

REPRAX

Herausgeber / Editeurs:

Clemens Meisterhans, Jacqueline Schwarz, Nicholas Turin

Inhaltsübersicht

Rolf Sethe/Meltem Cetinkaya

Sinn und Unsinn von Formerleichterungen
im geplanten Aktienrecht 153

Lukas Müller/Natascha Rizzi

Die Handelsregistersperre in der Praxis – ausgewählte
Aspekte zum einstweiligen Rechtsschutz 179

Patricia Cartier

Radiation des inscriptions opérées sur la base
d'une décision nulle – Arrêt du Tribunal cantonal
du Valais du 13 juillet 2018 202

REPRAX

Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht

Droit des sociétés et droit du registre du commerce : revue de la législation et de la pratique

Herausgeber / Editeurs

Dr. Clemens Meisterhans, Amt für Handelsregister und Notariate, St. Gallen
lic. iur. Jacqueline Schwarz, Handelsregisteramt Kanton Zürich
Dr. Nicholas Turin, Eidg. Amt für das Handelsregister/Bundesamt für Justiz, Bern

Schriftleitung / Rédaction

Karin Poggio, MLaw
E-Mail: karin.poggio@bj.admin.ch
Eidg. Amt für das Handelsregister/Bundesamt für Justiz, Bundesrain 20, CH-3003 Bern

Verlag / Maison d'édition

Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2, Postfach 2218, CH-8021 Zürich, Internet: www.schulthess.com
Geschäftsführender Verleger: Firas Kharrat, Produktmanager Zeitschriften: Christian Hillig

Kundenservice / Service clientèle

E-Mail: service@schulthess.com, Tel. +41 (0)44 200 29 29, Fax +41 (0)44 200 29 28
Anschrift: Schulthess Juristische Medien AG, Kundenservice, Zwingliplatz 2,
Postfach 2218, CH-8021 Zürich

Bezugsbedingungen / Conditions d'abonnement

Jahresabonnement: CHF 164 (für Studierende CHF 132)
Einzelheft: CHF 44, zzgl. Versandkosten
Alle Abo-Preise inkl. 2.5% MWST und Versandkosten innerhalb der Schweiz (Versandkosten für Lieferung ins Ausland: CHF 25). Studentenpreis gegen Vorlage eines gültigen Nachweises. Abonnementskündigungen sind mit einer Frist von 8 Wochen zum Ende des berechneten Bezugsjahres möglich.

Anzeigenverkauf und -beratung / Vente d'annonces

Fachmedien Zürichsee Werbe AG, Laubisrütistrasse 44, CH-8712 Stäfa, Tel. +41 (0)44 928 56 11,
pietro.stuck@fachmedien.ch

Urheber- und Verlagsrechte / Droits d'auteur et d'édition

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheide und Leitsätze, soweit sie vom Autor oder den Herausgebern erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren – reproduziert werden.

Erscheinungsweise / Parution

Die REPRAX erscheint 3–4 mal jährlich, 20. Jahrgang

Zitierweise / Citation

REPRAX 2017 S. 10

Internet

www.reprax.ch

ISSN 1424-3628

Die Handelsregistersperre in der Praxis – ausgewählte Aspekte zum einstweiligen Rechtsschutz

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|--|
| I. Einleitung | IV. Schäden und Verteidigungsmittel |
| II. Handelsregisterrechtliches Verfahren bei GV-Beschlüssen | V. Änderungsbedarf und Revisionsvorschläge |
| III. Handelsregistersperre nach Art. 162 f. HRegV | VI. Fazit |

I. Einleitung

Man stelle sich folgenden Sachverhalt im Rahmen einer ordentlichen Generalversammlung vor: die Mehrheit der Aktionäre beschliesst eine Kapitalerhöhung mit im konkreten Fall unzulässiger Einschränkung des Bezugsrechts der Minderheit und der unterliegende Minderheitsaktionär möchte mittels Anfechtungsklage dagegen vorgehen. Um zu vermeiden, dass der Beschluss kurz nach der Generalversammlung beim Handelsregisteramt angemeldet wird und damit vollendete Tatsachen geschaffen werden, sind ergänzend zur Anfechtungsklage vorsorgliche Massnahmen durch die anfechtende Partei zu ergreifen. Die Handelsregistersperre nach Art. 162 f. HRegV stellt dabei die wohl wichtigste vorsorgliche Massnahme dar und dient der Durchsetzung bzw. Sicherung materieller Ansprüche, die durch die Eintragung eines anfechtbaren Generalversammlungsbeschlusses im Handelsregister verletzt werden könnten.¹

Die Regelung zur Eintragungssperre hat vor zehn Jahren die letzte Änderung erfahren.² In der Praxis ergeben sich bei der Anwendung nach wie vor in einzelnen Punkten gewisse Ungereimtheiten. Während der Registersperre einerseits die Bedeutung eines wirksamen Mittels und zwingenden Bestandteils eines effizienten einstweiligen Rechtsschutzes zukommt,³ so birgt dieses Instrument

* Lukas Müller, Prof. Dr. oec. HSG, lic. iur., LL.M., MA UZH, Assistenzprofessor für Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Gesellschaftsrecht am Institut für Finanzwissenschaft, Finanzrecht und Law and Economics (IFF-HSG) an der Universität St. Gallen.

** Natascha Rizzi, M.A. HSG in Law and Economics.

¹ FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 16 N 40 f.; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 1 N 550; ANDRÉ BLOCH, § 57 Schutzrechte des Aktionärs, in: Willi Fischer/Helke Drenckhan/Michael Gwelessiani/Fabiana Theus Simoni (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Basel 2014, S. 769; SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 2.

² Die alte Regelung nach Art. 32 Abs. 2 altHRegV, mit der Marginalie «privatrechtlicher Einspruch», wurde am 1. Januar 2008 durch Art. 162 f. HRegV abgelöst.

³ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 10; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 1), § 25 N 77.

gleichzeitig auch ein gewisses Missbrauchspotenzial durch die Minderheit. Daher wird die Eintragungssperre von einigen Rechtswissenschaftlern als «Gratis-Terror»⁴ betitelt. In der Vergangenheit wurde in der Lehre gefordert, die Handelsregister-sperre gänzlich abzuschaffen oder zumindest deutlich zu reformieren.⁵ Dabei stellt sich die Frage, ob etwa im Rahmen einer anstehenden Revision der Handelsregisterverordnung eine ersatzlose Streichung der Eintragungssperre erfolgen sollte.⁶

Vor diesem Hintergrund wird zunächst darauf eingegangen wo die Register-sperre im handelsregisterrechtlichen Verfahren bei einem Generalversamm-lungsbeschluss anzusiedeln ist und welche Bedeutung ihr in der Praxis in Zusammen-hang mit anfechtbaren Beschlüssen zukommt. Anschliessend werden einige ausgewählte Aspekte vertieft, darunter die Voraussetzungen, welche erforderlich sind um eine Einsprache zu erwirken und wie der Einspruch vor dem Massnah-megericht zu prosequieren ist. Dabei wird dargestellt, welche Probleme sich in der Praxis mit der Registersperre ergeben und was die Folgen für die Minder-heitsaktionäre wären, wenn keine Registersperre mehr zur Verfügung stünde.

II. Handelsregisterrechtliches Verfahren bei GV-Beschlüssen

A) Praktischer Ablauf

Vor der Durchführung der Generalversammlung wird die Beurkundung der not-wendigen Beschlüsse von der Urkundsperson vorbereitet, damit die öffentliche Beurkundung ohne Verzug (d.h. stempel- und unterschrittsbereit) stattfinden kann. Die Einladung muss mindestens 20 Tage vor der Generalversammlung ver-sendet werden (Art. 700 Abs. 1 OR), ausser es liege eine Universalversammlung vor. Mit der Universalversammlung kann – solange alle Eigentümer oder Vertre-ter der Aktien einverstanden sind – über alle in den Geschäftskreis der General-versammlung fallenden Gegenstände gültig verhandelt und Beschluss gefasst werden, solange die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien anwesend sind. Anschliessend wird die Generalversammlung durchgeführt. Falls erforderlich, werden die notwendigen Beschlüsse (öffentlich) beurkundet und danach erfolgt die Anmeldung der Beschlüsse beim Handelsregisteramt. Dieser Vorgang kann, wenn dies von der Urkundsperson entsprechend vorbereitet wird, innert weniger Minuten oder Stunden umgesetzt werden.

Der kantonale Handelsregisterführer prüft die Beschlüsse der Generalver-sammlung und trägt sie ins Tagesregister ein, sofern sämtliche Voraussetzungen

⁴ JEAN-NICOLAS DRUEY, Mängel des GV-Beschlusses, in: Jean-Nicolas Druey (Hrsg.), Rechts-fragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, S. 158 Fn. 105; PETER V. KUNZ, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997, S. 169 f.; PETER LEHMANN, Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, Zürich 2000, N 130.

⁵ MARKUS VISCHER/DIETER HOFMANN, Vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit Generalversammlungen, SZW 5/2016, S. 511.

⁶ Die Vernehmlassung zur Revision der Handelsregisterverordnung soll gemäss <<https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/preview.html>> im November 2018 eröffnet werden.

für die Eintragung erfüllt sind und – an dieser Stelle greift die Handelsregister sperre – kein privatrechtlicher Einspruch nach Art. 162 f. HRegV vorliegt. Danach erfolgt die Prüfung durch das Eidgenössische Handelsregisteramt (EHRA) und sofern die Anmeldung eintragungsfähig ist, werden die Beschlüsse in das Hauptregister des kantonalen Handelsregisteramts eingetragen. Mit der Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) beginnen die Rechtswirkungen einer Handelsregistereintragung gegenüber Dritten zu laufen (Art. 932 Abs. 2 OR). Mit der künftigen Regelung des Art. 936a Abs. 1 E-OR sollen hingegen sowohl für die interne als auch die externe Wirksamkeit eines Handelsregistereintrages nur noch die elektronische Publikation im SHAB massgeblich sein.⁷

B) Wirkungen des Handelsregistereintrags

Mit einem Eintrag im Handelsregister sind verschiedene Wirkungen verbunden. Zu den materiell-rechtlichen Wirkungen zählen die konstitutiven bzw. rechtserzeugenden Wirkungen (z.B. beschlossene Kapitalveränderungen) und die deklaratorischen bzw. rechtsverkündenden Wirkungen (z.B. die Bestellung und Abberufung eines Verwaltungsrates).⁸

Daneben existieren registerrechtliche Wirkungen wie die negative und positive Publizitätswirkung des Handelsregistereintrags (Art. 933 OR). Der Eintrag ins Handelsregister hat zudem beweiserstärkende Wirkung (Art. 9 ZGB). In einzelnen Fällen könnte auch der öffentliche Glaube vorhanden sein, wonach sich gutgläubige Dritte generell auf die Richtigkeit der Eintragungen im Handelsregister verlassen können, was aber umstritten ist.⁹

Sodann sind mit Registereinträgen bzw. der Eintragungspflicht auch Neben- und Folgewirkungen verbunden.¹⁰ Im Handelsregister eingetragene Unternehmen geniessen bspw. den Firmenschutz (Art. 956 OR). Zeitlich entsteht die Eintragungswirkung im internen Verhältnis unter den Beteiligten mit der Einschreibung ins Tagebuch (Art. 932 Abs. 2 OR) und gegenüber Dritten (externe Wirkung) mit der Publikation im SHAB (Art. 932 Abs. 2 OR). Im künftigen Recht ist für die Rechtswirksamkeit nach Art. 936a Abs. 1 E-OR nur noch auf die elektronische SHAB-Publikation abzustellen.

⁷ Botschaft zum Obligationenrecht (Handelsregisterrecht), Änderung vom 17. März 2017, BBl 2017, S. 2437; MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER/SETHE ROLF, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018, § 6 N 113.

⁸ KARL REBSAMEN, Das Handelsregister, ein Handbuch für die Praxis, 2. Auflage, Zürich 1999, N 7; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Anm. 7), § 6 N 90 ff.

⁹ Statt vieler: HANS-UELI VOGT, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters Registerrecht, Vertrauenshaftung, Ökonomie der Information, Diss. Zürich, Zürich 2003, passim; CLEMENS MEISTERHANS, Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, Zürich 1996, S. 57 ff. m.w.H.

¹⁰ MEISTERHANS (Anm. 9), S. 56 f. Die handelsgerichtliche Zuständigkeit bestimmt sich ebenfalls nach der Handelsregistereintragung. Ferner ist die Betreibung auf dem Weg des Konkurses nur bei denjenigen möglich, die im Handelsregister eingetragen sind (Art. 39, Art. 159 ff. SchKG).

C) Anwendungsfälle der Registersperre

Die grösste praktische Bedeutung hat die Registersperre bei Handelsregistereinträgen einer Aktiengesellschaft und bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.¹¹ Das hängt damit zusammen, dass bei den Kapitalgesellschaften die wichtigsten Anwendungsfälle der konstitutiven bzw. rechtserzeugenden Handelsregistereinträge gegeben sind.¹²

Zu den typischen Streitfällen in der Praxis und Anwendungsbereichen der Registersperre gehören Kapitalveränderungen (Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen, die beide konstitutive Wirkung haben) sowie Statutenänderungen (wie Sitzverlegung, Firmenänderungen, sonstige Statutenänderungen), Wahlen (etwa die Zuwahl oder Abwahl von Verwaltungsräten; Personenmutationen sind deklaratorisch, die Eintragung verleiht aber die positive Publizitätswirkung nach Art. 933 Abs. 1 OR) oder Umstrukturierungen nach Fusionsgesetz. Bei Wiederwahlen in den Verwaltungsrat nützt die Registersperre indes nichts, da die Betroffenen bereits im Handelsregister eingetragen sind und dort verbleiben.¹³ Die Registersperre ist daher sowohl bei Eintragungen mit konstitutiver als auch deklaratorischer Wirkung relevant. Bei Gründungen bspw. ist die Eintragung der juristischen Personen konstitutiv und mit der Registersperre wird die Entstehung dieser Gesellschaften zumindest vorläufig verhindert.¹⁴ Die Verletzung von Aktionärbindungsverträgen stellt hingegen kein Generalversammlungsbeschlussanfechtungsgrund dar und die Registersperre ist daher ungeeignet die Stimmbindungsvereinbarungen durchzusetzen.¹⁵

D) Problem bei anfechtbaren GV-Beschlüssen

Ein Beschluss der gegen objektives Recht oder gegen die Statuten verstösst ist mangelhaft und kann angefochten werden (Art. 706 Abs. 1 OR). Beschlüsse können hinsichtlich des Verfahrens (formelle Mängel) oder in Bezug auf ihren Inhalt mangelhaft sein. Die Anfechtungsklage ist neben der Verantwortlichkeitsklage eine der wichtigsten Klagen des Aktienrechts.¹⁶

Formelle Fehler bei Beschlüssen liegen z.B. bei einem falschen Quorum vor, wenn die Einberufungsfrist von 20 Tagen nicht beachtet wurde oder wenn eine Universalversammlung durchgeführt wurde, welche tatsächlich gar keine war. Zu den inhaltlichen Mängeln zählen Beschlüsse, welche z.B. das Gleichbehandlungsprinzip dadurch verletzen, dass das Bezugsrecht nur den im Unternehmen aktiv mitwirkenden Aktionären eingeräumt wird oder dass der Grundsatz der

¹¹ MATTHIAS KUSTER, Die Handelsregistersperre nach revidierter Handelsregisterverordnung, GesKR 4/2009, S. 555.

¹² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Anm. 7), § 6 N 90 ff.

¹³ PETER V. KUNZ, Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht, Bern 2012, S. 28 ff.

¹⁴ ERNST F. SCHMID, Gesuch um Handelsregistersperre (vorsorgliche Massnahme), in: Willi Fischer/Fabiana Theus Simoni/Dieter Gessler (Hrsg.), Kommentierte Musterklagen zum Gesellschaftsrecht und zum geistigen Eigentum, Zürich/Basel/Genf 2016, § 41 N 33.

¹⁵ SCHMID (Anm. 13), § 41 N 44.

¹⁶ BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 706 N 1.

schonenden Rechtsausübung¹⁷ verletzt wird. Aber auch wenn Minderheitsaktionäre aus der AG herausgedrängt werden oder ihre Rechte systematisch beschnitten werden. Ebenso kann die Eigentümerstellung bei Aktien umstritten sein oder die Ausübung der Stimmrechte (z.B. im Zusammenhang mit der Übertragung von vinkulierten Aktien).

Wenn ein Generalversammlungsbeschluss angemeldet wird, muss dieser vom Handelsregisterführer unverzüglich ins Handelsregister eingetragen werden, selbst wenn der Beschluss anfechtbar ist. Während der Anfechtungsfrist befindet sich der anfechtbare Beschluss in einem Zustand schwebender Wirksamkeit. Der Beschluss ist resolutiv bedingt gültig und darf grundsätzlich wie ein gültiger Beschluss behandelt werden.¹⁸ Ein positives Urteil im Anfechtungsverfahren, wirkt *ex tunc*, d.h. der Beschluss wird rückwirkend, auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung, nichtig, so wie wenn der angefochtene Beschluss nie gefasst worden wäre.¹⁹ Läuft die zweimonatige Verwirkungsfrist von Art. 706a Abs. 1 OR ungenutzt ab, wird der Beschluss definitiv und seine Rechts- oder Statutenwidrigkeit kann nicht mehr geltend gemacht werden. Nach Ablauf der Anfechtungsfrist erlischt das Anfechtungsrecht.

Da die Gesellschaft den Beschluss so behandeln darf wie wenn er gültig wäre, reicht die Anfechtungsklage alleine oftmals nicht aus um dessen Umsetzung zu verhindern. Teilweise werden somit Tatsachen geschaffen, die entweder faktisch oder aus Gläubigerschutzgründen nicht wieder rückgängig gemacht werden können.²⁰ Eine besondere Schwierigkeit ergibt sich z.B. im Falle einer Kapitalerhöhung. Die Kapitalerhöhung hat konstitutive Wirkung und der Verwaltungsrat hat gemäss Art. 652h OR die nach Art. 652g OR gefassten Feststellungs- und Statutenanpassungsbeschlüssen – unter Beachtung der Verwirkungsfrist von drei Monaten (Art. 650 Abs. 3 OR) – zur Eintragung anzumelden. Wurde ein Kapitalerhöhungsbeschluss vollzogen, im Handelsregister eingetragen und die Aktien ausgegeben, so kann dies nicht mehr rückgängig gemacht werden. Andernfalls könnten beispielsweise Dritte, die zwischenzeitlich Geschäfte mit der Gesellschaft abgeschlossen haben, in ihrem Vertrauen auf die im Handelsregister publizierte Kapitalerhöhung enttäuscht werden.²¹

Die Handelsregistersperre kann hier vorerst verhindern, dass der Beschluss ins Tagesregister eingetragen wird, bevor die Anfechtungsfrist abgelaufen ist und das Urteil der Anfechtungsklage vorliegt.²² Die mit einer Registereintragung verbundenen Wirkungen können so zumindest vorläufig unterbunden werden.

¹⁷ Vgl. Entscheid 4A_531/2017 des Bundesgerichts vom 20. Februar 2018, E. 3.1.

¹⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 1), § 25 N 57.

¹⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 1), § 25 N 59 ff.; DRUEY (Anm. 4), S. 161; BÖCKLI (Anm. 1), § 16 N 128.

²⁰ URS SCHENKER, Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen bei der Aktiengesellschaft, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X*, Bern 2015, S. 41 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Anm. 7), § 6 N 95 ff.

²¹ SCHENKER (Anm. 19), S. 40.

²² ISLER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Handelsregistersperre, SZW 2/2008, S. 225 Fn. 21.

E) Einstweiliger Rechtsschutz bei mangelhaften Beschlüssen

Die Handelsregistersperre ist Bestandteil des einstweiligen Rechtsschutzes in Zusammenhang mit der Anfechtung von mangelhaften Generalversammlungsbeschlüssen. Es existieren unterschiedliche Meinungen dazu, wann ein Generalversammlungsbeschluss wirksam ist.²³ Entscheidend ist, dass die Registersperre vorgenommen wird, bevor der Beschluss ins Tagesregister eingetragen wird, da eine Eintragung nach erfolgter Aufnahme im Tagesregister und der Genehmigung durch das EHRA als vollzogen gilt.²⁴ Später eintreffende Eingaben sind ans zuständige Gericht zu verweisen (Art. 162 Abs. 5 HRegV). Gegen Eintragungen, die gestützt auf Art. 19 HRegV angeordnet wurden, kann ebenfalls kein Einspruch erhoben werden, da eine (rechtskräftige) behördliche Entscheidung (bzw. Verfügung) gegenüber einer (zivilen) Registersperre vorgeht.²⁵ Wer sich gegen eine Verfügung, die zu einer Handelsregistereintragung führt, wehren will, muss dies rechtzeitig im entsprechend anwendbaren Rechtsmittelverfahren tun.

Bei der Registersperre nach Art. 162 f. HRegV handelt es sich um ein zweistufiges Verfahren. Vor dem Handelsregisterführer erfolgt das einseitige Einspruchsverfahren (Registersperre nach Art. 162 HRegV) ohne Anhörung der Gegenpartei bzw. der betroffenen Rechtseinheit. Im Einspruchsverfahren vor dem kantonalen Handelsregisteramt findet das kantonale Verwaltungsverfahrenrecht Anwendung. Sobald das Verfahren beim zuständigen Gericht rechtshängig ist, ist die ZPO anzuwenden.

Über Gesuche um vorsorgliche Massnahmen entscheidet das zuständige Gericht dann im summarischen Verfahren (Art. 261 ff. ZPO). Hierbei handelt es sich um ein vom Einspruchsverfahren vor dem Handelsregisteramt separates Verfahren (Massnahmeverfahren). Das Massnahmeverfahren ist ein zivilprozessuales Verfahren, wonach die Normen der ZPO (und im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht jene des BGG) massgeblich sind.

Die Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses folgt den Regeln des ordentlichen Verfahrens nach Art. 219 ff. ZPO oder nach den Vorgaben des vereinfachten Verfahrens nach Art. 243 ff. ZPO. Entsprechend ist ebenfalls abzuklären, ob ein Schlichtungsgesuch gestellt werden muss, um das Verfahren einzuleiten oder ob die Anfechtung des Beschlusses beim zuständigen Handelsgericht zu begehren ist.²⁶ Bei der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen muss unbedingt die zweimonatige Verwirkungsfrist (Art. 706a Abs. 1 OR) für das Hauptverfahren beachtet werden. Der vorsorgliche Rechtsschutz ist dem eigentlichen Hauptprozess vorgelagert.²⁷ Das Hauptverfahren sollte aber parallel zum vorsorglichen Massnahmeverfahren geführt werden, da dieses aufgrund der

²³ Statt vieler: GAUDENZ G. ZINDEL/DANIEL S. WEBER/ARNAUD F. PHILIPPE, Zeitpunkt der Wirksamkeit statutenändernder Generalversammlungs- und Verwaltungsratsbeschlüsse, REPRAX 2/3/2008.

²⁴ REBSAMEN (Anm. 8), N 72; MICHAEL GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, N 573.

²⁵ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 49.

²⁶ Art. 198 lit. f. ZPO.

²⁷ KUNZ (Anm. 4), S. 158.

zweimonatigen Verwirkungsfrist nicht abgewartet werden kann, wenn man die (konstitutiven) Wirkungen der Eintragung im Handelsregister verhindern will. Nachfolgend wird zunächst auf das Verfahren der Einsprache vor dem Handelsregister eingegangen und anschliessend auf die Aufrechterhaltung der Registersperre im Massnahmeverfahren.

III. Handelsregistersperre nach Art. 162 f. HRegV

A) Anforderungen an das Gesuch um Registersperre

1. Aktivlegitimation

Die Hürden zur Erwirkung einer Registersperre sind insgesamt sehr tief angesetzt. Gemäss dem Wortlaut von Art. 162 Abs. 1 HRegV kann die Registersperre von «Dritten» erhoben werden. Der Begriff des Dritten ist sehr weit zu fassen, wonach prinzipiell jede (beliebige) Person Einspruch erheben kann, die nicht identisch mit der betroffenen Rechtseinheit ist.²⁸ Dazu gehören z.B. Aktionäre, Gläubiger, Verwaltungsräte, sofern sie nicht für die betroffene Rechtseinheit handeln, aber eben auch Dritte, welche keinerlei Beziehung zur Gesellschaft aufweisen.²⁹

Der sehr breit definierte Kreis der Einspruchsberechtigten stellt dann auch das Einfallstor für den Missbrauch dieses Instruments dar.³⁰ An dieser Stelle ist das in der Praxis existente Risiko der «Kettensperre» bzw. «Ketteneinsprache» zu erwähnen. Steht ein Zusammenwirken des ersten und zweiten Einsprechers fest, respektive erhebt eine weitere Person kurz vor Ablauf der Klagefrist von zehn Tagen des ersten Einsprechers eine zusätzliche Einsprache und hält dadurch die Registersperre für weitere zehn Tage aufrecht, ist ein Rechtsschutzinteresse zu verneinen.³¹ Das Handelsregisteramt sollte indes nur mit grösster Zurückhaltung und nur in offensichtlichen Fällen davon ausgehen, dass ein Rechtsmissbrauch vorliegt. Da grundsätzlich jeder beliebige Dritte berechtigt ist, einen Einspruch zu erheben, wird das Handelsregisteramt bei der ersten erhobenen Registersperre im Normalfall keinen Anhaltspunkt vorfinden, das Rechtsschutzinteresse zu verneinen. Wenn aber eine andere Person denselben Einspruch erneut erhebt, so besteht Anlass sich Gedanken über das Rechtsschutzinteresse des Einsprechers zu machen.³² Das Handelsregisteramt darf den Einspruch nur dann unberücksichtigt lassen, wenn es das Rechtsschutzinteresse ausschliessen kann.³³

Folgendes Szenario veranschaulicht die Schwierigkeiten, die in der Praxis auftauchen können: Reicht dieselbe Anwaltskanzlei zunächst im Namen der einen Person eine Einsprache ein und erwirkt dann kurz vor Ablauf der Verwirkungs-

²⁸ GWELESSIANI (Anm. 23), N 564; SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 26, 32.

²⁹ GWELESSIANI (Anm. 23), N 564.

³⁰ DOMINIK VÖCK, Prozessuale Fragen bei der Durchsetzung von Aktionärsrechten, Zürich 1999, S. 188; KUSTER (Anm. 11), S. 555.

³¹ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 34; GWELESSIANI (Anm. 23), N 567.

³² SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 32.

³³ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 35.

frist von zehn Tagen im Namen einer anderen Person eine erneute Einsprache, so beginnt die Frist von neuem zu laufen. Das ergibt sich aus der unterschiedlichen Identität des ersten und zweiten Einsprechers.³⁴ Der betroffenen Gesellschaft fehlen aber die notwendigen Beweiserhebungsinstrumente im Verfahren vor dem Handelsregister um ein bewusstes Zusammenwirken mehrerer Einsprecher glaubhaft zu machen.³⁵ Selbst wenn der Nachweis gelingt, sind die Erfolgchancen gering, da der Einspruch im Zweifel vom Handelsregisteramt zu berücksichtigen ist.³⁶

2. Form

Der Einspruch muss entsprechend dem Wortlaut von Art. 162 Abs. 1 HRegV schriftlich und unterschrieben³⁷ beim zuständigen Handelsregisteramt eingereicht werden. Die Einreichung per Fax oder E-Mail löst die Registersperre hingegen nicht aus und wirkt entsprechend auch nicht fristwährend.³⁸ Die Identität des Einsprechers muss aus dem Gesuch um Handelsregistersperre hervorgehen. Der Einspruch kann auch durch eine Vertretung erfolgen; eine entsprechende Vollmachtsurkunde ist hierfür dem Einspruch beizulegen.³⁹ Die Registersperre wird erst dann ausgelöst, wenn sie beim zuständigen Handelsregisteramt eingereicht wird. Das Handelsregisteramt am Sitz der betroffenen Gesellschaft ist örtlich zuständig. Wird der Einspruch an eine unzuständige Handelsregisterbehörde eingereicht, so hat diese die Eingabe von Amtes wegen weiterzuleiten.⁴⁰

3. Inhalt

In Art. 162 f. HRegV sind keine konkreten Bestimmungen zum Inhalt des Einspruchs enthalten. Aus Art. 162 Abs. 1 HRegV kann aber zumindest der erforderliche Minimalinhalt abgeleitet werden, den ein Gesuch um Registersperre enthalten sollte. Dazu gehören die Identität des Einsprechers, die klare Willensäusserung eine Registersperre erwirken zu wollen, die Rechtseinheit bei welcher die Eintragung nicht vorgenommen werden soll sowie der Gegenstand der Eintragung die nicht vorgenommen werden soll.⁴¹ Insgesamt muss ein Einspruch so präzise formuliert werden, dass das Handelsregisteramt, ohne grössere Auslegung vornehmen zu müssen, zweifelsfrei erkennen kann welche Eintragung es nicht vornehmen soll.⁴²

³⁴ GWELESSIANI (Anm. 23), N 567.

³⁵ LEHMANN (Anm. 4), N 742.

³⁶ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 35, 124.

³⁷ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 37.

³⁸ CLEMENS MEISTERHANS, Eintragung von Beschlüssen: Erfahrungen mit der Registersperre, in: Christoph B. Bühler/Dieter Gericke/Lukas Glanzmann et al. (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X*, Bern 2015, S. 133 ff.; SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 36; GWELESSIANI (Anm. 23), N 561a.

³⁹ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 37.

⁴⁰ KUSTER (Anm. 11), S. 555.

⁴¹ MEISTERHANS (Anm. 38), S. 135.

⁴² SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 39, 41.

Die Kenntnis der Identität des Einsprechers ist relevant, da jeder Einspruch ein eigenes Einspruchsverfahren auslöst.⁴³ Wie bereits erwähnt, ist eine Vertretung mit entsprechender Vollmacht möglich. Der Einsprecher muss in seinem Einspruch klar und unbedingt erklären, dass er eine Registersperre verlangt.⁴⁴ Eine inhaltliche Begründung des Einspruchs ist hingegen nicht erforderlich. Erst das Massnahmegericht hat den Anspruch auf Registersperre inhaltlich zu prüfen.⁴⁵

Die tangierte Rechtseinheit ist gemäss MEISTERHANS zumindest durch die Firma und den Sitz zu bezeichnen.⁴⁶ Die Angabe der sog. Unternehmens-Identifikationsnummer (UID), über welche sämtliche im Handelsregister eingetragenen aktiven Rechtseinheiten verfügen (vgl. Art. 936a OR), ist empfehlenswert⁴⁷, da die UID eine klare und dauerhafte Identifizierung der Rechtseinheit erlaubt. Dadurch kann einerseits die Verwechslungsgefahr minimiert werden und andererseits wird vermieden, dass der Handelsregisterführer aufgrund einer unbestimmbaren Rechtseinheit überhaupt keine Registersperre vornimmt.

Der Gegenstand der Eintragung, die nicht vorgenommen werden soll, ist möglichst präzise zu umschreiben. Es muss auf den Generalversammlungsbeschluss, inklusive Traktandum, Bezug genommen werden, soweit dieser bestimmt oder bestimmbar ist. Eher allgemeine Formulierungen wie «es seien bezüglich der XY AG keinerlei Eintragungen ins Tagesregister vorzunehmen, die sich auf einen Generalversammlungsbeschluss im Zeitraum vom 1. Juni 2018 bis 31. Juni 2018 beziehen und damit eine Kapitalerhöhung bezwecken» sollten ebenfalls zulässig sein. Eine vollständige Sperrung wird in der Literatur zwar als zulässig erachtet⁴⁸, diese Ansicht ist aber abzulehnen, da es unverhältnismässig ist, pauschal alle Eintragungen zu blockieren, wenn sich das Rechtsschutzinteresse lediglich auf einzelne Eintragungen bezieht. So könnten unabsichtlich für die Rechtseinheit notwendige Eintragungen mit einer vollständigen Registersperre blockiert werden. Ausserdem riskiert der Einsprecher für zu weitreichende Registersperren schadenersatzpflichtig zu werden.⁴⁹

Ein Gesuch um Registersperre könnte folgendermassen formuliert werden: «Hiermit erhebe ich Einsprache nach Art. 162 HRegV gegen die einzutragenden Beschlüsse der ordentlichen Generalversammlung der Firma XY vom 1. Juni 2018 über die Statutenänderung in Bezug auf Art. 5.1»⁵⁰ und «Das Handelsregisteramt des Kantons St. Gallen sei anzuweisen, keine Änderungen im Handelsre-

⁴³ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 163 N 37.

⁴⁴ KUSTER (Anm. 11), S. 556; SHK HRegV-CARBONARA, Art. 163 N 43; GWELESSIANI (Anm. 23), N 562.

⁴⁵ KUSTER (Anm. 11), S. 556; SHK HRegV-CARBONARA, Art. 163 N 44.

⁴⁶ MEISTERHANS (Anm. 38), S. 136.

⁴⁷ LUKAS MÜLLER/PASCAL MÜLLER, Organisationsmängel in der Praxis, Ausgewählte Aspekte zu Art. 731b OR aus Sicht des Handelsregisters und der Rechtsprechung, AJP 1/2016, S. 57.

⁴⁸ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 163 N 42; MEISTERHANS (Anm. 38), S. 137.

⁴⁹ KUSTER (Anm. 11), S. 556 Fn. 18.

⁵⁰ Vgl. BLOCH (Anm. 1), S. 770.

gister betreffend Eintragung der Statutenänderung (Traktandum 2.2) gemäss Generalversammlungsbeschluss der XY AG vom 1. Juni 2018 vorzunehmen.»⁵¹

4. Frist und einzureichende Belege

Die Registersperre tritt eo ipso ein, wenn die Einsprache rechtsgültig eingereicht wurde. Sie bleibt mindestens zehn Tage lang aufrecht erhalten. Innert zehn Tagen muss die Registersperre beim zuständigen Gericht als vorsorgliche Massnahme prosequiert werden. Damit bleibt die Registersperre bis zur rechtskräftigen Erledigung der vorsorglichen Massnahme respektive des Hauptsacheverfahrens in Kraft. Die zehntägige Frist beginnt gemäss dem Wortlaut von Art. 163 Abs. 3 Bst. a und b HRegV mit der persönlichen Einreichung beim Handelsregisteramt oder am Datum des Poststempels, wenn der Einspruch per Post eingereicht wird. Es handelt es sich um eine gesetzliche Verwirkungsfrist, d.h. sie kann weder verlängert noch unterbrochen werden.⁵² Das Handelsregisteramt kann die Frist nicht erstrecken, sondern nur den Fristenablauf und die Fristwahrung überprüfen.⁵³ Aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit hat die Versendung des Einspruchs via Post in der Praxis eine geringe Bedeutung.⁵⁴ Es wird daher empfohlen, den Einspruch schriftlich und unterschrieben (allenfalls mitsamt einer Vollmacht) persönlich beim Handelsregisteramt einzureichen.

Die Frist wird gewahrt, wenn der Nachweis der Prosequierung beim Handelsregisteramt bis spätestens 17.00 Uhr am letzten Tag der Frist eingeht.⁵⁵ Hierbei handelt es sich um eine eher ungewöhnliche Frist und auch wenn scheinbar kein Grund für diese Sonderregelung ersichtlich ist, so ist sie dennoch einzuhalten.⁵⁶ Der Nachweis erfolgt durch das Einreichen einer Kopie des Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahme beim zuständigen Gericht und die Aufgabebestätigung der Schweizerischen Post oder die Empfangsbestätigung des Gerichts.⁵⁷ Das Handelsregister hat keine Prüfungscompetenz und demnach keinen Beweis abzunehmen.⁵⁸

Die Registersperre fällt dahin, wenn entweder der Nachweis der Prosequierung durch die Anhebung eines Massnahmeverfahrens unterbleibt und die Frist damit unbenutzt abläuft oder wenn das Massnahmegericht das Gesuch rechtskräftig abgewiesen hat (Art. 162 Abs. 3 HRegV). Eine rechtskräftige Abweisung ist gegeben bei unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist, dem Verzicht auf Rechtsmittel, wenn ordentliche Rechtsmittel gegen einen ablehnenden Entscheid ausgeschöpft sind, ein Vergleich mit Verzicht auf Registersperre erfolgt, wenn ein

⁵¹ Vgl. VOCK (Anm. 29), S. 189.

⁵² KUSTER (Anm. 11), S. 560; SHK HRegV-CARBONARA, Art. 163 N 19; GWELESSIANI (Anm. 23), N 570.

⁵³ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 163 N 19.

⁵⁴ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 163 N 6.

⁵⁵ MEISTERHANS (Anm. 38), S. 138; KUSTER (Anm. 11), S. 560; GWELESSIANI (Anm. 23), N 575.

⁵⁶ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 163 N 1, 10 f.; KUSTER (Anm. 11), S. 560; GWELESSIANI (Anm. 23), N 575.

⁵⁷ HANS-JAKOB KÄCH, Die Auswirkungen der neuen Handelsregisterverordnung, TREX 2/2008, S. 91; MEISTERHANS (Anm. 38), S. 139; SHK HRegV-CARBONARA, Art. 163 N 59.

⁵⁸ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 163 N 15.

Rückzug der Klage erfolgt (Art. 241 Abs. 2 HRegV) oder wenn das Verfahren aus anderen Gründen als gegenstandslos abgeschrieben wird (Art. 242 ZPO).⁵⁹

Abgesehen vom fristauslösenden Ereignis in Art. 163 Abs. 2 HRegV, finden sich in der HRegV keine Bestimmungen zur Fristberechnung. Bezüglich der Normenhierarchie des Fristenrechts ist sich die Lehre bei Art. 163 HRegV nicht einig.⁶⁰ So seien gemäss GWELESSIANI die Bestimmungen nach Art. 77 und 78 OR subsidiär zur HRegV anwendbar.⁶¹ KUSTER ist hingegen dafür, dass die Verfahrensbestimmungen des VwVG einschlägig seien.⁶² Gemäss CARBONARA lassen sich die offenen Fragen mittels der Grundsätze des Europäischen Übereinkommens über die Berechnung von Fristen (EUÜBF; SR 0.221.122.3) abschliessend beantworten.⁶³ In der HRegV sollte die entsprechende Fristenthematik geregelt werden; vorzugsweise entsprechend der von Gwelessiani vorgeschlagenen Lösung.

5. Kosten

Unter geltendem Recht ist die privatrechtliche Einsprache beim Handelsregisteramt mit keinen Kosten für den Einsprecher verbunden. Daher wird vielfach auch von «Gratis-Terror»⁶⁴ gesprochen.

B) Registersperre «auf Vorrat»

Zu erwähnen sei auch der Fall in welchem die Eintragung noch nicht beim Handelsregisteramt angemeldet wurde. Oftmals ist der Zeitpunkt, wann die Anmeldung durch die Gesellschaft erfolgt, nicht genau bekannt⁶⁵, denn z.B. bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung in der Aktiengesellschaft hat der Verwaltungsrat drei Monate Zeit für die Eintragung im Handelsregister (vgl. z.B. Art. 650 Abs. 1 und Abs. 3 OR i.V.m. Art. 46 HRegV). Der präventive Einspruch ist zwar gesetzlich nicht geregelt, die Zulässigkeit wird in der Lehre aber grundsätzlich bejaht.⁶⁶ Man kann davon ausgehen, dass die meisten Einsprachen wohl einen vorsorglichen Charakter haben, da auf den Eintrag ins Tagesregister und nicht mehr auf den Vollzug der Eintragung abgestellt wird, wie noch unter der alten Regelung.⁶⁷

Der Einsprecher ist in jedem Fall – selbst wenn kein Beschluss angemeldet wird – ans Gericht zu verweisen. Die Prosequierung des Einspruchs und die Registersperre sind vom Handelsregisteramt auf «Vorrat» während zehn Tagen zu vollziehen (Art. 162 f. HRegV). Die Prosequierung sollte dann möglich sein, sofern die Voraussetzungen für eine vorsorgliche Massnahme glaubhaft gemacht werden können. Mit Ablauf der drei Monate seit dem Beschluss der Kapitalerhö-

⁵⁹ MEISTERHANS (Anm. 38), S. 141 f.

⁶⁰ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 163 N 2.

⁶¹ GWELESSIANI (Anm. 23), N 571.

⁶² KUSTER (Anm. 11), S. 559.

⁶³ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 163 N 2, 7 ff.

⁶⁴ Vgl. Anm. 4.

⁶⁵ KUSTER (Anm. 11), S. 556 f.; ISLER/VON DER CRONE (Anm. 21), S. 230.

⁶⁶ KUNZ (Anm. 4), S. 173; ISLER/VON DER CRONE (Anm. 21), S. 230 f.; KUSTER (Anm. 11), S. 556 f.; SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 45 f.

⁶⁷ ISLER/VON DER CRONE (Anm. 21), S. 230.

hung dürfte eine vorsorgliche Massnahme mangels nicht wiedergutzumachendem Nachteil entbehrlich werden.⁶⁸

C) Rechtswirkung der Einsprache

Der Einspruch bewirkt, mangels diesbezüglicher Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, automatisch eine Registersperre. Die materiell-rechtliche Begründetheit der Einsprache darf nicht vom Handelsregisterführer überprüft werden.⁶⁹ Mit dem Einspruch ans Handelsregisteramt wird das Einspruchsverfahren in Gang gesetzt und das Handelsregisteramt nimmt die Eintragung ins Tagesregister vorläufig nicht vor,⁷⁰ wodurch der Status quo bewahrt wird.⁷¹

Die Registersperre entfaltet nebst den formellen Wirkungen keinerlei materiell-rechtliche Wirkungen.⁷² Insbesondere auf laufende Fristen wie z.B. die Anfechtungsfrist nach Art. 706a OR, hat die Eintragungssperre keine Auswirkung. Auch die betroffene Rechtseinheit hat bei einer Kapitalerhöhung nach Art. 650 Abs. 3 OR, trotz Registersperre, innert drei Monaten die erforderlichen Belege beim Handelsregister einzureichen.⁷³

Die betroffene Rechtseinheit wird schriftlich über den Einspruch informiert, nachdem das Einspruchsverfahren abgeschlossen ist (Art. 162 Abs. 2 Satz 1 HRegV).

D) Aufrechterhaltung der Registersperre im Massnahmeverfahren

Um die Registersperre aufrecht zu erhalten muss das Gericht diese in einem Erkenntnisverfahren bestätigen. Über die Aufrechterhaltung der Registersperre entscheidet der Richter im summarischen Verfahren (Art. 248 lit. d ZPO).⁷⁴ Im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen sind die Art. 261 ff. ZPO einschlägig und sofern diese keine Regelung enthalten die Art. 252 ff. ZPO.⁷⁵ Bei Guttheissung oder teilweiser Guttheissung durch das Massnahmegericht wird das Handelsregister angewiesen, die Registersperre aufrecht zu erhalten.⁷⁶

Die vorsorglichen Massnahmen können grundsätzlich vor oder nach der Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens verlangt werden (Art. 263 ZPO). Im Falle der Anfechtungsklage muss beides zeitnah erfolgen, da die Verwirkungsfrist für die Einleitung des Hauptmassnahmeverfahrens – die Anfechtung des GV-Beschlusses – zwei Monate beträgt (Art. 706a Abs. 1 OR). Das Gericht kann die Anordnung vorsorglicher Massnahmen von der Leistung einer Sicherheit durch den Geschuchsteller abhängig machen, wenn ein Schaden für die Gegenpartei zu befürchten ist (Art. 264 ZPO). Ist bereits eine Registersperre nach

⁶⁸ Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO.

⁶⁹ LEHMANN (Anm. 4), N 725; ISLER/VON DER CRONE (Anm. 21), S. 229.

⁷⁰ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 17.

⁷¹ SCHMID (Anm. 13), § 41 N 4 ff.

⁷² SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 50.

⁷³ GWELESSIANI (Anm. 23), N 568.

⁷⁴ ISLER/VON DER CRONE (Anm. 21), S. 227.

⁷⁵ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 102.

⁷⁶ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 112.

Art. 162 HRegV aktiv, so besteht keine Dringlichkeit für eine superprovisorische Anordnung (Art. 265 ZPO) und es genügt eine provisorische Anordnung. Wurde ein Gesuch bereits abgelehnt, so ist ein neues Gesuch nur dann sinnvoll, wenn sich die Umstände nach Massgabe von Art. 268 ZPO geändert haben.

1. Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen

Das Gericht erlässt vorsorgliche Massnahmen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 261 ff. ZPO erfüllt sind. Die gesuchstellende Partei muss im Massnahmeverfahren für den Erlass vorsorglicher Massnahmen kumulativ glaubhaft machen, dass die gerichtliche Anordnung, bzw. die Registersperre in diesem Fall, geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden.⁷⁷ Die gegebenenfalls angeordnete Sicherheitsleistung (Art. 264 Abs. 1 ZPO) kann als weitere Prozessvoraussetzung gesehen werden.⁷⁸

a) Verfügungsanspruch

Der Verfügungsanspruch drückt aus, was man im Hauptverfahren erreichen möchte.⁷⁹ Der Gesuchsteller muss die Begründetheit des materiellen Anspruchs, z.B. die Begründetheit der Anfechtungsklage, glaubhaft machen.⁸⁰ Die gesuchstellende Partei hat gemäss Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO glaubhaft zu machen, dass ein ihr gegenüber dem Gesuchsgegner zustehender Anspruch verletzt wird oder eine Verletzung zu befürchten ist. Das Massnahmegericht muss zum Schluss kommen, dass ein Obsiegen des Gesuchstellers im ordentlichen Prozess wahrscheinlich ist (günstige Hauptsachenprognose).⁸¹ An das Massnahmebegehren, welches dazu dient den bisherigen Zustand sicherzustellen, sollten keine allzu hohen Anforderungen in Bezug auf die Glaubhaftmachung gestellt werden, solange gewisse objektive Anhaltspunkte für eine günstige Hauptsachenprognose sprechen.⁸²

Die Begehren im Massnahmeverfahren und im ordentlichen Verfahren sind unterschiedlich. Im Massnahmeverfahren lautet der Antrag ans Gericht die Registersperre aufrechtzuerhalten, während im ordentlichen Verfahren, in welchem ein Beschluss der Generalversammlung angefochten wird, der Antrag auf Aufhebung dieses Beschlusses lautet.⁸³

b) Verfügungsgrund

Die gesuchstellende Partei hat glaubhaft zu machen, dass ihr ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, wenn die beantragte vorsorgliche Massnahme nicht erlassen wird (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO). Als nicht leicht wiedergut-

⁷⁷ SCHMID (Anm. 13), § 41 N 24.

⁷⁸ VISCHER/HOFMANN (Anm. 5), S. 505.

⁷⁹ VISCHER/HOFMANN (Anm. 5), S. 505.

⁸⁰ BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 15.

⁸¹ KUSTER (Anm. 11), S. 117.

⁸² Zu den Anforderungen ans Glaubhaft machen nachstehend vgl. Abschnitt III.D)2.

⁸³ SCHMID (Anm. 13), § 41 N 18; SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 85; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Anm. 7), § 16 N 297.

zumachender Nachteil kommt grundsätzlich jeder Nachteil in Betracht – sowohl rechtlicher, als auch tatsächlicher Natur (BGE 127 III 132). Ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil liegt vor, wenn er sich – ohne vorsorgliche Massnahme – mit dem Endurteil im Hauptverfahren nicht wieder rückgängig machen lässt. Dieser Nachteil muss eine gewisse Schwere aufweisen und muss drohen bzw. darf noch nicht eingetreten sein.⁸⁴ Ausserdem muss mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit damit gerechnet werden, dass ein solcher Nachteil eintritt.⁸⁵ Dabei ist im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen, ob sich eine getroffene Anordnung wieder rückgängig machen lässt. Falls eine vorsorgliche Massnahme den Endentscheid präjudiziert, sind höhere Anforderungen an das Glaubhaftmachen für das Vorliegen des Verfügungsgrundes zu stellen.⁸⁶

Bei einem Einspruch gegen eine Eintragung mit konstitutiver Wirkung ist dies in der Regel der Fall.⁸⁷ Auch bei Eintragungen mit rein deklaratorischer Wirkung kann ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil i.S.v. Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO gegeben sein, denn das Vertrauen im Geschäftsverkehr gegenüber einer zahlungs- und zeichnungsberechtigten Person hängt im Wesentlichen von der Handelsregistereintragung ab.⁸⁸

Das Gericht hat eine Nachteilsprognose zu treffen, in welcher abgeklärt wird, ob der Nachteil der gesuchstellenden Partei überwiegt, der ihr droht, wenn sie den Hauptprozess zwar gewinnt, diesen aber wegen Ablehnung der vorsorglichen Massnahme nicht durchsetzen kann.⁸⁹ Zusätzlich hat das Gericht den Nachteil der Gegenpartei in der Interessenabwägung zu berücksichtigen, welchen sie bei Obsiegen im Hauptprozess wiederum dadurch erleidet, dass sie während der Prozessdauer durch die vorsorgliche Massnahme in der Ausübung ihrer Rechte eingeschränkt wird.⁹⁰

c) Dringlichkeit

Das Vorliegen der Dringlichkeit kann nicht abstrakt, sondern muss im konkreten Einzelfall beurteilt werden.⁹¹ Dringlichkeit ist gegeben, wenn das Abwarten des Entscheides im Hauptsacheverfahren nicht zumutbar erscheint.⁹² Wenn also die Beschlussfassung kurz bevorsteht oder die Gegenseite das ordentliche Gerichtsverfahren vereiteln könnte, wird eine zeitliche Dringlichkeit im Normalfall gegeben sein.⁹³

⁸⁴ BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 28 ff.

⁸⁵ BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 20.

⁸⁶ VISCHER/HOFMANN (Anm. 5), S. 505.

⁸⁷ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 89.

⁸⁸ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 90; SCHMID (Anm. 13), § 41 N 19.

⁸⁹ BGE 132 III 83 ff. E. 3.2.

⁹⁰ BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 31.

⁹¹ Entscheid 4P.263/2004 des Bundesgerichts vom 1. Februar 2005, E. 2.1; BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 39.

⁹² BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 39. So bspw. auch in einem kürzlich ergangenen Entscheid 4A_557/2017 des Bundesgerichts vom 20. Februar 2018, E. 3.1.

⁹³ SCHMID (Anm. 13), § 41 N 22; SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 92.

d) Verhältnismässigkeit

Als vierte Voraussetzung müssen die vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 262 Abs. 1 und Art. 262 ZPO insgesamt verhältnismässig sein.⁹⁴ Konkret muss die Massnahme geeignet und erforderlich sein. Daneben wird eine Interessenabwägung zwischen dem Gesuchsteller und Gesuchsgegner vorgenommen, bei welchem der Zweck der Massnahme gegenüber den Wirkungen abgewogen wird.⁹⁵ So muss man sich die Frage stellen, ob überhaupt eine vorsorgliche Massnahme angeordnet werden muss oder ob etwa gegen Leistung einer Sicherheit davon abgesehen werden kann.⁹⁶

2. Glaubhaft machen

Glaubhaft machen bedeutet mehr als blosses Behaupten, aber weniger als striktes Beweisen. Die Glaubhaftmachung stellt das tiefste Beweismass dar. Die Beweisstrenge ist reduziert, da der Rechtsschutz möglichst schnell gewährt werden soll.⁹⁷ Das Bundesgericht stellt sich auf den Standpunkt, dass eine Tatsache dann glaubhaft gemacht ist, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sich diese nicht verwirklicht haben könnte.⁹⁸

Die Glaubhaftmachung hat grundsätzlich mittels Urkunden zu erfolgen (Art. 254 Abs. 1 ZPO). Dazu zählen Verträge, Korrespondenz, Protokolle usw. Ein privat erstelltes Gutachten reicht für die Glaubhaftmachung hingegen nicht aus, da Zivilgerichte Privatgutachten als blosses Parteivorbringen behandeln müssen.⁹⁹ Andere Beweismittel sind zulässig, sofern sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern und sie für den Verfahrenszweck im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen erforderlich sind (Art. 254 Abs. 2 ZPO). Das Glaubhaftmachungsverfahren wird entsprechend oftmals zu einem reinen Urkundenprozess.¹⁰⁰

Für ein Gesuch um superprovisorische Massnahme sind Beweise notwendig. Minderheitsaktionäre, die sich gegen einen Beschluss wehren wollen, haben unter Umständen nicht die notwendigen Beweismittel in den Händen, um einen ihnen drohenden Nachteil zu beweisen. Damit kann es zu einem Beweisnotstand kommen, wenn das Protokoll des entsprechenden Beschlusses nicht innert der zweimonatigen Frist, in welcher die Anfechtungsklage eingereicht werden muss (Art. 706a OR), erstellt und den benachteiligten Minderheitsaktionären zugänglich gemacht wird. Bei einer Kapitalerhöhung hat die Gesellschaft drei Monate Zeit einen Beschluss einzureichen (Art. 652 OR i.V.m. Art. 45 HRegV). In der Praxis wird es ohne Protokoll der Generalversammlung schwierig die Existenz

⁹⁴ SCHMID (Anm. 13), § 41 N 23.

⁹⁵ VISCHER/HOFMANN (Anm. 5), S. 506; BSK ZPO-SPRECHER, Art. 262 N 47 ff.

⁹⁶ BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 10.

⁹⁷ Entscheidung 4P.201/2004 des Bundesgerichts vom 29. November 2004, E. 4.1 ff.; BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 50.

⁹⁸ BGE 130 III 321 E. 3.3.

⁹⁹ BGE 141 III 433 E. 2.3.

¹⁰⁰ BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 61 f.

oder den Inhalt des Beschlusses nachzuweisen.¹⁰¹ Der Einsprecher hat zwar ein Einsichtsrecht wenn das Gericht dies anordnet (Art. 162 Abs. 2 HRegV), er hat jedoch kein eigenständiges Akteneinsichtsrecht beim Handelsregister, da der Einsprecher nicht Partei des Eintragungsverfahrens ist.¹⁰² Der Nachteil davon ist, dass der Einsprecher wohl nicht so einfach an Beweismittel gelangt. Erst wenn die Handelsregistereintragung vollzogen und im SHAB veröffentlicht wurde, hat der Dritte Einsicht in die Handelsregisterbelege – dann ist es aber für das Gerichtsverfahren bereits zu spät, da der entsprechende Beschluss aufgrund der konstitutiven Wirkung des Handelsregistereintrages geheilt wird. Das Anfechtungsrecht entfällt mit der heilenden Eintragungswirkung.

3. Noven

Unter dem Begriff «Novenrecht» ist die Thematik zu verstehen, bis zu welchem Verfahrensschritt von den Parteien behauptete Tatsachen und Beweismittel vom Gericht noch berücksichtigt werden können. Das Novenrecht bringt besondere Herausforderungen beim Gesuch um vorsorgliche Massnahmen mit sich. Im summarischen Verfahren gibt es grundsätzlich nur einen Schriftenwechsel und Tatsachen sowie sämtliche Beweismittel sind von jeder Partei in ihrer ersten Rechtsschrift zu nennen oder vorzulegen. Dieser Umstand stellt besonders den Gesuchsteller einer vorsorglichen Massnahme vor Probleme, wenn er nicht alle notwendigen Beweismittel in den Händen hat. Nachdem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gibt das Gericht der Gesuchsgegnerin Gelegenheit zum Gesuch Stellung zu nehmen (Art. 253 ZPO). Der Entscheid kann bereits nach einfachem Schriftenwechsel ergehen und oftmals findet im summarischen Verfahren auch nur ein Schriftenwechsel statt, womit der Aktenschluss grundsätzlich nach einmaliger Äusserung eintritt.¹⁰³ Die Parteien haben keinen Anspruch, sich zweimal zur Sache zu äussern. Es ist dennoch nicht ausgeschlossen, dass ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werden kann, wenn sich dieser nach den Umständen als erforderlich erweist.¹⁰⁴ Die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels steht aber im Widerspruch zum Beschleunigungsgebot.

Falls das Gericht keinen zweiten Schriftenwechsel anordnet, eine Partei aber eine Replik einreicht und dabei von ihrem unbedingten verfassungsmässigen Recht Gebrauch macht,¹⁰⁵ ist die Stellungnahme zu berücksichtigen. Noven können aber nicht mehr eingebracht werden und sind aus dem Recht zu weisen.¹⁰⁶ Das heisst, es können keine neuen Tatsachen mehr behauptet und keine Noven mehr geltend gemacht werden.

Falls nach einfachem Schriftenwechsel eine Verhandlung stattfindet oder ausnahmsweise ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wird, so vertritt ein Teil

¹⁰¹ SCHENKER (Anm. 19), S. 21.

¹⁰² SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 55.

¹⁰³ Kommentar ZPO-LEUENBERGER, Art. 229 N 17; SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 110.

¹⁰⁴ BGE 138 III 252 E. 2.1.

¹⁰⁵ BGE 138 I 154 E. 2.3.3; unbedingtes EMRK-Replikrecht nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 und 2 BV.

¹⁰⁶ Entscheid 4A_557/2017 des Bundesgerichts vom 21. Februar 2018, E. 2.1 f.

der Lehre, dass Art. 229 ZPO analog anzuwenden sei.¹⁰⁷ Noven wären demnach zulässig, solange das Gericht die Beratung noch nicht aufgenommen hat. Wie die entsprechende Situation rechtlich zu lösen ist, wurde im Entscheid des Bundesgerichts vom 21. Februar 2018 ausdrücklich offengelassen.¹⁰⁸ Entsprechend hat das Massnahmegericht gewissen Handlungsspielraum, das Verfahren sinnvoll auf die Umstände des Einzelfalles angepasst zu gestalten.

E) Vorbereitungshandlungen für Einsprecher/Kläger

Sofern nun die prozessualen Eigenheiten bei der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen und der hierzu notwendigen vorsorglichen Massnahmen berücksichtigt werden, stellt sich die Frage, wie sich potenzielle Prozessparteien auf ein solches Verfahren vorbereiten können. Auf Seiten des Einsprechers muss zunächst der konkrete Sachverhalt abgeklärt werden und ob die Prozessvoraussetzungen sowie die materiellen Anspruchsvoraussetzungen sowohl für die vorsorgliche Massnahme als auch für das Hauptsacheverfahren (z.B. Anfechtung des GV-Beschlusses) gegeben sind. Die Vollmacht und Beweismittel müssen vom Klienten verlangt werden und dann kann der Einspruch nach Art. 162 HRegV vorbereitet werden. Dazu reicht ein kurzes Schreiben, wie bei den Voraussetzungen dargelegt wurde.¹⁰⁹ Es ist sicherzustellen, dass die vorsorgliche Massnahme für die Aufrechterhaltung der Registersperre rechtzeitig beim zuständigen Gericht sowie der Einspruch gegen den zu bekämpfenden Beschluss mitsamt den notwendigen Belegen beim zuständigen Handelsregisteramt eingereicht werden.

Gleichzeitig muss die Anfechtungsklage vorbereitet werden, da das ordentliche Verfahren innert zwei Monaten seit dem GV-Beschluss rechtshängig gemacht werden muss. Es ist abzuklären, bei welcher Schlichtungsbehörde oder bei welchem Gericht die entsprechende Anfechtungsklage eingeleitet werden muss. Nach Ablauf der Zweimonatsfrist von Art. 706a Abs. 1 OR können keine Klagegründe mehr nachgereicht werden und wie bereits ausgeführt, wirken weder das vorsorgliche Massnahmeverfahren noch der Einspruch nach Art. 162 HRegV fristwährend.

IV. Schäden und Verteidigungsmittel

Der Registersperre haftet ein gewisses Schädigungspotenzial an, da das Eintragsverfahren unter Umständen stark in die Länge gezogen wird. Insbesondere das Problem der konsekutiven schriftlichen Einsprüche bzw. Kettensperre wurde bereits erwähnt.¹¹⁰ Umgekehrt ist jedoch auch zu erwähnen, dass die Registersperre ein wirksames Instrument des Minderheitenschutzes darstellt und für die

¹⁰⁷ BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 N 58; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Sutter-Somm et al. (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung ZPO, 3. Auflage, 2016, Art. 257 N 20 ff.

¹⁰⁸ Entscheid 4A_557/2017 des Bundesgerichts vom 21. Februar 2018, E. 2.2.

¹⁰⁹ Vgl. vorne Abschnitt III.A)3.

¹¹⁰ VISCHER/HOFMANN (Anm. 5), S. 510 f.

Realisierung eines wirksamen Rechtsschutzes unverzichtbar ist. In den folgenden Abschnitten wird jedoch hauptsächlich der Fall einer ungerechtfertigten Handelsregistersperre untersucht.

A) Schäden infolge ungerechtfertigter Registersperren

Da eine betroffene Rechtseinheit für gewisse Zeit blockiert werden kann, weist die Registersperre ein gewisses «nuisance value»¹¹¹ auf. Wie bereits mehrfach erwähnt, ist auch von «Gratis-Terror» für Minderheiten die Rede, da keine Kautionspflichten oder Kostenaufgaben existieren und kaum Schadensrisiken für den Einsprecher damit verbunden sind.¹¹²

Bereits zwischen der Einsprache beim Handelsregisterführer und dem Ablauf der Frist von zehn Tagen kann der Gesellschaft ein erheblicher Schaden entstehen.¹¹³ Für Verzögerungsschäden infolge ungerechtfertigter und nicht prosequierter Registersperre nach Art. 162 HRegV kann evtl. Art. 41 OR als Anspruchsgrundlage dienen, sofern die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind.¹¹⁴ Bei reinen Vermögensschäden muss aber eine Vermögensschutznorm verletzt worden sein (z.B. Betrug nach Art. 146 StGB; Art. 2 ZGB stellt hingegen keine solche Schutznorm dar¹¹⁵). Dies wird im Normalfall nicht gegeben sein.

Bei Schäden, die aus prosequierten Registersperren erwachsen, bietet Art. 264 Abs. 2 ZPO eine Anspruchsbasis, denn die gesuchstellende Partei haftet für den aus einer ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahme erwachsenen Schaden.¹¹⁶ Dieser wäre in einem eigenständigen Forderungsprozess durchzusetzen. Bei Art. 264 Abs. 2 ZPO wird keine Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR vorausgesetzt.¹¹⁷ Insbesondere im Falle der Kapitalerhöhung kann es dazu führen, dass sich der Einsprecher einem nicht unerheblichen Risiko aussetzt.¹¹⁸ Wenn aber der Einsprecher beweist, dass er das Gesuch in guten Treuen gestellt hat, so kann das Gericht die Ersatzpflicht herabsetzen oder ihn von ihr entbinden (Art. 264 Abs. 2 ZPO).

B) Verteidigungsmittel gegen Handelsregistersperren

Es stellt sich also die Frage, wie sich die betroffene Rechtseinheit gegen Einsprachen beim Handelsregisteramt wehren kann. Der einzutragenden Gesellschaft ist

¹¹¹ LORENZO OLGIATI, Shareholder Activism in der Schweiz – aktuelle Entwicklungen und Rechtsfragen, SJZ 114/2018, S. 36; VOCK (Anm. 29), S. 188; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 1), § 25 N 77.

¹¹² PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, § 1 N 297.

¹¹³ LEHMANN (Anm. 4), N 943.

¹¹⁴ Gl.M. KUNZ (Anm. 4), S. 172; LEHMANN (Anm. 4), N 946 f. ist der Meinung, dass die Registersperre als Element des vorsorglichen Rechtsschutzes bewertet werden sollte und demnach der verschärfte Haftungsordnung des einstweiligen Rechtsschutzes unterstehe.

¹¹⁵ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 129.

¹¹⁶ SCHMID (Anm. 13), § 41 N 11.

¹¹⁷ BSK ZPO-SPRECHER, Art. 264 N 55.

¹¹⁸ KUSTER (Anm. 11), S. 562.

zunächst zu empfehlen, die relevanten gesellschaftsrechtlichen Dokumente beim zuständigen Handelsregisteramt vor der Durchführung der GV vorprüfen zu lassen. Weiter sollten die Beschlüsse inkl. Anmeldung unterschriftsbereit vorbereitet, möglichst schnell öffentlich beurkundet und persönlich beim Handelsregisteramt vorbeigebracht werden. Dabei sollte darauf geachtet werden, der Gegenseite möglichst keine Beweismittel zu liefern.

Ein Rechtsmittel steht dem Anmeldenden des Generalversammlungsbeschlusses nicht zu, da vor dem Handelsregisteramt kein kontradiktorisches Verfahren stattfindet und die Mitteilung an das Handelsregisteramt die Sperre direkt auslöst.¹¹⁹ Die Registersperre entfaltet bereits Wirkung bevor es zu einer richterlichen Prüfung kommt, was durchaus das Schädigungs- und Missbrauchspotenzial zu erhöhen vermag.¹²⁰ Sobald das vorsorgliche Massnahmeverfahren vor Gericht rechtshängig ist, zeigt sich ein differenziertes Bild, wie sich ein Gesuchgegner gegen eine vorsorgliche Massnahme wehren kann. Gegen den Erlass einer superprovisorischen Massnahme nach Art. 265 ZPO steht kein Rechtsmittel zur Verfügung (vgl. BGE 137 III 417). Eine superprovisorische Massnahme wird allerdings in einem solchen Verfahren kaum angeordnet, da hierfür keine besondere zeitliche Dringlichkeit gegeben ist; die Registersperre ist bereits in Kraft. Gegen die provisorische Anordnung kann der übliche Rechtsmittelweg verfolgt werden, wobei vor Bundesgericht die Kognition aufgrund von Art. 98 BGG eingeschränkt ist. Das heisst, dass vor Bundesgericht Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann.

In jedem Fall ist abzuklären, ob es sich lohnt, mit dem Gesuchsteller bzw. Kläger zu verhandeln und einen Vergleich anzustreben. Es lassen sich evtl. Probleme überwinden, indem neue (andere) Beschlüsse gefasst oder Massnahmen umgesetzt werden, womit die Registersperre umgangen werden könnte.

1. Schutzschrift

In der Praxis wird diskutiert, ob allenfalls eine Schutzschrift sinnvoll wäre. Die Schutzschrift (Art. 270 ff. ZPO) stellt ein präventives Verteidigungsmittel der potenziellen Gegenpartei gegen einen erwarteten Antrag auf Erlass einer superprovisorischen Massnahme (Art. 265 ZPO) oder einer anderen ex-parte-Massnahme dar. Die Frage die sich nun stellt, ist ob eine Schutzschrift eine Registersperre nach Art. 162 HRegV zu verhindern vermag.

Rein gesetzessystematisch ist die Schutzschrift bei den (gerichtlichen) vorsorglichen Massnahmen der ZPO geregelt. Dementsprechend ist eine beim Handelsregisteramt eingereichte Schutzschrift unbeachtlich.¹²¹ Zudem ist es dem Handelsregister aufgrund beschränkter Kognition verwehrt, eine materiell-rechtliche Prüfung vorzunehmen.¹²² Des weiteren ist der Rückgriff auf eine superprovisorische Massnahme im Gegensatz zur alten Regelung nach Art. 32 Abs. 2 al-

¹¹⁹ GWELESSIANI (Anm. 23), N 561.

¹²⁰ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 13.

¹²¹ A.M. KUNZ (Anm. 108), § 1 N 190.

¹²² Vgl. VOCK (Anm. 29), S. 191; KUSTER (Anm. 11), S. 561; ISLER/VON DER CRONE (Anm. 21), S. 232.

tHRegV nicht mehr nötig, da vor dem Einzelrichter direkt ein kontradiktorisches summarisches Zweiparteienverfahren einsetzt. Der Richter wird die vorsorgliche Massnahme erst nach Anhörung der Gegenpartei erlassen respektive die Eintragungssperre des Handelsregisters einstweilen verlängern.¹²³ Daher kann auf eine Schutzschrift verzichtet werden.¹²⁴

Ein Problem welches sich ohnehin in Verbindung mit der Schutzschrift ergibt, ist dass bereits von Anfang an das gesamte Verteidigungsargumentarium offengelegt wird.

2. Kautio/Sicherheitsleistung

Ist ein Schaden für die Gegenpartei zu befürchten, so kann das Gericht die Anordnung vorsorglicher Massnahmen von der Leistung einer Sicherheit durch die gesuchstellende Partei abhängig machen (Art. 264 Abs. 1 ZPO). Ist dies auch bei der Handelsregistersperre denkbar? Gemäss herrschender Ansicht kann der Einsprecher nicht mit Schadenersatzrisiken oder einer Kautionspflicht oder Kostenaufgabe konfrontiert werden.¹²⁵ Der Handelsregisterführer verfügt nicht über die Kompetenz zur Auferlegung einer Sicherheitsleistung vor der Anhängigmachung des Massnahmeverfahrens bzw. einer Registersperre.¹²⁶

Weiter muss angeführt werden, dass die Gerichte generell eher zurückhaltend bei der Auferlegung von Sicherheitsleistungen sind und solange der Einsprecher nachweist, dass er das Massnahmebegehren in guten Treuen gestellt hat, darf ihm auch keine Sicherheitsleistung auferlegt werden.¹²⁷

V. Änderungsbedarf und Revisionsvorschläge

A) Besteht Änderungsbedarf bei Art. 162 f. HRegV?

In der Praxis ist die Anwendung der Registersperre für die Beteiligten teilweise mit Schwierigkeiten und Unklarheiten verbunden. Insbesondere die Kettensperre stellt ein Problem dar. Sie birgt die Gefahr, dass die Gesellschaft wiederholt mittels einer Registersperre blockiert wird und das Eintragungsverfahren so stark in die Länge gezogen wird.¹²⁸ Die Schwierigkeit besteht insbesondere darin, dass sie nicht ohne weiteres beweisbar ist, gerade wenn sie auf verschiedene Kanzleien und Einsprecher verteilt wird.¹²⁹

Nach den dargelegten Problemen stellt sich die Frage, ob eine Streichung der Registersperre sinnvoll wäre. Anstelle der Eintragungssperre wären dann nur die vorsorglichen Massnahmen nach der ZPO anwendbar. Die vorsorglichen Massnahmen müssten wohl superprovisorisch angeordnet werden, damit der Gesuch-

¹²³ Art. 262 lit. c ZPO.

¹²⁴ ISLER/VON DER CRONE (Anm. 21), S. 232; SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 125.

¹²⁵ DRUEY (Anm. 4), S. 158 Fn. 105; KUNZ (Anm. 108), § 11 N 183.

¹²⁶ LEHMANN (Anm. 4), N 948.

¹²⁷ KUSTER (Anm. 11), S. 562; ISLER/VON DER CRONE (Anm. 21), S. 232 ff.

¹²⁸ BÖCKLI (Anm. 1), § 16 N 133 f.

¹²⁹ Wie bereits in III.A)I dargelegt.

gegner diese nicht vereiteln kann. Ohne das Instrument der Registersperre müsste der Minderheitsaktionär also gleich im Anschluss an die Generalversammlung eine superprovisorische Massnahme erwirken. Ein Gericht wird eine superprovisorisch beantragte vorsorgliche Massnahme allerdings nur dann anordnen, wenn der Gesuchsteller seinen Standpunkt anhand von Beweismitteln (z.B. Urkunden) glaubhaft machen kann.¹³⁰ Ohne Beweismittel wird er keinen Erfolg haben.

Die Anmeldung eines Beschlusses der GV und die Eintragung dessen im Tagesregister würde bei entsprechender Vorbereitung der Gesellschaft aber wahrscheinlich in jedem Fall schneller vonstattengehen als die Anordnung einer superprovisorischen vorsorglichen Massnahme eines Gerichts. Zwischen der Beschlussfassung an der GV und der Eintragung im Handelsregister vergeht oftmals nur wenig Zeit.¹³¹ Die Anfechtung von GV-Beschlüssen wäre dann praktisch ausgehebelt, da die Gesellschaft den Wettlauf gegen die Zeit im Normalfall gewinnen kann. Sobald der Beschluss eingetragen ist, gilt dieser, die Wirkungen des Handelsregistereintrags setzen ein und Dritte dürfen darauf vertrauen. Entsprechend wäre eine Abschaffung der Registersperre für die Durchsetzung von Minderheitsrechten nachteilig. Das gilt umso mehr, da die klageweise Durchsetzung von Ansprüchen im schweizerischen Recht ohnehin aufgrund der hohen Kosten (und strengen Substantiierungsanforderungen) nicht gerade klägerfreundlich ausgestaltet ist.

Im Übrigen stellt sich die Frage, welchen Ermessensspielraum ein Massnahmengesuch hat, wenn der Gesuchsteller unter Berücksichtigung des Novenrechts beim summarischen Verfahren mit der ersten Eingabe keine Beweismittel einreichen kann. Wie gezeigt wurde, wird dies der Fall sein, da ein Minderheitsaktionär nicht einmal über das Protokoll der Generalversammlung oder über andere Beweismittel bzw. Urkunden verfügen wird. In diesem Fall kann der rechtsschutzsuchende Gesuchsteller nicht darauf vertrauen, dass er mit dem Massnahmegesuch einen Antrag auf Edition des Protokolls oder andere Urkunden stellen kann. Der Gesuchsgegner könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass noch gar kein Beschluss protokolliert wurde und entsprechend wird – mangels anderer Beweise – ein Massnahmegesuch eher abgewiesen. Später entstehende Noven können aufgrund der Novenschanke im summarischen Verfahren nicht berücksichtigt werden, es sei denn, das Gericht ordnet ausnahmsweise an, dass weitere Schriftenwechsel (ohne Aktenschluss) durchgeführt werden.¹³²

B) Revisionsvorschläge

Aus den vorne genannten Gründen ist von einer ersatzlosen Streichung der Registersperre abzusehen. Die Einsprache ist der einzig wirksame Schutz des Minderheitsaktionärs vor Eintragungen die seine Rechte verletzen würden.¹³³

¹³⁰ Vgl. vorne Abschnitt III.D)2.

¹³¹ KUNZ (Anm. 4), S. 173.

¹³² Vgl. vorne Abschnitt III.D)3.

¹³³ KUSTER (Anm. 11), S. 555.

Damit aber keine oder zumindest weniger missbräuchliche Einsprachen erhoben werden, wird in der Lehre teilweise gefordert direkt bei der Aktivlegitimation anzuknüpfen. Der Handelsregisterführer dürfe den Einspruch nur dann zulassen, wenn der Einsprecher seine Aktivlegitimation glaubhaft machen könne und es keine Hinweise für eine allfällige Rechtswidrigkeit gebe. Das Handelsregisteramt muss gemäss Kunz prüfen, ob der Einsprecher direkt berührt ist oder nicht. Der Handelsregisterführer wirke damit als «Wächter der Mehrheit».¹³⁴

Im Verordnungstext wird *de lege lata* für den Einspruch kein schützenswertes Interesse verlangt. Die herrschende Lehre hält bei der Auslegung der Regelung fest, dass das Handelsregisteramt die Legitimation nur verneinen dürfe, wenn es sich um einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch handle. In sämtlichen anderen Fällen sei die Frage der Legitimation vom Richter zu klären.¹³⁵ Dies stimmt mit der vom Bundesgericht definierten Kognition des Handelsregisteramts überein, wonach die Eintragung nur dann abzulehnen ist, wenn sie offensichtlich und unzweideutig dem Recht widerspricht, nicht aber wenn sie auf einer ebenso vertretbaren Auslegung des Gesetzes beruht.¹³⁶ Die Einsprache dürfe vom Handelsregisterführer nur abgelehnt werden, wenn einwandfrei und klar erkennbar sei, dass es sich um eine rechtsmissbräuchliche Ausübung des Einspracherechts handle.¹³⁷ Der Einspruch und dessen Berechtigung sei nicht vom Handelsregisteramt zu prüfen, sondern dem Zivilgericht zu überlassen.

Gemäss Carbonara scheint es aber sachgerecht, ein Rechtsschutzinteresse vom Einsprecher zu verlangen, insbesondere wenn die Registersperre als vorgezogene Vollstreckungshandlung betrachtet wird. Die betroffene Rechtseinheit ist stark in ihrer Freiheit eingeschränkt und sie kann sich auch nicht mit Rechtsmitteln dagegen wehren. Die Prüfung der Legitimation sollte aber das Verfahren nicht unnötig verzögern, denn dies würde dem Sinn der Registersperre widersprechen.¹³⁸ Dieser Ansicht ist zu folgen. Im Verwaltungsrecht wird bei jedem Gesuch oder Einspruch ein Rechtsschutzinteresse als Prozessvoraussetzung vorausgesetzt. Entsprechend müsste ein solches bereits heute nach kantonalem Verwaltungsrecht – d.h. auf Stufe des handelsregisterrechtlichen Verfahrens bei der Registersperre – geprüft werden.

Man könnte die Registersperre *de lege ferenda* auch von einer Kostenaufgabe bzw. einem Kostenvorschuss abhängig machen. Dies könnte etwa ein pauschaler Betrag von CHF 100.– sein. Dadurch würde die Schwelle, eine Handelsregistersperre zu erwirken, etwas erhöht werden wobei die Hürden, eine privatrechtliche Einsprache zu erheben, grundsätzlich immer noch relativ tief angesetzt wären. Der Anreiz, die Registersperre auf querulatorische Art und Weise zu missbrauchen, könnte aber zumindest etwas reduziert werden. Dies lässt sich eindrücklich an einem Alltagsbeispiel feststellen: Seit Detailhandelsunternehmen ihre Ein-

¹³⁴ KUNZ (Anm. 108), § 1 N 299.

¹³⁵ KUSTER (Anm. 11), S. 556; ISLER/VON DER CRONE (Anm. 21), S. 229.

¹³⁶ BGE 132 III 668, 672 m.w.H.; Entscheid 4A_24/2007 des Bundesgerichts vom 22. Juni 2007, E. 2.2.

¹³⁷ KUSTER (Anm. 11), S. 107; VOCK (Anm. 29), S. 188.

¹³⁸ SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 28 m.w.H.

weg-Plastiksäcke nicht mehr gratis sondern gegen einen Preis von 5 Rappen verkaufen, ist deren Nachfrage spürbar zurückgegangen. Somit könnte auch die Erhebung einer bescheidenen Gebühr bereits potenzielle Einsprecher zum Nachdenken anregen, ob sie eine Registersperre beantragen sollen.

Ziel der Regelung muss es letztendlich sein, dass die Eintragungssperre nach wie vor die Funktion eines effizienten einstweiligen Rechtsschutzes erfüllt, gleichzeitig aber das Schädigungs- und Missbrauchspotenzial minimiert wird.¹³⁹

VI. Fazit

Die Registersperre stellt ein zentrales Element des einstweiligen Rechtsschutzes bei der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, die nicht ins Handelsregister eingetragen werden sollen, dar. Die Eintragungssperre verhindert vorerst, dass die Wirkungen des Registereintrags eintreten.

Abschliessend kann festgestellt werden, dass eine komplette Streichung der Registersperre aus Sicht der Gesellschaft in manchen Fällen zwar wünschenswert sein mag, aus Sicht der Minderheitsaktionäre aber nicht sinnvoll wäre. Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, die im Zusammenhang mit dem Handelsregistereintrag konstitutiv sind, wäre ohne die Möglichkeit der vorläufigen Registersperre praktisch unmöglich, da nicht mehr rechtzeitig superprovisorische vorsorgliche Massnahmen nach der ZPO erwirkt werden könnten. Das zuständige Gericht kann die superprovisorische Massnahme kaum je so schnell anordnen, damit die Eintragung im Handelsregister verhindert wird. Die Registersperre ist ein relevanter Bestandteil des Instrumentariums des Minderheitenschutzes und sollte daher beibehalten werden.

In der Praxis gibt es in seltenen Fällen das Problem, dass die privatrechtliche Einsprache in der Ausgestaltung von Kettensperren missbraucht wird und der betroffenen Rechtseinheit dadurch Verzögerungsschäden entstehen können. Die Ursachen dafür liegen in der tiefen Hürde zur Erwirkung einer Eintragungssperre, wie dem breiten Kreis Aktivlegitimierter. Gemäss Handelsregisterverordnungstext und den von der herrschenden Lehre entwickelten Grundsätzen zur Kognition des Handelsregisterführers muss kein Rechtsschutzinteresse beim Einspruch dargelegt werden. Somit kann jede beliebige Person eine Eintragung vorläufig blockieren. Es existieren aber Gründe, von dieser Konzeption abzusehen und dem Handelsregisterführer eine Prüfungsbefugnis bezüglich der Legitimation des Einsprechers zuzusprechen. Die Legitimation eines Einsprechers sollte allerdings nur in äusserst offensichtlichen Missbrauchsfällen abgesprochen werden. Ein weiterer Faktor, welcher den Missbrauch fördert, besteht darin, dass für die Erwirkung einer Registersperre keinerlei Kosten aufgebracht werden müssen. Der Anreiz für missbräuchliche Blockierungen könnte künftig durch eine Kostenaufgabe reduziert werden.

¹³⁹ Wie bereits SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 15.