

# Rechtslehre Doctrine Dottrina

## Die (Un-)Zulässigkeit von Schutzschriften im handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfahren

Gedanken anlässlich der Abschaffung der Handelsregistersperre per 1. Januar 2021

LUKAS MÜLLER\*

### Zusammenfassung

Seit der Abschaffung der Handelsregistersperre per 1. Januar 2021 ist es schwieriger geworden, fehlerhafte Beschlüsse, die beim Handelsregister eingetragen werden sollen, zu bekämpfen. Dieser Beitrag diskutiert die Möglichkeit einer präventiven schriftlichen Stellungnahme (analog einer «Schutzschrift») beim Handelsregisteramt. Mit einer beim Handelsregisteramt zu deponierenden «Schutzschrift» soll verhindert werden, dass aufgrund einer fehlerhaften Anmeldung eine Handelsregistereintragung veranlasst wird, die gegen das Wahrheitsgebot und Täuschungsverbot von Art. 929 Abs. 1 OR verstösst.

### Résumé

Depuis l'abrogation du blocage du registre au 1<sup>er</sup> janvier 2021, l'opposition contre les inscriptions erronées et non encore effectuées au registre du commerce est devenue plus difficile. Cette contribution traite de la possibilité de se prononcer par écrit à titre préventif auprès de l'office du registre du commerce (de manière analogue au «mémoire préventif»). Le dépôt d'un «mémoire préventif» auprès de l'office du registre du commerce doit permettre à l'opposant de se prémunir d'une inscription au registre du commerce sur la base d'une réquisition erronée et en violation du principe de véracité des inscriptions et de l'interdiction des indications trompeuses ancrés à l'art. 929 al. 1 CO.

### Riassunto

Dopo l'abrogazione del blocco del registro al 1° gennaio 2021, l'opposizione contro le iscrizioni erronee e non ancora effettuate al registro di commercio è divenuta più difficile. Questo contributo tratta la possibilità di pronunciarsi per iscritto, a titolo preventivo, all'indirizzo dell'ufficio del registro di commercio (in maniera analoga alla «memoria difensiva»). La presentazione di una «memoria difensiva» indirizzata

\* LUKAS MÜLLER, Dr. oec. HSG, Rechtsanwalt, lic. iur., LL.M., MA UZH, Lehrbeauftragter an den Universitäten Freiburg, St. Gallen und Zürich, Partner bei Kaiser Odermatt & Partner AG, Zug.

all'ufficio del registro di commercio deve permettere all'opponente di premunirsi da un'iscrizione al registro di commercio sulla base di una richiesta erronea e in violazione del principio della veridicità delle iscrizioni e del divieto delle indicazioni fallaci codificato all'art. 929 cpv. 1 CO.

## Inhalt

- I. Einleitung
- II. Abschaffung der Handelsregistersperre
- III. Das Eintragungsverfahren beim Handelsregisteramt
  - A. Verfahrensrechtliches
  - B. Kognition des Handelsregisteramts
  - C. Form des Rechtsgeschäfts: einfache Schriftlichkeit oder öffentliche Urkunde
- IV. «Schutzschrift» beim handelsrechtlichen Eintragungsverfahren
  - A. Begriff
  - B. «Schutzschrift» im handelsregisterrechtlichen Verfahren
  - C. Empfehlungen für die Praxis
- V. Fazit

## I. Einleitung

Wenn Aktionäre einen Beschluss bekämpfen möchten, der ins Handelsregister eingetragen werden soll, müssen sie sich mit den Instrumenten des einstweiligen Rechtsschutzes befassen. Das ist notwendig, da Beschlussmängel mit der erfolgreichen Eintragung eines Beschlusses im Handelsregister in der Regel nicht mehr oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten rückgängig gemacht werden können. Das kann einerseits den Grund darin haben, dass ein Beschlussmangel mit der Eintragung ins Handelsregister als unbeachtlich (bzw. «geheilt»)<sup>1</sup> gilt und nicht mehr angefochten werden kann.<sup>2</sup> Andererseits können z.B. Änderungen der Zeichnungsberechtigung dazu missbraucht werden, eine Gesellschaft zu schädigen. Diese Gefahr kann auftreten, wenn beispielsweise eine Person missbräuchlich bei einem Unternehmen mit einer Einzelzeichnungsberechtigung im Handelsregister eingetragen wird und sich diese Person anschliessend durch die Handelsregistereintragung gegenüber Dritten als Zeichnungsberechtigter ausweist. Dadurch kann sie beispielsweise Bankkonti «plündern» oder andere für die Gesellschaft nachteilige Rechtsgeschäfte abschliessen. Da es gewisse Zeit erfordert, bis ein vollstreckbarer Gerichtsentscheid vorliegt, sind wirksame Instrumente des Rechtsschutzes notwendig. Typischerweise denken Zivilrechtler intuitiv als Erstes an die vorsorglichen Massnahmen

1 Vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018, § 6 N 90 ff.; PETER JUNG/PETER V. KUNZ/HARALD BÄRTSCHI, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, § 5 N 29.

2 Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn eine Abfindungsfusion («Squeeze-out») nach Art. 8 Abs. 2 FusG beschlossen wird, aufgrund derer der Aktionär seine Aktionärsstellung verliert, wenn die entsprechende Fusion im Handelsregister eingetragen wird.

nach Art. 261 ff. ZPO<sup>3</sup>. Doch im handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfahren könnten vorsorgliche Massnahmen für einen Gesuchsteller, der um einstweiligen Rechtsschutz ersucht, oftmals zu spät wirksam werden. Zu spät kommt der Rechtsschutz, wenn der anzufechtende Beschluss eingetragen wird, bevor ein Gericht superprovisorisch die Handelsregistereintragung verbietet. Deshalb stellt sich die Frage, ob es hierzu eine alternative Möglichkeit gibt, seine Rechte und insbesondere seinen Anspruch auf das rechtliche Gehör zu wahren.

Der vorliegende Aufsatz wählt einen alternativen Ansatz. Dieser Beitrag untersucht das handelsregisterrechtliche Eintragungsverfahren und formuliert Gedanken zum Rechtsschutz auf der Stufe der Registerbehörde. Der Rechtsschutz mittels (superprovisorischer) vorsorglicher Massnahmen über ein Zivilgericht wird hierbei ausgeblendet. Mit anderen Worten, das Handelsregister soll keine Verfügungen erlassen, die auf einer Anmeldung beruhen, der ein fehlerhafter Beschluss zugrunde liegen könnte und zu einer unwahren Eintragung führen könnte. In diesem Fall müsste sich die Partei wehren, welche um eine Handelsregistereintragung ersucht hatte und deren Anmeldung mittels Verfügung durch das Handelsregisteramt abgewiesen wird. Anschliessend müsste die anmeldende Person die abweisende Verfügung beim kantonalen Verwaltungsgericht anfechten oder – was im Normalfall schneller geht – einen neuen Beschluss fassen und diesen erneut beim Handelsregister zur Eintragung anmelden.

Das verwaltungsrechtliche Handeln von Handelsregisterbehörden ist dem öffentlichen Recht<sup>4</sup> zuzuordnen.<sup>5</sup> Dabei sind bestimmte handelsregisterrechtliche Besonderheiten zu berücksichtigen. Da es 26 kantonale Verwaltungsverfahrensdordnungen und ein bundesrechtliches Verwaltungsverfahren gibt, belässt es dieser Aufsatz bei Diskussion allgemeiner Grundsätze. Diese Grundsätze finden sich in allen Verwaltungsverfahrensgesetzen.

Parallel zum hier beschriebenen Vorgehen bei der kantonalen Handelsregisterbehörde kann ein Gesuch zur Anordnung einer superprovisorischen vorsorglichen Massnahme beim Zivilgericht eingereicht werden. Für die zivilprozessualen Aspekte der «Handelsregistersperre», die seit 1. Januar 2021 gestützt auf die ZPO von einem Gericht angeordnet werden kann, wird jedoch an dieser Stelle auf anderweitige Publikationen verwiesen.<sup>6</sup>

3 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO), SR 272.

4 Dies gilt unbesehen der Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 BGG.

5 Vgl. LUKAS MÜLLER/ALINA FANCELLI, Handelsregistersperre nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, Eine Analyse unter Berücksichtigung des modernisierten Handelsregisterrechts, REPRAX, 2021, 28.

6 Vgl. MÜLLER/FANCELLI (Fn. 5), 1 ff.; OTHMAR AESCHI, Neuerungen im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht 2021: Hinweise für Praktiker, TREX, 2021, 156.

## II. Abschaffung der Handelsregistersperre

Bis Ende 2020 war es möglich, gestützt auf blossen Einspruch hin, temporär eine Registersperre beim Handelsregisteramt («Handelsregistersperre») und anschliessend mittels vorsorglicher Massnahme über das Gericht zu erwirken. Die Handelsregistersperre war in den Art. 162 f. aHRegV<sup>7</sup> geregelt. Diese Bestimmungen sahen ein laienfreundliches Verfahren vor, das für eine begrenzte Zeit Eintragungen im Handelsregister verhinderte.<sup>8</sup> Damit konnte ohne Beweismittel, typischerweise auf blossen Antrag hin, eine Sperre beim Handelsregisteramt erwirkt werden. Diese Sperre verhinderte einstweilen die Eintragung eines angemeldeten Beschlusses.<sup>9</sup> Dank der Handelsregistersperre hatten Einsprecher genügend Zeit erhalten, um an das zuständige Gericht zu gelangen und gestützt auf Art. 261 ff. ZPO vorsorgliche Massnahmen anordnen zu lassen und parallel dazu notwendigen Hauptklagen einzureichen, um beispielsweise definitiv die Nichtigkeit von Beschlüssen gerichtlich feststellen zu lassen oder sie anzufechten.

Mit Inkrafttreten des modernisierten Handelsregisterrechts auf den 1. Januar 2021 wurden die Bestimmungen zur Handelsregistersperre (Art. 162 aHRegV) aufgehoben.<sup>10</sup> Inzwischen hat es sich in der Praxis gezeigt, dass die Hürden für die Durchsetzung des einstweiligen Rechtsschutzes aufgrund der Abschaffung der Handelsregistersperre erhöht wurden.<sup>11</sup>

## III. Das Eintragungsverfahren beim Handelsregisteramt

Nach Art. 929 Abs. 1 OR müssen Einträge im Handelsregister «wahr sein und dürfen weder zu Täuschungen Anlass geben noch einem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen». Handelsregisteranmeldungen werden gestützt auf eine Anmeldung der Betroffenen, eine Verfügung, ein Urteil oder von Amtes wegen vorgenommen.<sup>12</sup> Dabei ist ebenfalls zu erwähnen, wer eine Handelsregisterbehörde zu einer unwahren Eintragung veranlasst oder ihr eine eintragungspflichtige Tatsache verschweigt nach Art. 153 StGB bestraft werden kann, wobei es sich um ein Officialdelikt handelt. Sofern ein Mitarbeiter eines Handelsregisteramts in seiner Amtstätigkeit ein Officialdelikt wahrnimmt, besteht grundsätzlich eine Anzeigepflicht an die Strafbehörden.<sup>13</sup>

7 Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV), SR 221.411, in der bis Ende 2020 gültigen Fassung.

8 Vgl. hierzu LUKAS MÜLLER/NATASCHA RIZZI, Die Handelsregistersperre in der Praxis – ausgewählte Aspekte zum einstweiligen Rechtsschutz, REPRAX 4/2018, 179 ff.; JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021, § 12 N 107 f.

9 Vgl. MÜLLER/FANCELLI (Fn. 5), 1 ff.

10 Vgl. AESCHI (Fn. 6), 156; MÜLLER/FANCELLI (Fn. 5), 1 ff.

11 Vgl. MICHAEL ROHRER, Das neue Handelsregisterrecht, Die Sicht der Unternehmen und Notare, GesKR, 2022, 90.

12 Vgl. Art. 929 OR.

13 Vgl. Art. 302 Abs. 2 und Abs. 3 StPO.

Das handelsregisterrechtliche Eintragungsverfahren basiert auf dem «Belegprinzip».<sup>14</sup> Demnach müssen sämtliche zur Eintragung ins Handelsregister anzumeldenden Tatsachen mit einer Urkunde belegt werden.<sup>15</sup> Wenn die vollständige Anmeldung und sämtliche Belege mit dem rechtlich vorgesehenen Inhalt vorliegen, dürfen die Handelsregisterbehörden grundsätzlich von der Wahrheit der dargelegten Tatsachen ausgehen.<sup>16</sup> Ausnahmen hiervon dürften bestehen, wenn der Inhalt von Belegen im Sinne von Art. 929 Abs. 1 OR nicht wahr ist, zu Täuschungen Anlass gibt oder öffentlichen Interessen zuwiderläuft.

Beschlüsse der Generalversammlung oder des Verwaltungsrats zur Änderung der Statuten, des Aktienkapitals, zur Veränderung der Zusammensetzung der Organe und Zeichnungsberechtigungen oder eine Änderung der Domiziladresse werden in einem Beleg dokumentiert. Wenn eine Statutenänderung vorgenommen werden soll, müssen die entsprechenden Beschlüsse durch eine Urkundsperson öffentlich beurkundet werden.<sup>17</sup> Diese Belege müssen beim kantonalen Handelsregisteramt zur Anmeldung eingereicht werden. Dabei ist grundsätzlich das kantonale Handelsregisteramt am Sitz der Gesellschaft zuständig oder das Amt, wo sich die Zweigniederlassung befindet; im Falle der Sitzverlegung ist das kantonale Handelsregisteramt am neuen Sitz zuständig.<sup>18</sup>

Das zuständige kantonale Handelsregisteramt nimmt die Anmeldung für die Eintragung im Register entgegen. Die mit der Anmeldung eingereichten Unterlagen (üblicherweise beglaubigte Unterschriften und schriftliche oder öffentlich beurkundete Beschlüsse oder Verträge) werden vom Handelsregister geprüft. Sofern die Anmeldung und die damit eingereichten Unterlagen eintragungsfähig sind, wird die Eintragung vorgenommen. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass die von einer Urkundsperson zu prüfenden und in der öffentlichen Urkunde aufgeführten Feststellungen gestützt auf Art. 9 Abs. 1 ZGB mit einer erhöhten Beweiswirkung für den Rechtsverkehr verbunden sind.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> Vgl. ALEXANDER VOGEL, in: HRegV Kommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2020, Art. 20 N 1.

<sup>15</sup> Vgl. Art. 929 Abs. 2 OR; CLEMENS MEISTERHANS/MICHAEL GWELESSIANI, in: Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Art. 23 N 122.

<sup>16</sup> Vgl. RINO SIFFERT, Berner Kommentar, Das Handelsregister, Art. 927–943 OR, Obligationenrecht, Bern 2021, Art. 929 N 26 (nachfolgend zitiert: BK OR-SIFFERT).

<sup>17</sup> Vgl. z.B. Art. 647 OR.

<sup>18</sup> Vgl. Art. 111, Art. 123 HRegV.

<sup>19</sup> Zum Umfang dieser Beweiswirkungen vgl. Urteil des BGer 6B\_453/2017 vom 16. März 2018 E. 6.2.3; zu diesbezüglichen formellen Detailfragen siehe LUKAS MÜLLER/PHILIPPE J.A. KAISER/DIEGO BENZ, Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen, REPRAX, 2020, 227 ff. und LUKAS MÜLLER, Digitales Notariat, elektronische öffentliche Beurkundung und digitale Gründung, GesKR, 2022, 61 f.

## A. Verfahrensrechtliches

Es gibt 28<sup>20</sup> kantonale Handelsregisterämter und ein Eidgenössisches Handelsregisteramt (EHRA).<sup>21</sup> Handelsregisteranmeldungen werden vom kantonalen Handelsregisteramt geprüft. Das Verfahren beim kantonalen Handelsregisteramt folgt dem jeweiligen kantonalen Verwaltungsverfahrensrecht; beim EHRA richtet sich das behördliche Handeln nach den bundesrechtlichen Verwaltungsverfahrensregeln. Punktuell werden verfahrensrechtliche Vorgaben im OR und in der HRegV geregelt, die kantonalen Regelungen vorgehen. Dazu gehören beispielsweise die Vorgaben zum Instanzenzug für eine Eintragung beim kantonalen Handelsregisteramt und dem EHRA<sup>22</sup> und welche Belege und Angaben für eine bestimmte Eintragung notwendig sind. Des Weiteren werden die Öffentlichkeit des Handelsregisters und die Wirkungen der Eintragungen geregelt.<sup>23</sup> Schliesslich wird in Art. 942 OR ebenfalls der Rechtsschutz gegen Verfügungen normiert. Gemäss Art. 942 Abs. 1 OR können Verfügungen der Handelsregisterämter innert 30 Tagen angefochten werden. Diese Beschwerdefrist gilt selbst dann, wenn das kantonale Recht im Verwaltungsverfahren bzw. im Verwaltungsbeschwerdeverfahren eine hiervon abweichende Frist vorsieht.<sup>24</sup> Jeder Kanton muss zudem ein oberstes Gericht als einzige kantonale «Beschwerdeinstanz» bezeichnen.<sup>25</sup> Für einen hiervon abweichenden verwaltungsrechtlichen kantonalen Rechtsmittelweg mit zusätzlichen Rechtsmittelinstanzen bleibt angesichts der bundesrechtlichen Normierung kein Raum.<sup>26</sup>

Kantonale Handelsregisterämter und das EHRA sind Behörden. Das Handeln einer Behörde richtet sich grundsätzlich nach dem Recht<sup>27</sup> und den Regeln des jeweilig anwendbaren Verwaltungsverfahrens. Die Entscheidung über die Frage, ob eine Anmeldung vom kantonalen Handelsregisteramt eingetragen werden kann, stellt eine kantonale Verfügung nach kantonalem Verwaltungsrecht dar.<sup>28</sup> Diese kann beim zuständigen kantonalen Gericht angefochten werden; üblicherweise handelt

20 Im Kanton Wallis gibt es drei kantonale Handelsregisterämter; die restlichen Kantone führen jeweils ein einziges kantonales Handelsregisteramt.

21 Das Handelsregister ist gemäss JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (Fn. 1), § 5 N 3 und N 12 ff. ein Verbund von staatlich geführten Datenbanken.

22 Vgl. z.B. Art. 928 OR; Art. 3 und Art. 5 HRegV; BK OR-SIFFERT, Art. 942 N 8 ff.

23 Vgl. Art. 936 ff. OR; Art. 10 ff. HRegV.

24 Vgl. Art. 942 Abs. 2 OR; BK OR-SIFFERT, Art. 942 N 8 ff.

25 Vgl. BK OR-SIFFERT, Art. 942 N 13 ff.

26 Vgl. ANJA MARTINA BINDER, *Verwaltungsrechtspflege des Kantons Zürich*, Zürich/St. Gallen 2021, N 1436; *Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2020.00061 vom 27. April 2020 E. 1.1.*

27 Vgl. Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

28 Vgl. BK OR-SIFFERT, Art. 942 N 3 ff.; CHRISTOPH HURNI, *Einige Gedanken zur Verfügung im Grundbuch- und Handelsregisterrecht*, BN, 2020, 350 ff.; BINDER (Fn. 26), N 27 ff.; FELIX UHLMANN, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), *VwVG – Praxiskommentar, Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 5 N 1 ff.

es sich um das kantonale Verwaltungsgericht.<sup>29</sup> Der Entscheid des kantonalen Verwaltungsgerichts kann nach den Voraussetzungen des BGG<sup>30</sup> beim Bundesgericht angefochten werden.<sup>31</sup> Das Verfahren beim EHRA richtet sich nach bundesrechtlichem Verwaltungsverfahrenrecht. Die Verfügung des EHRA kann nach den Voraussetzungen des VGG<sup>32</sup> beim Bundesverwaltungsgericht und anschliessend beim Bundesgericht gestützt auf das BGG angefochten werden.

Falls das anzumeldende Geschäft nach Ansicht des kantonalen Handelsregisteramtes im kantonalen Register eingetragen werden kann, übermittelt das kantonale Handelsregisteramt die mitgeteilte Eintragung an das EHRA zur Genehmigung.<sup>33</sup> Die vom EHRA genehmigten Inhalte werden im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) elektronisch veröffentlicht.<sup>34</sup> Falls das EHRA die Genehmigung verweigert, teilt es dies dem kantonalen Handelsregisteramt mit.<sup>35</sup> Die endgültige Verweigerung der Eintragung durch das EHRA stellt eine Verfügung<sup>36</sup> nach Art. 5 Abs. 1 VwVG<sup>37</sup> dar und kann beim Bundesverwaltungsgericht sowie anschliessend beim Bundesgericht angefochten werden.<sup>38</sup>

## B. Kognition des Handelsregisteramts

Die Handelsregisterbehörden prüfen gemäss Art. 937 OR, «ob die rechtlichen Voraussetzungen für eine Eintragung ins Handelsregister erfüllt sind, insbesondere ob die Anmeldung und die Belege keinen zwingenden Vorschriften widersprechen und den rechtlich vorgeschriebenen Inhalt aufweisen.» Eine Anmeldung zur Eintragung ins Handelsregister ist aus formeller und aus materieller Sicht zu beurteilen.<sup>39</sup> Das Handelsregister hat eine umfassende formelle Kognitionsbefugnis, um Anmeldungen zu prüfen. Dabei geht es um die Frage, ob ein bestimmtes Geschäft beim Handelsregisteramt eintragungsfähig ist oder ob die Unterlagen vollständig sind.<sup>40</sup>

<sup>29</sup> Vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2020.00061 vom 27. April 2020 E. 1.1; BGE 137 III 217; BINDER (Fn. 26), N 1436; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (Fn. 1), § 5 N 13.

<sup>30</sup> Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG), SR 173.110.

<sup>31</sup> Vgl. Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 BGG; evtl. gestützt auf Art. 113 ff. BGG.

<sup>32</sup> Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG), SR 173.32.

<sup>33</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 2 lit. b und Art. 32 HRegV.

<sup>34</sup> Vgl. Art. 936a Abs. 1 OR; Art. 32 Abs. 4, Art. 35 HRegV.

<sup>35</sup> Vgl. JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (Fn. 1), § 5 N 14.

<sup>36</sup> Vgl. Art. 33 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 HRegV.

<sup>37</sup> Vgl. Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG), SR 172.021.

<sup>38</sup> Vgl. JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (Fn. 1), § 5 N 14. Ein diesbezüglicher Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts kann nur mittels Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden; vgl. Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 BGG; die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG steht gegen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts nicht zur Verfügung, da es sich beim Bundesverwaltungsgericht um ein Eidgenössisches Gericht handelt.

<sup>39</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-951/2020 vom 16. August 2021 E. 5.3; Urteil des BVGer B-4719/2010 vom 31. August 2010 E. 3.2; BK OR-SIFFERT, Art. 937 N 9 ff.

<sup>40</sup> Vgl. JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (Fn. 1), § 5 N 19.

Die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Handelsregistereintragung können gemäss Bundesgericht nur auf Verletzungen des zwingenden Rechts hin geprüft werden. Wenn die verlangte Handelsregistereintragung offensichtlich und unzweideutig rechtswidrig ist, ist der Eintrag durch das Handelsregisteramt zu verweigern. Das zwingende Recht muss zudem der Wahrung öffentlicher Interessen oder dem Interesse Dritter dienen.<sup>41</sup> Unter die beschränkte materielle Kognition fällt typischerweise der Inhalt der Statuten.<sup>42</sup>

### C. Form des Rechtsgeschäfts: einfache Schriftlichkeit oder öffentliche Urkunde

Im Hinblick auf die Kognitionsbefugnis des Handelsregisters ist neben der formellen und der beschränkt-materiellen Kognition des Handelsregisters ebenfalls zu berücksichtigen, dass das Belegprinzip gilt und dass für öffentliche Urkunden die Beweisregeln gemäss Art. 9 Abs. 1 ZGB gelten. Die anzumeldenden Geschäfte beruhen typischerweise auf einem Beschluss, der entweder schriftlich (z.B. als Protokoll von einer Generalversammlung oder einer Sitzung des Verwaltungsrats) oder in öffentlicher Urkunde ausgefertigt wurde.<sup>43</sup>

Falls der Verwaltungsrat das Protokoll eines Beschlusses zur Mutation einer Zeichnungsberechtigung beim Handelsregister zur Eintragung anmeldet, kann dieser Beschluss in einfacher Schriftform ausgefertigt werden. Dieser schriftliche Beschluss ist zusammen mit der Anmeldung beim Handelsregister einzureichen.

Wenn die Dokumentation für die Anmeldung einer Handelsregistereintragung die Mitwirkung einer Urkundsperson erfordert und eine öffentliche Urkunde über die Beschlüsse zu erstellen ist, hat dies einen Einfluss auf das Verfahren zur handelsregisterrechtlichen Eintragung. Sofern Statuten geändert werden, muss der Beschluss in Form einer öffentlichen Urkunde von einer Urkundsperson errichtet werden. Öffentlichen Urkunden kommt nach der Rechtsprechung erhöhte Glaubwürdigkeit zu. Gemäss Art. 9 Abs. 1 ZGB erbringen öffentliche Urkunden für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen wird.<sup>44</sup> Eine öffentliche Urkunde einer Urkundsperson hat nicht in jedem Fall die Wirkung von Art. 9 Abs. 1 ZGB. Die verstärkte Beweiskraft von Art. 9 Abs. 1 ZGB beschränkt sich auf diejenigen Tatsachen, die in der öffentlichen Urkunde als richtig bescheinigt werden, mithin auf jene Tatsachen, die eine Urkundsperson kraft eigener Wahrnehmung festgestellt hat oder auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen verpflichtet ist.<sup>45</sup> Das gilt unabhängig davon, ob die Urkundsperson

41 Vgl. BGE 125 III 21; BGE 121 III 371; BGE 117 II 188; Urteil des BVGer B-5057/2018 vom 30. Oktober 2019 E. 2.1 ff.; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (Fn. 1), § 5 N 20.

42 Vgl. Urteil des BGer 4A\_363/2013 vom 28. April 2014 E. 2 (nicht publizierte Erwägung von BGE 140 III 206); JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (Fn. 1), § 5 N 20.

43 Des Weiteren kann eine Eintragung auch gestützt auf einen Gerichtsentscheid oder von Amtes wegen vorgenommen werden; vgl. Art. 929 Abs. 3 OR und Art. 19 Abs. 1 HRegV.

44 Vgl. Urteil des BGer 6B\_453/2017 vom 16. März 2018 E. 6.2.3.

45 Vgl. BGE 110 II 1 E. 3.

son im Einzelfall die Prüfung vorgenommen hat oder nicht.<sup>46</sup> Nur jener Inhalt einer öffentlichen Urkunde ist im Sinne von Art. 9 Abs. 1 ZGB beweisverstärkt, für den die Form der öffentlichen Urkunde erforderlich ist.<sup>47</sup>

Die volle Beweiswirkung fehlt, wenn der vom Notar beurkundete Sachverhalt offensichtlich unmöglich, rechtswidrig oder unsittlich ist.<sup>48</sup> Ein solcher Fall ist beispielsweise gegeben, wenn eine öffentliche Urkunde einen Sachverhalt darstellt, der sich offensichtlich so nicht abgespielt hat (z.B. weil die öffentliche Urkunde rückdatiert wurde)<sup>49</sup> oder von einer Partei nicht rechtsgültig unterschrieben wurde.<sup>50</sup> Ebenfalls unzulässig ist die von einem Notar vorgenommene Beurkundung eines strittigen Sachverhalts. Nach Art. 1 lit. a ZPO sind umstrittene Sachverhalte nach den Regeln der ZPO in einem kontradiktorischen Verfahren von einem Gericht zu klären.<sup>51</sup> Wenn eine Urkundsperson gegen Unvereinbarkeits- oder Ausstandsregeln verstösst, kann dies ebenfalls gestützt auf ungeschriebenes Bundesrecht die Rechtsfolge haben, dass gar keine öffentliche Urkunde entsteht.<sup>52</sup> Ein solcher Fall ist beispielsweise gegeben, wenn eine Urkundsperson eine öffentliche Urkunde über die Beschlüsse einer Generalversammlung erstellt und zugleich Aktien der betreffenden Gesellschaft hält, als Vertreter Aktionärsstimmrechte ausübt oder im Verwaltungsrat der betreffenden Gesellschaft sitzt.<sup>53</sup>

## IV. «Schutzschrift» beim handelsrechtlichen Eintragungsverfahren

### A. Begriff

Die «Schutzschrift» ist ein Institut aus der ZPO. Laut Art. 270 Abs. 1 ZPO wird unter dem Begriff «Schutzschrift» ein vorbeugendes Verteidigungsmittel gegen einen erwarteten Antrag auf den Erlass einer (superprovisorischen) vorsorglichen Massnahme, einen Arrest oder eine andere Massnahme verstanden.<sup>54</sup> Wenn eine Partei

<sup>46</sup> Vgl. Urteil des BGer 6B\_453/2017 vom 16. März 2018 E. 6.2.3.

<sup>47</sup> Vgl. BGE 118 II 32 E. 3d.

<sup>48</sup> Vgl. z.B. § 9a des Gesetzes vom 3. Juni 1946 über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung in Zivilsachen (Beurkundungsgesetz; BeurkG; BGS 223.1); LUKAS MÜLLER, Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, Entscheid AK 2019 4 vom 1. Oktober 2019, Fehlverhalten des Notars, Drohungen gegenüber Dritten, öffentliche Beurkundung der Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft mit Kapitalerhöhung, AJP, 2020, 1078.

<sup>49</sup> Vgl. LUKAS MÜLLER/JENNIFER ALIG, Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2018 11 vom 18. Februar 2019, Öffentliche Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen einer Aktiengesellschaft, AJP, 2020, 951 ff.

<sup>50</sup> Vgl. BGE 106 II 146 E. 2.

<sup>51</sup> Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 1620, N 2718 f.; Botschaft des Bundesrats zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28.6.2006, BBl 2006, 7257; MÜLLER (Fn. 48), 1078.

<sup>52</sup> Vgl. MÜLLER/KAISER/BENZ (Fn. 19), 226.

<sup>53</sup> Vgl. BRÜCKNER (Fn. 51), N 2738 ff.; MÜLLER/KAISER/BENZ (Fn. 19), 226.

<sup>54</sup> Vgl. Art. 270 Abs. 1 ZPO; SABINE KOFMEL EHRENZELLER, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.): Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 270 ZPO N 3.

eine Schutzschrift bei einem Gericht oder einer Behörde hinterlegt, wird diese gemäss Art. 270 Abs. 2 ZPO nur dann mitgeteilt, wenn ein entsprechendes vorsorgliches Massnahmeverfahren eingeleitet wird. Sechs Monaten nach Einreichung der Schutzschrift ist diese gemäss Art. 270 Abs. 3 ZPO nicht mehr zu beachten.

## B. «Schutzschrift» im handelsregisterrechtlichen Verfahren

Das handelsregisterrechtliche Eintragungsverfahren ist vom Verwaltungsrecht geprägt, bei dem sich der Rechtsschutz nach einer Kombination aus ZPO,<sup>55</sup> Verwaltungsverfahrenrecht, OR und HRegV richtet.<sup>56</sup> Mittels einer Verfügung entscheidet das Handelsregisteramt über eine Handelsregisteranmeldung.<sup>57</sup>

Eine Schutzschrift kommt dort zum Einsatz, wo sich eine Person gegen einen erwarteten Antrag auf Erlass einer superprovisorischen vorsorglichen Massnahme wehren möchte. Das aus der ZPO stammende Institut der Schutzschrift kann nicht unbeschadet auf das verwaltungsrechtliche Verfahren angewandt werden. Beim handelsregisterrechtlichen (Verwaltungs-)Verfahren ist, strenggenommen, keine «Schutzschrift» im Sinne der ZPO einzureichen, falls eine Person eine für sie nachteilige Handelsregistereintragung verhindern möchte (und damit den Inhalt der Verfügung des Handelsregisteramts beeinflussen möchte). Das Verfahren zur handelsregisterrechtlichen Eintragung ist nicht als kontradiktorischer Prozess konzipiert, Dritte werde nicht vorgängig vor Erlass der Verfügung durch das Handelsregisteramt angehört und das Verfahren stellt keine (superprovisorische) vorsorgliche Massnahme dar. Ein möglicher Verteidigungsansatz gegen eine unerwünschte Handelsregistereintragung könnte jedoch darin bestehen, präventiv den eigenen Standpunkt zum Sachverhalt bei der Handelsregisterbehörde zu deponieren. Man könnte beim Eintragungsverfahren von einer «Schutzschrift» im weitesten Sinne sprechen. Mit der präventiven Stellungnahme kann beim Handelsregisteramt das rechtliche Gehör gewahrt und zugleich eine drohende nachteilige – auf einem unwahren Sachverhalt beruhende – Verfügung verhindert werden. Im Folgenden wird deshalb der Begriff «Schutzschrift» im weitesten Sinne verwendet, der nicht mit jenem der ZPO gleichzusetzen ist.

Die hier im weitesten Sinne verstandene verwaltungsverfahrenrechtliche «Schutzschrift» bzw. (präventive Stellungnahme) wird nicht beim Zivilgericht, sondern beim Handelsregisteramt deponiert. Die präventive Stellungnahme beim Handelsregisteramt soll den Sachverhalt oder den Standpunkt einer Person darlegen, die eine potenzielle Handelsregistereintragung verhindern möchte. Das Ziel der handelsregisterrechtlichen «Schutzschrift» besteht darin, dass keine Verfügung des Handelsregisters vorgenommen wird, die auf einem materiell unrichtigen Sachverhalt beruht. Mit anderen Worten, es muss darum gehen, Eintragungen zu verhindern, die gegen das Wahrheitsgebot und das Täuschungsverbot von Art. 929 Abs. 1

<sup>55</sup> Vgl. MÜLLER/FANCELLI (Fn. 5), 1 ff.

<sup>56</sup> Vgl. vorne Abschnitt III. A.; siehe auch JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (Fn. 1), § 5 N 14.

<sup>57</sup> Vgl. HURNI (Fn. 28), 350 ff.;

OR verstossen oder zwingenden öffentlichen Interessen zuwiderlaufen. Wie bereits erwähnt wurde, ist das handelsregisterrechtliche Eintragungsverfahren hauptsächlich vom Verwaltungsrecht und teilweise vom OR sowie der HRegV geprägt.

Die Art. 261 ff. ZPO – und damit eine Schutzschrift nach Art. 270 ZPO als Verteidigungsmittel – kämen nur dann zum Zug, wenn sich jene Partei, die eine Handelsregisteranmeldung einreicht (die auf einem anzufechtenden Beschluss basiert), gegen potenzielle superprovisorische vorsorgliche Massnahmen vor dem Zivilgericht wehren möchte. Mit der «Schutzschrift» bei der Handelsregisterbehörde deponiert ein Dritter eine präventive Stellungnahme, um Einfluss auf ein Einparteienverfahren einer anderen Person zu nehmen, die eine Handelsregisteranmeldung einreicht. Die Parteienrollen vor dem Handelsregisteramt unterscheiden sich somit von jenen vor dem Zivilgericht im Rahmen eines vorsorglichen Massnahmeverfahrens und der Hauptklage.

Im Verwaltungsverfahren ist die «Schutzschrift» nicht generell anerkannt; sie gilt aber auch nicht als unzulässig. Am Bundesverwaltungsgericht und am Bundesgericht ist die Praxis uneinheitlich. Teils werden Schutzschriften an den Absender zurückgesendet;<sup>58</sup> teils werden sie entgegengenommen und in einem Verfahren berücksichtigt.<sup>59</sup>

Im Verwaltungsverfahren dominiert üblicherweise der Untersuchungsgrundsatz.<sup>60</sup> Demnach muss eine Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen, wobei die Parteien eines Verwaltungsverfahrens verpflichtet sind, an der Ermittlung des Sachverhalts mitzuwirken.<sup>61</sup> Dabei obliegt es grundsätzlich der Behörde, im Rahmen der Sachverhaltsermittlung die materielle Wahrheit zu ergründen.<sup>62</sup> Im handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfahren wird der Untersuchungsgrundsatz durch das Belegprinzip abgeschwächt. Aufgrund des Belegprinzips enthält dieses nichtstreitige Verwaltungsverfahren Aspekte der Verhandlungsmaxime, da der für die Eintragung erhebliche Sachverhalt von den anmeldenden Personen dargestellt und belegt werden muss.<sup>63</sup> Nach Art. 929 Abs. 1 OR müssen Handelsregistereinträge wahr sein und dürfen nicht zu Täuschung Anlass geben oder einem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen. Sofern eine Handelsregisteranmeldung zu einem unwahren oder täuschenden Eintrag führen oder einem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen könnte, ist die Eintragung zu verweigern bzw. die Anmeldung abzuweisen.

58 So zum Beispiel die II. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts: Urteil des BGer 5A\_1032/2017 vom 22. Dezember 2017 E. 2.

59 Vgl. Urteil des BVer B-6863/2018 vom 6. März 2020 E. 2.3.5.2; Urteil des BVer B-3402/2009 vom 6. Juli 2010 E. 6.2.

60 Vgl. Art. 938 OR.

61 Vgl. Art. 12 f. VwVG; BINDER (Fn. 26), N 197 ff.

62 Vgl. BINDER (Fn. 26), N 198; LUKAS MÜLLER/PASCAL MÜLLER, Organisationsmängel in der Praxis – Ausgewählte Aspekte zu Art. 731b OR aus Sicht des Handelsregisters und der Rechtsprechung, *AJP*, 2016, 53.

63 Vgl. BK OR-SIFFERT, Art. 929 N 27.

Da die beim Handelsregister angemeldeten Tatsachen auf dem Belegprinzip beruhen, findet kein eigentliches Beweisverfahren statt. Das Handelsregisteramt stützt sich grundsätzlich auf die eingereichten Belege bzw. Urkunden ab. Dabei ist entscheidend, ob der eingereichte Beleg in einfacher schriftlicher Form oder als öffentliche Urkunde vorliegt. Der durch eine öffentliche Urkunde bezeugte Inhalt wird gemäss Art. 9 Abs. 1 ZGB als richtig vermutet, solange nicht nachgewiesen ist, dass dieser Inhalt unrichtig ist. Bei einfachen schriftlichen Belegen gilt diese Beweiswirkung nicht. Das handelsregisterrechtliche Belegprinzip ist dort von besonderer Relevanz, wo sich verschiedene, dem Handelsregisteramt vorliegende Belege widersprechen. Wenn beispielweise eine «Schutzschrift» oder eine anderweitige Erklärung bzw. präventive Stellungnahme beim Handelsregister hinterlegt wird, die einer handelsregisterrechtlichen Anmeldung mit ihren Belegen, die z.B. öffentlich beurkundet wurden, widersprechen, ist auf die öffentliche Urkunde abzustellen, solange nicht durch die «Schutzschrift» bzw. eine präventive Stellungnahme nachgewiesen ist, dass der Inhalt der öffentlichen Urkunde falsch ist.

Handelsregisterämter haben zwar nicht die Kapazität, im täglichen Massengeschäft für die Registereintragungen umfangreiche Sachverhaltsermittlungen vorzunehmen. Das bedeutet aber nicht, dass ein Handelsregisteramt eine «Schutzschrift», eine präventive Stellungnahme oder eine anderweitige Erklärung eines Dritten nicht zu den Akten nehmen darf. Mit der präventiven Stellungnahme erhält das Handelsregisteramt potenzielle Beweismittel, die für handelsregisterrechtliche Eintragungen berücksichtigt werden können. Es spricht aufgrund der Untersuchungsmaxime nichts dagegen, im Rahmen des auf dem Belegprinzip basierenden Eintragungsverfahrens diese präventive Stellungnahme bzw. «Schutzschrift» für die Prüfung einer Handelsregisteranmeldung beizuziehen. Der Entscheid darüber, ob eine solche Eingabe bzw. «Schutzschrift» zu den Akten zu nehmen und zu berücksichtigen ist, wird von der jeweiligen Behörde im Einzelfall zu treffen sein und obliegt in erster Linie dem in diesem Verfahrensstadium zuständigen Verfahrensleiter bzw. Handelsregisterführer.<sup>64</sup> Falls der Dritte damit seine besonders schützenswerten Interessen wahren will, hat er einen Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs vor dem Erlass einer für ihn nachteiligen Verfügung.<sup>65</sup> Bei einem Dritten wird aber vorausgesetzt, dass er mehr von einer zu treffenden Verfügung betroffen ist als ein beliebiger Dritter, da sogenannte «Popularbeschwerden» ausgeschlossen sein sollen.<sup>66</sup>

Handelsregisterämter haben – mit Ausnahme des Falles, dass eine Eintragung von Amtes wegen vorzunehmen ist<sup>67</sup> oder dass ein Organisationsmängelverfahren nach Art. 939 OR einzuleiten ist – nicht von sich aus den Sachverhalt umfassend zu

<sup>64</sup> Vgl. die allgemeinen verwaltungsverfahrenrechtlichen Überlegungen im Urteil des BVGer B-6863/2018 vom 6. März 2020 E. 2.3.5.2.

<sup>65</sup> Vgl. HURNI (Fn. 28), 350 ff.

<sup>66</sup> Vgl. zur Legitimation Dritter: Urteil des BVGer B-3170/2017 vom 20. März 2018 E. 2, E. 2.1 ff. mit Hinweisen.

<sup>67</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-6863/2018 vom 6.3.2020 E. 2.3.5.2; Urteil des BVGer B-3402/2009 vom 6. Juli 2010 E. 6.2.

untersuchen. Demzufolge muss eine Person, die ihre Rechte potenziell verletzt sieht, das Handelsregisteramt über die drohende Rechtsverletzung informieren, damit das Handelsregisteramt den Sachverhalt nicht abklären muss, sondern bereits kennt. Dies kann diese Person mit einer verwaltungsrechtlichen «Schutzschrift» im weitesten Sinne oder mit einer präventiven Stellungnahme tun. Falls beispielsweise am gleichen Tag eine Anmeldung zur Eintragung ins Handelsregister und eine präventive Stellungnahme («Schutzschrift» im weitesten Sinne) eines Dritten bei der Handelsregisterbehörde eintreffen, stellt sich die Frage, wie damit umzugehen ist. Man kann sich die Situation vorstellen, in der gestützt auf einen von einem Notar öffentlich beurkundeten Universalversammlungsbeschluss eine Handelsregisteranmeldung erfolgt und gleichzeitig eine Person in einer Eingabe nachvollziehbar erklärt, sie sei Aktionär und sei aber nicht an der mutmasslichen Universalversammlung anwesend gewesen. In diesem Fall gibt bereits das materielle Recht vor, dass der Universalversammlungsbeschluss nichtig ist und diese Nichtigkeit von Amtes wegen zu berücksichtigen ist.<sup>68</sup>

Zu einer weiteren Fallkategorie gehören Schein- oder Nichtbeschlüsse oder andere schwerwiegende Einladungsfehler im Kontext einer Versammlung. Sofern durch die unaufgeforderte Eingabe oder Erklärung eines Dritten offensichtlich erkennbar ist, dass die Handelsregisteranmeldung einen schwerwiegenden Mangel hat, ist der Beschluss nichtig. Das trifft zu, wenn Beschlüsse einer «Schein-GV»<sup>69</sup> gefasst werden, die von einem unbefugten Organ einberufen wurde<sup>70</sup> oder zu welcher einige Aktionäre bewusst nicht eingeladen wurden und sie demnach keine Kenntnis über die «Generalversammlung» hatten, sind die angemeldeten Beschlüsse nicht einzutragen.<sup>71</sup> Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten, sofern der Beschluss für das jeweilige Verfahren relevant ist.<sup>72</sup>

### C. Empfehlungen für die Praxis

Wie soll ein Handelsregisteramt damit umgehen, wenn sich ein Dritter mit einer «Schutzschrift» bzw. mit einer präventiven Stellungnahme an die Registerbehörde wendet und vorbringt, er befürchte, dass eine fehlerhafte Eintragung zu seinen Lasten vorgenommen werde? Das hängt davon ab, wie substantiiert dieses Vorbringen in der «Schutzschrift» erfolgt und ob damit gezeigt werden kann, dass die Anmeldung gegen das Wahrheitsgebot oder das Täuschungsverbot im Sinne des Art. 929 Abs. 1 OR verstösst oder zwingenden öffentlichen Interessen zuwiderläuft. Da das handelsregisterrechtliche Eintragungsverfahren auf dem Belegprinzip beruht, muss die «Schutzschrift» bzw. präventive Stellungnahme schriftlich abgegeben wer-

<sup>68</sup> Vgl. Urteil des BGer 4A\_279/2018 vom 2. November 2018 E. 5.3; Urteil des BGer 5C.143/2005, 2. Februar 2006 E. 2.

<sup>69</sup> Vgl. Urteil des BGer 4P.331/2006 vom 5. Juni 2007 E. 4.2.3.

<sup>70</sup> Vgl. BGE 71 I 383, 388; BGE 115 II 468.

<sup>71</sup> Vgl. Art. 929 Abs. 1 OR.

<sup>72</sup> Vgl. Urteil des BGer 4A\_364/2017 vom 28. Februar 2018 E. 7.2.2 (nicht publizierte Erwägung von BGE 144 III 100).

den. Die in der «Schutzschrift» oder präventiven Stellungnahme aufgestellten Behauptungen müssen nachvollziehbar anhand von Beweismitteln substantiiert untermauert werden. So kann beispielsweise ein Dritter (z.B. mit der Kopie eines Aktienzertifikats) behaupten, dass er Aktionär einer Gesellschaft ist und dass er vermutet, dass die Gesellschaft eine Universalversammlung abhalten und bestimmte rechtswidrige Beschlüsse fällen werde. Sofern eine solche Erklärung zu Händen des Handelsregisteramts abgegeben wird und in den folgenden Tagen ein Universalversammlungsbeschluss eingereicht wird, kann die Handelsregisteranmeldung im Widerspruch zum Wahrheitsgebot<sup>73</sup> des Handelsregisterrechts stehen. In diesem Fall hätte das Handelsregisteramt die anmeldende Person darüber zu informieren, dass die Anmeldung im Widerspruch zu einer Erklärung eines Dritten steht und weitere Informationen bei der anmeldenden Person einzuholen. Diese Information könnte etwa darin bestehen, dass ein aktuelles Aktienbuch eingeholt wird, das die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Beschlusses, der angemeldet wurde, darstellt.

Falls die Wahrheit einer öffentlichen Urkunde mit der «Schutzschrift» bzw. präventiven Stellungnahme bestritten wird, muss mit der «Schutzschrift» nachgewiesen werden, dass der Inhalt der öffentlichen Urkunde unzutreffend ist. Das ergibt sich aus der Beweisregel von Art. 9 Abs. 1 ZGB. Nötigenfalls hat die Urkundsperson in einem Gerichtsverfahren über den Inhalt der öffentlichen Urkunde als neutraler Zeuge auszusagen.<sup>74</sup> Wenn die «Schutzschrift» bzw. die präventive Stellungnahme die Aussagekraft von einfachen schriftlichen Anmeldebelegen in Zweifel zieht, gelten die üblichen Beweisregeln nach Art. 8 ZGB. Demnach hat jene Person das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, woraus sie ihre Rechte ableitet. Falls ein einfacher schriftlicher Beleg einer «Schutzschrift» bzw. einer präventiven Stellungnahme widerspricht, ist zunächst das rechtliche Gehör zum Sachverhalt zu gewähren und dann auf jene Sachverhaltsvariante abzustellen, welche vom Handelsregisteramt als zutreffender beurteilt wird. Falls die präventive Stellungnahme überzeugender ist, muss das Handelsregisteramt mittels einer Verfügung die Anmeldung abweisen. Mit einer «Schutzschrift» im weitesten Sinne bzw. der präventiven Stellungnahme können somit potenziell Eintragungen ins Handelsregister verhindert werden. Die Verfügung betreffend Verweigerung einer Eintragung kann beim kantonalen Verwaltungsgericht angefochten werden. Obwohl es sich bei handelsregisterrechtlichen Eintragungen um verwaltungsrechtliche Verfügungen handelt, müssen fehlerhafte Eintragungen, wenn sie erfolgt sind, gestützt auf die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen des materiellen Rechts über die Zivilgerichte korrigiert werden.<sup>75</sup> Das ist dem Umstand geschuldet, dass die verwaltungsrechtliche Verfügung an zivilrechtliche Sachverhaltselemente und Vorfragen anknüpft, die für das Verwaltungsverfahren grundsätzlich bindend sind.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> Vgl. BGE 137 III 460 E. 3.2 und E. 3.3.

<sup>74</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_518/2009 vom 9. Februar 2010 E. 4.2; Urteil des BGer 2C\_183/2018 vom 6. September 2018 E. 5.3.2 und E 5.3.3; MÜLLER (Fn. 48), 1079.

<sup>75</sup> Vgl. HURNI (Fn. 28), 360.

<sup>76</sup> Vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 18 N 10 f.; BGE 108 II 456 E. 2.

Die «Schutzschrift» bzw. die präventive Stellungnahme sollte für eine beschränkte Dauer von der angerufenen Behörde vertraulich für die Dauer von sechs Monaten zu den Akten genommen werden.<sup>77</sup> Der Eingang der Rechtsschrift ist der einreichenden Person zu bestätigen. Nach Ablauf von sechs Monaten kann diese Rechtsschrift an den Absender zurückgesendet werden. Eine längere Aufbewahrung ist kaum sinnvoll, da mit zunehmender Zeit die Aussagekraft einer Erklärung an Bedeutung verlieren könnte, etwa weil sich die Eigentümerstruktur einer Gesellschaft verändert.

Weiter kann sich die Frage stellen, ob die Einreichung einer «Schutzschrift» bzw. präventiven Stellungnahme beim Handelsregisteramt mit einem Sistierungsantrag verbunden werden kann oder ob der Eingang eines solchen Schreibens von sich aus zu einer Sistierung des handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfahrens führt. Eine Verfahrenssistierung ist mit Blick auf Art. 29 Abs. 1 BV nur ausnahmsweise zulässig und muss durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein. Hierzu gehört etwa die Rechtshängigkeit eines anderen (gerichtlichen) Verfahrens, dessen Ausgang für das hängige und zu sistierende Verfahren von präjudizieller Bedeutung ist.<sup>78</sup> Da eine «Schutzschrift» bzw. präventive Stellungnahme beim Handelsregister aus verwaltungsrechtlicher Sicht kein Eintragungsverfahren auslöst sondern nur eine präventive Sachverhaltsdarstellung zu Händen der Registerbehörde darstellt, kann diese Eingabe für sich alleine keine Verfahrenssistierung beim Handelsregisteramt auslösen. Im Übrigen würde eine Sistierung des Eintragungsverfahrens beim Handelsregister die gleiche Wirkungsweise haben wie die Ende 2020 abgeschaffte Handelsregistersperre gemäss Art. 162 f. aHRegV. Da die Art. 162 f. aHRegV aufgehoben wurden, ist es nicht mit dem Sinn des modernisierten Handelsregisterrechts vereinbar, wenn über die Hintertür wieder eine Registersperre auf Stufe des Handelsregisteramts eingeführt würde. Richtigerweise hat das Handelsregisteramt – anstatt einen allfälligen Sistierungsantrag gutzuheissen – darüber zu entscheiden, ob die Voraussetzungen für die Anmeldung erfüllt sind oder nicht. Falls eine Sperre der Handelsregistereintragungen das Ziel ist, muss dies gestützt auf ein Gesuch nach den Vorgaben der ZPO über ein Gericht angeordnet werden.<sup>79</sup>

Wer eine «Schutzschrift» bzw. eine präventive Stellungnahme beim Handelsregisteramt einreicht, beansprucht damit eine Dienstleistung und hat grundsätzlich eine Gebühr zu bezahlen.<sup>80</sup> Falls die Aufbewahrung und Bearbeitung der «Schutzschrift» geringe Aufwände verursacht, kann auf die Erhebung einer Gebühr verzichtet werden. Wenn die mit einer «Schutzschrift» verbundene Dienstleistung Aufwände mit sich bringt, die nicht mehr als Bagatelle bezeichnet werden können, ist es gerechtfertigt, wenn das Handelsregisteramt hierfür gestützt auf Art. 3 Abs. 2 GebV-HReg eine Gebühr von Fr. 100 bis Fr. 250 pro Stunde erhebt.

<sup>77</sup> Analog Art. 270 Abs. 3 ZPO.

<sup>78</sup> Vgl. Urteil des BGer 9C\_378/2020 vom 25. September 2020 E. 3.2; BGE 130 V 90 E. 5.

<sup>79</sup> Vgl. hierzu im Detail MÜLLER/FANCELLI (Fn. 5), 1 ff.

<sup>80</sup> Art. 1 Abs. 1 Verordnung vom 6. März 2020 über die Gebühren für das Handelsregister (GebV-HReg) SR 221.411.1.

## V. Fazit

Das handelsregisterrechtliche Eintragungsverfahren ist vom Verwaltungsverfahren geprägt. Da einzutragende Tatsachen von den Anmeldenden durch Belege nachzuweisen sind, ergibt sich daraus eine Abschwächung des Untersuchungsgrundsatzes. Faktisch wirkt sich dies wie ein Verhandlungsgrundsatz aus, obschon der Untersuchungsgrundsatz gilt. Das Institut der «Schutzschrift» ist im Verwaltungsverfahren nicht weit verbreitet. Aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes, wonach die Behörde unter Mitwirkung der Parteien den Sachverhalt von Amtes wegen abklärt, kann jedoch eine «Schutzschrift» (bzw. eine präventive Stellungnahme) berücksichtigt werden und ist somit grundsätzlich zulässig. Eine solche ist zu berücksichtigen, wenn sich daraus gestützt auf Art. 8 f. ZGB ergibt, dass eine Handelsregisteranmeldung das Wahrheitsgebot oder Täuschungsverbot verletzen könnte oder wenn eine Anmeldung zwingenden öffentlichen Interessen zuwiderlaufen würde.