



<b>Fall-Nr.:</b>	HG.2018.108
<b>Stelle:</b>	Handelsgericht
<b>Rubrik:</b>	Handelsgericht
<b>Publikationsdatum:</b>	14.08.2018
<b>Entscheiddatum:</b>	14.08.2018

### **Entscheid Handelsgericht, 14.08.2018**

**Teilentscheid vom 14. August 2018; HG.2018.108-HGP**

Der Entscheid befindet sich in anonymisierter Fassung im angehängten PDF.

# Handelsgerichtspräsident

## Anonymisierte Fassung

Teilentscheid vom 14. August 2018

---

Geschäftsnr.

HG.2018.108-HGP

---

Verfahrens-  
beteiligte

**G,**

**Gesuchsteller 1,**

**P,**

**Gesuchsteller 2,**

beide vertreten von Rechtsanwalt Prof. Dr. Urs Schenker und  
Rechtsanwältin Sophie Püschel-Arnold, Walder Wyss AG,  
Seefeldstrasse 123, Postfach, 8034 Zürich,

gegen

**H AG,**

**Gesuchsgegnerin,**

vertreten von Rechtsanwalt Dr. Eugen Mätzler, Schwager Mätzler  
Schneider, Poststrasse 23, Postfach 1936, 9001 St. Gallen,

---

Gegenstand

**vorsorgliche Massnahme**  
(Handelsregistersperre und Kapitalerhöhung)

## Rechtsbegehren der Gesuchsteller:

### Gemäss Eingabe vom 9. Juli 2018:

1. Es sei das Handelsregisteramt des Kantons St. Gallen anzuweisen, bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides über die Nichtigklärung bzw. Anfechtung der Beschlüsse der Generalversammlung vom 27. Juni 2018 bei der Gesuchsgegnerin keine Mutation betreffend Kapital oder Statuten einzutragen und die am 27. Juni 2018 errichtete Handelsregistersperre aufrecht zu erhalten.
2. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Gesuchsgegnerin.

### Gemäss Ergänzung vom 20. Juli 2018:

Es sei der Gesuchsgegnerin zu untersagen, bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides über die Nichtigklärung bzw. Anfechtung der Beschlüsse der Generalversammlung vom 27. Juni 2018 irgendwelche Vorbereitungs- und/oder Durchführungshandlungen mit Bezug auf die Erhöhung des Kapitals vorzunehmen und insbesondere die mit Schreiben vom 10. Juli 2018 angedrohte Zuweisung von Bezugsrechten an andere Aktionäre bei Nichtausübung der Bezugsrechte und Einzahlung innert der bis 15. August 2018 angesetzten Frist vorzunehmen.

### Rechtsbegehren der Gesuchsgegnerin zur Gesuchsergänzung vom 20. Juli 2018:

1. Das Begehren gemäss Gesuch vom 20. Juli 2018 sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuer, zu Lasten der Gesuchsteller, unter solidarischer Haftbarkeit.

## **Erwägungen**

### **I.**

1. Gemäss unbestrittener Angaben der Gesuchsteller hält K 60% der Aktien der Gesuchsgegnerin. Die beiden Gesuchsteller halten zusammen die restlichen 40% der Aktien zu gleichen Teilen.
2. Mit Eingabe vom 9. Juli 2018 beantragten die Gesuchsteller die Prosequierung einer beim Handelsregisteramt erwirkten Handelsregistersperre. Sie machten im Wesentlichen geltend, am 27. Juni 2018 habe die Gesuchsgegnerin beschlossen, ihr Kapital von Fr. 100'000.00 um Fr. 1'000'000.00 auf Fr. 1'100'000.00 zu erhöhen. Dieser Beschluss sei nichtig bzw. anfechtbar. Dies namentlich, weil die neuen Aktien zu einem Preis von Fr. 1'000.00 pro Stück ausgegeben werden sollen, obwohl der Substanzwert pro Aktie Fr. 96'000.00 betrage. Der Kapitalerhöhungsbeschluss bringe die Gesuchsteller zudem in eine Zwangslage. Entweder würden sie die Verwässerung des

Wertes ihrer Aktien und damit die entsprechende Vermögenseinbusse hinnehmen oder sie würden die je Fr. 200'000.00 einzahlen.

3. Mit Eingabe vom 20. Juli 2018 ergänzten die Gesuchsteller ihr Gesuch mit dem eingangs wiedergegebenen neuen Rechtsbegehren. Sie informierten in der Eingabe darüber, dass der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 10. Juli 2018 den Aktionären mitgeteilt habe, er werde die beschlossene Kapitalerhöhung durchführen. Zu diesem Zweck habe er den Gesuchstellern eine Frist bis 15. August 2018 gesetzt, um durch Zeichnung und Liberierung der Aktien von ihrem Bezugsrecht Gebrauch zu machen. Zugleich sei den Gesuchstellern angedroht worden, dass nach Ablauf der Frist Verzicht auf die nicht genutzten Bezugsrechte angenommen werde, und diese gemäss Beschluss der Generalversammlung den ausübenden Aktionären entsprechend ihrer bisherigen Beteiligung zugewiesen würden. Die Gesuchsteller würden damit gezwungen, die Kapitalerhöhung mitzumachen, obwohl der Beschluss nichtig bzw. anfechtbar sei. Ihnen bliebe nur die Wahl entweder die Aktien zu zeichnen und den Ausgabebetrag zu leisten und damit die Kapitalerhöhung mitzumachen oder die Verwässerung des Wertes der Aktien hinzunehmen, müssten doch die Aktien bedingungslos gezeichnet und einbezahlt werden. Eine Einlagenrückgewähr sei ausgeschlossen.

4. Mit Eingabe vom 8. August 2018 äusserte sich die Gesuchsgegnerin zur Gesuchsergänzung vom 20. Juli 2018. Die Frist zur Einreichung der Gesuchsantwort zu den Rechtsbegehren vom 9. Juli 2018 läuft noch. In ihrer Eingabe brachte die Gesuchsgegnerin vor, der Verwaltungsrat sei verpflichtet, die Kapitalerhöhung innert drei Monaten durchzuführen und dem Handelsregisteramt anzumelden, ansonsten der Generalversammlungsbeschluss hinfällig werde. Der Verwaltungsrat könne somit mit der Durchführung der Kapitalerhöhung nicht zuwarten. Zudem sei die Befürchtung der Gesuchsteller, sie würden im Falle einer Aufhebung bzw. Nichtigkeitklärung des Beschlusses der Generalversammlung vom 27. Juni 2018 ihr einbezahltes Geld nicht zurückerhalten, unbegründet. Solange die Kapitalerhöhung nicht im Handelsregister eingetragen sei, gelte das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht. Die Gesellschaft erhalte erst Zugriff auf das Konto, auf den der Kaufpreis für die zu liberierenden Aktien einbezahlt werde, nachdem der Kapitalerhöhungsbeschluss im Handelsregister eingetragen worden sei.

## II.

Die Gerichte des Kantons St. Gallen sind für die Beurteilung einer allfälligen Klage auf Nichtigkeitklärung oder Anfechtung der an der Generalversammlung vom 27. Juni 2018 beschlossenen Kapitalerhöhung zuständig, da die Gesuchsgegnerin Sitz in M hat (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO). Abgeleitet aus dieser Zuständigkeit in der Hauptsache ist der Präsident des Handelsgerichts St. Gallen örtlich und sachlich zuständig für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen (Art. 13 lit. a ZPO, Art. 6 Abs. 5 i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO und Art. 11 EG ZPO).

### III.

1. Zurecht weist die Gesuchsgegnerin darauf hin, dass der Verwaltungsrat verpflichtet sei, die beschlossene Kapitalerhöhung innert drei Monaten durchzuführen (Art. 650 Abs. 3 OR). Innert dieser Frist muss der Verwaltungsrat insbesondere, die Statutenänderung und seine Feststellungen beim Handelsregisteramt zur Eintragung anmelden. Mit der Anmeldung sind die öffentlichen Urkunden über die Beschlüsse der Generalversammlung und des Verwaltungsrates mit den Beilagen sowie eine beglaubigte Ausfertigung der geänderten Statuten einzureichen. Aktien, die vor der Eintragung der Kapitalerhöhung ausgegeben werden, sind nichtig; die aus der Aktienzeichnung hervorgehenden Verpflichtungen werden dadurch nicht berührt (Art. 652h OR). Dem Verwaltungsrat darf deshalb die Durchführung der Kapitalerhöhung nicht leichthin untersagt werden, da diesfalls eine beschlossene Kapitalerhöhung schon deshalb dahinfällt, weil sie nicht innert der gesetzlichen Frist durchgeführt werden kann. Das Hauptverfahren würde damit gegenstandslos. Dabei kommt es entgegen dem Wortlaut der Bestimmung von Art. 650 Abs. 3 OR bei richtigem Verständnis der Norm nicht auf den Zeitpunkt der Eintragung der Kapitalerhöhung an (vgl. die spätere und präzisere Formulierung zur GmbH in Art. 781 Abs. 4 OR). Vielmehr soll die Regelung sicherstellen, dass der Verwaltungsrat eine beschlossene Kapitalerhöhung rasch durchführt, damit diese klar von der genehmigten Kapitalerhöhung abgegrenzt werden kann. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass der Verwaltungsrat die Durchführung einer beschlossenen Kapitalerhöhung hinauszögert und damit deren Wirkung faktisch einer genehmigten Kapitalerhöhung gleich setzt (vgl. BSK-ZINDEL/ISLER, Art. 650 OR N 35). Diesem Zweck ist Genüge getan, wenn der Verwaltungsrat die Kapitalerhöhung fristgerecht durchführt und rechtzeitig dem Handelsregisteramt anmeldet (TRÜEB, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 781 OR N 11 und BSK-ZINDEL/ISLER, Art. 650 OR N 36). Kann die Eintragung nicht innert Frist erfolgen, weil eine Handelsregistersperre besteht, so bleibt die Kapitalerhöhung selbst dann gültig, wenn die Eintragung erst nach aufgehobener Sperre erfolgen kann. Mit anderen Worten ist in diesem Fall die Frist von Art. 650 Abs. 3 OR eingehalten.

2. Zu Unrecht befürchten die Gesuchsteller, der auf das Liberierungskonto einzuzahlende Betrag werde stets in Aktien umgewandelt und könne ihnen nicht mehr zurückerstattet werden, wenn sich der Beschluss zur Erhöhung des Aktienkapitals als ungültig erweise, d.h. nichtig sei oder erfolgreich angefochten werde. Die Kapitalerhöhung gilt erst als erfolgt, wenn sie ins Handelsregister eingetragen bzw. die entsprechende Publikation im SHAB erfolgt ist (BSK-ZINDEL/ISLER, Art. 652h OR N 6), wobei in diesem Zusammenhang nicht auf die blosse Anmeldung, sondern auf den tatsächlichen Eintrag abzustellen ist. Das zeigt sich unter anderem am Umstand, dass zuvor ausgegebene Aktien nichtig sind. Zwar werden die aus der Aktienzeichnung hervorgehenden Verpflichtungen dadurch nicht berührt. Dies gilt jedoch nur unter dem Vorbehalt, dass es überhaupt Aktien zu zeichnen gibt. Sollte sich der Beschluss als ungültig erweisen, gibt es auch keine Aktien zu zeichnen und die auf das Liberierungskonto einbezahlten Beträge sind zurückzuerstatten. Dementsprechend erklärte denn auch die Bank, bei der das Konto zur Liberierung der Aktien eingerichtet wurde, dass sie den Betrag der Gesuchsgegnerin erst aushändigen werde, wenn die Kapitalerhöhung im Handelsregister eingetragen sei. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass ein Teil der Lehre die Meinung vertritt, im

Innenverhältnis trete die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung bereits mit dem definitiven internen Abschluss des Erhöhungsvorgangs ein (vgl. Art. 652g Abs. 1 OR; so etwa BSK-ZINDEL/ISLER, Art. 652h OR N 6). Zum einen dürfte im Verhältnis zur Bank, welche das liberierte Kapital verwahrt, die Aussenwirkung massgebend sein und aufgrund ihrer Erklärung ist nicht anzunehmen, dass sie der Gesellschaft das Geld früher aushändigen wird. Zudem gibt es gewichtige Stimmen, die auch für die Wirkung im Innenverhältnis die Eintragung im Handelsregister für massgeblich erachten (so etwa BÖCKLI, Schweizerisches Aktienrecht, 4. Aufl., § 1 Rz. 616). Zum anderen stellen selbst diejenigen Stimmen in der Lehre, welche die Wirkung im Innenverhältnis früher eintreten lassen wollen, diese unter die Bedingung der nachträglichen Eintragung ins Handelsregister (vgl. BSK-ZINDEL/ISLER, Art. 652h OR N 6 zu den Stimmenverhältnissen an der Generalversammlung). Unterbleibt mit anderen Worten die Eintragung der Kapitalerhöhung definitiv, so fallen auch im Innenverhältnis sämtliche Wirkungen der Kapitalerhöhung dahin. Das kann nichts anderes bedeuten als die Rückzahlung des liberierten Aktienkapitals, wenn das Gericht feststellen sollte, dass der Generalversammlungsbeschluss vom 27. Juni 2018 ungültig ist und das Handelsregisteramt anweist, die Kapitalerhöhung trotz allenfalls korrekter Anmeldung und vollständiger Unterlagen nicht im Handelsregister einzutragen.

3. Aus der Interessenlage der Parteien ergibt sich somit, dass dem Verwaltungsrat nicht zu verbieten ist, die notwendigen Handlungen zur Durchführung der Kapitalerhöhung bis und mit Anmeldung beim Handelsregisteramt durchzuführen. Da es sich bei der Frist von Art. 650 Abs. 3 OR um eine Verwirkungsfrist handelt, überwiegt das Interesse der Gesellschaft, die Kapitalerhöhung bis und mit der Anmeldung an das Handelsregisteramt vorbereiten zu können, das Interesse der Gesuchsteller, die Aktien nicht vorgängig zeichnen und liberieren zu müssen, weil der Generalversammlungsbeschluss ungültig sein könnte. Die Gesuchsteller erleiden dadurch keinen Nachteil, der ein Verbot zu rechtfertigen vermöchte. Zeigt sich nämlich im Hauptverfahren, dass der an der Generalversammlung vom 27. Juni 2018 gefasste Beschluss, das Kapital zu erhöhen, gültig ist, ist nicht ersichtlich, warum die Gesuchsteller mit der Zeichnung der Aktien und deren Liberierung zuwarten dürften. Wird der Beschluss jedoch aufgehoben, so erhalten diejenigen, welche die Aktien gezeichnet haben, die letztendlich nicht ausgegeben werden dürfen, ihr Geld zurück.

4. Einer allfälligen Hauptsachenprognose kann zudem im vorliegenden Fall keine entscheidende Bedeutung zukommen. Im jetzigen Verfahrensstadium liegt weder eine umfassende Gesuchsantwort vor, noch haben die Gesuchsteller das Hauptverfahren, d.h. eine Klage auf Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses vom 27. Juni 2018 bzw. eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit dieses Beschlusses anhängig gemacht. Der Ausgang des Hauptverfahrens ist somit völlig offen bzw. es würde zu weit gehen, die Kapitalerhöhung faktisch bereits daran scheitern zu lassen, dass dem Verwaltungsrat verunmöglicht würde, die Frist von Art. 650 Abs. 3 OR überhaupt einzuhalten.

5. Den Gesuchstellern ist jedoch insofern Recht zu geben als das Vorgehen des Verwaltungsrates überhastet erscheint. Ihnen ist nicht zumutbar, die auszugebenden Aktien zu zeichnen und zu bezahlen, bevor sie überhaupt Kenntnis vom vorliegenden Entscheid erhalten, hat der Verwaltungsrat doch Zeit bis zum 27. September 2018, um die Kapitalerhöhung dem Handelsregister anzumelden.

Dringlichkeit ist umso weniger gegeben, als die von den Gesuchstellern nicht gezeichneten Aktien von K gezeichnet und liberiert werden können und er es damit in der Hand hat, diesen Teil der Kapitalerhöhung rasch abzuschliessen. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb die Gesuchsteller so unter zeitlichen Druck gesetzt werden, sich für oder gegen eine Zeichnung der Aktien zu entscheiden. Der Verwaltungsrat ist deshalb anzuweisen, den beiden Gesuchstellern im Falle, dass sie die Frist vom 15. August 2018 unbenutzt verstreichen liessen, eine Nachfrist bis zum 31. August 2018 zu setzen, bevor die freiwerdenden Bezugsrechte K zugewiesen werden.

6. Die Kosten dieses Teilentscheides bleiben beim Massnahmeverfahren.

**Demgemäss wird entschieden:**

1. Der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin wird im Sinne der Erwägungen unter Androhung der Ungehorsamstrafe nach Art. 292 StGB angewiesen, den beiden Gesuchstellern im Falle, dass sie die Frist vom 15. August 2018 unbenutzt verstreichen lassen sollten, eine Nachfrist bis zum 31. August 2018 zu setzen, bevor die freiwerdenden Bezugsrechte anderen Aktionären oder Dritten zugewiesen werden.
2. Im darüber hinausgehenden Masse wird das mit der Gesuchsergänzung vom 20. Juli 2018 von den Gesuchstellern gestellte Rechtsbegehren abgewiesen.
3. Die Kosten dieses Entscheides bleiben beim Massnahmeverfahren.

Der Präsident

Rolf Brunner

Zustellung (vorab per Fax) an

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Urs Schenker und Rechtsanwältin Sophie Püschel-Arnold (R)
- Rechtsanwalt Dr. Eugen Mätzler (R)

am