

Vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit Generalversammlungen im Lichte der Rechtsprechung

Markus Vischer und Dieter Hofmann*

The present article takes a closer look at interim relief in connection with shareholders meetings and illustrates possible provisional measures on the basis of a number of precedents rendered by Swiss courts. In practice, it is often crucial to obtain interim relief in time in order to prevent «faits accomplis» that cannot be undone at a later stage, or only with great difficulty. The authors believe that the Swiss courts should, by

and large, take a more courageous position and grant interim relief more often, but should also not hesitate to lift such relief if they realise that the conditions for granting it are no longer given. This is against the background that without swift legal protection in an urgent matter, the law and the protection by it remain a mere paper tiger.

Inhaltsübersicht

- I. Gegenstand dieses Beitrags
- II. Ausgangslage, Zweck und Hauptarten von vorsorglichen Massnahmen
 1. Einstweiliger Rechtsschutz – keine Definitiva
 2. Vorsorgliche Massnahmen vor und während des Hauptverfahrens
 3. Superprovisorische Massnahmen
 4. Exkurs: Vorsorgliche Massnahmen von staatlichen Gerichten und von Schiedsgerichten – «Emergency Arbitration»
- III. Voraussetzungen einer vorsorglichen Massnahme
- IV. Inhalt einer vorsorglichen Massnahme
- V. Mögliche vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit einer Generalversammlung
 1. Vorsorgliche Massnahmen vor der Generalversammlung
 2. Vorsorgliche Massnahmen nach der Generalversammlung
 3. Besonderheiten bei Aktionärbindungsverträgen
 4. Schlussfolgerungen
- VI. Exkurs: Handelsregistersperre

I. Gegenstand dieses Beitrags

Der vorliegende Beitrag beleuchtet vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit Generalversammlungen und illustriert solche Massnahmen anhand zahlreicher Beispiele aus der Rechtsprechung.

II. Ausgangslage, Zweck und Hauptarten von vorsorglichen Massnahmen

1. Einstweiliger Rechtsschutz – keine Definitiva

Prozesse zur Durchsetzung von Ansprüchen dauern in aller Regel einige Zeit. Oftmals wird aber Rechtsschutz praktisch illusorisch, wenn er erst nach Jahr und Tag gewährt wird.¹ Um die Zeit bis zum Vorliegen eines vollstreckbaren bzw. rechtskräftigen Entscheids zu überbrücken, können vorsorgliche Massnahmen angebeht und gewährt werden. Vorsorgliche Massnahmen sind somit ein Element des einstweiligen bzw. vorläufigen Rechtsschutzes:² Sie gewähren vorläufigen Schutz bis zum Vorliegen eines definitiven Entscheides. Es liegt dementsprechend in der Natur von vorsorglichen Massnahmen, dass *Definitiva*, d.h. definitive Anordnungen nicht zulässig sind. Dies schliesst aber (heute) Leistungsmassnahmen nicht (mehr) grundsätzlich aus.³

Beispiele:

- Unzulässig: Vorsorgliche Feststellung der Nichtigkeit und vorsorgliche Aufhebung einer Generalversammlung über eine bedingte Kapitalerhöhung (ZR 2012 310);

¹ Vgl. auch *Thomas Sprecher*, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Basel 2013, Vor Art. 261–269 N 2; *Lucius Huber*, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 261 N 1.

² Vgl. auch *Sprecher* (Fn. 1), Vor Art. 261–269 N 1.

³ Vgl. näher hinten IV. insbes. bei Fn. 31 sowie OGER ZH, II. ZK, LF150071, vom 26.1.2016; BGE 141 III 564, E. 4.2.2.; BGE 138 III 728, E. 2.7; BGE 131 III 473 E. 2.2 f.; anders noch die ältere Praxis und Lehre.

* Dr. iur. *Markus Vischer* und lic. iur. *Dieter Hofmann* sind Rechtsanwälte in Zürich.

- Zulässigkeit fraglich: Suspendierung von Verwaltungsräten und vorsorgliche Aufhebung von Stimmrechtsaktien (offengelassen in ZR 1981 135; Entscheid der Vorinstanz auf Abweisung der vorsorglichen Massnahme wegen ungünstiger Hauptsacheprognose geschützt).

2. Vorsorgliche Massnahmen vor und während des Hauptverfahrens

Vorsorgliche Massnahmen können von einem Gericht auf entsprechendes Gesuch hin schon vor Einleitung bzw. Rechtshängigkeit eines ordentlichen Verfahrens angebeht bzw. gewährt werden (vgl. auch Art. 263 ZPO) oder auch während eines bereits hängigen ordentlichen Verfahrens (sei es durch das mit der Hauptsache befasste Gericht oder durch ein anderes zuständiges Gericht).

3. Superprovisorische Massnahmen

Eine in der Praxis besonders wichtige Art einer vorsorglichen Massnahme ist die *superprovisorische* Massnahme. Sie ergeht sofort, ohne dass die Gegenseite angehört wird, d.h. sie wird *ex parte* erlassen (vgl. Art. 265 Abs. 1 ZPO). Sie setzt eine besonders hohe Dringlichkeit voraus. Ihr Erlass muss derart dringlich sein, dass keine Zeit mehr besteht, die Gegenseite anzuhören, bzw. dass die Massnahme bei einer solchen vorgängigen Anhörung vereitelt würde (vgl. Art. 265 Abs. 1 ZPO).⁴

Beispiele:

- Superprovisorisches Verbot des von der Generalversammlung (nach Nichteinladung des Klägers) beschlossenen Verkaufs von Aktien und der von der Generalversammlung beschlossenen Dividendenausschüttung unmittelbar nach der Versammlung, begründet mit der «Notwendigkeit eines Überraschungseffekts» (ZR 2016 24, 4.12.2015, E. 3);
- Superprovisorisches Verbot (u.a.) der Ausübung von Stimmrechten betreffend eine in vier Tagen stattfindende Generalversammlung (ZR 2013 251, 24.6.2013).

4. Exkurs: Vorsorgliche Massnahmen von staatlichen Gerichten und von Schiedsgerichten – «Emergency Arbitration»

Vorsorgliche Massnahmen können vom jeweils zuständigen staatlichen Gericht gewährt werden. Sie können aber – liegt eine entsprechende Schiedsabrede vor – auch durch ein Schiedsgericht erlassen werden. Für die Schweiz ist die entsprechende parallele bzw. konkurrierende Kompetenz der staatlichen Gerichte und des Schiedsgerichts für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen seit längerem erstellt.⁵

In neuerer Zeit haben diverse Schiedsordnungen, so insbesondere auch die beiden für die Schweiz besonders relevanten Schiedsordnungen der ICC (Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer) und die sogenannten «Swiss Rules» (Internationale Schweizerische Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution), das Institut der sogenannten «Emergency Arbitration»⁶ eingeführt. Dadurch sollte die zuvor bestehende Lücke im einstweiligen Rechtsschutz durch ein Schiedsgericht bis zu dessen Konstituierung geschlossen werden.⁷ Denn es dauert jeweils einige Zeit, in der Praxis je nach den Umständen durchaus mehrere Monate, bis das Schiedsgericht konstituiert ist. Vor Einführung der Emergency Arbitration war es nicht möglich, in dieser Vorphase vorsorglichen Rechtsschutz durch das Schiedsgericht zu erhalten (d.h., es blieb gegebenenfalls nur der Gang zum staatlichen Richter). Die Emergency Arbitration schliesst nun diese Lücke: Der Emergency Arbitrator wird von der vereinbarten Schiedsinstitution (bei Anwendbarkeit der Swiss Rules somit durch den Gerichtshof, Art. 43 Abs. 2 Swiss Rules) ernannt und hat (unter den Swiss Rules) innerhalb von 15 Tagen nach Zustellung der Akten eine Entscheidung zu fällen (Art. 43 Abs. 7 Swiss Rules). Hervorzuheben ist, dass die Swiss Rules, im Unterschied zu den ICC Rules, grundsätzlich auch den

⁴ Vgl. betr. superprovisorische Massnahmen z.B. *Sprecher* (Fn. 1), Vor Art. 261–269 N 3; *Huber* (Fn. 1), Art. 265 N 7 ff.

⁵ Vgl. statt vieler: *Bernhard Berger/Franz Kellerhals*, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3rd ed., Berne 2015, N 1273; siehe auch Art. 374 Abs. 1 ZPO und Art. 183 Abs. 1 IPRG.

⁶ Auf Deutsch «Dringlichkeitsschiedsrichter», «Eilschiedsrichter» bzw. «Notfallschiedsrichter».

⁷ Vgl. *Berger/Kellerhals* (Fn. 5), N 1285.

Erlass von vorsorglichen Massnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei, also *ex parte*, zulassen.⁸

Im Ergebnis hat ein Gesuchsteller bei Vorliegen einer entsprechenden Schiedsabrede auch schon vor Konstituierung des Schiedsgerichts die Möglichkeit, vorsorglichen Rechtsschutz nicht nur beim staatlichen Richter, sondern auch beim Emergency Arbitrator zu verlangen. Zu beachten ist allerdings, dass ein Schiedsgericht bzw. ein Emergency Arbitrator keine Befugnisse hat, verbindliche Anordnungen gegenüber (durch die Schiedsabrede nicht gebundenen) Dritten zu erlassen, und dass vorsorgliche Entscheide eines Schiedsgerichts bzw. eines Emergency Arbitrators nicht vollstreckt werden können (sie fallen insbesondere nicht unter das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche). In der Praxis werden solche vorsorglichen Massnahmen von den Parteien aber oftmals freiwillig befolgt.⁹

III. Voraussetzungen einer vorsorglichen Massnahme

Jede vorsorgliche Massnahme setzt grundsätzlich ein Vierfaches voraus (kumulativ), nämlich:

- Verfügungsanspruch;
- Verfügungsgrund;
- Dringlichkeit und
- Verhältnismässigkeit.¹⁰

Ein Gesuchsteller hat somit zunächst darzulegen (bzw. glaubhaft zu machen, vgl. dazu näher unten, bei Fn. 25), dass er über einen materiellrechtlichen Anspruch verfügt, eben den genannten Verfügungs-

anspruch (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO).¹¹ Des Weiteren hat er darzulegen, dass dieser Anspruch verletzt oder eine solche Verletzung zu befürchten ist und dass ihm daraus ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (sog. Verfügungsgrund, Art. 261 Abs. 1 lit. a und b ZPO).¹² Die Prüfung dieser Voraussetzungen verlangt eine sogenannte *Hauptsa- cheprognose* und eine sogenannte *Nachteilsprognose*: Es ist somit zum einen zu prüfen, ob der materiellrechtliche Anspruch begründet ist bzw. im Hauptprozess geschützt würde, aber nur in einem erleichterten Masse: Das Gericht hat nur festzustellen, ob der Anspruch den sog. *fumus boni iuris* hat.¹³ Zum anderen ist zu prüfen, ob dem Gesuchsteller ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, wenn die vorsorgliche Massnahme nicht gewährt wird.¹⁴ Oder anders, einfacher gesagt: Der Verfügungsanspruch ist das, was man im Hauptverfahren erreichen möchte, und der Verfügungsgrund ist, was man mit der vorsorglichen Massnahme abwehren möchte.

Der Nachteil kann materieller oder immaterieller Natur sein, wobei bei einem bloss finanziellen Nachteil allerdings Zurückhaltung geboten ist.¹⁵ Jedoch kann ein schwierig zu ermittelnder Schaden unter Umständen als relevanter Nachteil angesehen werden.¹⁶ Ein Nachteil kann sodann z.B. auch in einem Verlust der Möglichkeit oder der Gefährdung des Realvollzugs eines Vertrags liegen.¹⁷ Der Nachteil muss, wie erwähnt, nicht leicht wiedergutzumachen sein. Damit ist bereits gesagt, dass bei der Prüfung des Nachteils die Möglichkeit der Rückgängigmachung zu berücksichtigen ist. Diese ist z.B. schwieriger bei beabsichtigter Auflösung einer Aktiengesellschaft oder einer Kapitalerhöhung unter Entzug des Be-

⁸ Vgl. *Andrea Meier*, in: Tobias Zuberbühler/Christoph Müller/Philipp Habegger (Hrsg.), *Swiss Rules of International Arbitration Commentary*, 2nd ed., Zurich 2013, Art. 43 Swiss Rules N 51.

⁹ *Bernd Ehle*, *Emergency Arbitration in Practice*, in: Christoph Müller/Antonio Rigozzi (Hrsg.), *New Development in International Commercial Arbitration 2013*, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 101.

¹⁰ Vgl. betr. Voraussetzungen z.B. *Sprecher* (Fn. 1), Art. 261 N 10. Zu den Voraussetzungen von vorsorglichen Massnahmen kann man sodann, in Ergänzung zu den oben angeführten, auch eine ggfs. angeordnete Sicherheitsleistung (vgl. Art. 264 Abs. 1 ZPO) zählen, vgl. z.B. *Sabine Kofmel Ehrenzeller*, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), *Kurzkommentar ZPO*, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 261 N 4.

¹¹ Vgl. *Sprecher* (Fn. 1), Art. 261 N 15; *Kofmel Ehrenzeller* (Fn. 10), Art. 261 N 5 f.

¹² Vgl. *Sprecher* (Fn. 1), Art. 261 N 16; *Kofmel Ehrenzeller* (Fn. 10), Art. 261 N 7 f.

¹³ Vgl. *Kofmel Ehrenzeller* (Fn. 10), Art. 261 N 6.

¹⁴ Vgl. betr. Nachteil z.B. auch *Sprecher* (Fn. 1), Art. 261 N 25 ff.

¹⁵ Vgl. BGE 108 II 228 sowie auch *Huber* (Fn. 1), Art. 261 N 20.

¹⁶ Vgl. ZR 2015 102, E. 5.3.

¹⁷ Vgl. ZR 1980 245; *Huber* (Fn. 1), Art. 261 N 20; *Peter Forstmoser/Marcel Küchler*, *Aktionärbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis*, Zürich 2015, N 2051.

zugsrechts,¹⁸ hingegen einfacher bei der Wahl eines Verwaltungsrates.

Beim Nachteil mit zu berücksichtigen ist auch, ob gegebenenfalls andere Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, um das drohende Übel abzuwehren bzw. sich dagegen zu wehren.

Beispiele:

- Berücksichtigung einer möglichen Verantwortlichkeitsklage (ZR 2016 24, 27.3.2015, E. 7.7; KG ZG, ER, 20.3.2015, E. 5, i.S. Sika);
- Berücksichtigung einer möglichen Anfechtungsklage (OG ZG, II. ZK, 10.6.2015, E. 4.4.3, i.S. Sika; ZR 2012 56, E. 3); oder
- Berücksichtigung einer Handelsregistersperre¹⁹ (KG ZG, ER, 20.3.2015, E. 5, i.S. Sika).

Weitere Voraussetzungen einer vorsorglichen Massnahme sind Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit.²⁰ Beide kommen im Unterschied zum (Verfügungs-)Anspruch und Nachteil im Gesetzeswortlaut nicht explizit zum Ausdruck, sind aber implizit enthalten, so bezüglich Dringlichkeit in Art. 265 Abs. 1 ZPO betreffend superprovisorische Massnahmen («[b]ei besonderer *Dringlichkeit*») sowie bezüglich Verhältnismässigkeit in Art. 261 Abs. 1 ZPO: «Das Gericht trifft die *notwendigen* vorsorglichen Massnahmen» und Art. 262 ZPO: «Jede gerichtliche Anordnung, die *geeignet* ist...» (alle Hervorhebungen hinzugefügt).

Dringlichkeit ist namentlich bei einer in nächster Zeit anstehenden Generalversammlung in der Regel zu bejahen.

Verhältnismässigkeit setzt im Einzelnen voraus, dass die angebehrte Massnahme *geeignet* ist,²¹ dass sie *erforderlich* ist²² und dass eine *Abwägung* der relevanten *Interessen*²³ für ihre Anordnung spricht.

Beispiel:

Eignung und Erforderlichkeit sind zu verneinen, wenn ein von der Generalversammlung beschlossener Aktienverkauf und eine Dividendenausschüttung zum grössten Teil bereits vollzogen sind (ZR 2016 24, 27.3.2015, E. 6.4 f., 7.4 ff.).

Bei der Interessenabwägung geht es um eine Abwägung zwischen dem Zweck der Massnahme und deren Wirkung bzw. Auswirkungen.

Im Rahmen der Interessenabwägung sind nicht nur die Interessen der Parteien relevant, sondern auch jene Dritter.²⁴ So sind z.B. relevant auch die Interessen der Aktiengesellschaft bei einer Anweisung an die Gesellschaft i.S. einer Anweisung an eine dritte Person gemäss Art. 262 lit. c ZPO.

Wie eingangs erwähnt, sind die (tatsächlichen) Voraussetzungen einer vorsorglichen Massnahme, insbesondere der Verfügungsanspruch und der Verfügungsgrund, nicht strikt zu beweisen, sondern *glaubhaft zu machen* (vgl. Art. 261 Abs. 1 ZPO). Beim Glaubhaftmachen handelt es sich – nach dem schönen Wort von *Johann Zürcher* – um den «Königsbegriff des Massnahmeverfahrens».²⁵ Nach prägnanter Formel bedeutet Glaubhaftmachen mehr als blosses Behaupten, aber weniger als striktes Beweisen, d.h., der Gesuchsteller hat einen Wahrscheinlichkeitsbeweis zu erbringen. Praktisch bedeutet dies, dass die Behauptungen mit objektiven Indizien sowie Belegen zu untermauern sind.²⁶

IV. Inhalt einer vorsorglichen Massnahme

Art. 262 ZPO regelt den möglichen Inhalt von vorsorglichen Massnahmen nicht abschliessend. Eine vorsorgliche Massnahme kann von ihrem Inhalt her «jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden» (Art. 262 ZPO, Ingress).²⁷ Vorsorgliche Massnahmen ergehen insbesondere als Verbot, als Anordnung zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands (d.h. als Gebot), als Anweisung an eine Registerbehörde oder an eine dritte Person, als Anordnung zu einer Sachleistung oder schliesslich als Anordnung zur Leistung einer Geldzahlung (letzteres aber nur in den vom Gesetz

¹⁸ *Forstmoser/Küchler* (Fn. 17), FN 52 bei N 2053.

¹⁹ Vgl. betr. Handelsregistersperre auch hinten VI.

²⁰ Vgl. betr. Dringlichkeit z.B. *Sprecher* (Fn. 1), Art. 261 N 39 ff.

²¹ *Sprecher* (Fn. 1), Art. 262 N 48.

²² *Sprecher* (Fn. 1), Art. 262 N 49.

²³ BGE 131 III 473, E. 2.3; *Huber* (Fn. 1), Art. 261 N 23; *Sprecher* (Fn. 1), Art. 262 N 47.

²⁴ Vgl. ZR 2016 24, 27.3.2015, E. 7.8.

²⁵ *Johann Zürcher*, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1998, S. 54. Vgl. betr. Glaubhaftmachen auch *Sprecher* (Fn. 1), Art. 261 N 50 ff.

²⁶ Vgl. betr. «Glaubhaftmachungsmittel» auch *Sprecher* (Fn. 1), Art. 261 N 60 ff.

²⁷ Vgl. betr. Inhalt von vorsorglichen Massnahmen z.B. auch *Kofmel Ehrenzeller* (Fn. 10), Art. 262 N 2 ff.

bestimmten Fällen); vgl. Art. 262 lit. a–e ZPO.²⁸ Hinsichtlich Art. 262 lit. e ZPO (Leistung einer Geldzahlung) ist zu beachten, dass von der dort vorgesehenen vorläufigen Zahlung die Sicherung der Vollstreckung einer Forderung in Geld zu unterscheiden ist. Diese erfolgt nämlich abschliessend durch den im SchKG geregelten Arrest (Art. 271 ff. SchKG, vgl. den ausdrücklichen Vorbehalt in Art. 269 lit. a ZPO). Ansprüche auf Geldzahlung können mithin grundsätzlich nicht mittels einer vorsorglichen Massnahme nach ZPO gesichert werden, weil dies einen verpönten «verkappten Arrest» darstellen würde.

Vom Inhalt her unterscheidet man traditionell zwischen Sicherungs-, Regelungs- und Leistungsmassnahmen.²⁹ Es ist aber schon länger erkannt, dass diese Massnahmen zum Teil nicht klar gegeneinander abgrenzbar sind.³⁰

Bei Leistungsmassnahmen geht es um die vorläufige Vollstreckung des behaupteten Anspruchs. Wie schon eingangs erwähnt, ist die frühere Auffassung, wonach eine solche vorläufige Vollstreckung einer Leistung grundsätzlich nicht möglich sei, seit einiger Zeit überholt.³¹ In der Praxis tritt die vorläufige Vollstreckung allerdings vor allem bei Unterlassungsansprüchen und bei Ansprüchen auf ein Dulden auf, seltener bei Ansprüchen auf ein positives Tun.³² Sodann ist die vorläufige Vollstreckung häufiger bei Dauerverträgen zu beobachten und seltener bei Verträgen über eine einmalige Leistung.³³

Beispiele:

- Verbot konkurrenzierender Tätigkeit zur vorläufigen Durchsetzung eines Konkurrenzverbots (BGE 131 III 473, E. 2.2);

- Gebot der vorläufigen Weitererfüllung eines Lizenzvertrags (BGE 133 III 360, E. 9.2.1);
- Gebot der Stimmabgabe in einer bestimmten Weise zur Durchsetzung einer Stimmbindung in einem Aktionärsbindungsvertrag (ZR 1984 139, E. 3).

In der Praxis ist es allerdings oftmals ein schmaler Grat zwischen einem (verpönten) Definitivum und einer (zulässigen) Leistungsmassnahme.

Bei der Anordnung von Leistungsmassnahmen werden daher generell erhöhte Anforderungen gestellt bzw. gilt es, besondere Zurückhaltung walten zu lassen.³⁴

Solche erhöhte Anforderungen können dabei an den Nachteil gestellt werden, oder auch an die Dringlichkeit, oder an die Verhältnismässigkeit (d.h. insbesondere Erfordernis einer besonders sorgfältigen Interessenabwägung).³⁵ Es können aber auch erhöhte Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden.³⁶ Umgekehrt lässt sich sagen, dass bei der Anordnung von Sicherungsmassnahmen im Allgemeinen keine hohen Anforderungen gestellt werden.³⁷ Hingegen werden generell erhöhte Anforderungen gestellt bzw. ist besondere Zurückhaltung gefordert, wenn es um eine Anweisung an eine dritte Person geht.³⁸

V. Mögliche vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit einer Generalversammlung

In der Praxis stellt sich die Frage der Verletzung von Aktionärsrechten oft im Zusammenhang mit einer Generalversammlung. Sehr oft steht eine solche Verletzung im Zusammenhang mit einer Nichteinladung oder Nichtzulassung zur Generalversammlung, wobei oft auch die Eigenschaft als Aktionär streitig ist.³⁹

Die Autoren gehen davon aus, dass solche Fälle nach Inkrafttreten von Art. 697i ff. OR noch zuneh-

²⁸ Ein Beispiel für die Leistung einer Geldzahlung i.S.v. Art. 262 lit. e ZPO ist die Verpflichtung, Beiträge an den Unterhalt eines Kindes vorläufig zu zahlen; *Kofmel Ehrenzeller* (Fn. 10), Art. 262 N 13.

²⁹ Vgl. betr. die genannten Arten z.B. *Kofmel Ehrenzeller* (Fn. 10), Art. 262 N 6 ff.; *Sprecher* (Fn. 1), Art. 262 N 2 ff.; *Andreas Güngerich*, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 261 N 9, Art. 262 N 5 ff.

³⁰ Vgl. auch BGE 131 III 473, E.2.2.

³¹ Früher galt noch, dass eine vorsorgliche Massnahme eine Vollstreckung des behaupteten Anspruchs nicht vorwegnehmen dürfe; dies ist heute, wie bereits erwähnt, überholt; vgl. auch *Sprecher* (Fn. 1), Art. 262 N 4.

³² *Sprecher* (Fn. 1), Art. 262 N 5 ff.; *Güngerich* (Fn. 29), Art. 262 N 8.

³³ ZR 2014 107, E. 8.

³⁴ BGE 133 III 360, E. 9.2.1; BGE 131 III 473, E. 2.3; ZR 2014 107, E. 7.

³⁵ BGer 4A_367/2008, E. 4.2.

³⁶ *Huber* (Fn. 1), Art. 261 N 25c; *Sprecher* (Fn. 1), Art. 262 N 49.

³⁷ ZR 2012 310, E. 7: «Keine allzu hohen Anforderungen».

³⁸ ZR 2013 211, E. 14.

³⁹ Z.B. ZR 2013 224.

men werden. Art. 697m OR sieht ein Ruhen der Mitgliedschaftsrechte, insbesondere der Stimmrechte, vor, wenn der Aktionär seinen Meldepflichten gemäss Art. 697i Abs. 1 OR oder Art. 697j Abs. 1 OR nicht nachkommt. Dabei stellt sich unter anderem auch die Frage, ob dies nur bei der Verletzung von Meldepflichten gilt oder auch bei anderen Pflichten. Streitig ist in diesem Zusammenhang insbesondere der *dies a quo*, nämlich, ob auf den Erwerb abzustellen ist oder auf den Tag einen Monat nach Erwerb. Überhaupt ist fast alles im Zusammenhang mit Art. 697i ff. OR Streitig, wie z.B. der Begriff der wirtschaftlich berechtigten Person, aber auch, welche Pflichten dem Verwaltungsrat nach Art. 697m Abs. 4 OR aus folgender Bestimmung erwachsen: «Der Verwaltungsrat stellt sicher, dass keine Aktionäre unter Verletzung der Meldepflichten ihre Rechte ausüben.»

Wie vorne ausgeführt (vgl. IV. bei Fn. 27), regelt Art. 262 ZPO den möglichen Inhalt einer vorsorglichen Massnahme nicht abschliessend. Möglich sind insbesondere Verbote, Gebote, Anweisungen an eine Registerbehörde oder an eine dritte Person, eine Sachleistung oder unter Umständen auch eine Geldleistung. Bei vorsorglichen Massnahmen im Zusammenhang mit Generalversammlungen stehen Gebote und Verbote sowie Anweisung an Dritte, namentlich an die involvierte Gesellschaft im Vordergrund. Zu einer gesondert geregelten Form einer Anweisung an eine Registerbehörde, nämlich der Handelsregister-sperre vgl. sodann hinten VI.

In sachlicher bzw. zeitlicher Hinsicht lassen sich zwei Hauptgruppen unterscheiden, nämlich vorsorgliche Massnahmen vor und solche nach der Generalversammlung.

1. Vorsorgliche Massnahmen vor der Generalversammlung

Vor einer Generalversammlung nehmen vorsorgliche Massnahmen insbesondere wie folgt Gestalt an:

Beispiele:

- Verbot der Ausübung von Stimmrechten betreffend bestimmte Aktien hinsichtlich einer in vier Tagen stattfindenden Generalversammlung und Anweisung an die Gesellschaft, bestimmte Aktien an der Generalversammlung als nicht vertreten zu berücksichtigen bzw. allfälligen Vertretern keine Televoter zur Verfügung zu stellen, gestützt auf Stimmbindung in Aktionärbindungsvertrag (ZR 2013 251: superprovisorisch gutgeheissen, als vorsorgliche Massnahme [mit kleiner Korrektur] ebenfalls gutgeheissen, schliesslich als gegenstandslos abgeschrieben);⁴⁰
- Verbot der Durchführung einer ordentlichen Kapitalerhöhung, gestützt auf angeblichen Rechtsmissbrauch (ZR 2012 56: abgewiesen wegen fehlenden Verfügungsanspruchs);
- Verbot der Durchführung einer Versammlung, gestützt auf «unveräusserliches Teilnahmerecht» an der Versammlung bei umstrittenem Ausschluss? (ZR 1986 265 [Vereinsrecht]: Entscheid der Vorinstanz auf Abweisung der vorsorglichen Massnahme wegen fehlendem relevantem Nachteil geschützt);
- Gebot der Wahl eines Verwaltungsrates gestützt auf Stimmbindung in Aktionärbindungsvertrag (ZR 1984 139, E. 3: Entscheid der Vorinstanz auf Gutheissung der vorsorglichen Massnahme geschützt);
- Gebot/Verbot, an der Generalversammlung bestimmte Traktanden zu behandeln;
- Gebot/Verbot, an der Generalversammlung bestimmte Anträge zu behandeln;
- Unklar: Ist eine Anweisung an den Notar zulässig, z.B. Anweisung, einen bestimmten Beschluss nicht öffentlich zu beurkunden?

⁴⁰ Vgl. dazu auch *Forstmoser/Küchler* (Fn. 17), N 2059, welche dafürhalten, eine solche Massnahme dürfe, «wenn überhaupt – nur mit äusserster Zurückhaltung angeordnet» werden, da ein solcher Ausschluss auf der aktienrechtlichen Ebene einen Anfechtungs- oder gar Nichtigkeitsgrund setzen könne; kritisch auch *Michael Trippel/Nadja Jaisli Kull*, Das Investment in der Krise – Sind Aktionärbindungsverträge Schönwetterverträge, in: Dieter Gericke (Hrsg.), *Private Equity IV*, Zürich 2014, 226 ff.

2. Vorsorgliche Massnahmen nach der Generalversammlung

Nach der Generalversammlung treten vorsorgliche Massnahmen zumeist im Zusammenhang mit Nichtigkeits- oder Anfechtungsklagen betreffend Beschlüsse der Generalversammlung auf.

Beispiele:

- Verbot des von der Generalversammlung (nach Nichteinladung des Klägers) beschlossenen Verkaufs von Aktien und der von der Generalversammlung beschlossenen Dividendenausschüttung (ZR 2016 24: superprovisorisch gutgeheissen; als vorsorgliche Massnahme abgewiesen);
- Anweisung an Handelsregister, eine an der (angeblich nicht fristgerecht und auch sonst in Bezug auf Versammlungsort und Antragstellung nicht ordnungsgemäss einberufenen) Generalversammlung neu gewählte Verwaltungsrätin nicht einzutragen (ZR 2014 120: abgewiesen mangels relevantem Nachteil);
- Anweisung an Handelsregister, eine an der Generalversammlung (nach Nichteinladung des Klägers) neu gewählte Verwaltungsrätin und im Handelsregister bereits eingetragene Person, nämlich Frau A, einstweilen zu löschen und eine an Generalversammlung als Verwaltungsrat abgewählte und im Handelsregister bereits ausgetragene Person als Verwaltungsrat einstweilen wieder einzutragen, und Anweisung an Frau A, keine Handlungen für die Aktiengesellschaft vorzunehmen (ZR 2013 224: abgewiesen wegen ungünstiger Hauptsacheprognose und ungünstiger Nachteilsprognose);
- Anweisung an Handelsregister, eine an der Generalversammlung (angeblich rechtsmissbräuchlich) erfolgte ordentliche Kapitalerhöhung nicht einzutragen (ZR 2013 310: Infolge Gegenstandslosigkeit nach *contrarius actus* beschrieben);
- Anweisung an Handelsregister, eine an der Generalversammlung (unter angeblicher Missachtung eines qualifizierten Quorums) neu gewählte Verwaltungsrätin nicht ins Handelsregister einzutragen (ZR 2012 57: abgewiesen mangels relevantem Nachteil);
- Verbot an Beklagte 1 (Aktiengesellschaft), durch Beklagten 2 als Verwaltungsrat zu handeln; Verbot an Beklagten 2, als Verwaltungsrat zu handeln, Anweisung an Handelsregister, keine Mutationen bei der Beklagten 1 vorzunehmen,

die vom Beklagten 2 angemeldet werden (ZR 2011 158: Abweisung mangels Dringlichkeit und Notwendigkeit);

- Vorläufige Suspendierung zweier Verwaltungsräte und Aufhebung der Stimmrechtsaktien (ZR 1981 135: Entscheid der Vorinstanz auf Abweisung der vorsorglichen Massnahme mangels günstiger Hauptsacheprognose geschützt).

3. Besonderheiten bei Aktionärbindungsverträgen

Bei Aktionärbindungsverträgen ergeben sich jeweils bestimmte Besonderheiten. So treten bei Bestehen eines Aktionärbindungsvertrags vorsorgliche Massnahmen in der Praxis zumeist vor der Generalversammlung auf, seltener danach, obwohl unter Umständen nach bereits durchgeführter Generalversammlung auf deren Wiederholung geklagt werden kann und alsdann bestimmte vorsorgliche Massnahmen durchaus Sinn geben können.

Zu beachten ist, dass Beklagte(r) und Gesellschaft nicht identisch sind. Die Aktiengesellschaft kann bekanntlich rechtsgültig keine Pflicht zur Stimmbindung eingehen, auch wenn sie formell Partei eines Aktionärbindungsvertrags ist. Die Gesellschaft kann hingegen unter Umständen gewisse Rechte aus Stimmbindungen durch Aktionäre erwerben («Stillhalteabkommen»). Daraus ergibt sich die Frage, ob bei einer vorsorglichen Massnahme vor einer Generalversammlung im Sinne von Art. 262 lit. c ZPO neben einem Gebot bzw. Verbot an den bzw. die Beklagte(n) auch eine Anweisung an die Gesellschaft erfolgen soll (wie z.B. in ZR 2013 251).

Wie bereits ausgeführt (vgl. vorne IV. a.E.), sind bei Anweisungen an eine dritte Person erhöhte Anforderungen zu stellen bzw. hat man besondere Zurückhaltung walten zu lassen. Wesentlich weniger problematisch ist demgegenüber die Situation, in welcher alle Aktionäre Parteien des Aktionärbindungsvertrags sind.

Als Sanktion bei einer etwaigen Verletzung der vorsorglichen Massnahmen kommt insbesondere der indirekte Zwang (Art. 292 StGB) zum Tragen.⁴¹

⁴¹ Vgl. z.B. ZR 2014 82; vgl. dazu auch *Forstmoser/Küchler* (Fn. 17), N 2061, kritisch mit Blick auf den geringen Betrag der Busse.

Ob auch eine Ersatzvornahme zulässig ist, d.h. die Erteilung einer Vertretungsvollmacht an den Kläger oder an einen Dritten zur Stimmabgabe, ist umstritten.⁴² Ebenfalls umstritten ist, ob ein Entscheid auf Abgabe einer Willenserklärung zulässig ist.⁴³

4. Schlussfolgerungen

Es lassen sich nach dem Ausgeführten insbesondere die folgenden Schlussfolgerungen ziehen:

Bei vorsorglichen Massnahmen vor Durchführung einer Generalversammlung ergibt sich für das angerufene Gericht regelmässig ein grosses Dilemma: Vgl. ZR 2013 251, 26.6.2013, E. 7: «Dass [...] Anordnungen – gerade wenn es um Generalversammlungen geht – rechtliche Konsequenzen haben können, trifft zu. Gleiches gilt auch für den Nichterlass. *Tertium non datur.*» Mit anderen Worten: Lässt das angerufene Gericht die Stimmausübung zu, ergibt sich ein Anfechtungs- oder sogar Nichtigkeitsproblem. Lässt das Gericht hingegen die Stimmausübung nicht zu, so stellt sich in der Folge dasselbe Problem.⁴⁴

In dieser schwierigen Situation neigen Gerichte im Zeitraum vor Durchführung einer Generalversammlung zur Wahrung des *status quo*, d.h. dazu, keine vorsorglichen Massnahmen zu erlassen. Generell ist von den Gerichten allerdings mehr Mut zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen vor Durchführung einer Generalversammlung zu fordern, denn ein Rechtsschutz ohne solche ist zahnlos. Ebenso ist hier und dort auch (noch) mehr Mut zu fordern, wenn es darum geht, eine einmal (zumal superprovisorisch) erlassene Massnahme wieder unverzüglich aufzuheben, wenn sich herausstellt, dass sie nicht (mehr) gerechtfertigt ist. In der Praxis dauern Verfahren über vorsorgliche Massnahmen oft (zu) lange, wobei allerdings die Parteien bzw. deren Anwälte mit Fristerstreckungsgesuchen auch ihren Teil beitragen.

Allerdings muss der in Frage stehende Beschluss der Generalversammlung eine gewisse Tragweite ha-

ben, um eine vorsorgliche Massnahme rechtfertigen zu können, insbesondere hinsichtlich der Schwierigkeit einer Rückgängigmachung. Generell lässt sich feststellen, dass die Gerichte wenig Bereitschaft zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen zeigen, wenn es «nur» um die Wahl eines Verwaltungsrates bzw. um die Abwahl eines solchen geht.⁴⁵

Im Zeitraum vor Durchführung einer Generalversammlung sollte sodann vermehrt ein (temporäres) Verbot der Generalversammlung bzw. ein Verbot der Behandlung des entsprechenden Traktandums ins Auge gefasst werden, anstatt eine bestimmte Stimmausübung anzuordnen oder zu verbieten.

VI. Exkurs: Handelsregistersperre

Mit der Handelsregistersperre (Art. 162 ff. HRegV) lässt sich mittels eines einfachen schriftlichen Einspruchs ohne Begründung beim Handelsregisteramt eine provisorische Sperre des Handelsregisters erreichen.⁴⁶ Mit anderen Worten genügt ein Schreiben mit wenigen Zeilen, um das Handelsregister zu blockieren. Es ist zwar eine Prosequierung innert zehn Tagen erforderlich, ansonsten fällt die provisorische Sperre dahin. Diese Prosequierung erfolgt nun aber nicht etwa durch eine vom Gericht gegebenenfalls superprovisorisch angeordnete Handelsregistersperre, sondern vielmehr lediglich durch ein blosses Gesuch beim zuständigen Gericht um Erlass einer Handelsregistersperre als vorsorgliche Massnahme. Mit anderen Worten genügt es, zunächst ein kurzes Schreiben an das Handelsregister zu richten und alsdann ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen zu stellen. Die Hürden zum Erwirken und vorläufigen Erhalt einer Registersperre sind somit sehr tief gesetzt. Hieraus ergeben sich in der Praxis etliche Probleme, insbesondere aufgrund zum Teil sehr lange dauernder Verfahren über vorsorgliche Massnahmen. Weiter stellt sich das Problem konsekutiver schriftli-

⁴² Vgl. dazu näher *Forstmoser/Küchler* (Fn. 17), N 2064 f.; vgl. dort auch Hinweis auf die Situation, wenn nur Aktionäre als Stellvertreter zugelassen sind, und Hinweis auf die Situation bei Inhaberaktien, a.a.O., Fn. 78.

⁴³ *Forstmoser/Küchler* (Fn. 17), N 2067 ff. für Zulässigkeit, mit Hinweis, dass Unterschied zur Ersatzvornahme gering ist; s. auch Nachweise bei *Trippel/Jaisli Kull* (Fn. 40), bei Fn. 67.

⁴⁴ S. auch ZR 1965 242: Grund für Nichtzulassung zur Stimmausübung irrelevant für (Nichtigkeits-/) Anfechtungsklage.

⁴⁵ OG ZG, II. ZK, 10.6.2015, i.S. Sika; ZR 2014 120; ZR 2013 224; ZR 2012 57; ZR 2011 158; ZR 1986 265 (Vereinsrecht); anders ZR 2014 82; ZR 2013 251; ZR 1984 139.

⁴⁶ Vgl. betr. Handelsregistersperre *Antonio Carbonara*, Kommentar zu Art. 162 und 163 der Handelsregisterverordnung, in: Handelsregisterverordnung (HRegV), Stämpfli Handkommentar, Bern 2013, S. 1445 ff.

cher Einsprüche (*Druey* spricht hier zu Recht von «Gratis-Terror»⁴⁷).

Nicht geklärt ist, ob eine Handelsregistersperre nur bezüglich Handelsregistereinträgen mit konstitutiver Wirkung möglich ist oder nicht. Je nachdem wäre eine Handelsregistersperre nicht möglich bei Auflösungsentscheiden oder bei Wahlen bzw. Abwahlen im Verwaltungsrat, bei welchen nach h.L. der Handelsregistereintrag jeweils bloss deklaratorisch ist.⁴⁸

Angesichts der sich in der Praxis ergebenden Probleme aufgrund der heutigen Ausgestaltung der Handelsregistersperre i.S. von Art. 162 ff. HRegV ist deren Abschaffung bzw. deutliche Reform zu fordern. Grundsätzlich würde dabei die Regelung gemäss Art. 261 ff. ZPO (insbesondere Art. 262 lit. c ZPO: «Anweisungen an eine Registerbehörde») genügen.

⁴⁷ *Jean Nicolas Druey*, Mängel des GV-Beschlusses, in: Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, S. 158 Fn. 105.

⁴⁸ Liquidationsentscheid: *Christoph Stäubli*, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 741 N 7; Wahlen/Abwahlen in Verwaltungsrat: BGer 4A_95/2015, E. 2.2.2.