

DIGITALE VERWALTUNGSRATSSITZUNGEN – MÖGLICHKEITEN, GRENZEN UND CHANCEN

Dem Verwaltungsrat (VR) obliegt die Oberleitung der Aktiengesellschaft (AG), er vertritt diese nach aussen und hat eine Reihe unentziehbarer und unübertragbarer Aufgaben. Die Willensbildung im VR erfolgt nach dem gesetzgeberischen Leitbild zuvorderst in physischen Sitzungen mit mündlicher Beratung aller anwesenden Mitglieder an einem Ort, ferner auf schriftlichem Wege. Im Zuge der technologischen Entwicklung ergeben sich neue digitale Möglichkeiten der Beschlussfassung im VR, damit stellen sich aber auch neue Fragen. Dies wird gerade in der aktuellen COVID-19-Pandemie akzentuiert. Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die Möglichkeiten und rechtlichen Anforderungen an die digitale (elektronische, schriftliche, fernmündliche, virtuelle) Beschlussfassung im VR.

■ Von Dr. Robert Bernet und Dr. Peter Kühn

1. Allgemeines zur Beschlussfassung des VR

Das schweizerische Obligationenrecht (OR) regelt die Beschlussfassung des VR nicht umfassend, legt aber Grundregeln fest: Die VR-Beschlüsse werden mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Der Vorsitzende hat den Stichentscheid, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen. Beschlüsse können auch auf dem Wege der schriftlichen Zustimmung zu einem gestellten Antrag gefasst werden (sog. Zirkular- oder Zirkulationsbeschlüsse), sofern nicht ein Mitglied die mündliche Beratung verlangt. Über die Verhandlungen und Beschlüsse ist ein Protokoll zu führen, das vom Vorsitzenden und vom Sekretär unterzeichnet wird. Weiter stellt das Gesetz klar, dass VR-Beschlüsse – anders als die Beschlüsse der Generalversammlung (GV) – nicht anfechtbar sein können, sondern nur, bei besonders gravierenden Mängeln (etwa Verletzung des Rechts eines VR-Mitglieds auf Teilnahme, Missachtung der Grundstrukturen der AG), nichtig. Nach überwiegender Auffassung ist das VR-Mandat höchstpersönlich und damit vertretungsfeindlich.

Sodann finden sich in den Gesellschaftsstatuten oftmals deklaratori-

sche und fakultative Regelungen zum VR, z.B. zur Selbstkonstituierung, Einberufung, Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung, Zirkularbeschlüssen, Protokollierung und Vertretung nach aussen.

Ein allfälliges vom VR erlassenes Organisationsreglement (neben Gesetz und Statuten) ist sodann ebenfalls für die VR-Mitglieder massgeblich und kann weitere spezifische Regelungen zur Beschlussfassung im VR (sowie vor allem auch zum Verhältnis zur Geschäftsleitung/CEO) enthalten. Gesellschaften können hier massgeschneiderte Regelungen treffen. Das Organisationsreglement ist nicht dem Handelsregister einzureichen und somit nicht öffentlich, sondern ein gesellschaftsinternes Dokument, was in der praktischen Arbeit des VR bzw. der Geschäftsleitung/CEO nützlich sein kann.

WICHTIGER HINWEIS

Neben dem OR sind die Gesellschaftsstatuten sowie ein allfälliges Organisationsreglement im Hinblick auf die Möglichkeiten für die digitale VR-Beschlussfassung im Einzelfall zu konsultieren (bzw. anzupassen).

2. Zirkularbeschlüsse

Der praktisch wohl bedeutsamste Fall der Beschlussfassung im VR ohne physische Sitzung ist die Beschlussfassung auf dem schriftlichen Wege (teils auch als Umlaufverfahren bezeichnet). Anders als auf Stufe der GV (dies wiederum anders als bei der GmbH) kann der VR Zirkularbeschlüsse fassen, sofern nicht ein Mitglied die mündliche Beratung verlangt.

PRAXISTIPP



Auch Zirkularbeschlüsse sind ordnungsgemäss zu protokollieren, sie werden in der Praxis oftmals in das Protokoll einer nachfolgenden VR-Sitzung aufgenommen.

Rechtliche Schwierigkeiten bei Zirkularbeschlüssen ergeben sich aus dem Erfordernis der Schriftlichkeit. Gemäss OR ist hierfür grundsätzlich die eigenhändige Unterschrift jedes VR-Mitglieds erforderlich, wobei die Unterzeichnung auf verschiedenen Ausdrucken erfolgen kann. Dies wird den praktischen Bedürfnissen aber nicht immer gerecht. Doch ist es rechtswirksam, wenn eine Beschlussfassung (teilweise) per E-Mail ohne qualifizierte elektronische Signatur

erfolgt (z.B. schlicht mit dem Antworttext: «Einverstanden.»), oder wenn einzelne Unterschriften nur per Fax oder als Scan (PDF oder Bilddatei) vorliegen? Fax und PDF erfüllen die Anforderungen an die Schriftlichkeit gemäss OR nach umstrittener Auffassung allenfalls dann, wenn jeweils auch das physische Original vorliegt. Nach unserer Auffassung sollten die moderne(re)n Kommunikationsmittel (E-Mail, Fax, PDF) für die VR-Zirkularbeschlussfassung jedenfalls dann genügen, wenn eine statutarische oder reglementarische Rechtsgrundlage vorhanden ist.

Alternativ zur (Hand-)Schriftlichkeit sieht Art. 14 Abs. 2^{bis} OR die qualifizierte elektronische Signatur eines der derzeit nur vier gemäss dem Bundesgesetz über die elektronische Signatur (ZertES) in der Schweiz zugelassenen Zertifizierungsdienste vor. Immer öfter sind z.B. die auf dem Swisscom-Zertifikat basierenden qualifizierten elektronischen Unterschriften von Skribble anzutreffen. Sonstige Anbieter, die in der internationalen Praxis weit verbreitet sind (z.B. Adobe Sign, DocuSign, HelloSign), genügen hingegen dem Schweizer Schriftformerfordernis nicht. Von den erleichterten Zulassungsvoraussetzungen im Zuge der COVID-19-Pandemie haben sie bislang keinen Gebrauch gemacht.

PRAXISTIPP



Mithilfe des Service «Validator» (<https://www.e-service.admin.ch/validator/upload/all/de>) können Dokumente mit (qualifizierter) elektronischer Signatur dahin gehend überprüft werden, ob sie der Schriftform nach Schweizer Recht genügen.

Nach richtiger Auffassung muss auch ein Zirkularbeschluss nicht zwingend einstimmig gefasst werden; lediglich die Art der Beschlussfassung und der Verzicht auf mündliche Beratung müssen allseits genehmigt werden.

WICHTIGER HINWEIS



Jedes einzelne VR-Mitglied kann eine Beschlussfassung auf dem schriftlichen Wege grundsätzlich verhindern, indem es mündliche Beratung verlangt, was im Ausgangspunkt schon wegen der Sorgfaltspflicht jedes (persönlich haftenden) VR-Mitglieds (vorbehaltlich Rechtsmissbrauch) zulässig ist.

Umso dringender stellt sich die Frage nach weiteren digitalen Möglichkeiten der Beschlussfassung im VR.

3. Digitale VR-Sitzungen, elektronische Board-Portale

Im Grundsatz ist anerkannt, dass VR-Sitzungen auch unter Zuhilfenahme elektronischer Mittel erfolgen können, z.B. durch die Teilnahme aller oder die Zuschaltung einzelner Mitglieder mittels Telefon- («Board Call») oder Videokonferenz. Es handelt sich dabei um eine Sitzung unter Anwesenden. Ein VR-Mitglied ist nach herrschender Ansicht nicht berechtigt, stattdessen eine physische Sitzung aller Teilnehmer vor Ort zu verlangen. Für die (digitale) VR-Sitzung gelten die jeweils einschlägigen Anwesenheits- und Beschlussquoren.

PRAXISTIPP



Es ist empfehlenswert, die Zulässigkeit elektronischer Hilfsmittel bei der VR-Beschlussfassung in Statuten und im Organisationsreglement explizit vorzusehen.

Neben der klassischen Telefonkonferenz sind derzeit – teils noch beschleunigt durch die COVID-19-Pandemie – vor allem Anbieter wie Zoom, Skype, Microsoft Teams, FaceTime, Webex oder WhatsApp in der Praxis häufig anzutreffen, um nur einige der wohl wichtigsten Anbieter bzw. Apps zu nennen. Alle diese und weitere Anbieter haben ihre eigenen Aspekte, wenn es um Individualisierung, Datensicherheit und Datenschutz geht, etwa ob es sich um Cloud-Anwendungen handelt oder der Server in der Schweiz, der EU oder den



USA steht. Allenfalls sind regulatorische Vorgaben zum Geheimnisschutz, etwa bei Banken, Spitälern, Anwaltskanzleien, zu beachten.

WICHTIGER HINWEIS



Der VR hat sicherzustellen, dass Unbefugte nicht an der (digitalen) VR-Sitzung teilnehmen können und somit die Willensbildung im VR unzulässig beeinflussen könnten, dass alle Teilnehmer die erforderlichen Dokumente vorab erhalten haben, dass IT-Sicherheit und Vertraulichkeit gewahrt sind (Verschlüsselung, Passwortschutz) und die ordnungsgemässe Protokollierung erfolgt.

Eine Video- oder Tonaufzeichnung der VR-Sitzung genügt den Protokollierungsvorschriften nicht (und begegnet unter Umständen auch datenschutzrechtlichen Bedenken).



PRAXISTIPP



Für öffentlich zu beurkundende VR-Beschlüsse sollte in den Statuten vorgesehen werden, dass die persönliche Anwesenheit eines einzigen VR-Mitglieds vor dem Notar ausreicht.

5. Ausblick auf die Aktienrechtsrevision

Voraussichtlich per (Anfang) 2022 werden die gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen für die elektronische Beschlussfassung in VR wie GV modernisiert. So wird im Rahmen der Aktienrechtsrevision explizit vorgesehen, dass der VR (Art. 713 Abs. 2 Ziffer 2 OR) – wie die «virtuelle» GV (Art. 701c–701e OR) – Beschlüsse auch unter Verwendung elektronischer Mittel ohne Sitzungsort fassen kann, sofern die Statuten dies vorsehen und der VR sicherstellt, dass

1. die Identität der Teilnehmer feststeht,
2. die Voten unmittelbar übertragen werden,
3. jeder Teilnehmer Anträge stellen und sich an der Diskussion beteiligen kann und
4. das Abstimmungsergebnis nicht verfälscht werden kann.

Es ist zu erwarten und bleibt zu hoffen, dass nicht nur die technologische, sondern auch die rechtliche Entwicklung in der Schweiz im Einklang mit den internationalen Gegebenheiten weiter fortschreitet, gerade in Zeiten von vermehrtem Homeoffice, Lockdowns, Quarantäne/Isolation, Reisebeschränkungen und sonstigen Folgen der andauernden COVID-19-Pandemie.

AUTOREN



Dr. Robert Bernet, LL.M., ist Rechtsanwalt, Partner und Co-Head des Corporate/M&A-Teams bei VISCHER.



Dr. Peter Kühn, LL.M., ist Rechtsanwalt und Counsel im Corporate/M&A-Team bei VISCHER.

Ebenfalls immer häufiger anzutreffen sind File-Sharing-Plattformen (teils inklusive Chat-Funktion), die für die Arbeit im VR – als sog. elektronische Board-Portale – eine erhebliche Erleichterung gegenüber dem traditionellen Versand einer Vielzahl physischer Unterlagen oder per E-Mail (oder jedenfalls eine hilfreiche Ergänzung dazu) bieten können.

4. Auswirkungen bei öffentlicher Beurkundung

Schwierigkeiten stellen sich in der Praxis bei öffentlich zu beurkundenden VR-Beschlüssen, insbesondere bei Feststellungs- und Durchführungsbeschlüssen anlässlich ordentlicher und genehmigter Kapitalerhöhungen. Zum einen akzeptieren verschiedene Handelsregisterämter (z.B. ZH) öffentlich beurkundete Zirkularbeschlüsse (welche technisch denkbar sind) nicht

als Belege für Anmeldungen. Zum anderen ist für die Beurkundung nach geltendem Recht grundsätzlich die persönliche Anwesenheit vor dem Notar erforderlich (wobei vereinzelte kantonale Sonderregelungen bestehen, etwa in VS).

Immerhin zeichnet sich auch insoweit eine Gesetzesrevision auf Bundesebene ab, welche die elektronische öffentliche Urkunde fördern und die Fernbeurkundung ermöglichen soll (siehe zum einen das in der Vernehmlassung grundsätzlich positiv aufgenommene Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen [EÖBG] sowie das Bundesgesetz über elektronische Identifizierungsdienste [BGEID], gegen welches allerdings das Referendum ergriffen wurde).