeschoben ist nicht aufgehoben.

Wann hat die Ankündigung über die Absetzung des Entlastungsbeschlusses zu erfolgen? Zwei Fallkonstellationen sind zu unterscheiden:

- Kommt der Verwaltungsrat schon vor der Einberufung der Generalversammlung zum Schluss, dass – aus welchen Gründen auch immer – an der bevorstehenden Generalversammlung eine Entlastung nicht beantragt werden kann, ist dies spätestens mit der Einladung zur Generalversammlung anzuzeigen. Konkret hat das zur Folge, dass das Traktandum «Entlastung» gar nicht auf der Traktandenliste figuriert und somit auch keine Abstimmung darüber stattfindet. Dies schliesst das Fragerecht oder Auskunftsrecht der Aktionärinnen und Aktionäre nicht aus, an der GV die Hintergründe dieser Nicht-Traktandierung zu erfahren.
- Kommt der Verwaltungsrat erst während der Einberufungsfrist, d.h. nach erfolgter Publikation der GV-Einladung, zum Schluss, dass das bereits angekündigte Traktandum «Entlastung» von der Traktandenliste abzusetzen ist, muss dies umgehend kommuniziert werden. Weil es sich um eine Abänderung der bereits publizierten Traktandenliste handelt, ist die Absetzung des Traktandums «Entlastung» in gleicher Weise wie die Publikation der ursprünglichen Traktandenliste mitzuteilen.

23 Vgl. BÖCKLI (Fn 4) S. 1476 f., N 420 f.

24 Siehe vorne Fussnote 13.

25 Am 1. Juli 2021 ist eine Revision der Regularien der SIX Swiss Exchange zur Ad hoc-Publizität und Corporate Governance in Kraft getreten. Die SIX schafft die «per se»-Tatbestände zur Ad hoc-Publizität ab. Die umgehende Offenlegung kursrelevanter Tatsachen, welche im Tätigkeitsbereich eines Emittenten eingetreten sind, wird demnach hinfällig. Es gibt aber eine Ausnahme: Geschäfts- und Zwischenberichte sind stets mit einer Ad hoc-Mitteilung zu veröffentlichen.

26 Vgl. generell dazu HORBER, Die Änderung der GV-Einladung im Kontext von Stimmrechtsinstruktionen, in: NICG 2020/1, S. 11 ff., insbesondere S. 12.

27 Dies auch deshalb, weil der Aktionär auf einer Debatte zu einem angekündigten Sachgegenstand beharren kann. Vgl. dazu BÖCKLI (Fn 4) S. 1380, N 115a.

Eine so kurzfristige Absetzung des Entlastungsbeschlusses ist unüblich, wirkt unprofessionell und wirft Fragen auf. Ist der Rückzug des Traktandums aufgrund (neuer) interner Erkenntnisse erfolgt? Hat der Druck gewichtiger Aktionäre oder der Stakeholder Community zum Umkehrschluss des Verwaltungsrates geführt? Oder haben gar institutionelle Aktionäre dem Verwaltungsrat im Vorfeld der GV signalisiert, dessen Entlastung zu verweigern? Klar ist die Sachlage hinsichtlich der Stimmrechtsinstruktionen, die beim unabhängigen Stimmrechtsvertreter zum Traktandum «Entlastung» bereits eingegangen sind: Diese werden gegenstandslos, weil das Traktandum zurückgezogen wurde.

Wie ist der Fall einzuordnen, wenn eine bereits angekündigte Kandidatur für den Verwaltungsrat kurz vor der GV (wie in der Praxis geschehen) zurückgezogen wird? Da jeweils über jede Nomination einzeln abgestimmt wird²⁸, wird durch den Rückzug einer einzigen Kandidatur das Traktandum «Wahlen» für die übrigen Mitglieder, die sich der Wahl oder Wiederwahl stellen, nicht hinfällig. Der Rückzug hat lediglich zur Konsequenz, dass das betroffene Wahlgeschäft hinfällig wird und ersatzlos von der Traktandenliste gestrichen wird. Ein kurzfristiger Rückzug kann unterschiedlich motiviert sein: Veränderung in der beruflichen Ausrichtung, aufkeimende Interessenkonfliktsituation mit anderen externen Mandaten oder rein persönliche Gründe. Denkbar ist auch, dass mit dem Rückzug eine drohende Nichtwahl bzw. Abwahl verhindert werden soll. Steht kurz vor der GV – aufgrund der eingegangenen Stimmrechtsinstruktionen – für den Verwaltungsrat nämlich fest, dass die vorgeschlagene Kandidatur in der GV scheitern wird, ist es wohl «eleganter» diese zurückzuziehen, anstatt das Verdikt am GV-Tag abzuwarten.²⁹

Hat der Aktionär einen Anspruch darauf zu erfahren, was die wahren Gründe des Rückzugs waren? Vorweg ist klarzustellen, dass der Aktionär die Tatsache zu akzeptieren hat, dass eine Person ihre Kandidatur zurückzieht. Dem Aktionär steht – so gesehen – kein

Recht auf Nicht-Absetzung eines spezifischen Wahltraktandums zu. Dadurch, dass die betroffene Kandidatur von der Traktandenliste gestrichen wurde, bildet sie an der GV auch keinen Diskussionsgegenstand mehr. Der Rückzug der Kandidatur ist als persönliche Angelegenheit der betroffenen Person zu taxieren, worüber grundsätzlich kein Informationsanspruch besteht. Kommt hinzu, dass die verlangte Auskunft über die Hintergründe des Rückzugs für die Ausübung der Aktionärsrechte nicht erforderlich ist.³⁰

c) Absetzung aller Traktanden (Widerruf der Einberufung)

Schliesslich bleibt in diesem Kontext noch zu klären, ob eine bereits einberufene ordentliche Generalversammlung widerrufen werden kann. Der Widerruf der Einberufung bedeutet, dass die Generalversammlung abgesagt oder verschoben wird und damit die ganze Traktandenliste mit den dazu gehörenden Anträgen abgesetzt wird, was sich in ausserordentlichen Situationen aufdrängen kann.³¹ Dem Verwaltungsrat steht es zu, «aus triftigen Gründen die Versammlung abzusagen oder zu verschieben, wenn es im Interesse einer vernünftigen Meinungsbildung angebracht ist».³² Stellt sich kurz vor der Generalversammlung bspw. heraus, dass bei der Jahresrechnung ein schwerwiegender Fehler unterlaufen ist, wäre dies ein plausibler Grund, die ordentliche Generalversammlung auf einen späteren Zeitpunkt im Jahresverlauf zu verschieben. Die ordentliche Generalversammlung kann nicht durchgeführt werden, wenn ein unbedingt notwendiger Generalversammlungsbeschluss nicht gefasst werden kann.³³

Wie ist die Situation zu beurteilen, wenn es sich beim Traktandum, welches der Verwaltungsrat zurückziehen möchte, um das Haupttraktandum einer ausserordentlichen Generalversammlung handelt? Beim Fall «Sunrise» wurde die ausserordentliche GV kurzfristig abgesagt und damit die traktandierte Kapitalerhöhung für die Übernahme der UPC Schweiz abgesetzt mit der Begründung, dass der Antrag des Verwaltungsrates die erforderliche Mehrheit nicht erhalten würde.

28 Dies gilt zumindest für kotierte Aktiengesellschaften.

29 Dass die Gesellschaft im Vorfeld der GV Kenntnis über diese Information hat, ist eine Folge davon, dass der unabhängige Stimmrechtsvertreter der Gesellschaft kurz vor der GV die von ihm vertretenen Bestände bekanntgibt. Die Gesellschaft muss vor der GV einen Abgleich der vom unabhängigen Stimmrechtsvertreter gemeldeten Bestände mit den entsprechenden Aktienstimmen gemäss Aktienregister vornehmen. Vgl. dazu HORBER, Zur Stimmrechtsvertretung in der AG, NZZ, 10. Juli 2019.

30 Vgl. Art. 697 Abs. 2 OR, wonach die Auskunft insoweit zu erteilen ist, als sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist.

31 Vgl. BÖCKLI (Fn 4) S. 1380, N 116.

32 Vgl. BÖCKLI (Fn 4) S. 1380, N 116.

33 Vgl. in diesem Zusammenhang BÖCKLI (Fn 4) S. 1476 f., N 420 f.

Kommt der Verwaltungsrat zum Schluss, dass sein angekündigter Sachgegenstand nicht (mehr) zielführend ist, steht ihm kraft seiner Leitungsfunktion gegenüber der Versammlung die Kompetenz zu, das Traktandum abzusetzen.³⁴ Dies muss auch dann Gültigkeit haben, wenn es sich dabei um das Haupttraktandum bzw. um das einzige Traktandum einer ausserordentlichen GV handelt und die Absetzung damit zwangsläufig zum Widerruf der ausserordentlichen Generalversammlung führt.³⁵

d) Änderung des Antrags

Wie präsentiert sich die Rechtslage, wenn nicht das Traktandum zurückgezogen wird, sondern der Antrag zu einem bestimmten Traktandum nach erfolgter Publikation der Traktandenliste abgeändert wird? Der Verwaltungsrat hält am spezifischen Traktandum fest, ändert hingegen nach Versand der GV-Unterlagen den dazu gehörenden Antrag. Eine nachträgliche Modifikation des ursprünglich gestellten Antrags kann sich im konkreten Einzelfall aufgrund neuer Tatsachen oder Kenntnisse aufdrängen.³⁶

Die Modifikation des Antrags führt dazu, dass sich beim betroffenen Traktandum auch das Beschlussergebnis ändert. Das hat zur Folge, dass das zugestellte Weisungsformular, auf welchem der Aktionär eine konkrete oder allgemeine Weisung erteilen konnte, mit Bezug auf dieses spezifische Traktandum zu einem mittlerweile nicht mehr aktuellen Antrag referenziert.

Dies ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn sich die Willensbildung – wie bei kotierten Publikumsgesellschaften üblich – bereits im Vorfeld der GV abspielt und sich mit der Erteilung der Stimmrechtsinstruktionen an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter erschöpft.³⁷

Hat der Aktionär seine Weisungen bereits dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter erteilt, liegen Stimmrechtsinstruktionen vor, die sich auf ein Traktandum mit einem nicht mehr relevanten Antrag beziehen. Der unabhängige Stimmrechtsvertreter hat zwar eine rechtsgültige Vollmacht mit einer Weisung für den ursprünglichen Antrag erhalten, aber keine Weisung für den geänderten Antrag.

Können die bereits erteilten Weisungen auch für den geänderten Antrag Verwendung finden? Vorerst gilt festzustellen, dass dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter grundsätzlich kein Ermessen zusteht³⁸, steht doch gemäss Art. 10 Abs. 1 VegüV die reine Weisungsbefolgungspflicht im Vordergrund. In Ausnahmesituationen wird der unabhängige Stimmrechtsvertreter nicht darum herkommen, eine Entscheidung über das Stimmverhalten treffen zu müssen, was namentlich dann zutrifft, wenn ein vom ursprünglichen Antrag abweichender Änderungsantrag vorliegt.³⁹ Falls die nachträgliche Modifikation des Antrags zu einer wesentlichen Änderung des ursprünglichen Antrags führt, darf die konkrete Einzelweisung, die noch auf den ursprünglichen Antrag Bezug nahm, vom unabhängigen Stimmrechtsvertreter nicht mehr berücksichtigt werden.⁴⁰

Falls eine allgemeine Weisung vorliegt, wonach allen angekündigten Anträgen des Verwaltungsrates zugestimmt wird, hat dies die gleiche Rechtswirkung: Die allgemeine Weisung bezieht sich auf bereits angekündigte Traktanden mit ihren jeweiligen Anträgen und nicht auf Traktanden mit nachträglich geänderten Anträgen, weshalb auf sie nicht mehr rechtsgültig abgestellt werden kann. Liegt mit Bezug auf ein konkretes Traktandum aber keine rechtsgültig erteilte Weisung vor, hat sich der unabhängige Stimmrechtsvertreter der Stimme zu enthalten.⁴¹

34 Mit den gleichen Überlegungen, die schon vorne im Zusammenhang mit dem Rückzug des Aktienrückkaufprogramms erläutert wurden.

35 Eine andere Frage – die hier aber offen bleiben kann – ist, wie der Verwaltungsrat im konkret beschriebenen Fall im Vorfeld der GV zur gesicherten Erkenntnis gelangen konnte, nicht die erforderliche Mehrheit für seinen Antrag zu erhalten.

36 Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn 21) S. 211, N 66.

37 Siehe dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Fn 19) S. 572, N 533. Bei Publikumsgesellschaften ist die Willensbildung in der GV schon deshalb eine Illusion, weil die Mehrheit der Stimmen durch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter abgegeben wird. Weil dieser verpflichtet ist, nach den ihm vor der GV erteilten Weisungen zu stimmen (Art. 689b Abs. 1 OR), erfolgt die Willensbildung faktisch vor der GV.

38 Siehe GERICKE, in: OSER/MÜLLER (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Zürich 2014, Art. 10 N 10.

39 Vgl. NIKITINE, in: BSK VegüV: WATTER/VOGT (Hrsg.), Basler Kommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Basel 2015, Art. 10 N 19. Siehe auch GERICKE (Fn 38) Art. 10 N 24.

40 Siehe zur Tragweite von konkreten Weisungen im Kontext von Änderungsanträgen des gleichen Antragstellers bei GERICKE (Fn 38) Art. 10 N 27.

41 Siehe dazu HORBER (Fn 26) S. 13.

Der Weiterbestand bzw. die Weiterverwendbarkeit einer einmal erteilten Einzelweisung oder allgemeinen Weisung hängt demnach davon ab, ob die Änderung wesentlich ist oder nicht. Diese Abgrenzung erfolgt in Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben.⁴² Falls die Abweichung gegenüber dem Erstantrag objektiv betrachtet in materieller und formeller Hinsicht unwesentlich ist, kann weiterhin auf die bereits erteilte Weisung abgestellt werden. Rein sprachliche Anpassungen oder kleine inhaltliche Präzisierungen am ursprünglichen Antrag, die aus Sicht eines durchschnittlichen Aktionärs vernünftigerweise keinen Einfluss auf das Stimmverhalten haben, sind deshalb als unwesentliche Modifikationen zu taxieren mit der Rechtsfolge, dass die erteilte Einzelweisung bzw. die allgemeine Weisung weiterhin Gültigkeit und aus Sicht des unabhängigen Stimmrechtsvertreters Bestand hat.⁴³

Fazit: Sobald eine Antragsänderung zu einer wesentlichen Modifikation des ursprünglichen Antrags führt, verliert die dazu erteilte Einzelweisung oder allgemeine Weisung ihre Gültigkeit.⁴⁴

2.3 Phase während der Generalversammlung

Bei dieser Phase geht es um die Generalversammlung an sich, d.h. um den Zeitraum vom Beginn bis zum Ende der Versammlung. Welche Szenarien sind während der Generalversammlung denkbar, die den geplanten GV-Ablauf stören können? Und wie hat der Verwaltungsrat bzw. die Versammlungsleitung darauf zu reagieren?

a) Änderung der Traktandenliste

Kann der Verwaltungsrat zu Beginn der Generalversammlung die Traktandenliste kurzfristig umstellen, indem er die Reihenfolge der Traktanden ändert oder gewisse Traktanden zusammenlegt?

Eine Änderung der Reihenfolge ist grundsätzlich möglich. Der Vorsitzende kann aus sachlichen Gründen selbständig eine solche Anordnung treffen⁴⁵, womit sich die Nummerierung der Traktanden ändert.⁴⁶ Für die Stimmabgabe in der Generalversammlung hat die Umstellung der Traktandenliste keine Auswirkung: Das Abstimmungsgerät wird für jedes Traktandum vor der Abstimmung freigeschaltet. Falls bspw. Traktandum 6 vorgezogen wird, wird Traktandum 6 für die Aktionärinnen und Aktionäre auf dem Abstimmungsgerät eingeblendet und für diese sichtbar, und zwar mit originaler Traktandennummer. Das Stimmergebnis im Saal wird dann mit den Stimmrechtsinstruktionen, die beim unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu Traktandum 6 eingegangen sind, konsolidiert.

Wie ist die Rechtssituation bei einer Zusammenlegung von Traktanden zu beurteilen? Von Zusammenlegung ist dann zu sprechen, wenn mindestens zwei Einzeltraktanden, die auf der GV-Einladung als separate Beschlussanträge ausgewiesen sind (bspw. Traktandum 7.1 und 7.2), an der Generalversammlung in einem einzigen Traktandum vereinigt werden mit der Konsequenz, dass nur noch über einen Beschlussantrag abgestimmt wird.⁴⁷ Eine Zusammenlegung würde bedeuten, dass gleichzeitig auf Stimmrechtsinstruktionen abgestellt würde, die zu verschiedenen Einzeltraktanden (7.1 und 7.2) eingegangen sind. Dies ist rechtlich unzulässig, weil dieser Vorgang dem Faktum nicht Rechnung trägt, dass das Stimmungsbild bei den betroffenen Einzeltraktanden differieren kann.

42 Vgl. NIKITINE (Fn 39) Art. 9 N 18.

43 Vgl. NIKITINE (Fn 39) Art. 9 N 18.

44 Um diese Rechtsfolge zu verhindern, sind verschiedene Alternativszenarien denkbar wie nachträgliche Zustellung eines korrigierten und aktualisierten Weisungsformulars, Behandlung eines Änderungsantrags als Ad hoc-Antrag oder Umweg über eine ausserordentliche Generalversammlung, indem das ursprüngliche Traktandum mit der wesentlichen Antragsänderung neu traktandiert wird. Siehe dazu sowie zu den mit den Alternativszenarien verknüpften Risikofaktoren bei HORBER (Fn 26) S. 13 ff.

45 Vgl. BÖCKLI (Fn 3) S. 65.

46 So könnte bspw. das Traktandum «Wahl in den Verwaltungsrat» nach hinten verlegt werden, wenn die neu in den Verwaltungsrat zu wählende Person – aus welchen Gründen auch immer – noch nicht im Saal eingetroffen ist und eine persönliche Vorstellung vor dem eigentlichen Wahlakt eingeplant ist.

47 Praktisches Beispiel dafür wäre eine Statutenrevision. In der GV-Einladung sind, weil die Revision zwei Statutenartikel betrifft, zwei separate Einzelabstimmungen vorgesehen. In der GV wird der Ordnungsantrag gestellt, über die beiden Artikel in einem einzigen Vorgang abzustimmen.

Mit der Zusammenlegung könnte der wahre Aktionärswille, wie er sich in den Stimmrechtsinstruktionen bei den betroffenen Traktanden (7.1 und 7.2) manifestiert, nicht korrekt reflektiert werden. Ein Ordnungsantrag aus der Aktionärsmitte auf Zusammenlegung von Einzeltraktanden müsste daher vom Vorsitzenden abgelehnt bzw. zurückgewiesen werden, weil er rechtlich nicht umsetzbar ist. Darüber kann der Vorsitzende kraft seiner Leitungsbefugnis autonom entscheiden, ohne dass über diesen Ordnungsantrag abgestimmt werden muss.⁴⁸

Kann ein Traktandum an der GV noch zurückgezogen werden? Mit der Streichung wird das Traktandum gegenstandslos. Die schlichte Streichung eines Traktandums, das in der Einberufung bekanntgegeben wurde, ist ausgeschlossen. «Eine Ausnahme – wohl die einzige – tritt ein, wenn ein Traktandum objektiv gegenstandslos geworden ist, was eher selten vorkommt».⁴⁹ In der Phase während der Einberufungsfrist kann hingegen, wie aufgezeigt, ein Traktandum noch zurückgezogen werden. Im Gegensatz zur Streichung wird das Traktandum beim Rückzug nicht gegenstandslos, sondern aufgeschoben bzw. vertagt.⁵⁰

b) Neue Traktanden

Kann die GV-Traktandenliste an der GV noch mit neuen Traktanden ergänzt bzw. erweitert werden? Grundsätzlich gilt, dass das Programm der GV mit der Publikation der Traktandenliste definiert ist. Beschlüsse können nur über Anträge zu gehörig angekündigten Verhandlungsgegenständen gefasst werden.⁵¹

48 Für die Saalstimmen könnte der Ordnungsantrag zwar (abstimmungstechnisch gesehen) umgesetzt werden, weil das Abstimmungsgerät ermöglicht, separate Abstimmungen (zu 7.1 und 7.2) zusammenzulegen und in einem einzigen Vorgang durchzuführen.

49 BÖCKLI (Fn 3) S. 65.

50 Dies gilt zumindest für jene Traktanden, die zwingend jedes Jahr dem Aktionariat zu unterbreiten sind. Ein Aktienrückkaufprogramm könnte hingegen, weil nicht zum Kreis der unbedingt notwendigen Beschlüsse gehörend, ersatzlos von der Traktandenliste gestrichen werden. Siehe zu diesem differenzierenden Ansatz vorne unter 2.2 lit. b).

51 Die Aktionäre müssen wissen, worüber verhandelt und beschlossen werden soll (vgl. in diesem Zusammenhang BGE 103 II 143, auch 114 II 198).

Allerdings sieht Art. 700 Abs. 3 OR vor, dass Anträge auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung (Art. 699 Abs. 2 OR), auf Durchführung einer Sonderprüfung (Art. 697a Abs. 1 OR)⁵² sowie auf Wahl einer Revisionsstelle infolge eines Begehrens eines Aktionärs (Art. 727a Abs. 4 OR) zulässig sind, auch wenn diese nicht traktandiert sind. Insofern kann die Generalversammlung auch rechtsverbindliche Beschlüsse zu Themen fassen, die nicht auf der publizierten Traktandenliste figurierten. Von diesen Ausnahmen abgesehen sind Beschlüsse über Anträge zu neuen Traktanden nicht zulässig.⁵³

c) Änderung des Antrags

Ein Traktandum wird in der Generalversammlung jeweils nach gleichem Muster abgewickelt: Eröffnung des Traktandums, Erläuterung des dazugehörenden Antrags, Diskussion, Abstimmung. Verfahrensmässig ist der Ablauf vorgegeben und materiell ist das Beschlussthema durch den Antrag definiert.

Kann in dieses Programm eingegriffen werden, indem das Beschlussergebnis eines Traktandums an der Generalversammlung noch geändert wird? Kann ein Aktionär eine Änderung des Antrags des Verwaltungsrates verlangen? Steht dem Verwaltungsrat das Recht zu, seinen bereits publizierten Antrag zu einem bestimmten Traktandum an der GV selbst noch abzuändern? Hier gilt es zu differenzieren.

Im Vordergrund steht das individuelle Antragsrecht des Aktionärs. Jedem Aktionär steht unabhängig von der Grösse des Aktienbesitzes das Recht zu, einen Abänderungsantrag zu stellen und somit einen gegenüber dem Antrag des Verwaltungsrates modifizierten Beschlussvorschlag einzubringen.⁵⁴ Beschlussanträge materieller Art sind rechtlich aber nur dann zulässig, wenn sie sich im Rahmen des angekündigten Traktandums halten.⁵⁵

52 Immerhin ist auf ein Begehren auf Sonderprüfung nicht einzutreten, wenn der Antragsteller sein Auskunfts- oder Einsichtsrecht nicht ausgeübt hat (Art. 697a Abs. 1 OR).

53 Siehe auch BÖCKLI (Fn 3) S. 65, wonach die Hinzufügung eines neuen Traktandums ausgeschlossen ist.

54 Hier zeigt sich der Unterschied des Antragsrechts als Individualrecht zum Traktandierungsrecht als Minderheitsrecht.

55 Wenn angenommen, muss er sich inhaltlich als gültiger Generalversammlungsbeschluss erweisen. Bei spontanen Anträgen von Aktionären zu substanziellen Statutenänderungen ist zu beachten, dass prinzipiell nur ein vom Notar und vom Handelsregisterführer vorgeprüfter Beschlusswortlaut wirklich abstimmungsreif ist.

Die Grenze liegt im Bedeutungsfeld des einzelnen Traktandums sowie im Sachlichkeitsgebot.⁵⁶ Bei dieser Beurteilung ist auf den Sinn abzustellen, den ein durchschnittlicher Aktionär dem in der Einberufung abgegebenen Traktandum beilegt.

Der Aktionär, der einen Antrag stellt, hat grundsätzlich Anspruch darauf, dass über seinen Antrag abgestimmt wird. Dieser Anspruch ist aber nicht isoliert zu betrachten, sondern ist eingebettet in den Rahmen des Traktandums und die Anforderungen der Sachlichkeit, der Klarheit und vor allem des funktional ungestörten Ablaufs der Versammlung.⁵⁷ Hier zeigt sich, wie wichtig die Leitungsbefugnis des Vorsitzenden ist für die zweckmässige Behandlung von Aktionärsanträgen. Am Vorsitzenden liegt es, einen unklaren Antrag in eine zweckmässige Form zu kleiden und so zur Abstimmung zu bringen oder aber, wenn der Antrag ausserhalb des rechtlich massgebenden Rahmens liegt, eindeutig sachwidrig oder missbräuchlich ist, ihn als unzulässig zu taxieren.⁵⁸ In einem solchen Fall hat der Antragsteller aber das Recht zu verlangen, dass der Vorsitzende zu diesem Ordnungsentscheid die Generalversammlung abstimmen lässt; der Beschluss ist nach Art. 706 OR anfechtbar.⁵⁹

Der Vorsitzende ist befugt, die Anträge sinnvoll zu gruppieren, um den Willen der Versammlung ohne unnötigen Zeitverlust zu eruieren und dadurch einen effizienten Willensbildungsprozess zu garantieren. Im vorgegebenen Rahmen einer Generalversammlung ist es zudem schwierig, mit einer Flut von Anträgen und Eventualanträgen umzugehen.⁶⁰ Der Präsident kann unter Umständen das Problem so lösen, dass er in Abweichung vom theoretisch richtigen Verfahren mit vorgezogenen Eventualabstimmungen gerade zuerst den Hauptantrag des Verwaltungsrates zur Abstimmung bringt. Ist dieser mit dem erforderlichen Mehr angenommen, «fallen alle anderen Anträge vom Tisch».⁶¹

Wichtig in diesem Kontext ist zu erwähnen, dass nicht nur dem einzelnen Aktionär, sondern auch dem Verwaltungsrat als Organ in der Generalversammlung ein Antragsrecht zusteht.

Der Verwaltungsrat kann im Rahmen der angekündigten Traktanden seinen ursprünglichen Antrag – aus welchen Gründen auch immer – modifizieren, d.h. seinen schon gestellten und publizierten Antrag an der Generalversammlung abändern.⁶² Stellt ein Aktionär einen Gegenantrag, kann der Verwaltungsrat als Reaktion darauf seinen ursprünglichen Antrag im Sinne des Aktionärsantrags anpassen und der GV einen gegenüber der ursprünglichen Fassung modifizierten Antrag zur Abstimmung bringen.⁶³ Formell stimmt dann die Generalversammlung, sofern der Aktionärsantrag zurückgezogen wird, über den geänderten Antrag des Verwaltungsrates ab.⁶⁴

Ergänzend sei festgehalten, dass auch jedes einzelne Mitglied des Verwaltungsrates in der Generalversammlung antragsberechtigt ist (Art. 702a OR).

d) Abstimmungstechnische Behandlung von Anträgen

Wie sind Abänderungsanträge des Verwaltungsrates bzw. eines Aktionärs, die erst an der Generalversammlung gestellt werden, abstimmungstechnisch zu behandeln?

Der Änderungsantrag ist als neuer Antrag zu einem bereits angekündigten Traktandum im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Ziff. 2 VegüV zu behandeln.⁶⁵ Dieser Antrag ist in den GV-Unterlagen, weil er erst nachträglich gestellt wird, nicht angekündigt gewesen.

56 Vgl. BÖCKLI (Fn 4) S. 1361, N 71.

57 Vgl. BÖCKLI (Fn 4) S. 1405 f., N 178.

58 Vgl. BÖCKLI (Fn 4) S. 1406, N 178.

59 Vgl. BÖCKLI (Fn 4) S. 1406, N 178.

60 Vgl. generell dazu BÖCKLI (Fn 4) S. 1407, N 180a.

61 Vgl. BÖCKLI (Fn 4) S. 1407, N 180a.

62 Niemandem (auch dem Verwaltungsrat nicht) ist es verwehrt, «klüger zu werden und auf veränderte Verhältnisse zu reagieren». Vgl. dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn 21) S. 211, N 66.

63 Je nach Situation des Einzelfalls kann es sich aufdrängen, die GV kurz zu unterbrechen, damit der Verwaltungsrat seine Antragsänderung formell beschliessen kann.

64 Falls dies im Rahmen einer Statutenrevision geschieht, bleibt allerdings zu beachten, dass mit der Antragsänderung am ursprünglichen Wortlaut nur unwesentliche Änderungen oder redaktionelle Bereinigungen vorgenommen werden können. Anträge, die eine substantielle Statutenänderung zur Folge haben, sind durch einen Notar bzw. durch den Handelsregisterführer vorzuprüfen und können nicht «quasi in letzter Sekunde» eingebracht werden.

65 GLM. NIKITINE (Fn 39) Art. 9 N 18: Falls ein Antrag nach Versand der Einladung wesentlich modifiziert wird, handelt es sich dabei um einen neu angekündigten Antrag gemäss Art. 9 Abs. 1 Ziff. 2 VegüV. Siehe auch GERICKE (Fn 38) Art. 9 N 26: «Wird ein angekündigter Antrag wesentlich abgeändert, findet eine Abstimmung über einen neuen, nicht angekündigten Antrag statt.»

Zu nicht angekündigten Anträgen, die nach dem Versand der GV-Unterlagen erst kurz vor der GV oder gar erst an der GV zu angekündigten Traktanden gestellt werden, können die Aktionäre im Weisungsformular jeweils pauschal allgemeine Weisungen abgeben.⁶⁶ Diese Weisungserteilung erfolgt naturgemäss in Unkenntnis eines möglichen Ad hoc-Antrags, weil er im Moment der Weisungserteilung noch gar nicht vorliegt. Allgemeine Weisungen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Ziff. 2 VegüV sind deshalb als Eventualweisungen konzipiert, die nur im Hinblick auf mögliche Ad hoc-Anträge erteilt werden.

Die Praxis in grossen Publikumsgesellschaften zeigt, dass die Aktionäre die Möglichkeit zur Erteilung von allgemeinen Weisungen bei Ad hoc-Anträgen regelmässig nutzen. So können die Aktionäre im Vorfeld der GV – um eine Wahlmöglichkeit zu nennen – sich damit einverstanden erklären, dass ihre Stimmen im Hinblick auf solche Ad hoc-Anträge, deren Inhalt sie im Vorfeld der GV typischerweise nicht kennen⁶⁷, jeweils im Sinne des Antrags des Verwaltungsrates ausgeübt werden. Konkret hätte dies zur Folge, dass einer Antragsänderung des Verwaltungsrates – basierend auf einer solchen allgemeinen Weisung – zugestimmt würde.

Falls im Weisungsformular auch die Wahlmöglichkeit besteht, mit der allgemeinen Weisungserteilung Aktionärsanträge, die an der Generalversammlung gestellt werden, zu unterstützen, können sich die Aktionäre alternativ dazu entschliessen, jeweils diesen und nicht den Anträgen des Verwaltungsrates ihre Zustimmung zu geben.

66 Art. 9 Abs. 1 Ziff. 2 VegüV; vgl. dazu auch NIKITINE (Fn 39) Art. 9 N 18 und 19 ff.

67 Wird der ursprüngliche Antrag vom Verwaltungsrat noch vor der GV geändert und wie ein möglicher Ad hoc-Antrag behandelt, ist dies bei der Bekanntgabe der Antragsänderung den Aktionären entsprechend zu kommunizieren. Aktionäre haben so die Möglichkeit, ihre pauschal erteilten allgemeinen Weisungen, die sie im Hinblick auf mögliche (unbekannte) Ad hoc-Anträge bereits erteilt hatten, allenfalls zu widerrufen bzw. abzuändern, was denkbar ist, weil sie nun konkrete Kenntnis vom Inhalt dieses Abänderungsantrags haben. Dieser Abänderungsantrag ist so gesehen ein atypischer Ad hoc-Antrag, weil die typischen Ad hoc-Anträge dadurch charakterisiert sind, dass der Aktionär deren Inhalt im Zeitpunkt der Weisungserteilung nicht kennt und die Stimmabgabe somit in Unkenntnis des konkreten Antrags erfolgt. Falls kein Widerruf erfolgt, wird auf die ursprünglich pauschal erteilten allgemeinen Weisungen abgestellt.

Es zeigen sich aber auch andere Verhaltensmuster. Da Existenz und Inhalt eines Ad hoc-Antrags ungewiss und unbekannt sind⁶⁸, entscheiden sich Aktionäre oftmals für ein blankes Nein oder für Stimmenthaltung und folgen damit nicht blindlings dem Antrag des Verwaltungsrates oder dem Antrag eines Aktionärs, weil diese eben im Voraus nicht bekannt sind. Dieses Stimmverhalten kann namentlich bei institutionellen Aktionären beobachtet werden. Stimmenthaltungen wirken sich im Ergebnis wie Nein-Stimmen aus⁶⁹, falls das erforderliche Mehr für einen Änderungsantrag auf der Basis der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen ermittelt wird.⁷⁰ Die Kumulation von Enthaltungs- und Neinstimmen kann letztlich darauf hinauslaufen, dass bspw. der Änderungsantrag des Verwaltungsrates nicht die erforderliche Mehrheit findet und scheitert. Dieses Risiko liesse sich statutarisch dadurch schmälern, indem eine Mehrheitsbestimmung festgelegt wird, welche auf die Anzahl abgegebener Stimmen abstellt, wobei Stimmenthaltungen als nicht abgegebene Stimmen betrachtet würden.⁷¹ Liegt seitens der Aktionäre keine allgemeine Weisung bei Ad hoc-Anträgen vor, liegt der Fall einer Weisungslosigkeit vor, womit sich der unabhängige Stimmrechtsvertreter der Stimme zu enthalten hat (Art. 10 Abs. 2 VegüV).

Fazit: Abänderungsanträge an der Generalversammlung sind im Rahmen der aufgezeigten materiellen Schranken rechtlich zulässig. Abstimmungstechnisch sind sie als Ad hoc-Anträge zu taxieren. Je nach Wahlmöglichkeit auf dem Weisungsformular kann entweder jeweils der Antrag des Verwaltungsrates oder der Antrag eines Aktionärs unterstützt, generell mit Nein gestimmt oder generell für Stimmenthaltung votiert werden. Je nach statutarischer Ausgestaltung der Mehrheitsbestimmung kann sich – aufgrund der erfahrungsgemäss hohen Anzahl an Enthaltungsstimmen – das Erreichen des erforderlichen Mehrs als schwieriges Unterfangen erweisen. Aus Sicht des Verwaltungsrates ist es daher ratsam, auf «last minute» Korrekturen seiner publizierten Anträge zu verzichten.

68 Das gilt gleichermassen für Abänderungsanträge des Verwaltungsrates wie auch der Aktionäre.

69 Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Fn 19) S. 568, N 517.

70 Vgl. NIKITINE (Fn 39) Art. 10 N 23. Das Abstellen auf die absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen entspricht dispositivem Gesetzesrecht (Art. 703 OR) und wird bei der grossen Mehrheit der Schweizer Publikumsgesellschaften praktiziert.

71 Vgl. SCHWARZENBACH, SJZ 110 (2014) Nr. 15, 401.

3. Ausblick revidiertes Aktienrecht

Gelten die aufgezeigten Spielregeln auch unter dem Regime des revidierten Aktienrechts? Grundsätzlich ist festzustellen, dass die Corporate Governance im Aktienrecht unangetastet bleibt: Die Generalversammlung ist das oberste Organ der Aktiengesellschaft und «das einzige aktienrechtlich formalisierte Forum der Aktionärinnen und Aktionäre». ⁷² Die heute geltenden Spielregeln, welche die Interaktion zwischen Verwaltungsrat und Aktionariat vor und während der Generalversammlung bestimmen, bleiben in ihren Grundfesten und in ihren prozeduralen Mechanismen weiterhin bestehen. ⁷³

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit soll kurz auf einzelne Neuerungen hingewiesen werden, die im Kontext dieses Beitrags von besonderem Interesse sind. Hinsichtlich der Einberufung der Generalversammlung sowie des Traktandierungs- und Antragsrechts sieht das revidierte Aktienrecht punktuelle Neuerungen vor. Gemäss Art. 699b revOR ⁷⁴ können Aktionäre die Traktandierung von Verhandlungsgegenständen verlangen, sofern sie über 0,5 Prozent (bei kotierten Gesellschaften) oder 5 Prozent (in anderen Gesellschaften) des Aktienkapitals oder der Stimmen verfügen. ⁷⁵ Unter den gleichen Voraussetzungen können die Aktionäre verlangen, dass Anträge zu Verhandlungsgegenständen in die Einberufung der Generalversammlung aufgenommen werden (Art. 699b Abs. 2 revOR). Mit der Traktandierung oder den Anträgen können die Aktionäre eine kurze Begründung einreichen, die vom Verwaltungsrat in die GV-Einladung zu integrieren ist (vgl. Art. 699b Abs. 3 revOR sowie 700 Abs. 2 Ziff. 4 revOR).

Neu ist, dass der Antrag des Verwaltungsrates (bei börsenkotierten Gesellschaften) mit kurzer Begründung in die Einberufung der Generalversammlung aufzunehmen ist (Art. 700 Abs. 2 Ziff. 3 revOR). ⁷⁶ «Dies soll insbesondere das entsprechende Informationsbedürfnis der übrigen Aktionärinnen und Aktionäre im Vorfeld der GV befriedigen». ⁷⁷

Eine wesentliche Neuerung sieht das revidierte Aktienrecht mit Bezug auf die Ausübung der Aktionärsrechte vor: Gemäss Art. 701c revOR kann der Verwaltungsrat vorsehen, dass Aktionäre, die nicht am Ort der Generalversammlung anwesend sind, ihre Rechte auf elektronischem Weg ausüben können. Das Antragsrecht kann demnach mittels Verwendung elektronischer Hilfsmittel ausgeübt werden und wird nicht mehr an die physische Präsenz an der Generalversammlung gekoppelt. ⁷⁸

Sobald das revidierte Aktienrecht in Kraft getreten ist und die COVID-19 bedingten Restriktionen aufgehoben sind, wird sich zeigen, in welche Richtung sich die Generalversammlung entwickelt ⁷⁹ und wie sich die technischen Neuerungen auf die Interaktion zwischen Verwaltungsrat und Aktionariat auswirken. ⁸⁰

72 Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, S. 549 (bei 2.1.25).

73 Vgl. generell zu den diversen Anpassungen, die mit der Revision des Aktienrechts den Bereich der Generalversammlung betreffen, bei MÜLLER/AKERET, Die Generalversammlung nach revidiertem Aktienrecht, SJZ 117 (2021) Nr. 1, 7 ff.

74 Als «revOR» werden die Artikel des revidierten Aktienrechts bezeichnet.

75 Gemäss geltendem Recht sind 10% des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von 1 Million Franken erforderlich (siehe vorne bei Fussnote 12).

76 Dies bedingt eine «sachliche und neutrale Information» in der GV-Einladung. Vgl. dazu Botschaft (Fn 72) S. 555 (bei 2.1.25) sowie dort die Fussnote 409.

77 Vgl. Botschaft (Fn 72) S. 552.

78 Gemäss Art. 689 Abs. 1 OR übt der Aktionär seine Rechte in den Angelegenheiten der Gesellschaft in der Generalversammlung aus.

79 Wird die traditionelle Form der GV wieder aufleben oder wird sich die hybride Form mit gleichzeitig physischer und virtueller Teilnahme der Aktionäre durchsetzen oder der Trend gar in Richtung virtueller GV gehen?

80 Die COVID-19 bedingten Restriktionen haben dazu geführt, dass das Teilnahmerecht des Aktionärs suspendiert wurde. Die persönlichen Mitwirkungsrechte, wie sie in Art. 689 Abs. 1 OR stipuliert sind, konnten vom Aktionär nicht mehr ausgeübt werden. Was dem Aktionär noch einzig verblieb, war das Stimm- und Wahlrecht. Der Aktionär konnte dieses aber nicht mehr unmittelbar, sondern nur noch mittelbar ausüben, indem er dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter schriftlich oder elektronisch seine Stimmrechtsinstruktionen zukommen liess. Vgl. dazu FORSTMOSER/HORBER, Lex specialis: Die Corona-Generalversammlung (Fn 1). Interessant wird zu beobachten sein, ob die Nutzung der Digitalisierung an der GV den Aktionismus der Aktionäre begünstigen wird.