



**Reto Sutter**

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.,  
dipl. Steuerexperte  
Umbricht Rechtsanwälte, Zürich  
www.umbricht.ch



**Nicolas Facincani**

lic. iur., Rechtsanwalt, LL.M.  
citylaw.ch, Zürich  
www.citylaw.ch

# Zirkularbeschlüsse des Verwaltungsrats

Verwaltungsräte fassen in der Praxis Beschlüsse häufig auf schriftlichem Weg (sog. Zirkular- oder Zirkulationsbeschlüsse). Dabei bleiben kritische Punkte über deren Rechtmässigkeit und Zustandekommen häufig unbeachtet. Der vorliegende Beitrag beleuchtet den Zirkularbeschluss auf Stufe Verwaltungsrat ausführlich und zeigt verschiedene Stolpersteine und Lösungsansätze auf.

## 1. Einleitung

Im Grundsatz sieht das Aktienrecht vor, dass der Verwaltungsrat seine Arbeit als Gremium in Sitzungen ausübt.<sup>1</sup> Dabei wird über die einzelnen Geschäfte und Traktanden mündlich beraten und es findet ein freier Meinungs austausch statt. Insbesondere stellen sich auch die Mitglieder der Geschäftsleitung und mit besonderen Aufgaben betraute Mitglieder des Verwaltungsrats, namentlich der Präsident und ein allfälliger Delegierter des Verwaltungsrats, der Diskussion, auf deren Basis im Anschluss die Beschlüsse – in offener oder geheimer<sup>2</sup> Abstimmung – gefasst werden.

Als Alternativen zur physischen Zusammenkunft des Verwaltungsrats gibt es insbesondere zwei Möglichkeiten.

Zum einen kommt es in der Praxis oft vor, dass Verwaltungsratssitzungen in der Form von Telefon- und Videokonferenzen durchgeführt werden.<sup>3</sup> Solche Sitzungen erscheinen unproblematisch, wobei auch in solchen Fällen die Vorschriften in Bezug auf Einladung und Traktandierung eingehalten werden müssen.<sup>4</sup>

An die Stelle einer Sitzung kann sodann auch die schriftliche Beschlussfassung treten. Der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft darf Beschlüsse durch schriftliche Zustimmung zu einem in der Regel ebenfalls schriftlich gestellten Antrag fassen. In diesem Zusammenhang wird von Zirkular- oder Zirkulationsbeschlüssen gesprochen.<sup>5</sup> Hierzu bedarf es weder einer statutarischen Grundlage noch einer Grundlage in einem Organisationsreglement.<sup>6</sup> Es kann aber unter Umständen angebracht sein, die wich-

tigsten Punkte in die Statuten oder in das Organisationsreglement aufzunehmen.<sup>7</sup>

Grundsätzlich kommt ein Zirkularbeschluss dadurch zustande, dass innert Frist die schriftlichen Zustimmungserklärungen der notwendigen Mehrheit zum gestellten Antrag eingehen. Im Nachfolgenden sollen die gesetzliche Regelung zur schriftlichen Beschlussfassung sowie das Verfahren eingehend dargestellt und erläutert werden.

## 2. Die gesetzliche Regelung

Gemäss Art. 713 Abs. 2 OR können die Beschlüsse des Verwaltungsrats auch auf dem Wege der schriftlichen Zustimmung zu einem gestellten Antrag gefasst werden, sofern nicht ein Mitglied die mündliche Beratung verlangt.

### 2.1 Antrag

Als erste Voraussetzung ist ein ausformulierter Antrag zu einem Verwaltungsratsbeschluss notwendig. Der Antrag kann sowohl vom Präsidenten als auch von einem anderen Mitglied des Verwaltungsrats ausgehen. Oft sieht man in der Praxis auch, dass die Anträge von Mitgliedern der Geschäftsleitung in Absprache mit dem Präsidenten des Verwaltungsrats den Mitgliedern des Verwaltungsrats direkt zugestellt werden. Die Anträge sollten aus praktischen Überlegungen so abgefasst sein, dass sie durch einfaches Ja oder Nein beantwortet werden können.

Je nach der Komplexität der zu beurteilenden Geschäfte kann es angebracht sein, den Mitgliedern des Verwaltungsrats zusammen mit dem

Antrag weitere Informationen und Unterlagen zu stellen, welche für die Beurteilung von Bedeutung sein können. Der Umfang der Dokumentation dürfte sich dabei tendenziell am Umfang an Informationen orientieren, welche die Mitglieder des Verwaltungsrats benötigen, um sich für eine Verwaltungsratssitzung vorzubereiten.<sup>8</sup>

### 2.2 Frist

Der Antrag, über den Beschluss gefasst werden soll, ist den Verwaltungsratsmitgliedern unter Ansetzung einer Frist zu unterbreiten.<sup>9</sup> Dabei wäre es grundsätzlich möglich, die Frist generell oder mindestens diesbezügliche Richtlinien im Organisationsreglement zu regeln. Gibt es im Organisationsreglement keine Regelung über anwendbare Fristen, muss die Frist den konkreten Umständen angemessen sein. Dabei können insbesondere die Dringlichkeit oder auch die Komplexität des zu beurteilenden Geschäfts, aber auch die sonst im spezifischen Verwaltungsrat üblichen Fristen und die Erreichbarkeit der Verwaltungsratsmitglieder zu berücksichtigen sein. Verbindliche Richtlinien gibt es keine, und es braucht hier unter Umständen Fingerspitzengefühl. Eine zu kurze Frist kann aber missbräuchlich sein und zur Nichtigkeit des Beschlusses führen.

Sofern keine Fristansetzung erfolgt, beurteilt sich die Rechtzeitigkeit zur Beantwortung des gestellten Antrags gemäss den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts.<sup>10</sup> Demnach ist eine Beantwortung rechtzeitig erfolgt, wenn sie zu einem Zeitpunkt erfolgt, wo der Eingang bei ordnungsgemässer und rechtzeitiger Absendung erwartet werden darf. Das Obligationenrecht sieht also in einem solchen Fall keine ex-

plizite Frist vor, sondern sie ist im Einzelfall nach den konkreten Umständen zu bestimmen. Die Frist muss angemessen sein und eine Überlegungsfrist beinhalten. Es ist in einem solchen Fall insbesondere auch auf die bisherige Unternehmenspraxis abzustellen und zu schauen, innert welcher Frist in der Vergangenheit Zirkularbeschlüsse zu beantworten waren.

Wird die Frist zur Beantwortung verpasst, ist dies einem Nichtreagieren des betreffenden Mitglieds des Verwaltungsrats gleichgestellt, und dieses Mitglied wird so behandelt, als wenn es an der Abstimmung nicht teilgenommen hätte.

### 2.3 Form der Beantwortung

Entgegen den häufig verwendeten Begriffen «Zirkularbeschluss» und «Zirkulationsbeschluss» wird in der Regel nicht die Unterschrift unter ein unter den Mitgliedern des Verwaltungsrats zirkulierendes Dokument gesetzt, sondern es werden den Mitgliedern einzeln Kopien des Antrags zugestellt, welche zu unterzeichnen sind. Grundsätzlich sind aber beide Varianten akzeptabel.

Das Gesetz sieht vor, dass die Beantwortung des Antrags schriftlich zu erfolgen hat. Hierfür muss eine Erklärung unterzeichnet werden.<sup>11</sup> Zur Schriftlichkeit, wie sie im schweizerischen Obligationenrecht verstanden wird, gehört, dass der Erklärungsinhalt in Schriftzeichen auf einem Erklärungsträger aufgezeichnet und dauerhaft festgehalten wird.<sup>12</sup> Dabei ist der Erklärungsträger herkömmlicherweise ein Papierdokument. Insbesondere bei den heutigen modernen Kommunikationsmitteln stellt sich die Frage, inwieweit diese die für die Schriftlichkeit notwendigen Voraussetzungen erfüllen. Grundsätzlich erfüllen nach überwiegender Ansicht Originalurkunden, welche per Fax übermittelt werden, diese Anforderungen.<sup>13</sup> Sodann wird es als zulässig erachtet, unterschriebene Originalurkunden einzuscannen und die abgespeicherte Bilddatei als Anhang zu einer E-Mail zu versenden.<sup>14</sup> Sodann ist es auch möglich, eine E-Mail mit elektronischer Unterschrift zu versenden.<sup>15</sup>

In Bezug auf Zirkularbeschlüsse ist anerkannt, dass die Stimmabgabe per Brief, Fax oder E-Mail mit qualifizierter elektronischer Unterschrift erfolgen kann. Unzulässig sind damit die Stimmabgabe mittels einfacher E-Mail oder die telefonische Stimmabgabe. Im Falle der Zustellung einer Stimmabgabe mittels einfacher E-Mail ohne qualifizierte elektronische Unterschrift ist der E-Mail eine PDF-Kopie (Scan-Copy) des unterzeichneten Antrags bzw. der unterzeichneten Stimmabgabe anzufügen, damit die Stimmabgabe Gültigkeit hat.<sup>16</sup> Diese Regelungen gelten auch ohne explizite Nennung im Organisationsreglement. Dennoch dient eine Regelung über das Schriftforderformnis im Organisationsreglement der Sicherheit und man kann etwa den folgenden Text verwenden:<sup>17</sup>

«Beschlüsse können auch auf dem Zirkularweg mittels schriftlicher Zustimmung (Brief, Telefax, E-Mail) gefasst werden. Bei Übermittlung durch Telefax oder elektronische Datenübertragung gilt die Schriftform als eingehalten, wenn das übermittelte Bild die eigenhändige Unterschrift wiedergibt [evtl.: und das Original eingereicht wird].»

### 2.4 Stillschweigen

Bei Stillschweigen eines einzelnen Verwaltungsratsmitglieds über einen bestimmten Stichtag hinaus kann dessen Zustimmung grundsätzlich nicht angenommen werden. Stillschweigen eines Mitglieds des Verwaltungsrats gilt, selbst bei gegenteiliger Übung, rechtlich nicht als Zustimmung, sondern als Stimmenthaltung. Das kann sich wegen Quorumsvorschriften unter Umständen wie eine Nein-Stimme auswirken.

### 2.5 Verzicht auf Beratung

Das Gesetz sieht weiter vor, dass jedes Mitglied bei einem Zirkularbeschluss die mündliche Beratung verlangen kann. Verlangt ein Mitglied des Verwaltungsrats die mündliche Beratung, so ist das Zirkulationsverfahren beendet, und es muss eine Verwaltungsratsitzung einberufen werden. Alternativ kann auch das Geschäft zurückgezogen werden. Das Recht, eine mündliche Beratung zu verlangen, untersteht dem Missbrauchsverbot. Es kann aber weder durch die Statuten noch durch das Organisationsreglement eingeschränkt werden; eine entsprechende Klausel wäre ungültig.<sup>18</sup> Es wird also von den Mitgliedern des Verwaltungsrats nicht verlangt, dass sie sich positiv zur Durchführung eines Zirkularverfahrens äussern, sondern sie haben lediglich die Möglichkeit, das Zirkularverfahren abzulehnen. Bleibt ein Verwaltungsratsmitglied in Bezug auf einen Zirkularbeschluss untätig, bedeutet dies implizit die Zustimmung zum schriftlichen Verfahren (so weit der Beschlussantrag zugestellt wurde). Die Zustimmung zum schriftlichen Verfahren kann aber auch durch die Zustimmung oder die Ablehnung des Antrags ausgedrückt werden.

Verlangt ein Verwaltungsratsmitglied mündliche Beratung, hat dies innert der hierfür angezeigten Frist zu erfolgen.<sup>19</sup> Wird hierfür keine separate Frist genannt, muss die Beratung innert derjenigen Frist verlangt werden, innert welcher auch die Stimmabgabe zu erfolgen hat. Innert dieser Frist kann, vorbehaltlich des Missbrauchsverbots, jederzeit mündliche Beratung verlangt werden, selbst dann, wenn die erforderliche Mehrheit dem Beschluss bereits zugestimmt hat. Regelmässig wird keine separate Frist angesetzt, innert der eine mündliche Verhandlung verlangt werden kann, obwohl dies nützlich sein und im Organisationsreglement geregelt werden kann:

«Zirkularbeschlüsse sind zulässig, wenn nicht ein Mitglied des Verwaltungsrats innert [drei] Arbeitstagen seit Erhalt des Antrags die Beratung in einer Sitzung verlangt.»<sup>20</sup>

Vereinzelte sind sogar Anträge zu Zirkularbeschlüssen so aufgebaut, dass jedes Mitglied des Verwaltungsrats auf dem zu unterzeichnenden Antrag selbst ankreuzen kann, ob es eine mündliche Beratung verlangt.<sup>21</sup>

Das Verlangen einer mündlichen Beratung kann unter Umständen geboten sein, um der Sorgfaltspflicht des Verwaltungsratsmandats nachzukommen. Andererseits birgt das Verlangen einer mündlichen Verhandlung auch das Risiko in sich, dass bei dringenden Geschäften der erforderliche Beschluss nicht rechtzeitig gefasst werden kann und der Antrag auf mündliche Beratung somit mit haftungsmässigen Konsequenzen verbunden sein kann.<sup>22</sup> Je nachdem kann es nützlich sein, nach einer (notwendigen) mündlichen Beratung die entsprechende Abstimmung auf schriftlichem Weg vorzunehmen, um zeitlichen oder anderen Aspekten zu genügen.

### 2.6 Mehrheitserfordernis im Zirkulationsverfahren

Für den Zirkularbeschluss ist **Einstimmigkeit nicht erforderlich**,<sup>23</sup> es sei denn, die Statuten oder das Organisationsreglement würden etwas anderes vorsehen. Natürlich sind einstimmige Zirkularbeschlüsse unproblematisch, da sie jeweils von allen Mitgliedern des Verwaltungsrats akzeptiert werden. Hingegen kann sich beim Erfordernis der Einstimmigkeit (gemäss Statuten oder Organisationsreglement) das Problem stellen, dass nicht klar ist, was gelten soll, wenn ein Mitglied des Verwaltungsrats an einer Abstimmung, zum Beispiel wegen eines Interessenkonflikts, nicht teilnehmen kann.<sup>24</sup> Ohne spezielle Regelung für solche Fälle müsste durch Auslegung ermittelt werden, ob Einstimmigkeit so zu verstehen ist, dass alle teilnehmenden Mitglieder oder tatsächlich alle Mitglieder des Verwaltungsrats zustimmen müssen. Es empfiehlt sich deshalb, wenn in den Statuten oder im Organisationsreglement Einstimmigkeit verlangt wird, solche Fälle so gut wie möglich vorgängig durch eine detaillierte Regelung abzudecken. Sonst besteht das Risiko, dass sich Zirkularbeschlüsse im Nachhinein als unzulässig erweisen könnten.

Das Quorum der schriftlich gefassten Beschlüsse wird wie bei der Beschlussfassung unter Anwesenden berechnet,<sup>25</sup> sofern nicht das Organisationsreglement oder die Statuten eine spezifische Regelung enthalten.<sup>26</sup> Im Zusammenhang mit der schriftlichen Beschlussfassung sind daher, ohne gegenteilige Regelung im Organisationsreglement oder in den Statuten, sämtliche (qualifizierten) Beschluss- und Anwesenheitsquoren zu beachten, wie sie bei einer Beschlussfassung unter Anwesenden gelten würden.

Ein Beschluss gilt als angenommen, wenn – bis zum Ablauf der Frist – die erforderliche Mehrheit zugestimmt<sup>27</sup> beziehungsweise auf den Antrag reagiert hat.<sup>28</sup>

Das Gesetz verlangt in Art. 713 Abs. 1 OR grundsätzlich die **Zustimmung der Mehrheit der abgegebenen Stimmen**. Dieses Erfordernis ist mit der absoluten Mehrheit derjenigen Verwaltungsratsmitglieder erreicht, die schriftlich entweder Ja oder Nein gestimmt haben. Auf Enthaltung lautende oder leere Rückantworten auf einen Antrag werden nicht berücksichtigt,<sup>29</sup> sie gelten als nicht abgegeben. Stellen Gesetz, Statuten oder das Organisationsreglement allerdings auf die absolute Mehrheit der anwesenden Verwaltungsratsmitglieder ab, werden alle Mitglieder des Verwaltungsrats als anwesend gezählt, welche auf den Antrag – schriftlich – reagieren.<sup>30</sup> In diesem Fall sind auch auf Enthaltung lautende und leere Rückantworten auf den Antrag für die Berechnung des erforderlichen Quorums mitzuzählen;<sup>31</sup> sie wirken sich daher wie Nein-Stimmen aus. Damit in diesem Bereich Klarheit herrscht, empfiehlt es sich, die entsprechenden Quoren für die schriftliche Beschlussfassung in den Statuten oder dem Organisationsreglement<sup>32</sup> grundsätzlich genauer festzuhalten.

Enthält das Organisationsreglement Anwesenheitsquoren für die Abhaltung von Verwaltungsratssitzungen, empfiehlt es sich, im Organisationsreglement ebenfalls zu regeln, ob diese Anwesenheitsquoren auch bei Zirkularbeschlüssen gelten sollen. In diesem Zusammenhang können im Organisationsreglement auch sogenannte Mitwirkungsquoren festgehalten werden, indem z.B. festgehalten wird, dass Zirkularbeschlüsse nur gültig gefasst werden können, wenn mindestens eine gewisse Anzahl der Mitglieder des Verwaltungsrats an der Beschlussfassung mitwirkt. Wenn keine diesbezügliche Regelung im Organisationsreglement enthalten ist, gelten für einen Zirkularbeschluss die gleiche Anwesenheitsquoren wie bei einem physischen Meeting, wobei auf Enthaltung lautende oder leere Rückantworten als anwesend gelten würden.

## 2.7 Nachweis der ordnungsgemässen Zustellung

Um Streitigkeiten darüber zu vermeiden, ob ein Beschluss gültig gefasst ist, sollte dringend sichergestellt werden, dass der Beschlussantrag an alle Mitglieder des Verwaltungsrats gültig zugestellt wird. Der Beweis dafür liegt beim Präsidenten des Verwaltungsrats bzw. beim Gesamtverwaltungsrat.<sup>33</sup> Die ordnungsgemässe Zustellung ist ein Gültigkeitserfordernis für den Zirkularbeschluss.

Ist ein Mitglied des Verwaltungsrats jedoch **tatsächlich unerreikbaar**, sollte wohl bereits der Zustellungsversuch ausreichend sein.<sup>34</sup> Eine entsprechende Regelung im Organisationsreg-

lement kann hierzu zusätzlich Rechtssicherheit schaffen.

## 2.8 Protokollierung der Zirkularbeschlüsse

Das Gesetz schreibt in Art. 713 Abs. 3 OR vor, dass über Beschlüsse des Verwaltungsrats ein Protokoll zu führen ist. Gemäss dem überwiegenden Teil der Lehre wird daraus gefolgert, dass auch Zirkularbeschlüsse in das **Protokoll des Verwaltungsrats** aufzunehmen sind.<sup>35</sup> Zum Teil wird in der Literatur zudem verlangt, dass der Beschlusswortlaut in der nächsten Verwaltungsratssitzung zu genehmigen sei. Dies wird insbesondere mit dem **Nachweis über die Zustellung** des Beschlussantrags an alle Mitglieder des Verwaltungsrats begründet. Die Genehmigung der bereits zustande gekommenen Zirkularbeschlüsse in der ersten nachfolgenden Sitzung bedeute sodann den Verzicht auf eine Wiedererwägung.

## 2.9 Eignung der Zirkularbeschlüsse

Das Gesetz lässt Zirkularbeschlüsse vorbehalten zu.<sup>36</sup> Das Organisationsreglement kann hingegen eine abweichende Regelung vorsehen und gewisse (oder alle) Beschlüsse von der Möglichkeit der schriftlichen Beschlussfassung ausnehmen. Zudem kann es in gewissen Fällen angebracht sein, dass sich der Verwaltungsrat vor der Abstimmung berät.<sup>37</sup> In einem solchen Fall kann jedes Mitglied des Verwaltungsrats die mündliche Beratung verlangen.

Ein klassischer Anwendungsbereich der Zirkularbeschlüsse sind insbesondere Routineakte<sup>38</sup> und Beschlüsse von untergeordneter Bedeutung, bei denen eine Beratung nicht notwendig erscheint.<sup>39</sup> Ebenso können Zirkularbeschlüsse bei Dringlichkeit angezeigt sein, wenn es aus Zeitgründen nicht gelingen sollte, eine Sitzung einzuberufen.<sup>40</sup> Geht man aber, wie vorstehend, von der Zulässigkeit von Verwaltungsratssitzungen via Telefon- oder Videokonferenz aus, dürfte sich die Notwendigkeit eines Zirkularbeschlusses eher seltener aufdrängen.

Unseres Erachtens sind von allen Mitgliedern des Verwaltungsrats unterzeichnete Zirkularbeschlüsse zudem ein taugliches Mittel, um darzulegen beziehungsweise zu beweisen, dass sämtliche Mitglieder des betreffenden Verwaltungsrats in die Beschlussfassung involviert waren. Anders als bei Sitzungsprotokollen, wo die Einhaltung der Einberufungsvorschriften und die Anwesenheit der Mitglieder des Verwaltungsrats lediglich durch den Vorsitzenden festgestellt und im Protokoll festgehalten wird, steht bei Zirkularbeschlüssen, welche durch alle Mitglieder des Verwaltungsrats unterzeichnet wurden, fest, dass es allen Mitgliedern des Verwaltungsrats möglich war, an der entsprechenden Beschlussfassung teilzunehmen und ihre diesbezüglichen Rechte zu wahren.

## 2.10 Zirkularbeschlüsse und das Handelsregister

Eine Möglichkeit, eine einzutragende Tatsache beim Handelsregisteramt zu belegen, ist das Einreichen von Zirkularbeschlüssen. Werden dem Handelsregisteramt Zirkularbeschlüsse als Belege eingereicht, müssen sie gemäss Art. 23 Abs. 2 HRegV von sämtlichen Personen des betreffenden Organs original unterzeichnet werden, damit diese dem Handelsregisteramt als Beleg dienen können.<sup>41</sup>

In Art. 23 Abs. 3 HRegV wird festgehalten, dass von der Einreichung von Beschlüssen oder Wahlen betreffende Protokolle oder Protokollauszüge des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans als Belege abgesehen werden kann, wenn die Anmeldung an das Handelsregisteramt von sämtlichen Mitgliedern dieses Organs unterzeichnet wurde.

Besonders häufig sieht man in der Praxis von sämtlichen Mitgliedern des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans unterzeichnete Handelsregisteranmeldungen, welche zugleich als Beleg für die Konstituierung oder Regelung der Zeichnungsberechtigung dienen.<sup>42</sup>

## 2.11 Zirkularbeschlüsse und öffentliche Beurkundung

Grundsätzlich können alle Verwaltungsratsbeschlüsse schriftlich gefasst werden.<sup>43</sup> In Bezug auf die öffentliche Beurkundung von Zirkularbeschlüssen stellt sich aber das Problem, dass unter Umständen der Notar zu bestätigen hat, dass die in dem zu beurkundenden Dokument genannten Belege im Zeitpunkt der Beschlussfassung den entsprechenden Verwaltungsräten vorgelegen haben. Daher dürfte eine **notarielle Beurkundung** der mit Kapitalerhöhungen zusammenhängenden und erforderlichen Verwaltungsratsbeschlüsse für die notwendigen Statutenänderungen auf dem Zirkularweg nicht möglich sein; der Notar muss bestätigen, dass die in der Urkunde genannten Belege dem Verwaltungsrat vorgelegen haben, und das ist grundsätzlich nur im Präsenzverfahren möglich.<sup>44</sup> In der Praxis behilft man sich oft damit, dass für die mit Kapitalerhöhungen zusammenhängenden und erforderlichen Verwaltungsratsbeschlüsse für die notwendigen Statutenänderungen die Anwesenheit eines Mitglieds des Verwaltungsrats gemäss Organisationsreglement als ausreichend erachtet wird. So kann ein Mitglied des Verwaltungsrats alleine vor dem Notar die notwendige Verwaltungsratssitzung durchführen.

Aus praktischen Erwägungen sollte aber zusätzlich in jedem Fall vor der entsprechenden (schriftlichen) Beschlussfassung mit dem zuständigen Handelsregister abgeklärt werden, ob es den öffentlich beurkundeten Beschluss in der Form des Zirkularbeschlusses als Handelsregisterbeleg akzeptiert.<sup>45</sup>

## 2.12 Exkurs: Zirkularbeschlüsse in der Generalversammlung einer AG

Zirkularbeschlüsse, wie diese im Rahmen der Tätigkeit des Verwaltungsrats vorgesehen sind, sind für die Generalversammlung, unabhängig von der Grösse der Aktiengesellschaft oder des Aktionariats, nicht zugelassen.<sup>46</sup> Deshalb sind die schriftlichen Stimmabgaben und die schriftlichen Zustimmungen zu Beschlüssen oder Wahlen der Generalversammlung rechtlich wirkungslos,<sup>47</sup> d.h. nichtig. Möchten die Aktionäre auch ohne ihre persönliche Anwesenheit an der Beschlussfassung der Generalversammlung teilnehmen, bleibt ihnen nur die Bevollmächtigung von an der Generalversammlung anwesenden Personen. Sehen die Statuten trotz der Unzulässigkeit die Möglichkeit einer Beschlussfassung durch die Generalversammlung auf dem Zirkularweg vor, so ist eine entsprechende Bestimmung der Statuten ungültig.<sup>48</sup> Ausnahmen von der Unzulässigkeit von Zirkularbeschlüssen der Generalversammlung sind nur möglich, sofern sie ausdrücklich im Gesetz vorgesehen sind.<sup>49</sup> Eine Erleichterung für die Durchführung von Generalversammlungen dürfte aber die grosse Aktienrevision bringen. Gemäss dem Gesetzesentwurf kann die Generalversammlung ausschliesslich mit elektronischen Mitteln und ohne Tagungsort durchgeführt werden. Vorausgesetzt ist das Einverständnis der Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien; sodann dürfen die Beschlüsse der Generalversammlung keine öffentliche Beurkundung erfordern.<sup>50</sup> ■

<sup>1</sup> Verwaltungsratsmitglieder von SMI-Expanded-Unternehmen wenden durchschnittlich 180 Stunden pro Jahr für ihr Verwaltungsratsmandat auf (inklusive Sitzungen sowie Vor- und Nachbearbeitungszeit). Dies entspricht ca. 20 Arbeitstagen pro Jahr. Dabei gibt es wesentliche Unterschiede zwischen Verwaltungsratspräsidenten und «gewöhnlichen» VR-Mitgliedern (siehe: Rüdiger Michèle F., Boards of Directors at Work: An Integral Analysis of Nontransferable Duties under Swiss Company Law from an Economic Perspective, Dissertation St.Gallen, Bamberg 2009, S. 134f.).

<sup>2</sup> Krneta Georg, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl., Bern 2005, N. 790; Homburger Eric, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, Zürich 1997, Art. 713 N 306f.

<sup>3</sup> Zum Ganzen: Forstmoser Peter, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich/Basel/Genf 2011, § 11 N 13ff. Kritisch u.a. Homburger (Fn. 2), Art. 713 OR N 298f.

<sup>4</sup> Das Gleiche muss gelten, wenn sich bei einer physischen Sitzung abwesende Mitglieder des Verwaltungsrats zu dieser Sitzung telefonisch oder per Videokonferenz dazuschalten.

<sup>5</sup> Dieses Verfahren ist von der schriftlichen Stimmabgabe bei einer Sitzung des Verwaltungsrats zu unterscheiden (vgl. Homburger [Fn. 2], Art. 713 OR N 294ff.). Bei einem Zirkulationsbeschluss wird die Sitzung vollständig durch das schriftliche Verfahren ersetzt.

<sup>6</sup> Plüss Adrian/Facincani-Kunz Dominique, in: Roberto Vito/Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Art. 550–771, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 713 N 7 OR.

<sup>7</sup> Vgl. auch: Forstmoser (Fn. 3), § 11 N 24.

<sup>8</sup> Da aber die mündliche Beratung grundsätzlich entfällt, sind die Mitglieder des Verwaltungsrats u.U. jedoch eher umfassender zu informieren.

<sup>9</sup> Krneta (Fn. 2), N 815.

<sup>10</sup> Es gilt dann Art. 5 OR analog.

<sup>11</sup> Art. 13 OR.

<sup>12</sup> Schwenzler Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012; vgl. auch Gauch Peter/Schluep Walter R./Schmid Jörg/Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht, Band I, 9. Aufl., Zürich 2008, Rz. 505ff.

<sup>13</sup> Schwenzler Ingeborg, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 13 N 14b; differenziert: Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (Fn. 12), Rz. 518.

<sup>14</sup> Schwenzler (Fn. 13), Art. 13 N 14c.

<sup>15</sup> Schwenzler (Fn. 13), Art. 13 N 14d; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (Fn. 12), Rz. 519b. Vgl. zu den diesbezüglich geplanten Neuerungen: Botschaft vom 15. Januar 2014 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über die elektronische Signatur (ZertES) (BBl 2014).

<sup>16</sup> Siehe auch: Facincani Nicolas/Sutter Reto, Schriftliche Beschlussfassung bei Organen von juristischen Personen, in: Schweizer Treuhänder 10/2013, S. 723, Anm. 5; Forstmoser (Fn. 3), § 11 N 21.

<sup>17</sup> Vgl.: Forstmoser (Fn. 3), § 18 N 66, mit Verweis auf Meier Robert, Die Aktiengesellschaft, Ein Rechtslexikon für die praktische Arbeit in der schweizerischen Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Zürich 2005, S. 310 Ziffer 13.

<sup>18</sup> Aufgrund dieses Rechts wird in der Literatur auch vom Einstimmigkeitserfordernis bezüglich des schriftlichen Verfahrens gesprochen.

<sup>19</sup> Kommt der Beschluss vor Ablauf dieser Frist zustande, gilt er als aufschiebend bedingt.

<sup>20</sup> Forstmoser (Fn. 3), § 18 N 66. Zur Frage, ob es zulässig ist, die Frist, um mündliche Beratung zu verlangen, kürzer anzusetzen als diejenige, um abzustimmen, ist noch kein klärendes höchstrichterliches Urteil ergangen. U.E. sollte dies zumindest dann möglich sein, wenn eine Grundlage hierfür im Organisationsreglement vorhanden ist und die unterschiedlichen Fristen nicht rechtsmissbräuchlich sind.

<sup>21</sup> Vgl. das Beispiel bei Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat, Handbuch für die Praxis, 3. Aufl., Zürich 2007, S. 664.

<sup>22</sup> Vgl. zum evtl. Haftungsrisiko: Krneta (Fn. 2), N 818.

<sup>23</sup> Plüss/Facincani-Kunz (Fn. 6), Art. 713 N 7 OR.

<sup>24</sup> Weitere Probleme bei nötiger Einstimmigkeit können sich unter Umständen bei Übermittlungsschwierigkeiten der einzelnen Stimmabgabe oder Verlust der Handlungsfähigkeit eines Verwaltungsratsmitglieds ergeben. Können einzelne Verwaltungsratsmitglieder allerdings gar nicht erst erreicht oder können ihnen die Anträge gar nicht zugestellt werden, ist nicht gänzlich unumstritten, ob der Zustellversuch ausreicht, um einen gültigen Zirkularbeschluss zu fassen. Vgl. allerdings unten Punkt 2.7, namentlich Fn. 34.

<sup>25</sup> Krneta (Fn. 2), N 816; Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 13 N 140. Gewisse Organisationsreglemente halten dies explizit wie folgt fest: «Es gelten die gleichen Quoren wie in einer Verwaltungsratsitzung» (vgl. Forstmoser [Fn. 3], § 18 N 65ff.). Es ist daher auch bei Zirkularbeschlüssen ein allfälliger Stichtscheid des Vorsitzenden zu berücksichtigen bzw. mitzuzählen.

<sup>26</sup> Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 31 N 48.

<sup>27</sup> In Bezug auf das Beschlussquorum.

<sup>28</sup> In Bezug auf das Anwesenheitsquorum bzw. Mitwirkungsquorum.

<sup>29</sup> Böckli (Fn. 25), § 13 N 140; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 26), § 31 N 23.

<sup>30</sup> Forstmoser (Fn. 3), § 11 N 19.

<sup>31</sup> Böckli (Fn. 25), § 13 N 140.

<sup>32</sup> Zu beachten ist, dass nach dem Gesetzesentwurf vom 21. Dezember 2007 zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts alle Abweichungen der gesetzlichen Regelungen in Bezug auf die Beschlussfassung des Verwaltungsrats in den Statuten zu regeln ist.

<sup>33</sup> Die Zustellung kann nachgewiesen werden entweder durch Zustellung mit eingeschriebener Post oder gegen Empfangsbestätigung all jener Verwaltungsräte, die keine schriftliche Erklärung für oder gegen den Beschlussvorschlag abgeben, oder schliesslich an der nächsten Sitzung, sofern der zustande gekommene Beschluss ins Protokoll aufgenommen wird und kein Verwaltungsratsmitglied dagegen Einspruch erhebt.

<sup>34</sup> Dies soll nach Böckli (Fn. 25), § 13 N 142, auch für den Fall gelten, wo ein Mitglied des Verwaltungsrats vorübergehend geschäftsunfähig (z.B. auf der Intensivstation oder schwerkrank) ist. Gemäss Forstmoser/

Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 26), § 31 N 50, ist das Verfahren selbst dann möglich, wenn nicht alle Mitglieder des Verwaltungsrats erreichbar sind.

<sup>35</sup> Statt vieler: Böckli (Fn. 24), § 13 N 143. Dabei soll das Protokoll neben dem Abstimmungsergebnis sämtliche Informationen erhalten, welche zur Überprüfung des ordnungsgemässen Zustandekommens des Zirkularbeschlusses notwendig sind, namentlich soll der Nachweis über die Zustellung des Beschlussantrags ins Protokoll aufgenommen werden, wenn der Beschluss nicht einstimmig ist. U.E. besteht jedoch aufgrund der gesetzlichen Regelung (Art. 713 Abs. 3 OR), welche sich nicht auf Zirkularbeschlüsse zu beziehen scheint, kein Erfordernis, den Zirkularbeschluss separat zu protokollieren (vgl. auch Facincani/Sutter (Fn. 15), S. 724).

<sup>36</sup> Siehe aber in Bezug auf zu beurkundende Beschlüsse unten Punkt 2.11, namentlich Fn. 44.

<sup>37</sup> Siehe auch oben Punkt 2.5.

<sup>38</sup> Siehe Krneta (Fn. 2), N 813, der die Erteilung von Unterschriften oder die Ratifizierung vorbesprochener Investitionen, welche zusätzliche Abklärungen bedürften, als Beispiele aufführt.

<sup>39</sup> Zirkularbeschlüsse können aber auch bei Geschäften mit grosser Tragweite zur Anwendung gelangen (vgl. Wernli Martin/Rizzi Marco A., in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchIT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 713 N 20 und Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 26), § 31 N 47; einschränkend: Homburger (Fn. 2), Art. 713 N 332).

<sup>40</sup> Müller/Lipp/Plüss (Fn. 21), S. 226f.

<sup>41</sup> Dabei müssen sich aber nicht alle Unterschriften auf demselben Blatt befinden. Der Zirkularbeschluss kann aber, weil er von allen Verwaltungsratsmitgliedern unterzeichnet sein muss, u.U. für die Eintragung ins Handelsregister ein untaugliches Mittel darstellen. Jedes einzelne Mitglied des Verwaltungsrats könnte insbesondere eine Eintragung verhindern.

<sup>42</sup> Küng Manfred, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VIII, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Handelsregister und Geschäftsfirmer, 1. Teilband, Das Handelsregister, Art. 927–943 OR, Bern 2002, Art. 935 OR N 131 m.w.H.

<sup>43</sup> Krneta (Fn. 2), N 813. Zu möglichen Einschränkungen bei der Notwendigkeit öffentlicher Beurkundung: Wernli/Rizzi (Fn. 39), Art. 713 N 21 m.w.H. Zur grundsätzlichen Beurkundbarkeit schriftlicher Abstimmungen: Brückner Christian, Öffentliche Beurkundung von Urabstimmungen und Zirkularbeschlüssen, in: SJZ 1998, S. 33ff.; Küng Manfred, Urabstimmung und öffentliche Beurkundung, in: Der Bernische Notar 1997, S. 15f.

<sup>44</sup> Eine mögliche Lösung könnte darin bestehen, dass nachgewiesen wird, dass jedem Verwaltungsratsmitglied die entsprechenden Unterlagen zugestellt wurden (vgl. Wernli/Rizzi [Fn. 39], Art. 713 N 21).

<sup>45</sup> So akzeptiert z.B. das Handelsregisteramt Zürich öffentlich beurkundete Zirkularbeschlüsse nicht als Handelsregisterbelege.

<sup>46</sup> BGE 67 I 342, Erw. 3; Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2012, § 16 N 382. Anlässlich der Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts hat der Gesetzgeber bewusst auf die Einführung der schriftlichen Beschlussfassung der Generalversammlung verzichtet. Er wollte das Unmittelbarkeitsprinzip wahren (vgl. Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005, S. 31f.).

<sup>47</sup> Schaad Hans-Peter, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchIT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 689 N 33; Dubs Dieter/Truffer Roland, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchIT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 698 N 7; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 26), § 23 N 12.

<sup>48</sup> Böckli (Fn. 24), § 16 N 168; Dubs/Truffer (Fn. 47), Art. 698 N 7.

<sup>49</sup> So sieht beispielsweise Art. 727a Abs. 3 OR die Beschlussfassung auf dem Zirkularweg explizit für Fälle vor, bei denen der Verwaltungsrat auf die eingeschränkte Revision verzichten will (Opting-out).

<sup>50</sup> Vgl. Art. 701 E-OR des Gesetzesentwurfes vom 21. Dezember 2007 zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts.