

Handelsregistersperre

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_26/2007 (BGE 133 III 368) vom 5. Juni 2007 i.S. A. und Verein B. (Beschwerdeführer) gegen die Aufsichtsbehörde über das Handelsregister des Kantons Genf (Beschwerdegegnerin)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Martina Isler und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
 - 1. Streitwert
 - 2. Einspruch gegen eine noch nicht angemeldete Handelsregistereintragung
 - 3. Verfahrensmangel bei der Eintragung eines Kapitalherabsetzungsbeschlusses
 - 4. Rechtsfolge der erfolgreichen Anfechtung eines bereits vollzogenen Generalversammlungsbeschlusses
- III. Bemerkungen
 - 1. Verfahrensmangel bei der Eintragung eines Kapitalherabsetzungsbeschlusses
 - 2. Rechtsfolge der erfolgreichen Anfechtung eines bereits vollzogenen Generalversammlungsbeschlusses
 - 2.1 Ausgangslage
 - 2.2 Umsetzung des richterlichen Urteils
 - 3. Einspruch gegen eine Eintragung ins Handelsregister
 - 3.1 Übersicht über die Neuregelung
 - 3.1.1 Rechtslage unter dem alten Art. 32 Abs. 2 aHRegV
 - 3.1.2 Rechtslage unter dem neuen Art. 162 HRegV
 - 3.2 Bedeutung der Änderungen
 - 3.3 Einspruch gegen eine noch nicht angemeldete Eintragung
 - 3.3.1 Zulässigkeit eines vorsorglich erhobenen Einspruchs
 - 3.3.2 Beginn des handelsregisterrechtlichen Fristenlaufs
 - 4. Abwehrmassnahmen der Gesellschaft gegen einen Einspruch
 - 4.1 Einreichung einer Schutzschrift
 - 4.2 Gesuch um Sicherstellung
- IV. Schlussbetrachtung

I. Sachverhalt¹

Anlässlich der ordentlichen Generalversammlung vom 23. Juni 2005 beschlossen die Aktionäre der C. AG mit Sitz in Genf, das Kapital der Gesellschaft von CHF 13 950 000.– auf CHF 4 068 500.– herabzusetzen. Die gestützt auf Art. 732 OR vorgenommene Kapitalherabsetzung erfolgte durch Reduktion des Nennwerts der Aktien von CHF 12.– auf CHF 3.50.–. Zurückerstattet wurden die CHF 8.50.– pro Titel in bar. Bei drei Aktionären erfolgte die Rückerstattung durch Verrechnung mit einer Forderung der C. AG ihnen gegenüber in der Höhe von rund CHF 6 Mio.

Am 5. Juli 2005 erhob der Rechtsvertreter von 23 Minderheitsaktionären, darunter A. und der Verein B. (Beschwerdeführer), gestützt auf Art. 32 Abs. 2 aHRegV² Einspruch gegen die Eintragung der Kapitalherabsetzung ins Handelsregister. Mit Schreiben vom gleichen Tag bestätigte der Handelsregisterführer des Kantons Genf seine Kenntnisnahme vom Einspruch und sicherte den Einsprechenden zu, ihnen im Falle der Einreichung eines Eintragungsgesuchs seitens der C. AG eine Frist von 20 Tagen einzuräumen, um eine vorsorgliche Verfügung über die Handelsregistersperre zu erwirken.

Die Minderheitsaktionäre reichten am 23. August 2005 gegen die C. AG Klage auf Aufhebung des Kapitalherabsetzungsbeschlusses ein. Nach dreimaligem Schuldenruf und unbenutztem Ablauf der Zweimonatsfrist gemäss Art. 733 OR meldete der Verwaltungsrat der C. AG die Eintragung der Kapitalherabsetzung ins Handelsregister an. Ohne den Einsprechenden die in Aussicht gestellte Frist zur Erwirkung einer vorsorglichen Massnahme einzuräumen, nahm der Registerführer die Eintragung am 6. Dezember 2005 vor.

¹ Der vorliegende Entscheid ist ein Teilurteil im Rahmen des vielschichtigen Falles rund um die Fusion der SA Journal de Genève et de la Gazette de Lausanne (SAJGGL) mit dem «Nouveau Quotidien» zu der Tageszeitung «Le Temps» sowie den anschliessenden Verkauf der «Le Temps»-Beteiligungen an drei Aktionäre der SAJGGL. Bis anhin sind in dieser Sache neben dem vorliegenden drei weitere bundesgerichtliche Urteile ergangen (BGE 4A.11/2006; BGE 132 III 758; BGE 4C.419/2006).

² Verordnung vom 7. Juni 1937 über das Handelsregister (aHRegV), in Kraft bis am 31. Dezember 2007.

* Martina Isler ist wissenschaftliche Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

Auf Begehren der Einsprechenden um unverzügliche Einstellung des Verfahrens setzte ihnen der Registerführer am 27. Januar 2006 eine Frist von 20 Tagen, um gerichtlich eine vorsorgliche Massnahme zu beantragen, die den Zustand vor dem 6. Dezember 2005 wiederherstellt. Gegen dieses Vorgehen protestierten die Minderheitsaktionäre am 2. Februar 2006 unter Hinweis auf die im Juli 2005 erteilte Zusicherung, gemäss Art. 32 Abs. 2 aHRegV vorzugehen. Mit Schreiben vom folgenden Tag bestätigte der Registerführer seinen Entscheid.

Am 10. Februar 2006 rekurrten die Einsprechenden, darunter A. und der Verein B., gegen die beiden Entscheide des Registerführers und beantragten die Löschung der Eintragung vom 6. Dezember 2005 sowie die Einräumung einer Frist, um eine vorsorgliche Verfügung im Sinne von Art. 32 Abs. 2 aHRegV zu erwirken. Den Nichteintretensentscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde über das Handelsregister hob das Bundesgericht auf Verwaltungsgerichtsbeschwerde von A. und des Vereins B. hin am 1. September 2006 auf.³ Mit einem neuen Entscheid vom 23. Januar 2007 wies die Aufsichtsbehörde (Beschwerdegegnerin) die Beschwerde gegen besagte Entscheide des Registerführers ab. Das Bundesgericht schützt das Urteil der Vorinstanz und weist die Beschwerde in Zivilsachen ab.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht prüft vorab, ob der für die Beschwerde in Zivilsachen erforderliche minimale Streitwert erreicht ist [1.]. In einem weiteren Schritt widmet es sich der Frage, wie der Registerführer vorgehen habe bei einem privatrechtlichen Einspruch gegen eine noch nicht angemeldete Handelsregistereintragung [2.]. Sodann setzt es sich mit dem vom Registerführer verursachten Fehler bei der Eintragung des Kapitalherabsetzungsbeschlusses auseinander und nimmt bezüglich der Konsequenz des Verfahrensmangels eine Interessenabwägung vor [3.]. Schliesslich stellt das Bundesgericht grundsätzliche Überlegungen an zu der Rechtsfolge einer erfolgreichen Anfechtung eines bereits im Handelsregister eingetragenen Generalversammlungsbeschlusses [4.].

1. Streitwert

Zunächst prüft das Bundesgericht, ob der für die Beschwerde in Zivilsachen in vermögensrechtlichen Angelegenheiten erforderliche minimale Streitwert von vorliegend CHF 30 000.– (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) erreicht ist. Es hält fest, dass dieser auch für Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden über das Handelsregister gelte, die unter altem Recht unabhängig vom Streitwert Gegenstand der Verwaltungsgerichtsbeschwerde sein konnten (Art. 5 aHRegV i.V.m. Art. 97 und 98 lit. g OG).⁴ Bei Klagen auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen werde dem Streitwert das Interesse der Gesellschaft an der Aufrechterhaltung der angefochtenen Beschlüsse zugrunde gelegt, welches grundsätzlich höher ausfalle als das persönliche Interesse des klagenden Aktionärs.⁵ Im Falle von Streitigkeiten über die Löschung einer konstitutiven Eintragung entspreche der Streitwert dem Interesse der Gesellschaft an deren Fortbestand. In casu sei der Betrag von CHF 9 881 250.–, um den das Kapital der C. AG herabgesetzt wurde, offensichtlich höher als die erforderlichen CHF 30 000.–, womit sich die Beschwerde von diesem Standpunkt aus als zulässig erweise.⁶

2. Einspruch gegen eine noch nicht angemeldete Handelsregistereintragung

Das Bundesgericht konstatiert, dass Art. 32 Abs. 2 aHRegV nicht zu entnehmen sei, wie der Registerführer vorgehen habe, wenn er, wie vorliegend, vor Eingang des Eintragungsbegehrens von dritter Seite darum ersucht wird, dieses vorläufig zu sistieren. Der Fall eines sogenannten präventiven Einspruchs sei gesetzlich nicht geregelt.⁷ Entsprechend setzt sich das Bundesgericht mit einigen Lehrmeinungen zur Vorgehensweise bei einem präventiven Einspruch und der Praxis der grösseren Handelsregisterämter auseinander. Es kommt sodann zum Schluss, dass die Frage vorliegend offen gelassen werden könne. Unbestreitbar sei nämlich, dass der Registerführer durch sein Verhalten den Vertrauensgrundsatz verletzt habe. Indem er den Einsprechenden zugesichert hatte, nach Art. 32 Abs. 2 aHRegV vorzugehen und ihnen im

³ BGer 4A.11/2006 vom 1. September 2006.

⁴ BGE 133 III 368, 371 Erw. 1.3.1 in: Pra 97 (2008) Nr. 5.

⁵ BGE 133 III 368, 372 Erw. 1.3.2.

⁶ BGE 133 III 368, 372 Erw. 1.3.3.

⁷ BGE 133 III 368, 374 Erw. 2.2.4.

Falle eines Anmeldegesuchs die gesetzliche Frist einzuräumen, dies aber anschliessend unterliess, habe er gegen Art. 9 BV verstossen.⁸

3. Verfahrensmangel bei der Eintragung eines Kapitalherabsetzungsbeschlusses

Nichtsdestotrotz hält das Bundesgericht dafür, dass dieser Mangel im Eintragsverfahren des Kapitalherabsetzungsbeschlusses die Löschung der Eintragung, wie die Beschwerdeführer sie verlangen, nicht rechtfertigt.⁹ Denn – so die Auffassung des Bundesgerichts – eine solche aus verfahrensmässigen Gründen erfolgende Löschung würde sowohl gegen das Interesse Dritter als auch der Aktionäre an der Aufrechterhaltung der Eintragung verstossen.¹⁰ Das berechnete Interesse namentlich der Gläubiger, sich vor allem bei einer Herabsetzung des Aktienkapitals mit Rückzahlung an die Aktionäre auf den Handelsregistereintrag verlassen zu können, gehe demjenigen der Beschwerdeführer an einem mängelfreien Eintragsverfahren bzw. an der Aufhebung der fehlerhaften Eintragung vor. Zum gleichen Ergebnis führe auch eine Abwägung mit dem Interesse der Aktionäre, über die ihnen anlässlich der Herabsetzung zurückerstatteten Mittel verfügen zu können. Deshalb sei es im Rahmen dieses Verfahrens beim streitigen Eintrag zu belassen.¹¹

4. Rechtsfolge der erfolgreichen Anfechtung eines bereits vollzogenen Generalversammlungsbeschlusses

Nur am Rand befasst sich das Bundesgericht mit der Frage, welche Konsequenzen eine Gutheissung der Klage auf Aufhebung des Kapitalherabsetzungsbeschlusses, welche den materiellen Grund des handelsregisterrechtlichen Einspruchs bildet, zeitigen würde. Mangels eines rechtskräftigen Urteils in dieser Frage¹² lässt es das Bundesgericht bei der Feststellung bewenden, dass die strittige Eintragung – würden die Beschwerdeführer mit der Anfechtungs-

klage obsiegen – im Handelsregister gelöscht werden müsste. Eine definitive Abweisung der Aufhebungs-klage würde hingegen den Einspruch gegen die Eintragung der Kapitalherabsetzung gegenstandslos machen.¹³

III. Bemerkungen

Der hier besprochene Entscheid ist unter der Handelsregisterverordnung, wie sie bis am 31. Dezember 2007 in Kraft war, ergangen. Das neue Recht bringt in Bezug auf die Registersperre einige Änderungen, die gewisse Erwägungen des Bundesgerichts obsolet machen. Zunächst soll jedoch darauf eingegangen werden, welche Überlegungen für die geltende Rechtslage nach wie vor von Bedeutung sind. In einem zweiten Schritt gilt es dann die Neuregelungen bezüglich der Registersperre anhand dieses Falles aufzuzeigen.

1. Verfahrensmangel bei der Eintragung eines Kapitalherabsetzungsbeschlusses

Bei der konstitutiven Kapitalherabsetzung nach Art. 732–734 OR wird den Aktionären durch eine Verminderung des Aktienkapitals ein Teil ihrer Einlage zurückerstattet. Weil der Gesellschaft damit Haftungssubstrat entzogen wird, zeichnet sich das Verfahren durch verschärfte Gläubigerschutzbestimmungen aus.¹⁴ Dazu gehört, dass die Kapitalherabsetzung erst mit Eintragung in das Handelsregister wirksam wird (konstitutive Wirkung).¹⁵ Nach der Eintragung partizipiert sie an der registerrechtlichen Publizitätsfunktion, dem Ziel, die Eintragung öffentlich bekannt zu machen und sie mit einer beschränkten Richtigkeitsgewähr zu verbinden.¹⁶ Ob dem Handelsregister darüber hinaus ein öffentlicher Glaube zu-

⁸ BGE 133 III 368, 375 Erw. 2.3.2.

⁹ BGE 133 III 368, 375 Erw. 2.4.

¹⁰ BGE 133 III 368, 375 Erw. 2.4.1.

¹¹ BGE 133 III 368, 375 f. Erw. 2.4.1.

¹² Das Verfahren ist zurzeit vor der Cour de justice des Kantons Genf hängig. Nach vorläufiger Suspendierung wurde es kürzlich wieder aufgenommen, sodass ein Urteil demnächst zu erwarten ist.

¹³ BGE 133 III 368, 376 Erw. 2.4.2.

¹⁴ Statt vieler *Wolfhard F. Bürgi*, Die Aktiengesellschaft, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/b/2, Zürich 1969, N 11 zu Art. 732 OR und N 6 ff. zu Art. 733 OR; *Michel Heinzmann*, Die Herabsetzung des Aktienkapitals, Diss. Fribourg 2004, N 13, 289 ff.

¹⁵ Art. 734 OR. BGE 50 II 168, 180 Erw. 3b; BGE 133 III 368, 372 Erw. 1.3.3; *Guillaume Vianin*, L'inscription au registre du commerce et ses effets, Diss. Fribourg 2000, S. 269 f. m.H.

¹⁶ Art. 38 aHRegV bzw. in teilweise geänderter Form Art. 26 und 27 HRegV. Ausführlich dazu *Hans-Ueli Vogt*, Der öf-

kommt, ist in der Lehre und Rechtsprechung umstritten. Entgegen der Vorinstanz, die vorschnell aus Art. 933 aOR auf einen öffentlichen Glauben des Handelsregisters geschlossen hat, nähert sich das Bundesgericht der Problematik u.E. zu Recht auf dem Weg einer Interessenabwägung.¹⁷

Das Bundesgericht betont das Interesse der Gläubiger an einem *richtigen* Handelsregistereintrag, in casu dem Eintrag des herabgesetzten Aktienkapitals, der den tatsächlichen Vermögensstand der Gesellschaft widerspiegelt. Dieses Interesse sei höher einzustufen als das Interesse der Beschwerdeführer an der Korrektur des mangelbehafteten Verfahrens. In der Tat erfährt der Gläubigerschutz im konstitutiven Kapitalherabsetzungsverfahren eine besonders starke Gewichtung. Nicht gefolgt werden kann jedoch der Argumentation des Bundesgerichts, dass das Interesse der Gläubiger, sich auf die Eintragung (des tieferen Aktienkapitals) verlassen zu können, im Falle der Kapitalherabsetzung umso grösser sei. Vielmehr liegt es im Falle der Kapitalherabsetzung im besonderen Interesse der Gläubiger, nicht durch den Eintrag eines höheren Aktienkapitals getäuscht zu werden, als in Wirklichkeit einbezahlt ist.¹⁸ Diese Gefahr stellt sich in casu aber nicht, da das Handelsregister ja das tiefere, tatsächlich liberierte Aktienkapital ausweist. Vorliegend würde das Interesse der Gläubiger letztlich wohl eher darin bestehen, die Kapitalherabsetzung – wie die Beschwerdeführer dies verlangen – rückgängig zu machen. Demgegenüber liegt es allenfalls im Interesse der übrigen, den Beschluss nicht anfechtenden Aktionäre, über die ihnen zurückerstatteten Mittel frei verfügen zu können und ein Rückgängigmachen der Kapitalherabsetzung mit den für sie damit verbundenen Konsequenzen¹⁹ zu verhindern.

fentliche Glaube des Handelsregisters, Diss. Zürich 2003, § 3 N 3 ff.

¹⁷ Vgl. bezüglich der Annäherung mittels Interessenabwägung auch *Vogt* (Fn. 16), § 1 N 211 ff.

¹⁸ In diesem Sinne ist auch die vom Bundesgericht zitierte Stelle bei *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 53 N 225 Fn. 68 zu verstehen, die die Pflicht des Verwaltungsrates hervorheben, die Eintragung anzumelden, weil die Gläubiger insbesondere bei der konstitutiven Kapitalherabsetzung ein Interesse an der Wahrheit des Registereintrages hätten.

¹⁹ Vgl. dazu nachfolgend 2.2.

Im Endresultat verdient das bundesgerichtliche Ergebnis der Interessenabwägung jedoch Zustimmung. Es besteht ein generelles Interesse im Rechtsverkehr, dass ein Handelsregistereintrag *richtig* ist, d.h. mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmt. Ob die eingetragene Kapitalherabsetzung tatsächlich zu Unrecht erfolgt ist oder nicht, muss sich im materiellen Anfechtungsprozess ergeben und kann nicht aufgrund eines behördlichen Verfahrensfehlers oder der Verletzung des Vertrauensprinzips angenommen werden.

2. Rechtsfolge der erfolgreichen Anfechtung eines bereits vollzogenen Generalversammlungsbeschlusses

2.1 Ausgangslage

Dem Handelsregisterführer steht in materiellen Fragen nur eine beschränkte Kognitionsbefugnis zu.²⁰ Über die Anfechtungsklage eines Generalversammlungsbeschlusses befindet der Richter im ordentlichen Verfahren. Der Registerführer ist folglich dazu angehalten, den anfechtbaren Beschluss unverzüglich ins Handelsregister einzutragen.²¹ Damit wird er voll

²⁰ Näheres zur Kognition des Handelsregisterführers bei *Clemens Meisterhans*, Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, Diss. Zürich 1996, S. 110 ff.; *Manfred Küng/Clemens Meisterhans/Urs Zenger/Christof Bläsi/Martin F. Nussbaum*, Handbuch für das Handelsregister VII, Kommentar zur Handelsregisterverordnung, 2. Aufl., Zürich 2002, N 12 zu Art. 32 HRegV; *Manfred Küng*, Das Handelsregister, in: *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Bd. VIII/1, 2. Aufl., Bern 2001, N 133 zu Art. 929 OR. Mit der Revision wurde die Kognition des Handelsregisteramtes in Art. 28 HRegV konkretisiert. Sie entspricht weitgehend derjenigen des Registerführers im alten Recht. Es wurde bewusst davon abgesehen, die vom Bundesgericht vertretene Beschränkung der Prüfungsbefugnis in der Verordnung festzuschreiben, damit Raum bleibe für eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung. Vgl. dazu *Harald Bärtschi*, Revidiertes Handelsregisterrecht, in: *GesKR 1* (2008), S. 64.

²¹ An dieser Stelle setzt grundsätzlich das Institut der Handelsregistersperre ein. Mittels Einspruch beim Handelsregisteramt wird der Eintrag des mutmasslich unrechtmässigen Beschlusses vorerst verhindert, bis das Urteil über die Anfechtungsklage vorliegt. Zur Eintragung des anfechtbaren Beschlusses vgl. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 18), § 25 N 57; *Jean Nicolas Druey*, Mängel des GV-Beschlusses, in: *Rechtsfragen um die Generalversammlung*, SnA 11 (1997), S. 157; *Eric Homburger/Susy Moser*, Willensmängel bei der Beschlussfassung der Generalversammlung der Aktionäre, in: *Mélanges Pierre*

wirksam, wenn auch resolutiv bedingt, d.h. unter der Voraussetzung, dass kein die Anfechtungsklage gutheissendes Urteil gefällt wird.²² Erst das Urteil, mit welchem die Anfechtungsklage gutgeheissen wird, vermag den fehlerhaften Generalversammlungsbeschluss rückwirkend (*ex tunc*) aufzuheben.²³

Kontrovers wird die Frage beurteilt, ab wann die Rückzahlungen aufgrund der Kapitalherabsetzung frühestens vorgenommen werden dürfen. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* leiten aus dem Wortlaut von Art. 734 OR ab, dass dies schon vor dem Registereintrag – allerdings nach Ablauf der zweimonatigen Frist von Art. 733 OR und erfolgter Befriedigung oder Sicherstellung – möglich sei. Ein durchsetzbarer Anspruch der Aktionäre entstehe hingegen erst mit der Eintragung.²⁴ Demgegenüber vertreten u.a. *Böckli* und *Küng* die Meinung, eine Rückerstattung dürfe nicht vor der Eintragung ins Handelsregister geleistet werden.²⁵ Letzterer Auffassung ist unter Berücksichtigung der ratio legis – des Gläubigerschutzes mittels erforderlichen (konstitutiven) Handelsregistereintrags – der Vorzug zu geben.²⁶ Im Übrigen wird in der Lehre zu Recht darauf hingewiesen, dass letztlich ein umsichtiges und vorausschauendes Verhalten des Verwaltungsrates ausschlaggebend sein muss. Eine Rückzahlung ist in jedem Fall zu unterlassen, falls die Abwicklung des Herabsetzungsverfahrens aus irgendeinem Grund gefährdet erscheint.²⁷ Ist der Kapitalherabsetzungsbeschluss umstritten und zeichnet sich eine Anfechtung ab, könnte es aufgrund der Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates sogar geboten sein, bis zum Vorliegen eines Urteils über die Anfechtungsklage mit der Auszahlung zuzuwarten.

Die Berechtigung dieser Vorsichtsmassnahme zeigt sich gerade im vorliegenden Fall. Trotz eines

hängigen Anfechtungsverfahrens wurden die Rückzahlungen an die Aktionäre geleistet bzw. die Forderungen verrechnet. Wie vorzugehen wäre, würden die Beschwerdeführer im materiellen Verfahren über den Kapitalherabsetzungsbeschluss obsiegen, bleibt indes unklar.

2.2 Umsetzung des richterlichen Urteils

Das Bundesgericht stellt sich auf den Standpunkt, das richterliche Urteil müsste umgesetzt, die Eintragung des herabgesetzten Aktienkapitals folglich wieder gelöscht werden. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, denn die Gutheissung²⁸ der Anfechtungsklage wirkt erga omnes, somit auch gegenüber dem Handelsregisterführer.²⁹ Hat dieser bereits eine Eintragung vorgenommen, ist sie zu korrigieren. Allerdings stellt die Rückabwicklung eines bereits vollzogenen Generalversammlungsbeschlusses die Gesellschaft vor grosse Probleme. Das Bundesgericht hat es in ähnlichen Fällen bei der Feststellung bewenden lassen, dass «der Richter mit allen Mitteln einen Weg suchen [müsse], um eine mit dem Recht übereinstimmende Situation wiederherzustellen, ohne auf die praktischen Schwierigkeiten zu achten, die sein Entscheid nach sich ziehen könnte».³⁰ Obwohl Anfechtungsklagen auf eine Beseitigung des Beschlusses mit Wirkung *ex tunc* gerichtet sind, lässt sich dieses Ziel unter Umständen aufgrund des Schutzes gutgläubiger Dritter nicht verwirklichen. Die Berufung auf den Vertrauensschutz wird insbesondere bei vollzogenen Kapitalerhöhungs- oder Fusionsbeschlüssen aktuell, bei denen Gläubiger Gefahr laufen, schutzlos einer Reduzierung des Haftungssubstrats ausgeliefert zu sein. Eine nachträgliche Rückgängigmachung erweist sich hier als faktisch unmöglich.³¹ Aus diesen Gründen scheint das Postulat gerechtfertigt, dass der Kläger im Falle der Anfech-

Engel, Lausanne 1988, S. 152 f.; *Heinzmann* (Fn. 14), N 284 ff.

²² Näheres dazu bei *Beat Hess*, Die mangelhafte Kapitalerhöhung bei der Aktiengesellschaft, Diss. Fribourg 1977, S. 98 ff.

²³ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 18), § 25 N 4; *Druey* (Fn. 21), S. 161.

²⁴ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 18), § 53 N 193 ff.

²⁵ *Peter Böckli*, Schweizerisches Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich u.a. 2004, § 2 N 366 f.; *Manfred Küng*, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Aufl., Basel u.a. 2002, N 7 zu Art. 734.

²⁶ Gl. M. auch *Bürgi* (Fn. 14), N 6 zu Art. 734; *Heinzmann* (Fn. 14), N 401 ff. m.H.

²⁷ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 18), § 53 N 196 Fn. 61.

²⁸ Nicht so ein die Anfechtungsklage abweisendes Urteil. Vgl. *Bürgi* (Fn. 14), N 72 zu Art. 706 OR.

²⁹ *Böckli* (Fn. 25), § 16 N 131; *Thomas Schneider*, Der Rechtsschutz in Handelsregistersachen und die Entscheidungskompetenz der Handelsregisterbehörden, Diss. Zürich 1959, S. 309.

³⁰ BGE 116 II 713, 716 Erw. 4b in: Pra 81 (1992) Nr. 12; vgl. auch BGE 97 I 481, 487 f. Erw. 3b; BGE 97 II 185, 188 f. Erw. I.2.

³¹ Gl.M. *Peter Lehmann*, Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, Diss. Zürich 2000, N 512 ff.; *Pierre-Alain Recordon*, A propos des arrêts FUSAG contre Ursina-Franck SA, in: SAG 45 (1973), S. 117 ff., Fn. 17.

tung eines Generalversammlungsbeschlusses obligatorisch beim Handelsregisteramt Einspruch gegen die Eintragung des Beschlusses zu erheben hat. Unterlässt er dies, so riskiert er, sich selbst bei einer Gutheissung der Anfechtungsklage entgegenhalten lassen zu müssen, dass eine Rückgängigmachung nicht mehr möglich sei.

In casu scheint ein solcher Vorwurf jedoch nicht angezeigt, da die Beschwerdeführer beim Handelsregisteramt Einspruch erhoben haben. Wie vorliegend die bereits eingetragene Kapitalherabsetzung zu korrigieren wäre, wirft einige Fragen auf. Am einfachsten scheint es, den ursprünglichen Betrag des Aktienkapitals, wie er vor der Kapitalherabsetzung bestanden hat, wieder aufleben zu lassen. Dies bedeutet, dass die Nennwertreduktion jeder Aktie rückgängig gemacht werden müsste und den jeweiligen Aktionär im Ausmass des heruntergesetzten Nominalbetrags eine Liberierungspflicht treffen würde. Dieses Vorgehen könnte indes im Widerspruch stehen mit den zivilrechtlichen Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung,³² insbesondere wenn sich ein Aktionär gutgläubig seines Betrags entäussert hat oder wenn bei einer Kapitalherabsetzung mit Vernichtung von Aktien ehemalige Aktionäre nicht mehr eruierbar sind. Deshalb wird zu Recht die Ansicht vertreten, dass die Rechtsfolge, welche Art. 643 Abs. 2 OR für eine mit Gründungsmängeln behaftete Gesellschaft vorsieht, auch vorliegend zur Anwendung kommen müsste, und zwar in diesem Sinne, dass mit der Eintragung die Mängel nicht geheilt werden, sondern nachträglich zu beseitigen sind. Der angefochtene Herabsetzungsbeschluss wäre mithin *ex nunc* aufzuheben.³³ In casu müsste die Gesellschaft eine Kapitalerhöhung auf den ursprünglichen Nominalbetrag durchführen, was analog zum Postulat führen würde, dass bei Kapitalerhöhungen eine Rückabwicklung nur durch eine entsprechende Kapitalherabsetzung erfolgen kann.³⁴

³² Das Bundesgericht hat diesen Ansatz vorgeschlagen in BGE 50 II 168, 179 Erw. 3a; BGE 97 II 185, 189 Erw. I.2.

³³ Lehmann (Fn. 31), N 526 ff.; Vianin (Fn. 15), S. 417; Recordon (Fn. 31), S. 118 f. m.H.; Böckli (Fn. 25), § 12 N 229, 231 (für den Widerrufungsbeschluss der Generalversammlung).

³⁴ Gl.M. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 18), § 52 N 195 ff. und § 53 N 38; a.M. Hess (Fn. 22), S. 192 f. Zur «heilenden Wirkung» bei der Kapitalerhöhung vgl. BGE 102 Ib 21, 23 f. Erw. 2.

3. Einspruch gegen eine Eintragung ins Handelsregister

Durch den Einspruch beim Handelsregisteramt gegen eine vorzunehmende Eintragung lassen sich unter Umständen die Schwierigkeiten vermeiden, die sich – im Falle der Gutheissung der Anfechtungsklage – beim Rückgängigmachen des bereits vollzogenen Generalversammlungsbeschlusses stellen. Der Einspruch verhindert vorerst die Eintragung des strittigen Beschlusses ins Handelsregister (Registersperre). Ob die provisorische Registersperre aufrechterhalten wird, entscheidet anschliessend der Richter im summarischen Verfahren.

Seit dem 1. Januar 2008 ist die neue Handelsregisterverordnung (HRegV) in Kraft. Eine Neuregelung hat auch das Institut der Handelsregistersperre (nunmehr Art. 162 HRegV) erfahren.³⁵

Art. 162 Registersperre

1 Auf schriftlichen Einspruch Dritter nimmt das Handelsregisteramt die Eintragung ins Tagesregister vorläufig nicht vor (Registersperre).

2 Es informiert die Rechtseinheit über die Registersperre. Es gewährt der Einsprecherin oder dem Einsprecher Einsicht in die Anmeldung und in die Belege, sofern das Gericht dies anordnet.

3 Das Handelsregisteramt nimmt die Eintragung vor, wenn:

- die Einsprecherin oder der Einsprecher dem Handelsregisteramt nicht innert zehn Tagen nachweist, dass sie oder er dem Gericht ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme gestellt hat; oder
- das Gericht das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme rechtskräftig abgelehnt hat.

4 Das Gericht entscheidet im summarischen Verfahren unverzüglich über die Registersperre. Es übermittelt dem Handelsregisteramt eine Kopie des Entscheids.

5 Erheben Dritte Einsprache gegen eine Eintragung, die bereits ins Tagesregister aufgenommen wurde, so sind sie an das Gericht zu verweisen.

Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf den hier relevanten Einspruch gegen noch nicht vollzogene (Art. 32 Abs. 2 aHRegV) bzw. noch

³⁵ Die Handelsregistersperre war als solche heftig umstritten. Aus noch aufzuzeigenden Gründen geriet sie ins Kreuzfeuer der Kritik, was anlässlich der Revision Stimmen laut werden liess, die Registersperre ganz abzuschaffen und den Rechtsschutz einzig durch das Zivilprozessrecht sicherzustellen.

nicht ins Tagesregister aufgenommene (Art. 162 Abs. 1–4 HRegV) Eintragungen.³⁶

3.1 Übersicht über die Neuregelung

3.1.1 Rechtslage unter dem alten Art. 32 Abs. 2 aHRegV

Art. 32 Abs. 2 aHRegV räumte Dritten die Möglichkeit ein, wegen Verletzung ihrer Rechte beim Handelsregister Einspruch gegen noch nicht vollzogene Eintragungen zu erheben. Darunter waren Eintragungen zu verstehen, die zwar ins Tagesregister aufgenommen, aber noch nicht vom EHRA genehmigt worden waren.³⁷ Der Registerführer hatte den Einsprechenden eine nach kantonalem Prozessrecht genügende Frist zur Erwirkung einer vorsorglichen Verfügung durch den Richter einzuräumen. Erst wenn der Richter die Eintragung innert der angesetzten Frist nicht untersagte, durfte der Registerführer sie vornehmen. Zwar entschied das Bundesgericht noch vor Erlass dieser Bestimmung, dass eine Frist von 10 bis 14 Tagen ausreiche³⁸, doch führte der gesetzliche Verweis auf die kantonalen Prozessordnungen zu einer unterschiedlichen Handhabung der Fristbemessung. Während im Kanton Genf von einem «délai d'une vingtaine de jours»³⁹ die Rede war, begnügte sich beispielsweise das Handelsregisteramt des Kantons Thun mit einer Frist von 10 Tagen.⁴⁰

3.1.2 Rechtslage unter dem neuen Art. 162 HRegV

Der neue Art. 162 HRegV statuiert nun, dass das Handelsregisteramt auf schriftlichen Einspruch Dritter die Eintragung ins Tagesregister vorläufig nicht vornehmen darf (Abs. 1). Die Eintragung erfolgt erst dann, wenn die Einsprecherin oder der Einsprecher dem Handelsregisteramt nicht innert zehn Tagen nachweist, dass sie oder er dem Gericht ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme gestellt hat (Abs. 3 lit. a) oder nachdem das Gericht das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme rechtskräftig abgelehnt hat (Abs. 3 lit. b). Erheben Dritte Einsprache gegen eine Eintragung, die bereits ins Tagesregister aufgenommen wurde, so sind sie an

das Gericht zu verweisen (Abs. 5). Im Gegensatz zur alten Regelung, die wie erwähnt auf den *Vollzug* der Eintragung abstellte, also auf die Genehmigung durch das EHRA, wird nunmehr differenziert zwischen Eintragungen, die bereits ins *Tagesregister* Eingang gefunden haben, und solchen, bei denen diese Aufnahme noch ausstehend ist. U.E. ist die Neuregelung in diesem Punkt zu begrüssen, erweist sie sich doch als kongruent mit der Bestimmung von Art. 932 Abs. 1 OR, wonach – zumindest intern – der Beginn der Wirkungen schon mit der Eintragung ins Tagesregister eintritt. Des Weiteren wird in Art. 162 Abs. 1 HRegV klargestellt, dass der Einspruch der Schriftform bedarf. Diese war unter Hinweis auf Art. 19 aHRegV gesetzlich nicht verlangt, wurde allerdings von der Lehre empfohlen.⁴¹ Neu löst der Einspruch ohne Weiteres eine auf die Dauer von 10 Tagen festgelegte, provisorische Registersperre aus.⁴² Zu laufen beginnt die Frist mit der Einreichung des Einspruchs beim Handelsregisteramt oder am Datum des Poststempels, falls der Einspruch per Post eingereicht wird (Art. 163 Abs. 1 HRegV). Die gewichtigste Änderung betrifft die vom Richter zuhanden des Registerführers anzuordnende vorsorgliche Massnahme: Während diese unter altem Recht vom Einsprechenden innert Frist *erwirkt* sein musste, begnügt sich das Gesetz nunmehr mit dem *Nachweis des Gesuchs* um Erlass einer vorsorglichen Massnahme. Der Nachweis ist erbracht, wenn die Einsprecherin oder der Einsprecher dem Handelsregisteramt das ans Gericht adressierte Gesuch sowie die Aufgabebestätigung der Schweizerischen Post oder die Empfangsbestätigung des Gerichts einreicht (Art. 163 Abs. 3 HRegV).

3.2 Bedeutung der Änderungen

Die Handelsregistersperre bildet ein zentrales Glied in der Kette der Mechanismen zum Minderhei-

³⁶ Zur Unterscheidung vgl. nachfolgend 3.1.2.

³⁷ *Küng/Meisterhans/Zenger/Bläsi/Nussbaum* (Fn. 20), N 7 zu Art. 32 HRegV.

³⁸ BGE 59 I 239, 249 Erw. 3.

³⁹ Urteil der Aufsichtsbehörde über das Handelsregister des Kantons Genf vom 23. März 2006 Erw. 2.2.

⁴⁰ BGer 4P.9/2006 vom 31. März 2006 Sachverhalt A.c.

⁴¹ *Schneider* (Fn. 29), S. 139; *Matthias Kuster*, Die Einsprache nach Art. 32 Abs. 2 HRegV, in: *Jahrbuch des Handelsregisters* 1997, S. 106.

⁴² Die Frist wird neu nicht mehr vom Handelsregisterführer einberaumt, sondern setzt automatisch ein. Im Vorentwurf war sie noch auf 5 Tage festgesetzt, was von einigen Vernehmlassungsteilnehmern als zu kurz, für börsennotierte Gesellschaften hingegen als zu lang empfunden wurde. Vgl. die Stellungnahmen zum Vernehmlassungsverfahren (http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/abgeschlossene_projekte/handelsregisterverordnung.html).

tenschutz.⁴³ Sie gewährt dem einzelnen Aktionär bereits die Möglichkeit, die Umsetzung eines Generalversammlungsbeschlusses vorerst zu blockieren,⁴⁴ ohne dass er eine Rechtsverletzung durch diesen auch nur glaubhaft machen müsste.⁴⁵ Mangels Kognitionsbefugnis des Registerführers bewirkt der Einspruch eine «automatische» Registersperre. Für die Gesellschaft hingegen kann die Blockade schwerwiegende Konsequenzen zeitigen, meist finanzieller Art, aber unter Umständen auch bezüglich Reputation oder im Wettbewerb. Dies gilt umso mehr, als im Verfahren vor Handelsregister nach der h.L. und Praxis der einstweilige Rechtsschutz für den Einsprechenden mit keinerlei Schadenersatzrisiken, Kautionspflichten oder Kostenaufgaben verbunden ist.⁴⁶ Aus diesem Grund sah sich das Institut der Handelsregistersperre auch immer wieder harscher Kritik ausgesetzt.⁴⁷

Die Regelung unter dem alten Recht erwies sich für die Gesellschaft häufig als unvorteilhaft. In Anbetracht der kurzen Frist, in der ein Einsprecher beim Richter eine vorsorgliche Massnahme erwirkt haben musste, war der Richter i.d.R. dazu angehalten, diese superprovisorisch – also ohne Anhörung der Gegenpartei (der Gesellschaft) – zu erlassen. Im anschließenden summarischen Verfahren um die Aufrecht-

erhaltung der vorsorglichen Massnahme dürfte der Richter oftmals dazu geneigt haben, bei seiner ersten Entscheidung zu bleiben und die Registersperre nicht vor einem ergangenen Urteil über die zugrunde liegende materielle Frage wieder aufzuheben.⁴⁸ Deshalb und angesichts der Überlastung der Gerichte konnte es mehr Zeit in Anspruch nehmen, eine zu Unrecht erlassene superprovisorische Massnahme aufzuheben, als die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme gedauert hätte.⁴⁹

Mit Art. 162 HRegV hält in diesem Punkt eine Änderung Einzug: Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 lit. a der Bestimmung sehen vor, dass der Einspruch eine sofortige provisorische Registersperre bewirkt. Der Einsprecher ist anschliessend dazu angehalten, innert 10 Tagen dem Gericht ein *Gesuch* um Erlass einer vorsorglichen Massnahme zu stellen. Weil sich das Gesetz nunmehr mit dem Nachweis der Einreichung eines entsprechenden Gesuchs begnügt und die vorsorgliche Massnahme nicht mehr erwirkt sein muss, erscheint der früher notwendige Rückgriff auf eine superprovisorische Massnahme entbehrlich. Die heutige Regelung ermöglicht die Durchführung eines kontradiktorisch verlaufenden summarischen Verfahrens mit Anhörung der beklagten Partei (der Gesellschaft).⁵⁰

Damit scheint das Postulat, die Anfechtungsklage zwingend mit einem Einspruch beim Handelsregisteramt zu verbinden, umso gerechtfertigter. Mit dem Einspruch und dem anschliessenden Gesuch um vorsorgliche Massnahme ans Gericht wird ein summarisches Vorverfahren zum Anfechtungsprozess ausgelöst, in dem der Richter über das glaubhaft gemachte Klagefundament befindet und somit eine Weiche stellt für den Ausgang des zugrunde liegenden Anfechtungsprozesses. Spricht sich der Richter für eine Aufrechterhaltung der Registersperre aus, beurteilt er das Interesse des Einsprechenden an der

⁴³ Näheres bei *Peter V. Kunz*, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, § 1 N 295 ff.

⁴⁴ Zuletzt illustrativ in NZZ vom 13. Februar 2008 («Blockade der UBS-Kapitalerhöhung chancenlos»).

⁴⁵ Art. 32 Abs. 1 aHRegV erwähnte zwar, dass der Dritte «wegen Verletzung seiner Rechte» Einspruch erheben kann. Diesem Zusatz kam allerdings keine Bedeutung zu, da der Registerführer mangels Kognitionsbefugnis im materiellen Bereich gar nicht überprüfen darf, ob ein Einspruch begründet ist. Art. 162 HRegV verzichtet nunmehr auf besagte Wendung.

⁴⁶ *Kunz* (Fn. 43), § 1 N 297; *Isaak Meier*, Einstweiliger Rechtsschutz im Aktienrecht, in: *Recht und Rechtsdurchsetzung*, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 79; differenzierend *Druey* (Fn. 21), S. 158 Fn. 105.

⁴⁷ So wurde ihr mehrfach das Attribut «gratis Terror» beigelegt. Vgl. *Druey* (Fn. 21), S. 158 Fn. 105; *Kunz* (Fn. 43), § 1 N 297 ff. und § 11 N 184; *Lehmann* (Fn. 31), § 3 N 130. Auf die Missbrauchsmöglichkeit wird auch hingewiesen bei *Dominik Vock*, Prozessuale Fragen bei der Durchsetzung von Aktionärsrechten, Diss. Zürich 2000, S. 188; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 18), § 25 N 77, die verlauten lassen, das Mittel des privatrechtlichen Einspruchs sei missbraucht worden, um einen «nuisance-value» zu schaffen und die Gesellschaft zu ungerechtfertigten Leistungen zu zwingen, um den Rückzug des Einspruchs zu «erkaufen»; *Böckli* (Fn. 25), § 16 N 134, der von einer «scharfen Waffe der Opposition» spricht.

⁴⁸ *Böckli* (Fn. 25), § 16 N 134; *Peter V. Kunz*, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, in: *SnA* 12 (1997), S. 169; *Marcel Lustenberger/Michael Ritscher*, Die *Schutzschrift* – zulässiges Verteidigungsmittel oder verpönte Einflussnahme?, in: *AJP* 5 (1997), S. 516.

⁴⁹ Zum genauen Verfahrensablauf bei superprovisorischen Massnahmen vgl. *Steven Berti*, Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, in: *ZSR* 116 (1997), S. 219.

⁵⁰ Näheres bei *Lehmann* (Fn. 31), N 746 ff., insbes. N 758 ff., der die heute geltende Regelung als «Überlegung de lege ferenda» postuliert hat.

Blockierung eines Generalversammlungsbeschlusses als gerechtfertigt und räumt ihm den Vorrang ein gegenüber dem Interesse der Gesellschaft am Vollzug des Beschlusses. Demgegenüber wird er das Gesuch ablehnen, wenn ihm das glaubhaft gemachte Tatsachenfundament als zu wenig begründet erscheint. Damit wird innert vernünftiger Zeit ein fairer Interessenausgleich zwischen Gesellschaft und Aktionär geschaffen, der zur Konfliktlösung innerhalb der Gesellschaft beiträgt.⁵¹

3.3 Einspruch gegen eine noch nicht angemeldete Eintragung

Der Einsprecher sieht sich allenfalls vor die Schwierigkeit gestellt, dass ihm der genaue Zeitpunkt der Anmeldung durch die Gesellschaft nicht bekannt ist. Zwischen dem strittigen Generalversammlungsbeschluss und dessen Eintragung vergeht oft nur sehr wenig Zeit.⁵² Deshalb hat er womöglich ein Interesse, schon vorsorglich – vor Eingang der Anmeldung – Einspruch zu erheben.

Wie das Bundesgericht zu Recht festhält, lässt sich weder dem Wortlaut des Art. 32 Abs. 2 aHRegV noch demjenigen des geltenden Art. 162 HRegV entnehmen, wie im Falle eines präventiven Einspruchs vorzugehen ist. Unklarheiten ergeben sich sowohl in Bezug auf die Frage, ob es überhaupt zulässig sein soll, einen Einspruch vorsorglich zu erheben [3.4.1.], als auch bezüglich des Zeitpunktes, wann die handelsregisterrechtliche Frist zu laufen beginnt [3.4.2.].

3.3.1 Zulässigkeit eines vorsorglich erhobenen Einspruchs

Betrachtet man die Praxis der Handelsregisterämter, so erweist sich diese als uneinheitlich. Insbesondere die grösseren unter ihnen neigen offensichtlich dazu, einen vorsorglichen Einspruch zu akzeptieren und die Frist sofort, d.h. auch ohne Vorliegen eines entsprechenden Eintragungsgesuchs, einzuräumen.⁵³ In zutreffender Weise hält die Justiz-

direktion des Kantons Bern in diesem Sinne fest, dass der Wortlaut von Art. 32 Abs. 2 aHRegV einzig auf einen «privatrechtlichen Einspruch gegen eine noch nicht vollzogene Eintragung» abstelle, was ein hängiges Anmeldeverfahren als nicht zwingend vorausgesetzt erscheinen lasse.⁵⁴ Angesichts der Tatsache, dass zwischen der Fassung eines Beschlusses in der Generalversammlung und dessen Eintragung ins Handelsregister oft nur wenig Zeit verstreicht, erscheint es u.E. als sachgerecht, auch einen vorsorglich erhobenen Einspruch zuzulassen.⁵⁵ Wegen der engen Zeitverhältnisse kann es sogar geboten sein, dass der Einspruch noch vor der Generalversammlung beim Handelsregisteramt deponiert wird. Zustimmung verdient diese Haltung ausserdem im Hinblick darauf, dass das Gesetz dem Registerführer keine Informationspflicht gegenüber potenziellen Einsprechenden auferlegt, um ihnen so die Möglichkeit zu verschaffen, rechtzeitig Einspruch zu erheben.⁵⁶

Mit der revidierten Bestimmung wird die Frage nach der Zulässigkeit eines vorsorglich erhobenen Einspruchs erst recht zu bejahen sein. Indem nunmehr bereits auf den Eintrag ins Tagesregister und nicht mehr auf den Vollzug der Eintragung abgestellt wird⁵⁷ und eine Aufnahme der Anmeldung ins Tagesregister oftmals schon Stunden später erfolgt, wird praktisch den meisten Einsprachen ein vorsorglicher Charakter anhaften.

communiqué par les recourants le 5 juillet 2005 [...] et à attendre le dépôt ultérieur d'une réquisition d'inscription») sowie in ihrem ersten Urteil vom 23. März 2006 Erw. 2.2 («Point n'était besoin en l'occurrence d'attendre le dépôt d'une réquisition d'inscription»). Vgl. demgegenüber z.B. die Praxis des Handelsregisteramtes des Kantons Zug zit. in BGer 4P.9/2006 Sachverhalt A.c.

⁵¹ Vgl. zum Ansatz eines summarischen Vorverfahrens als Teil einer verfahrensorientierten Konfliktlösung *Hans Caspar von der Crone*, Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert, in: SZW 70 (1998), S. 163 f.

⁵² Anschaulich *Kunz* (Fn. 48), S. 173.

⁵³ *Karl Rebsamen*, Das Handelsregister, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., Zürich 1999, N 71; *Kuster* (Fn. 41), S. 112. In diesem Sinne hat auch die Vorinstanz in ihrem Urteil vom 23. Januar 2007 Erw. 3 entschieden («[...] le Préposé s'était à tort limité à prendre acte de l'opposition

⁵⁴ Entscheid der Justizdirektion des Kantons Bern vom 27. Januar 1993, in: Jahrbuch des Handelsregisters 1993, S. 175; relativierend das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Februar 2007 Erw. 5.1 publiziert in: REPRAX 1 (2007), S. 46 ff. mit berechtigtem Hinweis darauf, dass bei einem präventiven Einspruch zumindest mit einiger Sicherheit feststehen müsse, dass eine bzw. welche eintragungspflichtige Tatsache sich ereignet habe. Das Gesetz ziele kaum darauf ab, einen auf blosser Befürchtungen oder Vermutungen gestützten, spekulativen Einspruch zu erlauben.

⁵⁵ Gl. M. *Manfred Küng*, Vorgehens- und Abwehrstrategien beim privatrechtlichen Einspruch, in: Jahrbuch des Handelsregisters 1997, Zürich 1997, S. 129; *Kunz* (Fn. 48), S. 173.

⁵⁶ Vgl. dazu auch das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich (Fn. 53), Erw. 5.2.

⁵⁷ Vgl. oben 3.1.2.

3.3.2 Beginn des handelsregisterrechtlichen Fristenlaufs

Unter dem alten Recht ergab sich zusätzlich eine Unklarheit in Bezug auf den Zeitpunkt der Fristansetzung durch den Handelsregisterführer. Durchaus plausibel schien das Vorgehen, den Eingang der Anmeldung abzuwarten, da dies sowohl dem Einsprecher als auch dem Gericht unnötigen Aufwand ersparte, wenn die eintragungswillige Person freiwillig von einer Eintragung absah. Allerdings stand diese Auffassung mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht im Einklang, da dieser eine Fristansetzung zwingend vorschrieb.⁵⁸ Dessen ungeachtet schienen sowohl die Praxis zahlreicher Handelsregisterämter als auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts aus dem Jahre 1933⁵⁹, die praktisch unverändert in den Art. 32 aHRegV Eingang fand, zu einem Abwarten der Anmeldung zu tendieren.⁶⁰ In casu wurde die Frage vom Bundesgericht ausdrücklich offen gelassen, was sich auf eine Abkehr von der ursprünglichen Auffassung hin zu derjenigen des EHRA deuten liesse, das ausführte, es sei für den Registerführer «vernünftiger und mit Art. 32 Abs. 2 HRegV konformer, sich unverzüglich des Vorgangs zu «entledigen», indem [er] [...] sofort eine Frist für die Anrufung des [...] Zivilrichters [ansetze].»⁶¹

Diese Überlegung findet ihre Umsetzung im neuen Art. 163 Abs. 1 HRegV. Mit Einreichung des Einspruchs wird automatisch und sogleich die zehntägige provisorische Registersperre ausgelöst. Eine Fristansetzung durch das Handelsregisteramt unterbleibt. Die Diskussion um den Zeitpunkt der Frist-

ansetzung im Falle eines vorsorglich erhobenen Einspruchs wird damit obsolet.

4. Abwehrmassnahmen der Gesellschaft gegen einen Einspruch

Da die Handelsregistersperre für die Gesellschaft mit einem gewissen Schädigungspotenzial verbunden ist, stellt sich für diese die Frage, wie sie sich im Falle eines Einspruchs zur Wehr setzen kann. Zwei Möglichkeiten – zuletzt genannt im Fall UBS⁶² – seien hier näher betrachtet: die Einreichung einer Schutzschrift [4.1.] sowie das Gesuch um Auferlegung einer Kautions [4.2.].

4.1 Einreichung einer Schutzschrift

Als Schutzschrift wird die Eingabe der möglichen beklagten Partei bezeichnet, welche in Erwartung eines gegen sie gerichteten Antrages auf Erlass einer superprovisorischen Verfügung dem Richter die Gründe darlegt, die einer solchen Verfügung oder zumindest einem Verzicht auf vorherige Anhörung entgegenstehen.⁶³ Dem deutschen Recht entnommen, vorgesehen für den Entwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung⁶⁴, ist ihre Zulässigkeit im geltenden Recht kontrovers. Das Bundesgericht hatte sich in einem Urteil aus dem Jahre 1993 – allerdings unter dem Titel «Petitionsrecht» – grundsätzlich gegen die Schutzschrift ausgesprochen mit der Begründung, sie schaffe eine ernsthafte Gefahr der Voreingenommenheit.⁶⁵ Dies tut der Tatsache keinen Abbruch, dass der überwiegende Teil der Lehre für ihre Zulassung einsteht und in der erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht eine gänzliche Absage an das Institut der Schutzschrift erblickt.⁶⁶

⁵⁸ Kuster (Fn. 41), S. 112 f.

⁵⁹ BGE 59 I 239, 249 Erw. 3 (Hervorhebungen hinzugefügt): Der Registerführer hat, «wenn ein formrichtiges Eintragsungs[...]begehren vorliegt [...] und wenn andererseits Einsprache gegen die Eintragung [...] erhoben wird», dem Einsprechenden die Frist anzusetzen. Für diese Überlegung spricht die Tatsache, dass der Registerführer, würde der Einspruch keiner Anmeldung bedingen, die Eintragung gar nicht vornehmen könnte, welche gesetzlich vorgeschrieben ist für den Fall, dass der Richter sie nicht in-nernt angesetzter Frist untersage.

⁶⁰ Für eine gute Übersicht über das Vorgehen unter bisherigem Recht und die diesbezüglichen Streitpunkte vgl. das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich (Fn. 53), insbes. Erw. 5.1.

⁶¹ BGE 133 III 368, 374 Erw. 2.2.4 in: Pra 97 (2008) Nr. 5. Gl.M. auch zahlreiche Stimmen in der Lehre so u.a. Kunz (Fn. 43), § 11 N 190; Schneider (Fn. 29), S. 134; Vock (Fn. 47), S. 188.

⁶² Vgl. dazu SonntagsZeitung vom 10. Februar 2008, S. 56 («UBS wird nervös»); NZZ vom 11. Februar 2008, S. 13 («GV-Beschluss allein sichert UBS-Kapitalerhöhung nicht»); NZZ vom 13. Februar 2008, S. 23 («Blockade der UBS-Kapitalerhöhung chancenlos»).

⁶³ Urteil des Handelsgerichts Zürich in: ZR 96 (1997) Nr. 46; Küng (Fn. 55), S. 131.

⁶⁴ Art. 266 E-ZPO abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7413.pdf>.

⁶⁵ BGE 119 Ia 53, 57 Erw. 4.

⁶⁶ Andreas Güngerich, Die Schutzschrift im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 2000, insbes. S. 109 ff.; Steven Berti, Der Erlass vorsorglicher Massnahmen ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei stellt eine äusserst einschneidende Massnahme dar, in: Binsenwahrheiten des Immaterialgüterrechtes, Festschrift für Lucas David zum

So hat das Zürcher Handelsgericht seine Praxis vor einiger Zeit geändert. Es nimmt Schutzschriften nunmehr unter Anerkennung des Anspruchs auf rechtliches Gehör entgegen, dies allerdings für die beschränkte Dauer von sechs Monaten und mit Hinweis darauf, dass deren Eingang dem potenziellen Einsprecher bekannt gegeben wird.⁶⁷

Da Schutzschriften im Einparteienverfahren dem Gegner rechtliches Gehör verschaffen und der Gefahr begegnen sollen, dass der Richter von einem durch die klägerischen Vorbringen subjektiv gefärbten Tatsachenfundament ausgeht, sind sie als Korrektiv speziell für das Verfahren auf Erlass einer superprovisorischen Massnahme gedacht.⁶⁸ Hier vermögen sie den Verzicht auf Anhörung der Gegenpartei wettzumachen. Im Rahmen von Art. 32 Abs. 2 aHRegV bieten sie der Gesellschaft die Möglichkeit, sich gegen eine voreilig zugunsten des Einsprechers erlassene superprovisorische Massnahme zur Wehr zu setzen. Uneinheitlich beantwortete die Lehre die Frage nach dem Adressat der Schutzschrift. U.E. zu Unrecht vertraten gewisse Autoren die Ansicht, die Schutzschrift sei dem Handelsregisterführer einzureichen,⁶⁹ ist es diesem doch aufgrund seiner beschränkten Kognition verwehrt, eine materiellrechtliche Prüfung der Eintragung vorzunehmen. Im revidierten Recht tritt die Registersperre nun automatisch mit Einreichung des Einspruchs ein, weshalb eine beim Handelsregisteramt deponierte Schutzschrift ohnehin nichts auszurichten vermag. Die Schutzschrift ist folglich dem zuständigen Massnahmerichter zuzustellen.⁷⁰

Mit der neuen Regelung von Art. 162 HRegV wird die Schutzschrift ihre Bedeutung einbüßen, d.h. im Rahmen der Handelsregistersperre wohl obsolet werden. Da der Rückgriff auf eine superprovisorische Massnahme nicht mehr nötig ist, setzt vor dem Ein-

zelrichter direkt ein kontradiktorisches summarisches Zweiparteienverfahren ein. Der Richter wird die vorsorgliche Massnahme nunmehr erst nach Anhörung der Gegenpartei – also nicht mehr superprovisorisch – erlassen, was die Einreichung einer Schutzschrift an das zuständige Gericht für die betroffene Gesellschaft entbehrlich macht.

4.2 Gesuch um Sicherstellung

Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme kann auf Gesuch der beklagten Partei hin von einer Sicherheitsleistung durch den Kläger abhängig gemacht werden.⁷¹ Damit soll der mutmassliche Schaden, welcher der Gesellschaft aus einer zu Unrecht angeordneten Registersperre erwächst, sichergestellt werden. Da dieser unter Umständen beträchtlich ist, kann der Kautionshöhe eine prohibitive Wirkung zukommen.⁷²

Das Missverhältnis zwischen finanziellem Interesse und finanziellem Risiko für den Aktionär findet sich auch bei der Anfechtungsklage selbst. Weil sich der Streitwert, wie erwähnt, anhand des Gesamtinteresses der beklagten Gesellschaft berechnet⁷³ und das persönliche Interesse des klagenden Aktionärs unberücksichtigt bleibt, ist für diesen die Anfechtungsklage mit einem erheblichen Kostenrisiko verbunden. Um dem unbefriedigenden Zustand Abhilfe zu schaffen, wurde mit der Aktienrechtsrevision von 1991 die Bestimmung von Art. 706a Abs. 3 OR eingeführt.⁷⁴ Sie sieht vor, dass der Richter bei Abweisung der Anfechtungsklage die Kosten nach seinem Ermessen auf die Gesellschaft und den Kläger verteilen kann. Dabei hat er den konkreten Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen. Als relevante Kriterien lassen sich namentlich die Erfolgsaussichten des

60. Geburtstag, Zürich 1996, S. 268 f.; *Lucas David*, Schutzschriften gegen urheberrechtliche vorsorgliche Massnahmen. BV 57, in: AJP 6 (1993), S. 736 ff.; die Bedeutung der Schutzschrift relativierend *Völker Deutsch*, Die Schutzschrift in Theorie und Praxis, in: GRUR 92 (1990), S. 332.

67. Urteil des Handelsgerichts Zürich in: ZR 96 (1997) Nr. 46, Erw. II.5; einen Überblick über die Praxis anderer Kantonsgerichte vermitteln *Lustenberger/Ritscher* (Fn. 48), S. 515 f.

68. *Berti* (Fn. 66), S. 267.

69. *Kunz* (Fn. 48), S. 174 Fn. 100; *Lehmann* (Fn. 31), N 739 f. allerdings relativierend.

70. *Gl.M. Kuster* (Fn. 41), S. 123 f.; *Küng* (Fn. 55), S. 131; *Vock* (Fn. 47), S. 191.

71. Vgl. z.B. für den Kanton Zürich § 227 ZPO ZH: Vorsorgliche Massnahmen, welche dem Beklagten Schaden zufügen können, werden auf sein Begehren von der Leistung einer angemessenen Sicherheit abhängig gemacht.

72. *Meier* (Fn. 46), S. 72; *Klaus F. Röhl*, Rechtssoziologie, Köln u.a. 1987, S. 493 f., der die Prozesskosten als sichtbarste Zugangsbarriere bezeichnet, die das Individuum am Gang ans Gericht hindern und somit den Abbau sozialer Ungleichheit mit Mitteln des Rechts verunmöglichen; BGE 116 II 94, 96 Erw. 1b («...l'ordonnance exigeant le dépôt de sûretés pourrait rendre illusoire le droit de la recourante à attaquer la décision de l'assemblée générale»).

73. Vgl. oben II.1; BGE 75 II 149, 152 Erw. 1.

74. Gleichzeitig wurde ins Verantwortlichkeitsrecht die Bestimmung von Art. 756 Abs. 2 OR aufgenommen.

Klägers bei der Klageeinleitung, das vorprozessuale Verhalten der Parteien oder auch deren finanzielle Verhältnisse nennen.⁷⁵ Mit der Regelung scheint gewährleistet, dass eine Gesellschaft für einen Kleinaktionär im Rahmen der Anfechtungsklage nicht unangreifbar wird.⁷⁶ Die Frage stellt sich nun, ob eine analoge Anwendung von Art. 706a Abs. 3 OR auf das vorsorgliche Massnahmeverfahren möglich wäre, wo ein potenzieller Einsprecher aufgrund exorbitanter Kautionsauflagen möglicherweise gezwungen wird, von seinem Einspruch abzusehen.⁷⁷

Eine analoge Anwendung von Art. 706a Abs. 3 OR würde es dem Richter erlauben, den Betrag der Sicherheitsleistung teilweise zu reduzieren oder ganz davon abzusehen.⁷⁸ Sollte ein Schaden der Gesellschaft genügend nachgewiesen sein, so wären u.E. als Bemessungskriterium insbesondere die Erfolgsaussichten der zugrunde liegenden Anfechtungsklage heranzuziehen, die vom Einsprecher im summarischen Massnahmeverfahren glaubhaft zu machen sind.⁷⁹ Stuft der Richter die Erfolgsaussichten einer Anfechtungsklage als hoch ein, ist eine Register-

sperre anzuordnen und auf eine Sicherstellung zu verzichten. Bei Klagen, die ihm so weit begründet erscheinen, dass sie mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit Erfolg haben werden,⁸⁰ hat er dem Gesuch um die vorsorgliche Massnahme stattzugeben und ein allenfalls eingereichtes Kautionsbegehren proportional zu reduzieren.⁸¹ Klagen, die vom Richter als wenig aussichtsreich beurteilt werden, rechtfertigen angesichts des hohen Schädigungspotenzials der Registersperre oftmals keine Blockierung durch eine vorsorgliche Massnahme.⁸² Dennoch sind Konstellationen denkbar, in denen ein weniger strenger Massstab angezeigt ist, so insbesondere, wenn durch die Registersperre nicht ein unverhältnismässig hoher Schaden verursacht wird oder die spätere Umsetzung des Beschlusses trotz Registersperre nicht vereitelt wird. Wenn in diesen Fällen eine Registersperre angeordnet wird, liesse sich eine Kautionspflicht rechtfertigen. Allerdings sind dies oft genau diejenigen Fälle, in denen der Schaden für die Gesellschaft vernachlässigbar ist, weshalb eine Kautionspflicht entbehrlich erscheint. Schliesslich sind vorsorgliche Massnahmen bei offensichtlich aussichtslosen oder mutwillig erhobenen Klagen nicht einmal mit einer Kautionspflicht zu erlassen. Der Entscheid über die Anordnung einer Registersperre sowie über die Auferlegung einer Kautionspflicht ermöglicht den Parteien eine erste Abschätzung ihrer Chancen im Anfechtungsprozess und trägt zu einem fairen Interessenausgleich zwischen den Parteien bei.⁸³

Ob Art. 706a OR auf das vorsorgliche Massnahmeverfahren analog angewendet werden kann, ist umstritten. Im Entscheid «BK Vision/SBG» konstatierte das Handelsgericht Zürich, dass «eine Reflexwirkung auf die Sicherstellungspflicht bejaht» werden könne.⁸⁴ Auch in der Lehre wurden Stimmen

⁷⁵ *Andreas Casutt*, Rechtliche Aspekte der Verteilung der Prozesskosten, in: Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 50. Geburtstag, Zürich 1993, S. 87 ff.; *Brigitte Tanner*, Die Generalversammlung, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/5/b, Zürich 2003, N 95 ff. zu Art. 706a OR.

⁷⁶ Nicht aus den Augen zu verlieren ist jedoch die Tatsache, dass für den Kläger ein gewisses Risiko verbleibt, die gesamten Prozesskosten tragen zu müssen, was auf ihn nach wie vor abschreckend wirken kann. Vgl. dazu auch *Casutt* (Fn. 75), S. 83; *von der Crone* (Fn. 51), S. 164; *Meier* (Fn. 46), S. 72 Fn. 23. Auch hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, die für den Kläger noch günstigere Regelung, wie sie bei der Sonderprüfung vorgesehen ist (Art. 697g OR), für die Anfechtungsklage zu übernehmen.

⁷⁷ In der Rechtsprechung zur Anfechtungsklage finden sich zahlreiche Beispiele zur Sicherstellungspflicht des Klägers im vorsorglichen Massnahmeverfahren. Eines der bekanntesten ist sicherlich das Verfahren i.S. BK Vision AG gegen SBG, in dem das Handelsgericht Zürich der Klägerin BK Vision AG eine Sicherheitsleistung von CHF 10 Mio. auferlegt hat.

⁷⁸ *Meier* (Fn. 46), S. 72; *Tanner* (Fn. 75), N 81 zu Art. 706a OR.

⁷⁹ Vgl. zur Hauptsachenprognose als eine der drei Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme statt vieler *Oscar Vogel/Karl Spühler*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., Bern 2001, S. 355. Zu beachten ist aber, dass der Richter nur summarisch zu prüfen hat, ob Erfolgsaussichten bestehen; vgl. dazu BGE 107 Ia 277, 282 Erw. 4a.

⁸⁰ Vgl. BGE 97 I 481, 487 Erw. 3.a (Hervorhebungen hinzugefügt): «Mit dem Zweck der einstweiligen Verfügung ist ohne weiteres vereinbar, dass der Richter in vorläufiger und summarischer Weise prüft, ob [...] die Klage Aussicht auf Erfolg hat.»

⁸¹ Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der klagende Aktionär die Kosten zu tragen hat, während der Erfolg dem Kollektiv als Ganzem zukommt. Vgl. dazu *von der Crone* (Fn. 51), S. 163.

⁸² Gl.M. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 18), § 25 N 77; *Kuster* (Fn. 41), S. 116 f.; *Meier* (Fn. 46), S. 70 Fn. 12; *Vock* (Fn. 47), S. 182.

⁸³ *Von der Crone* (Fn. 51), S. 164.

⁸⁴ Der Entscheid ist wiedergegeben in: SJZ 91 (1995) Nr. 10, S. 201.

laut, dass der «ratio» der Bestimmung Rechnung zu tragen sei.⁸⁵ Diese Tendenz ist aus unserer Sicht zu befürworten. Sie findet auch Eingang in die neue Schweizerische Zivilprozessordnung: Art. 260 Abs. 2 E-ZPO sieht vor, dass das Gericht die Ersatzpflicht herabsetzen oder die gesuchstellende Partei gänzlich von ihr entbinden kann, wenn diese beweist, dass sie ihr Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme *in guten Treuen* gestellt hat.⁸⁶ Art. 706a Abs. 3 OR wird seinerseits im Rahmen der Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts aufgehoben, weil die Bestimmung mit der neuen Zivilprozessordnung an Bedeutung verliere.⁸⁷ Art. 105 Abs. 1 lit. b E-ZPO statuiert nämlich, dass das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen könne, wenn eine Partei *in guten Treuen* zur Prozessführung veranlasst war. Damit ist eine Gleichschaltung zwischen dem Massnahme- und dem zugrunde liegenden Anfechtungsverfahren zumindest in Bezug auf die Schadenersatzpflicht gewährleistet. Wenn jedoch im konkreten Fall die Schadenersatzpflicht des Anfechtungsklägers eingeschränkt wird, müsste es auch möglich sein, durch einen anfänglichen Nachweis des Handelns in guten Treuen eine entsprechende Reduktion der Sicherheitsleistung zu beantragen.⁸⁸ Der Rückgriff auf den Analogieschluss erscheint damit obsolet. Abzulehnen ist demgegenüber die Ansicht, dass bei der Bemessung der Kautionsleistung auch die finanzielle Leistungsfähigkeit des klagenden Aktionärs zu berücksichtigen sei.⁸⁹ Dieser kann allenfalls über das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege Rechnung getragen werden.⁹⁰

IV. Schlussbetrachtung

Der vorliegende Entscheid illustriert das Interesse der Gläubiger sowie der Aktionäre oder ganz allgemein des Rechtsverkehrs an einem richtigen Handelsregistereintrag. Das Bundesgericht tritt nicht näher auf die Frage ein, wie vorzugehen ist, wenn eine Klage auf Aufhebung eines Kapitalherabsetzungsbeschlusses gutgeheissen wird, die Kapitalherabsetzung jedoch bereits ins Handelsregister eingetragen und die Rückzahlung an die Aktionäre geleistet wurde. Die beträchtlichen praktischen Schwierigkeiten, die mit einer Rückgängigmachung des Beschlusses verbunden sind, führen u.E. zum Postulat, dass eine Anfechtungsklage obligatorisch einen Einspruch beim Handelsregisteramt bedingen sollte. Das anschliessende summarische Verfahren, in dem das Gericht über eine Aufrechterhaltung der Handelsregistersperre befindet, leistet einen ersten wichtigen Beitrag zu einem fairen Interessenausgleich zwischen den Parteien. Verzichtet der Anfechtungskläger auf einen Einspruch, so muss er sich u.E. im Falle der Gutheissung seiner Anfechtungsklage unter Umständen entgegenhalten lassen, dass eine Rückgängigmachung des Beschlusses nicht möglich sei. Der vorliegende Entscheid dient im Weiteren als Ausgangspunkt für eine Darstellung der Neuregelung der Handelsregistersperre, wie sie seit dem 1. Januar 2008 in Kraft ist.

⁸⁵ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 18), § 25 N 85a; gl.M. Meier (Fn. 46), S. 72 allerdings relativierend; Lehmann (Fn. 31), N 927 ff.; a.M. Vock (Fn. 47), S. 164.

⁸⁶ Im Bericht zum Vorentwurf der ZPO wird ausgeführt, dass mit «in guten Treuen» gemeint sei, dass die gesuchstellende Partei die Massnahme aus Gründen beantragt habe, die das Gesuch – aus damaliger Sicht – als sachlich gerechtfertigt erscheinen lassen. Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission vom Juni 2003, S. 133 (http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/staat_buerger/gesetzgebung/zivilprozess.Par.0006.File.tmp/vn-ber-d.pdf).

⁸⁷ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 21. Dezember 2007, in: BBl 2008, S. 1589 ff., 1684.

⁸⁸ Gl.M. Lehmann (Fn. 31), N 928.

⁸⁹ Meier (Fn. 46), S. 72 Fn. 24; Lehmann (Fn. 31), N 928.

⁹⁰ Vgl. dazu Art. 116 Abs. 1 lit. a E-ZPO.