

# ZH\_HANDELSGERICHT HE230030 vom 17. Mai 2023

Zh Handelsgericht, 2023-05-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE230030](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE230030)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE230030 du 17 mai 2023

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE230030 del 17 maggio 2023

## Erwägungen

### E. 2

Eventualiter, für den Fall der Gutheissung des Gesuchs um Erlass von vorsorglichen Massnahmen, sei Ziffer 1 des Dispositivs der einzelrichterlichen Verfügung vom 28. März 2023 wie folgt abzuändern (geänderter Wortlaut gelb hervorgehoben): 'In Abänderung von Dispositiv-Ziff. 1 der Verfügung vom 28. März 2023 wird das Handelsregisteramt des Kantons Zürich angewiesen, vorläufig keine Veränderung des Aktienkapitals der B.\_\_\_\_\_ AG, C.\_\_\_\_\_ -strasse 1, ... Zürich, CHE-2, in das Handelsregister einzutragen, mit Ausnahme der Eintragung der von der ausserordentlichen Generalversammlung der B.\_\_\_\_\_ AG am 15. März

- 5 - 2023 beschlossenen ordentlichen Kapitalerhöhung, welche durch den Verwaltungsrat mit Beschluss vom 24. März 2023 festgestellt wurde, sowie mit Ausnahme der von der ausserordentlichen Generalversammlung der B.\_\_\_\_\_ AG am 24. März 2023 beschlossenen ordentlichen Kapitalerhöhung hinsichtlich des durch Baranlage zu liberierenden Anteils im Umfang von CHF 235'976.30 (entsprechend 4'719'526 Namenaktien).'

### E. 2.1

Zuständigkeit und Verfahren

#### E. 2.1.1

Die Zuständigkeit des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich ist gegeben und unbestritten (act. 1 Rz. 4 f.; act. 17 Rz. 35 f.).

#### E. 2.1.2

Über das Massnahmebegehren ist im summarischen Verfahren zu entscheiden (Art. 248 lit. d ZPO). Der Gehörsanspruch verlangt zwar, dass das Gericht die Parteivorbringen tatsächlich hört, prüft und im Entscheid berücksichtigt. Um den gesetzlichen Vorgaben des Summarverfahrens – insbesondere der Verfahrensbeschleunigung – nachzukommen, muss das Gericht aber nicht jede einzelne Parteibehauptung ausdrücklich abhandeln und widerlegen, sondern es genügt, wenn es sich mit den rechtserheblichen Vorbringen der Parteien auseinandersetzt und kurz die Überlegungen nennt, von denen es sich leiten lässt und auf welche es seinen Entscheid stützt (BGE 133 III 439 E. 3.3 m.w.H.).

### E. 2.2

Novenrecht

#### E. 2.2.1

Wenn kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wird, tritt der Aktenschluss im summarischen Verfahren nach einmaliger Äusserung ein (BGE 144 III 117 E. 2.2 S. 118; BGE 146 III 237 E. 3.1 S. 241). Vorliegend wurde kein zweiter Schriftenwechsel

angeordnet (explizit act. 22). Daher sind die Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, welche die Gesuchstellerin mit ihrer Eingabe vom

- 6 - 28. April 2023 einreicht, Noven, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO beachtlich sind. Gestützt auf Art. 229 Abs. 1 ZPO ist das Vorbringen neuer Tatsachen zulässig, wenn diese erst nach dem Abschluss des Schriftenwechsels entstanden sind (echte Noven; lit. a) oder wenn sie zuvor trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorgebracht werden konnten (unechte Noven; lit. b). Vorausgesetzt ist, dass die Tatsachen und Beweise "ohne Verzug" in den Prozess eingebracht werden. Als Faustregel gilt eine Frist von zehn Tagen, unter Vorbehalt namentlich komplexer Fälle (KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 229 N 10; siehe auch BGer 5A\_451/2020 vom 31. März 2021 E. 3.1.1). Soweit eine Partei Noven geltend machen will, muss sie darlegen, dass die Voraussetzungen erfüllt sind (LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar ZPO,

### **E. 2.2.2**

Insoweit die Gesuchstellerin behauptet, anlässlich der Generalversammlung vom 24. März 2023 seien formelle Bestimmungen verletzt worden (act. 23 Rz. 10, 79 ff.) und in dieser Hinsicht diverse Urkunden einreicht (act. 24/13-15) handelt es sich um echte Noven, die am oder um den 24. März 2023 entstanden sind. Die Eingabe vom 28. April 2023 erfolgte mehr als einen Monat später, mithin nicht ohne Verzug. Daher sind die besagten Tatsachenbehauptungen und Beweismittel unbeachtlich. Insofern die Gesuchstellerin in Bezug auf anderweitige Vorbringen geltend macht, diese seien durch die neuen Behauptungen der Gesuchsgegnerin in ihrer Gesuchsantwort und die hiermit eingereichten, ihr bisher unbekanntem Beweismittel veranlasst worden (act. 23 Rz. 9), wäre ihre Beachtlichkeit im Einzelnen zu begründen und zu prüfen (siehe SOGO/BAECHLER, Aktenabschluss im summarischen Verfahren, AJP 2020, 324 ff.). Da die betreffenden Vorbringen nicht entscheidungswesentlich sind, erübrigen sich weitere Ausführungen. Ohne Weiteres beachtlich sind rechtliche Ausführungen, die nicht den Schranken von Art. 229 Abs. 1 ZPO unterstehen (KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 229 N 11).

## **E. 3**

Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen

### **E. 3.1**

Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ihr ein Anspruch zusteht und dass ihr aus der Verletzung dieses Anspruchs ein nicht leicht wieder gutzumachender

- 7 - Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Damit vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden können, muss zunächst der Verfügungsanspruch glaubhaft gemacht werden. In diesem Zusammenhang stellt das Gericht eine Hauptsachenprognose. Weiter muss als Verfügungsgrund glaubhaft gemacht werden, dass ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. In diesem Zusammenhang stellt das Gericht eine Nachteilsprognose. Ferner ist vorausgesetzt, dass eine gewisse zeitliche Dringlichkeit vorliegt. Diese wird bejaht, wenn der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil nicht anders als durch den Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewendet und das Resultat des Hauptverfahrens nicht abgewartet werden kann. Schliesslich muss das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtet werden.

### **E. 3.2**

Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für ihr Vorhanden- sein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglich- keit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 120 II 393 E. 4c; BGer 4A\_312/2009 vom 23. September 2009 E. 3.6.1). Auch das Rechtliche wird vom Glaubhaftmachen erfasst, womit es das Gericht bei einer summarischen Prüfung der Rechtsfragen bewenden lassen kann (ZÜRCHER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., 2016, Art. 261 ZPO N 5 ff.; HUBER, in: Sutter- Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar ZPO, 3. Aufl., 2016, Art. 261 N 25; SHK ZPO-TREIS, Art. 261 N 14 ff.). Bei Massnahmebegehren, wel- che der Sicherstellung des bisherigen Zustandes dienen, sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Mit der Registersperre wird der status quo ante gesi- chert. Insofern kann eine vertiefte Prüfung der Vor- und Nachteile der verlangten Massnahme unterbleiben (Handelsgericht ZH HE120205 vom 26. Juli 2012 E. 7).

## **E. 4**

Gerichtliche Würdigung

### **E. 4.1**

Verfügungsanspruch (Hauptsachenprognose)

#### **E. 4.1.1**

Die Gesuchstellerin macht geltend, die Beschlüsse der Generalversamm- lung vom 24. März 2023 seien anfechtbar oder sogar nichtig, was sie mittels einer Anfechtungsklage nach Art. 706 OR geltend machen werde (act. 1 Rz. 32; act. 23 Rz. 10, 18, 96, 161). Namentlich seien dadurch, dass nur bestimmte Investoren,

- 8 - nicht aber sie selbst zur Wandlung ihrer Forderungen in Aktien zugelassen wor- den sei, das Gleichbehandlungsgebot und das Verwässerungsverbot verletzt (act. 1 Rz. 17 ff.; act. 23 Rz. 19 ff.). Diesbezüglich verweist sie auf das Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre (act. 1 Rz. 26; act. 23 Rz. 141). Dieses gelte nach Art. 653d Abs. 2 OR auch für die Inhaber von Wandel- oder Optionsrechten (act. 1 Rz. 26; act. 23 Rz. 141). Diese Norm fordere eine Gleichbehandlung der Inhaber von Options- und Wandelrechten untereinander (act. 23 Rz. 145 f.). Ein Gleichbehandlungsanspruch ergebe sich auch aus allgemeinen Rechtsgrundsät- zen (act. 23 Rz. 143). Zugleich werde ihre Beteiligungsquote am Aktienkapital verwässert (act. 1 Rz. 28). Das Verwässerungsverbot nach Art. 653d Abs. 2 OR werde verletzt, da ihr keine Senkung des Konversionspreises und auch kein an- derweitiger angemessener Ausgleich gewährt werde (act. 1 Rz. 29). Die Gesuchsgegnerin macht im Wesentlichen geltend, in Phase 2 sollten nur die- jenigen Darlehen gewandelt werden, die entweder zur Rückzahlung fällig zu wer- den drohten oder mangels einer Rangrücktrittserklärung die Bilanz belasteten. Demgegenüber sollten die Darlehen, die einen Rangrücktritt beinhalteten, also namentlich jenes der Gesuchstellerin, nicht gewandelt werden (act. 17 Rz. 14, 16 ff.). Entsprechend liege keine Ungleichbehandlung vor, seien doch die Darle- hensgeber nach Massgabe ihrer unterschiedlichen Verträge gleich behandelt worden. Selbst wenn eine Ungleichbehandlung vorliegen sollte, sei diese gerecht- fertigt (act. 17 Rz. 56, 58). Sodann sei Art. 653d Abs. 2 OR nicht anwendbar. Denn dieser gehöre systematisch zu den Bestimmungen zum bedingten Kapital (Art. 653 ff. OR) und schütze nur Wandel- und Optionsberechtigte, denen nach Massgabe von Art. 653 Abs. 1 OR das Recht auf den Bezug neuer Aktien aus bedingtem Kapital eingeräumt worden sei, nicht aber Darlehensgeber, bei denen die Wandlung – wie vorliegend – durch eine

ordentliche Kapitalerhöhung erfolgen soll (act. 17 Rz. 67). Ferner könnten sich Wandel- und Optionsberechtigte nur auf Art. 653d Abs. 2 OR berufen, wenn die Beeinträchtigung infolge einer Kapitalver- änderung sie mehr als die bisherigen Aktionäre treffe, was vorliegend nicht der Fall sei (act. 17 Rz. 68 f.).

- 9 -

#### **E. 4.1.2**

Gemäss Art. 706 OR Abs. 1 kann jeder Aktionär einen Beschluss der Generalversammlung, der gegen das Gesetz oder die Statuten verstösst, anfechten. Gemäss Abs. 2 sind insbesondere Beschlüsse anfechtbar, die unter Verletzung von Gesetz oder Statuten Rechte von Aktionären entziehen oder beschränken (Ziff. 1), in unsachlicher Weise Rechte von Aktionären entziehen oder beschränken (Ziff. 2) oder eine durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigte Un- gleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre bewirken (Ziff. 3). Ziff. 2 und 3 kodifizieren Grundsätze des Aktienrechts (BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 9). Es geht dabei um die Schranken der Bestimmungsmacht der Aktio- nariatsmehrheit (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., 2022, § 14 N 166). Es handelt sich um die in einer Interessenabwägung zu entscheidenden Fälle, in de- nen der Beschluss nicht eine bestimmte Gesetzes- oder Statutenvorschrift verletzt, sondern in seinem Inhalt mit vorrangigen Rechtsprinzipien (Sachlichkeit, Verhältnismässigkeit, schonende Rechtsausübung) nicht zu vereinbaren ist. Ent- weder greift der Beschluss aus partikulären Gründen, die nicht durch das Gesell- schaftszweckinteresse gedeckt sind, spezifisch in die Stellung der Minderheit ein, oder der Eingriff ist unter dem Gesichtswinkel dieser kollektiven Interessen nicht sach- lich begründet, nicht im Gesellschaftszweck erforderlich oder in seiner beson- deren Ausgestaltung und in seinen Auswirkungen übermässig (BÖCKLI, a.a.O., § 14 N 167; siehe auch BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 12). Namentlich ist das Gebot der schonenden Rechtsausübung zu beachten, das gemäss bundes- gerichtlicher Rechtsprechung verletzt ist, wenn ein Beschluss der Aktionariats- mehrheit die Rechte der Minderheit beeinträchtigt, obschon das im Gesellschafts- interesse verfolgte Ziel ohne Nachteil für die Mehrheit auch auf eine für diese Minderheit weniger schädigende Art hätte erreicht werden können (BGer 4A\_531/2017 vom 20. Februar 2018 E. 3.2; BGer 4A\_43/2007 vom 11. Juli 2007 E. 5; siehe auch BGE 143 III 120 E. 4.3). Vorliegend stellt sich zunächst die Frage einer durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung. Was den Hinweis der Gesuchstellerin auf Art. 653d Abs. 2 OR betrifft, ist anzumerken, dass sich zwar nach dieser Be- stimmung auch Wandel- oder Optionsberechtigte auf den Grundsatz der Gleich- behandlung berufen können, wenn sie eine Beeinträchtigung erfahren, die nicht in - 10 - gleicher Weise auch die Aktionäre trifft (VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. Aufl., 2020, N 746). Allerdings gehört diese Bestimmung zu den Vorschriften zum be- dingten Kapital, was sich nicht zuletzt daraus ergibt, dass sie den Begriff der Wandel- und Optionsrechte aufnimmt, wie er in Art. 653 Abs. 1 OR definiert wird. Entsprechend wird auch in der Lehre darauf hingewiesen, dass sich Art. 653d Abs. 2 OR nur auf gestützt auf bedingtes Kapital ausgegebene Wandel- und Opti- onsrechte, mithin aktienrechtliche Gestaltungsrechte, beziehe (BAUM, Hybride An- leihen [hybrid bonds], 2022, N 993; siehe auch SCHLEICH PHILIPP, Option und Op- tionsvertrag, 2018, 169). Ob Art. 653d Abs. 2 OR vorliegend greift, ist daher frag- lich. Immerhin behauptet die Gesuchstellerin, ihr Darlehen sei "als Wandeldarle- hen i.S.v. Art. 653d OR ausgestaltet" (act. 1 Rz. 10), wobei die Gesuchsgegnerin diese Ausführungen als "grundsätzlich korrekt" bezeichnet (act. 17

Rz. 39). Fest steht jedenfalls, dass die Gesuchstellerin Aktionärin ist und es ihr damit offen steht, sich auf das Gebot der Gleichbehandlung von Aktionären zu berufen. Eine unterschiedliche Behandlung ist dort zulässig, wo sie nicht unsachlich, sondern ein angemessenes Mittel zur Erreichung eines gerechtfertigten Zweckes ist (BGE 117 II 290 E. 6b/bb; BGE 95 II 555 E. 4; BGE 95 II 157 E. 9a; BGer 4C.242/2001 vom 5. März 2003 E. 3.1). Diesbezüglich befasst sich die Gesuchsgegnerin ausführlich mit den Konditionen der Darlehen derjenigen Investoren, die zur Wandlung zugelassen werden sollen. Sie macht geltend, dass aufgrund dieser Konditionen die Gewährung der Wandlungsmöglichkeit zur Sanierung in unangemessener Weise geboten gewesen sei (act. 17 Rz. 16 ff.). Diese Ausführungen sind nicht vollumfänglich überzeugend. Dies gilt insbesondere insoweit die Gesuchsgegnerin auf ein ihr seitens der Investorin D.\_\_\_\_\_ gewährtes, nicht schriftlich geregeltes Darlehen in der Höhe von CHF 1 Mio. verweist und im Wesentlichen geltend macht, sie hätte auch dieser die besagte Wandlung ermöglichen müssen, damit sie nicht ihren auf Art. 318 OR gestützten Rückforderungsanspruch geltend machen und damit Liquiditätsprobleme bzw. den Konkurs bewirken würde (act. 17 Rz. 20 f.). Dem ist entgegenzuhalten, dass die Anwendbarkeit von Art. 318 OR von Beginn an fraglich ist, zumal es sich bei der D.\_\_\_\_\_ offenbar um eine Gesellschaft mit Sitz in E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_ [Staat in Westafrika], handelt (act. 17 Rz. 13; act. 18/10 Ziff. II.4.b) und sich die Gesuchsgegnerin nicht

- 11 - mit dem anwendbaren Recht befasst. Sodann wäre es der D.\_\_\_\_\_ nicht ohne Weiteres möglich, den Konkurs der Gesuchsgegnerin zu bewirken, fehlt ihr doch ein Rechtsöffnungstitel. Ferner ist der Gesuchsgegnerin, wenn sie – auch bezüglich des von der Investorin G.\_\_\_\_\_ gewährten Darlehens, das am Anfang der streitgegenständlichen Ausgestaltung der Kapitalerhöhung steht (act. 17 Rz. 18) – geltend macht, die Darlehensgeber könnten durch die Geltendmachung ihrer Rückzahlungsforderungen ihren Konkurs bewirken, entgegenzuhalten, dass die Herbeiführung des Konkurses notorisch häufig nicht im Interesse der Gläubiger ist. Letztlich begründet die Gesuchsgegnerin auch nicht, warum die D.\_\_\_\_\_ ihren Rückzahlungsanspruch gerade jetzt geltend machen sollte. Insofern die Gesuchsgegnerin darüber hinaus bezüglich vier weiterer Darlehensgeber auf vertragliche Most Favoured Nations-Klauseln verweist, ist zumindest fraglich, ob diese durch die vorliegend relevanten Vorgänge überhaupt ausgelöst werden, setzen diese doch gemäss ihrem Wortlaut voraus, dass die Gesuchsgegnerin nachträglich Wandeldarlehen ausgibt (act. 17 Rz. 23; act. 18/13-15, 17, jeweils Ziff. 6). Sodann stellt sich die Frage einer Verletzung der besagten aktienrechtlichen Rechtsprinzipien und namentlich des Gebots der schonenden Rechtsausübung. Die Gesuchstellerin macht geltend, ihre Beteiligungsquote als Aktionärin werde durch das geplante Vorgehen massiv geschmälert (act. 1 Rz. 17, 28). Sie habe stattdessen den Vorschlag gemacht, die Wandlung sämtlicher fälligen Wandeldarlehen zu ermöglichen, was sowohl ihrem Interesse an Gleichbehandlung und der Verminderung einer Verwässerung als auch demjenigen der Gesuchsgegnerin an einem Abbau von Fremdkapital entspreche (act. 1 Rz. 24 f., 30). Vor dem Hintergrund dieser Vorbringen stellt sich die Frage, ob die beschlossenen Massnahmen diejenigen unter den denkbaren Massnahmen waren, die der Aktionariatsmehrheit die grössten Vorteile boten, oder ob andere Massnahmen, die dieselben Vorteile geboten hätten, hätten beschlossen werden können, um die Nachteile für die Aktionariatsminderheit zu vermindern (siehe dazu BGer 4A\_531/2017 vom 20. Februar 2018 E. 3.3). Die Gesuchstellerin hat jedenfalls glaubhaft gemacht, dass die Ermöglichung der Wandlung sämtlicher fälligen Wandeldarlehen eine gangbare Alternative gewesen wäre, die die Beeinträchtigung ihrer

Interessen verhindert und zugleich die Eigenkapitalbasis der Gesuchsgegnerin gestärkt hätte - 12 - te. Die zwischen den Parteien offenbar bestehende Konfliktsituation stützt diesen Schluss (siehe BGer 4A\_531/2017 vom 20. Februar 2018 E. 3.3.1 i.f.). Zusammenfassend ist glaubhaft gemacht, dass die am 24. März 2023 beschlossene Kapitalerhöhung anfechtbar ist, insoweit sie (nur) bestimmten Investoren ermöglicht, ihre Darlehen zu verrechnen. Es ist daran zu erinnern, dass bei sichernden Massnahmebegehren wie der vorliegend beantragten Handelsregister-sperre keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind. Das Anlegen eines eher tiefen Massstabes des Glaubhaftmachens ist insofern nicht unwesentlich, als die vor allem in Frage kommenden Anfechtungstatbestände gemäss Art. 706 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 OR der erkennenden Behörde einen erheblichen Ermessensspielraum geben, insbesondere auch, weil die subjektiven Elemente in der Regel nur aus Indizien geschlossen werden können und Begriffe wie "unsachlich" und "nicht gerechtfertigt" ausfüllungsbedürftig sind. Mehr als eine gewisse Plausibilität kann im Massnahmeverfahren nicht verlangt werden (siehe Handelsgericht ZH HE120205 vom 26. Juli 2012 E. 7). An dieser Stelle ist anzumerken, dass die Gesuchstellerin die Kapitalerhöhung nicht beanstandet, insoweit die Einlage in Barmitteln erbracht werden soll, was sie in ihrer Stellungnahme vom 28. April 2023 explizit anerkennt (act. 23 Rz. 33). Insoweit fällt die Hauptsachenprognose negativ aus.

## **E. 4.2**

Weitere Voraussetzungen

### **E. 4.2.1**

Verfügungsgrund (Nachteilsprognose): Ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil ist zu bejahen, wenn ein Kapitalerhöhungsbeschluss in das Handelsregister eingetragen werden soll, da die Eintragung nicht rückgängig gemacht werden kann und der vorherige Zustand nur durch eine Kapitalherabsetzung wiederhergestellt werden könnte (BGer 4A\_531/2017 vom 20. Februar 2018 E. 1.2; siehe auch BGer 4A\_173/2021 vom 19. Juli 2021, MÜLLER/FANCELLI, Handelsregistersperre nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, REPRAX 2021, 11, Fn. 62 m.w.H.). Wenn die Gesuchsgegnerin darauf verweist, dass Aktionärsrechte mit Erfüllung der Einlagepflicht entstünden, die beantragte Massnahme also einstweilen nichts an der Stimmverteilung ändere (act. 17 Rz. 75; vgl. Art. 694 OR), ist darauf hinzuweisen, dass die Massnahme im Hinblick auf ein mögliches

- 13 - Obsiegen der Gesuchstellerin im Hauptsacheverfahren erlassen wird und die Verwirklichung des dannzumal ergehenden Entscheids sichern soll (KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, Art. 261 N 8). Die positive Nachteilsprognose ist demnach glaubhaft gemacht.

### **E. 4.2.2**

Dringlichkeit: Würde die beantragte Massnahme nicht angeordnet, bestünde die Gefahr, dass die streitgegenständliche Kapitalerhöhung im Handelsregister eingetragen, mithin der besagte nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil eintreten würde. Das Ergebnis des Hauptverfahrens kann daher nicht abgewartet werden, zumal ein Entscheid in der Sache erfahrungsgemäss nicht in naher Zukunft ergehen wird (siehe zum Ganzen MÜLLER/FANCELLI, a.a.O., 12).

### **E. 4.2.3**

Verhältnismässigkeit: Die beantragte Handelsregistersperre ist geeignet, die Umsetzung der Kapitalerhöhung zu verhindern. Sie ist aber auf das erforderliche Mass zu beschränken. Die Gesuchstellerin beanstandet die Kapitalerhöhung nicht, insoweit die Einlage in Barmitteln geleistet wird. Insoweit ist die Eintragung entsprechend dem Eventualbegehren der Gesuchsgegnerin (act. 17 S. 2) zuzulassen. Eine weitergehende Interessenabwägung hat nach der Rechtsprechung im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung betreffend vorsorgliche Massnahmen zu unterbleiben. Ist glaubhaft gemacht, dass i.S.v. Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO ein Anspruch verletzt ist oder verletzt zu werden droht und dass i.S.v. Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO ein Nachteil zu befürchten ist, sind Massnahmen zu treffen. Es ist nicht erforderlich, dass der zu befürchtende Nachteil gewichtiger oder wahrscheinlicher ist als jener Nachteil, welcher der Gesuchsgegnerin im Falle der Anordnung der vorsorglichen Massnahmen droht (BGE 139 III 86 E. 5; BGer 4A\_427/2021 vom 20. Dezember 2021 E. 5.1; BGer 4A\_49/2020 vom 3. Juni 2020 E. 4.1; BGer 4A\_575/2018 vom 12. März 2019 E. 2.1). Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass durch die Möglichkeit, die Kapitalerhöhung teilweise einzutragen, die von der Gesuchsgegnerin vorgebrachten finanziellen Probleme (act. 17 Rz. 78 f.) ohnehin gemindert werden.

- 14 -

### **E. 4.3**

Fazit Das Massnahmebegehren der Gesuchstellerin ist grundsätzlich gutzuheissen. Vorbehalten bleiben die Eintragung der am 15. März 2023 beschlossenen Kapitalerhöhung (dazu schon act. 13) sowie der am 24. März 2023 beschlossenen Kapitalerhöhung hinsichtlich des durch Bareinlage zu liberierenden Anteils.

### **E. 5**

Prosequierung Der Gesuchstellerin ist eine Prosequierungsfrist anzusetzen (Art. 263 ZPO). Da die Gesuchstellerin eine Anfechtungsklage (Art. 706 OR) erheben will und das Anfechtungsrecht zwei Monate nach der Generalversammlung erlischt (Art. 706a Abs. 1 OR), deckt sich nach Auffassung des Gerichts die Prosequierungsfrist mit der gesetzlichen Anfechtungsfrist, weshalb die Prosequierungsfrist bis am 24. Mai 2023 anzusetzen ist.

### **E. 6**

Alle Fristen dieses Verfahrens laufen in den Gerichtsferien.

#### **E. 6.1**

Streitwert: Es liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor. Das Rechtsbegehren lautet nicht auf eine bestimmte Geldsumme. Deshalb bestimmt sich der Streitwert in erster Linie nach der übereinstimmenden Bezifferung durch die Parteien (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Die Gesuchstellerin beziffert den Streitwert mit CHF 2'000'000.–, was von der Gesuchsgegnerin nicht bestritten wird (act. 1 Rz. 6; act. 17 Rz. 37). Auf diese Angabe ist abzustellen, zumal dieser Betrag ungefähr dem Betrag der am 24. März 2023 beschlossenen Kapitalerhöhung entspricht (vgl. BGE 133 III 368 E. 1.3.3; BGer 4A\_537/2013 vom 29. November 2013 E. 2; Handelsgericht ZH HE120205 vom 26. Juli 2012 E. 12).

#### **E. 6.2**

Gerichtsgebühr: Gestützt auf den Streitwert ist die Gebühr unter Berücksichtigung der Reduktion für das Summarverfahren (§§ 4 und 8 Abs. 1 GebV OG) auf CHF 21'000.– festzusetzen und aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken.

### **E. 6.3**

Parteientschädigung: Unter Beachtung des Streitwerts und der summarischen Natur des Verfahrens (§§ 4 und 9 AnwGebV) ist die Parteientschädigung

- 15 - auf CHF 21'000.– festzusetzen. Der von der Gesuchsgegnerin beantragte Mehrwertsteuerzusatz ist nicht zuzusprechen, da eine natürliche Vermutung dafür spricht, dass sie der Mehrwertsteuerpflicht unterliegt, und sie nicht darlegt, inwiefern sie die für die Rechtsvertretung bezahlte Mehrwertsteuer nicht als Vorsteuerabzug geltend machen kann (Kassationsgericht ZH vom 19. Juli 2005, ZR 104 [2005] Nr. 76, E. III.2.d; Handelsgericht ZH HG130021 vom 26. August 2015 E. 15.3.2, obiter bestätigt durch BGer 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5).

- 16 -

### **E. 6.4**

Verteilung der Prozesskosten: Die Gesuchstellerin unterliegt hinsichtlich des durch Bareinlage zu liberierenden Anteils der Kapitalerhöhung, was einem Anteil von CHF 235'976.35 der gesamten Kapitalerhöhung von CHF 1'956'206.70 entspricht. Ferner ist zu berücksichtigen, dass unnötige Prozesskosten von derjenigen Partei zu bezahlen sind, die diese verursacht hat (Art. 108 ZPO). Das Rechtsbegehren der Gesuchstellerin vom 23. März 2023 war so pauschal gehalten, dass es auch die in Phase 1 beschlossene Kapitalerhöhung erfasste. Dies war für das Gericht mangels diesbezüglicher Ausführungen nicht erkennbar und machte eine vorsorgliche Stellungnahme der Gesuchsgegnerin (act. 9) sowie eine Anpassung der ursprünglichen gerichtlichen Anweisung mit Verfügung vom 28. März 2023 (act. 13) nötig. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, die Prozesskosten zu einem Drittel, d.h. zu CHF 7'000.–, definitiv der Gesuchstellerin aufzuerlegen und sie entsprechend zur Bezahlung einer Parteientschädigung von CHF 7'000.– an die Gesuchsgegnerin zu verpflichten. Im Übrigen bleibt es in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO beim Entscheid über die Höhe der Kosten und wird die Verteilung dem Hauptverfahren vorbehalten. Nach ständiger Praxis des Einzelgerichts am Handelsgericht sind jedoch die Kosten für das Massnahmeverfahren von der Gesuchstellerin zu beziehen. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin das Hauptsacheverfahren nicht innert der Prosequierungsfrist anhängig macht, sind ihr die Kosten definitiv aufzuerlegen und ist der Gesuchsgegnerin die Parteientschädigung zuzusprechen (Handelsgericht ZH HE190174 vom 31. Juli 2019 E. 6.3 m.w.H.). Der Einzelrichter erkennt: 1. Das Handelsregisteramt des Kantons Zürich wird angewiesen, vorläufig keine Veränderungen des Aktienkapitals der B.\_\_\_\_\_ AG, C.\_\_\_\_\_strasse 1, ... Zürich, CHE-2, in das Handelsregister einzutragen, mit Ausnahme der Eintragung der von der ausserordentlichen Generalversammlung der B.\_\_\_\_\_ AG am 15. März 2023 beschlossenen ordentlichen Kapitalerhöhung, welche durch den Verwaltungsrat mit Beschluss vom 24. März 2023 festgestellt wurde, sowie mit Ausnahme der von der ausserordentlichen Generalversammlung der B.\_\_\_\_\_ AG am 24. März 2023 beschlossenen or-

- 17 - dentlichen Kapitalerhöhung hinsichtlich des durch Bareinlage zu liberierenden Anteils im Umfang von CHF 235'976.35 (entsprechend 4'719'527 Namenaktien). 2. Im Übrigen wird das Gesuch abgewiesen. 3. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 24. Mai 2023 angesetzt, um den Prozess in der Hauptsache anhängig zu machen. Bei Säumnis würde die Anordnung gemäss Dispositiv-Ziffer 1 ohne Weiteres dahinfallen. 4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 21'000.–. Sie wird im Umfang von CHF 7'000.–

definitiv der Gesuchstellerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Im übrigen Umfang von CHF 14'000.– wird sie provisorisch aus dem Kostenvorschuss der Gesuchstellerin bezogen und bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im Prozess in der Hauptsache vorbehalten. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Dispositiv-Ziffer 3), so wird die Gerichtsgebühr auch im übrigen Umfang von CHF 14'000.– definitiv der Gesuchstellerin auferlegt. 5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 7'000.– zu bezahlen. Im Übrigen wird die Regelung der Parteientschädigung dem Gericht im Prozess in der Hauptsache vorbehalten. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Dispositiv-Ziffer 3), wird die Gesuchstellerin verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine weitere Parteientschädigung von CHF 14'000.– zu bezahlen.

#### **E. 7**

Schriftliche Mitteilung a) an die Gesuchstellerin, unter Beilage des Doppels von act. 26, vorab per E-Mail unter Beilage des Doppels von act. 9 (an X1.\_\_\_\_\_ und X2.\_\_\_\_\_);

- 18 - b) an die Gesuchsgegnerin, vorab per E-Mail (an Y1.\_\_\_\_\_ und Y2.\_\_\_\_\_); c) an das Handelsregisteramt vollständig und im Dispositiv, ebenfalls vorab per E-Mail/Fax; sowie d) an die Obergerichtskasse.

#### **E. 8**

Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.

Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff.

(Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 2'000'000.–. Zürich, 17. Mai 2023 Handelsgericht des Kantons Zürich Einzelgericht Der Gerichtsschreiber: Dr. Severin Harisberger

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.