

Lukas Müller \*/ Alina Fancelli \*\*

# Handelsregistersperre nach Schweizerischer Zivilprozessordnung

## Eine Analyse unter Berücksichtigung des modernisierten Handelsregisterrechts

### Inhaltsübersicht

- |  |  |
|--|--|
| I. Einleitung  | IV. Einstweiliger Rechtsschutz:<br>Registersperre nach ZPO |
| II. Aufhebung der Art. 162 f. aHRegV                                       | V. Fazit   |
| III. Praktische Aspekte bei Beurkundungs-<br>und Handelsregistergeschäften |  |

*Seit 1. Januar 2021 ist das Gesuch zur Anordnung einer Handelsregistersperre nicht mehr beim kantonalen Handelsregisteramt zu stellen, sondern beim zuständigen kantonalen Gericht. Der vorliegende Aufsatz erörtert den neuen Wirkungsmechanismus der Handelsregistersperre im Zusammenspiel mit der ZPO und weist auf einige Gesichtspunkte hin, die sowohl von den Verfahrensparteien als auch von Gerichten und Handelsregisterämtern beachtet werden sollten, damit der Rechtsschutz gewährleistet werden kann. Neu sollte eine vorsorgliche Massnahme immer superprovisorisch beim Gericht beantragt werden, da die vorsorgliche Massnahme ohne Superprovisorium aufgrund der Wirkungen einer Handelsregistereintragung leicht durch den Prozessgegner vereitelt werden kann. In der Phase des Superprovisoriums ist es – mit Ausnahme von offensichtlich aussichtslosen Gesuchen – vonseiten des Gerichts sinnvoll, die Nachteilsprognose grosszügig zu bejahen, wenn es um die einstweilige Verhinderung von Mutationen im Handelsregister geht. In der provisorischen Phase des vorsorglichen Massnahmeverfahrens kann das Gericht immer noch andere Anordnungen treffen oder auf seine Verfügung zurückkommen.*

---

\* LUKAS MÜLLER, Prof. Dr. oec. HSG, Rechtsanwalt, lic. iur., LL.M., MA UZH, Assistenzprofessor für Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Gesellschaftsrecht, Universität St. Gallen, Partner bei Kaiser Odermatt & Partner AG, Zug, und Gerichtsschreiber, Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, St. Gallen.

\*\* ALINA FANCELLI, M.A. HSG in Law and Economics.

## I. Einleitung

Das Handelsregister soll auch in Zukunft seine bedeutende Funktion für den Rechtsverkehr erfüllen. Daher wurde eine Gesetzesvorlage zur Modernisierung des Handelsregisters umgesetzt.<sup>1</sup> Die Modernisierung des Handelsregisterrechts ist schrittweise per 1. April 2020 und per 1. Januar 2021 in Kraft getreten.<sup>2</sup> Im Zuge dieser Gesetzesreform wurde unter anderem die Registersperre nach Art. 162 f. aHRegV mit der revidierten HRegV per 1. Januar 2021 aufgehoben. Neu soll die Registersperre direkt beim Gericht beantragt werden statt beim Handelsregister.<sup>3</sup> Der vorliegende Aufsatz konzentriert sich auf Aspekte des einstweiligen Rechtsschutzes gegen Eintragungen ins Handelsregister und weist auf Besonderheiten hin, die sich aus dem Zusammenspiel von Gesellschafts- und Handelsregister- sowie Verfahrensrecht ergeben.

## II. Aufhebung der Art. 162 f. aHRegV

Im Zusammenhang mit der Handelsregistersperre wurden gewisse Aspekte als störend oder als problematisch betrachtet,<sup>4</sup> was den Bundesrat dazu veranlasste, die Registersperre aus der HRegV zu streichen, obschon damit der Rechtsschutz der Aktionäre erschwert wird.<sup>5</sup> Einerseits stellte die Registersperre ein wirksames Mittel und einen zwingenden Bestandteil eines effizienten einstweiligen Rechtsschutzes dar,<sup>6</sup> sie bot allerdings auch ein gewisses Missbrauchspotenzial für die Minderheit.<sup>7</sup> Entsprechend erstaunt es nicht, dass von einigen Stimmen

<sup>1</sup> Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht) vom 15. April 2015, BBl 2015 3617 ff. (zit. Botschaft Handelsregisterrecht), 3618; FLURIN VIONNET-RIEDERER, Revision des Handelsregisterrechts, in: Jusletter vom 29. Juni 2020, N 1 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Bundesrat, Modernisierung des Handelsregisters: Neue Bestimmungen gelten ab 1. Januar 2021, Medienmitteilung vom 6. März 2020, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78368.html> (Abruf 11.1.2021); Obligationenrecht (Handelsregisterrecht), Änderung vom 17. März 2017, AS 2020 957 ff.; OFK HRegV-VOGEL, Art. 1 N 1 ff., in: Alexander Vogel, Handelsregisterverordnung, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2020 (zit. OFK HRegV-VOGEL).

<sup>3</sup> Vgl. Änderungen der Handelsregisterverordnung und der Verordnung über die Gebühren für das Handelsregister; Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 20. Februar 2019 (zit. Bericht Vernehmlassungsverfahren Änderungen HRegV), 14.

<sup>4</sup> Vgl. MARKUS VISCHER/DIETER HOFMANN, Vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit Generalversammlungen, SZW 5/2016, 503 ff., 511; JEAN-NICOLAS DRUEY, Mängel des GV-Beschlusses, in: Jean-Nicolas Druey (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, 158; PETER V. KUNZ, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997, 169 f.; PETER LEHMANN, Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, Zürich 2000, N 130.

<sup>5</sup> Vgl. LUKAS MÜLLER/NATASCHA RIZZI, Die Handelsregistersperre in der Praxis – ausgewählte Aspekte zum einstweiligen Rechtsschutz, REPRAX 4/2018, 179 ff., 179.

<sup>6</sup> Vgl. SHK HRegV-CARBONARA, Art. 162 N 10, in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Stämpflis Handkommentar, Bern 2013 (zit. SHK HRegV-Verfasser); MÜLLER/RIZZI (FN 5), 179.

<sup>7</sup> Vgl. MÜLLER/RIZZI (FN 5), 180.

angeregt wurde, die Registersperre moderat zu reformieren, um der Kritik Rechnung zu tragen,<sup>8</sup> während andere Stimmen ihre Abschaffung forderten.<sup>9</sup>

Bis Ende 2020 war es möglich, mittels «Registersperre» nach Art. 162 f. aHRegV, das heisst durch einen blossen schriftlichen Einspruch ohne Begründung beim Handelsregisteramt, sofort und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin eine vorläufige Sperre des Handelsregisters zu erreichen. Dadurch konnte die Eintragung eines Beschlusses für zehn Tage blockiert werden. Innert zehn Tagen war eine Prosequierung beim zuständigen kantonalen Gericht erforderlich, indem ein vorsorgliches Massnahmegesuch beim Gericht gestellt sowie eine Klage in der Hauptsache – in der Regel die Anfechtung des entsprechenden Beschlusses – rechtshängig gemacht wurden. Dabei wurde die durch das Handelsregisteramt veranlasste Registersperre beim Gericht vorerst lückenlos aufrechterhalten, vorausgesetzt, die Einreichung des Massnahmegesuchs beim Gericht wurde dem Handelsregister nachgewiesen.<sup>10</sup> Sofern die vorsorgliche Massnahme durch ein Gericht rechtskräftig «abgelehnt»<sup>11</sup> wurde, hatte das Handelsregister die Sperre wieder zu lösen. Eine Interessenabwägung zwischen dem einstweiligen Rechtsschutzbedürfnis des Gesuchstellers und dem Interesse der Gesuchsgegnerin (bzw. der Gesellschaft) fand nach dem Verfahren gemäss Art. 162 f. aHRegV bei der ersten Instanz, das heisst dem erstinstanzlich zuständigen kantonalen Handelsregisteramt, nicht statt. Ausserdem war dies auch nicht der Ort, an dem das rechtliche Gehör der Gegenpartei gewährt wurde, und ein Beweisverfahren fand ebenfalls nicht statt. Erst auf der Stufe des Gerichts wurden die Verfahrensgarantien den Verfahrensbeteiligten erstmals gewährt. Wenn das Gericht aufgrund des Gesuchs oder der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin zum Schluss kam, dass die Voraussetzungen für die vorsorglichen Massnahmen nicht gegeben waren, wurde die vom Handelsregister angeordnete Registersperre vom Gericht aufgehoben.

Mit den tiefen Hürden zum Erwirken und vorläufigen Erhalt einer Registersperre gingen in der Praxis verschiedene «Probleme» einher, insbesondere die mehrmalige Beantragung einer Registersperre («Kettensperre»), die eine Gesellschaft blockieren konnte, oder lang andauernde Verfahren bezüglich vorsorglicher Massnahmen vor Gericht.<sup>12</sup> Dies erhöhte den Druck auf die Gerichte, Verfahren schnell zu erledigen; zugleich hat es aber eine Partei vor Gericht regelmässig in der Hand, beispielsweise mittels mehrfacher Fristerstreckungen, der Einreichung von unaufgeforderten Stellungnahmen sowie der Ausschöpfung von Rechtsmittelwegen, einen Prozess in die Länge zu ziehen. Indes wird sich auch unter Geltung des neuen Rechts kaum etwas an diesen als «Probleme» empfundenen As-

<sup>8</sup> Vgl. MÜLLER/RIZZI (FN 5), 180 mit Nachweisen.

<sup>9</sup> Vgl. VISCHER/HOFMANN (FN 4), 511.

<sup>10</sup> Vgl. Art. 162 Abs. 3 lit. a aHRegV.

<sup>11</sup> Vgl. dazu SHK HRegV-CARBONARA (FN 6), Art. 162 N 62 ff.

<sup>12</sup> Vgl. VISCHER/HOFMANN (FN 4), 511.

pekten der Registersperre ändern, da die Gerichte stets die Verfahrensgrundrechte der Parteien wahren müssen.<sup>13</sup>

Mit Inkrafttreten der ZPO wurde mit Art. 262 lit. c ZPO eine Gesetzesgrundlage geschaffen, um Registerbehörden – worunter auch die Handelsregisterbehörden fallen – vorsorglich anzuweisen, eine bestimmte Handlung respektive Eintragung vorzunehmen oder einstweilen zu unterlassen.<sup>14</sup> Die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme kann superprovisorisch – ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin – erfolgen, wenn Dringlichkeit im Sinne von Art. 265 ZPO vorliegt. Aufgrund dessen sei ein vergleichbarer Rechtsbehelf auf Verordnungsstufe sachlich nicht mehr zwingend erforderlich.<sup>15</sup> Dabei gilt es aber den Umstand zu beachten, dass die bisherige Registersperre nach Art. 162 f. aHRegV und die Regelung in der ZPO nicht den gleichen Wirkungsmechanismus haben. Dies kann in der Praxis zu einer faktischen Erosion des Rechtsschutzes führen, sofern die Gerichte die Anforderungen an die Substanziierung der Ansprüche und an die Glaubhaftmachung zu streng auslegen.

### III. Praktische Aspekte bei Beurkundungs- und Handelsregistergeschäften

Wer Generalversammlungsbeschlüsse rechtlich bekämpfen möchte (oder sich gegen Angriffsmanöver verteidigen<sup>16</sup> will), muss die praktischen Gegebenheiten bei solchen Geschäften kennen. Man muss sich bewusst sein, dass an der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft die Meinungen nicht erst nach der Diskussion der Traktanden gebildet werden und dass die Ausfertigung der öffentlichen Urkunden über die Beschlüsse – bei entsprechender Vorbereitung – rasch vorgenommen werden kann. Die überwiegende Mehrzahl dieser von einer Urkundsperson respektive einem Notar öffentlich zu beurkundenden Beschlüsse lässt sich in der Regel mit etwas Vorlaufzeit von der Urkundsperson im Auftrag der Klientschaft unterschriftsreif vorbereiten.<sup>17</sup> Wenn die Unterlagen vorgängig durch das kantonale Handelsregisteramt vorgeprüft werden, kann die Handelsregisteranmeldung durch das kantonale Handelsregisteramt schneller bearbeitet werden. In der Regel werden sämtliche Beschlüsse einer Generalversammlung und einer Verwaltungsratssitzung lediglich unter Mitwirkung des Notars innert weniger Minuten öffentlich beurkundet und entsprechend ausgefertigt – vorbehalten unvorhergesehene Scharmützel der Aktionäre oder des Verwaltungsrats. Der Beurkundungsvorgang dauert, wenn das Geschäft bereits vorbesprochen ist

<sup>13</sup> Art. 29 Abs. 1 und 2 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; vgl. BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 124 N 3, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Verfasser).

<sup>14</sup> Vgl. Bericht Vernehmlassungsverfahren Änderungen HRegV (FN 3), 14.

<sup>15</sup> Vgl. Bericht Vernehmlassungsverfahren Änderungen HRegV (FN 3), 14.

<sup>16</sup> Zu möglichen Verteidigungsstrategien s. MARTINA ISLER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Handelsregistersperre, SZW 2/2008, 222 ff., 231 ff.; SHK HRegV-CARBONARA (FN 6), Art. 162 N 123 ff.; MÜLLER/RIZZI (FN 5), 196 ff.

<sup>17</sup> Vgl. MÜLLER/RIZZI (FN 5), 180.

und Stellvertreter die entsprechenden Willenserklärungen oder Stimmen abgeben, wenige Minuten.<sup>18</sup> Die Ausfertigung der öffentlichen Urkunden findet somit zügig statt, was bei einem speditiven Ablauf des Beurkundungsverfahrens gleichentags die Anmeldung der entsprechenden Beschlüsse zur Eintragung beim zuständigen Handelsregisteramt ermöglicht. Sobald das kantonale Handelsregisteramt die Anmeldung ins Tagesregister einschreibt und das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (EHRA) die Eintragung freigibt, wird die Eintragung «automatisch» in der nächsten Ausgabe des elektronischen Schweizerischen Handelsamtsblatts (SHAB) veröffentlicht. Man kann hier diskutieren, ob das Gericht zusätzlich auch auf Antrag der Gesuchsteller dem EHRA eine Sperre anordnet.<sup>19</sup> Dies würde den Gesuchstellern zusätzliche Zeit verschaffen. Sobald die Handelsregistereintragung im elektronischen SHAB veröffentlicht wurde, ist sie technisch nicht mehr zu verhindern, da sie als veröffentlicht respektive die Registereintragungsverfügung damit als vollstreckt und gegenüber jedermann wirksam gilt.<sup>20</sup>

Mit dem am 1. Januar 2021 in Kraft getretenen Art. 936a OR entfalten Handelsregistereintragungen Wirkung, sobald die Eintragungen in der elektronischen Ausgabe des SHAB veröffentlicht wurden.<sup>21</sup> Dies führt zu einer Abkehr vom früheren System, wonach gewisse Eintragungen ihre Wirkung bereits mit dem Beschluss zwischen den Parteien entfalteten und gegenüber Dritten erst mit dem auf den nächsten Werktag fallenden Tag nach der Veröffentlichung der Handelsregistereintragung im SHAB.<sup>22</sup> Das modernisierte Handelsregisterrecht bringt bezüglich der Rechtswirkungen der Handelsregistereintragung somit eine Veränderung des Zeitpunkts der Wirkung mit sich. Das heisst, die Wirkungen der Handelsregistereintragungen gelten gegenüber Dritten früher, da nicht mehr der nächste Werktag nach der Publikation im elektronischen SHAB massgebend ist.

Problematisch sind Fälle, in denen gemäss Protokoll und öffentlicher Urkunde eine Universalversammlung ohne Aktionärswiderspruch tagte und Beschlüsse fasste, aber in Tat und Wahrheit ein Aktionär sein Veto gegen die Durchführung einer Universalversammlung eingelegt hatte oder gar nicht erst eingeladen wurde. Solche Fälle kommen hin und wieder in der Praxis vor und bieten erhebliches Streitpotenzial.<sup>23</sup> Im Übrigen können solche Fälle zu strafrechtlichen und disziplinarischen Konsequenzen führen.<sup>24</sup>

Die Zeitspanne zwischen der Beschlussfassung der Generalversammlung und der Anmeldung beim Handelsregister kann für den Ausgang einer Streitig-

<sup>18</sup> Vgl. dazu auch Abschnitt IV.F.8.

<sup>19</sup> Vgl. LUKAS MÜLLER, Die Online-Gründung der Aktiengesellschaft, SJZ 16–17/2020, 555 ff., 560 ff.; LUKAS MÜLLER/PHILIPPE J.A. KAISER/DIEGO BENZ, Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen, REPRAX 3/2020, 217 ff. mit Hinweisen.

<sup>20</sup> Art. 936a OR.

<sup>21</sup> Art. 936 f. OR in der Fassung, die mit Wirkung ab 1. Januar 2021 in Kraft ist, AS 2020 957 ff., 961.

<sup>22</sup> Vgl. Botschaft Handelsregisterrecht (FN 1), 3646 f.

<sup>23</sup> Vgl. MÜLLER/KAISER/BENZ (FN 19), 223 f.

<sup>24</sup> Vgl. zum Beispiel BGE 120 IV 199 E. 3d und 3e; MÜLLER/KAISER/BENZ (FN 19), 223 f.

keit bei der Verhinderung von Handelsregistereinträgen entscheidend sein. Einerseits will der Gesuchsteller einer vorsorglichen Massnahme eine Handelsregistereintragung verhindern. Andererseits möchte die Gesuchsgegnerin einer vorsorglichen Massnahme zuvorkommen und die Eintragung rechtzeitig erwirken. Durch die Aufhebung der Art. 162 f. aHRegV wird zusätzliche Zeit für die erfolgreiche Anmeldung geschaffen, da das Handelsregister eine Handelsregistersperre nicht mehr sofort in Kraft setzen kann, wohingegen das Gericht erst noch die (superprovisorische) vorsorgliche Massnahme dem Handelsregister und den anderen Verfahrensbeteiligten eröffnen muss. Das ergibt sich allein schon aus praktischen Gründen, da es sich beim Gericht und beim Handelsregisteramt um verschiedene Organisationen handelt. Diese zusätzliche Zeit – zwischen der Urteilsfällung und der Eröffnung desselben – schafft Spielraum, damit die Gesuchsgegnerin eine Eintragung erwirken kann, was zu einer Gefährdung des Anspruchs des Gesuchstellers führen kann.<sup>25</sup>

Mit dem erfolgreichen Eintrag in das Handelsregister werden gewisse Mängel eines Beschlusses «geheilt» oder unbeachtlich; diese werden so behandelt, als ob sie ohne Mangel gefasst worden wären.<sup>26</sup> Sofern nicht alle Aktionäre gültig an der Universalversammlung vertreten waren oder bewusst nicht eingeladen wurden, ist ein solcher Beschluss nichtig.<sup>27</sup> Er ist damit ex tunc unwirksam und auch nicht nachträglich heilbar.<sup>28</sup> Das hindert die Gesellschaft jedoch nicht daran, die Eintragung eines solchen Beschlusses beim Handelsregister zur Eintragung anzumelden. Wenn ein nichtiger Beschluss beim Handelsregister eingetragen wird, kann der Eintrag jedoch keine heilende Wirkung haben. Indes kann es die Korrektur eines solchen – zu Unrecht erfolgten – Handelsregistereintrags notwendig machen, einstweilige Massnahmen zu beantragen, damit sich nicht Dritte auf einen fehlerhaften Handelsregistereintrag verlassen.

#### IV. Einstweiliger Rechtsschutz: Registersperre nach ZPO

Mit Inkraftsetzung der revidierten Bestimmungen der HRegV auf den 1. Januar 2021 sind – wie bereits erwähnt – unter anderem die Bestimmungen zur Regis-

<sup>25</sup> Vgl. nachstehend Abschnitt IV.B.3.

<sup>26</sup> Vgl. MANFRED KÜNG, Das Handelsregister, Art. 927–943 OR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 2001 (zit. BK OR-KÜNG), Art. 933 N 29 ff.; MERVE GÜN, L'effet guérisseur des inscriptions au registre du commerce et ses conséquences expliquées par des exemples pratiques, REPRAX 4/2020, 322 ff., 325 f. bzw. die deutsche Übersetzung des voranstehend zitierten Aufsatzes: MERVE GÜN/AUDREY CANOVA, Die heilende Wirkung von Handelsregistereinträgen und deren Folgen erläutert anhand von Beispielen aus der Praxis, REPRAX 4/2020, 331 ff., 333 ff. Bei Stiftungen kommt der Handelsregistereintragung jedoch regelmässig keine heilende Wirkung zu, vgl. BGE 120 II 374 E. 4a; BGE 96 II 273 E. 2; OFK HRegV-VOGEL (FN 2), Art. 1 N 12.

<sup>27</sup> Vgl. BGE 137 III 460 E. 3.2 und 3.3; BGER, 5C.143/2005, 2.2.2006, E. 2.

<sup>28</sup> Vgl. Entscheid der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2018 11, 18.2.2019, E. 2.2; LUKAS MÜLLER/JENNIFER ALIG, AK 2018 11: Fehlverhalten einer Urkundsperson bei öffentlicher Beurkundung von GV-Beschlüssen einer AG, AJP 7/2020, 947 ff., 952 f.

tersperre nach Art. 162 f. aHRegV aufgehoben worden. Dies hat zur Folge, dass die Hürden für die Gewährung des Rechtsschutzes der gesuchstellenden Partei erhöht werden, da nicht wie bis anhin ein simpler Einspruch als Einzeiler ohne inhaltliche Begründung<sup>29</sup> oder Beweismittel beim Handelsregisteramt für die Veranlassung einer Registersperre genügt, sondern neu direkt beim zuständigen Gericht – und vor der Handelsregistereintragung des entsprechenden Beschlusses im Handelsregister – eine superprovisorische vorsorgliche Massnahme mittels Gesuch nach den Vorgaben der ZPO erwirkt werden muss.<sup>30</sup> Rechtzeitig mit der gerichtlichen Anordnung einer (superprovisorischen) vorsorglichen Massnahme muss diese im ordentlichen Verfahren prosequiert werden, da die vorsorgliche Massnahme ansonsten dahinfällt.<sup>31</sup>

Da sich nun die Zuständigkeit für die Anordnung der superprovisorischen vorsorglichen Massnahmen vom Handelsregisteramt zum erstinstanzlichen Gericht verlagert, verändern sich auch die verfahrensrechtlichen Mechanismen des Rechtsschutzes. Handelsregisterbehörden haben sich als Folge der Aufhebung der Art. 162 f. aHRegV nicht mehr mit Fragen im Zusammenhang mit der Registersperre, wie beispielsweise der Auslegung von entsprechenden Gesuchen, deren Umfang, dem Umgang mit Kettensperren, die das Eintragungsverfahren verzögern können,<sup>32</sup> oder der gültigen Prosequierung, auseinanderzusetzen.<sup>33</sup> Die Zuständigkeit für die Anordnung von einstweiligen Massnahmen liegt von Beginn an bei den Gerichten; die Registerbehörden sind lediglich für die Vollstreckung zuständig. Mit dem neuen Regime des einstweiligen Rechtsschutzes im Handelsregisterrecht hat der Instruktionsrichter am Gericht mit Fingerspitzengefühl eine verantwortungsvolle Aufgabe wahrzunehmen, um einerseits das rechtliche Gehör der Verfahrensparteien zu wahren, aber andererseits auch das Verfahren beförderlich zu erledigen, sodass dem Beschleunigungsgebot Rechnung getragen wird.<sup>34</sup>

Das «Timing» der (superprovisorischen) vorsorglichen Massnahme ist aus praktischen Gründen entscheidend. Ein Gericht wird nach unserer vorsichtigen Einschätzung bei komplexen Fällen in der Regel einen Tag oder bis zu zwei Tage benötigen, um die (superprovisorische) vorsorgliche Massnahme anzuordnen. Falls ein solches Gesuch erst am Nachmittag dem Gericht überbracht wird (zum Beispiel um 16 Uhr), wird es höchstwahrscheinlich erst am nächsten oder übernächsten Werktag eine Massnahme anordnen können. Innert kürzerer Frist wird es kaum möglich sein, da die Gesuche und die Beweismittel zu prüfen sind und alsdann die Verfügung auszufertigen und diese dem kantonalen Handelsregisteramt sowie der Gesuchgegnerin zu eröffnen ist. Dabei bietet sich aus Gründen der zeitlichen Dringlichkeit an, dass das Gericht beim Eingang eines Gesuchs das kantonale Handelsregisteramt vorab telefonisch informiert, dass ein Gesuch ein-

<sup>29</sup> Vgl. BGer, 4A\_194/2018, 3.12.2018, E. 4.

<sup>30</sup> Vgl. HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. A., Bern 2020, § 5 N 71.

<sup>31</sup> Vgl. VON DER CRONE (FN 30), § 5 N 71.

<sup>32</sup> Vgl. MÜLLER/RIZZI (FN 5), 198.

<sup>33</sup> Vgl. Bericht Vernehmlassungsverfahren Änderungen HRegV (FN 3), 14 f.

<sup>34</sup> Vgl. BGer, 4A\_194/2018, 3.12.2018, E. 4.

gegangen ist und geprüft wird. Dadurch hat das kantonale Handelsregisteramt die Möglichkeit, rechtzeitig eine Handelsregisteranmeldung des zu verhindernden Beschlusses einstweilig nicht einzutragen. Andernfalls droht eine superprovisorische vorsorgliche Massnahme dem Handelsregister zu spät zur Kenntnis zu gelangen, wenn die zu bekämpfende Handelsregistereintragung vor der Registersperre vorgenommen wird.

## A. Anwendungsbereich

Vorsorgliche Massnahmen (auch «einstweilige Massnahmen» genannt) gemäss ZPO sollen im Kontext von der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen verhindern, dass ein angefochtener Beschluss während des laufenden Gerichtsverfahrens von der beklagten Seite vollzogen wird, bevor überhaupt ein vollstreckbarer Entscheid in der Sache vorliegt.<sup>35</sup> Das ist notwendig, da eine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands kaum mehr möglich ist, sobald ein Generalversammlungsbeschluss ins Handelsregister eingetragen und vom EHRA freigegeben wurde.<sup>36</sup> Dabei ist es – sofern die Voraussetzungen gegeben sind – nach den Vorschriften von Art. 261 ff. ZPO erforderlich, dass eine superprovisorische vorsorgliche Massnahme vom Gericht angeordnet wird.

Denkbar ist die Beantragung einer vorsorglichen Massnahme insbesondere im Zusammenhang mit der Anfechtung von Beschlüssen, etwa über (i) die Gründung von juristischen Personen, deren Eintragung ins Handelsregister konstitutive Wirkung hat; (ii) Sitzverlegungen, Firmenänderungen und sonstige Statutenänderungen; (iii) die Ab- oder Zuwahl von Verwaltungsräten und Geschäftsführern bzw. deren Zeichnungsberechtigung;<sup>37</sup> (iv) Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen; sowie (v) Umstrukturierungen nach dem FusG.<sup>38</sup>

In anderen Fällen, in denen der Handelsregistereintrag lediglich deklaratorische Wirkung hat, kann eine Registersperre ebenfalls sinnvoll sein. Zwar ist – anders als bei der konstitutiv (rechtserzeugend) wirkenden Eintragung – bei der deklaratorischen Wirkung eine Tatsache bereits rechtswirksam, bevor sie ins Handelsregister eingetragen wird.<sup>39</sup> Mit der deklaratorischen Wirkung des Eintrages geht es allerdings um die Information der Öffentlichkeit mittels Registereintragung. Zugleich hat der deklaratorische Eintrag auch gestützt auf Art. 9 ZGB respektive Art. 179 ZPO eine Umkehr der Beweislast zur Folge, da das Handelsregister für die durch das Register bezeugte Tatsache den vollen Beweis

<sup>35</sup> Vgl. BSK ZPO-SPRECHER (FN 13), Vor Art. 261–269 N 2.

<sup>36</sup> Vgl. VON DER CRONE (FN 30), § 17 N 1208.

<sup>37</sup> Wobei es auf den konkreten Sachverhalt ankommt, ob bei einer angezweifelter (oder allenfalls nichtigen Wahl) ein Anspruch auf eine vorsorgliche Massnahme besteht, vgl. Einzelgericht des HGer ZH, HE190272, 30.8.2019, E. 3.2 f.; OFK HRegV-VOGEL (FN 2), Art. 1 N 17 ff.

<sup>38</sup> Vgl. 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 2016, § 41 N 32 ff.; BGer, 4A\_331/2008, 15.9.2008, E. 2.2; OFK HRegV-VOGEL (FN 2), Art. 1 N 17 ff.

<sup>39</sup> Vgl. BK OR-KÜNG (FN 26), Art. 933 N 28; GÜN/CANOVA (FN 26), 332; OFK HRegV-VOGEL (FN 2), Art. 1 N 17 ff.

erbringt, solange nicht die Unrichtigkeit des Inhalts nachgewiesen ist.<sup>40</sup> Entsprechend besteht auch bei deklaratorisch wirkenden Handelsregistereintragungen ein praktisches Bedürfnis, Eintragungen zu verhindern.

Daten, die über die Internetplattform Zefix oder über eine technische Schnittstelle abgerufen werden, entfalten indessen keine Rechtswirkungen.<sup>41</sup> Damit besteht gegen solche Datenbankeintragungen ohne weitere Begründung oder weitere Begleitumstände kein dringender Grund, die Einträge zu entfernen, zumal die dort ausgewiesenen Informationen ohnehin bereits im SHAB veröffentlicht wurden.

## B. Voraussetzungen

Um die Eintragung eines Beschlusses im Handelsregister zu verhindern, hat die gesuchstellende Partei im vorsorglichen Massnahmeverfahren (nach Art. 261 ff. ZPO) beim zuständigen Gericht um Anordnung einer vorsorglichen bzw. superprovisorischen Massnahme zu ersuchen. Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass (i) ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist; und (ii) ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.<sup>42</sup> Die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme bedingt, dass folgende vier Voraussetzungen kumulativ vom Gesuchsteller glaubhaft gemacht werden: Es sind dies der Verfügungsanspruch, der Verfügungsgrund, die zeitliche Dringlichkeit und die Wahrung der Verhältnismässigkeit.<sup>43</sup>

### 1. Verfügungsanspruch

Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO handelt vom Verfügungsanspruch:<sup>44</sup> Die gesuchstellende Partei hat glaubhaft zu machen, dass (i) ihr materieller Anspruch begründet ist und (ii) verletzt wird oder eine entsprechende Verletzung ihres Anspruchs zu befürchten ist.<sup>45</sup> Hier ist zum Beispiel die Begründetheit einer in Aussicht gestellten oder bereits rechtshängigen Anfechtungsklage zu prüfen, weil ein Generalversammlungsbeschluss, der ins Handelsregister eingetragen werden soll, gegen das Gesetz oder die Statuten verstösst. Das Massnahmegericht muss zur Auffassung gelangen, dass ein Obsiegen der gesuchstellenden Partei im ordentlichen

<sup>40</sup> Vgl. BSK OR II-ECKERT, Art. 933 N 1, in: Heinrich Honsell/Peter Nedim/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser).

<sup>41</sup> Art. 14 Abs. 1 HRegV; OFK HRegV-VOGEL (FN 2), Art. 14 N 3.

<sup>42</sup> Art. 261 Abs. 1 ZPO.

<sup>43</sup> Vgl. VISCHER/HOFMANN (FN 4), 505; zu den Voraussetzungen auch OFK ZPO-ROHNER/WIGET, Art. 261 N 4 ff., in: Myriam A. Gehri/Ingrid Jent-Sørensen/Martin Sarbach (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli Kommentar, 2. A., Zürich 2015 (zit. OFK ZPO-Verfasser).

<sup>44</sup> DIKE-Kommentar ZPO-ZÜRCHER, Art. 261 N 17, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, DIKE-Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE-Kommentar ZPO-Verfasser).

<sup>45</sup> Vgl. BSK ZPO-SPRECHER (FN 13), Art. 261 N 15 und 54; OFK ZPO-ROHNER/WIGET (FN 43), Art. 261 N 6; VISCHER/HOFMANN (FN 4), 505; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 2019, § 22 N 8 f.

Prozess wahrscheinlich ist («günstige Hauptsacheprognose»), wobei das Glaubhaftmachen<sup>46</sup> des Obsiegens genügt und kein strikter Beweis verlangt wird.<sup>47</sup>

Mit der sogenannten Hauptsacheprognose hat das Gericht summarisch zu prüfen, ob die gesuchstellende Partei im Hauptsacheverfahren obsiegen könnte. Diese Prüfung findet durch erhebliche Unsicherheit statt. Ausserdem ist im Zusammenhang mit der Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung zu berücksichtigen, dass – sofern nicht gerade eine Verletzung des Gesetzes oder der Statuten im Sinne von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 OR vorliegt – in der Regel nur anhand von Indizien darauf geschlossen werden kann, ob in «unsachlicher Weise»<sup>48</sup> Rechte von Aktionären entzogen oder beschränkt werden oder eine durch den Gesellschaftszweck «nicht gerechtfertigte»<sup>49</sup> Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre bewirkt wird. Entsprechend kann nicht mehr als eine Plausibilitätsprüfung im Massnahmeverfahren verlangt werden.<sup>50</sup>

Es ist zu berücksichtigen, dass bei der Stellung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen der Gesuchsteller in der Praxis unter erheblichem Zeitdruck sein dürfte und er nicht sämtliche Vorbringen ausführlich zu substantizieren vermag. Zugleich wird das Gericht eine eher kurze Rechtsschrift besser in vernünftiger Zeit verarbeiten können, als wenn ellenlange Ausführungen gemacht werden. Eine Tatsachenbehauptung muss so konkret formuliert sein, dass ein substantiziertes Bestreiten durch die Gegenseite möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann.<sup>51</sup> Die mangelhafte Begründung eines Gesuchs kann unter Umständen mit der gerichtlichen Fragepflicht an einer mündlichen Verhandlung nachgeholt werden,<sup>52</sup> allerdings dürfte dies in der Regel bei besonders dringenden und komplexen Fällen kaum praktikabel sein.<sup>53</sup> Es muss indes auch vom Gericht stets darauf geachtet werden, dass eine sinnvolle Prozessführung möglich bleibt.<sup>54</sup> Wenn das Gericht die Anforderungen an die Substanziierung zu hoch ansetzt, kann dies zu einer fehlerhaften Sachverhaltsfeststellung des Gerichts sowie Willkür nach Art. 9 BV und einer Verletzung des rechtlichen Gehörs führen.<sup>55</sup>

Falls das Gericht (zu) strenge Anforderungen an die Begründung des Verfügungsanspruchs durch den Gesuchsteller stellt, werden vorsorgliche Massnahmen im Bereich der Handelsregistersperren respektive der Bekämpfung von Generalversammlungsbeschlüssen erheblich erschwert. Denn je ausführlicher ein

<sup>46</sup> Vgl. nachstehend Abschnitt IV.C zum Begriff des Glaubhaftmachens.

<sup>47</sup> Vgl. MÜLLER/RIZZI (FN 5), 191.

<sup>48</sup> Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

<sup>49</sup> Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR.

<sup>50</sup> Vgl. Einzelgericht des HGer ZH, HE120205, 26.7.2012, E. 7.

<sup>51</sup> Vgl. BSK ZPO-WILLISEGGER (FN 13), Art. 221 N 29; BGE 136 III 322 E. 3.4.2.

<sup>52</sup> Art. 56 ZPO; vgl. ALEXANDER R. MARKUS/MELANIE HUBER-LEHMANN, Zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung – Substantiierung und richterliche Fragepflicht, ZBJV 4/2018, 269 ff., 284 ff.; BSK ZPO-WILLISEGGER (FN 13), Art. 221 N 54.

<sup>53</sup> Vgl. dazu nachstehend Abschnitt IV.D.

<sup>54</sup> Vgl. allgemein zur Substanziierung sowie zum Verweis auf Beilagen in den Rechtsschriften DANIEL BRUGGER, Der Verweis auf Beilagen in Rechtsschriften, SJZ 16–17/2019, 533 ff.

<sup>55</sup> Vgl. DANIEL SCHWANDER, Die Sachverhaltsrüge vor Bundesgericht unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen ZPO, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2012, Rechtsmittel nach neuer ZPO und BGG, 125 ff.

Massnahmegesuch vom Gesuchsteller begründet werden muss, desto mehr Zeit nimmt dies in Anspruch; Zeit, die von der Gegenseite zur Anmeldung der Handelsregistereintragung genutzt werden kann. Dabei liegt es gemäss KAYSER in der Natur der Sache, dass es sich bei vorsorglichen Massnahmen um eine vorläufige Einschätzung des Gerichts handelt. Der Gesuchsteller behauptet etwas und die Gesuchsgegnerin etwas ganz anderes, wobei das Gericht seinen Prognoseentscheid nur einstweilig treffen kann. Vielleicht kommt das Gericht im Hauptsacheverfahren zum gleichen Schluss wie im einstweiligen Massnahmeverfahren; zwingend ist dies aber nicht.<sup>56</sup> Das Gericht kann die Massnahme auch im Verlauf des Verfahrens gestützt auf Art. 268 ZPO wieder aufheben.

Das Anfechtungsrecht erlischt gemäss Art. 706a Abs. 1 OR, sofern die Klage nicht innert zweier Monate nach der Generalversammlung angehoben wird. In diesem Fall ist bei Gesuchen betreffend vorsorgliche Massnahmen gegen Generalversammlungsbeschlüsse, die angefochten werden sollen, kein Verfügungsanspruch gegeben.

## 2. Verfügungsgrund

Die zweite Voraussetzung zur Anordnung einer vorsorglichen Massnahme ist das Vorliegen eines Verfügungsgrundes.<sup>57</sup> Das heisst, neben der Prüfung, ob der materiellrechtliche Anspruch begründet ist bzw. im Hauptsacheprozess wahrscheinlich geschützt würde, hat das Gericht eine sogenannte «Nachteilsprognose» vorzunehmen.<sup>58</sup> Der gesuchstellenden Partei muss ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohen, wenn die beantragte vorsorgliche Massnahme nicht gewährt wird.<sup>59</sup> Ein solcher Nachteil – rechtlicher oder tatsächlicher Natur –<sup>60</sup> liegt vor, wenn er nach dem Endurteil im Hauptverfahren nicht mehr ermittelt, bemessen oder ersetzt werden kann bzw. sich nicht wieder rückgängig machen lässt.<sup>61</sup> Diese Voraussetzung ist immer gegeben, sobald ein Beschluss, der ins Handelsregister eingetragen werden soll, konstitutiv<sup>62</sup> wirkt. Dies ist der Fall, da die Rechtsposition des Gesuchstellers in jedem Fall verloren geht, wenn die «heilende» Wirkung der Eintragung eintritt. Wenn ein Beschluss lediglich deklaratorische Wirkung hat, kann dies immer noch einen Verfügungsgrund schaffen, da

<sup>56</sup> Vgl. MARTIN KAYSER, Sieben Erkenntnisse aus der Pandemie, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 4/2020, N 4; s. zum Beispiel BVGer, B-3170/2017, 20.3.2018, Bst. F und E. 4.1 (die vorsorgliche Massnahme wurde abgewiesen, das Begehren in der Hauptsache jedoch gutgeheissen).

<sup>57</sup> Vgl. DIKE-Kommentar ZPO-ZÜRCHER (FN 44), Art. 261 N 17.

<sup>58</sup> Vgl. VISCHER/HOFMANN (FN 4), 505.

<sup>59</sup> Vgl. MÜLLER/RIZZI (FN 5), 191; OFK ZPO-ROHNER/WIGET (FN 43), Art. 261 N 8.

<sup>60</sup> BGE 138 III 378 E. 6.3; BGE 127 II 132 E. 3; vgl. auch DIKE-Kommentar ZPO-ZÜRCHER (FN 44), Art. 261 N 25 ff. mit weiteren Hinweisen betreffend die Arten von Nachteilen.

<sup>61</sup> Vgl. MÜLLER/RIZZI (FN 5), 191 f.; BSK ZPO-SPRECHER (FN 13), Art. 261 N 34; OFK ZPO-ROHNER/WIGET (FN 43), Art. 261 N 8.

<sup>62</sup> Dazu gehören insbesondere die Entstehung von Kapitalgesellschaften, Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen sowie Fusionen und Vermögensübertragungen; vgl. dazu insbesondere Abschnitt IV.A.; HANS-UELI VOGT, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2003, 383 ff.; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Bern 2018, § 6 N 90 ff.

sowohl die positive als auch die negative Publizitätswirkung einer Eintragung gegeben sind.<sup>63</sup> Dies kann in Streitigkeiten insbesondere dann relevant sein, wenn beispielsweise Zeichnungsberechtigungen mutiert werden sollen und daraus ein Nachteil für die Gesellschaft oder Minderheitsaktionäre droht. Gemäss dem neu formulierten und am 1. Januar 2021 in Kraft getretenen Art. 936b Abs. 2 OR gilt, dass wenn eine Tatsache, deren Eintragung vorgeschrieben ist, nicht ins Handelsregister eingetragen wurde, sie einem Dritten nur entgegengehalten werden kann, wenn bewiesen wird, dass sie diesem bekannt war. Und wer «sich gutgläubig auf eine eingetragene Tatsache verlassen hat, obwohl sie unrichtig war, ist in seinem guten Glauben zu schützen, wenn dem keine überwiegenden Interessen entgegenstehen».<sup>64</sup>

Weiter wird verlangt, dass der Verfügungsgrund eine gewisse Schwere aufweist und droht bzw. noch nicht eingetreten ist, mit dessen Eintritt jedoch mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit gerechnet werden muss («Gefahr in Verzug»)<sup>65</sup>. Beispielhaft können folgende drohenden Nachteile erwähnt werden: (i) ein Vermögensschaden, das heisst ein drohender finanzieller Nachteil, unter erhöhten Anforderungen, beispielsweise weil die Zahlungsunfähigkeit der Gegenpartei im Falle des Unterliegens im Prozess droht bzw. ein rein ökonomischer Ausgleich keinen vollwertigen Ersatz verschafft;<sup>66</sup> (ii) eine vorübergehende Sperre von Vermögenswerten, wobei der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil in den Unmöglichkeiten der Realvollstreckung der geltend gemachten Forderung liegen kann;<sup>67</sup> oder (iii) die Erschwerung der Vollstreckung.<sup>68</sup>

Das Gericht hat im Rahmen einer Nachteilsprognose abzuwägen, ob der Nachteil, welcher der gesuchstellenden Partei droht, wenn sie im Hauptverfahren zwar obsiegt, ihren Anspruch aber aufgrund der abgelehnten vorsorglichen Massnahme nicht durchsetzen kann, überwiegt. Gleichzeitig hat das Gericht den Nachteil der Gegenpartei zu berücksichtigen, den diese infolge der gewährten vorsorglichen Massnahme und für den Fall ihres Gewinnens im Hauptprozess erleidet, weil sie während der Dauer des Prozesses in der Ausübung ihrer Rechte eingeschränkt war.<sup>69</sup> Aufgrund der praktischen Gegebenheiten bei Beurkundungs- und Handelsregistergeschäften ist jedoch ein drohender Nachteil unseres Erachtens fast immer gegeben und sollte zumindest in der Phase des Superprovisoriums grosszügig vom Gericht bejaht werden. Andernfalls könnten berechnete Anliegen mit der erfolgreichen Handelsregistereintragung durch die Gegenseite vereitelt werden.<sup>70</sup>

Sobald die Handelsregistereintragung, die mit der vorsorglichen Massnahme verhindert werden soll, veröffentlicht wurde, gilt sie gemäss Art. 936a OR als

<sup>63</sup> Art. 936b OR; vgl. OFK HRegV-VOGEL (FN 2), Art. 1 N 9 ff.

<sup>64</sup> Art. 936b Abs. 3 OR.

<sup>65</sup> Vgl. BSK ZPO-SPRECHER (FN 13), Art. 261 N 20 und 28 f.

<sup>66</sup> Vgl. BGE 94 I 8 E. 8; BGer, 5P.104/2005, 18.7.2005, E. 1.3; OFK ZPO-ROHNER/WIGET (FN 43), Art. 261 N 8.

<sup>67</sup> Vgl. BGer, 5A\_901/2011, 4.4.2012, E. 4.

<sup>68</sup> Vgl. BSK ZPO-SPRECHER (FN 13), Art. 261 N 28b.

<sup>69</sup> Vgl. BSK ZPO-SPRECHER (FN 13), Art. 261 N 31.

<sup>70</sup> Vgl. voranstehend Abschnitt III.

wirksam und vollstreckt. In diesem Fall kann der Verfügungsgrund nur noch vorliegen, sofern der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil noch grösser zu werden droht.<sup>71</sup>

### 3. Dringlichkeit

Neben dem Verfügungsanspruch und dem Verfügungsgrund setzt die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme – obwohl nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt – zeitliche Dringlichkeit voraus.<sup>72</sup> Diese Voraussetzung ergibt sich implizit einerseits aus Art. 265 ZPO, wo die «besondere» Dringlichkeit gefordert ist, andererseits ist sie verbunden mit dem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil.<sup>73</sup> Gemäss Bundesgericht handelt es sich bei der Dringlichkeit um einen unbestimmten Gesetzesbegriff – ob sie gegeben ist, ist abhängig vom konkreten Einzelfall und nicht abstrakt zu beurteilen.<sup>74</sup> Dringlichkeit wird bejaht, wenn es unzumutbar erscheint, den Entscheid im Hauptverfahren abzuwarten.<sup>75</sup> Im Falle der Registersperre ist die Dringlichkeit gegeben, sobald mit der Eintragung eines als unrechtmässig behaupteten Beschlusses dem Gesuchsteller ein Nachteil entstehen kann. Dies ist bei einer konstitutiv wirkenden Eintragung immer der Fall. Sofern ein Beschluss lediglich deklaratorische Wirkung hat, sollte ein Gesuchsteller zusätzlich begründen, weshalb eine entsprechende Dringlichkeit gegeben ist. Die deklaratorische Wirkung eines Eintrages hat beweiserstärkende Wirkung.<sup>76</sup> Ferner lässt sich ein Beschluss, der deklaratorische Wirkung hat, eher wieder rückgängig machen als ein Beschluss, der konstitutive Wirkung hat und Beschlussmängel «heilt».<sup>77</sup> Die Dringlichkeit einer Anordnung der Registersperre ist in der Phase des Superprovisoriums der vorsorglichen Massnahme – mit Ausnahme von offensichtlich unzulässigen und unbegründeten Fällen – aus praktischen Gründen grundsätzlich immer zu bejahen. Dies folgt aus der drohenden Vereitelung durch die Gegenseite, sobald sie vom Massnahmegesuch Kenntnis hat.<sup>78</sup>

### 4. Verhältnismässigkeit

Das Erfordernis der Verhältnismässigkeit ist – wie die Dringlichkeit – nicht explizit im Gesetzwortlaut enthalten, kann aber aus Art. 262 ZPO abgeleitet wer-

<sup>71</sup> Vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 45), § 22 N 10.

<sup>72</sup> Vgl. BSK ZPO-SPRECHER (FN 13), Art. 261 N 39; OFK ZPO-ROHNER/WIGET (FN 43), Art. 261 N 5; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 45), § 22 N 11.

<sup>73</sup> Vgl. BSK ZPO-SPRECHER (FN 13), Art. 261 N 39; Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO), 7353 f.

<sup>74</sup> Vgl. BGer, 4P.263/2004, 1.2.2005, E. 2.2; BSK ZPO-SPRECHER (FN 13), Art. 261 N 39.

<sup>75</sup> Vgl. OFK ZPO-ROHNER/WIGET (FN 43), Art. 261 N 5; DIKE-Kommentar ZPO-ZÜRCHER (FN 44), Art. 261 N 12.

<sup>76</sup> Vgl. BGer, 5A.62/2009, 2.7.2009, E. 2.1; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 62), § 6 N 91.

<sup>77</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 62), § 6 N 95 ff.

<sup>78</sup> Vgl. voranstehend Abschnitt III.

den, wonach die gerichtlich angeordneten Massnahmen geeignet sein müssen.<sup>79</sup> Konkret setzt die Verhältnismässigkeit nach unbestrittener Auffassung voraus, dass eine beantragte vorsorgliche Massnahme geeignet und erforderlich ist und die Abwägung betroffener Interessen des Gesuchstellers bzw. der Gesuchsgegnerin zugunsten der Massnahme ausfällt.<sup>80</sup> Dies impliziert, dass der Zweck der Massnahme und die Wirkung respektive Auswirkung gegeneinander abgewogen werden.<sup>81</sup> Zugleich ist unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeitsprüfung der Nachteil der Gegenpartei bei der Gewährung der Massnahme zu berücksichtigen.<sup>82</sup> Die Voraussetzung der Verhältnismässigkeit dürfte regelmässig gegeben sein, ausser es würde einer Gesellschaft beispielsweise aufgrund von finanziellen Problemen der baldige Konkurs drohen, wenn eine beschlossene Kapitalerhöhung mittels einer vorsorglichen Massnahme blockiert würde.

### C. Glaubhaftmachen

Da über die Gewährung vorsorglicher Massnahmen möglichst rasch entschieden werden soll, muss das Beweismass gesenkt werden.<sup>83</sup> Aufgrund dessen hat der Gesuchsteller «das Bestehen seines materiellen Anspruchs, dessen Gefährdung oder Verletzung sowie den drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil lediglich glaubhaft zu machen».<sup>84</sup> Laut Bundesgericht bedeutet dies, dass eine Tatsache glaubhaft gemacht ist, «wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte».<sup>85</sup> Somit heisst dies in der Praxis, dass für das Vorhandensein einer Tatsache «aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte».<sup>86</sup> Sowohl das Bestehen bzw. Nichtbestehen der Anspruchsgrundlagen – worunter die (drohende) Rechtsverletzung und der drohende nicht leicht wiedergutzumachende

<sup>79</sup> Vgl. VISCHER/HOFMANN (FN 4), 506; Kommentar ZPO-HUBER, Art. 261 N 23, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich 2016 (zit. Kommentar ZPO-Verfasser).

<sup>80</sup> Vgl. BSK ZPO-SPRECHER (FN 13), Art. 262 N 47; VISCHER/HOFMANN (FN 4), 506; sinngemäss auch STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 45), § 22 N 12.

<sup>81</sup> Vgl. VISCHER/HOFMANN (FN 4), 506.

<sup>82</sup> Vgl. BGE 131 III 473 E. 2.3; BGer, 4A\_367/2008, 14.11.2008, E. 4.2; a.M. BGE 106 II 66 E. 5b; weiterführend STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 45), § 22 N 13a mit Hinweisen betreffend das Abschätzen sowie Gegenüberstellen der Prozesschancen und des Schadens beider Parteien bei Gewährung bzw. Verweigerung der Massnahme.

<sup>83</sup> Vgl. OGer ZH, LF170021, 6.3.2018, E. IV 1.1; vgl. auch BGer, 4P.201/2004, 29.11.2004, E. 4.2; DIKE-Kommentar ZPO-ZÜRCHER (FN 44), Art. 261 N 5.

<sup>84</sup> Vgl. OGer ZH, LF170021, 6.3.2018, E. IV 1.1; vgl. auch Kommentar ZPO-HUBER (FN 79), Art. 261 N 25.

<sup>85</sup> BGE 130 III 321 E. 3.3; vgl. BGer, 4P.201/2004, 29.11.2004, E. 4.2.

<sup>86</sup> Vgl. BGer, 4A\_567/2012, 9.4.2013, E. 1.3.3; vgl. BGE 139 III 86 E. 4.2; in der Praxis werden wohl die anspruchsbegründenden Tatsachen gegen die diesen entgegenstehenden abgewogen, vgl. DIKE-Kommentar ZPO-ZÜRCHER (FN 44), Art. 261 FN 11; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 45), § 22 N 28.

Nachteil fallen –<sup>87</sup> als auch das Entkräften gesetzlicher Vermutungen sind (nur) glaubhaft zu machen.<sup>88</sup> Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit bzw. der strikte Beweis wird nicht verlangt.<sup>89</sup> Dies beruht darauf, dass der Rechtsschutz im Massnahmeverfahren möglichst rasch gewährt werden soll und das Hauptsacheverfahren der Ort ist, wo der anzufechtende oder als nichtig festzustellende Beschluss vom Gericht zu überprüfen ist.<sup>90</sup>

Bezüglich des Glaubhaftmachens dürfen bei Massnahmebegehren, die der Sicherstellung des bisherigen Zustands dienen, das heisst insbesondere bei Registersperren, keine allzu hohen Anforderungen an dieses gestellt werden; vielmehr genügt hier eine «gewisse Plausibilität».<sup>91</sup> Aus Sicht der Praxis heisst dies regelmässig, dass die Behauptungen mit objektiven Indizien sowie Belegen (zum Beispiel Verträgen, Protokollen, Korrespondenz, schriftlichen Auskünften) untermauert werden müssen.<sup>92</sup>

Falls eine vorsorgliche Massnahme den Endentscheid präjudiziert, sind höhere Anforderungen an das Glaubhaftmachen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils zu stellen.<sup>93</sup> Im Anwendungsbereich der Registersperre dürfte eine Präjudizierung des Hauptsacheentscheids in der Regel kaum eintreten, da es mit der Registersperre bloss um die Sicherung der aktuellen Verhältnisse geht. Dieser Aspekt der Präjudizierung verdient immerhin dann eine vertiefte Prüfung, wenn das angemeldete und mit der Registersperre zu blockierende Geschäft eine Kapitalerhöhung ist und die Gesellschaft finanziell notleidend ist. In einem solchen Fall hat die Gesuchsgegnerin klar aufzuzeigen, dass sie ohne die Kapitalerhöhung zahlungsunfähig wird oder ihr die Überschuldung droht und sie keine Finanzierungsalternative hat als die angefochtene Kapitalerhöhung. Die Finanzierungsprobleme kann die Gesellschaft beispielsweise mit Finanzinformationen, Controlling-Informationen, Buchungsbelegen, Geschäftsberichten und Korrespondenz betreffend (erfolglose) Finanzierungen bzw. relevante Finanzierungsversuche nachweisen.

In einem anderen Rechtsgebiet, der Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB i.V.m. Art. 961 Abs. 3 ZGB, wird vom Gesuchsteller der vorsorglichen Massnahme ein geringeres Mass des Glaubhaftmachens verlangt. Der Gläubiger muss die Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch innert maximal vier Monaten nach Vollendung der Arbeit erwirken.<sup>94</sup> Die Gerichtspraxis stellt bei der vorläufigen Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte sehr geringe Anforderungen an die Glaubhaftma-

<sup>87</sup> Vgl. OGer ZH, LF110130, 30.1.2012, E. 3.1; bedeutend ist hierbei ein schlüssiger Parteivortrag, vgl. dazu Einzelgericht des HGer ZH, HE140222, 2.10.2014; Einzelgericht des HGer ZH, HE140264, 9.10.2014; Einzelgericht des HGer ZH, HE150051, 17.2.2015.

<sup>88</sup> Vgl. DIKE-Kommentar ZPO-ZÜRCHER (FN 44), Art. 261 N 7.

<sup>89</sup> Vgl. OGer ZH, LF170021, 6.3.2018, E. IV 1.1; BGE 103 II 287 E. 2.

<sup>90</sup> Vgl. BGer, 4P.201/2004, 29.11.2004, E. 4.2; MÜLLER/RIZZI (FN 5), 193.

<sup>91</sup> Vgl. SCHMID (FN 38), § 41 N 18; vgl. auch Einzelgericht des HGer ZH, HE120205, 26.7.2012, E. 7.

<sup>92</sup> Vgl. VISCHER/HOFMANN (FN 4), 506; BSK ZPO-SPRECHER (FN 13), Art. 261 N 61.

<sup>93</sup> Vgl. BSK ZPO-MAZAN (FN 13), Art. 252 N 4; VISCHER/HOFMANN (FN 4), 507.

<sup>94</sup> Vgl. Art. 839 Abs. 2 ZGB.

chung des Verfügungsanspruchs.<sup>95</sup> Die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts kann vom Gericht grundsätzlich nur in dem Falle verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist.<sup>96</sup> Ausnahmen von diesem reduzierten Beweismass bestehen nur in Fällen, in denen noch nicht der Ablauf der Verwirkungsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB und damit eine endgültige Verwirkung des Pfandanspruches droht, wenn die vorläufige Eintragung zu Unrecht verweigert würde.<sup>97</sup> Im Zweifelsfall muss das Gericht das Gesuch um Vormerkung der vorläufigen Eintragung bewilligen, und die Entscheidung über Bestand und Umfang des Pfandrechts ist dem ordentlichen Gericht im Hauptsacheverfahren vorbehalten.<sup>98</sup> In Handelsregistersachen herrscht – wie bereits gezeigt wurde – regelmässig ebenfalls Zeitdruck. In den Fällen des Bauhandwerkerpfandrechts ist der Zeitdruck indes nicht derart dringend, wie dies unter Umständen im Handelsregisterrecht sein kann, da der «Wettlauf» von Gesuchsteller und Gesuchsgegnerin bei der Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts mangels «heilender» Wirkung des Handelsregistereintrags fehlt. Beim Bauhandwerkerpfandrecht ergibt sich die zeitliche Dringlichkeit allein aus der Verwirkungsfrist, die laut Art. 839 Abs. 2 ZGB vier Monate ab Vollendung der Arbeit beträgt.

In Handelsregistersachen kann der Anspruch des Klägers bzw. des Gesuchstellers aufgrund der «heilenden Wirkung» der Handelsregistereintragung verlustig gehen, sobald die Eintragung ins Handelsregister erfolgt ist. Unseres Erachtens sollten deshalb die gleich tiefen Anforderungen an die Glaubhaftmachung im Handelsregisterrecht an die Registersperren gestellt werden, wie dies bei der zur Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts der Fall ist. Somit sollten unserer Ansicht nach die Voraussetzungen für eine Registersperre beim Grundbuch nur dann nicht als glaubhaft gemacht gelten, wenn der Anspruch auf die gerichtliche Anordnung einer Handelsregistersperre als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist. Falls sich nachträglich herausstellt, dass eine Registersperre zu Unrecht angeordnet wurde, kann die Registersperre immer noch ex post aufgehoben werden. Alternativ könnte die temporäre Aufrechterhaltung einer Registersperre von der Leistung einer Kautions nach Art. 264 Abs. 1 ZPO abhängig gemacht werden. Damit könnte die Registersperre den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren und den prak-

<sup>95</sup> Vgl. BGE 137 III 563 E. 3.3; BGE 86 I 265 E. 3; BGer, 5A\_777/2009, 1.2.2010, E. 4.1; BSK ZPO-SPRECHER (FN 13), Art. 261 N 56; BSK ZGB II-THURNHERR, Art. 839/840 N 37, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2019 (zit BSK ZGB II-Verfasser); Einzelgericht des HGer ZH, HE130149, 29.8.2013, E. 4.4.

<sup>96</sup> Vgl. BGE 86 I 265 E. 3; BSK ZPO-SPRECHER (FN 13), Art. 261 N 56; BSK ZGB II-THURNHERR (FN 95), Art. 839/840 N 37.

<sup>97</sup> Vgl. Einzelgericht des HGer ZH, HE130149, 29.8.2013, E. 4.4; BSK ZPO-SPRECHER (FN 13), Art. 261 N 56.

<sup>98</sup> Vgl. Einzelgericht des HGer ZH, HE130149, 29.8.2013, E. 4.4; BGE 102 Ia 86; BGE 86 I 270; OGer ZH, LF140031, 20.6.2014, E. 3.3.

tischen Aspekten von Handelsregister- und Beurkundungsgeschäften Rechnung tragen.<sup>99</sup>

#### D. Form des Gesuchs

Das Verfahren, mit dem ein Gericht um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme ersucht werden soll, wird vom Gesuchsteller mit dem Gesuch nach Art. 252 Abs. 1 ZPO eingeleitet. Dabei ist grundsätzlich eine Rechtsschrift im klassischen Sinne verlangt. Das vorsorgliche Massnahmegesuch ist laut Art. 252 Abs. 2 ZPO in den Formen nach Art. 130 ZPO zu stellen.<sup>100</sup> Das heisst, es ist grundsätzlich die Schriftform notwendig. In einfachen oder dringenden Fällen kann das Gesuch mündlich beim Gericht zu Protokoll gegeben werden.<sup>101</sup> Als solche «einfache Fälle» gelten Verfahren, die in tatsächlicher Hinsicht liquid und in rechtlicher Hinsicht keine komplexen Rechtsfragen mit sich bringen. Diesfalls kann das betreffende Gesuch äusserst knapp begründet werden. Falls eine kurze Begründung nicht möglich ist, kann auch nicht mehr von einem «einfachen Fall» ausgegangen werden.<sup>102</sup> Ein «dringender Fall» liegt vor, wenn für die Abfassung einer Rechtsschrift keine Zeit mehr vorhanden ist. Im Falle von Generalversammlungsbeschlüssen, die in der Regel von der Gesellschaft «pfannenfertig» vorbesprochen, von der zuständigen Urkundsperson vorbereitet und an der Generalversammlung sogleich öffentlich beurkundet und ausgefertigt werden, kann ein dringender Fall gegeben sein, falls der Gesuchsteller und die potenzielle Gesuchsgegnerin einer vorsorglichen Massnahme ein Wettrennen veranstalten, bei dem sich zeigen wird, ob die Anordnung einer superprovisorischen vorsorglichen Massnahme bzw. die Registersperre via Gericht oder die Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister zuerst erfolgt.

Der Inhalt des Gesuchs um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme richtet sich nach den Vorgaben des ordentlichen Verfahrens.<sup>103</sup> Demnach muss das Gesuch den Anforderungen von Art. 221 Abs. 1 ZPO genügen, das heisst, es muss nach Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO – im Gegensatz zum vereinfachten Verfahren – auch eine Tatsachenbegründung enthalten.<sup>104</sup> Eine rechtliche Begründung sollte aus praktischen Gründen ins Gesuch aufgenommen werden, ist aber nicht zwingend.<sup>105</sup> Ausserdem sind die in Art. 221 Abs. 2 lit. a, lit. c und lit. d ZPO genannten Beilagen einzureichen. In der Praxis besonders relevant ist die Einreichung von Urkunden, da im summarischen Verfahren der Beweis primär durch Urkunden zu erbringen ist.<sup>106</sup> Hingegen muss keine Klagebewilligung eingereicht

<sup>99</sup> Vgl. voranstehend Abschnitte III. und IV.B.4.

<sup>100</sup> Vgl. SCHMID (FN 38), § 41 N 18; MÜLLER/RIZZI (FN 5), 191.

<sup>101</sup> Art. 252 Abs. 2 ZPO.

<sup>102</sup> Vgl. BSK ZPO-MAZAN (FN 13), Art. 252 N 6.

<sup>103</sup> Vgl. Art. 219 ZPO i.V.m. Art. 221 ZPO; BSK ZPO-MAZAN (FN 13), Art. 252 N 9.

<sup>104</sup> Vgl. BSK ZPO-MAZAN (FN 13), Art. 252 N 10.

<sup>105</sup> Art. 221 Abs. 3 ZPO.

<sup>106</sup> Vgl. Art. 254 Abs. 1 ZPO; BSK ZPO-MAZAN (FN 13), Art. 252 N 11.

werden, da das Schlichtungsverfahren im Summarverfahren entfällt.<sup>107</sup> Die Klagebewilligung einer Schlichtungsbehörde wird erst für das Hauptsacheverfahren beim ordentlichen Gericht benötigt, vorausgesetzt es ist nicht eine einzige Instanz (zum Beispiel ein Handelsgericht) für die entsprechende Streitigkeit zuständig, und das Schlichtungsverfahren entfällt nicht nach Art. 198 lit. f ZPO.<sup>108</sup>

Das Gesuch muss grundsätzlich die allgemeinen Formanforderungen an eine Rechtsschrift erfüllen, wie sie sich aus Art. 130 ZPO ergeben. Das heisst, dass das Gesuch entweder in Papierform oder elektronisch einzureichen ist. Im Falle einer elektronischen Einreichung des Gesuchs muss die Eingabe mit einer qualifizierten elektronischen Signatur gemäss dem Bundesgesetz über die elektronische Signatur<sup>109</sup> versehen werden. Eingaben per gewöhnlicher E-Mail werden von den Gerichten (zurzeit) nicht akzeptiert.<sup>110</sup>

## E. Inhalt der vorsorglichen Massnahmen

Der Inhalt von vorsorglichen Massnahmen ist nicht abschliessend geregelt.<sup>111</sup> Laut Art. 262 ZPO kann eine vorsorgliche Massnahme jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden. Eine vorsorgliche Massnahme kann unter anderem als Anweisung an eine Registerbehörde im Sinne von Art. 262 lit. c ZPO ergehen,<sup>112</sup> beispielsweise kann also das zuständige Gericht das entsprechende kantonale Handelsregisteramt anweisen, eine Eintragung vorerst zu unterlassen.<sup>113</sup>

Wer ein Gesuch stellt, das kantonale Handelsregister<sup>114</sup> für eine bestimmte Rechtseinheit im Sinne des Art. 927 Abs. 2 OR zu sperren, sollte das Gesuch nur auf die einstweilige Verhinderung von bestimmten Eintragungen beschränken. Die anzuordnende Massnahme sollte so konkret wie möglich formuliert werden. Es muss hierbei darauf abgezielt werden, einen bestimmten Beschluss zu verhindern. Die Traktandenliste einer Generalversammlung kann hierbei eine gute Hilfe sein, sofern die Gesuchsteller über diese Informationen verfügen. So kann zum Beispiel ein bestimmtes Traktandum betreffend den Beschluss der Generalversammlung eines bestimmten Datums einstweilig nicht eingetragen werden.

<sup>107</sup> Art. 221 Abs. 2 lit. b ZPO i.V.m. Art. 198 lit. a ZPO; vgl. BSK ZPO-MAZAN (FN 13), Art. 252 N 11.

<sup>108</sup> Vgl. nachstehend Abschnitt IV.F.3.

<sup>109</sup> Vgl. Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur und anderer Anwendungen digitaler Zertifikate (ZertES) vom 18. März 2016, SR 943.03.

<sup>110</sup> Elektronische Eingaben haben sich bisher allerdings in der Praxis noch nicht durchgesetzt. Vgl. aber die aktuellen Entwicklungen gemäss Bundesamt für Justiz BJ, Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ), Erläuternder Bericht zum Vorentwurf, November 2020; und Bundesrat, Bundesrat schlägt zentrale Plattform für den elektronischen Rechtsverkehr vor, Medienmitteilung vom 11. November 2020, <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-81072.html> (Abruf 9.1.2021).

<sup>111</sup> Vgl. VISCHER/HOFMANN (FN 4), 506.

<sup>112</sup> Vgl. OFK ZPO-ROHNER/WIGET (FN 43), Art. 262 N 7; VISCHER/HOFMANN (FN 4), 506.

<sup>113</sup> Vgl. BSK ZPO-SPRECHER (FN 13), Art. 262 N 36.

<sup>114</sup> Das EHRA ist unseres Erachtens nicht der richtige Adressat für die Anweisung an ein Register; vgl. dazu nachstehend Abschnitt IV.F.8.

Es wäre theoretisch auch möglich, bei einer Gesellschaft das Register generell für Eintragungen zu blockieren. Hier wird man sich jedoch fragen müssen, ob dies noch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit gerecht wird. Es kann Eintragungen geben, die vorgenommen werden sollten, sofern sich niemand an diesen stört.

Unzulässig ist der Inhalt einer vorsorglichen Massnahme, wenn es um Feststellungs- oder Gestaltungsentscheide geht.<sup>115</sup> Somit ist die Aufhebung oder die Feststellung der Nichtigkeit von Beschlüssen als Inhalt von vorsorglichen Massnahmen unzulässig. Die Anträge bzw. Klagen gemäss Art. 706 ff. OR sind stattdessen Gegenstand des ordentlichen Verfahrens bzw. Hauptsacheverfahrens.<sup>116</sup>

## F. Hinweise zu einigen Verfahrensfragen

Wenn ein Beschluss von einem Aktionär verhindert werden soll, richtet sich eine entsprechende Klage nach Art. 706 ff. OR. Die Anfechtungs- und die Nichtigkeitsklagen sind von der (superprovisorischen) vorsorglichen Massnahme auseinanderzuhalten. Das vorsorgliche Massnahmeverfahren («Massnahmeverfahren») soll vorläufigen Rechtsschutz gewähren, bis ein Urteil in der Hauptsache betreffend die Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage erfolgen kann. Dies ist notwendig, da die Gegenseite – wie erwähnt – insbesondere mit der Anmeldung für das Handelsregister respektive der zu veranlassenden Eintragung eine zeitliche Dringlichkeit schafft.<sup>117</sup> Entsprechend sind verschiedene Prozessthemen gegeben. Die Klage auf Anfechtung oder Nichtigkeit eines Beschlusses betreffend die Eintragung eines Generalversammlungsbeschlusses richtet sich nach den Verfahrensvorschriften des ordentlichen Verfahrens.<sup>118</sup> Für diese Klagen wird auf die einschlägige Literatur verwiesen. Die nachstehenden Ausführungen fokussieren sich hauptsächlich auf das Massnahmeverfahren.

### 1. Allgemeine verfahrensrechtliche Aspekte

Der vorliegende Artikel beleuchtet einige verfahrensrechtliche Aspekte, wobei für weiterführende verfahrensrechtliche Hinweise ebenfalls auf den Aufsatz MÜLLER/RIZZI<sup>119</sup> verwiesen wird. Die Registersperre als Mittel des einstweiligen Rechtsschutzes muss im summarischen Verfahren mittels Gesuchs beantragt werden.<sup>120</sup> Daraus folgt, dass im Verfahren betreffend die vorsorgliche Massnahme das Schlichtungsverfahren entfällt.<sup>121</sup> Ein anderer Instanzenzug kann sich jedoch für das Hauptsacheverfahren ergeben. Betreffend die Klage auf Anfechtung oder Nichtigkeitserklärung eines Beschlusses ist – falls im entsprechenden Kanton kein Handelsgericht für das Hauptsacheverfahren zuständig ist – ein

<sup>115</sup> Vgl. BSK ZPO-ZINSLI (FN 13), Art. 343 N 3; dazu auch nachstehend Abschnitt IV.F.9.

<sup>116</sup> Vgl. Einzelgericht des HGer ZH, HE120205, 26.7.2012, E. 6; dazu auch nachstehend Abschnitt IV.F.9.

<sup>117</sup> Vgl. voranstehend Abschnitt IV.B.3.

<sup>118</sup> Art. 219 ff. ZPO.

<sup>119</sup> Vgl. MÜLLER/RIZZI (FN 5), passim.

<sup>120</sup> Art. 248 lit. d ZPO.

<sup>121</sup> Art. 198 lit. a ZPO; vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 45), § 22 N 27.

Schlichtungsverfahren vor der Einleitung der Klage beim Gericht notwendig.<sup>122</sup> Zwar sieht Art. 198 lit. h ZPO vor, dass im Anschluss an eine (durch das Gericht angeordnete) vorsorgliche Massnahme die Klage in der Hauptsache beim Gericht anzuordnen ist. Hier besteht jedoch das Problem, dass das Anfechtungsrecht nach Art. 706a Abs. 1 OR erlischt, wenn die entsprechende Klage nicht spätestens zwei Monate nach der Generalversammlung angehoben wird. Das erstinstanzliche Verfahren betreffend die vorsorglichen Massnahmen kann bereits mit der Gewährung des rechtlichen Gehörs einige Wochen oder Monate Zeit in Anspruch nehmen, insbesondere wenn eine Seite mehrmalige Fristerstreckungen für die Einreichung ihrer Rechtsschrift beantragt. Entsprechend kann der Kläger mit der Einleitung des Hauptsacheverfahrens nicht zuwarten, bis die vorsorgliche Massnahme rechtskräftig entschieden wird, da er sonst seinen Rechtsanspruch nach Ablauf von zwei Monaten seit der Generalversammlung verliert.

Da das summarische Verfahren gemäss Art. 248 lit. d ZPO für vorsorgliche Massnahmen Anwendung findet, ist der Katalog der zulässigen Beweismittel eingeschränkt, und der Beweis ist grundsätzlich durch Urkunden zu erbringen.<sup>123</sup> Andere Beweismittel sind nur zulässig, sofern sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern, es der Verfahrenszweck erfordert oder das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat.<sup>124</sup> Im summarischen Verfahren ist es zulässig, dass neben Urkunden zusätzliche Beweismittel (beispielsweise Augenschein, Zeugenbefragung, Parteibefragung, Beweisaussage) im Rahmen einer vom Gericht angeordneten – fakultativen – mündlichen Verhandlung abgenommen werden, ohne dass daraus wesentliche Verfahrensverzögerungen resultieren.<sup>125</sup>

Der Aktenschluss tritt im summarischen Verfahren grundsätzlich früher ein als im ordentlichen Verfahren nach Art. 229 ZPO.<sup>126</sup> Tatsachen und Beweismittel sind in der ersten Rechtsschrift vorzubringen, da im summarischen Verfahren grundsätzlich nur ein einfacher Schriftenwechsel vorgesehen ist. Zwar kann mit gebotener Zurückhaltung ein zweiter Schriftenwechsel durch das Gericht angeordnet werden, wenn es sich nach den Umständen als erforderlich erweist.<sup>127</sup> In diesem Fall würden die novenrechtlichen Vorgaben des ordentlichen Verfahrens analog angewandt, solange das Gericht die Beratung noch nicht aufgenommen hat.<sup>128</sup> Die Parteien können ebenfalls ihr EMRK-Replikrecht wahrnehmen und sich äussern, wobei hierbei zu erwähnen ist, dass sich die Parteien zu den Vorbringen der Gegenseite äussern können, aber ihre Tatsachenbehauptungen und Beweismittel trotzdem bereits mit der ersten Rechtsschrift in das summarische Verfahren einbringen müssen.<sup>129</sup> Das Bundesgericht hat in einem neueren Ent-

<sup>122</sup> Art. 197 ZPO bzw. Art. 198 lit. f ZPO i.V.m. Art. 6 ZPO.

<sup>123</sup> Art. 254 Abs. 1 ZPO.

<sup>124</sup> Art. 254 Abs. 2 ZPO; vgl. dazu auch Kommentar ZPO-HUBER (FN 79), Art. 261 N 25.

<sup>125</sup> Vgl. BSK ZPO-MAZAN (FN 13), Art. 254 N 5 f.

<sup>126</sup> Vgl. BGE 144 III 117 E. 2.1 (obiter dictum mit einer Zusammenfassung des Novenrechts im ordentlichen Verfahren); s. dazu die Hinweise in ANDREAS LIENHARD, Flexibler Aktenschluss im summarischen Verfahren, in: dRSK, publiziert am 15. Dezember 2020, N 8 ff.

<sup>127</sup> Vgl. BGE 144 III 117 E. 2.1; BGE 138 III 252 E. 2.1.

<sup>128</sup> Vgl. BGE 144 III 117 E. 2.2 (obiter dictum); BSK ZPO-WILLISEGGER (FN 13), Art. 229 N 58.

<sup>129</sup> Vgl. BGE 144 III 117 E. 2.1 und 2.3.

scheid die Rechtslage verdeutlicht und erwogen, dass Gerichte im Sinne des Interesses an der Rechtssicherheit eindeutig angeben sollten, ob sie einen zweiten Schriftenwechsel anordnen oder ob sie lediglich das Replikrecht gewähren.<sup>130</sup> Sodann lässt sich dadurch vermeiden, dass die Gerichte das Angeordnete nachträglich auslegen und dabei gegebenenfalls sogar auf Auslegungsregeln zurückgreifen müssten, wonach im Zweifel von der Gewährung nur des unbedingten Replikrechts auszugehen sei.<sup>131</sup>

## 2. Örtliche Zuständigkeit

Sofern im Gesetz nicht anders vorgesehen,<sup>132</sup> ist nach Art. 13 ZPO für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zwingend das Gericht am Ort, an dem (i) die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist oder (ii) die Massnahme vollstreckt werden soll, zuständig. Bei diesen Gerichtsständen handelt es sich um gleichwertige Alternativgerichtsstände,<sup>133</sup> wobei die Alternativität zwischen beiden Kategorien als auch innerhalb der beiden Kategorien zwingend ist.<sup>134</sup> Dies gilt indes auch für die Anordnung superprovisorischer Massnahmen.<sup>135</sup>

Für das Hauptsacheverfahren ergibt sich die Zuständigkeit für Klagen auf Anfechtung oder Feststellung der Nichtigkeit eines Beschlusses gemäss Art. 706 ff. OR generell aus Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO oder aus Art. 42 ZPO i.V.m. Art. 106 f. FusG, wenn es um Klagen gegen Beschlüsse betreffend die Gegenstände nach dem FusG geht. Somit ist für solche Klagen im Hauptsacheverfahren das ordentliche Gericht am Sitz der Gesellschaft örtlich zuständig.

Die Massnahmezuständigkeit beim angerufenen Gericht wird fixiert, sobald das Hauptsacheverfahren beim ordentlichen Gericht rechtshängig ist. Dadurch entfällt die Möglichkeit, unter allenfalls mehreren Hauptsachegerichtsständen zu wählen, allerdings besteht alternativ die Massnahmezuständigkeit am Vollstreckungsort im Sinne von Art. 13 lit. b ZPO weiter.<sup>136</sup> Unter dem Vollstreckungsort ist der Ort zu verstehen, wo dem Inhalt einer Massnahme (durch Rechtszwang) unmittelbar Wirkung verschafft werden soll; zum Beispiel fällt darunter der Ort

<sup>130</sup> Vgl. BGer, 5A\_366/2019, 19.6.2020, E. 3.2 a.E.

<sup>131</sup> Vgl. BGer, 5A\_366/2019, 19.6.2020, E. 3.2 a.E.; MIGEL SOGO/ROMAN BAECHLER, Aktenabschluss im summarischen Verfahren, AJP 3/2020, 315 ff., 322 f.; BGer, 5A\_82/2015, 16.6.2015, E. 4.2.1 (zur Auslegung einer Anordnung des erstinstanzlichen Gerichts, ob ein zweiter Schriftenwechsel oder lediglich das Replikrecht gewährt wurde).

<sup>132</sup> Besondere Bestimmungen betreffend den Gerichtsstand für vorsorgliche Massnahmen sind beispielsweise im Bereich des Eherechts (Art. 23 Abs. 1 ZPO), des Erbrechts (Art. 28 Abs. 2 ZPO) und der Zahlungsverbote aus Check und Wechsel (Art. 43 Abs. 4 ZPO) vorgesehen. Zum Gerichtsstand in internationalen Sachverhalten vgl. ROLAND MÜLLER/FABIAN AKERET, Die Generalversammlung nach revidiertem Aktienrecht, SJZ 1/2021, 7 ff., 10, wobei namentlich Art. 13 LugÜ zu prüfen wäre.

<sup>133</sup> Vgl. BSK ZPO-GSCHWEND/BERTI (FN 13), Art. 13 N 10; BGE 138 III 555 E. 2; dazu auch Kommentar ZPO-HUBER (FN 79), Art. 261 N 16a.

<sup>134</sup> Vgl. BSK ZPO-GSCHWEND/BERTI (FN 13), Art. 13 N 12.

<sup>135</sup> Vgl. Kommentar ZPO-HUBER (FN 79), Art. 261 N 15; BSK ZPO-GSCHWEND/BERTI (FN 13), Art. 13 N 4.

<sup>136</sup> Vgl. BSK ZPO-GSCHWEND/BERTI (FN 13), Art. 13 N 9; Kommentar ZPO-HUBER (FN 79), Art. 261 N 15 mit weiteren Verweisen.

des Registers, hinsichtlich dessen eine Massnahme angeordnet werden soll.<sup>137</sup> Auch nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens besteht die Massnahmeständigkeit am Vollstreckungsort weiter.<sup>138</sup>

Von praktischer Bedeutung ist ferner, dass der Gesuchsteller die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zur Beurteilung einer beantragten Massnahme lediglich glaubhaft zu machen braucht.<sup>139</sup>

### 3. Sachliche Zuständigkeit

Die Normierung der sachlichen Zuständigkeit ist dem kantonalen Recht vorbehalten.<sup>140</sup> Wenn ein Aktionär einen Generalversammlungsbeschluss anfechtet oder dessen Nichtigkeit feststellen lassen will, ist zu prüfen, ob die Streitigkeit nach Art. 6 ZPO als handelsrechtlich gilt. Falls eine natürliche Person Aktionärin ist, kann sie nach Art. 6 Abs. 3 ZPO wählen, ob sie sich an ein Handelsgericht oder an das ordentliche Gericht wendet. Handelsgerichte bestehen allerdings lediglich in den Kantonen Aargau, Bern, St. Gallen und Zürich.<sup>141</sup> Ebenfalls denkbar ist die Zuständigkeit eines ordentlichen Gerichts im Falle einer anderen Hauptsachezuständigkeit.<sup>142</sup>

In den Kantonen, die kein Handelsgericht kennen, ist in der Regel ein erstinstanzliches Gericht für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen zuständig.<sup>143</sup> In Betracht kommen je nach Kanton das in der Sache zuständige Hauptsachegericht, ein Einzelgericht oder eine als Instruktionsrichter amtierende Gerichtsperson.<sup>144</sup>

### 4. Massnahmen vor der Rechtshängigkeit der Hauptklage

Für die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen gilt gemäss Art. 706a Abs. 1 OR eine zweimonatige Verwirkungsfrist. Da ein vorsorgliches Massnahmeverfahren kaum in dieser Frist abgeschlossen werden kann, ist es notwendig, sowohl das Gesuch betreffend vorsorgliche Massnahmen als auch die Klage gegen den Generalversammlungsbeschluss zeitlich sinnvoll zu planen. Es ist aufgrund der praktischen Gegebenheiten bei Handelsregistergeschäften<sup>145</sup> wichtig, die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen vor Rechtshängigkeit der Haupt-

<sup>137</sup> Vgl. BGer, 5A\_95/2008, 20.8.2008; CR CPC-HALDY, Art. 13 N 7, in: François Bohnet et al. (Hrsg.), Code de procédure civile, Commentaire romand, 2. A., Basel 2019 (zit. CR CPC-Verfasser); BSK ZPO-GSCHWEND/BERTI (FN 13), Art. 13 N 10.

<sup>138</sup> Vgl. BSK ZPO-GSCHWEND/BERTI (FN 13), Art. 13 N 11.

<sup>139</sup> Vgl. BSK ZPO-GSCHWEND/BERTI (FN 13), Art. 13 N 13.

<sup>140</sup> Kommentar ZPO-HUBER (FN 79), Art. 261 N 16.

<sup>141</sup> Vgl. SCHMID (FN 38), § 41 N 15; in den Kantonen, die gemäss Art. 6 ZPO ein Handelsgericht bestimmt haben, sind nachfolgende Bestimmungen für die Zuständigkeit des Gerichts massgebend: § 13 EG ZPO/AG i.V.m. § 12 Abs. 1 lit. a EG ZPO/AG; Art. 7 EG ZSJ/BE i.V.m. Art. 12 EG ZSJ/BE; Art. 11 Abs. 2 EG-ZPO/SG; § 45 lit. b GOG/ZH (Präsident oder ein von ihm bezeichnetes Mitglied des Handelsgerichts).

<sup>142</sup> Vgl. SCHMID (FN 38), § 41 N 15; SHK HRegV-CARBONARA (FN 6), Art. 162 N 100.

<sup>143</sup> Vgl. zum Beispiel § 28 Abs. 1 GOG/ZG; Art. 35 Abs. 4 GOG/OW; § 35 Abs. 1 lit. c JusG/LU.

<sup>144</sup> Vgl. STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND (FN 45), § 22 N 26; vgl. auch Botschaft ZPO (FN 73), 7263.

<sup>145</sup> Vgl. voranstehend Abschnitt III.

klage zu verlangen, wenn die Eintragung eines GV-Beschlusses im Handelsregister konstitutive Wirkung hat oder wenn bei deklaratorisch wirkenden Eintragungen<sup>146</sup> ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Aufgrund von Art. 706a Abs. 1 OR besteht aber zeitliche Dringlichkeit, die Hauptklage ebenfalls einzureichen. Da die Ausarbeitung der Klage wohl etwas aufwendiger sein dürfte als das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen, kann es in der Praxis angezeigt sein, das Gesuch und die Klage in verschiedene Rechtsschriften aufzuteilen. Unter Umständen ist eine Aufteilung sogar unumgänglich, und zwar, wenn das Hauptsacheverfahren bei der Schlichtungsbehörde und die vorsorgliche Massnahme beim Gericht rechtshängig zu machen sind, da nicht wortwörtlich identische Rechtsschriften bei verschiedenen Gerichten eingereicht werden sollten.

## 5. Sicherheitsleistung

Eine (superprovisorische) vorsorgliche Massnahme kann im Kontext von der Verhinderung von handelsregisterrechtlichen Eintragungen nach Art. 264 ZPO von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden.<sup>147</sup> Dabei gilt es aber auch zu bedenken, dass eine zeitliche Verzögerung der superprovisorischen Massnahme der Gegenseite Zeit verschafft und die einstweilen zu verhindernde Handelsregistermutation zwischenzeitlich vollzogen werden kann. Damit würden sowohl ein vorsorgliches Massnahmeverfahren als auch das Hauptsacheverfahren mit der erfolgreichen Handelsregistereintragung gegenstandslos.<sup>148</sup>

## 6. Superprovisorische Massnahmen

Die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme im Sinne von Art. 265 Abs. 1 ZPO ergeht sofort ohne Anhörung der Gegenpartei und setzt eine besondere Dringlichkeit voraus – es darf keine Zeit mehr bestehen, die Gegenseite anzuhören, weil dies die Massnahme vereiteln würde bzw. beim Zuwarten bis zur Anhörung der Gegenpartei unzumutbare Nachteile drohen würden.<sup>149</sup> Aufgrund des Umstandes, dass der Handelsregistereintrag das vorsorgliche Massnahmeverfahren und das Verfahren in der Hauptsache vereiteln könnte, ist die zeitliche Dringlichkeit wohl immer gegeben, sofern nicht offensichtlich unbegründete Gesuche vorliegen.<sup>150</sup> Die vorausgesetzte gesteigerte zeitliche Dringlichkeit wird somit insbesondere deshalb bejaht, weil das Einholen einer Vernehmlassung zu viel Zeit in Anspruch nähme, sodass der Rechtsschutz aufgrund der Vereitelungs-

<sup>146</sup> In Einzelgericht des HGer ZH, HE190272, 30.8.2019, E. 3.2 f. waren indes die Voraussetzungen für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme nicht gegeben. In diesem Fall konnte sich der Gesuchsteller gegen die Generalversammlungsbeschlüsse, mit denen die Änderungen in der Zusammensetzung des Verwaltungsrats beschlossen wurden, nicht wehren, da keine Verletzung der Aktionärsrechte glaubhaft gemacht werden konnte.

<sup>147</sup> Vgl. voranstehend Abschnitt IV.F.5.

<sup>148</sup> Vgl. VON DER CRONE (FN 30), § 17 N 1208; ISLER/VON DER CRONE (FN 16), 224.

<sup>149</sup> Vgl. VISCHER/HOFMANN (FN 4), 504; BSK ZPO-SPRECHER (FN 13), Art. 265 N 1; DIKE-Kommentar ZPO-ZÜRCHER (FN 44), Art. 265 N 5; HGer SG, HG.2011.101, 25.3.2011, E. 3 f.

<sup>150</sup> Vgl. voranstehend Abschnitt IV.B.3.

möglichkeit durch den Prozessgegner voraussichtlich zu spät käme.<sup>151</sup> Allerdings darf der Gesuchsteller die gesteigerte zeitliche Dringlichkeit nicht selber durch Hinauszögern des Gesuchs verursacht haben.<sup>152</sup>

Dem Glaubhaftmachen kommt im Rahmen eines superprovisorischen Verfügungsverfahrens eine besondere Bedeutung zu, da die Gegenpartei erst nachträglich angehört wird.<sup>153</sup> Da das Recht auf Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) der Gegenpartei durch die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme (vorerst) verletzt wird – was einen erheblichen Grundrechtseingriff darstellt –, schreibt Art. 265 Abs. 2 ZPO vor, dass das Gericht die Parteien mit der Anordnung einer superprovisorischen Massnahme zu einer unverzüglich stattzufindenden Verhandlung vorlädt oder der Gegenpartei eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme einräumt.<sup>154</sup> Gemäss ZÜRCHER sollte die Anhörung spätestens innert zwanzig Tagen nach Erlass des superprovisorischen Entscheids stattfinden, vorbehalten bleiben besondere Umstände, die zu Verzögerungen des Verfahrens führen können.<sup>155</sup> Nach Anhörung der Gegenpartei hat das Gericht unverzüglich, und ohne an die der superprovisorischen Verfügung zugrunde liegenden Feststellungen gebunden zu sein, über das vorsorgliche Massnahmegesuch zu entscheiden.<sup>156</sup>

Die besondere Dringlichkeit muss bei superprovisorisch anzuordnenden vorsorglichen Massnahmen noch grösser sein als bei vorsorglichen Massnahmen; im Zusammenhang mit Generalversammlungsbeschlüssen kommt dem Faktor Zeit die zentrale Bedeutung zu.<sup>157</sup> Entsprechend dem erheblichen Potenzial zur Anspruchsvereitelung und der grossen zeitlichen Dringlichkeit müsste – abgesehen von klaren Missbrauchsfällen oder offensichtlich aussichtslosen Gesuchen – von der besonderen zeitlichen Dringlichkeit ausgegangen werden.<sup>158</sup>

Beantragt eine Partei mittels Gesuchs die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme, muss sie für ihre rechtserheblichen Behauptungen Beweismittel offerieren und dem Gesuch insbesondere aussagekräftige Urkunden beilegen. Unter Umständen verfügen Minderheitsaktionäre, die sich gegen einen Generalversammlungsbeschluss zur Wehr setzen wollen, nicht über die notwendigen Beweismittel, um einen ihnen drohenden Nachteil beweisen zu können. Wird den benachteiligten Aktionären das entsprechende Protokoll einer Generalversammlung nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt, kann daraus ein Beweisnotstand resultieren, da die Anfechtungsklage laut Art. 706a Abs. 1 OR innert zweier Mo-

<sup>151</sup> Vgl. DIKE-Kommentar ZPO-ZÜRCHER (FN 44), Art. 265 N 5 f.; BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 265 N 7, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–352 und Art. 400–406 ZPO, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 2012 (zit. BK ZPO-Verfasser).

<sup>152</sup> Vgl. OFK ZPO-ROHNER/WIGET (FN 43), Art. 265 N 2; BK ZPO-GÜNGERICH (FN 151), Art. 265 N 9.

<sup>153</sup> Vgl. BK ZPO-GÜNGERICH (FN 151), Art. 265 N 14.

<sup>154</sup> Vgl. BK ZPO-GÜNGERICH (FN 151), Art. 265 N 4 und 15; DIKE-Kommentar ZPO-ZÜRCHER (FN 44), Art. 265 N 11.

<sup>155</sup> DIKE-Kommentar ZPO-ZÜRCHER (FN 44), Art. 265 N 12.

<sup>156</sup> Vgl. Art. 265 Abs. 2 ZPO; BK ZPO-GÜNGERICH (FN 151), Art. 265 N 4 und 16.

<sup>157</sup> Vgl. voranstehend Abschnitt III.

<sup>158</sup> Vgl. voranstehend Abschnitt IV.B.3.

nate erhoben werden muss.<sup>159</sup> Ab dem Zeitpunkt des Beschlusses betreffend eine ordentliche Kapitalerhöhung muss diese innerhalb von drei Monaten beim Handelsregisteramt zur Eintragung angemeldet werden.<sup>160</sup> In der Praxis dürfte es wohl kaum möglich sein, einen Beschluss bzw. dessen Inhalt ohne Protokoll nachzuweisen.<sup>161</sup> Auf Anordnung des Gerichts erhält der Einsprecher unter Umständen ein Einsichtsrecht in die Anmeldungsunterlagen nach Art. 162 Abs. 2 aHRegV, er verfügt jedoch nicht über ein eigenständiges Akteneinsichtsrecht, weil er nicht Partei des Eintragsverfahrens ist.<sup>162</sup> Erst der Vollzug des Handelsregistereintrags und die Publikation im SHAB ermöglichen einem Dritten, Einsicht in die Handelsregisterbelege zu nehmen; jedoch ist es für eine Anfechtung des Beschlusses zu diesem Zeitpunkt bereits zu spät, weil der Handelsregistereintrag den entsprechenden Beschluss aufgrund seiner konstitutiven Wirkung heilt.<sup>163</sup>

## 7. Schutzschrift

Die Gesuchsgegnerin kann sich gegen superprovisorische Massnahmen mit einer Schutzschrift nach Art. 270 ZPO präventiv wehren. Dabei gilt es jedoch zu bedenken, dass in einer Schutzschrift potenzielle Argumente des Gestuchstellers vorgängig antizipiert werden müssen. Es ist nicht in jedem Fall taktisch klug, bereits vorgängig alle Verteidigungsmittel offenzulegen und damit womöglich den Gestuchstellern bzw. Klägern für das Hauptsacheverfahren Argumente für die Bekämpfung eines Beschlusses zu liefern, auf welche die Gegenseite ohne Schutzschrift selbst nicht gekommen wäre.<sup>164</sup> Unter Umständen kann jedoch die Einreichung einer Schutzschrift dazu führen, dass die Gesuchsgegnerin eine superprovisorische vorsorgliche Massnahme und damit eine Registersperre verhindern und in der Zwischenzeit erfolgreich eine Eintragung der zu bekämpfenden Beschlüsse beim Handelsregister bewirken kann. Entsprechend werden mit der erfolgreichen Handelsregistereintragung vorsorgliche Massnahmeverfahren sowie das Hauptsacheverfahren beim ordentlichen Gericht gegenstandslos. Auch im Falle der Einreichung einer Schutzschrift sollte aber das Gericht im Zweifel den Entscheid des ordentlichen Gerichts nicht vorweg nehmen.<sup>165</sup>

## 8. Vollstreckung durch das zuständige kantonale Handelsregisteramt

Das Gericht, das eine vorsorgliche Massnahme anordnet, hat zugleich die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen zu treffen.<sup>166</sup> Gestützt auf Art. 267 ZPO kann das Massnahmegericht eine Massnahme vollstrecken, selbst wenn vorgän-

<sup>159</sup> Vgl. 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, 21; MÜLLER/RIZZI (FN 5), 193.

<sup>160</sup> Vgl. Art. 46 Abs. 1 HRegV.

<sup>161</sup> Vgl. MÜLLER/RIZZI (FN 5), 193 f.; SCHENKER (FN 159), 21.

<sup>162</sup> Vgl. SHK HRegV-CARBONARA (FN 6), Art. 162 N 55; MÜLLER/RIZZI (FN 5), 194.

<sup>163</sup> Vgl. MÜLLER/RIZZI (FN 5), 194.

<sup>164</sup> Vgl. MÜLLER/RIZZI (FN 5), 197 f.

<sup>165</sup> Vgl. voranstehend Abschnitt IV.F.7.

<sup>166</sup> Art. 267 ZPO.

gig oder zwischenzeitlich eine Klage im Hauptsacheverfahren bei einem anderen Gericht rechtshängig gemacht wurde.<sup>167</sup>

Für die Vollstreckung ist das kantonale Handelsregisteramt am Sitz der Gesellschaft zuständig, wo die zu verhindernde Handelsregisteranmeldung voraussichtlich angemeldet wird. Das EHRA ist kein geeigneter Vollzugsadressat, da der Bund respektive das EHRA gemäss Art. 928 Abs. 2 OR lediglich die Oberaufsicht über die kantonalen Handelsregisterämter ausübt.<sup>168</sup> Das EHRA ist gemäss Art. 5 Abs. 2 HRegV i.V.m. Art. 32 HRegV für die Prüfung der Rechtmässigkeit und die Genehmigung der kantonalen Eintragungen in das Tagesregister zuständig. Eine eigene Kompetenz zur Anordnung bestimmter Eintragungen in das Tagesregister des kantonalen Handelsregisters hat das EHRA nicht.<sup>169</sup> Vom Ablauf her hat das EHRA keinen Spielraum, eine einmal durch das kantonale Handelsregisteramt ins Tagesregister aufgenommene Eintragung durch eine vorsorgliche Massnahme noch zu verhindern, sofern die angemeldete Eintragung respektive der Publikationstext für die Eintragung ansonsten in Ordnung ist.<sup>170</sup>

Die sofortige Vollstreckung durch das kantonale Handelsregisteramt wird regelmässig notwendig, da mit der erfolgreichen Eintragung der anzufechtenden Beschlüsse in der Regel ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil entsteht.<sup>171</sup> In der Praxis kann es sinnvoll sein, dass Verfügungen des zuständigen Gerichts vorab per E-Mail, Fax oder telefonisch dem kantonalen Handelsregister mitgeteilt werden, damit das kantonale Handelsregisteramt nicht aus Versehen die zu verhindernden Beschlüsse ins Tagesregister einträgt. Gestützt auf Art. 19 HRegV wird das Handelsregisteramt Verfügungen oder Gerichtsurteile ins Handelsregister eintragen.<sup>172</sup>

## 9. Rechtsbegehren

Die Rechtsbegehren im Massnahmeverfahren unterscheiden sich von den Rechtsbegehren im ordentlichen Verfahren. Im vorsorglichen Massnahmeverfahren ist beim Gericht zu beantragen, dass dieses das zuständige kantonale Handelsregisteramt anweist, eine bestimmte Eintragung einstweilen zu unterlassen, während

<sup>167</sup> Vgl. BSK ZPO-SPRECHER (FN 13), Art. 267 N 1a.

<sup>168</sup> Vgl. SHK HRegV-CARBONARA (FN 6), Art. 162 N 121; MICHAEL GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. Praxiskommentar HRegV-GWELESSIANI), Art. 162 N 563.

<sup>169</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 62), § 6 N 45; EHRA, Praxismitteilung 1/12, Ziff. 1.2; OFK HRegV-VOGEL (FN 2), Art. 32 N 2 ff. und 21.; OFK HRegV-VOGEL (FN 2), Art. 33 N 2 ff.

<sup>170</sup> Vgl. SHK HRegV-CARBONARA (FN 6), Art. 162 N 121; in EHRA, Praxismitteilung 4/20, Ziff. 3.12 wird hingegen nur erwähnt, dass ein Gericht eine «Handelsregisterbehörde» anweisen kann, Details sind der Praxismitteilung jedoch keine zu entnehmen.

<sup>171</sup> Das EHRA prüft auch bei Verfügungen und Urteilen von Behörden und Gerichten uneingeschränkt, ob die publikationsrelevanten Anordnungen der Handelsregisterpraxis entsprechen. Vgl. OFK HRegV-VOGEL (FN 2), Art. 19 N 8 ff. mit Hinweisen.

<sup>172</sup> Vgl. dazu voranstehend Abschnitt III.

im ordentlichen Verfahren der Antrag zum Beispiel auf Aufhebung eines Generalversammlungsbeschlusses lautet, da dieser angefochten wird.<sup>173</sup>

Beispielhaft können die Rechtsbegehren im Massnahmeverfahren wie folgt lauten (wobei andere Formulierungen ebenfalls denkbar sind):

1. *Das Handelsregisteramt des Kantons [Kanton] sei anzuweisen, den Beschluss der [Beklagten/Gesuchsgegnerin;<sup>174</sup> UID CHE-...<sup>175</sup>] vom [Datum] über [Inhalt] bis zum Abschluss des ordentlichen Verfahrens nicht einzutragen.*
2. *Es sei das Rechtsbegehren Ziffer 1 sofort und ohne Anhörung der [Beklagten/Gesuchsgegnerin] anzuordnen.*
3. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der [Beklagten/Gesuchsgegnerin].*

Bei Ziffer 1 der voranstehenden Rechtsbegehren geht es um die Anordnung der vorsorglichen Massnahmen. Dabei soll das zuständige Handelsregisteramt gestützt auf Art. 262 lit. c ZPO angewiesen werden, eine bestimmte Eintragung oder Mutation im Handelsregister vorläufig nicht vorzunehmen. Die Gesuchsgegnerin, bei der es sich regelmässig um eine Kapitalgesellschaft handeln wird, sollte sowohl im Rechtsbegehren als auch im Verfügungs- respektive im Urteilsdispositiv stets mit der Unternehmensidentifikationsnummer (UID) aufgeführt werden. Anhand der UID kann eine Rechtseinheit zweifelsfrei identifiziert werden.<sup>176</sup> Das reduziert sowohl bei Gesuchstellern als auch bei Behörden die Verwechslungsgefahr, und zwar insbesondere in Fällen, in denen ähnlich geschriebene Firmen im Handelsregister erwähnt sind. Es wäre ärgerlich, wenn eine vorsorgliche Massnahme bei der falschen Rechtseinheit fürs Handelsregister beantragt oder sogar eingetragen würde.

Das vorsorgliche Massnahmeverfahren bezweckt grundsätzlich nur die Sicherung des Status quo ante. Entsprechend sind Anträge bezüglich der Aufhebung eines angefochtenen Beschlusses oder die Feststellung der Nichtigkeit eines Beschlusses nicht im vorsorglichen Massnahmeverfahren zu stellen, sondern im Hauptsacheverfahren.<sup>177</sup> Der einfache Grund hierfür ist, dass das vorsorgliche Massnahmeverfahren kein Definitivum anordnen kann.<sup>178</sup> Damit sind vorsorgliche Massnahmen unzulässig, denen die Wirkung eines Feststellungs- oder Gestaltungsurteils zukommt.<sup>179</sup> Somit ist auch das vorsorgliche Massnahmeverfahren

<sup>173</sup> Vgl. SCHMID (FN 38), § 41 N 18; SHK HRegV-CARBONARA (FN 6), Art. 162 N 85; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 62), § 16 N 297; MÜLLER/RIZZI (FN 5), 191.

<sup>174</sup> Die Terminologie ist uneinheitlich: Das Einzelgericht des Handelsgerichts spricht von «Kläger und Beklagter», das Bezirksgericht Zürich, Audienz, und das Kantonsgericht Zug verwenden hingegen «Gesuchsteller und Gesuchsgegnerin», vgl. SCHMID (FN 38), § 41 N 15.

<sup>175</sup> Jede im Handelsregister eingetragene Rechtseinheit erhält spätestens mit dem Eintrag im Handelsregister eine UID (zum Beispiel «CHE-123.456.789»).

<sup>176</sup> Vgl. Art. 930 OR in der ab 1. Januar 2021 gültigen Fassung, AS 2020 957 ff., 959; LUKAS MÜLLER/PASCAL MÜLLER, Organisationsmängel in der Praxis, Ausgewählte Aspekte zu Art. 731b OR aus Sicht des Handelsregisters und der Rechtsprechung, AJP 1/2016, 42 ff., 57.

<sup>177</sup> Vgl. Einzelgericht des HGer ZH, HE120205, 26.7.2012, E. 6; BSK ZPO-ZINSLI (FN 13), Art. 343 N 3.

<sup>178</sup> Vgl. Einzelgericht des HGer ZH, HE120205, 26.7.2012, E. 6.

<sup>179</sup> Vgl. BSK ZPO-ZINSLI (FN 13), Art. 343 N 3.

ren nicht das richtige Verfahren für Anträge betreffend die Anfechtung oder Feststellung der Nichtigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses. Mit der Registersperre soll folglich der bisherige Zustand gesichert werden, damit keine Mutationen im Handelsregister vorgenommen werden können und das Hauptsacheverfahren nicht durch zwischenzeitliche Handlungen der Gegenseite vereitelt werden kann.

Ziffer 2 des Rechtsbegehrens bringt zum Ausdruck, dass die vorsorgliche Massnahme superprovisorisch verlangt wird. Die besondere Dringlichkeit ergibt sich durch die Vereitelungsgefahr, die voransteht in Abschnitt IV.F.6 beschrieben wird. Falls der Antrag auf das Superprovisorium fehlt und sich eine solche Dringlichkeit nicht aus der Auslegung der Begründung der Rechtsbegehren ergibt,<sup>180</sup> kann das Gericht das Handelsregisteramt nicht superprovisorisch anweisen, das Register für die entsprechende Eintragung oder Mutation zu sperren.

## G. Weiterleitungspflicht des Handelsregisters ans Zivilgericht?

Wie muss ein Handelsregisteramt vorgehen, wenn es nach dem 1. Januar 2021 Gesuche bezüglich Registersperren direkt erhält, anstatt dass diese ans Gericht adressiert werden? Die Antwort hierfür kann aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie dem anwendbaren kantonalen Verwaltungsrecht entwickelt werden.<sup>181</sup> So kann sich aus dem einschlägigen kantonalen Erlass die Pflicht der (unzuständigen) Behörde ergeben, das entsprechende Schreiben an die zuständige (innerkantonale) Verwaltungsbehörde zu überweisen. Eine solche Regelung sieht beispielsweise § 5 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich vor (VRG/ZH).<sup>182</sup> Eine Weiterleitungspflicht an Zivil- oder Strafgerichte oder an ausserkantonale Verwaltungsbehörden kennt § 5 VRG/ZH jedoch nicht.<sup>183</sup> Würde man eine solche Pflicht zur Weiterleitung dennoch annehmen, bestünde das Problem, dass ein Gesuch auf Registersperre analog den Vorgaben von Art. 162 f. aHRegV in der Regel nicht in der gleichen Form und Begründung ausformuliert ist, wie es eine Rechtsschrift mit superprovisorischem Antrag auf vorsorgliche Massnahmen nach der ZPO ist. Das Gesuch wäre unter Umständen mangelhaft. Ein Gericht müsste dieses nach Art. 132 Abs. 1 ZPO behandeln, sofern das mangelhaft eingereichte Gesuch verbesserliche Fehler enthielte (wie zum Beispiel eine fehlende Anwaltsvollmacht oder eine fehlende Unterschrift auf dem Gesuch). Das Problem hierbei ist jedoch, dass fehlende Anträge oder fehlende Begründungen nicht als verbesserliche Fehler gelten, weshalb diese nicht mit

<sup>180</sup> Zur Auslegung von Rechtsbegehren s. BGer, 1B\_529/2020, 9.12.2020, E. 2.4 und E. 2.7; BGer, 5A\_164/2019, 20.5.2020, E. 4.3, nicht publ. in: BGE 146 III 203; BGE 137 III 617 E. 5.2 und E. 6.2.

<sup>181</sup> Vgl. BGE 140 III 636 E. 3.4 f.

<sup>182</sup> Vgl. Kommentar VRG-PLÜSS, § 5 N 51, in: Alain Griffel (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. Kommentar VRG-Verfasser). Eine Weiterleitungspflicht kennt jedoch der Kanton Obwalden gemäss Art. 1 Abs. 3 der Verordnung über das Verwaltungs- und Verwaltungsbeschwerdeverfahren (Verwaltungsverfahrensverordnung, GDB 133.21) des Kantons Obwalden vom 29. Januar 1998.

<sup>183</sup> Vgl. Kommentar VRG-PLÜSS (FN 182), § 5 N 54.

einer Nachfrist gestützt auf Art. 132 ZPO nachgereicht werden können und die Eingabe entsprechend nicht als erfolgt gilt.<sup>184</sup>

Die ZPO kennt für die sachlich oder funktionell unzuständige Stelle keine Pflicht, eine Eingabe an die zuständige Stelle weiterzuleiten.<sup>185</sup> Anderes gilt dagegen im Rechtsmittelverfahren, wo eine Eingabe, die (unbewusst) an die unzuständige Instanz adressiert wird, an die zuständige Instanz weiterzuleiten ist, wobei die Rechtsmittelfrist mit der Eingabe bei der unzuständigen Instanz als gewahrt gilt.<sup>186</sup> Dies ergebe sich unter anderem aus der Bestimmung von Art. 48 Abs. 3 BGG, die einen allgemeinen Rechtsgrundsatz enthält. Ein Rechtssuchender soll nicht ohne Not um die Beurteilung eines Rechtsbegehrens durch die zuständige Rechtsmittelinstanz gebracht werden.<sup>187</sup>

Falls ein Gesuch betreffend eine superprovisorische vorsorgliche Massnahme irrtümlicherweise an das Handelsregister anstatt an das Handelsgericht adressiert ist, kann unseres Erachtens das Gesuch an die entsprechende kantonale Instanz weitergeleitet werden, sofern keine ausdrücklichen Regeln im kantonalen Verwaltungsrecht gegen eine Weiterleitung sprechen.<sup>188</sup> Das kantonale Handelsregisteramt kann und soll auch nicht beurteilen, ob die Eingabe die Voraussetzungen eines superprovisorischen vorsorglichen Massnahmegesuchs nach den Vorgaben der ZPO erfüllt, und es ist auch nicht dessen Aufgabe, herauszufinden, welche Instanz örtlich, sachlich und funktionell zuständig ist. Sinnvoller wäre es jedoch, wenn das Handelsregisteramt – obwohl unseres Erachtens zwar keine generelle Pflicht zur Vorabunterrichtung besteht – den Gesuchsteller telefonisch kontaktieren und auf den Irrtum aufmerksam machen würde. Damit läge es beim Gesuchsteller, das Gesuch persönlich beim zuständigen Gericht vorbeizubringen, anstatt dass ein Gesuch per Post am folgenden Werktag beim Gericht eintrifft. Schnelles Handeln ist für den Gesuchsteller wichtig, da durch die Eintragung im Handelsregister ein Rechtsverlust drohen kann.<sup>189</sup> Falls in der Zwischenzeit der potenzielle Gesuchsgegner seine Handelsregisteranmeldung einreicht, bevor das zuständige Gericht eine Registersperre anordnet, ist das Handelsregister verpflichtet, die Handelsregistereintragung vorzunehmen, sofern die entsprechenden Voraussetzungen für die Eintragung formell und materiell gegeben sind.<sup>190</sup>

## V. Fazit

Seit 1. Januar 2021 ist die Registersperre nicht mehr beim Handelsregisteramt, sondern beim zuständigen Gericht zu beantragen. Das Gericht wird unter den gegebenen Voraussetzungen das kantonale Handelsregisteramt anweisen, das

<sup>184</sup> Vgl. BSK ZPO-GSCHWEND (FN 13), Art. 132 N 17.

<sup>185</sup> Vgl. das obiter dictum in BGE 140 III 636 E. 3.3 mit Hinweisen.

<sup>186</sup> Vgl. BGE 140 III 636 E. 3.5; HGer ZH, 17.4.2014, ZR 2014 Nr. 46, 149 f.

<sup>187</sup> Vgl. BGE 140 III 636 E. 3.6.

<sup>188</sup> Dies leiten wir aus den folgenden Entscheiden ab: BGE 140 III 636 E. 3.5; HGer ZH, 17.4.2014, ZR 2014 Nr. 46, 149 f.

<sup>189</sup> Vgl. voranstehend Abschnitt III.

<sup>190</sup> Art. 937 OR; vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 62), § 6 N 51 ff.

Register entsprechend zu sperren. Eine Registersperre kann nicht mehr nach Art. 162 f. aHRegV durch blossen Einspruch erreicht werden, sondern hat mittels eines Gesuchs im vorsorglichen Massnahmeverfahren nach Art. 261 ff. ZPO zu erfolgen. Das Gesuch zur Anordnung einer Handelsregistersperre sollte superprovisorisch gestellt werden, damit sich das Verfahren nicht durch die Gegenseite durch eine Eintragung des zu bekämpfenden Beschlusses vereiteln lässt.<sup>191</sup> Die entsprechende Eintragung hätte unter Umständen «heilende» Wirkung, was das vorsorgliche Massnahmeverfahren gegenstandslos machen könnte.<sup>192</sup> Demzufolge ist ein drohender nicht wiedergutzumachender Nachteil – mit Ausnahme von offensichtlich aussichtslosen Fällen – unseres Erachtens immer gegeben.<sup>193</sup> Das Gericht sollte zudem das Gesuch schnellstmöglich bearbeiten und die Anforderungen an die Glaubhaftmachung nach unserem Vorschlag analog der Beurteilung einer Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts handhaben.<sup>194</sup>

---

<sup>191</sup> Vgl. Kommentar VRG-PLÜSS (FN 182), § 5 N 51.

<sup>192</sup> Vgl. Kommentar VRG-PLÜSS (FN 182), § 5 N 51.

<sup>193</sup> Vgl. voranstehend Abschnitt IV.B.2.

<sup>194</sup> Vgl. voranstehend Abschnitt IV.C.