

Mark Montanari

Erste Erfahrungen mit der Stimmrechtssuspendierungsklage nach Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG

Vor kurzem ist ein richterlicher Entscheid zur neuen Stimmrechtssuspendierungsklage nach Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG ergangen. Das Obergericht des Kantons Zürich (OGer) hatte ein Gesuch um vorsorgliche Suspendierung von Aktienstimmrechten zu beurteilen, wobei die umstrittene Frage der Rückwirkung der neuen Klage auf Sachverhalte, die sich noch vor der Revision des BEHG per 1. Dezember 2007 zugetragen haben, im Zentrum stand. Der vorliegende Beitrag gibt in einem allgemeinen Teil die Erwägungen des OGer wieder und führt diese einer kritischen Würdigung zu. Für den interessierten Leser sollen in einem besonderen Teil weitergehendere und detailliertere Überlegungen zum Gerichtsstand und zur Rückwirkungsthematik sowie Hinweise zu zukünftigen Änderungen der neuen Klage gemacht werden.

Rechtsgebiet(e): Aktienrecht

Zitiervorschlag: Mark Montanari, Erste Erfahrungen mit der Stimmrechtssuspendierungsklage nach Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG, in: Jusletter 28. September 2009

Inhaltsübersicht

ALLGEMEINER	TEIL
I.	Einleitung
1.	Neue Klagemöglichkeit
2.	Gesetzgebungsarbeiten
3.	Erstes Urteil zur neuen Klage
II.	Sachverhalt
III.	Erwägungen des OGer
1.	Zuständigkeit
2.	Rückwirkung
2.1.	Kriterien des Zivilrechts
2.1.1.	Art. 2 SchIT ZGB
2.1.2.	Art. 3 SchIT ZGB
2.2.	Kriterien des Strafrechts
2.3.	Kriterien des Verwaltungsrechts
2.4.	Ergebnis des OGer
IV.	Würdigung
1.	Hauptanspruch
2.	Gerichtsstand
2.1.	Internationale Zuständigkeit
2.1.1.	Sachlicher Anwendungsbereich des LugÜ
2.1.2.	Stimmrechtssuspendierungsklage als Zivil- und Handelssache i.S. des LugÜ
2.1.3.	Internationale Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen
2.2.	Örtliche Zuständigkeit
3.	Rückwirkung
3.1.	Zivilrechtliche Rückwirkung
3.1.1.	Gestützt auf Art. 2 SchIT ZGB
3.1.2.	Gestützt auf Art. 3 SchIT ZGB
3.2.	Verwaltungsrechtliche Rückwirkung
3.2.1.	Echte Rückwirkung
3.2.2.	Unechte Rückwirkung
3.3.	Strafrechtliche Rückwirkung
V.	Fazit
BESONDERER	TEIL
VI.	Gerichtsstand
1.	Internationale Zuständigkeit nach LugÜ
1.1.	Ausschliesslicher Gerichtsstand von Art. 16 Ziff. 2 LugÜ für die Stimmrechtssuspendierungsklage?
1.2.	Anknüpfung an Art. 5 Ziff. 3 LugÜ
2.	Binnensachverhalte
2.1.	Zivilsache i.S. des GestG
2.2.	Gerichtsstand am Sitz der Zielgesellschaft?
2.3.	Gerichtsstand für vorsorgliche Massnahmen
VII.	Zivilrechtliche Rückwirkung – Interessenabwägung
1.	Typisierte Interessenabwägung
2.	Typische Interessenlage bei der Meldepflichtverletzung
VIII.	Ausblick

ALLGEMEINER TEIL

I. Einleitung

1. Neue Klagemöglichkeit

[Rz 1] Mit der Revision des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG)¹ per 1. Dezember 2007

¹ Bundesgesetz über die Börsen- und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (Börsengesetz, BEHG; SR 954.1).

wurden die bisherigen Klagen² im Börsengesetz um eine weitere ergänzt³. Gemäss Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG kann der Richter auf entsprechende Klage hin die Ausübung des Stimmrechts der Person, die eine Beteiligung unter Verletzung der börsenrechtlichen Meldepflicht erwirbt oder veräussert, für die Dauer von bis zu fünf Jahren suspendieren. Als Vorbild gedient bzw. «Modell gestanden»⁴ hat Art. 32 Abs. 7 BEHG⁵.

[Rz 2] Die Schaffung einer Stimmrechtssuspendierungsklage bei Verletzung der Meldepflicht wurde bei der Ausarbeitung des BEHG bereits diskutiert, in der Folge jedoch fallen gelassen (interessanterweise wurde die damalige Diskussion systematisch im Rahmen der Strafbestimmungen geführt⁶). Einzelne frühe Stimmen aus der Lehre fordern bereits seit langem eine entsprechende Revision⁷.

2. Gesetzgebungsarbeiten

[Rz 3] Die Gesetzgebungsarbeiten zur neuen Klage (unter dem Druck, nicht «noch mehr verdeckte Übernahmen zu ermöglichen»⁸, stehend) folgten nicht dem üblichen legislativen «courant normal»⁹. Es bestehen insbesondere keine

² Vor der Revision vom 1. Dezember 2007 sah das BEHG lediglich bei Verletzung der Angebotspflicht eine Stimmrechtssuspendierungsklage in Art. 32 Abs. 7 BEHG sowie eine Kraftloserklärungsklage in Art. 33 Abs. 1 BEHG vor.

³ Der Vollständigkeit halber sei weiter auf die per 1. Dezember 2007 in Art. 20 Abs. 1 BEHG neu eingeführten Meldeschwellenwerte von 3, 15 und 25 % sowie die Erfassung von Erwerbs- und Veräusserungsrechten bezüglich Aktien hingewiesen. Zudem wurden in Art. 20 Abs. 2^{bis} BEHG weitere Finanzinstrumente, die es wirtschaftlich ermöglichen, Beteiligungspapiere zu erwerben, der Meldepflicht unterstellt, dies allerdings nur, sofern das entsprechende Geschäft «im Hinblick auf ein öffentliches Kaufangebot» erfolgt (vgl. zum Ganzen HANS CASPAR VON DER CRONE/EVA BILEK/MATTHIAS HIRSCHLE, Neuerungen im Offenlegungsrecht, SZW 1/2008, 1 ff.). Die Regelungen zu den Finanzinstrumenten erfuhr mit der Revision der BEHV-FINMA per 1. Januar 2009 wiederum Neuerungen (vgl. dazu THOMAS JUTZI/SIMON SCHÄREN, Erfassung von Finanzinstrumenten im revidierten Offenlegungsrecht, ST 8/2009, 570 ff.).

⁴ VON DER CRONE/BILEK/HIRSCHLE (FN 3), 5.

⁵ Vgl. etwa: Votum Eugen David, Amtl. Bull. 2007 SR 418; Prot. WAK-SR vom 4. Juni 2007, 17; EFD-Bericht zuhanden der WAK-NR vom 21. Dezember 2006, 4 f.; EFD-Bericht zuhanden der WAK-SR vom 18. April 2007, 7 f.

⁶ Vgl. Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. Februar 1993 (zit. nach Sonderdruck: Botschaft), 58.

⁷ PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern 2001, § 10 N 86, 89 und 94; ROLAND VON BÜREN/THOMAS BÄHLER, Eingriffe des neuen Börsengesetzes ins Aktienrecht, AJP 4/96, 391 ff., 397 FN 55; ROLF H. WEBER, Offenlegungspflichten im neuen Börsengesetz und im EG-Recht, AJP 9/94, 301 ff., 306; MYRIAM SENN, Auskunftsbegehren ausländischer Gesellschaften über die Aktionärserschaft und schweizerische Geheimhaltungspflichten, Diss. St. Gallen 1992, 161; DIES., Anmerkungen zur zukünftigen Meldepflicht im Börsengesetz – Art. 20 BEHG, SZW 5/93, 227 ff., 231 FN 29.

⁸ Votum Johann Schneider-Ammann, Amtl. Bull. 2007 NR 100.

⁹ PETER V. KUNZ, Die Stimmrechtssuspendierungsklage im revidierten

Botschaft¹⁰ und kein Begleitbericht. Auch eine Vernehmlassung wurde nicht durchgeführt, weshalb auf die Protokolle der parlamentarischen Beratungen¹¹, die Protokolle der vorberatenden Kommissionen sowie die Berichte des EFD¹² zurückgegriffen werden muss. Viele Fragen zur neuen Klage blieben offen¹³, was insbesondere auch dem Parlament bewusst war¹⁴. Die überstürzten Gesetzgebungsarbeiten, auch als börsenrechtliches «Notrecht» bezeichnet¹⁵, wurden von der Lehre mehrfach kritisiert¹⁶.

3. Erstes Urteil zur neuen Klage

[Rz 4] Während im Bereich der Angebotspflicht (Art. 32 BEHG) bereits erste Erfahrungen mit einer Stimmrechtssuspendierung gemacht wurden¹⁷, fehlte bisher eine entsprechende Praxis für den Bereich der Meldepflichtverletzung. Dies hat sich jedoch vor kurzem geändert, als das OGer des Kantons Zürich in der Auseinandersetzung zwischen dem «Verein pro Aktionärsrechte Sulzer» (Verein) sowie der in Wien ansässigen Everest Beteiligungs GmbH in Liq. (Everest) und Salve Beteiligungs GmbH (Salve) ein Gesuch betreffend die vorsorgliche Stimmrechtssuspendierung wegen Verletzung der

Meldepflicht zu beurteilen hatte¹⁸. Zentral war die Frage der Rückwirkung der neuen Klage, wobei das OGer sowohl unter Berücksichtigung der zivil-, verwaltungs- und strafrechtlichen Grundsätze eine Rückwirkung verneinte.

II. Sachverhalt

[Rz 5] Im Hinblick auf die GV der Sulzer AG vom 18. August 2009 verlangte der Verein pro Aktionärsrechte Sulzer mit Eingabe vom 17. Juli 2009, dass die Stimmrechte der per 11. August 2009 im Aktienbuch eingetragenen Aktien von Everest und Salve bis zum Abschluss des ordentlichen Prozesses betreffend die Stimmrechtssuspendierung vorsorglich zu suspendieren seien.

[Rz 6] Zur Begründung des Gesuchs legte der Verein eine Verfügung der FINMA vom 22. Januar 2009 ins Recht, wonach eine Meldepflichtverletzung derjenigen Personen, welche die Renova-Gruppe¹⁹ kontrollieren, festgestellt wurde.

[Rz 7] Obwohl damit die Meldepflichtverletzung glaubhaft gemacht worden sei, wies die Einzelrichterin des Bezirks Winterthur das Gesuch wegen einer negativen «Hauptsachenprognose»²⁰ ab mit der Begründung, dass die festgestellte Verletzung vor Inkrafttreten von Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG erfolgt sei. Die vom Verein angestrebte rückwirkende Anwendung dieser Bestimmung sei nicht rechtmässig²¹. Dagegen erhob der Verein mit Eingabe vom 6. August 2009 Rekurs beim OGer.

III. Erwägungen des OGer

1. Zuständigkeit

[Rz 8] Nachdem das OGer die internationale Zuständigkeit der Schweiz sowie die örtliche Zuständigkeit am Sitz der Sulzer AG bejaht hat²², wurde hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit u.a. auf die parlamentarischen Beratungen zur Stimmrechtssuspendierungsklage verwiesen²³, aus welchen hervorgehe, dass die Beurteilung der Klage der Zivilgerichtsbarkeit unterliege. Zur Durchsetzung einer bundesrechtlichen

Börsengesetz, SZW 3/2008, 280 ff., 285.

¹⁰ Die Revision des BEHG wurde als sog. Vorlage 2 von der WAK-NR initiiert und in das Gesetzgebungsverfahren zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1) eingefügt (vgl. Votum Johann Schneider-Ammann, Amtl. Bull. 2007 NR 99; Votum Hans-Rudolf Merz, Amtl. Bull. 2007 NR 102). Die Forderung in der WAK-SR, vom Bundesrat eine Zusatzbotschaft zu verlangen, wurde nicht weiter verfolgt (Prot. WAK-SR vom 29./30. März 2007, 15).

¹¹ Amtl. Bull. 2007 NR 99 ff., 893 ff., 985 ff., 1057 f.; Amtl. Bull. 2007 SR 404 ff., 540 f., 609 f., 624 f., 659.

¹² EFD-Berichte zuhanden der WAK-NR bzw. WAK-SR vom 21. Dezember 2006, 18. April 2007 und 21. Mai 2007.

¹³ Als Beispiele: Rückwirkung, Rechtsnatur, Umfang der suspendierten Stimmrechte, Dauer der Suspendierung, Drittwirkung der Suspendierung, Gerichtsstand.

¹⁴ Votum Hans-Rudolf Merz, Amtl. Bull. 2007 NR 103: «In der Tat gibt es noch gewisse Pendenzen»; Votum Hans Lauri, Amtl. Bull. 2007 SR 417: «Wir sagen [...] nicht, welches die Kriterien für diese fünf Jahre sind»; Votum Eugen David, Amtl. Bull. 2007 SR 418 «[...] dass unklar ist, was genau hier massgebend ist».

¹⁵ PETER V. KUNZ, Börsenrechtliche Meldepflicht in Theorie und Praxis, in: Nedim P. Vogt/Eric Stupp/Dieter Dubs (Hrsg.), Unternehmen – Transaktion – Recht, Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2008, 229 ff., 241; bereits in den vorberatenden Kommissionen: Prot. WAK-SR vom 30. April 2007, 17.

¹⁶ KUNZ (FN 9), 285 f.; DERS., (FN 15), 240 f.; VON DER CRONE/BILEK/HIRSCHLE, (FN 3), 5; ROLF WATTER/CORRADO RAMPINI/THOMAS CANDRIAN, Praktische Aspekte der Stimmrechtssuspendierungsklage, in: Peter V. Kunz/Dorothea Herren/Thomas Cottier/René Matteotti (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Bern 2009, 795 ff., 795; ROLF WATTER/DIETER DUBS, Optionsstrategien bei Übernahmekämpfen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XI, Zürich 2009, 173 ff., 200 ff.

¹⁷ Vgl. die Empfehlung der UEK vom 28. Juni 2007 i.S. GNI Global Net International AG, Bst. N und O.

¹⁸ Verfügung der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. August 2009, Geschäfts-Nr. NL090126/Z2; die Verfügung wurde auf der Homepage des Obergerichts publiziert; bereits am 9. August wurde bekannt, dass der Aktionärsverein pro Sulzer mit einer Klage erreichen möchte, dass die Aktien von Renova nicht stimmberechtigt sind, vgl. NZZ vom 9. August 2009, 31: «Wird Renova stimmen dürfen?».

¹⁹ Die Everest Beteiligungs GmbH bildet zusammen mit anderen Aktionären die Renova-Gruppe, welche 31.2 % der Aktien der Sulzer AG hält.

²⁰ Verfügung (FN 18), Ziff. 4.1.

²¹ Verfügung (FN 18), Ziff. 1.2 a.E.

²² Verfügung (FN 18), Ziff. 2.2.

²³ Votum Hans-Rudolf Merz, Amtl. Bull. 2007 SR 418; Votum Hannes Germain, Amtl. Bull. 2007 SR 417.

Regelung könne zudem einstweiliger Rechtsschutz durch vorsorgliche Massnahmen beansprucht werden²⁴.

2. Rückwirkung

[Rz 9] Ausgangspunkt zur Frage der Rückwirkung bildete die Feststellung, dass der Gesetzgeber auf die ausdrückliche Anordnung einer Rückwirkung verzichtet hat. Dies, obwohl der Gesetzgeber bei der Schaffung von Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG den Fall Sulzer AG ausdrücklich erwähnte²⁵. Daraus schloss das OGer auf ein qualifiziertes Schweigen: «Hätte der historische Gesetzgeber eine Rückwirkung von Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG gewollt, hätte sich eine ausdrückliche Regelung aufgedrängt»²⁶.

[Rz 10] Das OGer zog sodann die allgemeinen Grundsätze zur Rückwirkung heran und hielt fest, dass Rechtssätze grundsätzlich nicht auf Sachverhalte anzuwenden seien, die sich vor ihrem Inkrafttreten ereignet haben. Allerdings gelte dieses Rückwirkungsverbot nicht ausnahmslos, wobei Lehre und Rechtsprechung zur zivil-, verwaltungs- und strafrechtlichen Rückwirkung je eigene Grundsätze erarbeitet hätten²⁷.

2.1. Kriterien des Zivilrechts

[Rz 11] Bezüglich der Rückwirkung zivilrechtlicher Vorschriften verwies das OGer auf BGE 133 III 105 und prüfte die Anwendung von Art. 2 und Art. 3 Schlusstitel (SchIT) ZGB.

2.1.1. Art. 2 SchIT ZGB

[Rz 12] Nach Art. 2 Abs. 1 SchIT ZGB sind Bestimmungen, die um der öffentlichen Ordnung und der Sittlichkeit willen aufgestellt sind, auch rückwirkend anwendbar.

[Rz 13] Die rückwirkende Anwendung neuen Rechts sei nicht bereits dann geboten, wenn die neuen Bestimmungen zwingend sind. Unter Verweisung auf BGE 133 III 105 Erw. 2.1.3 würden die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit nur dort eine Rückwirkung gebieten, wo die Weitergeltung bisherigen Rechts mit den grundlegenden ethischen oder sozialpolitischen Wertungen der geltenden Rechtsordnung unvereinbar wäre. Der Entscheid über die Rückwirkung sei aufgrund einer Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen zu treffen (BGE 133 III 105 Erw. 2.1.4)²⁸.

[Rz 14] Da die Verletzung der Meldepflicht bereits nach bisherigem Recht strafbar war²⁹ und zu hohen Bussen führen

konnte, könne keine Rede davon sein, dass die Weitergeltung des bisherigen Rechts die Verletzung der Meldepflichten einfach hinnehmen würde. Zudem schliesse das neue Recht nicht schlechterdings aus, dass ein Aktionär, der die Meldepflicht verletzt hat, seine Stimmrechte ausübe. Denn eine Suspendierung des Stimmrechts erfolge nur auf Klage hin. Im Übrigen sei eine Suspendierung zeitlich auf maximal fünf Jahre beschränkt. Wäre die Wahrnehmung der Stimmrechte einer heimlich aufgebauten Beteiligung mit der öffentlichen Ordnung vollkommen unvereinbar, so wäre ein unbefristeter Entzug des Stimmrechts von Gesetzes wegen naheliegend gewesen³⁰.

[Rz 15] Weder unter altem noch unter neuem Recht sei die Ausübung des Stimmrechts bei Verletzung der Meldepflicht unter allen Umständen ausgeschlossen, weshalb die Weitergeltung des neuen Rechts bzw. das Absehen einer Rückwirkung von Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG mit der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit vereinbar sei³¹.

2.1.2. Art. 3 SchIT ZGB

[Rz 16] Art. 3 SchIT ZGB unterstellt Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, der Beurteilung nach dem neuen Recht, selbst wenn sie vor diesem Zeitpunkt begründet worden sind.

[Rz 17] Gesellschaftsrechtliche Positionen seien keine Rechtsverhältnisse, die unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben würden³². Vielmehr würden die aus der Eigenschaft als Aktionär fliessenden Rechte, mithin auch das Stimmrecht, den Schutz erworbener Rechte geniessen, was unter diesem Aspekt somit ebenfalls gegen eine Rückwirkung von Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG spreche³³.

2.2. Kriterien des Strafrechts

[Rz 18] Eine rückwirkende Anwendung gestützt auf die strafrechtlichen Grundsätze verneinte das OGer mit der Begründung, dass neue schärfere Strafbestimmungen «auch dann nicht zurück[wirken], wenn das Verhalten bereits unter altem

geltende Fassung von Art. 41 BEHG erfasst nun auch die fahrlässige Verletzung der Meldepflicht, wobei diesfalls der Bussenrahmen auf eine Million Franken begrenzt ist (Art. 41 Abs. 3 BEHG).

²⁴ Verfügung (FN 18), Ziff. 2.1 m.w.H.u.a. auf die ZPO des Kantons Zürich.

²⁵ Votum Dominique de Buman, Amtl. Bull. 2007 NR 100: «[...] pensez notamment au cas de Sulzer [...]»; Votum Simonetta Sommaruga, Amtl. Bull. 2007 SR 406: «Ich spreche hier [...] von Firmen wie Sulzer [...]».

²⁶ Verfügung (FN 18), Ziff. 7.3.

²⁷ Verfügung (FN 18), Ziff. 6.1.

²⁸ Verfügung (FN 18), Ziff. 7.3.

²⁹ Bis zum 1. Dezember 2007 konnten Meldepflichtverletzungen nur strafrechtlich gestützt auf Art. 41 Abs. 1 lit. a BEHG mit Busse bis maximal das Doppelte des Transaktionsvolumens sanktioniert werden und das auch nur dann, wenn die Verletzung der Meldepflicht vorsätzlich erfolgte. Die

³⁰ Verfügung (FN 18), Ziff. 7.4 a.E. Darüber hinaus nannte das OGer die Nichtigkeit des Erwerbs des Beteiligungserwerbs als weitere mögliche Sanktionierung für Meldepflichtverletzungen, derer sich der Gesetzgeber hätte bedienen können, was er jedoch nicht getan hat.

³¹ Verfügung (FN 18), Ziff. 7.4.

³² Bei den Rechtsverhältnissen, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, handelt es sich um Rechtsverhältnisse, die sich nicht als erworbene Rechte qualifizieren, weil sie nicht auf einem Rechtsverhältnis beruhen (BSK ZGB II-VISCHER, Art. 3 SchIT N 2).

³³ Verfügung (FN 18), Ziff. 7.5.

Recht strafbar war. Das neue Recht wird nur angewandt, wenn es für den Täter das mildere ist (Art. 2 Abs. 2 StGB)³⁴.

2.3. Kriterien des Verwaltungsrechts

[Rz 19] Schliesslich prüfte das OGer die einschlägigen Kriterien für eine echte sowie für eine unechte Rückwirkung³⁵.

[Rz 20] Unter dem Aspekt einer unechten Rückwirkung hielt das OGer fest, dass Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG an die Verletzung der börsenrechtlichen Meldepflicht anknüpft und nicht an das Halten einer namhaften Beteiligung. Im Überschreiten der Meldeschwellen nach Art. 20 Abs. 1 BEHG liege kein für die Anwendung einer unechten Rückwirkung vorausgesetzter Dauersachverhalt. Dass der relevante Sachverhalt das Überschreiten der Meldeschwelle sei, zeige im Übrigen auch die maximal fünfjährige Befristung der Suspendierung, darf doch der Aktionär diesfalls gleichwohl seine Beteiligung weiterhin halten³⁶.

[Rz 21] Da es an dem für eine unechte Rückwirkung vorausgesetzten Dauersachverhalt fehlte, prüfte das OGer die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die echte Rückwirkung. Diese fiel jedoch kurz aus, da es bereits am Erfordernis der ausdrücklich angeordneten oder nach dem Sinn des Erlasses klar gewollten Rückwirkung fehle³⁷.

2.4. Ergebnis des OGer

[Rz 22] Zusammenfassend gelangte das OGer zum Schluss, dass eine Rückwirkung von Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG sowohl nach zivilrechtlichen, strafrechtlichen sowie verwaltungsrechtlichen Grundsätzen unzulässig sei. Aus diesem Grund musste der späteren Hauptsache-Klage eine negative Prognose beschieden werden, weshalb das Suspendierungsbegehren abzuweisen war.

IV. Würdigung

[Rz 23] Es ist zunächst klarzustellen, dass die Frage der Rückwirkung von Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG in näherer Zukunft kein Thema mehr sein wird. Gegenwärtig dürften wohl maximal drei bis vier Fälle die Frage der Rückwirkung von Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG betreffen.

[Rz 24] Allerdings ist zu sagen, dass das OGer bei der Beurteilung der Rückwirkung die Gelegenheit gehabt hätte, die sehr umstrittene und wichtige Frage der Rechtsnatur der Stimmrechtssuspendierungsklage³⁸ zu behandeln. Denn richtiger-

weise hängt die Beantwortung der Frage der Rückwirkung unweigerlich mit der Frage der Rechtsnatur zusammen³⁹. Ein systematisches Vorgehen bei der Beantwortung der Zulässigkeit der Rückwirkung hätte zunächst die Feststellung der Rechtsnatur erfordert. Dieser Frage ist das OGer jedoch geschickt ausgewichen, indem es die jeweiligen Voraussetzungen für eine Rückwirkung unter Berücksichtigung der zivil-, verwaltungs- sowie strafrechtlichen Grundsätze vorweggenommen und verneint hat.

[Rz 25] Dieses Vorgehen ist bedauerlich angesichts der Tatsache, dass die Regelung von Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG eine Vielzahl offener Fragen aufwirft⁴⁰, sowohl prozessual wie auch materiell. Auch die vom Parlament und den vorberatenden Kommissionen eingeschlagene Richtung, wonach die Problemlösungen dem Richter überlassen werden sollten⁴¹, scheint unter diesen Umständen (zumindest noch) nicht wie möglicherweise gewünscht aufzugehen.

1. Hauptanspruch

[Rz 26] Wenig überraschend und zu Recht hat das OGer den Anspruch auf Suspendierung der Stimmrechte als

Börsenrechtliche Meldepflicht im Spannungsfeld von Gesellschafts- und Finanzmarktrecht, in: Kunz/Herrn/Cottier/Matteotti (FN 16), 769 ff., 775 a.E. und 776; für eine *verwaltungsrechtliche Qualifikation*: VON DER CRONE/BILEK/HIRSCHLE (FN 3), 6, wobei die Stimmrechtssuspendierung allerdings den Charakter einer Verwaltungsstrafe habe, weshalb eine Rückwirkung wiederum mit dem Argument «nulla poena sine lege» abgelehnt wurde (VON DER CRONE/BILEK/HIRSCHLE (FN 3), 8); für eine Qualifikation als *Marktschutznorm*: PETER NOBEL, Das Aktienrecht nicht vergewaltigen, Jusletter vom 26. November 2007, Rz 10; DERS., Aktien- und Börsenrecht: Vielfalt und Einheit, SZW 2/2008, 175 ff., 188; für eine *zivilrechtliche Qualifikation* WATTER/RAMPINI/CANDRIA (FN 16), 798, da mit der Stimmrechtssuspendierungsklage auch Privatinteressen zum Durchbruch verholfen wird und sich die Beteiligten im Zivilprozess als gleichberechtigte Rechtssubjekte gegenüber stehen; offen bei WATTER/DUBS (FN 16), 202 ff.

³⁹ VON DER CRONE/BILEK/HIRSCHLE (FN 3), 5.

⁴⁰ VON DER CRONE/BILEK/HIRSCHLE (FN 3), 5; in diesem Sinne auch PETER V. KUNZ, Das Einberufungsrecht für GV sowie weitere Aktionärsrechte zwischen Hammer und Amboss von Managementwillkür und Rechts(un)sicherheit, in: Jusletter vom 19. November 2007, Rz 33, wonach der Gesetzgeber mit Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG «die Büchse der Pandora» geöffnet habe, weil mit dieser Regelung auf unbestimmte Zeit noch viele Rechtsunsicherheiten bestehen würden; DERS. (FN 15), 250; DERS. (FN 9), 286; WATTER/DUBS (FN 16), 202; WATTER/RAMPINI/CANDRIA (FN 16), 795.

⁴¹ Votum Simonetta Sommaruga, Amtl. Bull. 2007 SR 407, die in Anbetracht der «vermutlich zu wenig» ausdiskutierten Vorgaben für den Zivilrichter davon ausging, dass «dies vermutlich noch einer Verordnung bedarf, die festlegt, nach welchen Kriterien eine Suspendierung erfolgt»; Votum Hans Lauri, Amtl. Bull. 2007 SR 417: «Was mich jetzt aber nicht befriedigt, ist, dass es uns auch in der Kommission nicht gelungen ist, glaubhafte Kriterien zu erarbeiten, nach welchen der Richter entscheiden könnte»; Prot. WAK-NR vom 27./28. November 2006, 77: «Wie aber ein Richter im Einzelnen reagieren würde, wissen wir nicht»; Prot. WAK-SR vom 14. Juni 2007 zur Dauer der Suspendierung: «Der Richter ist relativ frei, was für eine Frist er aussprechen will. [...] Die Kriterien sind tatsächlich in seiner Hand». Als Reaktion darauf: «Das befriedigt mich nicht. [...] Wir sind der Gesetzgeber und wir sollten zeigen können, was wir uns an Kriterien überlegt haben».

³⁴ Verfügung (FN 18), Ziff. 7.7.

³⁵ Zu den Begriffen vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. Zürich 2006, N 329 ff. bzw. 337 ff.

³⁶ Verfügung (FN 18), Ziff. 8.3.

³⁷ Verfügung (FN 18), Ziff. 8.4.

³⁸ Für eine *strafrechtliche Qualifikation*: KUNZ (FN 9), 287 und 296, welcher den Sanktionsgedanken und nicht den Marktschutzgedanken im Vordergrund sieht und eine Rückwirkung wegen dem Grundsatz «nulla poena sine lege» ablehnt; DERS. (FN 15), 251; wohl auch ROLF H. WEBER,

Hauptanspruch und nicht als vorsorgliche Massnahme qualifiziert. Die ursprüngliche Fassung von Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG sah lediglich die Möglichkeit der Suspendierung durch «einstweilige Verfügung» vor⁴². Dieser Passus wurde in den nachfolgenden Beratungen jedoch wieder gestrichen⁴³ und aus den Materialien geht deutlich hervor, dass es dem Gesetzgeber bei Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG um eine Hauptsache und nicht bloss um einen vorsorglichen Rechtsschutz ging⁴⁴. Auch die Lehre erachtet Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG als Hauptanspruch⁴⁵.

[Rz 27] Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle auf die Neuformulierung von Art. 32 Abs. 7 BEHG verwiesen. Die Stimmrechtssuspendierungsklage im Bereich der Angebotspflicht ist nicht mehr als vorsorgliche Massnahme, sondern neu als Hauptanspruch zu qualifizieren⁴⁶.

2. Gerichtsstand

[Rz 28] Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG regelt den Gerichtsstand der Klage nicht, was in der Lehre mit Erstaunen⁴⁷ aufgenommen und entsprechend diskutiert wurde⁴⁸. Das Parlament ging davon aus, dass (zumindest was Binnensachverhalte betrifft) der Richter am Sitz der Zielgesellschaft zuständig sein sollte⁴⁹.

2.1. Internationale Zuständigkeit

[Rz 29] Die Gesuchsgegnerinnen hatten beide ihren Sitz in Wien. Im Sinne des IPRG⁵⁰ war somit ein internationaler

Sachverhalt zu beurteilen⁵¹, weshalb das GestG⁵² nicht zur Anwendung gelangen konnte⁵³. Allerdings behält sich das IPRG völkerrechtliche Verträge vor (Art. 1 Abs. 2 IPRG). Diesfalls bezeichnete das OGer das LugÜ⁵⁴ als einschlägig, was grundsätzlich zutrifft, da sowohl die Schweiz wie auch Österreich Vertragsstaaten des LugÜ sind.

2.1.1. Sachlicher Anwendungsbereich des LugÜ

[Rz 30] Da das LugÜ nur auf Zivil- und Handelssachen Anwendung findet⁵⁵, musste zunächst (wenn auch bloss kurz) festgestellt werden, ob es sich bei der Suspendierungsklage um eine solche Zivil- und Handelssache handelt.

[Rz 31] Die Auslegung der Zivil- und Handelssache nach LugÜ ist vertragsautonom vorzunehmen, weshalb auf nationale Auffassungen zu einem bestimmten Begriff grundsätzlich nicht zurückgegriffen werden darf, ausser das LugÜ selber sehe eine ausdrückliche Ausnahme vor⁵⁶.

[Rz 32] Da es gemäss LugÜ nicht auf die nationale Art der Gerichtsbarkeit der Streitigkeit ankommt, werden alle Streitigkeiten erfasst, deren Rechtsnatur nach *materiell-rechtlichen* Kriterien zivilrechtlicher Natur ist⁵⁷.

2.1.2. Stimmrechtssuspendierungsklage als Zivil- und Handelssache i.S. des LugÜ

[Rz 33] Selbst wenn also die Stimmrechtssuspendierungsklage *formell* beispielsweise verwaltungsrechtlicher Natur sein sollte⁵⁸, so steht dies dem sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ nicht entgegen. Die Auffassung des OGer war somit zutreffend, denn bei der Stimmrechtssuspendierungsklage geht es *in der Sache*, d.h. materiell, um die Ausübung oder Nichtausübung des Stimmrechts.

2.1.3. Internationale Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen

[Rz 34] Nachdem die Anwendbarkeit des LugÜ feststand,

⁴² Der Entwurfstext ist abgedruckt in Amtl. Bull. 2007 NR 103.

⁴³ «Die Verwendung des Begriffs «einstweilig» im Wortlaut der Bestimmung führt in diesem Zusammenhang zwangsläufig zum Missverständnissen» (Votum Hannes Germann, Amtl. Bull. 2007 SR 417).

⁴⁴ Votum Hannes Germann, Amtl. Bull. 2007 SR 415: «[B]ei der Suspendierung der Stimmrechte [handelt es sich] prozessual gesehen um die Hauptsache»; vgl. zudem Votum Hannes Germann, Amtl. Bull. 2007 SR 417 («Der Anspruch auf Suspendierung ist deshalb, prozessual gesehen, als Hauptsache zu betrachten») und Votum Hans-Rudolf-Merz, Amtl. Bull. SR 2007, 418, die beide von einem dreistufigen Verfahren sprechen, wobei die letzte Phase der Hauptprozess ist, in welchem die Meldepflichtverletzung nachgewiesen werden muss; Prot-WAK SR vom 30. April 2007, 3: «Die Suspendierung der Stimmrechte ist als eigenständiger, einklagbarer Anspruch zu legiferieren und nicht nur als eine vorsorgliche prozessuale Massnahme»; Prot-WAK SR vom 4. Juni 2007, 17.

⁴⁵ JACQUES IFFLAND/NADINE GILLIARD, *Les nouvelles règles en matière de publicité des participations importantes*, GesKR 4/2007, 365 ff., 379; KUNZ (FN 9), 295 f.; WATTER/RAMPINI/CANDRIAN (FN 16), 798 f.

⁴⁶ Die bisherige Wendung «durch einstweilige Verfügung» wurde gestrichen.

⁴⁷ WATTER/DUBS, (FN 16), 200.

⁴⁸ KUNZ (FN 9), 295; WATTER/RAMPINI/CANDRIAN (FN 16), 804 f.; IFFLAND/GILLIARD (FN 45), 379.

⁴⁹ Votum Hannes Germann, Amtl. Bull. 2007 SR 417; Prot-WAK NR vom 22./23 Januar 2007, 4, wo die Frage, ob klar sei, dass der Richter am Sitz der Gesellschaft zuständig ist, mit «das ist richtig» beantwortet wurde.

⁵⁰ Bundesgesetz über das internationale Privatrecht; SR 291.

⁵¹ Nach dem IPRG ist die Internationalität des Sachverhalts gegeben, wenn er einen anknüpfungsrelevanten Bezug zum Ausland aufweist (BSK IPRG-SCHNYDER/GROLIMUND, Art. 1 N 4). Dies ist am Sitz der Everest und der Salve in Österreich gegeben.

⁵² Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen; SR 272.

⁵³ Art. 1 Abs. 1 GestG: «Dieses Gesetz regelt den Gerichtsstand in Zivilsachen, wenn kein internationales Verhältnis vorliegt». Art. 1 Abs. 1 lit. a IPRG lautet: «Dieses Gesetz regelt im internationalen Verhältnis die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte oder Behörden».

⁵⁴ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, abgeschlossen am 16. September 1988 in Lugano; SR 0.275.11.

⁵⁵ Art. 1 Abs. 1 erster Satz LugÜ: «Dieses Übereinkommen ist in Zivil- und Handelssachen anzuwenden, ohne dass es auf die Art der Gerichtsbarkeit ankommt».

⁵⁶ GERHARD WALTER, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, 4. Aufl. Bern 2007, 167 f.

⁵⁷ WALTER (FN 56), 168, Hervorhebungen hinzugefügt.

⁵⁸ Verwaltungsrechtliche Angelegenheiten sind gestützt auf Art. 1 Abs. 1 Satz 2 LugÜ vom sachlichen Geltungsbereich ausgenommen; vgl. zur Abgrenzung WALTER (FN 56), 169 f.

konnte das OGer die internationale Zuständigkeit der Schweiz zu Recht auf Art. 24 LugÜ stützen, wonach ein Gericht ungeachtet einer allfälligen Zuständigkeit in der Hauptsache vorsorgliche Massnahmen erlassen kann, wenn zwischen den beantragten Massnahmen und dem Gerichtsstand eine reale Verknüpfung besteht⁵⁹.

2.2. Örtliche Zuständigkeit

[Rz 35] Für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit ist Art. 10 IPRG, jeweils in Verbindung mit den sich aus den einzelnen Sachgebieten ergebenden verwandten Anknüpfungsmerkmalen des IPRG⁶⁰, vorliegend also aus Art. 151 Abs. 1 IPRG am Sitz der Gesellschaft, einschlägig.

3. Rückwirkung

3.1. Zivilrechtliche Rückwirkung

[Rz 36] Das OGer verneinte eine Rückwirkung gestützt auf die zivilrechtlichen Grundsätze bzw. gestützt auf Art. 2 und Art. 3 SchIT ZGB.

3.1.1. Gestützt auf Art. 2 SchIT ZGB

[Rz 37] Bei der in Art. 2 SchIT ZGB genannten öffentlichen Ordnung handelt es sich um den Begriff der öffentlichen Interessen, welcher relativ ist und eine Interessenabwägung zwischen öffentlichen und diesen entgegenstehenden Interessen verlangt⁶¹. Auch das OGer selbst hat unter Verweisung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung⁶² ausdrücklich festgehalten, dass der Entscheid über die Rückwirkung aufgrund einer Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen zu treffen sei⁶³.

[Rz 38] Genau diese Interessenabwägung hat das OGer jedoch gerade nicht vorgenommen. Stattdessen wurde argumentiert, dass aufgrund der bereits nach altem Recht bestandenen hohen Bussenmöglichkeit die Verletzung der Meldepflicht sanktioniert wurde. Es könne keine Rede davon sein, dass die Weitergeltung des alten Rechts die Verletzung der Meldepflichten einfach hinnehmen würde, weshalb die Versagung einer Rückwirkung von Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG mit der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit vereinbar sei⁶⁴.

[Rz 39] M.E. kann es nicht darum gehen, eine allfällige Rückwirkung davon abhängig zu machen, ob bereits das alte Recht ein Verhalten sanktioniert, welches unter neuem Recht ebenfalls sanktioniert wird (wenn auch schärfer). Denn Art. 2 SchIT ZGB kommt auch dann zur Anwendung, «wenn eine von der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit verlangte Rechtswirkung infolge eines negativen Rechtssatzes der früheren Rechtsordnung nicht eintrat»⁶⁵. So gesehen könnte man argumentieren, dass das alte Recht die Ausübung des Stimmrechts «nur» mit Busse, hingegen nicht mit einer Stimmrechtssuspendierung sanktioniert hat, was das neue Recht eben gerade zulässt. Das alte Recht wäre mit dem neuen Recht unter diesem Aspekt somit unvereinbar.

[Rz 40] Diese Argumentation hält im Übrigen auch dem vom OGer angerufenen BGE 133 III 105 Stand: «Pour décider s'il y a lieu d'appliquer le nouveau droit sur la base de l'art 2 Tit. fin. CC, le juge doit donc examiner si, dans le cas d'espèce considéré, les effets juridiques découlant de l'ancien droit [...] seraient contraires à l'ordre public et aux mœurs selon les conceptions du nouveau droit (...), autrement dit si l'application de l'ancien droit est devenue inconciliable avec l'ordre public et les mœurs»⁶⁶. Das alte Recht sah eine Suspendierung der Stimmrechte bei Meldepflichtverletzungen gerade nicht vor, weshalb sich das OGer die Frage hätte stellen müssen, ob die altrechtliche Regelung nach Auffassung des neuen Rechts der öffentlichen Ordnung zuwiderläuft⁶⁷. Die zur Frage der zulässigen Rückwirkung vorzunehmende Bestimmung der öffentlichen und privaten Interessen sowie die vorzunehmende Interessenabwägung hat das OGer fälschlicherweise unterlassen.

3.1.2. Gestützt auf Art. 3 SchIT ZGB

[Rz 41] Das OGer versagte eine Rückwirkung gestützt auf Art. 3 SchIT ZGB u.a. unter Verweisung auf MARKUS VISCHER, welcher gesellschaftsrechtliche Positionen als Rechtsverhältnisse qualifiziert, die nicht unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben werden⁶⁸.

[Rz 42] VISCHER sieht die eigentliche Bedeutung von Art. 3 SchIT darin, dass erworbene Rechte (nach Art. 3 SchIT rechtsgeschäftliche Rechtspositionen) bei Rechtsänderungen zu schützen sind⁶⁹. Bei den gesetzlichen Rechten bzw. bei den Rechtsverhältnissen, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, handelt es sich um Rechtsverhältnisse, die sich nicht

⁵⁹ Verfügung (FN 18), Ziff. 2.2 mit Verweisung auf JAN KROPHOLLER, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Aufl. Frankfurt a. Main 2005, N 15.

⁶⁰ WALTER (FN 56), 508 m.w.H. Zudem ist gestützt auf Art. 33 GestG immer auch eine örtliche Zuständigkeit an dem Ort gegeben, an dem die Massnahme vollstreckt werden soll (WALTER, a.a.O.).

⁶¹ BSK ZGB II-VISCHER, Art. 2 SchIT N 1 und 3, wobei insbesondere die entgegenstehenden Vertrauensinteressen zu berücksichtigen sind; DERS., Art. 3 SchIT N 4: «Vorbehalten bleibt Art. 2 SchIT resp. die durch diese Bestimmung verlangte Interessenabwägung» [...] (Hervorhebungen hinzugefügt); DERS., Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts, Diss. Zürich 1986, 97.

⁶² BGE 133 III 105 Erw. 2.1.4.

⁶³ Verfügung (FN 18), Ziff. 7.3.

⁶⁴ Verfügung (FN 18), Ziff. 7.4.

⁶⁵ BK-MUTZNER, Anwendungs- und Einführungsbestimmungen des ZGB, Erster Abschnitt: Art. 1-50, 2. Aufl. Bern 1926, Art. 2 N 29.

⁶⁶ BGE 133 III 105 Erw. 2.1.4, Hervorhebungen im Original.

⁶⁷ Vgl. BK-MUTZNER (FN 65), Art. 2 N 17.

⁶⁸ BSK ZGB II-VISCHER, Art. 3 SchIT N 1, wobei VISCHER als rechtsgeschäftliche und damit nicht unter Art. 3 SchIT ZGB fallende Rechtspositionen lediglich allgemein von Gesellschaften spricht.

⁶⁹ BSK ZGB II-VISCHER, Art. 3 SchIT N 3.

als erworbene Rechte qualifizieren, weil sie nicht auf einem Rechtsgeschäft beruhen⁷⁰.

[Rz 43] M.E. wird mit dieser Argumentation auf die *Begründung* eines Rechtsverhältnisses abgestellt. Art. 3 SchIT ZGB spricht hingegen vom *Inhalte* eines Rechtsverhältnisses. In diesem Zusammenhang sei auch auf PAUL MUTZNER verwiesen, der hinsichtlich der erworbenen Rechte zwischen solchen mit sog. vermittelnden und sog. gestaltenden Tatbeständen unterscheidet⁷¹. Nach ihm trifft der Grundsatz der Nichtrückwirkung von Art. 1 SchIT ZGB lediglich auf die gestaltenden Tatbestände in vollem Umfange zu. Hinsichtlich der vermittelnden Tatbestände enthalte jedoch Art. 3 SchIT ZGB insofern eine Ausnahme von dieser Regel, als der Grundsatz der Nichtrückwirkung nur hinsichtlich des Erwerbs der Rechte in vollem Umfange anerkannt werde⁷².

[Rz 44] Stellt man mit dem Wortlaut des Gesetzes auf den Inhalt des Rechtsverhältnisses ab, so erscheint eine Rückwirkung alles andere als ausgeschlossen. Denn das Stimmrecht bzw. dessen Inhalt wird durch das Gesetz geregelt (Art. 692 OR) und kann in den Grundzügen nicht durch die Beteiligten geändert werden⁷³. Zudem kann der Aktienerwerb und damit zusammenhängend auch der *Erwerb* des Stimmrechts selbst bei Verletzung der Meldepflicht gültig erfolgen. Die Stimmrechtssuspendierung beschlägt demgegenüber nicht die Frage des Erwerbs des Stimmrechts, sondern vielmehr dessen Ausübung und damit nicht den Bestand, sondern den Inhalt des Stimmrechts.

3.2. Verwaltungsrechtliche Rückwirkung

3.2.1. Echte Rückwirkung

[Rz 45] Das OGer hat zu Recht die Zulässigkeit einer echten Rückwirkung⁷⁴ verneint. Weder sieht das neue Recht eine ausdrückliche Rückwirkung vor, noch lässt sich eine solche aus der Norm von Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG klar erkennen. Aus diesem Grund kann bereits deshalb die Zulässigkeit einer echten Rückwirkung verneint werden.

3.2.2. Unechte Rückwirkung

[Rz 46] Das OGer hat sich die Frage gestellt, woran die Stimmrechtssuspendierungsklage anknüpft und ist, ebenfalls zu Recht, zum Schluss gekommen, dass nicht das Halten einer Beteiligung, sondern die Meldepflichtverletzung an sich Anknüpfungspunkt der Klage ist⁷⁵. Diese Ansicht lässt sich insbesondere auf eine grammatikalische Auslegung von Art. 20 Abs. 1 BEHG stützen, wonach eine Meldepflicht nur bei Erwerb oder Veräusserung, nicht aber beim blossen Hal-

ten von Beteiligungen, d.h. unabhängig von einer Transaktion besteht⁷⁶. Auch bei der Einführung der neuen Schwellenwerte in Art. 20 Abs. 1 BEHG per 1. Dezember 2007 (sowie der Kumulation von Aktien mit Optionen) ging es «um das unerkannte Heranschleichen»⁷⁷; ein blosses Halten von Beteiligungen stellt demgegenüber gerade kein solches Heranschleichen dar⁷⁸.

[Rz 47] Eine unechte Rückwirkung, welche an sich dem Grundsatz der Zulässigkeit folgt⁷⁹, hat somit mangels offenen Dauersachverhalts ebenfalls auszuschneiden⁸⁰.

3.3. Strafrechtliche Rückwirkung

[Rz 48] Auch diesbezüglich hat das OGer richtig ausgeführt, dass neues Recht nur angewandt wird, wenn es für den Täter das mildere ist (Art. 2 Abs. 2 StGB)⁸¹, was auf die Stimmrechtssuspendierungsklage offensichtlich nicht zutrifft. Zudem gilt gestützt auf Art. 1 StGB der Grundsatz «nulla poena sine lege» und daraus abgeleitet das Rückwirkungsverbot⁸². Eine Rückwirkung unter Anwendung der strafrechtlichen Grundsätze muss somit ebenfalls ausscheiden.

V. Fazit

[Rz 49] Das OGer hat bei der Beantwortung der Frage einer möglichen Rückwirkung von Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG systematisch vorgegriffen und die quasi als «Vorfrage» zu beantwortende Problematik der Rechtsnatur der Stimmrechtssuspendierungsklage übersprungen. Zudem wurde bei der Frage einer möglichen zivilrechtlichen Rückwirkung die im Rahmen der Prüfung von Art. 2 SchIT ZGB vorzunehmende Interessenabwägung schlicht ausgelassen. Stattdessen wurde eine mögliche Rückwirkung mit dem Argument verworfen, dass bereits das alte Recht die Meldepflichtverletzung mit Busse sanktioniert hat, weshalb das alte Recht mit dem neuen Recht nicht unvereinbar sei. Diese Argumentation erscheint m.E. nicht zulässig, zumal das neue Recht eben eine neue Sanktionsmöglichkeit vorsieht, welche unter altem Recht gerade nicht bestand.

[Rz 50] Auch die vom OGer vorgenommene Prüfung von Art. 3 SchIT ZGB leidet m.E. an Mängeln. Die Verneinung

⁷⁰ BSK ZGB II-VISCHER, Art. 3 SchIT N 2.

⁷¹ BK-MUTZNER (FN 65), Art. 3 N 23.

⁷² BK-MUTZNER (FN 65), Art. 3 N 24.

⁷³ WATTER/RAMPINI/CANDRIAN (FN 16), 813 f.; vgl. auch WATTER/DUBS (FN 16), 204.

⁷⁴ Zum Begriff: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 35), N 329.

⁷⁵ Verfügung (FN 18), Ziff. 8.3.

⁷⁶ Vgl. ROBERT BERNET/ANDREAS TEXTOR, Sind unveränderte Bestände plötzlich meldepflichtig?, NZZ vom 4. Dezember 2007, 29, im Zusammenhang mit der Einführung der neuen Meldeschwellen in Art. 20 Abs. 1 BEHG von 3, 15 und 25 % per 1. Dezember 2007.

⁷⁷ Votum Johann Schneider-Ammann, Amtl. Bull. 2007 NR 105.

⁷⁸ BERNET/TEXTOR (FN 160), 29.

⁷⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 35), 342.

⁸⁰ Vgl. aber NOBEL (Jusletter, FN 38), Rz 10: Wenn Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG nicht primär als Sanktionsnorm betrachtet wird, «sondern als Marktschutznorm und ein Zustand noch andauert, kann es durchaus zur Anwendung einer neuen Norm auf einen in der Vergangenheit gesetzten Sachverhalt kommen».

⁸¹ Verfügung (FN 18), Ziff. 7.7.

⁸² VON DER CRONE/BILEK/HIRSCHLE (FN 3), 8.

einer Rückwirkung gestützt auf Art. 3 SchIT ZGB mit dem blossen Hinweis, dass gesellschaftsrechtliche Positionen nicht unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben werden⁸³, ist zu kurz geraten, zumal die referenzierte Lehrmeinung⁸⁴ lediglich allgemein von «Gesellschaften» spricht. Allerdings kann diesbezüglich mit dem BGer einig gegangen werden, dass die Auslegung von Art. 3 SchIT ZGB von jeher Schwierigkeiten bereitet hat⁸⁵.

[Rz 51] Unter dem Aspekt einer verwaltungsrechtlichen sowie strafrechtlichen Rückwirkung kann dem OGer jedoch gefolgt und eine zulässige Rückwirkung verneint werden.

BESONDERER TEIL

[Rz 52] Im Zusammenhang mit dem vorliegenden Urteil des OGer lassen sich insbesondere zum Gerichtsstand weitere interessante Überlegungen anstellen. Zudem soll nachfolgend aufgezeigt werden, dass das OGer bei Lichte besehen eine Rückwirkung unter Annahme einer zivilrechtlichen Natur der Stimmrechtssuspendierungsklage nicht ohne Weiteres hätte verneinen können.

VI. Gerichtsstand

1. Internationale Zuständigkeit nach LugÜ

[Rz 53] Das OGer hat in seinen Erwägungen zum Gerichtsstand bzw. zur Anwendbarkeit des LugÜ ausgeführt, dass der Streit um das Stimmrecht einer AG eine Handelssache im Sinne von Art. 1 Abs. 1 LugÜ sei, was grundsätzlich zutrifft⁸⁶. Interessant ist jedoch, dass das OGer in diesem Zusammenhang zusätzlich auf die ausschliessliche Zuständigkeitsregelung von Art. 16 Ziff. 2 LugÜ verwiesen hat. Diesem Hinweis soll nachfolgend nachgegangen und dessen allfällige Zulässigkeit überprüft werden.

1.1. Ausschliesslicher Gerichtsstand von Art. 16 Ziff. 2 LugÜ für die Stimmrechtssuspendierungsklage?

[Rz 54] Art. 16 Ziff. 2 LugÜ bezeichnet einen ausschliesslichen Gerichtsstand, wonach «für Klagen, welche die Gültigkeit, die Nichtigkeit oder die Auflösung einer Gesellschaft oder juristischen Person oder der Beschlüsse ihrer Organe zum Gegenstand haben, die Gerichte des Vertragsstaats, in dessen Hoheitsgebiet die Gesellschaft oder juristische Person ihren Sitz hat» zuständig sind. Im Falle einer Stimmrechtssuspendierung wäre dies somit die Zielgesellschaft, weshalb international die Schweiz ausschliesslich zuständig wäre⁸⁷.

[Rz 55] Es fragt sich somit, ob sich die Stimmrechtssuspendierungsklage unter Art. 16 Ziff. 2 LugÜ subsumieren lässt⁸⁸. Hierzu wird in der Lehre vertreten, dass der Konnex zwischen Stimmberechtigung in der GV und Gültigkeit von GV-Beschlüssen nach einer Subsumtion der Stimmrechtssuspendierungsklage unter diese Bestimmung rufe⁸⁹.

[Rz 56] Andererseits ist der Anwendungsbereich von Art. 16 Ziff. 2 LugÜ eng. Insbesondere fallen Streitigkeiten der Gesellschafter unter sich, Verantwortlichkeitsansprüche gegen Organe der Gesellschaft, die Informations- und die Sonderprüfungsklage oder Klagen der Gesellschaft gegen die Gesellschafter nicht unter die Bestimmung⁹⁰. Ebenfalls nicht erfasst sind die verschiedenen Klagen zugunsten von Minderheiten; hierfür gelten die allgemeinen Zuständigkeitsregeln⁹¹.

[Rz 57] M.E. lässt sich die Stimmrechtssuspendierungsklage nicht unter Art. 16 Ziff. 2 LugÜ subsumieren. Denn es geht nicht darum, bereits gefasste Beschlüsse zu beurteilen, sondern vielmehr darum, ob jemand überhaupt zur Beschlussfassung bzw. zur Ausübung seines Stimmrechts zugelassen wird. Zudem fallen Streitigkeiten unter Gesellschaftern oder Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft und Gesellschaftern nicht unter Art. 16 Ziff. 2 LugÜ. Dies mag aus klägerischer Sicht zwar unbequem erscheinen, da mit Art. 16 Ziff. 2 LugÜ ein ausschliesslicher Gerichtsstand in der Schweiz bestünde (sofern die Gesellschaft ihren Sitz in der Schweiz hat). Dennoch ginge eine Subsumtion der Stimmrechtssuspendierungsklage unter Art. 16 Ziff. 2 LugÜ zu weit.

1.2. Anknüpfung an Art. 5 Ziff. 3 LugÜ

[Rz 58] Stattdessen könnte eine Stimmrechtssuspendierungsklage m.E. an Art. 5 Ziff. 3 LugÜ⁹² angeknüpft werden, und zwar als Anspruch aus einer unerlaubten Handlung. Diese Bestimmung sieht, anders als Art. 16 Ziff. 2 LugÜ, einen relativ weit gefassten und durch die Rechtsprechung des EuGH noch weiter ausgedehnten Gerichtsstand für Deliktssachen am Handlungs- und Erfolgsort vor⁹³. Der Begriff der unerlaubten Handlung ist wiederum vertragsautonom

Recht, also nach IPRG, zu bestimmen (WALTER (FN 56), 231).

⁸⁸ Zustimmend: WATTER/RAMPINI/CANDRIAN (FN 16), 805; IFFLAND/GILLIARD (FN 45), 379.

⁸⁹ WATTER/RAMPINI/CANDRIAN (FN 16), 805.

⁹⁰ Dasser/Oberhammer – RUSCH, Art. 16 Nr. 2 LugÜ N 19; MYRIAM A. GEHRI, Wirtschaftsrechtliche Zuständigkeiten im internationalen Zivilprozessrecht der Schweiz, Diss. Zürich 2002, 151.

⁹¹ Botschaft betreffend das Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 21. Februar 1990, BBl 1990 II 265 ff., 308.

⁹² «Eine Person, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats hat, kann in einem anderen Vertragsstaat verklagt werden, wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Eingetreten ist».

⁹³ Dasser/Oberhammer – OBERHAMMER, Art. 5 LugÜ N 123.

⁸³ Verfügung (FN 18), Ziff. 7.5.

⁸⁴ Vgl. BSK ZGB II-VISCHER, Art. 3 SchIT N 1.

⁸⁵ BGE 126 III 421 Erw. 3 c) cc) = Pra 2001, 688 ff., 696.

⁸⁶ Vgl. vorne IV, 2.1.2.

⁸⁷ Die örtliche Zuständigkeit innerhalb der Schweiz ist nach dem nationalen

auszulegen und weit zu fassen⁹⁴. Er erfasst die Geltendmachung aller Rechtsfolgen rechtswidrigen Verhaltens, sofern es sich nicht um eine Vertragsverletzung handelt⁹⁵.

[Rz 59] Die Stimmrechtssuspendierungsklage knüpft letztlich an eine unerlaubte Handlung an⁹⁶, nämlich an die Verletzung der Meldepflicht von Art. 20 BEHG, welche neben der Stimmrechtssuspendierung auch strafrechtlich mit einer Busse sanktioniert werden kann (Art. 41 BEHG). Die Verletzung der Meldepflicht verschafft mithin den aus Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG fliessenden Anspruch auf Suspendierung der entsprechenden Stimmrechte.

[Rz 60] Damit bleibt dem schweizerischen Kläger die Wahl, ob er am Handlungs- oder Erfolgsort klagen will⁹⁷, womit die internationale Zuständigkeit der Schweiz wiederum besteht, zumindest unter dem Aspekt des Erfolgsortes.

2. Binnensachverhalte

[Rz 61] Der Gesetzgeber ging in seinen Beratungen davon aus, dass Gerichtsstand zur Einreichung des Suspendierungsgesuches der Sitz der Zielgesellschaft sei (für die sachliche Zuständigkeit seien die kantonalen Zivilprozessordnungen bzw. die künftige Schweizerische ZPO massgebend)⁹⁸. Die Lehre geht davon aus, dass zur Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit das GestG⁹⁹ anwendbar sei¹⁰⁰.

2.1. Zivilsache i.S. des GestG

[Rz 62] Zunächst ist wiederum die Anwendbarkeit des GestG auf die Stimmrechtssuspendierungsklage zu prüfen. Gemäss Art. 1 Abs. 1 ist das GestG auf *Zivilsachen* anwendbar.

[Rz 63] Als Zivilsachen gelten die sog. vermögensrechtlichen und nichtvermögensrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten. Es geht also um Rechtsstreite, die ein privatrechtliches Verhältnis in einem kontradiktorischen Verfahren einer endgültigen Regelung zuführen¹⁰¹. Auch alle Zivilrechtsstreitigkeiten und zivilen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie der diesbezügliche vorsorgliche Rechtsschutz gelten als Zivilsachen¹⁰².

[Rz 64] Nicht unter das GestG fallen jedoch die Angele-

genheiten des öffentlichen Rechts¹⁰³. Dies ist insofern von Bedeutung, als das BEHG ein Erlass des Wirtschaftsverwaltungsrechts¹⁰⁴ und damit des öffentlichen Rechts ist, was die Anwendung des GestG nicht selbstverständlich erscheinen lässt. Darüber hinaus geht die herrschende Lehre von der öffentlich-rechtlichen Natur der Offenlegungspflicht aus¹⁰⁵.

[Rz 65] Allerdings sind selbst Gegenstände, die *formell* zwar Bundeszivilrecht darstellen, nicht per se als Zivilsache vom GestG erfasst, nämlich dann, wenn sie *materiell* nicht als solche gelten können¹⁰⁶. Umgekehrt hat das BGer Staatshaftungsklagen nach Art. 955 ZGB als Zivilsachen behandelt¹⁰⁷, obwohl diese Klagen an sich öffentlich-rechtlicher Natur sind¹⁰⁸. Das BGer beurteilt die Frage der Qualifikation als Zivilsache bzw. der Zuordnung zum Bundeszivilrecht auf pragmatische, kasuistische Weise und nicht aufgrund eines einzelnen Kriteriums¹⁰⁹ (selbst wenn dabei die gängigen Abgrenzungstheorien herangezogen werden).

[Rz 66] Selbst wenn die Offenlegungspflicht sowie die Stimmrechtssuspendierungsklage formell nicht Zivilsachen sein sollten, lässt sich mit Blick auf den materiellen Gehalt der Klage das GestG ohne weiteres gleichwohl anwenden. Denn *materiell* geht es um das Verhältnis eines Aktionärs zur entsprechenden Gesellschaft bzw. um die Ausübung des Stimmrechts, weshalb sich die Stimmrechtssuspendierungsklage als Handelssache und damit i.S. des GestG als Zivilsache qualifizieren lässt¹¹⁰.

[Rz 67] Diese Argumentation deckt sich auch mit der in der Lehre vertretenen Meinung, wonach eine Zivilsache i.S. des GestG nur vorliegt, wenn es sich um ein durch das Bundesprivatrecht geregeltes Rechtsverhältnis handelt, wobei die Rechtsnatur des *Streitgegenstandes* massgeblich ist¹¹¹. Streitgegenstand der Stimmrechtssuspendierungsklage ist die Ausübung des Stimmrechts, somit ein subjektives Recht.

⁹⁴ Dasser/Oberhammer – OBERHAMMER, Art. 5 LugÜ N 125 und 127.

⁹⁵ Dasser/Oberhammer – OBERHAMMER, Art. 5 LugÜ N 127 mit Verweisung auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH.

⁹⁶ So auch das OGer, Verfügung (FN 18), Ziff. 7.7.

⁹⁷ Dasser/Oberhammer – OBERHAMMER, Art. 5 LugÜ N 133.

⁹⁸ Votum Hannes Germann, Amtl. Bull. 2007 SR 417; Prot-WAK NR vom 22./23 Januar 2007, 4, wo die Frage, ob klar sei, dass der Richter am Sitz der Gesellschaft zuständig ist, mit «das ist richtig» beantwortet wurde.

⁹⁹ Bundesgesetz vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG; SR 272).

¹⁰⁰ WATTER/RAMPINI/CANDRIAN (FN 16), 804; KUNZ (FN 9), 295; IFFLAND/ GILLIARD (FN 45), 379.

¹⁰¹ GASSER, GestG-Kommentar, Bern 2005, Art. 1 N 11.

¹⁰² DASSER, Komm. GestG, Zürich 2001, Art. 1 N 15.

¹⁰³ GASSER, GestG-Kommentar, Bern 2005, Art. 1 N 13.

¹⁰⁴ Vgl. GIOVANNI BIAGGINI/ANDREAS LIENHARD/PAUL RICHLI/FELIX UHLMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, 5. Aufl. Basel 2009, 150 ff.; so schon VON BÜREN/BÄHLER (FN 7), 402.

¹⁰⁵ VON DER CRONE/BILEK/HIRSCHLE (FN 3), 6 m.w.H.; vgl. aber den diesbezüglichen Einwand von WEBER (FN 38), 775.

¹⁰⁶ DASSER, Komm. GestG, Zürich 2001, Art. 1 N 16, Hervorhebungen hinzugefügt.

¹⁰⁷ BGE 126 III 431; 119 II 216.

¹⁰⁸ DASSER, Komm. GestG, Zürich 2001, Art. 1 N 20 m.w.H.

¹⁰⁹ DASSER, Komm. GestG, Zürich 2001, Art. 1 N 18 m.w.H. auf die relevanten Abgrenzungstheorien.

¹¹⁰ Der Begriff «Zivilsachen» umfasst nach schweizerischer Terminologie auch Handelssachen (DASSER, Komm. GestG, Zürich 2001, Art. 1 N 22, Hervorhebungen weggelassen).

¹¹¹ DOMINIK VOCK, Gerichtsstandsgesetz, in: Sühler/Reetz/Vock/Graham, Neuerungen im Zivilprozessrecht, Zürich 2000, 25 ff., 27, Hervorhebungen hinzugefügt.

2.2. Gerichtsstand am Sitz der Zielgesellschaft?

[Rz 68] De lege lata wird der Gerichtsstand am Sitz der Zielgesellschaft abgelehnt mit der Begründung, dass Art. 29 GestG¹¹² für die Stimmrechtssuspendierungsklage nicht einschlägig sei¹¹³.

[Rz 69] Dem ist zuzustimmen, denn die Bestimmung von Art. 29 GestG trifft ausschliesslich für Ansprüche aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit eine besondere Regelung¹¹⁴. Somit verbleibt für die Stimmrechtssuspendierungsklage vorerst¹¹⁵ der allgemeine Gerichtsstand am Wohnsitz bzw. Sitz des Beklagten gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a oder lit. b GestG.

2.3. Gerichtsstand für vorsorgliche Massnahmen

[Rz 70] Für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen ist Art. 33 GestG einschlägig, wonach entweder der Ort der Hauptsache oder der Vollstreckungsort massgebend ist. Das Hauptverfahren braucht dabei noch nicht hängig zu sein¹¹⁶.

[Rz 71] Der Vollstreckungsort soll nach WATTER/RAMPINI/CANDRIAN am Sitz der Gesellschaft sein, da die Teilnahme an der Generalversammlung durch die Gesellschaft geregelt wird¹¹⁷. Im Ergebnis ist den Autoren zuzustimmen, allerdings kann m.E. nicht daran angeknüpft werden, dass es um die Teilnahme an der Generalversammlung, welche von der Gesellschaft geregelt wird, geht. Stattdessen sollte direkt am Streitgegenstand, d.h. am Stimmrecht und damit an den entsprechenden Aktien, angeknüpft werden. Denn auch im Falle von Sicherungsmassnahmen ist der Vollstreckungsort regelmässig der Ort des zu sichernden Gegenstandes, z.B. am Ort, wo Urkunden zu beschlagnahmen oder zu siegeln sind oder am Ort des Registers, das zu sperren oder in dem eine Beschränkung einzutragen ist¹¹⁸.

[Rz 72] Im Ergebnis befindet sich der Vollstreckungsort der Stimmrechtssuspendierungsklage am Ort, wo die Aktien im Handelsregister eingetragen sind, somit am Sitz der Gesellschaft, da das entsprechende Handelsregister dasjenige am Sitzort der Gesellschaft ist (Art. 640 OR) und der Handelsregistereintrag auch die Anzahl, den Nennwert und die Art der Aktien enthält (Art. 45 Abs. 1 lit. h HRegV).

¹¹² Art. 29 GestG: «Für Klagen aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Sitz der Gesellschaft zuständig».

¹¹³ WATTER/RAMPINI/CANDRIAN (FN 16), 804; KUNZ (FN 9), 295; WATTER/DUBS (FN 16), 200, sowie IFLAND/GILLIARD (FN 45), 379 würden die Anwendbarkeit dieses Gerichtsstandes am Sitz der Zielgesellschaft begrüssen.

¹¹⁴ KURTH/BERNET, GestG-Kommentar, Bern 2001, Art. 29 N 2.

¹¹⁵ Vgl. dazu hinten VIII.

¹¹⁶ DIETRICH, Komm. GestG, Zürich 2001, Art. 33 N 36.

¹¹⁷ WATTER/RAMPINI/CANDRIAN (FN 16), 804.

¹¹⁸ DIETRICH, Komm. GestG, Zürich 2001, Art. 33 N 68 sowie FN 175.

VII. Zivilrechtliche Rückwirkung – Interessenabwägung

[Rz 73] Das OGer hat die Frage der Rechtsnatur der Stimmrechtssuspendierungsklage nicht beantwortet. Bei Lektüre des Urteils lässt sich m.E. jedoch eine gewisse Tendenz hin zur Annahme einer zivilrechtlichen Natur der Stimmrechtssuspendierungsklage erkennen. Dies ist insofern von einer gewissen Brisanz, als gerade in diesem Fall eine Rückwirkung von Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG mit guten Gründen bejaht werden kann.

1. Typisierte Interessenabwägung

[Rz 74] Die bei Art. 2 SchIT ZGB vorzunehmende Interessenabwägung¹¹⁹ hat stets im Einzelfall zu erfolgen, da die öffentlichen Interessen einem steten, von gesellschaftlichen und ethischen Einflüssen geprägten Wandel unterworfen sind¹²⁰. Allerdings ist nicht auf die im konkreten Einzelfall sich gegenüberstehenden Interessen abzustellen, sondern vielmehr «auf das im Einzelfall Typische, auf die typische Interessenlage also»¹²¹. Ansatzpunkt dafür ist der Zweck, die Stossrichtung der zur Diskussion stehenden neuen Regelung¹²².

2. Typische Interessenlage bei der Meldepflichtverletzung

[Rz 75] Wird auf die im Einzelfall typische Interessenlage abgestellt, so erscheint die in der Lehre vorgebrachte Argumentation für eine Rückwirkung gestützt auf Art. 2 SchIT ZGB plausibel¹²³. Denn ein Investor will durch einen versteckten Beteiligungsaufbau typischerweise vermeiden, dass durch das Bekanntwerden seines Investments der Kurs der entsprechenden Beteiligungspapiere steigt und der Aufkauf somit entsprechend teurer wird¹²⁴. In Anbetracht der gesetzgeberischen Intention¹²⁵ sowie der zeitlichen Dringlichkeit bei der Schaffung von Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG kann mit guten Gründen dafür gehalten werden, dass die öffentlichen Interessen (insbesondere die Verbesserung der Transparenz oder die Erhöhung des Marktschutzes) die Interessen des meldepflichtverletzenden Investors überwiegen müssen¹²⁶. Hätte das OGer korrekterweise die Interessenabwägung

¹¹⁹ Vgl. vorne IV, 3.1.1.

¹²⁰ G. KILDE, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, SchIT ZGB 2 N 6 mit Verweisung auf BGE 127 III 16 Erw. 3.

¹²¹ BSK ZGB II-VISCHER, Art. 2 SchIT N 4, Hervorhebungen weggelassen; ebenso KILDE (FN 125), N 6.

¹²² VISCHER (Diss., FN 61), 97.

¹²³ Vgl. WATTER/RAMPINI/CANDRIAN (FN 16), 813.

¹²⁴ Zum Normzweck von Art. 20 BEHG vgl. statt aller: BSK BEHG-WEBER, Art. 20 N 1 ff. m.w.H.

¹²⁵ Vgl. etwa: Votum Johann Schneider-Ammann, Amtl. Bull. 2007 NR 99 f.; Votum Simonetta Sommaruga, Amtl. Bull. 2007 SR 407.

¹²⁶ WATTER/RAMPINI/CANDRIAN (FN 16), 813.

vorgenommen, so wäre eine Rückwirkung gestützt auf Art. 2 SchIT ZGB ohne weiteres vertretbar gewesen.

VIII. Ausblick

[Rz 76] Die Stimmrechtssuspendierungsklage wird insbesondere in prozessualer Hinsicht Änderungen erfahren. Gestützt auf den Expertenbericht «Börsendelikte und Marktmissbrauch»¹²⁷ soll anstelle des Zivilrichters neu die FINMA die Kompetenz erhalten, bei Verletzung der Meldepflicht die entsprechenden Stimmrechte suspendieren zu können¹²⁸. Es wurde davon ausgegangen, dass der Bundesrat noch vor den Sommerferien dem EFD den Auftrag geben würde, eine Botschaft mit Gesetzesvorschlag auszuarbeiten¹²⁹. Gemäss telefonischer Auskunft der Eidgenössischen Finanzverwaltung wird derzeit eine Vernehmlassungsvorlage ausgearbeitet, wobei der Vorschlag der Expertenkommission, die Zuständigkeit der Stimmrechtssuspendierung neu der FINMA zu übertragen, aufgenommen werden soll. Es ist geplant, dass der Bundesrat die Vernehmlassung Ende 2009 eröffnen wird.

[Rz 77] Hinsichtlich des Gerichtsstandes soll nach der neuen Eidgenössischen ZPO für die Stimmrechtssuspendierungsklage das Gericht am Sitz der Zielgesellschaft zuständig sein (Art. 39^{bis}). Zudem sieht ein neuer Art. 5 Abs. 1g^{bis} ZPO für Streitigkeiten nach BEHG eine einzige sachlich zuständige kantonale Instanz vor¹³⁰.

Mark Montanari, Master of Law (MLaw), Rechtsanwalt, ist wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Institut für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern (www.iwr.unibe.ch).

* * *

¹²⁷ Bericht der Expertenkommission Börsendelikte und Marktmissbrauch vom 29. Januar 2009.

¹²⁸ Expertenbericht (FN 127), 5 und 86.

¹²⁹ NZZ vom 7. Juni 2009, 37: «Entmachtung des Finanzdepartements»; zudem: NZZ vom 2. Juli 2009, 19: «Entschiedeneres Vorgehen gegen Insider».

¹³⁰ Vgl. WATTER/RAMPINI/CANDRIAN (FN 16), 806 m.w.H.