

Peter V. Kunz

## **Erfolgreiche Anfechtungen von Wahlen in den Verwaltungsrat: Gibt es eine reflexive Rückwirkung?**

---

Generalversammlungsbeschlüsse bei Aktiengesellschaften, etwa Wahlen oder Wiederwahlen in den Verwaltungsrat, können mittels Anfechtungsklagen (Art. 706 f. OR) aufgehoben werden. Unbestritten ist, dass solche gutgeheissenen Klagen ex tunc gelten: Es gilt der Rechtszustand, als ob z.B. keine (Wieder-)Wahl stattgefunden hätte. Die Unerlässlichkeit der Rückabwicklung von erfolgreich angefochtenen Beschlüssen wird von Lehre und Praxis einhellig vertreten. Doch stellen sich heikle Fragen bei der Aufhebung von «(Wieder-)Wahlen»: Wie wirkt sich die Teilnahme von ungültig «(wieder-)gewählten» VR-Mitgliedern auf zwischenzeitliche Rechtsgeschäfte aus?

---

Beitragsarten: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Aktienrecht; Gesellschaftsrecht

Zitiervorschlag: Peter V. Kunz, Erfolgreiche Anfechtungen von Wahlen in den Verwaltungsrat: Gibt es eine reflexive Rückwirkung?, in: Jusletter 29. Juni 2015

## Inhaltsübersicht

- I. Vorbemerkungen
  - 1. Einleitung
  - 2. Fragenkatalog
- II. Rechtliches
  - 1. Wahlen bzw. Wiederwahlen
    - 1.1. Rechtsgrundlagen
      - a) Mehrfachbasis
      - b) Amtsdauer
    - 1.2. Eintragungen im HR
      - a) Kognition
      - b) Wirkungen
  - 2. Mögliches Verhalten eines VR
    - 2.1. Beschlüsse
    - 2.2. Verträge
    - 2.3. Sonstiges Verhalten
  - Anfechtungsklage
    - 2.4. Allgemeines
    - 2.5. Rechtsfolgen
      - a) Reformatorische Wirkung?
      - b) Wirkung ex nunc oder ex tunc?
      - c) Reflexive Rückwirkung?
  - 3. Gültigkeit von «zwischenzeitlichem» Verhalten?
    - 3.1. Lehre sowie Praxis
    - 3.2. Eigene Stellungnahme
      - a) Beschlüsse
      - b) Verträge
      - c) Folgen für Interessenten
    - 3.3. Missbräuchliche Anfechtungsklage
      - a) Faktische Probleme
      - b) Problemlösungsmöglichkeiten
  - 4. Kleine Rechtsvergleichung
    - 4.1. Rückwirkung
    - 4.2. Business Judgment Rule
  - 5. Verantwortlichkeit
    - 5.1. Mögliche Anwendungssituationen
    - 5.2. Skylla und Charybdis
      - a) Interessenkonflikte
      - b) Verhaltenspflichten
    - 5.3. Materielle Organschaft
- I. Zusammenfassung
  - 1. Rückwirkung der Anfechtungsklage
  - 2. Reflexive Rückwirkung und weitere Rechtsfolgen

## I. Vorbemerkungen

### 1. Einleitung

[Rz 1] Im vorliegenden Beitrag stehen in erster Linie *aktienrechtliche* Themen rund um die *Anfechtungsklage* im Rahmen von Art. 706 f. des Obligationenrechts (OR) zur Diskussion. Die entsprechenden Fragestellungen sind zwar äusserst *praxisrelevant*, wurden und werden (zumindest bis anhin) jedoch in der Schweiz sowie im Ausland kaum oder sogar überhaupt nicht vertieft<sup>1</sup>. Gerichtsurteile sind rar, und die Lehre schweigt sich mehr oder weniger vornehm aus.

[Rz 2] Anfechtungen von Beschlüssen von Generalversammlungen (GV)<sup>2</sup> können abgewiesen oder gutgeheissen werden. Im Folgenden liegt der Fokus auf der *Gutheissung* von Anfechtungsklagen und der rechtlichen (Anschluss-)Frage: «And now what»<sup>3</sup>? Oder profaner: Welche Rechtswirkung(en) hat eine solche Guttheissung<sup>4</sup>? Kommt einer Guttheissung eine Rückwirkung zu<sup>5</sup>? Und wenn ja: Wie steht es insbesondere um Rückabwicklungen<sup>6</sup>?

### 2. Fragenkatalog

[Rz 3] Besonders komplex, angesichts zahlreicher widersprüchlicher Interessen, erscheinen die Probleme, wenn GV-Beschlüsse zu *Wahlen oder Wiederwahlen* in den VR *erfolgreich angefochten* werden. Dass etwa ein ungültig «wiedergewähltes» Mitglied pro futuro nicht (mehr) über eine «Mitgliedschaft» verfügt, dürfte naheliegend sein. Doch wie verhält es sich mit *Beschlüssen und Verträgen*, an denen *solche VR-Mitglieder beteiligt* waren<sup>7</sup>?

[Rz 4] In der Wirtschaftsrealität kommen im Zusammenhang mit Aktionärsklagen im Allgemeinen sowie mit Anfechtungsklagen im Besonderen immer wieder *Missbräuche* vor, wobei Darstellungen zum Klagemissbrauch überwiegen<sup>8</sup>. M.E. kann indes ebenfalls Missbrauch auf der Beklagtenseite vorkommen<sup>9</sup>, etwa dadurch, dass *vollendete Tatsachen* während andauerndem Verfahren geschaffen werden. Wie kann dies – wenn überhaupt – verhindert werden<sup>10</sup>?

---

<sup>1</sup> Vor diesem Hintergrund versucht der Unterzeichner, bis anhin wenig diskutierte Fragen zu beantworten, auf die er im Rahmen einer gutachterlichen Tätigkeit im Zusammenhang mit dem «Fall Sika» gestossen ist; allfälliger Widerspruch aus der Lehre wird angeregt und angenommen: p.kunz@iwr.unibe.ch.

<sup>2</sup> Die gesetzliche Kompetenzordnung ergibt sich u.a. aus Art. 698 OR (z.B. Statutenänderungen mit Aktienkapitalveränderungen sowie Wahlen oder Wiederwahlen in den Verwaltungsrat [VR]).

<sup>3</sup> Dem Beitrag liegt ein konkreter *Fragenkatalog* zugrunde: Vgl. dazu hinten I. 2.

<sup>4</sup> Vgl. dazu hinten II. 3./4.

<sup>5</sup> Abzuklären ist, ob die Anfechtungsklage also *ex nunc* oder *ex tunc* wirkt: Vgl. dazu hinten II. 3. 3.2. b).

<sup>6</sup> Die Standardantwort auf diese Frage lautet: «Ja, da gibt es zahlreiche praktische Probleme»; dass – als Beispiel – eine erfolgreich angefochtene Kapitalerhöhung drei Jahre nach Vollzug *nicht ohne weiteres rückgängig gemacht* werden kann (oder darf), bedarf wohl keiner weiteren Begründung.

<sup>7</sup> Wie verhält es sich also mit dem «Umfeld» ungültig «gewählter» oder «wiedergewählter» VR-Mitglieder? Es ist abzuklären, ob allenfalls eine *reflexive Rückwirkung* besteht: Vgl. dazu hinten II. 4.

<sup>8</sup> Statt aller: PETER LEHMANN: Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage (Diss. Zürich 1999), *passim* (zit.: LEHMANN, Anfechtungsklage).

<sup>9</sup> Vgl. dazu hinten II. 4.4.3.; gerade in den letzten zehn Jahren fanden in der Schweiz mehrere Auseinandersetzungen betreffen *bestrittenen Kontrollübernahmen* («unfriendly takeovers») statt, bei denen die Abwehrmassnahmen der VR nicht immer über alle Zweifel erhaben schienen.

<sup>10</sup> Auf der einen Seite können sich Anfechtungskläger *gerichtlich zur Wehr* setzen: Vgl. dazu hinten II. 3.; auf der anderen Seite kann bzw. darf ein VR-Mitglied in einer solchen Konfliktsituation *nicht den «Kopf in den Sand» stecken*, d.h. es besteht ein spezifisches Pflichtenheft: Vgl. dazu hinten II. 6.6.2. b).

[Rz 5] Im Wesentlichen sind *drei Rechtsfragen* zu beantworten: (i) Welche *zeitliche* Wirkung kommt einer Klage generell zu<sup>11</sup>, also: Wirkt eine erfolgreiche Anfechtungsklage – z.B. gegen Wahlen oder gegen «Wiederwahlen» – ex nunc (für die Zukunft) oder ex tunc (rückwirkend)<sup>12</sup>? Bei *ex tunc* Wirkung: (ii) Gibt es eine *reflexive Rückwirkung* für «*zwischenzeitliche*» Tätigkeiten des VR<sup>13</sup>? (iii) Bestehen Verhaltensrichtlinien, die der VR zu beachten hat<sup>14</sup>?

## II. Rechtliches

### 1. Wahlen bzw. Wiederwahlen

#### 1.1. Rechtsgrundlagen

##### a) Mehrfachbasis

[Rz 6] Der VR einer Aktiengesellschaft (AG) besteht von Gesetzes wegen «aus einem oder mehreren Mitgliedern» (Art. 707 Abs. 1 OR), wobei statutarische Anordnungen im Einzelfall vorbehalten bleiben<sup>15</sup>. Für die *Mitgliedschaft* besteht eine *dreifache* Rechtsgrundlage<sup>16</sup>: eine gesellschaftsrechtliche (Wahl/Wiederwahl durch GV)<sup>17</sup>, eine vertragliche (z.B. Auftrag oder Einzelarbeitsvertrag)<sup>18</sup> sowie eine handelsregisterrechtliche (also: Eintragung im HR)<sup>19</sup>.

[Rz 7] Rechtlich als im Vordergrund stehend bzw. sogar als *konstitutiv* erweist sich die *gesellschaftsrechtliche* Basis, nämlich die *Wahl* natürlicher Personen (Art. 707 Abs. 3 OR) in den VR<sup>20</sup>. Die Wahlkompetenz für VR-Mitglieder steht gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR als *unübertragbare Befugnis* der GV zu. Die aktienrechtliche Ordnung im Rahmen von Art. 707 ff. OR wird bei Publikumsgesellschaften<sup>21</sup> durch die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten

---

<sup>11</sup> Vgl. dazu hinten II. 3. 3.2.

<sup>12</sup> Die an sich praxisrelevante Thematik der *Rückwirkung im Gesellschaftsrecht* wird in der Schweiz traditionellerweise vernachlässigt: CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ: Die «Rückwirkung» bei gesellschaftsrechtlichen Transaktionen, SZW 69 (1997), 2 (zit.: MEIER-SCHATZ, Transaktionen); als Ausnahme: RÉMY MESSER: Rückwirkung im Gesellschaftsrecht (Diss. Bern 2012), *passim* (zit.: MESSER, Rückwirkung); zur *gewillkürten* Rückwirkung: CORRADO RAMPINI: Vorbei ist vorbei – Gedanken zur gewillkürten Rückwirkung im Schuld- und Gesellschaftsrecht, in: Unternehmen – Transaktion – Recht (Zürich/St. Gallen 2008), 346 ff. (zit.: RAMPINI, Rückwirkung).

<sup>13</sup> Vgl. dazu hinten 4.

<sup>14</sup> Vgl. dazu hinten 6. 6.2.

<sup>15</sup> Teils wird die gesetzliche Regelung durch die *Statuten verschärft* (z.B. durch eine Mindestzahl für VR).

<sup>16</sup> Allg.: ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS: Der Verwaltungsrat (4. A. Zürich 2014), 39 ff. (zit.: MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat).

<sup>17</sup> Aktienrechtlich spielt es prinzipiell keine Rolle, ob es um (z.B. erstmalige) *Wahlen* oder um *Wiederwahlen* bisheriger Mitglieder des VR geht; unter praktischen Aspekten muss indes berücksichtigt werden, dass aus *Wiederwahlen* keine HR-Eintragungen folgen, so dass *Registersperren ausgeschlossen* sind: Vgl. dazu hinten II. 1. 1.2. a).

<sup>18</sup> Es könnte sogar eine blosser Gefälligkeit vorliegen, was jedoch die Ausnahme sein dürfte (zumindest bei Publikumsgesellschaften ist dies wohl auszuschliessen); die h.M. qualifiziert das Mandat des VR als *Innominatkontrakt*: MIRJAM RHEIN: Die Nichtigkeit von VR-Beschlüssen (Diss. Zürich 2000), 86 m.w.H. (zit.: RHEIN, Nichtigkeit); zudem: KATJA ROTH PELLANDA: Organisation des Verwaltungsrates (Diss. Zürich 2007), N 337 ff. (zit.: ROTH PELLANDA, Organisation).

<sup>19</sup> Vgl. dazu hinten II. 1. 1.2.

<sup>20</sup> Statt aller: ADRIAN PLÜSS: Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes (Diss. Zürich 1990), 3 ff. (zit.: PLÜSS, Rechtsstellung).

<sup>21</sup> Als *Publikumsgesellschaften* werden AG qualifiziert, bei denen Beteiligungspapiere (v.a. Aktien) entweder an der SIX in Zürich oder an der BX in Bern kotiert sind.

Aktiengesellschaften (VegüV)<sup>22</sup> «ergänzt»<sup>23</sup>.

## b) Amtsdauer

[Rz 8] Das geltende *Aktienrecht* sieht in Art. 710 Abs. 1 OR vor: «Die Mitglieder des Verwaltungsrates werden auf drei Jahre gewählt, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen. Die Amtsdauer darf jedoch sechs Jahre nicht übersteigen». In der Praxis sind kürzere statutarische Amtsdauern verbreitet. Dass schliesslich *ohne (gültige) Wiederwahl* im VR die Organmitgliedschaft *automatisch beendet* ist<sup>24</sup>, ergibt sich mittelbar aus Art. 710 Abs. 2 OR<sup>25</sup>.

[Rz 9] Zur *Amtsdauer* (sowie zu deren Auswirkung auf die Mitgliedschaft im VR) steht fest<sup>26</sup>: «Ordentlicherweise endet das Mandat des Verwaltungsratsmitgliedes, wenn seine *Amtsdauer abläuft* und es nicht wiedergewählt wird»<sup>27</sup>. Insbesondere sind «automatische Verlängerungen» oder stillschweigende Wiederwahlen dem Aktienrecht unbekannt<sup>28</sup>.

[Rz 10] Eine zeitliche Verkürzung sowie eine Klarstellung zum Ende der VR-Mitgliedschaft wird bei *Publikumsgesellschaften* vorgesehen<sup>29</sup>: «Die Amtsdauer [der Mitglieder des VR] endet mit dem Abschluss der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Wiederwahl ist möglich» (Art. 3 Abs. 2 VegüV)<sup>30</sup>. M.E. ergibt sich die *automatische Beendigung*, sofern *keine (gültige) Wiederwahl* erfolgt ist, durch den Terminus «endet»<sup>31</sup>.

---

<sup>22</sup> Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften: SR 221.331.

<sup>23</sup> In erster Linie: Art. 3 ff. VegüV; dies trifft beispielsweise zu im Hinblick auf die *Amtsdauer* von Mitgliedern des VR: Vgl. dazu hinten II. 1. 1.1. b); die VegüV stellt «*Lex specialis*» zum Aktienrecht dar: «Sie [VegüV] geht widersprechenden Bestimmungen des OR vor» (Art. 1 Abs. 2 Satz 1 VegüV).

<sup>24</sup> Wohl a.M., zumindest für den Fall, dass die Wiederwahl «vergessen» wurde: MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat, 54 ff. und v.a. 56; zum «Vergessen»: GEORG KRNETA: Praxiskommentar Verwaltungsrat (2. A. Bern 2005), N 404 (zit.: KRNETA, Verwaltungsrat).

<sup>25</sup> Die Wahl erfolgt für eine *bestimmte Amtsdauer* (Art. 710 Abs. 1 OR: «auf ... gewählt»), und «Wiederwahl ist möglich» (Art. 710 Abs. 2 OR); zudem: KRNETA, Verwaltungsrat, N 424 ff.

<sup>26</sup> Generell: MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat, 54 ff.

<sup>27</sup> PLÜSS, Rechtsstellung, 87 (Hervorhebung im Original); mit dem *Ende der VR-Mitgliedschaft* gehen die Rechte der Mitglieder des VR *unverzüglich* unter: a.a.O. 104; allg.: KRNETA, Verwaltungsrat, N 402 ff.

<sup>28</sup> ROTH PELLANDA, Organisation, N 395.

<sup>29</sup> Ein VR-Mitglied kann nicht allein in einer *ordentlichen* GV, sondern auch in einer *ausserordentlichen* GV *gewählt* werden: DANIEL DAENIKER: Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (Zürich 2014), N 24 zu Art. 3 VegüV (zit.: DAENIKER, Praxiskommentar, N [...] zu Art. [...] VegüV); gleich verhält es sich natürlich bei privaten AG («nicht-kotierte AG»).

<sup>30</sup> Allg.: Triebold Oliver: GesKR-Kommentar VegüV (Zürich/St. Gallen 2014), N 3 ff. zu Art. 3 VegüV (zit.: TRIEBOLD, Kommentar, N [...] zu Art. [...] VegüV); DAENIKER, Praxiskommentar, N 24 zu Art. 3 VegüV; die faktisch (ungefähr) «einjährige Amtsdauer» für Mitglieder des VR bei Publikumsgesellschaften ergibt sich daraus, dass *ordentliche GV jährlich* durchgeführt werden müssen, und zwar innert sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres einer AG: Art. 699 Abs. 2 OR («alljährlich»); gl.M. insbesondere: STEFAN KNOBLOCH: Basler Kommentar – Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) (Basel 2014), N 2 zu Art. 3 VegüV (zit.: KNOBLOCH, Kommentar, N [...] zu Art. [...] VegüV).

<sup>31</sup> Die Ordnung von Art. 3 Abs. 2 VegüV im Hinblick auf VR-Mitglieder gelangt identisch zur Anwendung beim Verwaltungsratspräsidenten bzw. VRP (Art. 4 Abs. 2 VegüV), beim Vergütungsausschuss des VR (Art. 7 Abs. 3 VegüV) sowie beim unabhängigen Stimmrechtsvertreter (Art. 8 Abs. 4 VegüV); zur Begrifflichkeit «endet»: TRIEBOLD, Kommentar, N 6 zu Art. 3 VegüV.

## 1.2. Eintragungen im HR

### a) Kognition

[Rz 11] Zahlreiche GV-Beschlüsse müssen im *Handelsregister eingetragen* werden (z.B. Statutenänderungen<sup>32</sup>, *Wahlen* oder Abberufungen von VR-Mitgliedern, Wahlen von Revisionsstellen sowie verschiedene Personalmutationen)<sup>33</sup>. Dadurch wird *Publizität für jedermann* geschaffen<sup>34</sup>, und zwar unbesehen der (Un-)Gültigkeit solcher Eintragungen. Die Anmeldungen werden nicht unbesehen akzeptiert, sondern «kontrolliert» (sc. *Kognition* des HR)<sup>35</sup>.

[Rz 12] Es besteht – zumindest als handelsregisterrechtliche Regel – eine *unverzügliche Eintragungspflicht* im Rahmen des Gesetzes sowie der HRegV. HR sind insbesondere nicht berechtigt, Beschlussfassungen der GV wegen deren potentieller Anfechtbarkeit einfach nicht einzutragen<sup>36</sup>; m.E. ändert eine tatsächlich erfolgte Anfechtung daran nichts. Ob eine *Wahl in den VR rechtsgültig* war, wird vom HR *nicht* überprüft<sup>37</sup>:

[Rz 13] Im *HR nicht eingetragen* (und somit a priori nicht «kontrollierbar») werden *Wiederwahlen* in einen VR. Es bleibt in einer solchen Situation m.a.W. alles beim «Status quo ante», weil das (gültig oder ungültig «wiedergewählte») VR-Mitglied *bereits im HR registriert* ist und – bis zur allfälligen Löschung – bleibt<sup>38</sup>. Vor diesem Hintergrund lässt sich aus dem HR schlicht nichts ableiten zum Beginn oder zum Ende einer VR-Mitgliedschaft<sup>39</sup>.

### b) Wirkungen

[Rz 14] Eintragungen im HR wirken – unbesehen einer allfälligen Eintragungspflicht – entweder konstitutiv oder deklaratorisch. Bei der AG erweisen sich auf der einen Seite zahlreiche Ereignisse als *konstitutiv*, nämlich etwa deren Gründung oder Veränderungen beim Aktienkapital (sc. Erhöhungen oder Herabsetzungen); auf der anderen Seite sind hingegen *Personalmutationen* jeweils bloss *deklaratorisch* (z.B. Wahlen in den VR)<sup>40</sup>.

[Rz 15] Dem HR kommt, notabene bei *korrekten* Eintragungen, eine *positive* Publizitätswirkung

---

<sup>32</sup> Firma, Zweck, Sitz, Aktienkapital etc.; zum Prüfungsprogramm: PETER V. KUNZ: Kognition der Handelsregisterämter bei Eintragungen von Generalversammlungsbeschlüssen, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X (Bern 2015), 118 ff. (zit.: KUNZ, Kognition).

<sup>33</sup> Übersicht: PETER V. KUNZ: Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht (2. A. Bern 2012), 24 ff. m.w.H. (zit.: KUNZ, Rundflug).

<sup>34</sup> Generell: ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht (11. A. Bern 2012), § 6 N 8 ff. m.w.H (zit.: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht).

<sup>35</sup> Im Detail statt aller: KUNZ, Kognition, *passim*; ausserdem: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 6 N 42 ff.

<sup>36</sup> PETER V. KUNZ: Die Klagen im Schweizer Aktienrecht (Zürich 1997), 163 FN 39/FN 40 (zit.: KUNZ, Klagen).

<sup>37</sup> Vom HR verifiziert wird einzig, ob die *Wahl angenommen* wurde: PLÜSS, Rechtsstellung, 30 FN 136.

<sup>38</sup> Bei (*Neu-*)*Wahlen* oder bei *Abberufungen* von VR-Mitgliedern können Eintragungen bzw. Löschungen im HR verhindert bzw. blockiert werden, und zwar mittels *Registersperre* gemäss Art. 162 ff. HRegV (SR 221.411); diese Rechtsschutzmöglichkeit steht hingegen bei (notabene selbst ungültigen) «*Wiederwahlen*» *nicht* zur Verfügung; allg.: KUNZ, Rundflug, 28 ff.

<sup>39</sup> Handelsregisterrechtlich sind neu gewählte VR-Mitglieder anzumelden sowie im HR einzutragen, und wiedergewählte Mitglieder des VR verbleiben schlicht im HR; den entsprechenden *Eintragungen* kommen verschiedene *Wirkungen* zu: Vgl. dazu hinten II. 1. 1.2. b).

<sup>40</sup> MESSER, Rückwirkung, N 634 FN 1698; die *Eintragung* einer VR-Mitgliedschaft *begründet nicht* deren *Rechtsgültigkeit* (also: Gültigkeit der Wahl oder der Wiederwahl), d.h. eine richterliche Überprüfung ist ohne weiteres möglich, und zwar ohne «präjudizielle Vorwirkung» des HR.

zu<sup>41</sup>, d.h. es gilt die Fiktion einer allgemeinen Kenntnis des Registerinhalts (also: «Kennen-müssen»)<sup>42</sup>. Zudem ist von einer *negativen* Publizitätswirkung auszugehen, wonach sich Dritte – mindestens im Prinzip – die vorschriftswidrig *nicht vorgenommenen* Eintragungen nicht entgegenzuhalten haben («Nicht-Kennen-müssen»)<sup>43</sup>.

[Rz 16] Heute (noch) nicht explizit im Gesetz beantwortet wird die Fragestellung, ob sich *Dritte* auf *falsche* Eintragungen *verlassen* dürfen, also ob dem HR ein *öffentlicher Glaube* zukommt oder nicht<sup>44</sup>; zu «falschen Eintragungen» gehören m.E. Eintragungen von ungültig «wiedergewählten» Mitgliedern eines VR<sup>45</sup>. Der öffentliche Glaube des HR soll sich *in Zukunft* ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben<sup>46</sup> (wie heute bereits zum Grundbuch)<sup>47</sup>.

[Rz 17] Aus *Eintragungen von VR-Mitgliedern* im HR kann – nicht zuletzt bei Publikumsgesellschaften – die Gültigkeit einer «Wiederwahl» somit nicht abgeleitet werden: «Das Handelsregisteramt prüft nicht von Amtes wegen, ob bereits im HR eingetragene Mitglieder den Vorgaben der VegüV entsprechend wiedergewählt wurden. Eine allfällige Wiederwahl muss dem Handelsregisteramt auch nicht jedes Jahr gemeldet werden»<sup>48</sup>.

[Rz 18] Folglich spielt der (allfällige) *öffentliche Glaube* des HR keine Rolle für die Frage, ob ein VR-Mitglied korrekt wiedergewählt oder ungültig «wiedergewählt» wurde. Insbesondere erfolgt m.E. *keine handelsregisterechte «Heilung»* einer erfolgreich angefochtenen «Wiederwahl»<sup>49</sup>. Der öffentliche Glaube ist jedoch nicht völlig bedeutungslos, sondern stellt einen wichtigen Aspekt des *Vertrauens von Dritten* (z.B. bei Verträgen) dar<sup>50</sup>.

---

<sup>41</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 6 N 77; Vogt Hans-Ueli: Der öffentliche Glaube des Handelsregisters (Diss. Zürich 2003), § 5 N 4 ff. (zit.: VOGT, Glaube).

<sup>42</sup> Art. 933 Abs. 1 OR: «Die Einwendung, dass jemand eine Dritten gegenüber wirksam gewordene Eintragung nicht gekannt habe, ist ausgeschlossen»:

<sup>43</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 6 N 78; VOGT, Glaube, § 4 N 3 ff.; Art. 933 Abs. 2 OR: «Wurde eine Tatsache, deren Eintragung vorgeschrieben ist, nicht eingetragen, so kann sie einem Dritten nur entgegengehalten werden, wenn bewiesen wird, dass sie diesem bekannt war».

<sup>44</sup> Grundlegend: VOGT, Glaube, *passim*; zudem: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 6 N 80 ff.; KUNZ, Rundflug, 31 f.; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Funktion und Recht des Handelsregisters als wirtschaftsrechtliches Problem, ZSR 108 I (1989) 453 ff.; die h.M. spricht sich *für* den öffentlichen Glauben des HR aus (z.B. ROLF BÄR, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, in Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979 [Bern 1979] 131 ff.; STEFAN KNOBLOCH: Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten [Habib. Zürich 2011], 53 [zit.: KNOBLOCH, System]); zur vergleichbaren Debatte in Österreich: ULRICH TORGLER: Das fehlerhafte Vorstandsmandat, insb bei rückwirkendem Entfall, in: FS für J. Reich-Rohrwig (Wien 2014), 240 f. (zit.: TORGLER, Entfall).

<sup>45</sup> Es handelt sich um eine «nachträglich unrichtig gewordene» Eintragung: VOGT, Glaube, § 1 N 144 ff.

<sup>46</sup> Im *April 2015* wurde vom Bundesrat die Botschaft zur *Revision des Handelsregisterrechts* publiziert, und der entsprechende Gesetzesentwurf sieht nunmehr explizit vor: «Wer sich gutgläubig auf eine eingetragene Tatsache verlassen hat, obwohl sie unrichtig war, ist in seinem guten Glauben zu schützen, wenn dem keine überwiegenden Interessen entgegenstehen» (Art. 936b Abs. 3 E-OR); der Unterzeichner hat dies bereits vor Jahren als Festredner zum «125. Geburtstag» des Eidgenössischen Handelsregisteramts (EHRA) gefordert: PETER V. KUNZ, Herausforderungen zum Handelsregisterrecht in der Gegenwart und in der Zukunft (...), REPRAX 2/3 (2008) 145 ad FN 75; zudem: KUNZ, Rundflug, 31 f.

<sup>47</sup> Art. 973 Abs. 1 ZGB: «Wer sich in gutem Glauben auf einen Eintrag im Grundbuch verlassen (...) hat, ist (...) zu schützen»; der *Bösgläubige* kann den öffentlichen Glauben nicht geltend machen: «Ist der Eintrag (...) ungerechtfertigt [bzw. falsch], so kann sich der Dritte, der den Mangel kennt oder kennen sollte, auf den Eintrag nicht berufen» (Art. 974 Abs. 1 ZGB).

<sup>48</sup> TRIEBOLD, Kommentar, N 5 zu Art. 3 VegüV (Hervorhebungen hinzugefügt); ebenso: KNOBLOCH, Kommentar, N 5 f. zu Art. 3 VegüV (m.w.H. auf die Praxismitteilung EHRA: Ziff. 2.4); DAENIKER, Praxiskommentar, N 26 zu Art. 3 VegüV; insofern besteht *keine Kognition* (vgl. dazu vorne II. 1. 1.2. a) bei *Wiederwahlen*; allg.: KUNZ, Kognition, 116 ff.

<sup>49</sup> Generell zur «heilenden Wirkung» des HR: VOGT, Glaube, § 7.

<sup>50</sup> Vgl. dazu hinten II. 2. 2.2.

## 2. Mögliches Verhalten eines VR

### 2.1. Beschlüsse

[Rz 19] Beschlüsse der GV können in unterschiedlicher Hinsicht mangelhaft sein, was im Wesentlichen zur *Anfechtbarkeit* (Art. 706 f. OR) oder zur *Nichtigkeit* (Art. 706b OR) führen kann oder als Ordnungswidrigkeit qualifiziert wird<sup>51</sup>. Der VR als Drittorgan nimmt im Rahmen seiner Kompetenzordnung (z.B. Art. 716a OR) die *organschaftliche Willensbildung* der AG<sup>52</sup> ebenfalls durch *Beschlussfassungen* vor. Seine Beschlüsse bzw. Entschlüsse<sup>53</sup> sind massgeblich für das «Innenleben»<sup>54</sup> und für das «Aussenleben»<sup>55</sup> der Gesellschaft<sup>56</sup>.

[Rz 20] Alle VR-Beschlüsse finden ihren Ursprung sowie ihre Legitimation letztendlich in *Beschlüssen der GV*, nämlich – wenn keine spezifischen GV-Beschlussfassungen (z.B. ein Kapitalerhöhungsbeschluss) gegeben sind – in den *Wahlbeschlüssen* für die VR-Mitglieder<sup>57</sup>; es gilt das Motto: «Wenn kein GV-Beschluss, dann kein VR-Beschluss»<sup>58</sup>. Für die *Beschlüsse des VR* sind im Übrigen bestimmte Prozeduren zu beachten (v.a. Art. 713 ff. OR)<sup>59</sup>.

[Rz 21] Die Beschlüsse des VR werden «mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen» gefasst (Art. 713 Abs. 1 Satz 1 OR), wobei teils abweichende statutarische Regelungen vorkommen<sup>60</sup>. Erforderlich ist von Gesetzes wegen das einfache Mehr, und Stimmenthaltungen wirken nicht als «Nein»-Stimmen<sup>61</sup>. Ausserdem steht dem Vorsitzenden des VR der Stichentscheid (Art. 713 Abs. 1 Satz 2 OR) zu. VR-Beschlüsse sind zwar nicht anfechtbar<sup>62</sup>, können sich allerdings als *nichtig* erweisen (Art. 714 OR i.V.m. Art. 706b OR)<sup>63</sup>.

---

<sup>51</sup> JEAN NICOLAS DRUEY: Mängel des GV-Beschlusses, in: Rechtsfragen um die Generalversammlung (Zürich 1997), 136 sowie 149 ff. (zit.: DRUEY, Mängel) (zur Ordnungswidrigkeit); Schott Bertrand G.: Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln (Diss. Zürich 2009), § 1 N 17 ff. (zit.: SCHOTT, Anfechtbarkeit); zu den möglichen «Graubereichen» von Anfechtungsklagen: Büren Roland von/Stoffel Walter A./Weber Rolf H.: Grundriss des Aktienrechts (3. A. Zürich 2011), N 1153 (zit.: VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Grundriss); zu den verschiedenen Stufen der Ungültigkeit: CARLO JAGMETTI: Die Nichtigkeit von Massnahmen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1958), 11 ff (zit.: JAGMETTI, Massnahmen).

<sup>52</sup> Statt vieler: RHEIN, Nichtigkeit, 100 ff. sowie 183 ff.

<sup>53</sup> Während Beschlüsse eine Mehrzahl von VR-Mitgliedern voraussetzen, fasst eine einzige Person als VR jeweils Entschlüsse: KUNZ, Klagen, 41 FN 13; allg.: RHEIN, Nichtigkeit, 100 f.

<sup>54</sup> Beispiel: *Weisungen zur Oberleitung* gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR.

<sup>55</sup> Im Vordergrund stehen insbesondere Verträge: Vgl. dazu hinten II. 2. 2.2.

<sup>56</sup> RHEIN, Nichtigkeit, 109 ff.

<sup>57</sup> Es stellt sich die Rechtsfrage, ob bzw. wie sich *Mängel der GV-Beschlüsse* betreffend *Wahlen bzw. Wiederwahlen*, die erst Jahre später zu deren Aufhebung führen, schliesslich auf die VR-Beschlüsse auswirken, und ob insbesondere eine *reflexive Rückwirkung* vorkommt oder nicht: Vgl. dazu hinten II. 4.

<sup>58</sup> M.a.W. sind *GV-Beschlüsse konstitutiv* für VR-Beschlüsse.

<sup>59</sup> RHEIN, Nichtigkeit, 102 ff. (Sitzungsbeschlüsse) sowie 105 f. (Zirkularbeschlüsse).

<sup>60</sup> Beispielsweise kann die Mehrheit der *anwesenden* Mitglieder durch die Statuten vorgesehen werden; es gilt jedoch ein zwingendes Kopfstimmrecht: RHEIN, Nichtigkeit, 156 f.

<sup>61</sup> JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN: Gesellschafts- und Handelsrecht (11. A. Zürich 2015), § 13 N 64 a.A. (zit.: DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, Handelsrecht).

<sup>62</sup> Vgl. dazu hinten II. 3. 3.1.

<sup>63</sup> Vgl. dazu hinten II. 4. 4.2. a); statt vieler: MARTIN WERNLI/MARCO A. RIZZI: Basler Kommentar – Obligationenrecht II (4. A. Basel 2012), N 6 ff. zu Art. 714 OR (zit.: WERNLI/RIZZI, Kommentar, N [...] zu Art. [...] OR)..



## 2.2. Verträge

[Rz 22] Beschlüsse des VR<sup>64</sup> gelten *extern nicht eo ipso*, sondern müssen in der «Aussenwelt» umgesetzt werden (z.B. durch rechtsgeschäftliche Willensäusserungen, Tathandlungen oder Mitteilungen)<sup>65</sup>. Im Vordergrund stehen dabei insbesondere *Verträge*, die vom VR für die AG mit Dritten geschlossen werden durch Willensübereinstimmung (Art. 1 OR)<sup>66</sup>. Dem VR steht in diesem Zusammenhang *keine unbeschränkte Vertretungsmacht* zu<sup>67</sup>:

[Rz 23] Auf der einen Seite sind einzig Rechtshandlungen des VR zulässig, «die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann» (Art. 718a Abs. 1 OR); aus Gründen des Verkehrsschutzes zeigt sich das Bundesgericht äusserst grosszügig<sup>68</sup>. Auf der anderen Seite muss der konkrete Vertragsschluss durch die *Zeichnungsberechtigung(en)* der handelnden Personen (etwa der Mitglieder des VR) «gedeckt» sein<sup>69</sup>, ansonsten kommt er nicht zustande<sup>70</sup>.

## 2.3. Sonstiges Verhalten

[Rz 24] VR-Mitglieder sind nicht ausschliesslich auf klaren «rechtlichen Schienen» (v.a. Beschlüsse<sup>71</sup> sowie Verträge<sup>72</sup>) unterwegs<sup>73</sup>. Rechtlich bedeutsam sein kann zudem *tatsächliches Handeln (oder Unterlassen)*, sei es positiv oder – wohl häufiger in der Praxis – sei es negativ<sup>74</sup>. Treue- und sorgfaltskonforme Geschäftstätigkeiten (Art. 717 OR) beruhen nicht selten auf nicht juristischen *Anbahnungen von «business opportunities»*.

[Rz 25] Der durch *hängige* Anfechtungsklagen gegen VR-(Wieder-)Wahlbeschlüsse zwangsläufig entstandene Schwebestand<sup>75</sup> darf den VR *nicht paralysieren* (als Grundsatz)<sup>76</sup>. Schlicht nichts mehr zu tun, stellt regelmässig keine valable VR-Option dar<sup>77</sup>. Nicht allein rechtliche, sondern auch faktische Aktivitäten erscheinen unerlässlich. Inaktivität kann die AG schädigen, was zur

---

<sup>64</sup> Vgl. dazu vorne II. 2. 2.1.

<sup>65</sup> RHEIN, Nichtigkeit, 110 ad FN 499.

<sup>66</sup> Verträge des VR werden auf VR-Beschlüsse und damit schlussendlich ebenfalls auf Beschlüsse der GV (z.B. rechtsgültige Wahl von VR-Mitgliedern) *zurückgeführt*.

<sup>67</sup> Die *Vertretungsmacht* betrifft das «rechtliche Können» des VR, während es bei der *Vertretungsbefugnis* um das «rechtliche Dürfen» geht (generell: MÜLLER ROLAND: Haftung für Unterschriften im Namen einer Gesellschaft, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (Bern 2010), 190 f. [zit.: MÜLLER, Unterschriften]); der VR «kann» mehr als er «darf», doch der Dritte ist nicht mehr geschützt, wenn die Vertretungsmacht verletzt wird; mit der Beendigung des VR-Mandats *endet die Organvollmacht*: SCHÄRER HEINZ: Die Vertretung der Aktiengesellschaft durch ihre Organe (Diss. Freiburg 1980), 95 ad FN 232 (zit.: SCHÄRER, Vertretung).

<sup>68</sup> Hinweise: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 1 N 107.

<sup>69</sup> Zur Vertretung der AG durch den VR: Art. 718 ff. OR.

<sup>70</sup> Statt aller: MÜLLER, Unterschriften, 210 (betreffend *Kollektivunterschriftsberechtigung*).

<sup>71</sup> Vgl. dazu vorne II. 2. 2.1.

<sup>72</sup> Vgl. dazu vorne II. 2. 2.2.

<sup>73</sup> Der Terminus *Rechtsgeschäft* beschreibt im Wesentlichen eine Willenserklärung zur Erreichung einer Rechtswirkung, worunter Beschlüsse einerseits sowie Verträge andererseits subsumiert werden.

<sup>74</sup> KNOBLOCH, System, 89.

<sup>75</sup> Vgl. dazu hinten II. 4. 4.3. b).

<sup>76</sup> Ansonsten wäre das *Missbrauchspotential* bei Anfechtungsklagen, die von einem Aktionär mit nur einer einzigen Aktie ergriffen werden können, unverantwortlich.

<sup>77</sup> Bei *relativ hoher Erfolgswahrscheinlichkeit* von Anfechtungsklagen gegen Wahlen oder «Wiederwahlen» dürfen die betroffenen VR-Mitglieder – zumindest im Prinzip – *keine wesentlichen Aktivitäten* (mehr) ausüben; sie haben nun *spezifische Verhaltenspflichten* gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, die für gewisse Situationen eine eigentliche Pflicht zum Zuwarten nahelegen kann: Vgl. dazu hinten II. 6. 6.2. b).

Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 ff. OR zu führen vermag<sup>78</sup>.

## Anfechtungsklage

### 2.4. Allgemeines

[Rz 26] Die aktienrechtliche *Anfechtungsklage* gemäss Art. 706 f. OR<sup>79</sup> spielt eine zentrale Rolle im Zusammenhang mit dem Aktionärs- bzw. dem Minderheitenschutz<sup>80</sup>. Die Einschränkungen auf GV-Beschlüsse als Anfechtungsobjekt sowie die bloss kassatorische Wirkung der Klage<sup>81</sup> *reduzieren* allerdings die Bedeutung der Klagemöglichkeit für den Minderheitenschutz<sup>82</sup>. Angefochten werden können ausschliesslich *GV-Beschlüsse*:

[Rz 27] «Der Verwaltungsrat und jeder Aktionär können Beschlüsse der Generalversammlung, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, beim Richter mit Klage gegen die Gesellschaft anfechten» (Art. 706 Abs. 1 OR); dazu gehören u.a. (*Wieder-*)*Wahlen* von VR. Hingegen sind *Beschlüsse von VR* – zumindest auf aktienrechtlicher Basis<sup>83</sup> – nicht anfechtbar. Bei der Anfechtungsklage handelt es sich um eine *Gestaltungsklage*<sup>84</sup>.

### 2.5. Rechtsfolgen

#### a) Reformatorische Wirkung?

[Rz 28] Bei Anfechtungsklagen geht es ausschliesslich um die *Aufhebung* von GV-Beschlüssen (Art. 706 Abs. 5 OR: «aufhebt»). Richterliche Kompetenzen in Anfechtungsverfahren sind inhaltlich beschränkt, sogar wenn die Klage *gutgeheissen* werden sollte: «Das Gericht kann nicht an die Stelle der GV treten; gestalterische Eingriffe im Sinne einer ersatzweisen richterlichen Beschlussfassung

---

<sup>78</sup> Vgl. dazu hinten II. 6.

<sup>79</sup> Zu den *Modalitäten* von Anfechtungsklagen: DRUEY, Mängel, 151 ff.; KUNZ, Klagen, 41 ff. sowie 163 ff.; KNOBLOCH, System, 117 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 16 N 207 ff.; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Grundriss, N 1150 ff.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, Handelsrecht, § 12 N 63 ff.; PETER BÖCKLI: Schweizer Aktienrecht (4. A. Zürich 2009), § 16 N 99 ff. (zit. BÖCKLI, Aktienrecht); HANS CASPAR VON DER CRONE: Aktienrecht (Bern 2014), § 8 N 174 ff. (zit.: VON DER CRONE, Aktienrecht).

<sup>80</sup> Detailliert: PETER V. KUNZ: Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (Habil. Bern 2001), § 11 N 37 ff. (zit.: KUNZ, Minderheitenschutz); zudem: HANS MICHAEL RIEMER: Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht (Bern 1998), N 1 (zit.: RIEMER, Nichtigkeitsklage); BRIGITTE TANNER: Zürcher Kommentar: Die Generalversammlung, Teilband V5b (Zürich 2003), N 4 zu Art. 706 OR (zit.: TANNER, Kommentar, N [...] zu Art. [...] OR).

<sup>81</sup> Vgl. dazu hinten II. 3. 3.2. a).

<sup>82</sup> In diesem Sinne: KUNZ, Minderheitenschutz, § 11 N 45 f.; relativierend: MESSER, Rückwirkung, N 582.

<sup>83</sup> KUNZ, Klagen, 151 ff.; DERS., Minderheitenschutz, § 11 N 85 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 264 ff.; WERNLI/RIZZI, Kommentar, N 3 zu Art. 714 OR; DRUEY, Mängel, 140; ROHRER KUNO: Aktienrechtliche Anfechtungsklage (Diss. Bern 1979), 8 ff. (zit.: ROHRER, Anfechtungsklage); JAGMETTI, Massnahmen, 78 ff.; BÜHLER CHRISTOPH B.: Aktionärskontrolle auf Führungsebene: Klagemöglichkeiten bei mangelhaften Verwaltungsratsbeschlüssen, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X (Bern 2015), 51 ff. (zit.: BÜHLER, Klagemöglichkeiten); a.M.: OTTO STEBLER, Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft (Diss. Freiburg 1944) *passim*; nur, aber immerhin *VR-Beschlüsse* betreffend *Umstrukturierungen* können *angefochten* werden: Art. 106 Abs. 2 FusG (SR 221.301).

<sup>84</sup> Vgl. dazu hinten II. 3. 3.2. b); aus der ZPO (SR 272) ergibt sich: «Mit der Gestaltungsklage verlangt die klagende Partei die Begründung, Änderung oder Aufhebung eines bestimmten Rechts oder Rechtsverhältnisses» (Art. 87 ZPO); detailliert: SOGO MIGUEL: Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren (Diss. Zürich 2007), 37 ff. (zit.: SOGO, Gestaltungsklagen).

sind unzulässig»<sup>85</sup>.

[Rz 29] Anfechtungsklagen wirken *kassatorisch* und nicht *reformatorisch*<sup>86</sup>. Da in Rechte und Rechtsverhältnisse eingegriffen wird, muss zudem entschieden werden, ob eine Rückwirkung gilt (oder nicht)<sup>87</sup>. Im Übrigen geht die Lehre z.T. davon aus, dass ein Gericht – wenn bloss ein Teilaspekt eines GV-Beschlusses angefochten wird – bloss auf «*Teilanfechtung*» erkennen könnte, so dass Art. 20 Abs. 2 OR analog zur Anwendung käme<sup>88</sup>.

## b) Wirkung ex nunc oder ex tunc?

[Rz 30] Die Anfechtungsklage stellt eine *Gestaltungsklage* dar<sup>89</sup>. Durch ein *gutheissendes* Gestaltungsurteil werden Rechtsverhältnisse gegenüber jedermann («*erga omnes*»)<sup>90</sup> begründet, beendet oder verändert. Deshalb muss bei solchen Klagen bzw. Urteilen entschieden werden, *ab welchem Zeitpunkt* – also ab Urteil *ex nunc* oder bereits ab «triggering event» *ex tunc* – die Rechtsfolgen «eintreten»<sup>91</sup>. Massgeblich dafür ist jeweils das materielle Recht<sup>92</sup>.

[Rz 31] Angefochtene GV-Beschlüsse sind *potentiell ungültig*, d.h. sie stehen unter der *Resolutivbedingung* einer erfolgreichen Anfechtung<sup>93</sup>. Die Gutheissung der Klage führt zur Aufhebung der Beschlussfassung<sup>94</sup>, und zwar m.E. *nicht ex nunc*, sondern *rückwirkend* auf den Zeitpunkt der GV (als «triggering event»)<sup>95</sup>. Obwohl sich die Rückwirkung nicht aus dem Gesetz ergibt<sup>96</sup>, ist bei Anfechtungsklagen diese *ex tunc* Wirkung in der Schweiz<sup>97</sup> unbestritten, und zwar sowohl in der

---

<sup>85</sup> PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL: Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996), § 25 N 61 (zit.: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht).

<sup>86</sup> DRUEY, Mängel, 161; KUNZ, Minderheitenschutz, § 11 N 46 m.w.H. in FN 134; DERS., Klagen, 102; KNOBLOCH, System, 134 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 25 N 61; RIEMER, Nichtigkeitsklage, N 210 f.; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Grundriss, N 1174; Truffer Roland/Dubs Dieter: Basler Kommentar – Obligationenrecht II (4. A. Basel 2012), N 25 zu Art. 706 OR (zit.: TRUFFER/DUBS, Kommentar, N [...] zu Art. [...] OR); DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, Handelsrecht, § 12 N 66; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 8 N 203; MESSER, Rückwirkung, N 581.; JAGMETTI, Massnahmen, 40; BÖCKLI, Aktienrecht, § 16 N 132 FN 297.

<sup>87</sup> Vgl. dazu hinten II. 3. 3.2. b).

<sup>88</sup> In diesem Sinne: VON DER CRONE, Aktienrecht, § 8 N 203 («denkbar»).

<sup>89</sup> BGE 122 III 281 E. 2.; allg. zur Thematik: SCHENKER URS: Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen bei der Aktiengesellschaft, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X (Bern 2015), 39 (zit.: SCHENKER, Anfechtung); RIEMER, Nichtigkeitsklage, N 210; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, Handelsrecht, § 12 N 66; MESSER, Rückwirkung, N 560.

<sup>90</sup> Art. 706 Abs. 5 OR: «Das Urteil, das einen Beschluss der Generalversammlung aufhebt, wirkt für und gegen alle Aktionäre»; zudem: SOGO, Gestaltungsklagen, 202 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 16 N 131.

<sup>91</sup> Grundlegend: SOGO, Gestaltungsklagen, 51 ff.

<sup>92</sup> Bei Gestaltungsurteilen kommen beide Varianten vor (z.B. Eheungültigkeit *ex nunc* [Art. 109 ZGB] oder Feststellung des Kindesverhältnisses *ex tunc* [Art. 261 ZGB]): KNOBLOCH, System, 8 FN 18; SOGO, Gestaltungsklagen, 52 ff. m.w.H.

<sup>93</sup> Hinweise: RIEMER, Nichtigkeitsklage, N 206 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 25 N 57; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Grundriss, N 1173; TRUFFER/DUBS, Kommentar, N 25 zu Art. 706 OR; TANNER, Kommentar, N 199 zu Art. 706 OR; bei Gutheissung gilt der GV-Beschluss «als nicht gefällt»: Sommer Patrick/Oberholzer Dominik: Kommentar OR Schweizerisches Obligationenrecht (2. A. Zürich 2009), N 7 zu Art. 706 OR (zit.: SOMMER/OBERHOLZER, Kommentar, N [...] zu Art. [...] OR); der Beschluss ist folglich «gar nie gefasst worden»: SCHENKER, Anfechtung, 40.

<sup>94</sup> Kassatorische Wirkung: Vgl. dazu vorne II. 3. 3.2. a).

<sup>95</sup> Massgeblich ist somit *nicht* die *Klageerhebung*, die innerhalb von *zwei Monaten* nach der GV erfolgen kann: Art. 706a Abs. 1 OR.

<sup>96</sup> Hinweise: MESSER, Rückwirkung, N 560 ff.

<sup>97</sup> Nicht anders verhält es sich z.B. in *Deutschland* sowie in *Österreich* (hierzu als Übersicht: CHRISTIAN FELTL: Beschlussmängel im Aktienrecht (Wien 2014), 142 ff. sowie 243 ff. [zit.: FELTL, Beschlussmängel]): Vgl. dazu hinten II. 5.

Lehre<sup>98</sup> als auch in der Praxis<sup>99</sup>:

[Rz 32] «Es handelt sich um ein auflösendes Gestaltungsurteil, das zu einer *rückwirkenden Aufhebung* des angefochtenen *Generalversammlungsbeschlusses* führt (...). Die angefochtenen Beschlüsse (...) [u.a. Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen] sind damit in Gutheissung der fristgerecht (...) angehobenen Anfechtungsklage *rückwirkend* aufzuheben»<sup>100</sup>.

[Rz 33] Weder im Gesellschaftsrecht noch im Handelsregisterrecht lassen sich Regelungen zur *Rückwirkung* (sowie zu deren Bedeutung) finden<sup>101</sup>. Es handelt sich bei Art. 706 f. OR – u.a. bei den Reflexwirkungen<sup>102</sup> – um eine *echte Rückwirkung*: «Es wird so gehandelt, als ob die entsprechende Transaktion schon zu einem Zeitpunkt Wirksamkeit entfaltet habe, in dem die Änderung der (Rechts-) Tatsachen noch nicht vollzogen war»<sup>103</sup>.

### c) Reflexive Rückwirkung?

[Rz 34] Sämtliche Verhaltensweisen des VR beruhen auf einer *sachlogischen «Pyramide»*: Vom VR geschlossene Verträge<sup>104</sup> basieren im Wesentlichen auf VR-Beschlüssen<sup>105</sup>, die ihrerseits eine Grundlage in Beschlüssen der GV (z.B. VR-Wahl) haben. Erfolgreiche Anfechtungsklagen gegen (*Wieder-)*Wahlen wirken *ex tunc*, also rückwirkend<sup>106</sup>. Dies führt zur Anschlussfrage, ob sich der rückwirkende Wegfall der VR-Mitgliedschaft auf das rechtliche «Umfeld» (sc. Beschlüsse<sup>107</sup> sowie Verträge<sup>108</sup>) auswirkt, als sog. *reflexive Rückwirkung*.

[Rz 35] Durch die Rückwirkung einer gutgeheissenen Anfechtungsklage war der ungültig «wiedergewählte» VR *überhaupt nicht (mehr) Mitglied* des VR: Können die Beschlüsse des VR sowie dessen Verträge, die auf der «Wiederwahl» beruhen, als rechtsgültig betrachtet werden? Oder stürzt das *aktienrechtliche «Kartenhaus»* in sich zusammen? Wie verhält es sich mit der Gültigkeit von «zwi-

---

<sup>98</sup> DRUEY, Mängel, 161; KNOBLOCH, System, 134; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 25 N 57; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Grundriss, N 1173; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, Handelsrecht, § 12 N 66; RIEMER, Nichtigkeitsklage, N 208; TRUFFER/DUBS, Kommentar, N 25 zu Art. 706 OR; SOMMER/OBERHOLZER, Kommentar, N 7 zu Art. 706 OR; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 8 N 205 a.A.; TANNER, Kommentar, N 199 zu Art. 706 OR; ROHRER, Anfechtungsklage, 92; JAGMETTI, Massnahmen, 40; SCHENKER, Anfechtung, 39 ad FN 92; MESSER, Rückwirkung, N 559 (zudem mit Übersichten: a.a.O. N 564 ff.); bei bereits *vollzogenen Beschlüssen* spricht sich LEHMANN, Anfechtungsklage, N 512 ff. für eine *ex nunc* Wirkung aus (zudem: a.a.O. N 526 ff.); für *Österreich* eine Wirkung *ex nunc* befürwortend (vorwiegend ergebnisorientiert argumentierend) nur, aber immerhin bei «Rückabwicklungsschwierigkeiten»: FELTL, Beschlussmängel, 244.

<sup>99</sup> Als Beispiel Urteil des Bundesgerichts 4A\_630/2012 vom 19. März 2013: «L'action formatrice prévu par l'art. 706 CO tend à l'annulation rétroactive de la décision de l'assemblée générale qui est attaquée et le jugement qui l'admet est opposable à tous les actionnaires (...)» (E. 3.1.), hierzu: NICOLAS FACINCANI/DOMINIC WYSS, Anfechtung von GV-Beschlüssen (...), GesKR 2013, 416 ff.; PETER V. KUNZ: Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2012/2013: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht, ZBJV 151 (2015), 134 ff (zit.: KUNZ, Rechtsprechung).

<sup>100</sup>BGE 138 III 212 E. 4.1. (Hervorhebungen hinzugefügt); hierzu: KUNZ, Rechtsprechung, 143 f.; das Bundesgericht äusserte sich im Urteil ausserdem zur Frage der *Auswirkungen einer rückwirkenden Aufhebung* auf VR-Beschlüsse zur Durchführung des GV-Beschlusses: Vgl. dazu hinten II. 4. 4.2. b); zur Aufhebung *ex tunc* bereits: BGE 122 III 281 E. 2.; BGE 133 III 459 E. 7.3.

<sup>101</sup>MEIER-SCHATZ, Transaktionen, 2 sowie 3; generell: RAMPINI, Rückwirkung, 349 ff.

<sup>102</sup>Vgl. dazu hinten II. 3. 3.2. c)/4.

<sup>103</sup>MEIER-SCHATZ, Transaktionen, 3; zudem: RAMPINI, Rückwirkung, 353.

<sup>104</sup>Vgl. dazu vorne 2. 2.2.

<sup>105</sup>Vgl. dazu vorne 2. 2.1.

<sup>106</sup>Vgl. dazu vorne 3. 3.2. b).

<sup>107</sup>Vgl. dazu hinten 4. 4.2. a).

<sup>108</sup>Vgl. dazu hinten 4. 4.2. b).

schenzeitlichem» VR-Verhalten? Bis anhin befass(t)en sich Lehre und Praxis mit diesen *dogmatisch komplexen* sowie *praxisrelevanten Themen* kaum<sup>109</sup>.

### 3. Gültigkeit von «zwischenzeitlichem» Verhalten?

#### 3.1. Lehre sowie Praxis

[Rz 36] Es finden sich nur wenige Stellungnahmen in der *Lehre* einerseits<sup>110</sup> und noch weniger Entscheide in der *Praxis* andererseits zu diesen für die Wirtschaftsrealität wichtigen Fragestellungen<sup>111</sup>, was überraschen muss. Kaum überraschend erscheint hingegen, dass sowohl in der Doktrin als auch vor Gerichten in erster Linie mögliche *Nichtigkeiten* von VR-Beschlüssen sowie von Verträgen im Vordergrund der Überlegungen stehen<sup>112</sup>. Solche Argumentationen können sich auf verschiedene Rechtsnormen abstützen<sup>113</sup>.

[Rz 37] Ein *VR-Beschluss* gilt im Rahmen von Art. 714 OR beispielsweise als *nichtig*, wenn er «unter Mitwirkung von Personen, die dem VR nicht angehören (z.B. von der GV abberufene VR-Mitgliedern, aussenstehende Dritte), gefasst wurde und der *Einfluss der Unbefugten* auf die Beschlussfassung massgeblich war»<sup>114</sup>; m.E. grundsätzlich gleich muss es sich bei der Teilnahme *ungültig «wiedergewählter» VR-Mitglieder* verhalten<sup>115</sup>.

[Rz 38] Die Lehre äussert sich klar: «Da die Anfechtung auf einer umfassenden Fiktion basiert, erfasst die Rechtsgestaltung (...) auch die *abhängigen Rechte*. Die Wirkung, die ein Beschluss also auf solche Rechtspositionen hat, fällt ebenfalls dahin. Dabei ist unerheblich, ob es sich um eine eigentliche Ausführungshandlung oder um eine bloss auf andere Weise mit dem Beschluss zusammenhängende Rechtswirkung handelt. Ein *Beispiel* für eine solche abhängige Rechtsposition ist ein VR-Beschluss, der von VR-Mitgliedern gefällt wird, die durch einen *angefochtenen GV-Beschluss gewählt* wurden»<sup>116</sup>.

[Rz 39] Nichtigkeit bedeutet auf den Punkt gebracht: «[A]us nichts kann nichts werden», oder: «Quod nullum est, nullum producit effectum»<sup>117</sup>. Nichtigkeit bedeutet, dass ein Beschluss oder ein Vertrag schlicht «keine Wirkungen» entfalten<sup>118</sup>. Dass aus Gründen der *Verkehrssicherheit* nicht

---

<sup>109</sup>Vgl. dazu hinten II. 4. 4.1.

<sup>110</sup>Erstmals im Detail: MESSER, Rückwirkung, N 594 ff./N 610 ff.; zudem jüngst: SCHENKER, Anfechtung, 39 f.; BÜHLER, Klagemöglichkeiten, 57 ff.

<sup>111</sup>Die *Gesetzgebungen* haben die Thematik nicht angesprochen, was sich aus den beiden Botschaften des Bundesrats aus dem Jahr 1928 (BB1 1928 I 205 ff. sowie v.a. 251) sowie aus dem Jahr 1983 (BB1 1983 II 745 ff. sowie 768/823) ergibt; die aktuelle «grosse» Aktienrechtsrevision schweigt sich ebenfalls aus (sowohl in «Version 1» als auch in «Version 2»); zudem: MESSER, Rückwirkung, N 563.

<sup>112</sup>Jüngst SCHENKER, Anfechtung, 40: «Rechtshandlungen des Verwaltungsrates, welche dieser auf der Basis des [aufgehobenen GV-]Beschlusses gemacht hat, sind *nichtig*, weshalb entsprechende *Erfüllungshandlungen rückabgewickelt* werden müssen» (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>113</sup>Bei *VR-Beschlüssen*: Art. 714 OR i.V.m. Art. 706b OR (es ist allerdings ein «wenig taugliche[r] Verweis»: DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, Handelsrecht, § 13 N 67; BÜHLER, Klagemöglichkeiten, 57 bezeichnet die Verweisung als «dysfunktional»); bei *Verträgen*: Art. 20 OR.

<sup>114</sup>WERNLI/RIZZI, Kommentar, N 12 zu Art. 714 OR (Hervorhebung im Original); mit fast identischem Wortlaut: RHEIN, Nichtigkeit, 243 ad FN 1016.

<sup>115</sup>Vgl. dazu hinten II. 4. 4.2. a).

<sup>116</sup>MESSER, Rückwirkung, N 598 (Hervorhebungen hinzugefügt); detailliert zu den *Rückwirkungsfolgen bei der («Wieder-»)Wahl* von VR-Mitgliedern: a.a.O. N 634 ff.

<sup>117</sup>DRUEY, Mängel, 142.

<sup>118</sup>KNOBLOCH, System, 52.

immer das Motto: «Alles oder Nichts» zur Anwendung gelangen kann, dürfte wenig überraschen. Es bedarf vielmehr einer *Interessenabwägung* im Einzelfall<sup>119</sup>.

[Rz 40] Im Jahr 2012 äusserste sich das *Bundesgericht* – m.W. erstmalig – zur Thematik, nämlich mit BGE 138 III 204<sup>120</sup>. Es bezog (überraschend) apodiktisch Stellung: «Nachdem sich die von der Generalversammlung getroffenen Beschlüsse (...) vorliegend als ungültig erweisen, ist dem Durchführungsbeschluss des Verwaltungsrats (...) die *Grundlage entzogen*. (...) [Wegen diesem Wegfall der GV-Grundlage leidet der VR-Beschluss] an einem schwerwiegenden Mangel und erweist sich als *nichtig* gemäss Art. 714 OR»<sup>121</sup>.

### 3.2. Eigene Stellungnahme

#### a) Beschlüsse

[Rz 41] *VR-Beschlüsse* als «Mittelteil» der aktienrechtlichen «Pyramide»<sup>122</sup> *beruhen* entweder auf spezifischen Beschlüssen der GV oder generell auf GV-Beschlüssen zur Wahl bzw. Wiederwahl der Mitglieder des VR. Fällt die Grundlage (z.B. der Wahlbeschluss der GV) weg, können die darauf beruhenden Beschlussfassungen des VR, sofern ungültig «wiedergewählte» Mitglieder des VR daran *beteiligt* waren, *nicht ohne weiteres gültig* sein<sup>123</sup>.

[Rz 42] Weil VR-Beschlüsse nicht anfechtbar sind<sup>124</sup>, kann konzeptionell einzig eine *Nichtigkeit* zur Diskussion stehen<sup>125</sup>. Zum Schutz der Verkehrssicherheit scheidet ein «Alles oder Nichts» für solche Beschlüsse des VR aus, und die anwendbaren Rechtsgrundlagen (Art. 714 OR i.V.m. Art. 706b OR) legen dies auch nicht nahe. M.a.W. ist *nicht jeder VR-Beschluss*, an dem ein ungültig «wiedergewähltes» VR-Mitglied beteiligt war, eo ipso nichtig.

[Rz 43] M.E. erweist sich als *ausschlaggebend*, ob solche «Mitglieder» und ihre «Stimmen» für die in der Folge gefassten Beschlüsse des VR bzw. die konkreten Ergebnisse *kausal* waren oder nicht<sup>126</sup>. Die einzelnen «Stimmen» der ungültig «wiedergewählten» VR-Mitglieder sind nichtig bzw. ungültig und müssen vom *Beschlussergebnis subtrahiert* werden (Subtraktionsmodell)<sup>127</sup>. Solche «Stimmen» gelten als «nicht abgegeben»<sup>128</sup>.

---

<sup>119</sup>M.E. wird zumindest die (*ungültig*) *abgegebene Stimme nichtig*, wobei eventuell der *VR-Beschluss gültig* bleiben kann aufgrund des Subtraktionsmodells: Vgl. dazu hinten II. 4. 4.2. a).

<sup>120</sup>Hierzu: KUNZ, Rechtsprechung, 141 ff. m.w.H.

<sup>121</sup>BGE 138 III 213 E. 4.2. a.E. (Hervorhebungen hinzugefügt); das Bundesgericht sprach sich für die schwerwiegende Rechtsfolge der Nichtigkeit des VR-Beschlusses aus, obwohl i.c. eine «Harmonika»-Sanierung gemäss Art. 732a OR mit einer kombinierten Kapitalherabsetzung und -erhöhung durchgeführt wurde (KUNZ, Rechtsprechung, 141 ff.); allg.: SCHENKER, Anfechtung, 40.

<sup>122</sup>Vgl. dazu vorne II. 3. 3.2. c).

<sup>123</sup>Ansonsten *wäre* nämlich eine Wirkung *ex nunc* der Anfechtungsklage naheliegend, was jedoch klarerweise sowohl durch die Lehre als auch durch die Praxis abgelehnt wird: Vgl. dazu vorne II. 3. 3.2. b).

<sup>124</sup>Vgl. dazu vorne II. 3. 3.1.

<sup>125</sup>Die Mitwirkung eines Nicht-VR-Mitglieds wird von keinem Autor als blosse *Ordnungswidrigkeit* bezeichnet; regelmässig wird von einer *Nichtigkeit* ausgegangen: Vgl. dazu vorne II. 2. 2.1.

<sup>126</sup>Gl.M.: BÜHLER, Klagemöglichkeiten, 58 f.; MESSER, Rückwirkung, N 636.

<sup>127</sup>Sollte *nach Subtraktion* trotzdem *Stimmengleichheit* vorliegen, muss im Einzelfall abgeklärt werden, ob die ungültig «wiedergewählten» VR-Mitglieder das Ergebnis *auf andere Weise beeinflusst* haben (z.B. durch ihre Präsenz, ihre Voten im VR oder die Sitzungsleitung als «VRP»).

<sup>128</sup>Mit dieser Interpretation im Hinblick auf Art. 713 Abs. 1 OR («Mehrheit der abgegebenen Stimmen») wird sichergestellt, dass den «Stimmen» *überhaupt keine Stimmkraft* – also weder positiv noch negativ – zukommt; wenn die Statuten für die Beschlussfassung beispielsweise eine «Mehrheit der anwesenden Mitglieder» verlangt, gelten m.E. die ungültig «wiedergewählten» VR-Mitglieder als *nicht anwesend*, sodass ihre «Stimmen» *subtra-*

[Rz 44] Damit die *Funktionsfähigkeit* der AG nicht generell untergraben wird (nicht allein bei Publikumsgesellschaften), bedarf es einer *Interessenabwägung*. VR-Beschlüsse sind und bleiben unter dem Aspekt der Kausalität rechtsgültig, wenn sie nach Subtraktion der ungültigen «Stimmen» im Rahmen des Gesetzes (Art. 713 Abs. 1 OR) oder der Statuten *nichtsdestotrotz zustande kamen*. Sollte dies indes nicht der Fall sein, fallen sie als nichtig dahin<sup>129</sup>.

## b) Verträge

[Rz 45] Die *Gültigkeit* von *Gesellschaftsverträgen* mit Dritten hängt im Wesentlichen auf der einen Seite von der Zweckabdeckung (Art. 718a Abs. 1 OR) sowie auf der anderen Seite von der korrekten Zeichnungsberechtigung der handelnden Personen ab<sup>130</sup>. Sollten Wahlen oder Wiederwahlen von VR-Mitgliedern angefochten werden, steht die zweite Voraussetzung in Frage, weil die erfolgreiche Anfechtungsklage deren *Zeichnungsberechtigung rückwirkend* aufhebt<sup>131</sup>. Für die *Rechtsfolgen* muss m.E. differenziert werden:

[Rz 46] Keine Gültigkeitsprobleme ergeben sich für den Fall, dass der in Frage stehende Vertrag selbst bei *Subtraktion* des *ungültig («wieder-»)gewählten VR-Mitglieds* gültig ist, also wenn es auf dessen «Zeichnungsberechtigung» beim Vertragsschluss schlicht nicht ankam<sup>132</sup>. Der Vertrag fällt hingegen für die AG – mindestens im Prinzip – dahin<sup>133</sup>, wenn die mitunterzeichnende Person über *keine Einzelunterschriftsberechtigung* verfügt.

[Rz 47] Wenn durch eine Anfechtungsklage eine «*Wiederwahl*» *aufgehoben* wird, liegt bis zum Urteilszeitpunkt eine *falsche* Eintragung im HR vor. Zwar ist dessen öffentlicher Glaube (noch) umstritten<sup>134</sup>, doch muss wohl bereits de lege lata von einem entsprechende Vertrauensschutz ausgegangen werden<sup>135</sup>. In diesem Zusammenhang ist indes – analog zu Art. 933 Abs. 2 OR – der *gute Glaube des Dritten* vorauszusetzen<sup>136</sup>. Sollte der *Dritte bösgläubig* sein<sup>137</sup>, kommt der Vertrag zwischen ihm und der AG nicht zustande.

## c) Folgen für Interessenten

[Rz 48] Erfolgreiche Anfechtungsklagen gegen («Wieder-»)Wahlen von VR können weitreichende Rechts- und sonstige *Folgen für AG* haben. Sollten VR-Beschlüsse einerseits sowie Verträge ande-

---

*hiert* werden müssen vom Ergebnis.

<sup>129</sup>Ähnlich: WERNLI/RIZZLI, Kommentar, N 12 zu Art. 714 OR.

<sup>130</sup>Vgl. dazu vorne II. 2. 2.2.

<sup>131</sup>Generell zur Zeichnungsberechtigung: MÜLLER, Unterschriften, *passim*.

<sup>132</sup>Beispiel für einen gültigen Vertragsschluss: Der konkrete Vertrag wird für die AG von einem solchen «Mitglied» *zusammen* mit einer *anderen Person mit Einzelunterschrift* abgeschlossen.

<sup>133</sup>Allenfalls wird das handelnde «VR-Mitglied» aus dem Vertrag bzw. seinem eigenen Verhalten dem Dritten gegenüber verpflichtet: Vgl. dazu hinten II. 4. 4.2. c).

<sup>134</sup>Vgl. dazu vorne II. 1. 1.2. b).

<sup>135</sup>Ähnlich: SCHENKER, Anfechtung, 40.

<sup>136</sup>Allg.: VOGT, Glaube, § 14 N 3 f.; SCHÄRER, Vertretung, 107 ff.; RHEIN, Nichtigkeit, 253 FN 1062 (in Bezug auf nichtige VR-Beschlüsse).

<sup>137</sup>Gerade bei *öffentlichkeitswirksamen Streitigkeiten*, die von den Medien «begleitet» werden, wissen Dritte (oder müssen wissen), dass «Wiederwahlen» in den VR und damit potentiell u.a. Verträge der AG strittig sind; m.E. können in solchen Konstellationen allenfalls sogar *Warn- und Informationspflichten des VR* gegenüber Verhandlungspartnern bestehen: Vgl. dazu hinten II. 6. 6.2.

rerseits nichtig bzw. ungültig sein<sup>138</sup>, sind entsprechende gesellschaftsrechtliche sowie vertragliche *Rückabwicklungen* unerlässlich<sup>139</sup>. Dass dies *praktische Probleme* mit sich bringt<sup>140</sup>, ändert daran nichts. Die damit verbundenen Kosten (etwa Konventionalstrafen oder Notariatsgebühren) stellen einen *Gesellschaftsschaden* dar<sup>141</sup>.

[Rz 49] Die *ungültig «wiedergewählten» VR-Mitglieder* werden mit erheblichen *Folgen* konfrontiert. Sollten beispielsweise Verträge für die AG unverbindlich sein<sup>142</sup>, können allenfalls trotzdem die handelnden «Mitglieder» des VR aus solchen Verträgen gegenüber *Dritten haftbar* werden. Noch gewichtiger erscheinen die *Verantwortlichkeitsrisiken* gegenüber der AG sowie gegenüber den Aktionären (Art. 754 ff. OR)<sup>143</sup>, und zwar – während dem Schwebezustand<sup>144</sup> – sowohl für ein «Nichts-tun» als auch für ein «Zu-viel-tun»<sup>145</sup>.

[Rz 50] In erster Linie aus Gründen der Verkehrssicherheit haben solche Konstellationen für *Dritte* – im Prinzip – *keine Folgen*, denn sie werden aktienrechtlich und handelsregisterrechtlich meist geschützt; immerhin gilt der *öffentliche Glaube* des HR nicht schrankenlos<sup>146</sup>. Unbesehen dessen müssen sich Dritte somit um gültige oder ungültige «Wiederwahlen» in VR grundsätzlich nicht kümmern. Sollten Dritte von *Rückabwicklungen* betroffen sein<sup>147</sup>, stehen ihnen *Haftungsansprüche* gegen die AG oder handelnde VR-Mitglieder zu.

[Rz 51] Trotzdem erscheinen *Risiken für Dritte* – je nach Einzelfall – real und sollten nicht generell ignoriert werden. Ob dem HR nämlich wirklich öffentlicher Glaube zukommt, wurde vom Bundesgericht niemals bestätigt. Ausserdem kann der *gute Glaube des Dritten zerstört* sein oder werden, was die *Gültigkeit* der (bösgläubig) geschlossenen Verträge in Frage stellen könnte. M.E. kann sich die Zerstörung des guten Glaubens entweder aus den *generellen Umständen* (z.B. Publizität) oder durch *individuelle «Abmahnungen»* ergeben.

### 3.3. Missbräuchliche Anfechtungsklage

#### a) Faktische Probleme

[Rz 52] Bei *Anfechtungsklagen* gemäss Art. 706 f. OR (wie bei sämtlichen Aktionärsklagen) stehen deren Erfolgchancen meist nicht a priori fest. Ausserdem ist oftmals – nicht zuletzt für den angerufenen Richter – unklar, ob es sich um ein *legitimes* Anfechtungsbegehren oder um eine

---

<sup>138</sup>Vgl. dazu vorne II. 4. 4.2. a)/b).

<sup>139</sup>Statt aller: SCHENKER, Anfechtung, 40.

<sup>140</sup>Vor diesem Hintergrund sollten die AG und deren VR genau prüfen, ob solche VR-Beschlüsse und Verträge tatsächlich *vollzogen oder «aufgeschoben»* werden sollen: Vgl. dazu hinten II. 6. 6.2. b).

<sup>141</sup>Die AG kann dafür in erster Linie die ungültig «wiedergewählten» VR-Mitglieder *verantwortlich* machen, und zwar auf Grundlage von Art. 754 ff. OR: Vgl. dazu hinten II. 6. 6.2./6.3.

<sup>142</sup>Vgl. dazu vorne II. 4. 4.2. b).

<sup>143</sup>Sollte die AG in Konkurs fallen, sind auch die Gläubiger aktivlegitimiert: Art. 757 OR; früher gab es kaum jemals Verantwortlichkeitsklagen von AG gegen ihre VR, doch ist in den letzten Jahren in der Schweiz eine Trendwende zugunsten von *Gesellschaftsklagen gegen (ehemalige) VR* festzustellen.

<sup>144</sup>Vgl. dazu hinten II. 4. 4.3. b).

<sup>145</sup>Die *Grenzzlinie*, was «zu viel» und was «zu wenig» ist, stellt eines der *zentralen praktischen* Probleme für den VR dar: Vgl. dazu hinten II. 4. 4.3.

<sup>146</sup>Vgl. dazu vorne II. 1. 1.2. b).

<sup>147</sup>Vgl. dazu hinten II. 4. 4.3. a).



*missbräuchliche* Klage<sup>148</sup> handelt. Die Rechtsordnung muss die gesamte Bandbreite menschlicher «Kreativitäten» abdecken. Dieser Beitrag basiert auf der *Annahme* einer erfolgreichen, d.h. *guteheissenen* Anfechtungsklage<sup>149</sup>.

[Rz 53] In der Praxis kommt missbräuchliches Verhalten in Anfechtungsverfahren nicht allein auf der Klägerseite, sondern ebenfalls auf der *Beklagtenseite* vor, also bei VR von passivlegitimierten AG. Bei pendenten Anfechtungsklagen könnte der VR – als *erstes Problem* – geneigt sein, *vollendete Tatsachen* zu schaffen, indem der angefochtene GV-Beschluss vollzogen und auf dessen Grundlage beispielsweise VR-Beschlüsse gefasst werden<sup>150</sup>.

[Rz 54] Damit zusammenhängend ergibt sich ein *zweites Problem*, nämlich die heikle *Rückabwicklung* «zwischenzeitlicher» Beschlüsse sowie Verträge, die eine sachlogische und zwingende Rechtsfolge der unbestrittenen Rückwirkung der Anfechtungsklage<sup>151</sup> darstellt<sup>152</sup>. Dies kann zu *praktischen Problemen* für die AG sowie für die Anfechtungskläger führen: «Die Unsicherheit einer späteren Aufhebung des Beschlusses und die Rückgängigmachung eines vollzogenen Beschlusses aufgrund einer rechtskräftigen Guteheissung der Anfechtungsklage stellen die Unternehmen in der Praxis vor grosse Schwierigkeiten»<sup>153</sup>.

[Rz 55] Das *Bundesgericht* hat jedoch in konstanter Praxis klar gemacht, dass solche praktischen Probleme weder die Aufhebung von GV-Beschlüssen *ex tunc* noch die entsprechenden Rückabwicklungen in Frage zu stellen vermögen<sup>154</sup>. Eine andere Schlussfolgerung würde Anfechtungsklagen *ex nunc* wirken lassen<sup>155</sup> oder *ad absurdum* führen<sup>156</sup>. Missbrauch auf der Beklagtenseite (während pendenten Verfahren) kann präventiv kaum verhindert werden durch Anfechtungskläger. Zumindest aber bestehen Ansätze für Problemlösungen<sup>157</sup>.

## b) Problemlösungsmöglichkeiten

[Rz 56] Aufgrund der Anfechtungsklage besteht ein *Schwebezustand* für alle Beteiligten, der allenfalls mehrere Jahre andauert<sup>158</sup>. Obwohl prinzipiell angefochtene Beschlüsse der GV bereits vor

---

<sup>148</sup>Hierzu statt aller: LEHMANN, Anfechtungsklage, *passim*; Anfechtungsklagen von Aufsichtsratswahlen in Deutschland wird ein «besondere[s] Lästigkeitspotenzial» zugeschrieben: LIEDER JAN: Die Rechtsstellung von Aufsichtsratsmitgliedern bei fehlerhafter Wahl, ZHR 178 (2014), 283 (zit.: LIEDER, Wahl).

<sup>149</sup>Vgl. dazu vorne I. 1./2.

<sup>150</sup>Bei angefochtenen «Wiederwahlen» von VR-Mitglieder zeigt sich der «Vollzug» dadurch, dass sich diese ungültig «wiedergewählten» Mitglieder des VR *bis zur rechtskräftigen Guteheissung* der Anfechtungsklage *verhalten*, *als ob* alles in Ordnung wäre, d.h. sie sind etwa beteiligt am Fassen von Beschlüssen sowie am Abschliessen von Verträgen.

<sup>151</sup>Anfechtungsklagen wirken *ex tunc*: Vgl. dazu vorne II. 3. 3.2. b).

<sup>152</sup>Im Detail: MESSER, Rückwirkung, N 610 ff.

<sup>153</sup>Zitat: VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Grundriss, N 1173; Übersicht zur Doktrin und zur Rechtsprechung: MESSER, Rückwirkung, N 613 ff. (mit einer eigenen Stellungnahme: a.a.O. N 622 ff.).

<sup>154</sup>In diesem Sinne insbesondere das Bundesgericht: BGE 97 I 487 E. 1. b. (notabene sogar betreffend eine Fusion); ähnlich: BGE 116 II 715 ff. E. 4.

<sup>155</sup>Eine ähnliche Argumentation führt das höchste Gericht in Deutschland an: Vgl. dazu hinten II. 5. 5.1.

<sup>156</sup>Vermutlich aus diesem Grund spricht sich LEHMANN, Anfechtungsklage, N 512 ff. für eine Wirkung *ex nunc* bei bereits *vollzogenen* Beschlüssen aus.

<sup>157</sup>Vgl. dazu hinten II. 4. 4.3. b).

<sup>158</sup>Statt vieler: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 25 N 57; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 8 N 205; SCHOTT, Anfechtbarkeit, § 4 N 2 ff.; die Anfechtungsklage als solche hat *keinen Suspensiv-effekt*: RIEMER, Nichtigkeitsklage, N 208 ad FN 321 (der Autor spricht von einem «resolutive[n] Schwebezustand»: a.a.O.) sowie BÖCKLI, Aktienrecht, § 16 N 128; SCHENKER, Anfechtung, 41 («hemmt dessen Umsetzung nicht»: a.a.O.); der VR einer beklagten AG kann sich selten wirklich sicher sein, wie der Anfechtungsprozess ausgehen wird;

dem endgültigen Entscheid über ihre Legalität sozusagen «gelebt» werden dürfen<sup>159</sup>, sollte oder müsste m.E. allenfalls ihr *Vollzug* «aufgeschoben» oder *provisorisch ausgestaltet* werden, und zwar nicht zuletzt wegen möglichen Rückabwicklungen. Basis ist entweder das Aktienrecht (v.a. Art. 717 OR)<sup>160</sup> oder *richterlicher Zwang* (Art. 261 ff. ZPO)<sup>161</sup>:

[Rz 57] Wenn der VR die in Frage stehenden Beschlüsse der GV (sc. Wahlen oder Wiederwahlen) «vollzieht», notabene unbesehen der Erfolgchancen im Anfechtungsprozess, dann macht er dies auf *eigenes (finanzielles) Risiko*, weil damit *Art. 717 OR verletzt* werden könnte, und allenfalls zu Verantwortlichkeitsklagen veranlasst. M.E. hat der VR in solchen Situationen *aktienrechtliche Verhaltenspflichten* während des Schwebezustands, die zu einem «Aufschub» bzw. zu einem «Provisorium» des Vollzugs führen sollten<sup>162</sup>.

[Rz 58] Sollte ein VR nicht einsichtig sein und seine Pflichten gemäss Art. 717 OR vernachlässigen, könnte der Anfechtungskläger bei Gericht *vorsorgliche Massnahmen* im Rahmen von Art. 261 ff. ZPO verlangen<sup>163</sup>. Dass eine «Verletzung zu befürchten» ist und ein «nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht» (Art. 261 Abs. 1 lit. a/lit. b ZPO), dürfte regelmässig glaubhaft gemacht werden können<sup>164</sup>. Dies trifft m.E. insbesondere dann zu, wenn es um für den Anfechtungskläger «wichtige» *Beschlüsse oder Verträge* geht<sup>165</sup>.

[Rz 59] Die Notwendigkeit wird seit Jahrzehnten anerkannt: «Wird ein angefochtener (...) Beschluss gleichwohl ausgeführt, könnte seine Wirkung eventuell kaum oder nicht mehr rückgängig gemacht werden. Das Anfechtungsurteil würde somit trotz seiner Wirkung ex tunc praktisch ohne Bedeutung bleiben»<sup>166</sup>. Die Rückwirkung der Anfechtungsklage<sup>167</sup> «genügt unter Umständen dem Schutzbedürfnis des [anfechtenden] Aktionärs (...) nicht»<sup>168</sup>. Zu berücksichtigen sind zudem die

---

zudem ist zu bedenken, dass VR-Mitglieder, deren («Wieder-»)Wahlen angefochten sind, regelmässig *Interessenkonflikte* haben: Vgl. dazu hinten II. 6. 6.2. a).

<sup>159</sup>Statt aller: TRUFFER/DUBS, Kommentar, N 26 zu Art. 706 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 25 N 57.

<sup>160</sup>Daraus ergeben sich *Verhaltenspflichten* für VR: Vgl. dazu hinten II. 6. 6.2. b).

<sup>161</sup>Bei *VR-Wahlen* – anders als bei VR-Wiederwahlen – besteht zudem die Möglichkeit einer *Registersperre* beim HR: Vgl. dazu vorne II. 1. 1.2. a); allein aus dem Umstand, dass keine solche Eintragungssperre verlangt wurde, kann nicht abgeleitet werden, dass keine vorsorglichen Massnahmen zulässig sind, d.h. m.E. stellt die Registersperre *keine obligatorische «Vorstufe»* zu vorsorglichen Massnahmen dar.

<sup>162</sup>Der VR selber kann bzw. muss (je nach konkreter Situation) den GV-Beschluss und dessen Umsetzung *suspendieren*: Vgl. dazu hinten II. 6. 6.2. b).

<sup>163</sup>Detailliert im Hinblick auf Anfechtungsklagen: SCHENKER, Anfechtung, 42 ff.

<sup>164</sup>Hinweise: DRUEY, Mängel, 154 f. sowie 158 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 25 N 57; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Grundriss, N 1173; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, Handelsrecht, § 12 N 70; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 8 N 212; BÖCKLI, Aktienrecht, § 16 N 129; detailliert: RIEMER, Nichtigkeitsklage, N 246 ff.; SCHENKER, Anfechtung, 41 ff.; bei *nichtigen VR-Beschlüssen* wird ebenfalls ein vorsorglicher Rechtsschutz gegen deren Vollzug bejaht: RHEIN, Nichtigkeit, 276 m.w.H.; unbesehen dessen hat eine richterliche Abwägung zwischen den *Vollzugsinteressen* der AG sowie den *Aufschubsinteressen* der Anfechtungskläger stattzufinden: LEHMANN, Anfechtungsklage, N 804 ff./N 808 ff.

<sup>165</sup>Über den Interventionsmassstab, was «wichtig» (oder «weniger wichtig» oder «unwichtig») ist, muss jeweils im Einzelfall entschieden werden; eine Regel dürfte zumindest bei *Publikumsgesellschaften* unbestritten sein: M.E. handelt es sich nämlich zumindest um einen interventionswürdigen «wichtigen» Beschluss oder Vertrag, wenn es um *Verhaltensweisen eines VR* geht, die thematisch durch *Art. 29 Abs. 2 BEHG* sowie *Art. 36 f. UEV* (SR 954.195.1) «abgedeckt» sind, und zwar auch ohne das Vorliegen eines öffentlichen Übernahmeangebots gemäss Art. 22 ff. BEHG (detailliert zu diesen «*Abwehrmassnahmen*»: URS SCHENKER, Schweizerisches Übernahmerecht [Habil. St. Gallen] 608 ff.); dieser Massstab kann ebenfalls im Hinblick auf das erforderliche *Verhalten des VR gemäss Art. 717 OR* herangezogen werden: Vgl. dazu hinten II. 6. 6.2. b).

<sup>166</sup>ROHRER, Anfechtungsklage, 92 ad FN 134.

<sup>167</sup>Vgl. dazu vorne II. 3. 3.2. b).

<sup>168</sup>JAGMETTI, Massnahmen, 40.

Interessen von *Dritten* sowie von *übrigen* Aktionären<sup>169</sup>.

## 4. Kleine Rechtsvergleichung

### 4.1. Rückwirkung

[Rz 60] Dieser Beitrag nimmt *keine Rechtsvergleichung i.e.S.* vor, deren primäre Funktionen in den Bereichen der Rechtssetzung sowie der Rechtsanwendung liegen<sup>170</sup>. Da sich in der Schweiz allerdings sowohl die Lehre als auch die Praxis des Bundesgerichts oder sonstiger Gerichte zur Fragestellung als relativ unergiebig erweisen<sup>171</sup>, macht ein kurzer Blick über die Landesgrenze durchaus Sinn<sup>172</sup>. Für die *schweizerische Rechtsvergleichung* stehen traditionellerweise die *Nachbarstaaten* im Vordergrund des Interesses<sup>173</sup>:

[Rz 61] In *Deutschland* hat sich der Bundesgerichtshof (BGH) im Jahr 2013 mit einer vergleichbaren Konstellation befasst<sup>174</sup>. Er hielt fest, dass Auswirkungen auf Rechtsbeziehungen einer AG bestehen, «wenn die *Mitwirkung der ausgeschiedenen* Aufsichtsratsmitglieder [sc. VR-Mitglieder] für das Zustandekommen eines Aufsichtsratsbeschlusses, die Ablehnung eines Beschlussantrags oder die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats *ursächlich* war»<sup>175</sup>.

[Rz 62] Weiter schreibt der BGH: «Würde der (...) anfechtbar gewählte Aufsichtsrat in allen Fällen wie ein wirksam bestelltes Organ behandelt, wirkte eine erfolgreiche Wahlanfechtung insgesamt nur *ex nunc* (...)»<sup>176</sup>. Schliesslich wird zu den *Rechtsfolgen* für Beschlüsse ausgeführt: «Sofern die Stimmen der als Nichtmitglieder zu behandelnden Aufsichtsräte für die Beschlussfassung (...) ursächlich geworden sind, ist ein entsprechender *Beschluss nicht gefasst* oder kommt sogar eine *Umkehr des Beschlussergebnisses* in Frage»<sup>177</sup>.

[Rz 63] Mit diesem Urteil erteilt der BGH in erster Linie der teils vertretenen «Lehre vom fehlerhaf-

---

<sup>169</sup>DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, Handelsrecht, § 12 N 70: «Wird eine Anfechtungsklage beim Gericht anhängig gemacht, so sollte der Vollzug des Beschlusses vorsorglich, ja superprovisorisch unterbunden werden. Nur so kann verhindert werden, dass Dritte, aber auch Aktionäre usw., auf einen Beschluss vertrauen, der nachträglich wieder aufgehoben werden muss»; basierend auf Art. 261 ff. ZPO dürften *heutzutage Richter geneigt* sein, Anfechtungsklägern gegen *missbräuchliche* Anfechtungsbeklagte bzw. deren VR in einem separaten ZPO-Verfahren vorsorgliche Massnahmen zu gewähren.

<sup>170</sup>Allg.: PETER V. KUNZ, Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz (...) recht 24 (2006) 37 ff.

<sup>171</sup>Vgl. dazu vorne II. 4. 4.1.

<sup>172</sup>Besonders instruktiv für Deutschland: LIEDER, Wahl, *passim* (zudem: BAYER WALTER/LIEDER JAN: Die Lehre vom fehlerhaften Bestellungsverhältnis, NZG 15 (2012), 2 ff. [zit.: BAYER/LIEDER, Bestellungsverhältnis]); für Österreich: TORGLER, Entfall, *passim*.

<sup>173</sup>PETER V. KUNZ, Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVglRWiss 108 (2009) 31 ff. sowie v.a. 36 f. (a.a.O. ad FN 45).

<sup>174</sup>Urteil des BGH II ZR 56/12 vom 19. Februar 2013 (hierzu kritisch: LIEDER, Wahl, 287 ff. m.w.H.); der deutsche *Aufsichtsrat* (in einem dualistischen Modell) entspricht dem schweizerischen *VR* (in einem monistischen Modell); zur Thematik der Rückwirkung in Deutschland: MESSER, Rückwirkung, N 565, N 568 sowie N 602 f.

<sup>175</sup>Urteil des BGH II ZR 56/12 vom 19. Februar 2013, N 16 (Hervorhebungen hinzugefügt); weiter: «Ein Aufsichtsratsbeschluss ist nicht mit der erforderlichen Mehrheit gefasst, wenn Nichtmitglieder mitgestimmt haben und ihre Stimmen für die Beschlussfassung oder die Ablehnung eines Beschlussantrags ursächlich geworden sind (...). Nicht Mitglied des Aufsichtsrats ist nicht nur das nichtig gewählte Aufsichtsratsmitglied, sondern auch das Aufsichtsratsmitglied, dessen Wahl erfolgreich angefochten wird» (a.a.O. N 17).

<sup>176</sup>Urteil des BGH II ZR 56/12 vom 19. Februar 2013, N 20; der BGH verwendet den Konjunktiv, weil die Anfechtung bzw. Aufhebung eben *ex tunc* wirkt (a.a.O. N 20 a.E.).

<sup>177</sup>Urteil des BGH II ZR 56/12 vom 19. Februar 2013, N 21 (Hervorhebungen hinzugefügt).

ten Bestellungsverhältnis» eine Absage<sup>178</sup>. Die Doktrin bemüht sich, notabene in Abgrenzung<sup>179</sup> sowohl zur «Lehre vom faktischen Organ» als auch von «Rechtsscheingrundsätzen», neuartige sowie erneuerte dogmatische Wege zu beschreiten<sup>180</sup>. Die Doktrin hält schliesslich fest, dass eine «legislatorische Lösung der Problematik ernstlich in Betracht zu ziehen» sei<sup>181</sup>.

[Rz 64] In *Österreich* vertritt die Lehre<sup>182</sup> eine Ansicht, die im Ergebnis durchaus mit der hier vertretenen Meinung übereinstimmt, und zwar trotz «erheblicher Schwierigkeiten» hinsichtlich praktischer Rückabwicklungen<sup>183</sup>. Entgegen «früherer Strömungen»<sup>184</sup>, die eine Rückwirkung mindestens gegenüber Dritten ausschliessen wollten, vertritt die aktuelle Doktrin wohl eine *uneingeschränkte (reflexive) Rückwirkung* «für und gegen jedermann», weil andernfalls «die Gestaltungswirkung [der Anfechtung] zunichte gemacht» würde<sup>185</sup>.

[Rz 65] Diskutiert wird durch die österreichische Doktrin in diesem Zusammenhang zusätzlich die praxisrelevante Thematik der «Rechtsstellung fehlerhaft bestellter Organe, insbesondere im Fall der erfolgreichen Anfechtung des Bestellungsbeschlusses», notabene unter dem Stichwort «fehlerhafte Organstellung»<sup>186</sup>; eine vergleichbare Debatte wird in der Schweiz zu *materiellen Organen* bzw. zu «faktischen VR» geführt<sup>187</sup>. Zur «fehlerhaften Organstellung» gibt es in Österreich – ähnlich wie in der Schweiz – (noch) kaum Gerichtsurteile<sup>188</sup>.

## 4.2. Business Judgment Rule

[Rz 66] Die *Business Judgment Rule* (BJR) kommt als sozusagen globale Rechtsanwendungsregel in wohl sämtlichen Rechtsordnungen vor, und zwar als «Immunitätsregel» für potentiell haftpflichtige Personen (z.B. VR-Mitglieder); dies trifft ebenfalls auf die Schweiz sowie auf das schweizerische Aktienrecht zu<sup>189</sup>, früher implizit und heute explizit, wobei bei den Mitgliedern des VR insbesondere *Interessenkonflikte ausgeschlossen* sein müssen<sup>190</sup>.

[Rz 67] Die ehemals in den USA entstandene Regel wurde im Jahr 2005 in *Deutschland* sogar kodifiziert: «Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unter-

---

<sup>178</sup>Im Detail statt aller: LIEDER, Wahl, 285 ff. sowie 289 ff. m.w.H.; grundlegend zur «Lehre vom fehlerhaften Bestellungsverhältnis»: BAYER/LIEDER, Bestellungsverhältnis, *passim*.

<sup>179</sup>LIEDER, Wahl, 295 ff.; generell: BAYER/LIEDER, Bestellungsverhältnis, 6 ff.

<sup>180</sup>Hierzu: LIEDER, Wahl, 290 ff.

<sup>181</sup>LIEDER, Wahl, 324; die «rechtspolitische Dimension» der Problematik könne angesichts der «enormen praktischen Bedeutung» kaum überschätzt werden: a.a.O. 323.

<sup>182</sup>Übersicht: FELTL, Beschlussmängel, 142 ff. sowie 243 ff.; detailliert: TORGLER, Entfall, 247 ff.

<sup>183</sup>FELTL, Beschlussmängel, 243.

<sup>184</sup>Damit gemeint ist eine Lehrmeinung aus dem Jahr 1913: FELTL, Beschlussmängel, 243 FN 1396.

<sup>185</sup>FELTL, Beschlussmängel, 243 ad FN 1397; zur *ex tunc* Wirkung generell: TORGLER, Entfall, 242 ff. (relativierend: a.a.O. 243 FN 23 sowie 247 [«ex nunc»]).

<sup>186</sup>TORGLER, Entfall, 239/240 sowie v.a. 247 ff. m.w.H.

<sup>187</sup>Vgl. dazu hinten II. 6. 6.3.

<sup>188</sup>In diesem Sinne: TORGLER, Entfall, 240; das vorhandene «Fallmaterial» betrifft «Strohmannfälle» (a.a.O. 240 ad FN 4 sowie 258 ff.).

<sup>189</sup>Vgl. dazu hinten II. 6. 6.2. a).

<sup>190</sup>Es handelt sich um ein «disinterested judgment»: GEORG SCHIMA: Business Judgment Rule und Beweislastverteilung bei der Vorstandshaftung nach US-, deutschem und österreichischem Recht, in: Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrecht (Basel 2010), 380 f. (zit.: SCHIMA, Rule); zur Thematik aus rechtsvergleichender Perspektive: CHRISTOPH A. KERN: Privilegiertes Business Judgment trotz Interessenkonflikts?, ZVGRWiss 112 (2013), *passim* (zit.: KERN, Judgment).

nehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln» (§ 93 [1] Satz 2 dAktG)<sup>191</sup>. In Österreich ist die BJR ebenfalls bekannt und spielt in der Praxis eine wichtige Rolle<sup>192</sup>.

## 5. Verantwortlichkeit

### 5.1. Mögliche Anwendungssituationen

[Rz 68] Art. 754 Abs. 1 OR stellt die zentrale rechtliche Basis für *Verantwortlichkeitsklagen* insbesondere gegen VR-Mitglieder dar<sup>193</sup>: «Die Mitglieder des Verwaltungsrates und die mit der Geschäftsführung (...) befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen».

[Rz 69] Die Palette möglicher Pflichtverletzungen durch VR ist gross. Wenn – als Beispiel – die (*Wieder-)*Wahl eines VR strittig ist, kommen regelmässig *Interessenkonflikte* vor<sup>194</sup>. Es droht etwa die Gefahr, dass es den (notabene auf Kosten einer Gesellschaft) prozessierenden VR-Mitgliedern weniger um Gesellschaftsinteressen als vielmehr um Eigeninteressen («Jobsicherung»)<sup>195</sup> geht. Ein solches Verhalten kann mit *finanziellen Risiken* verbunden sein:

[Rz 70] Im Jahr 2012 hat das Bundesgericht mit BGE 139 III 24 klar gemacht, dass allenfalls der VR bei *erfolglos geführten Prozessen* diese *Kosten persönlich tragen* muss<sup>196</sup>. Diese Praxis ist m.E. ohne weiteres auf verlorene Anfechtungsprozesse anwendbar<sup>197</sup>. Es handelte sich um einen «Weckruf» u.a. bei Publikumsgesellschaften: «Jedermann muss klar sein (oder werden), dass zur Verfolgung von Eigeninteressen, [z.B.] durch prozessuale Blockierung eines Kontrollwechsels, nicht die Geschäftskasse verwendet werden darf»<sup>198</sup>.

---

<sup>191</sup>Allg.: KERN, Judgment, 75 ff. sowie 84 ff.; eine vergleichbare Regelung findet sich in *Liechtenstein*, allg.: JÜRGEN WAGNER, Business Judgement Rule (BJR) als allgemein gültiger Haftungsmaßstab, liechtenstein-journal 2/2011, 55 f.; JOHANNES GASSER, Die Business Judgment Rule in Liechtenstein, PSR 2011/02, 62 ff.

<sup>192</sup>Detailliert: SCHIMA, Rule, 369 ff. und v.a. 397 ff.; jüngst: JULIA TOLD, Business Judgment Rule und ihre Anwendbarkeit in Österreich, in: *Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel* (Wien 2015) 67 ff.

<sup>193</sup>Die *einzelnen Mitglieder des VR* sind im Prozess *passivlegitimiert* und müssen – bei einer allfälligen Verurteilung – den Schaden persönlich tragen.

<sup>194</sup>Vgl. dazu hinten II. 6. 6.2. a).

<sup>195</sup>Zu dieser Fallkonstellation: PETER V. KUNZ: Wann haftet der Verwaltungsrat für verlorene Prozesse?, in: Jusletter 3. Juni 2013, Rz. 26 (zit.: KUNZ, Verwaltungsrat); generell: THOMAS ALEXANDER STEININGER: Interessenkonflikte des Verwaltungsrates (Diss. Zürich 2011), 179 ff. (zit.: STEININGER, Interessenkonflikte) («Persönlicher Interessenkonflikt»).

<sup>196</sup>Detailliert: KUNZ, Verwaltungsrat, *passim*.

<sup>197</sup>Wenn um die Gültigkeit der eigenen «Wiederwahl» nicht auf eigene, sondern auf Kosten der AG prozessiert wird, erscheint ein *Interessenkonflikt offensichtlich*.

<sup>198</sup>KUNZ, Verwaltungsrat, Rz. 26 (Hervorhebung des Originals weggelassen).

## 5.2. Skylla und Charybdis

### a) Interessenkonflikte

[Rz 71] Im Aktienrecht stellen *Interessenkonflikte des VR* ein Kernthema dar<sup>199</sup>. Nur ein kleiner Teil solcher Konfliktsituationen wird im Gesetz ausdrücklich geregelt<sup>200</sup>. Dass beispielsweise im Zusammenhang mit *Kontrollwechseln* und *umstrittenen («Wieder»-)Wahlen* ein offensichtlicher Interessenkonflikt vorliegen kann, ist kaum zu bestreiten<sup>201</sup>. Bei den Sorgfalts- und Treuepflichten des VR (Art. 717 Abs. 1 OR) sind in solchen Konstellationen *erhöhte Anforderungen* zu beachten<sup>202</sup>, damit sich der VR nicht persönlich verantwortlich macht<sup>203</sup>.

[Rz 72] Als «Verteidigung» für VR hat sich in der Praxis, nicht allein in der Schweiz<sup>204</sup>, die *BJR* entwickelt<sup>205</sup>, die eine Art von «richterlicher Nichteinmischung» in Geschäftsentscheide nahelegt<sup>206</sup>. Eine *Zentralvoraussetzung* der BJR ist allerdings, dass *keine Interessenkonflikte* des VR bestehen<sup>207</sup>. Da gerade im Zusammenhang mit strittigen Wahlen oder «Wiederwahlen» von VR-Mitgliedern zahlreiche Interessenkonflikte vorkommen<sup>208</sup>, kann m.E. in solchen Situationen die *BJR generell nicht* zur Anwendung gelangen<sup>209</sup>.

---

<sup>199</sup>Statt aller: STEININGER, Interessenkonflikte, *passim*; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 633 ff.; PETER FORSTMOSER, Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern, in: Der Allgemeine Teil und das Ganze (Basel 2002) 9 ff.; PETER V. KUNZ: Business Judgment Rule (BJR) – Fluch oder Segen?, SZW 86 (2014), 278 (zit.: KUNZ, BJR); ROTH PELLANDA, Organisation, N 304 ff. sowie N 342 ff.; KRNETA, Verwaltungsrat, N 1896 ff.; BAUEN/VENTURI, Verwaltungsrat, N 204 ff.; auf *internationaler* Ebene: KLAUS J. HOPT: Prävention und Repression von Interessenkonflikten im Aktien-, Bank- und Berufsrecht, in: FS für P. Doralt (Wien 2004), *passim* (zit.: HOPT, Prävention).

<sup>200</sup>Beispiele: VR-Mitglieder haben *kein Stimmrecht* in der GV zur *eigenen Décharge* (Art. 695 OR), ansonsten besteht kein Stimmrechtsausschluss bei Interessenkonflikten: SCHOTT, Anfechtbarkeit, § 13 N 34 f. (ähnlich im Ausland: HOPT, Prävention, 225); die Regelung von Art. 706a Abs. 2 OR (Vertreter bei Anfechtungsklage durch den VR) soll ebenfalls Interessenkonflikte vermeiden: SOMMER/OBERHOLZER, Kommentar, N 2 zu Art. 706a OR; TANNER, Kommentar, N 77 ff. zu Art. 706 OR.

<sup>201</sup>HANS CASPAR VON DER CRONE, Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 94 (1994) 3: «Die eigenen Interessen [des VR] werden sehr oft gegen die Kontrolltransaktion sprechen, womit der Interessenkonflikt offensichtlich wird»; ausserdem: STEININGER, Interessenkonflikte, 172 ff.

<sup>202</sup>Dies trifft gerade für Lösungen praktischer Probleme zu: Vgl. dazu vorne II. 4. 4.3. b).

<sup>203</sup>M.E. muss der VR in erster Linie dafür besorgt sein, dass *kein «fait accompli»* entsteht; wenn der VR hingegen *«vollendete Tatsachen»* («faktisch irreversibel»: SCHENKER, Anfechtung, 42) etwa im Hinblick darauf schafft, dass seine (angefochtene) «Wiederwahl» durchaus ungültig sein könnte, wird der *eigennützige Interessenkonflikt* unbestreitbar; Verantwortlichkeiten dienen der Repression von Interessenkonflikten: HOPT, Prävention, 226 ff.

<sup>204</sup>Vgl. dazu vorne II. 5. 5.2.

<sup>205</sup>Hierzu: KUNZ, BJR, *passim*; als Überblick: BAUEN/VENTURI, Verwaltungsrat, N 180 ff.; jüngst detailliert: ALEX CHRISTEN, «Quo vadis BJR?» (...), AJP 24 (2015) 123 ff. m.w.H.

<sup>206</sup>M.E. könnte (und sollte) die BJR sogar *prinzipiell in Frage* gestellt werden; grundlegend: KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 115 ff.

<sup>207</sup>BGE 139 III 26 E. 3.2. a.E.: «Das Bundesgericht anerkennt mit der herrschenden Lehre, dass sich die Gerichte bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen haben, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und *von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande* gekommen sind (...)» (Hervorhebung hinzugefügt); das Fehlen von Interessenkonflikten ist eine zentrale Voraussetzung, deren «strikte Beachtung» *unerlässlich* ist: KUNZ, BJR, 278; inakzeptabel erscheinen Interessenkonflikte insbesondere bei «unabhängigen Mitgliedern des VR», die solche Konfliktsituationen vermeiden müssen: a.a.O. ad FN 53; generell zur Thematik: KERN, Judgment, *passim*; SCHIMA, Rule, 380 f. («disinterested judgment»).

<sup>208</sup>Die BJR wird in den USA gerade bei *Übernahmeszenarien* hinterfragt: KERN, Judgment, 80.

<sup>209</sup>Im Ergebnis verschärft dies die potentielle finanzielle Haftung der umstrittenen VR-Mitglieder (generell: STEININGER, Interessenkonflikte, 263 ff.), was – aus Eigeninteresse bzw. zum Selbstschutz – deren *Sorgfaltsbemühungen verstärken* sollte; dadurch wird nicht zuletzt Art. 717 OR abgesichert.

## b) Verhaltenspflichten

[Rz 73] Unbesehen dessen, ob ein Anfechtungskläger *vorsorgliche Massnahmen* beim Richter<sup>210</sup> verlangt (und erreicht) hat oder nicht, muss der VR der beklagten AG aus Gründen der Umsicht sowie der Vorsicht besondere Sicherungsmassnahmen erwägen: «Denn für ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen ist ein Schwebezustand, der Jahre dauert, schon als solcher schädlich»<sup>211</sup>. Zentrale *Verhaltenspflichten des VR* ergeben sich aus Art. 717 OR<sup>212</sup>:

«<sup>1</sup> Die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, müssen ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren.

<sup>2</sup> Sie haben die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln».

[Rz 74] Diese Pflichten gelten m.E. auch für *faktische* VR-Mitglieder<sup>213</sup>.

[Rz 75] Auf der einen Seite wäre es pflichtwidrig, wenn ein VR wegen einer pendenten Anfechtungsklage einfach «*nichts mehr tun*» würde; durch Unterlassungen können *Opportunitäten verpasst* und damit die betroffenen AG geschädigt werden. Auf der anderen Seite dürfen Klagen gemäss Art. 706 f. OR nicht ignoriert werden, weil *Rückabwicklungen* und weitere Schädigungen als Folge aufgehobener «Wiederwahlen» resultieren können<sup>214</sup>. Wie muss sich ein VR bei *relativ hoher Erfolgswahrscheinlichkeit* einer Klage verhalten<sup>215</sup>?

[Rz 76] M.E. legt der Schwebezustand<sup>216</sup> zwischen z.B. «Wiederwahl» sowie der Rechtskraft der gutgeheissenen Anfechtungsklage eine *Pflicht zur Vorsicht* und allenfalls sogar eine *Pflicht zum Zuwarten* nahe<sup>217</sup>, und zwar basierend auf Art. 717 Abs. 1 OR. Der VR hat allenfalls eine Suspendierung des Vollzugs bzw. der Wahrnehmung des GV-Beschlusses vorzunehmen: «Der Verwaltungsrat kann daher, wenn eine höhere Wahrscheinlichkeit für die Gutheissung der Anfechtungsklage als für ihre Abweisung spricht, zum Schluss kommen, dass er die Umsetzung des angefochtenen Beschlusses *suspendiert* (...)»<sup>218</sup>.

[Rz 77] Bei Aktivitäten muss der VR dafür sorgen, dass *keine vollendeten Tatsachen* (mit Schädigungspotential) in «*wichtigen*» *Bereichen* geschaffen werden. Deshalb kann der VR m.E. gehalten sein, im Hinblick auf die Anfechtungsklage – zumindest bei im konkreten Fall «*wichtigen*» Verträgen – *vertragliche Resolutivbedingungen* mit Dritten zu vereinbaren<sup>219</sup>. Aus Vorsichtsgründen könnte der VR schliesslich entweder auf den Vertragsschluss verzichten oder zumindest den *guten*

---

<sup>210</sup>Vgl. dazu vorne II. 4. 4.3. b).

<sup>211</sup>BÖCKLI, Aktienrecht, § 16 N 128.

<sup>212</sup>Statt aller insbesondere: BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 562 ff.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat, 280 ff.; BAUEN/VENTURI, Verwaltungsrat, N 169 ff.

<sup>213</sup>Ungültig «wiedergewählte» Mitglieder des VR waren zwar nicht mehr (seit der ungültigen «Wiederwahl» in der GV) formelle VR-Mitglieder, sie sind jedoch *faktische VR-Mitglieder* mit entsprechenden Rechtsfolgen: Vgl. dazu hinten II. 6. 6.3.

<sup>214</sup>Eine *fixe Regel* für das Verhalten des VR (z.B. aktiv oder passiv) besteht *nicht*: DRUEY, Mängel, 155.

<sup>215</sup>Dabei handelt es sich sozusagen um eine Vorstufe der Annahme dieses Beitrags, dass nämlich eine Anfechtungsklage gegen Wiederwahlen *gutgeheissen* wird: Vgl. dazu vorne I.

<sup>216</sup>Vgl. dazu vorne II. 4. 4.3. b); statt aller: SCHOTT, Anfechtbarkeit, § 4 N 2 ff.

<sup>217</sup>Ähnlich: DRUEY, Mängel, 154 f.; TRUFFER/DUBS, Kommentar, N 26 zu Art. 706 OR; m.E. handelt es sich bei diesen Pflichten um *prospektive Schadensminderungspflichten* des VR.

<sup>218</sup>BÖCKLI, Aktienrecht, § 16 N 128 (Hervorhebung im Original).

<sup>219</sup>Sollte der Dritte damit nicht einverstanden sein, sollte der VR den Vertrag (ohne Resolutivbedingung) *entweder der GV oder dem Anfechtungskläger* zur «Genehmigung» vorlegen.

*Glauben zerstören* müssen beim Vertragspartner<sup>220</sup>.

[Rz 78] Eine *erhöhte Zurückhaltung* – nicht allein bei Publikumsgesellschaften – sollte ein VR zeigen, wenn es also um den Abschluss von «*wichtigen*» *Verträgen* für die AG geht (z.B. Fusionsverträge oder Veräusserungen von Betriebsteilen). M.E. findet sich ein *Massstab* für die «Wichtigkeit» bei den *unzulässigen Abwehrmassnahmen* nach Börsenrecht<sup>221</sup>, und zwar auch ohne das Vorliegen eines öffentlichen Übernahmeangebots<sup>222</sup>.

### 5.3. Materielle Organschaft

[Rz 79] Bei der AG ist der VR *formelles Organ*. Zusätzlich kommen jedoch als *materielles Organ* bzw. als faktischer VR der Gesellschaft (und damit als Passivlegitimierte für Verantwortlichkeitsklagen) weitere Personen in Frage, die eben gerade nicht von der GV (gültig oder überhaupt) in den VR gewählt wurden; dies ergibt sich aus Art. 754 Abs. 1 OR: «alle mit der Geschäftsführung (...) befassten Personen»<sup>223</sup>. Die *Verhaltenspflichten* gemäss Art. 717 OR<sup>224</sup> gelangen ebenfalls bei faktischen VR-Mitgliedern zur Anwendung.

[Rz 80] Eine erfolgreich angefochtene «Wiederwahl» eines VR-Mitglieds führt *ex tunc* zu dessen Nichtmitgliedschaft im Organ<sup>225</sup>. Die entsprechende reflexive Rückwirkung<sup>226</sup> betrifft ebenfalls die mögliche Passivlegitimation, d.h. ungültig «wiedergewählte» Mitglieder des VR können nicht (mehr) als formelle Organe zur Verantwortung gezogen werden. M.E. müssen sie indes in jedem Fall als *materielle Organe qualifiziert* werden<sup>227</sup>, so dass ihre persönliche Verantwortlichkeit aufgrund von Art. 754 ff. OR unzweifelhaft gegeben ist.

---

<sup>220</sup>M.E. könnte der VR im konkreten Einzelfall sogar *Informationspflichten* bzw. «*Warnpflichten*» gegenüber dem möglichen Vertragspartner haben; insbesondere müsste wohl auf die Möglichkeit künftiger Rückabwicklungen *ausdrücklich hingewiesen* werden.

<sup>221</sup>Im Wesentlichen geht es um Rechtsgeschäfte, «mit denen der Aktiv- oder Passivbestand der Gesellschaft in bedeutender Weise verändert würde» (Art. 29 Abs. 2 BEHG); erwähnt werden können z.B. Verträge mit VR-Mitgliedern betreffend «unüblich hohe Entschädigungen» (Art. 36 Abs. 2 lit. c UEV) oder Kaufs- bzw. Verkaufsverträge über Vermögenswerte, die «mehr als 10 Prozent der Bilanzsumme (...) oder die mehr als 10 Prozent der Ertragskraft» der AG betreffen (Art. 36 Abs. 2 lit. a UEV).

<sup>222</sup>Dieselben Kriterien können ausserdem ein Leitstern für *vorsorgliche Massnahmen* durch ein Gericht sein: Vgl. dazu vorne II. 4. 4.3. b).

<sup>223</sup>Im Detail zur Thematik: PETER V. KUNZ, Materielle Organschaft («faktische VR»): Voraussetzung sowie Folgen im Aktienrecht, in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX* (Bern 2014) 173 ff.; materielle Organe können sich m.E. *nicht* auf die *BJR berufen*: a.a.O. 193 ad FN 149.

<sup>224</sup>Vgl. dazu vorne II. 6. 6.2. b).

<sup>225</sup>Vgl. dazu vorne II. 3. 3.2. b).

<sup>226</sup>Vgl. dazu vorne II. 4. 4.1./4.2.

<sup>227</sup>Gl.M.: MESSER, Rückwirkung, N 641; die *massgebliche Einflussnahme* auf die *Willensbildung der AG* ergibt sich aus dem faktischen Verhalten («Einsitznahme», «Stimmabgabe» etc. im VR); nur, aber immerhin bei Beschlüssen bzw. bei Verträgen, die *selbst ohne diese «VR-Mitglieder»* gefasst bzw. abgeschlossen worden wären, liegt keine Pflichtwidrigkeit vor; die nachträgliche Löschung im HR schliesst eine Verantwortlichkeit nicht aus: VOGT, Glaube, § 2 N 252 ff.



## I. Zusammenfassung

### 1. Rückwirkung der Anfechtungsklage

[Rz 81] Die *VR-Mitglieder* einer AG – notabene unbesehen dessen, ob deren Aktien an einer Börse (etwa an der SIX) kotiert sind oder nicht – müssen von der *GV gewählt bzw. wiedergewählt* werden (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR); das Börsengesellschaftsrecht schreibt bei Publikumsgesellschaften faktisch jährliche Wahlen vor. Solche *GV-Beschlüsse* stellen Anfechtungsobjekte dar und können mittels Anfechtungsklage (Art. 706 f. OR) in Frage gestellt werden.

[Rz 82] Der vorliegende Beitrag basiert auf der *Annahme*, dass eine entsprechende *Anfechtungsklage gutheissen* wird. Es geht insbesondere um die Fragen, ob bzw. wie sich eine solche Gutheissung auf der einen Seite auf den *(Wieder-)Wahlbeschluss der GV* sowie auf der anderen Seite auf das «*Umfeld*» – nämlich auf VR-Beschlüsse sowie auf Verträge der AG, bei denen z.B. ungültig «wiedergewählte» Mitglieder des VR beteiligt waren – *auswirkt*.

[Rz 83] Fast gänzlich unbestritten zum Aktienrecht ist, dass einer gutgeheissenen Anfechtungsklage, die gegenüber allen Aktionären gilt (Art. 706 Abs. 5 OR), eine *rückwirkende Wirkung*, also eine Wirksamkeit *ex tunc* zukommt. Der (Wieder-)Wahlbeschluss der GV als solcher wird aufgehoben, was dazu führt, dass das betreffende Mitglied des VR *überhaupt nie gewählt (oder wiedergewählt)* wurde, d.h. es gilt aktienrechtlich der «Status quo ante».

### 2. Reflexive Rückwirkung und weitere Rechtsfolgen

[Rz 84] Ein gewichtiges Praxisproblem ergibt sich aus dem *Schwebezustand*, der zwischen dem Zeitpunkt der GV etwa mit der ungültigen «Wiederwahl» sowie dem Zeitpunkt der Rechtskraft des Anfechtungsurteils besteht. Von Unsicherheiten betroffen sind die AG, die Mitglieder des VR sowie Dritte. In diesem teils mehrjährigen Zeitraum steht das Wirtschaftsleben nicht still, und der VR (inklusive den ungültig «wiedergewählten» Mitgliedern) übt zahlreiche *Aktivitäten* aus, indem etwa *Beschlüsse* gefasst oder *Verträge* abgeschlossen werden.

[Rz 85] Wie – wenn überhaupt – wirkt sich die unstrittige Rückwirkung der Anfechtungsklage gegen eine Wahl bzw. eine «Wiederwahl» auf *Beschlüsse* sowie auf *Verträge* der AG aus? Gibt es eine *reflexive Rückwirkung* auf dieses «Umfeld»? Die Praxis sowie die Lehre beschäftigen sich bis anhin noch kaum mit diesen Fragen, was zu Rechtsunsicherheit(en) führt. M.E. muss eine reflexive Rückwirkung *prinzipiell bejaht* werden, doch ist zwischen einerseits Beschlüssen sowie andererseits Verträgen zu differenzieren:

[Rz 86] *VR-Beschlüsse*, die ausschliesslich infolge der Stimmabgabe(n) durch ungültig «wiedergewählte» Mitglieder zustande kamen, erweisen sich als *nichtig* (Art. 714 OR). Sollten diese «Mitglieder» bzw. ihre «Stimmen» indes *nicht kausal* gewesen sein für die Beschlussfassungen, sind sie trotzdem *gültig*. Die Kausalität ergibt sich v.a. durch das *Subtraktionsmodell*, doch können im Einzelfall auch *sonstige Beeinflussungen* massgeblich sein.

[Rz 87] *Verträge mit Dritten* sind – bei «ungenügender» Zeichnungsberechtigung, also bei notwendiger Mitunterzeichnung durch ungültig «wiedergewählte» VR-Mitglieder – zwar ebenfalls prinzipiell ungültig. Doch zumindest *gutgläubige Dritte* durften *vertrauen* auf die falschen HR-Eintragungen

der «Mitglieder» des VR (öffentlicher Glaube des HR)<sup>228</sup>. Anders verhält es sich nur, aber immerhin, wenn die *Vertragspartner bösgläubig* waren<sup>229</sup>.

[Rz 88] Der VR der beklagten AG darf eine Anfechtungsklage nicht «unterlaufen», indem er *vollendete Tatsachen* schafft. Bei «*wichtigen*» VR-Beschlüssen oder Verträgen kann verhindert werden, dass sie überhaupt gefasst bzw. abgeschlossen werden. Der Anfechtungskläger kann nämlich bei Gericht *vorsorgliche Massnahmen* gegen die AG oder die VR-Mitglieder verlangen (richterliche Verbote). Vom Gericht müssten zumindest *strukturelle Veränderungen* i.S. von Art. 29 Abs. 2 BEHG i.V.m. Art. 35 f. UEV untersagt werden.

[Rz 89] Unbesehen allfälliger vorsorglicher Massnahmen hat der VR einer AG zudem *Treue- und Sorgfaltspflichten* (Art. 717 Abs. 1 OR), denen eine *erhöhte* Bedeutung im Schwebezustand zukommen. Im konkreten Einzelfall müssen allenfalls z.B. eine *Pflicht zur Vorsicht* sowie eine *Pflicht zum Zuwarten* vom VR beachtet werden. Werden solche Pflichten verletzt, können die Mitglieder des VR (nicht zuletzt die ungültig «wiedergewählten» Personen) persönlich haftbar und *verantwortlich* werden im Rahmen von Art. 754 ff. OR.

[Rz 90] Wenn die Wahlen oder die «Wiederwahlen» in den VR durch rechtskräftige Anfechtungsklagen aufgehoben werden, müssen z.B. die ungültig «wiedergewählten» Mitglieder des VR im HR *gelöscht* werden<sup>230</sup>. In aller Regel hat dies *keine weiteren* gesellschaftsrechtlichen Folgen. Im Einzelfall muss indes abgeklärt werden, ob die Statuten der AG allenfalls eine *Mindestzahl von VR-Mitgliedern* vorsieht; ein allfälliger *Organisationsmangel* gemäss Art. 731b OR müsste umgehend durch neue GV-Wahlbeschlüsse korrigiert werden.

---

Prof. Dr. PETER V. KUNZ, Rechtsanwalt, LL.M. (Georgetown University Law Center) ist ordentlicher Professor für Wirtschaftsrecht sowie für Rechtsvergleichung an der Universität Bern, geschäftsführender Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht ([www.iwr.unibe.ch](http://www.iwr.unibe.ch)) sowie Vizedekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät; ein langjähriger Forschungsschwerpunkt liegt im Aktienrecht. Der Unterzeichner bedankt sich bei Frau Rechtsanwältin CAROLE BECK für ihre Unterstützung zu diesem Beitrag. Prof. KUNZ betreut für Jusletter seit vielen Jahren die Redaktion «Wirtschaftsrecht».

---

<sup>228</sup>Nach Auskunft verschiedener HR-Ämter sowie des EHRA sind *Anmerkungen im HR* über angefochtene Wahlen oder «Wiederwahlen» ausgeschlossen und würden nicht vorgenommen.

<sup>229</sup>Sollte eine «Medien-Notorietät» eines «Falles» gegeben sein, könnte ein Dritter allenfalls im Einzelfall vorläufig nicht glaubwürdig sein «Nichtwissen» über (potentiell) falsche Eintragungen im HR vorbringen, d.h. sein guter Glaube dürfte durch *generelle Umstände* ausgeschlossen sein; eine Zerstörung des guten Glaubens könnte ausserdem bewusst herbeigeführt werden, nämlich beispielsweise durch entsprechende *Inserate* oder durch *individuelle «Abmahnungen»* von Dritten oder von deren Beratern (Anwaltskanzleien, Investmentbanken etc.).

<sup>230</sup>Statt aller: PLÜSS, Rechtsstellung, 109 f.; MESSER, Rückwirkung, N 639 m.w.H. in FN 1709.