Intertemporales Statutenrecht am Beispiel der AG

Dr. iur. Markus Vischer, Rechtsanwalt, LL.M., Zürich

Die Abgrenzung der Herrschaftsbereiche von zeitlich aufeinanderfolgenden Statutenordnungen wurde in der Praxis bisher kaum beachtet. Der folgende Beitrag widmet sich anhand eines aktuellen Übernahmekampfes dem Thema. Das Recht, welches die angesprochene Abgrenzung zum Gegenstand hat, kann man als intertemporales Statutenrecht bezeichnen. Es ist in Anlehnung an das intertemporale Recht zu sehen und besteht aus zwingendem gesetzlichem intertemporalem Statutenrecht und abweichenden intertemporalen Statutenregeln, sofern ausnahmsweise dispositives gesetzliches intertemporales Statutenrecht infrage steht. Der Beitrag setzt sich auch mit den Folgen der Verletzung des zwingenden intertemporalen Statutenrechts auseinander und endet mit einem Ausblick auf die Auswirkungen des neuen Aktienrechts.

La délimitation du champ d'application des statuts successifs d'une société n'a pratiquement pas été considérée par la jurisprudence. Le présent article traite de ce sujet sur la base d'un différend actuel pour la prise de contrôle d'une société. On peut dénommer le droit qui traite de la délimitation temporelle précitée comme droit des statuts intertemporel. Il faut le comprendre comme une émanation du droit intertemporel. Il consiste en un droit des statuts intertemporel impératif et un droit des statuts intertemporel dérogatoire, pour autant qu'un droit des statuts intertemporel dispositif soit exceptionnellement en cause. Cette contribution traite également des conséquences de la violation du droit des statuts intertemporel impératif et se termine par des considérations sur les effets du nouveau droit des sociétés. P.P.

I. Einleitung

Im ersten Halbjahr 2019 tobte um die Panalpina Welttransport (Holding) AG («Panalpina») ein Übernahmekampf, welchen schlussendlich DSV A/S für sich entschied.[1] Im Rahmen dieses Übernahmekampfes wurde u.a. von Cevian Capital II Master Fund LP («Cevian»), einem Minderheitsaktionär der Panalpina mit 12,28% der Stimmen,[2] die Frage thematisiert, ob die statutarische Stimmrechtsbeschränkung von 5%[3] auch für die Ernst Göhner Stiftung («EGS»), den Mehrheitsaktionär der Panalpina mit 45,89% der Stimmen,[4] gelte oder nicht. Diese Stimmrechtsbeschränkung war offenbar anlässlich des Börsengangs der Panalpina im Jahr 2005 in die Statuten eingefügt worden, wobei EGS in den Statuten nicht explizit von der Stimmrechtsbeschränkung ausgenommen wurde. EGS stellte sich auf den Standpunkt, die Stimmrechtsbeschränkung gelte im Sinne eines Grandfathering für sie nicht, da sie ihre Aktien an der Panalpina bereits vor der Einführung der Stimmrechtsbeschränkung gehalten habe.[5] Cevian vertrat dagegen gestützt auf vier Rechtsgutachten den Standpunkt, die Stimmrechtsbeschränkung gelte auch für ECS.[6]

Damit wurde für einmal ein Thema aktuell, das sonst in der Praxis kaum je Beachtung findet, nämlich die Abgrenzung der Herrschaftsbereiche von zeitlich aufeinanderfolgenden Sta-

[1] Verfügung der Übernahmekommission 726/02 vom 10.5.2019 i.S. Panalpina Welttransport (Holding) AG («Verfügung Panalpina 726/02»), <http://www.takeover.ch/transactions/document/id/3315> besucht am 7.6.2020.

[2] Verfügung Panalpina 726/02, Sachverhalt C.

[3] I.S. einer Höchststimmklausel gemäss Art. 692 Abs. 2 Satz 2 OR, bei der die Stimmkraft einzelner Aktionäre, nicht jedoch einzelner Aktien beschränkt ist (z.B. *Friedrich Wolfhart Bürgi,* in: Emil Beck et al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/1: Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660–697), Zürich 1957, Art. 692 OR N 14).

[4] Verfügung Panalpina 726/02, Sachverhalt C.

[5] Verfügung Panalpina 726/02, Sachverhalt C.

[6] AWP/CC, Panalpina legt Datum für GV fest, in: FuW, 5.3.2019, <https://www.fuw.ch/article/panalpina-legt-datum-fuer-gv-fest/> (besucht 7.6.2020); *Werner Enz,* Juristisches Tauziehen um Stimmrechte bei Panalpina, in: NZZ 26.2.2019, <https://www.nzz.ch/wirtschaft/cevian-ist-gegen-aufhebung-der-panalpina-stimmrechtsbeschraenkung-ld.1462807> besucht am 7.6.2020.

tutenordnungen. Das Recht, das diese Abgrenzung zum Gegenstand hat, kann man in Anlehnung an das intertemporale Recht als intertemporales Statutenrecht bezeichnen.[7]

II. Theorie der wohlerworbenen Rechte des Aktionärs

Traditionell wird in diesem Zusammenhang das Stichwort der wohlerworbenen Rechte des Aktionärs fallen, welche Statutenänderungen entgegenstehen können.

Der Begriff des wohlerworbenen Rechts findet sich im heutigen Aktienrecht nicht mehr. Er gründet im Naturrecht[8] und fand über die Lehrmeinungen des 19. Jahrhunderts Eingang ins Aktienrecht von 1881, dessen Art. 627 Abs. 1 OR wie folgt lautete: «Wohlerworbene Rechte der Aktionäre können denselben nicht durch Mehrheitsbeschlüße der Generalversammlung entzogen werden.»[9] Das Aktienrecht von 1936 übernahm diese Bestimmung leicht verändert in Art. 646 Abs. 1 OR: «Wohlerworbene Rechte, die den einzelnen Aktionären in ihrer Eigenschaft als Aktionäre zustehen, können ihnen nicht ohne ihre Zustimmung entzogen werden.» Das Aktienrecht von 1936 wagte zudem in Art. 646 Abs. 2 OR eine Definition des wohlerworbenen Rechts: «Als wohlerworben gelten diejenigen Rechte des Aktionärs, die nach Vorschrift des Gesetzes oder der Statuten von den Beschlüssen der Generalversammlung und der Verwaltung unabhängig sind oder dem Recht auf Beteiligung an der Generalversammlung entspringen.» Ausserdem fügte es in Art. 646 Abs. 3 OR ein paar Beispiele wohlerworbener Rechte an: «Dazu gehören insbesondere die Mitgliedschaft, das Stimmrecht, das Recht zur Anfechtung, das Recht auf Dividende, das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis.»[10] Im Aktienrecht von 1991 wurde Art. 646 OR mit folgendem Argument ersatzlos gestrichen: «Dieser Artikel ist teilweise missverständlich und für den Gesetzesleser informationslos geworden.»[11] Immerhin wurde ein Teil der Theorie der wohlerworbenen Rechte, nach *Stoffel* v.a. deren verfahrensrechtliche Bedeutung,[12] in Art. 706 OR und Art. 706b OR[13] überführt, ohne dass aber der Begriff der wohlerworbenen Rechte weiter verwendet wurde.[14] Vielmehr ist von nicht oder nur unter Umständen entziehbaren und nicht oder nur unter Umständen beschränkbaren Rechten die Rede.[15]

Trotz Nichterwähnung der wohlerworbenen Rechte im Aktienrecht von 1991 wird in der Lehre und Rechtsprechung auch heute noch wiederholt auf die Theorie der wohlerworbenen Rechte zurückgegriffen bzw. sie mindestens angesprochen.[16]

Schluep hielt in seiner Dissertation von 1955 fest, es bestünde zwar Einigkeit, dass wohlerworbene Rechte Rechte seien, welche sich durch die Besonderheit des Erwerbstitels auszeichneten,[17] im Übrigen aber keine Einigkeit über den Begriff der wohlerworbenen Rechte bestünde[18] und keine der

[7] Bezüglich intertemporalen Rechts z.B. *Markus Vischer,* in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. A., Basel 2019 (zit.: BSK ZGB II-*Vischer*), Art. 1 SchlT ZGB N 1.

[8] *Walter René Schluep,* Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Zürich/St. Gallen 1955, 3.

[9] BBl 1881 III 242.

[10] BBl 1936 III 627.

[11] Botschaft 83.015 über die Revision des Aktienrechts vom 23.2.1983, BBl 1983 II 821.

[12] *Walter A. Stoffel,* Wie weiter mit dem aktienrechtlichen Minderheitenschutz?, in: Rainer J. Schweizer/Herbert Burkert/Urs Gasser (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2002, 583 f.

[13] Im Aktienrecht 1991.

[14] Botschaft 23.2.1983 (Fn. 11) 821, noch mit dem Hinweis auf die Art. 706 OR und Art. 706b OR entsprechenden Bestimmungen im bundesrätlichen Entwurf, nämlich Art. 660a E-OR und Art. 660 E-OR; s.a. BGE 121 III 420 E. 4a; *Peter Böckli,* Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 16 N 109, 187; *Stoffel* (Fn. 12) 581 ff.

[15] Art. 706 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 OR und Art. 706 Ziff. 1 und 2 OR.

[16] Z.B. BGer 4P.331/2006 5.6.2007 E. 4.1; *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Rolf Sethe,* Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Bern 2018, § 16 N 362 ff.; *Peter Jung,* in: Peter Jung/Peter V. Kunz/Harald Bärtschi (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2018, § 2 N 71; *Peter V. Kunz,* Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, § 1 N 209 ff.; *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel,* Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 39 N 113 ff.; s.a. Botschaft 16.077 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017 483 f.; s.a. für ein Beispiel ausserhalb des Aktienrechts, nämlich des Vereinsrechts, *Hans Michael Riemer,* Wohlerworbene bzw. unentziehbare Mitgliedschaftsrechte im Verein und im Vereinsverband, CaS 2008 317, gestützt auf *Hans Michael Riemer,* in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, 3. Abteilung: Die juristischen Personen, Zweiter Teilband: Die Vereine: Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 60–79 ZGB, Bern 1990 (zit.: BK-*Riemer*), Art. 70 ZGB N 238 ff.

[17] *Schluep* (Fn. 8) 3 f. unter Berufung auf BGE 51 II 412 E. 4, und *Gierke;* im gleichen Sinne BGE 61 II 171 E. 2, unter Ablehnung der Gegenmeinung z.B. von *Gottlieb Bachmann,* in: Gottlieb Bachmann/Fritz Goetzinger/Ludwig Siegmund/Heinrich Zeller (Hrsg.), Das Schweizerische Obligationenrecht, Titel 23 bis Schluss mit leicht fasslichen Erläuterungen, erste Auflage, zugleich vierte Auflage des einbändigen Kommentars von Albert Schneider/Heinrich Fick (Hrsg.), Zürich 1915, Art. 627 OR N 2c.

[18] S.a. den Befund von *Böckli* (Fn. 14) § 16 N 109; *Forstmoser/Meier-Haymoz/Nobel* (Fn. 16) § 39 N 115; *Fritz von Steiger,* Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. A., Zürich 1970, 173 f.; s.a. BGE 59 II 264 E. 4 zu Art. 627 Abs. 1 OR (im Aktienrecht von 1881).

diesbezüglichen Lehrmeinungen überzeuge. Man müsse deshalb nicht versuchen, die wohlerworbenen Rechte stringent zu definieren.[19] Vielmehr sei eine Interessenabwägung vorzunehmen, welche zeige, ob ein bestimmtes Recht in Bezug auf eine bestimmte Massnahme wohlerworben sei oder nicht.[20] Diese Interessenabwägung sei nicht von Fall zu Fall vorzunehmen, sondern infolge des Charakters von Art. 646 OR (im Aktienrecht von 1936) als Generalklausel modo legislatoris.[21]

III. Parallelen zum intertemporalen Recht

Während im (heutigen) Aktienrecht keine Gesetzesartikel mehr den Begriff des wohlerworbenen Rechts verwenden, kommt er in Art. 1–4 SchlT ZGB, den vier allgemeinen Bestimmungen des intertemporalen Rechts,[22] nämlich in Art. 4 SchlT ZGB in der Marginalie («Nicht erworbene Rechte») im Ansatz noch vor. Wie *Schluep* für Art. 646 OR (im Aktienrecht von 1936) gezeigt hat, gehen Art. 3 SchlT ZGB (mit der Marginalie: «Inhalt der Rechtsverhältnisse kraft Gesetzes») und Art. 4 SchlT ZGB massgeblich auf die Lehrmeinungen des 19. Jahrhunderts zurück. Sie bildeten im Wesentlichen zwei grosse Linien:[23] Die einen Autoren (wie eben der von *Schluep* erwähnte *Gierke*) legten bei ihren Umschreibungen der erworbenen Rechte das Gewicht mehr auf den Erwerb eines Rechts und versuchten demzufolge, diese über die Art des Erwerbs bzw. der Entstehung zu charakterisieren. Sie gelangten dadurch zu einer Gegenüberstellung von erworbenen und gesetzlichen Rechten. Die anderen Autoren betonten bei ihren Definitionen der erworbenen Rechte mehr den Begriff des Rechts und versuchten deshalb, die erworbenen Rechte über den Gegenstand bzw. den Inhalt zu charakterisieren. Dadurch gelangten sie zu einer Gleichstellung von erworbenen und subjektiven Rechten.[24] Beide Linien fanden mit Art. 3 SchlT ZGB und Art. 4 SchlT ZGB Eingang in Art. 1–4 SchlT ZGB.[25]

Im intertemporalen Recht blieb man aber wie *Schluep* im Aktienrecht nicht in Begrifflichkeiten stecken: Vielmehr erkannte man, dass wohlerworbene Rechte im intertemporalen Recht nichts anders als Vertrauenspositionen darstellen, die dann gegenüber neuem Recht Bestandesschutz haben, wenn dieser Bestandesschutz nach Einbezug entgegenstehender Interessen gemäss Art. 2 SchlT ZGB in einer Interessenabwägung gerechtfertigt ist.[26] Wie *Schluep* für Art. 646 OR (im Aktienrecht 1936) ausgeführt hat, sind auch Art. 1–4 SchlT ZGB Generalklauseln mit nicht nur Sach-, sondern auch Ermächtigungsnormcharakter, die eine Interessenabwägung nicht von Fall zu Fall, sondern mittels typisierender Regeln verlangen.[27]

IV. Gesetzliches intertemporales Statutenrecht

Ob eine bestimmte Rechtsposition eines Aktionärs bei Statutenänderungen Bestand hat, also unentziehbar oder nicht beschränkbar bzw. wohlerworben ist, ergibt sich demnach aufgrund einer (typisierenden) Interessenabwägung.[28] Analog Art. 1–4 SchlT ZGB[29] geht es im intertemporalen Statuten-

[19] S.a. *Alfred Siegwart,* in: August Egger et al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, a: Allgemeine Bestimmungen (Art. 620–659), Zürich 1945 (zit.: ZK-*Siegwart*), Art. 646 OR N 1: «[…] wohlerworbene Rechte nicht gleichmässige, nach einfachen und absoluten Kriterien abgrenzbare Gebilde darstellen».

[20] *Schluep* (Fn. 8) 20 f., 34 f., 353 ff., 362 ff.; s.a. BGE 120 II 47 E. 2b; *Christoph von Greyerz,* in: Werner von Steiger (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Achter Band, Handelsrecht, Zweiter Teilband, Basel 1982 (zit.: SPR VIII/2-*von Greyerz*), 170; *Kunz* (Fn. 16) § 9 zu Interessenabwägungen im Allgemeinen und im Zusammenhang mit dem Minderheitenschutz im Besonderen.

[21] *Schluep* (Fn. 8) 356 ff.

[22] BSK ZGB II-*Vischer* (Fn. 7) Art. 1 SchlT ZGB N 1.

[23] S.a. *Schluep* (Fn. 8) 3 f., welcher allerdings nur die Meinung u.a. von *Gierke* für richtig hält; s.a. *Böckli* (Fn. 14) § 16 N 186, welcher die wohlerworbenen Rechte mit den subjektiven Rechten gleichsetzt, aber das Konzept der wohlerworbenen Rechte insgesamt als nicht tragfähig erachtet; s. zu Letzterem auch VIII.

[24] Zum Ganzen *Markus Vischer,* Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts, Zürich 1986, 53, 56 bezüglich *Gierke.*

[25] *Vischer* (Fn. 24) 60 f., 78; s.a. BSK ZGB II-*Vischer* (Fn. 7) Art. 3 SchlT ZGB N 1, Art. 4 SchlT ZGB N 1.

[26] BSK ZGB II-*Vischer* (Fn. 7) Art. 1 SchlT ZGB N 14 ff., Art. 2 SchlT ZGB N 3, Art. 3 SchlT ZGB N 7, 9, Art. 4 SchlT ZGB N 4, 8.

[27] Z.B. BSK ZGB II-*Vischer* (Fn. 7) Art. 1 SchlT ZGB N 12, Art. 2 SchlT ZGB N 4, 5, Art. 3 SchlT ZGB N 6, Art. 4 SchlT ZGB N 6; *Vischer* (Fn. 24) 90 f., 95 ff.; s.a. z.B. *Markus Vischer,* Privatrecht, Schuldrecht – allgemein, Obligationenrecht – Besonderer Teil – allgemein, Innominatkontrakte – allgemein, Alleinvertriebsvertrag, BGer 4A_241/2017: Alleinvertriebsvertrag, AJP 2019 132 f., zu Generalklauseln im Allgemeinen, welche nach der herrschenden Lehre Lücken intra legem sind, die gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB modo legislatoris zu füllen sind.

[28] Bezüglich Interessenabwägung schon Botschaft 23.2.1983 (Fn. 11) 884; *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe* (Fn. 16) § 16 N 363; s.a. *Matthias Hirschle/Hans Caspar von der Crone,* Vinkulierung und Stimmrechtsvertretung bei nicht börsenkotierten Gesellschaften, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.35/2007 vom 18.4.2007 i.S. A. GmbH (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen D. Holding AG (Beklagte und Berufungsbeklagte), SZW 2008 113 bezüglich nachträglicher Einführung von statutarischen Vertretungsbeschränkungen.

[29] Bezüglich des deutschen Rechts z.B. *Dirk Zetsche,* in: Wolfgang Zöllner/Ulrich Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktienrecht, Band 4,

recht auf der einen Seite primär um den Schutz des Vertrauens des Aktionärs (= private Rechtssicherheitsinteressen) in das alte Statutenrecht,[30] aber durchaus auch um gleichgerichtete Interessen wie jene Dritter, auch der betroffenen Aktiengesellschaft, und der Allgemeinheit (= öffentliche Rechtssicherheitsinteressen) an der Beibehaltung der alten Rechtslage.[31] Bei den entgegengesetzten Interessen handelt es sich im intertemporalen Statutenrecht i.d.R. primär um solche der betroffenen Aktiengesellschaft,[32] aber erneut auch um die Interessen Dritter und der Allgemeinheit (= öffentliche Interessen).[33] Die Lehre und die Rechtsprechung haben zahlreiche Typisierungen i.d.R. schützenswerter Vertrauenspositionen entwickelt, wobei die Aussage im Regelfall ist, dass einem Aktionär gewisse Rechtspositionen nicht ohne seine Zustimmung[34] oder nur unter qualifizierten Voraussetzungen entzogen werden können.[35]

Entsprechend dem intertemporalen Recht gilt im gesetzlichen intertemporalen Statutenrecht damit als Grundprinzip die Regel der Nichtrückwirkung (in der subjektiven Fassung).[36] Es definiert und bildet das gesetzliche intertemporale Statutenrecht.[37]

Mangels kaum vorstellbarer überwiegender entgegenstehender Interessen schliesst das Prinzip der Nichtrückwirkung eine Rückwirkung neuer Statuten auf sogenannte negotia praeterita (= abgeschlossene Rechtsverhältnisse)[38] aus.[39] Eine solche (in aller Regel verbotene) Rückwirkung wäre z.B. die Anwendung einer neuen statutarischen Stimmrechtsbeschränkung auf Stimmabgaben in Generalversammlungen, die vor dem Inkrafttreten des neuen Statutenrechts stattgefunden haben.[40] In diesen Fällen ist die (altrechtliche) Rechtsposition des Aktionärs in der aktienrechtlichen Terminologie der wohlerworbenen Rechte absolut wohlerworben.[41]

4. Teillieferung, §§ 179–181 AktG, 3. A., Köln 2019, § 179 AktG N 438: «Insoweit wäre zunächst an die weithin parallel liegende Frage der Rückwirkung von Gesetzen zu denken.»

30 Bezüglich des deutschen Rechts z.B. *Zetsche* (Fn. 29) § 179 AktG N 438; *Thomas Wachter,* in: Thomas Wachter, AktG, Kommentar zum Aktiengesetz, 3. A., Köln 2018, § 179 AktG N 47; *Christoph H. Seibt,* in: Karsten Schmidt/Marcus Lutter (Hrsg.), Aktiengesetz Kommentar, II. Band, §§ 150–410, SpruchG, 3. A., Köln 2015, § 179 AktG N 41 ff.; *Ursula Stein,* in: Wulf Goette/Mathias Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 4, § 179–277, 3. A., München 2011, § 181 AktG N 76: «Danach ist eine rückwirkende Inkraftsetzung normativer Regelungen zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen; doch muss der Vertrauensschutz gewahrt bleiben. Eine rückwirkende Satzungsänderung ist deshalb nur zulässig, wenn dadurch nicht das rechtlich schutzwürdige Vertrauen der Aktionäre, betroffener Dritter oder der Allgemeinheit verletzt wird»; *Herbert Wiedemann,* in: Klaus J. Hopt/Herbert Wiedemann (Hrsg.), Aktiengesetz, Grosskommentar, Sechster Band, §§ 150–220, 4. A., Berlin 2006, § 179 AktG N 165: «Im Übrigen gilt der allgemeine Vertrauensschutz in durch die Satzung geschaffene Besitzstände»; bezüglich Vereinsrecht *Riemer* (Fn. 16) 318, mit einer Definition der wohlerworbenen Rechte als «wesentliche Rechte […], welche nach Treu und Glauben (Vertrauensschutz i.S.v. Art. 2 Abs. 1 ZGB) zur Basis des betreffenden Mitgliedschaftserwerbs gehört haben»; bezüglich Art. 1–4 SchlT BSK ZGB II-*Vischer* (Fn. 7) Art. 1 SchlT ZGB N 14 ff., Art. 2 SchlT ZGB N 3 f., Art. 3 SchlT ZGB N 5 ff., Art. 4 SchlT ZGB N 5 ff.

31 Botschaft 23.2.1983 (Fn. 11) 884; bezüglich des deutschen Rechts z.B. *Stein* (Fn. 30) § 181 AktG N 76: «Eine rückwirkende Satzungsänderung ist deshalb nur zulässig, wenn dadurch nicht das rechtlich schutzwürdige Vertrauen der Aktionäre, betroffener Dritter oder der Allgemeinheit verletzt wird»; ebenso *Wachter* (Fn. 30) § 179 AktG N 47; *Seibt* (Fn. 30) § 179 AktG N 41 ff.; bezüglich Art. 1–4 SchlT BSK ZGB II-*Vischer* (Fn. 7) Art. 2 SchlT ZGB N 4.

32 *Schluep* (Fn. 8) 383 ff.; s.a. VIII.

33 Botschaft 23.2.1983 (Fn. 11) 884; s.a. *Stefan Knobloch,* Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Zürich/Basel/Genf 2011, 45 f.; bezüglich Art. 1–4 SchlT BSK ZGB II-*Vischer* (Fn. 7) Art. 2 SchlT ZGB N 4.

34 Z.B. *Böckli* (Fn. 14) § 5 N 30 bezüglich Umwandlung von Aktien in Partizipationsscheine.

35 Z.B. *Böckli* (Fn. 14) § 6 N 25 f. bezüglich nachträglicher Einführung oder Verschärfung der Vinkulierung bei Namenaktien.

36 S. zu diesem Grundsatz im intertemporalen Recht z.B. BSK ZGB II-*Vischer* (Fn. 7) Art. 1 SchlT ZGB N 14.

37 Gl.M., aber zu absolut *Daniel Daeniker,* in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XVII, Loyalitätsaktien – Postulat oder Rechtswirklichkeit?, Zürich/Basel/Genf 2015, 153: «Eine Rückwirkung der entsprechenden Statutenbestimmung ist von Gesetzes wegen ausgeschlossen.»

38 Zum Begriff z.B. BSK ZGB II-*Vischer* (Fn. 7) Art. 1 SchlT ZGB N 6.

39 Für eine generelle Definition des Begriffs der Rückwirkung z.B. *Rémy Messer,* Rückwirkung im Gesellschaftsrecht, Bern 2013, N 76.

40 S.a. z.B. *Böckli* (Fn. 14) § 6 N 68 f., zur unzulässigen Rückwirkung einer «noch so scharf formulierte[n]» statutarischen Prozentvinkulierung i.S. von Art. 685d Abs. 1 OR auf bereits eingetragene Aktionäre mit höherem Stimmrechtsanteil; gl.M. wie *Böckli* z.B. *Joshua Richard Taucher,* Treuhändervinkulierung gemäss Art. 685d Abs. 2 OR, Zürich/St. Gallen 2020, 156; *Dieter Gericke/Valentin Jentsch,* Vinkulierung an der Bruchstelle zwischen kotierter Gesellschaft und nicht kotierten Aktionären, SZW 2017 626 («Keine Rückwirkung (Grandfathering)»); *Shelby du Pasquir/Matthias Wolf/Matthias Oertle,* in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR etc., 5. A., Basel 2016 (zit.: BSK OR II-*Autor*), Art. 685d N 4; *Hans Caspar von der Crone,* Aktienrecht, Bern 2014, § 3 N 59; *Hanspeter Kläy,* Die Vinkulierung, Basel/Frankfurt a.M. 1997, 233 f.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 16) § 43 N 47, § 44 N 255a; implizite auch BGer 4C_35/2007 18.4.2007 E. 3.2–3.4; s.a. BGE 109 II 239 E. 3a (zum Aktienrecht von 1936).

41 Zu diesem Begriff z.B. SPR VIII/2-*von Greyerz* (Fn. 20) 170: Absolut wohlerworbene Rechte = unentziehbare und unbeschränkbare Rechte.

Bei sogenannten negotia pendentia (= pendente Rechtsverhältnisse)[42] kann die Regel der Nichtrückwirkung eine gemilderte Rückwirkung neuer Statuten verlangen in dem Sinne, dass die (altrechtliche) Rechtsposition des Aktionärs im Grundsatz erhalten, aber vom Inhalt her durch das neue Statutenrecht definiert wird. Eine solche gemilderte Rückwirkung wäre z.B. die Anwendung einer neuen statutarischen Stimmrechtsbeschränkung auf Stimmabgaben in Generalversammlungen durch Aktionäre, die erst nach dem Inkrafttreten des neuen Statutenrechts durch Erwerb bestehender Aktien Aktionäre der Gesellschaft werden.[43] Im intertemporalen Recht wird dies z.T. unechte Rückwirkung genannt,[44] während man in der aktienrechtlichen Terminologie der wohlerworbenen Rechte von relativ wohlerworbenen Rechten spricht.[45]

Massgebender Zeitpunkt zur Beurteilung, ob ein negotium praeteritum oder ein negotium pendentium (oder gar ein negotium futurum = zukünftiges Rechtsverhältnis, bei dem sich die Rückwirkungsfrage nicht stellt)[46] vorliegt, ist das Inkrafttreten der neuen Statuten. Die Eintragung im Handelsregister ist diesbezüglich in aller Regel[47] konstitutiv.[48] Die (wohl herrschende) Lehre von einer unter Umständen bestehenden früheren Innenwirkung[49] ist damit trotz der Doppelnatur der Statuten aus Rechtssicherheitsgründen abzulehnen.[50] Das heisst nicht, eine Statutenänderung zeitige nicht bereits vor Eintragung im Handelsregister gewisse Rechtswirkungen, z.B. bezüglich Pflicht des Verwaltungsrats, die Eintragung herbeizuführen.[51]

Die Nichtrückwirkung und die unechte Rückwirkung führen zu einem gesetzlichen Bestandesschutz (bzw. zu einer Besitzstandsgarantie) altrechtlicher Rechtspositionen der Aktionäre bzw. zu einem Grandfathering.[52]

V. Vom gesetzlichen intertemporalen Recht abweichende intertemporale Statutenregeln

Das gesetzliche intertemporale Statutenrecht und damit die Regel der Nichtrückwirkung ist wie das gesamte Aktienrecht weitgehend zwingendes Recht.[53]

Soweit das gesetzliche intertemporale Statutenrecht zwingend ist, verdrängt es eine abweichende statutarische Regelung bzw. füllt es eine lückenhafte statutarische Regelung. Soweit es dispositiv ist, kommt es meist lückenfüllend zum Tragen, ob nun der gesetzliche oder der vertragliche Charakter der Statuten im Vordergrund steht.[54] Wie im eingangs ge-

[42] Zum Begriff z.B. BSK ZGB II-*Vischer* (Fn. 7) Art. 1 SchlT ZGB N 6.

[43] S.a. *Gericke/Jentsch* (Fn. 40) 629 ff., welche das (intertemporalrechtliche) Problem unter dem Titel «Übertragung der aufgrund eines Grandfathering […] erlangten Sonderstellung» diskutieren.

[44] Z.B. BSK ZGB II-*Vischer* (Fn. 7) Art. 1 SchlT ZGB N 13 mit dem Verständnis eines weiten Rückwirkungsbegriffs (s.a. BSK ZGB II-*Vischer* (Fn. 7) Art. 1 SchlT ZGB N 11 zur unausweichlich expansiven logischen Kraft der Anwendung alten Rechts auf neue Tatsachen bei negotia pendentia) und mit der Ablehnung des Begriffs der unechten Rückwirkung; s.a. BSK ZGB II-*Vischer* (Fn. 7) Art. 2 SchlT ZGB N 6.

[45] Zu diesem Begriff z.B. SPR VIII/2-*von Greyerz* (Fn. 20) 170: Relativ wohlerworbene Rechte = unentziehbare, aber beschränkbare Rechte.

[46] Zum Begriff der negotia futura z.B. BSK ZGB II-*Vischer* (Fn. 7) Art. 1 SchlT ZGB N 6. Negotia futura wären z.B. Stimmabgaben in Generalversammlungen durch Aktionäre, die nach dem Inkrafttreten des neuen Statutenrechts neu ausgegebene Aktien der Gesellschaft zeichnen und dadurch Aktionäre der Gesellschaft werden. Die Anwendung einer statutarischen Stimmrechtsbeschränkung im neuen Statutenrecht auf diese Aktionäre ist keine Rückwirkung.

[47] V.a. vorbehältlich der gesetzlichen Spezialregelung in Art. 653e Abs. 3 OR bei der bedingten Kapitalerhöhung.

[48] BGE 84 II 34 E. 3; *Messer* (Fn. 39) N 496 f.; s.a. *Markus Vischer,* Dividenden bei der Aktiengesellschaft in Liquidation, SJZ 2019 559, bezüglich Gründung, Liquidation, Löschung und Umstrukturierungen einer Gesellschaft.

[49] Z.B. *Gaudenz G. Zindel/Daniel S. Weber/Arnaud F. Philippe,* Zeitpunkt der Wirksamkeit statutenändernder Generalversammlungs- und Verwaltungsratsbeschlüsse, Reprax 2008 47 ff.

[50] Gl.M. z.B. BSK OR II-*Schenker* (Fn. 40) Art. 647 N 10.

[51] Bezüglich des deutschen Rechts z.B. *Zetsche* (Fn. 29) § 181 AktG N 158; *Stein* (Fn. 30) § 181 AktG N 70 f.

[52] S. bezüglich intertemporalen Rechts z.B. BSK ZGB II-*Vischer* (Fn. 7) Art. 1 SchlT ZGB N 15.

[53] Zur weitgehend zwingenden Natur des Aktienrechts im Allgemeinen z.B. *Markus Vischer,* Der Aktionärbindungsvertrag: Einfache Gesellschaft oder Innominatvertrag?, SZW 2017 426; *Peter Böckli,* Aktienrechtsreform: Die Zwangsjacke wird enger geschnürt, GesKR 2011 8: «Alle wissen es: Aktienrecht enthält als klassisches Körperschaftsrecht vor allem zwingende Gesetzesbestimmungen»; wohlwollender *Roland von Büren/Johannes Andreas Bürgi,* Rechtsformwechselnde Umwandlung einer GmbH in eine AG de lege lata: Das klärende Wort aus Lausanne, BGE 125 III 18, Reprax 1999 7, wonach im Gesellschaftsrecht die Privatautonomie der «Regel- und nicht Ausnahmefall» sei; ihnen folgend z.B. *Christoph B. Bühler,* Zwingendes Aktienrecht: Rechtfertigungsgründe und Alternativen, GesKR 2013 540.

[54] *Forstmoser/Meier-Haymoz/Nobel* (Fn. 16) § 7 N 49; zur Doppelnatur von Statuten im Allgemeinen z.B. *Vischer* (Fn. 53) 427; *Peter Jung,* in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 620–659b OR, Die Aktiengesellschaft, Allgemeinen Bestimmungen, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit.: ZK-*Autor*), Vor Art. 620–625 OR N 80; *Forstmoser/Meier-Haymoz/Nobel* (Fn. 16) § 7 N 5, 33 ff.; SPR VIII/2-*von Greyerz* (Fn. 20) 101 f.; ZK-*Siegwart* (Fn. 19) Art. 626 OR N 1, 11; kritisch zu diesem Begriff ZK-*Cramer* (Fn. 54) Art. 626 OR N 5 Fn. 10; zur Statutenauslegung nach den Vertrags- oder den Gesetzesregeln z.B. BGE 140 III 349 E. 2.3, mit einer Differenzierung nach der Art der Gesellschaft (z.B. kleinere v. grössere Gesellschaft),

schilderten Fall fehlt es allerdings grossteils an expliziten statutarischen intertemporalen Regeln.[55]

Das gesetzliche intertemporale Recht dient primär dem Minderheitenschutz. Denn Vertrauensschutz ist in erster Linie Minderheitenschutz, verdienen die Mehrheitsaktionäre, die eine Statutenänderung vornehmen (bzw. mindestens nicht verhindern), doch i.d.R. keinen Vertrauensschutz.[56] Als Minderheitenschutzrecht ist das gesetzliche intertemporale Recht vornehmlich zwingendes Recht.[57] Vornehmlich zwingendes Recht ist es aber auch deshalb, weil es nicht nur um Vertrauensschutz, sondern auch um gleichgerichtete und entgegengesetzte Interessen Dritter und der Allgemeinheit[58] geht.

Nichts hindert aber die Aktionäre, in den neuen Statuten mittels einer intertemporalen Statutenregel den Schutz altrechtlicher Rechtspositionen dann vorzusehen, wenn dies nach dem gesetzlichen intertemporalen Statutenrecht ausnahmsweise nicht zwingend verlangt wird, das gesetzliche intertemporale Recht also ausnahmsweise dispositiv ist. Dabei sind aber die aktienrechtlichen Vorschriften (wie Quorumsvorschriften etc.) einzuhalten. Dies kann derart geschehen, dass in den geänderten Statuten im Sinne einer intertemporalen Statutenregel festgehalten wird, das geänderte Statutenrecht, also z.B. wie im eingangs geschilderten Fall eine statutarische Stimmrechtsbeschränkung, finde nicht auf bestehende Aktien, sondern erst auf nach dem Inkrafttreten der geänderten Statuten neu geschaffene Aktien oder Stimmabgaben in Generalversammlungen, die nach dem Inkrafttreten des neuen Statutenrechts stattfinden, Anwendung.[59] Das führt zu einem statutarischen Bestandesschutz altrechtlicher Rechtspositionen der Aktionäre bzw. zu einem statutarischen Grandfathering. Eine solche Regel kann auch als eine Art intertemporale Rechtswahl gesehen werden, die bestimmt, dass auf alte Aktien altes (Statuten-)Recht und nur auf neue Aktien oder «neue» Stimmabgaben neues (Statuten-)Recht zur Anwendung kommen soll.[60]

Umgekehrt können die Aktionäre dann, wenn dies das i.d.R. zwingende gesetzliche intertemporale Statutenrecht ausnahmsweise erlaubt, eine Rückwirkung der neuen Statutenbestimmung anordnen, wofür nicht in jedem Fall Einstimmigkeit der Aktionäre erforderlich ist.[61] Ein solcher Fall liegt

und BGE 114 II 193 E. 5a, mit einer (angedeuteten) Differenzierung nach der Art der zur Diskussion stehenden Statutenbestimmung (z.B. primäre Innen- v. primäre Aussenwirkung); *Peter Nobel,* in: Regina E. Aebi-Müller/Christoph Müller (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, Bern 2017 (zit.: BK-*Nobel*), § 4 N 290 ff., u.a. mit Hinweis auf den leading case BGE 107 II 179 und auf BGE 26 II 276 E. 2; zur weitgehenden Identität von Vertrags- und Gesetzesauslegung z.B. *Meier-Haymoz/Forstmoser/Sethe* (Fn. 16) § 2 N 149; *Forstmoser/Meier-Haymoz/Nobel* (Fn. 16) § 7 N 48; zum fliessenden Übergang von Auslegung und Lückenfüllung bezüglich Verträgen z.B. *Vischer* (Fn. 53) 432, und bezüglich Gesetzen z.B. *Ernst A. Kramer,* Juristische Methodenlehre, 6. A., Bern 2019, 206; zur Kontroverse, ob die Vertragsauslegung primär nach dem Vertragswillen oder nach dem dispositiven Recht vorzunehmen ist, z.B. *Vischer* (Fn. 53) 432; zur Kontroverse, ob bei der Vertragsauslegung nach dem Vertragswillen u.U. auch der tatsächliche Vertragswille relevant ist, z.B. *Dario Galli/Michael Kündig/Markus Vischer,* «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen, GesKR 2018 227 f.

55 Für eine seltene Ausnahme aus dem Vereinsrecht s. Art. 30 der Statuten des Schweizerischen Shito Karate Verbandes (SSKV), <http://www.shito.ch/uploads/pdf/ssk/51%20Statuten%20SSKV%20Jan%2015.pdf> besucht am 7.6.2020: Art. 30 Übergangsrecht: «Für das intertemporale Recht sind die Art. 1–4 SchlT ZGB sinngemäss anwendbar.»

56 Bezüglich wohlerworbener Rechte z.B. BK-*Nobel* (Fn. 54) § 9 N 73; *Kunz* (Fn. 16) § 1 N 216, 218, § 3 N 72; BK-*Riemer* (Fn. 16) Art. 70 ZGB N 70, bezüglich Vereinsrecht.

57 Im Allgemeinen z.B. *Bühler* (Fn. 53) 543 f.

58 S. VIII.

59 Aufgrund der Anwendung der aktienrechtlichen Grundprinzipien kritisch dazu *Ulysses von Salis,* Die Gestaltung des Stimm- und Vertretungsrechts im schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1996, 112 ff., und *Claire Huguenin Jacobs,* Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994, 157, womit sie letztlich die Grenzen des zwingenden Rechts im intertemporalen Statutenrecht weiter ziehen; s.a. zu den zulässigen Ausnahmen von einer statutarischen Stimmrechtsbeschränkung im Allgemeinen, also nicht mittels intertemporaler Statutenregeln, *Adrian Bieri,* Statutarische Beschränkungen des Stimmrechts bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien, Zürich/St. Gallen 2011, 332 ff., und BGE 117 II 290 E. 6bb, mit einer Ausnahme zu einer statutarischen Stimmrechtsbeschränkung «en faveur des banques et des institutions financières qui assument des mandats de représentation», welche das Bundesgericht unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgebots (s. dazu im Allgemeinen VIII.) für zulässig hielt; s.a. *Rita Trigo Trindade/Anne Héritier Lachat,* in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade (Hrsg.), Commentaire romand, Codes des obligations II, Art. 530–1186 CO etc., 2. A., Basel 2017, Art. 692 N 82, zur Interessenabwägung im Allgemeinen bei der Einführung einer statutarischen Stimmrechtsbeschränkung je nachdem, ob bisherige Aktionäre von ihr betroffen sind oder nicht; s.a. BSK OR II-*Länzlinger* (Fn. 40) Art. 692 N 8: «Die spätere Einführung statutarischer Stimmrechtsbeschränkungen greift grundsätzlich in wohlerworbene Rechte des Aktionärs ein.»

60 Zur intertemporalen Rechtswahl im intertemporalen Recht im Allgemeinen z.B. BSK ZGB II-*Vischer* (Fn. 7) Art. 1 SchlT ZGB N 4.

61 Grundsätzlich gl.M. ZK-*Cramer* (Fn. 54) Art. 647 OR N 32: «Sofern eine Statutenänderung nur gegen innen wirkt, muss es zulässig sein, dass sie auf einen beliebigen Zeitpunkt hin mit rückwirkender Kraft beschlossen werden kann. Eine solche gewillkürte Rückwirkung erfordert richtigerweise die Zustimmung sämtlicher Aktionäre, […]», und *Peter Forstmoser,* Schweizerisches Aktienrecht, Band I, Lieferung 1, Grundlagen, Gründung und Änderungen des Grundkapitals, Zürich

etwa vor, wenn bei neu geschaffenen Vorzugsaktien die von diesen vermittelte Vorzugsdividende aufgrund der statutarischen Anordnung das erste Mal aufgrund einer Bemessungsperiode ausgerichtet wird, die (ganz oder teilweise) vor dem Inkrafttreten der neuen Statutenbestimmung betreffend die Vorzugsaktien liegt.

Nichts hindert zudem die Aktionäre, in den neuen Statuten mittels einer intertemporalen Statutenregel das zwingende gesetzliche intertemporale Statutenrecht zu kodifizieren und «benutzerfreundlich» festzuhalten.

VI. Zwischenfazit

Insofern kann man sagen, das intertemporale Statutenrecht bestehe aus zwingendem gesetzlichem intertemporalem Statutenrecht und, soweit überhaupt vorhanden, aus abweichenden intertemporalen Statutenregeln, sofern ausnahmsweise dispositives gesetzliches intertemporales Statutenrecht infrage steht.

VII. Folgen der Verletzung des zwingenden intertemporalrechtlichen Statutenrechts

Die Verletzung des zwingenden intertemporalrechtlichen Statutenrechts und damit die Verletzung der Regel der Nichtrückwirkung führt in aller Regel zur Nichtigkeit des betreffenden Generalversammlungsbeschlusses und damit der betreffenden Statutenänderung gemäss Art. 706b OR. Denn es geht bei Statutenänderungen in Verletzung des zwingenden intertemporalen Statutenrechts nicht um eine konkrete und deshalb allenfalls nur gemäss Art. 706 OR anfechtbare Rechtshandlung der Generalversammlung wie eine Wahl oder eine Genehmigung im Einzelfall. Vielmehr geht es um eine Verletzung durch einen generell-abstrakten Akt (= neue Statuten), weshalb Nichtigkeit gemäss Art. 706b OR und nicht Anfechtbarkeit gemäss Art. 706 OR gegeben ist.[62]

Ob eine Verletzung von Art. 706b Ziff. 1, Ziff. 2 oder Ziff. 3 OR vorliegt, hängt von der infrage stehenden Verletzung des zwingenden intertemporalen Statutenrechts ab und ist damit letztlich durch eine (typisierende)[63] Interessenabwägung zu lösen.[64] In aller Regel liegt bei einer solchen Verletzung ein Eingriff in Aktionärsrechte gemäss Art. 706b Ziff. 1 und Ziff. 2 OR vor, sind doch nach dem Vertrauensprinzip schützenswerte altrechtliche Rechtspositionen zumeist (altrechtliche) Aktionärsrechte gemäss Art. 706b Ziff. 1 und Ziff. 2 OR. Die Nichtigkeit hängt aber nicht davon ab, ob ein Eingriff in ein (altrechtliches) Aktionärsrecht vorliegt oder nicht. Nach Art. 706b OR ist ein (genügend gewichtiger) Normverstoss ausreichend, auch wenn nicht im engeren Sinne Aktionärsrechte unerlaubt beschränkt werden.[65]

Analog den bezüglich Zulässigkeit einer positiven Stimmrechtsklage von einem Teil der Lehre im Widerspruch zum (zu engen) Wortlaut von Art. 706 Abs. 5 OR postulierten Grundsätzen[66] ist zu propagieren, dass der Richter bei einer unzulässigen Rückwirkung nicht nur kassatorisch entscheiden kann, sondern auf modifizierte Teilnichtigkeit des entspre-

1981, § 7 N 118; a.M. *Messer* (Fn. 39) N 692, zur Unzulässigkeit einer rückwirkenden Inkraftsetzung einer Statutenänderung infolge «rechtlicher Unmöglichkeit»; gl.M. wie hier bezüglich des deutschen Rechts *Stein* (Fn. 30) § 181 AktG N 76: «Danach ist eine rückwirkende Inkraftsetzung normativer Regelungen zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen; doch muss der Vertrauensschutz gewahrt bleiben. Eine rückwirkende Satzungsänderung ist deshalb nur zulässig, wenn dadurch nicht das rechtlich schutzwürdige Vertrauen der Aktionäre, betroffener Dritter oder der Allgemeinheit verletzt wird»; ebenso *Wachter* (Fn. 30) § 179 AktG N 47; *Seibt* (Fn. 30) § 179 AktG N 41 ff.; a.M. wie *Messer* (Fn. 39) bezüglich des deutschen Rechts z.B. *Wiedemann* (Fn. 30) § 179 AktG N 164: «Organisationsrechtliche Bestimmungen und solche mit Aussenwirkung können nicht mit Rückwirkung in Kraft gesetzt werden.»

[62] S. z.B. *Brigitte Tanner,* in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–726 und Art. 731b OR, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2018 (zit.: ZK-*Tanner*), Art. 706b OR N 98; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 40) Art. 706b N 8b, 15; *von der Crone* (Fn. 40) § 8 N 216, 226; *Hans Michael Riemer,* Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Bern 1998, N 288; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 16) § 25 N 108; schon *Emil Schucany,* Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1940, Art. 646 OR N 4; s.a. Botschaft 23.2.1983 (Fn. 11) 823 zur Bedeutung des generellen Entzugs bzw. der generellen Beschränkung von Aktionärsrechten für die Nichtigkeitsfolge; dazu auch Knobloch (Fn. 33) 46.

[63] S.a. BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 40) Art. 706b N 7; s.a. ZK-*Tanner* (Fn. 62) Art. 706b OR N 70, zum Charakter von Art. 706b OR als Generalklausel mit damit nicht nur Sach-, sondern auch Ermächtigungsnormcharakter.

[64] Bezüglich Art. 706b OR z.B. ZK- *Tanner* (Fn. 62) Art. 706b OR N 34, 82 ff.; *Kunz* (Fn. 16) § 12 N 190; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 16) § 25 N 87.

[65] *Böckli* (Fn. 14) § 16 N 123 bezüglich Anfechtungsklage; s.a. BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 40) Art. 706b N 3, zur Loslösung der Praxis vom Wortlaut und Gliederung von Art. 706b OR.

[66] Dazu z.B. *Simon Bühler/Hans Caspar von der Crone,* Positive Beschlussfeststellungsklage, SZW 2014 570 ff.; *Böckli* (Fn. 14) § 12 N 500a; die Zulässigkeit der positiven Stimmrechtsklage offenlassend BGE 122 III 279 E. 3c/bb; s.a. aber immerhin nun auch BGer 5A_345/2018 8.8.2019 E. 3.2.4.

chenden Generalversammlungsbeschlusses und der entsprechenden Statutenregeln erkennen darf. Er kann analog der vertragsrechtlichen Bestimmung von Art. 20 Abs. 2 OR[67] und den darin enthaltenen Regeln über die modifizierte Teilnichtigkeit die verletzende bzw. fehlende intertemporale Statutenregel durch eine gültige intertemporale Statutenregel korrigieren und den diesbezüglichen Generalversammlungsbeschluss entsprechend anpassen.[68]

Auch wenn die Verletzung des zwingenden intertemporalrechtlichen Statutenrechts und damit die Verletzung der Regel der Nichtrückwirkung in aller Regel zur Nichtigkeit des betreffenden Generalversammlungsbeschlusses und damit zur betreffenden Statutenänderung gemäss Art. 706b OR führt, bedeutet das nicht, dass das Handelsregister die Eintragung der neuen Statutenbestimmungen zwingend verweigern muss, ist doch seine Kognition nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf offensichtlich und unzweideutig rechtswidrige Verletzungen zwingenden Rechts beschränkt.[69]

VIII. Entbehrlichkeit des intertemporalen Statutenrechts?

Böckli hält das Konzept der wohlerworbenen Rechte für nicht tragfähig[70] und in Bezug auf Massnahmen der Generalversammlung, also auch Statutenänderungen, letztlich ersetzbar durch die allgemeinen aktienrechtlichen Grundprinzipien.[71]

Bei diesen allgemeinen aktienrechtlichen Grundprinzipien handelt es sich um das Gleichheitsgebot, das Sachlichkeitsgebot, das Proportionalitätsprinzip (auch Prinzip der schonenden Rechtsausübung genannt), das Rechtsmissbrauchsverbot und um das Paritätsprinzip.[72] In Bezug auf Beschlüsse der Generalversammlung sind sie bis auf das Proportionalitätsprinzip gesetzlich verankert.[73] Letzteres ist dagegen eine Schöpfung der Lehre und der Rechtsprechung.[74]

Es ist *Böckli* zuzugestehen, dass das hier definierte intertemporale Statutenrecht mit der Regel der Nichtrückwirkung mit der propagierten notwendigen Interessenabwägung primär zwischen Vertrauensinteressen und entgegenstehenden Gesellschaftsinteressen in vielen Punkten allgemeine aktienrechtliche Grundprinzipien aufnimmt, insbesondere was das Sachlichkeitsgebot und das Proportionalitätsprinzip betrifft. Dies ist auch nicht weiter erstaunlich, sind doch die meisten aktienrechtlichen Grundsätze wie insbesondere das Sachlichkeitsgebot und das Proportionalitätsprinzip Konkretisierungen von Art. 2 ZGB[75] und damit wie das intertemporale Statutenrecht Konkretisierungen des Vertrauensschutzprinzips.[76] Zudem dienen auch sie primär dem Minderheitenschutz[77] und verlangen i.d.R. ebenfalls eine Interessenabwägung.[78] Deren (genügend gewichtige) Verletzung führt überdies gleichsam zur Nichtigkeit des betreffenden Generalversammlungsbeschlusses gemäss Art. 706b OR.[79]

Das intertemporale Statutenrecht schärft allerdings den Blick auf das, worum es geht, nämlich um eine intertemporal-

[67] S. zur Auslegung bzw. Lückenfüllung von Statuten im Allgemeinen Fn. 54.

[68] A.M. BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 40) Art. 706b N 5, wonach der Richter in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR zwar einen Generalversammlungsbeschluss ganz oder auch nur teilweise für nichtig erklären, aber nicht ergänzen kann; a.M. bezüglich Anfechtungsklage BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 40) Art. 706 N 25; *von der Crone* (Fn. 40) § 8 N 203 f.; *Böckli* (Fn. 14) § 16 N 131 f.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 16) § 25 N 61.

[69] Z.B. BGE 117 II 186 E. 1; bestätigt z.B. in BGE 132 III 668 E. 3.1.

[70] S. schon Fn. 23.

[71] *Böckli* (Fn. 14) § 16 N 186.

[72] *Von der Crone* (Fn. 40) § 8 N 27 ff.

[73] Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR (Gleichheitsgebot), Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR (Sachlichkeitsgebot, s.a. Art. 652b Abs. 2 OR und Art. 653c Abs. 3 OR bezüglich Bezugsrecht und Vorwegzeichnungsrecht), Art. 2 Abs. 2 ZGB (Rechtsmissbrauchsverbot), Art. 698 ff. OR (Paritätsprinzip).

[74] *Von der Crone* (Fn. 40) § 8 N 49; *Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller,* in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abt.: Einleitung, Artikel 1–9 ZGB, Bern 2012, Art. 2 ZGB N 219 ff.; BGE 143 III 120 E. 4.3; BGE 117 II 290 E. 4e; s. schon Botschaft 23.2.1983 (Fn. 11) 885; s.a. *Lukas Glanzmann/Merens Derungs,* Kapitalerhöhung zu pari – Ist das noch zulässig?, GesKR 2019 210 f., zu den unterschiedlichen Verständnissen des Proportionalitätsprinzips.

[75] Z.B. *von der Crone* (Fn. 40) § 8 N 58; bezüglich Sachlichkeitsgebot z.B. BGer 4A_386/2002 12.10.2004 E. 3.2; BGer 4C.242/2001 5.3.2003 E. 4.1; schon Botschaft 23.2.1983 (Fn. 11) 884; bezüglich Proportionalitätsprinzip z.B. BGer 4A_531/2017 20.2.2018 E. 3.2; BGE 131 III 459 E. 5.3.

[76] S.a. BK-*Riemer* (Fn. 16) Art. 70 ZGB N 238 f. mit der Ableitung des Schutzes wohlerworbener Rechte im Vereinsrecht aus Art. 2 Abs. 1 ZGB; s.a. *Riemer* (Fn. 16) 318; s.a. zur Herleitung von Art. 1–4 SchlT ZGB u.a. aus den Grundrechten der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) und der Wahrung von Treu und Glauben (Art. 9 BV) BSK ZGB II-*Vischer* (Fn. 7) Art. 1 SchlT ZGB N 2.

[77] Z.B. *von der Crone* (Fn. 40) § 8 N 27.

[78] Bezüglich Sachlichkeitsgebot z.B. BGE 121 III 219 E. 3; bezüglich Proportionalitätsprinzip z.B. BGE 117 II 290 E. 4e/aa; schon Botschaft 23.2.1983 (Fn. 11) 885: «Die Einzelinteressen des Aktionärs müssen den Gesellschaftsinteressen gegenübergestellt und gegen diese abgewogen werden.»

[79] Z.B. *Knobloch* (Fn. 33) 49.

rechtliche Fragestellung in Bezug auf kollidierende Statuten. Dabei sind aufseiten des Aktionärs primär sein Interesse am Vertrauensschutz in seine durch den Aktienerwerb erworbene Rechtsposition vor neuem Statutenrecht und aufseiten der Gesellschaft primär die mit dem neuen Statutenrecht verfolgten Interessen typisierend gegeneinander abzuwägen. Dies erlaubt, wie es auch *Böckli* in Bezug auf die nachträgliche Einführung oder Verschärfung der Vinkulierung bei Namenaktien in Bezug auf das Sachlichkeitsgebot und das Proportionalitätsprinzip betont, den Einbezug eines Bündels stärker konkretisierter Gesichtspunkte anstelle der Anwendung eines relativ abstrakten Gebots bzw. eines relativen abstrakten Prinzips.[80]

Das Verständnis einer intertemporalrechtlichen Fragestellung eröffnet auch die Möglichkeit, sich für das intertemporale Statutenrecht die reichhaltige Praxis zum intertemporalen Recht und spezifisch zu dessen allgemeinen Bestimmungen, nämlich Art. 1–4 SchlT ZGB, zunutze zu machen. Das erscheint insofern als natürlich, als Statuten wie bereits angesprochen (neben ihrem Vertragscharakter) Gesetzescharakter haben.[81] Damit ist intertemporales Statutenrecht in gewisser Hinsicht auch intertemporales Recht.

Zudem schärft das Verständnis des intertemporalen Statutenrechts als nur in aller Regel, aber nicht immer zwingendes Recht den Blick auf die bei Statutenänderungen bestehende Möglichkeit, mittels statutarischer intertemporaler Statutenregeln eigenständige intertemporale Statutenregeln zu schaffen.

Umgekehrt helfen die erwähnten aktienrechtlichen Grundprinzipien wie insbesondere das Sachlichkeitsgebot und das Proportionalitätsprinzip durchaus beim Verständnis des gesetzlichen intertemporalen Statutenrechts, z.B. was die Umschreibung der entgegenstehenden Interessen anbetrifft. So wird im Zusammenhang mit dem Sachlichkeitsgebot betont, dass sich eine bestimmte Massnahme primär durch die Interessen der Aktionäre in ihrer Gesamtheit bzw. durch das nicht zwingend mit den Aktionärsinteressen identische Gesellschaftsinteresse rechtfertigen lassen muss,[82] womit es nicht nur um ein Abwägen von Minderheits- gegen Mehrheitsinteressen geht.[83] Oder es wird im Zusammenhang mit dem Proportionalitätsprinzip die Mittel-Zweck-Relation und damit die Bedeutung des Zwecks der Gesellschaft für die Bestimmung der Gesellschaftsinteressen hervorgehoben.[84]

Zudem dienen das intertemporale Statutenrecht und die Regel der Nichtrückwirkung nicht dazu, das grundsätzlich bei Aktiengesellschaften geltende Mehrheitsprinzip leichtfertig auszuhebeln und Sonderanliegen einer Minderheit gegenüber der Mehrheit zum Durchbruch zu verhelfen.[85] So ist z.B. bei einer ordnungsgemäss abgewickelten Kapitalerhöhung das Interesse der Gesellschaft (bzw. der Mehrheit) an einer Kapitalveränderung gegenüber den Vertrauensinteressen einer Minderheit in Bezug auf die alte Kapitalausstattung regelmässig ohne Weiteres als überwiegend einzustufen.

IX. Ausblick auf das neue Aktienrecht

Die geschilderte Rechtslage wird durch das kommende Aktienrecht nach dem jetzigen Stand der Dinge nicht geändert, bleiben doch die relevanten Schlüsselbestimmungen wie u.a. Art. 706 OR und Art. 706b OR unverändert.[86]

[80] *Böckli* (Fn. 14) § 6 N 26.

[81] S. Fn. 54.

[82] Z.B. BGer 4C.386/2002 12.10.2004 E. 3.2; *von der Crone* (Fn. 40) § 8 N 43; *Kunz* (Fn. 16) § 9 N 56; *Forstmoser/Meier-Haymoz/Nobel* (Fn. 16) § 39 N 87; s. zum Mehr des Gesellschaftsinteresses gegenüber den Aktionärsinteressen z.B. BGE 130 III 213 E. 2.2.2; BGE 113 II 52 E. 3a; *Bühler* (Fn. 53); *Kunz* (Fn. 16) § 9 N 58; a.M. z.B. BGE 126 III 361 E. 5a, mit der Gleichsetzung von Gesellschaftsinteresse und Aktionärsinteressen; zur Kritik an diesem Entscheid z.B. *Damian A. Fischer,* Interessenkonflikte im Schweizer Privat- und Wirtschaftsrecht, Zürich/St. Gallen 2019, Fn. 89, welcher ihn als «Ausreisser» bezeichnet; a.M. z.B. *Jung* (Fn. 16) § 2 N 19; ZK-*Jung* (Fn. 54) Art. 620 OR N 116 ff.; s.a. zum Share- bzw. Stakeholder-Value-Ansatz im Aktienrecht allgemein z.B. *Fischer* (Fn. 82) 22 ff.; *Markus Vischer,* Wirtschaftsrecht, Gesellschaftsrecht, Aktienrecht, BGer 4A_645/2017: Arbeitsvertrag, Abgangsentschädigung, AJP 2018 1405 f., s.a. 1403 f. mit einer Kritik an BGE 126 III 361; s. z.B. auch *Margit Osterloh,* Eine Firma gehört nicht nur den Aktionären, in: NZZ 25.9.2019, <https://www.nzz.ch/meinung/eine-firma-gehoert-nicht-nur-den-aktionaeren-ld.1508580> zuletzt besucht am 7.6.2020; *Joel Fischer/Rolf Watter,* Shareholder contra Stakeholder, Wem gehört eine Firma?, in: NZZ 10.9.2019, <https://www.nzz.ch/meinung/shareholder-versus-stakeholder-wem-gehoert-eine-firma-ld.1506940> zuletzt besucht am 7.6.2020; s. bereits IV.

[83] S.a. BGE 95 II 157 E. 9b.

[84] Z.B. *von der Crone* (Fn. 40) § 8 N 47 ff.; schon Botschaft 23.2.1983 (Fn. 11) 885; s. aber auch bezüglich Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR, wo besser auf das Gesellschaftsinteresse als auf den Gesellschaftszweck Bezug genommen worden wäre, BGer 4A_531/2017 20.2.2018 E. 3.1: «[...] étant ici précisé que le ‹but de la société› vise en réalité ‹l'intérêt social› [...]»; *Böckli* (Fn. 14) § 16 N 115.

[85] *Von der Crone* (Fn. 40) § 8 N 57 bezüglich Rechtsmissbrauchsverbot; zur Bedeutung des Mehrheitsprinzips im Aktienrecht z.B. *Markus Vischer,* Zur Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, GesKR 2017 86.

[86] S. BBl 2017 683 ff. und Fahne 2020 II S: 16.077n: S1–7 D.pdf Fahne Entwurf 1 Sommersession 2020 Ständerat, <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/S1-7%20D.pdf> besucht am 7.6.2020.