

ZH_HANDELSGERICHT HE240177 vom 24. Dezember 2024

Zh Handelsgericht, 2024-12-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE240177

FR: ZH_HANDELSGERICHT HE240177 du 24 décembre 2024

IT: ZH_HANDELSGERICHT HE240177 del 24 dicembre 2024

Erwägungen

E. 4

Gerichtliche Würdigung

E. 4.1

Verfügungsanspruch (Hauptsachenprognose)

E. 4.1.1

Der Gesuchsteller macht geltend, der Beschluss der Generalversammlung vom 4. November 2024 sei nach Art. 706 OR anfechtbar oder gar nichtig (act. 1 Rz. 99). Er könne sich an der Kapitalerhöhung nicht beteiligen: Er habe keine Kontrolle über die Gesuchsgegnerin, die bisher ihre Mittel zugunsten der Mehrheitsaktionärin und gegen ihn verwendet habe. Zudem fehlten ihm Informationen zur finanziellen Situation und Perspektive sowie zur Bewertung und zur Festlegung des Ausgabebetrags. Der Bestand und Umfang ihres angeblichen Kapitalbedarfs bzw. Verwendungszweck der neuen Mittel sei – und bleibe auch infolge der nur unsubstanzierten Antworten anlässlich der Generalversammlung sowie in der Gesuchsantwort – unklar, da die Gesuchsgegnerin infolge der Liquidation des Fonds keine Geschäftstätigkeit mehr ausübe (act. 1 Rz. 49 ff., 72, 80 ff.; act. 14 Rz. 13, 19, 22 f.). Die Kapitalerhöhung zum Nennwert würde seine Beteiligung von 49% auf (wenn überhaupt noch) 5.44% verwässern. Damit würden für ihn (Verantwortlichkeits-)Klagen auf Leistung an die Gesellschaft jegliche Relevanz verlieren und wäre sein hängiges Gesuch um Anordnung einer Sonderprüfung gefährdet. Ferner drohe der Verlust diverser aktienrechtlichen Minderheitsrechte (act. 1 Rz. 84).

- 8 - Stattdessen könne die finanzielle Sanierung mit weniger einschneidenden Mitteln erreicht werden, etwa durch die Gewährung von Darlehen mit Rangrücktritt durch die Mehrheitsaktionärin oder eine Kapitalerhöhung mit einem höheren Ausgabepreis. Allerdings substantiiere die Gesuchsgegnerin nicht, dass der Verwaltungsrat mildere Massnahmen ernsthaft geprüft habe. Der Ausgabepreis müsse sich ohnehin an der Bewertung der Gesuchsgegnerin orientieren, wobei Ansprüche gegen die Mehrheitsaktionärin bzw. ihr nahestehende Personen zu berücksichtigen seien (act. 1 Rz. 85 ff.; act. 14 Rz. 25). Diesbezüglich sei es widersprüchlich, wenn die Gesuchsgegnerin einerseits behaupte, ihre Geschäftstätigkeit nicht aufgegeben zu haben, andererseits aber bei der Festlegung des Ausgabebetrags davon ausgehe, dass sie praktisch keinen Wert mehr habe (act. 14 Rz. 14 ff.). Sollte sich erweisen, dass die Gesuchsgegnerin ihre Geschäftstätigkeit aufgegeben hat und überschuldet ist, komme eine geschäftsmässig nicht begründete Kapitalerhöhung auf Vorrat nicht in Frage (act. 1 Rz. 88; act. 14 Rz. 18). Die Kapitalerhöhung sei vor dem Hintergrund des Gesagten nicht im Gesellschaftsinteresse und nicht vom Gesellschaftszweck gedeckt sowie nicht durch sachlichen Gründe gerechtfertigt, greife in sachlich nicht begründeter Weise in die Rechte des

Minderheitsaktionärs ein, verletze das Gebot der schonenden Rechtsausübung und sei rechtsmissbräuchlich (act. 1 Rz. 99 ff.). Die Gesuchsgegnerin macht geltend, der Generalversammlungsbeschluss sei weder anfechtbar noch nichtig (act. 10 Rz. 121). Sie sei per Ende 2023 überschuldet (act. 10 Rz. 54, 95). Dem Gesuchsteller sei seit Monaten bekannt, dass sie überschuldet und sanierungsbedürftig sei (act. 10 Rz. 95, 100, 104 f., 122; act. 18 Rz. 4). Zur Sicherung der Fortführungsfähigkeit sei eine Kapitalerhöhung unumgänglich (act. 10 Rz. 54, 57; act. 18 Rz. 6 f.). Die Kapitalerhöhung erfolge in ihrem Interesse an einer Sanierung und damit aus einem sachlichen Grund (act. 10 Rz. 112, 115, 123). Die Mehrheitsaktionärin sei nicht zu weiteren Darlehen bereit, zumal sie, die Gesuchsgegnerin, trotz wiederholter Darlehen in die Überschuldung geraten sei (act. 10 Rz. 57, 113; act. 18 Rz. 15, 27). Ein Ausgabepreis über dem Nennwert sei realitätsfremd, weil ihre Aktien aufgrund ihrer finanziellen Situation praktisch keinen Wert mehr aufwiesen (act. 10 Rz. 58, 114, 119; act. 18 Rz. 23 f.). Mangels dieser Alternativen sei das Gebot der schonenden Rechtsausübung nicht

- 9 - verletzt (act. 10 Rz. 124). Das Bezugsrecht bleibe gewahrt, eine Verwässerung trete nur ein, wenn der Gesuchsteller nicht an der Kapitalerhöhung teilnehme, in welchem Fall er die Verwässerung in Kauf nehme (act. 10 Rz. 112.1, 112.5, 127; act. 18 Rz. 19). Zudem habe der Verwaltungsrat an der Generalversammlung die gestellten Fragen beantwortet (act. 10 Rz. 64, 126; act. 18 Rz. 20 ff.). Seit der Einsichtnahme in das Protokoll habe der Gesuchsteller alle nötigen Informationen (act. 10 Rz. 66, 109, 111). Sie habe ihre Geschäftstätigkeit nicht aufgegeben, es stehe ihr nämlich frei, aus anderen Geschäftstätigkeiten als dem Betrieb des Fonds, wie beispielsweise Anlageberatung für andere Fonds, Einkommen zu generieren (act. 10 Rz. 68, 76, 90, 92, 111, 122 f.; act. 18 Rz. 11). Sie handle keineswegs rechtsmissbräuchlich, da es ihr einzig um die finanzielle Sanierung gehe (act. 10 Rz. 127). Im Übrigen handle der Gesuchsteller rechtsmissbräuchlich und habe kein schützenswertes Interesse an der Blockierung der Kapitalerhöhung. Es gehe ihm lediglich um die Schädigung der Mehrheitsaktionärin und die Verhinderung von Schadenersatzansprüchen von ihr, der Gesuchsgegnerin, gegen ihn (act. 10 Rz. 52, 70, 80, 99, 128; act. 18 Rz. 4).

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 Ungleichbehandlung 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 Aktionariatsmehrheit (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., 2022, § 14 Rz. 166). Es handelt sich um die in einer Interessenabwägung zu entscheidenden Fälle, in denen der Beschluss nicht eine bestimmte Gesetzes- oder Statutenvorschrift verletzt, sondern in seinem Inhalt mit vorrangigen Rechtsprinzipien (Sachlichkeit, Verhältnismässigkeit, schonende Rechtsausübung) nicht vereinbar ist. Entweder greift der Beschluss aus partikulären Gründen, die nicht durch das Gesellschafts-

- 10 - interesse gedeckt sind, spezifisch in die Stellung der Aktionariatsminderheit ein, oder der Eingriff ist unter dem Gesichtswinkel dieser kollektiven Interessen nicht sachlich

begründet, nicht im Gesellschaftsinteresse erforderlich oder in seiner besonderen Ausgestaltung und in seinen Auswirkungen übermässig (BÖCKLI, a.a.O., § 14 Rz. 167; siehe auch BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 12). Unsachlich ist eine Beeinträchtigung, die sich bei vernünftiger wirtschaftlicher Überlegung nicht durch die Interessen der Gesellschaft oder der Gesamtheit ihrer Aktionäre rechtfertigen lässt bzw. die dazu dient, einer bestimmten Aktionärsgruppe Vorteile zu verschaffen, die in Wahrheit mit der Verfolgung des Gesellschaftszwecks nichts zu tun haben (Urteil des BGer 4C.242/2001 vom 5. März 2003 E. 4.1; BÖCKLI, a.a.O., § 14 Rz. 167). Den Ziff. 2 und 3 kann man auch die Fälle eines Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) der Aktionariatsmehrheit zuordnen (BÖCKLI, a.a.O., § 14 Rz. 171). Entscheidend ist in den Fällen von Ziff. 2 und 3 regelmässig das Gesellschaftsinteresse (und nicht, wie es in Ziff. 3 steht, der Gesellschaftszweck; BÖCKLI, a.a.O., § 14 Rz. 172; siehe auch Urteil des BGer 4A_531/2017 vom 20. Februar 2018 E. 3.1). Namentlich sind gestützt auf Ziff. 2 und 3 Beschlüssen anfechtbar, die gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip und das darin enthaltene Gebot der schonenden Rechtsausübung verstossen (BGE 143 III 120 E. 4.3; Urteil des BGer 4A_531/2017 vom 20. Februar 2018 E. 3.1). Das Gebot der schonenden Rechtsausübung ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verletzt, wenn ein Beschluss der Aktionariatsmehrheit die Rechte der Aktionariatsminderheit beeinträchtigt, obschon das im Gesellschaftsinteresse verfolgte Ziel ohne Nachteil für die Mehrheit auch auf eine für die Minderheit weniger schädigende Art hätte erreicht werden können (BGE 117 II 290 E. 4e/bb; Urteile des BGer 4A_531/2017 vom 20. Februar 2018 E. 3.2; 4A_43/2007 vom 11. Juli 2007 E. 5; siehe auch BGE 143 III 120 E. 4.3). Dafür muss der Beschluss der Minderheit eine Beeinträchtigung von einer gewissen Bedeutung zufügen (Urteile des BGer 4A_531/2017 vom 20. Februar 2018 E. 3.2). Die herrschende Lehre erachtet das Gebot nicht erst dann als verletzt, wenn die verschiedenen Optionen für die Mehrheit gleichwertig sind, sondern auch, wenn dieser eine andere Option zugemutet werden kann (GLANZMANN/DERUNGS, a.a.O., 211 m.w.H.). Es geht also um die Frage, ob ein weniger tief einschneidender Eingriff das vom

- 11 - angefochtenen Beschluss verfolgte Ziel ohne wesentliche Beeinträchtigung der Mehrheit zu erreichen vermöchte, falls das Ziel als solches gerechtfertigt ist (BÖCKLI, a.a.O., § 1 Rz. 168). Das Gebot der schonenden Rechtsausübung kann insbesondere im Zusammenhang mit Kapitalerhöhungen bei einer die Aktionariatsminderheit ungerechtfertigt benachteiligenden Festsetzung des Ausgabepreises (Summe von Nennwert und Agio) relevant sein (BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 652b N 24): Eine Kapitalerhöhung führt zu einer Verwässerung der Beteiligung derjenigen Aktionäre, die keine neuen Aktien zeichnen können oder wollen (BÖCKLI, a.a.O., § 1 Rz. 162; GLANZMANN/DERUNGS, Kapitalerhöhung zu pari, GesKR 2019, 208; SCHENKER/SCHENKER, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, 2023, 74). Die Verwässerung ergibt sich daraus, dass nach einer Kapitalerhöhung die mit den neuen Aktien verbundenen Rechte nunmehr mit den bereits bestehenden Aktien konkurrieren, womit der Einfluss letzterer vermindert wird (Urteil des BGer 4A_43/2007 vom 11. Juli 2007 E. 5). Sie erstreckt sich immer auf das Stimmrecht (Stimmrechtsverwässerung) und, je nach Ausgabepreis der neuen Aktien, auch auf die Beteiligung am Kapital (Kapitalverwässerung) und am Gewinn (Gewinnanteilsverwässerung) bzw. Liquidationsanteil (Urteil des BGer 4A_531/2017 vom 20. Februar 2018 E. 3.2). Besonders stark ist die Verwässerung, wenn die Herausgabe der neuen Aktien zum Nennwert erfolgt und der innere Wert der Aktien merklich darüber liegt. Hingegen führt ein höherer, dem inneren

Wert der Aktien nahe kommender Ausgabebetrag (d.h. mit Agio) dazu, dass jene, die sich an der Kapitalerhöhung beteiligen, nicht geschädigt, jene aber, die sich nicht beteiligen, trotz ihrer notwendigerweise schrumpfenden Quote wenigstens relativ geschont werden, weil der Gesellschaft mehr Kapital zugeführt wird (BÖCKLI, a.a.O., § 1 Rz. 162; siehe auch BGE 121 III 219 E. 1d/cc). Aufgrund des Verwässerungseffekts können Aktionäre in eine Zwangslage geraten, in der sie entweder ihr Bezugsrecht ausüben und neue Aktien erwerben (und damit der Gesellschaft bzw. indirekt dem Mehrheitsaktionär mehr Geld zur Verfügung stellen) oder die Verwässerung ihrer Beteiligung erdulden müssen (SCHENKER/SCHENKER, a.a.O., 74, 76). Aufgrund dieses Verwässerungseffekts werden Kapitalerhöhungen als anfechtbar erachtet, die beschlossen werden, obschon die Gesellschaft kein Kapital benötigt (SCHENKER, Die Anfechtung von Generalversamm-

- 12 - lungenbeschlüssen bei der Aktiengesellschaft, in: Kunz/Arter/Jörg [Hrsg.], Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, 35). Gemäss dem mit der letzten Aktienrechtsrevision eingeführten Art. 652b Abs. 4 OR darf durch die Festsetzung des Ausgabebetrags niemand in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt werden. Mit dieser Regelung wird zum Schutz des Eigentums der Aktionäre ausgeschlossen, dass durch eine Kapitalerhöhung der Substanzwert ihrer Aktien verwässert wird, wenn sie sich nicht an der Erhöhung beteiligen können oder wollen (Botschaft Aktienrecht, BBl 2017, 498). Das Gesetz kodifiziert damit im Wesentlichen die Rechtsprechung des Bundesgerichts. Dieses hatte im Jahr 2018 eine Praxisänderung vorgenommen und festgehalten, dass eine Kapitalerhöhung mit starker Erhöhung des Nennwerts und Ausgabepreis unter dem inneren Wert (Verkehrswert) rechtsmissbräuchlich sein und gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung verstossen könne (vgl. Urteil des BGer 4A_531/2017 vom 20. Februar 2018;

SCHENKER/SCHENKER, a.a.O., 76). Zwar ist es nicht kategorisch unzulässig, Aktien unter dem inneren Wert herauszugeben (BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 652b N 22a). Allerdings ist der Ausgabebetrag in Fällen, in denen ein Bezugsrechtshandel rechtlich oder faktisch ausgeschlossen ist, angemessen, d.h. bei nicht kotierten Aktien grundsätzlich auf den bzw. in der Nähe des inneren Werts, festzusetzen – unter Vorbehalt eines von Fall zu Fall für die Platzierung der neuen Aktien notwendigen Abschlags (BÖCKLI, a.a.O., § 2 Rz. 10(3); GLANZMANN/DERUNGS, a.a.O., 213; SCHENKER/SCHENKER, a.a.O., 76). Das Mass der zulässigen Abweichung vom inneren Wert ist abhängig von den konkreten Umständen der Gesellschaft, dem Erhöhungszweck und dem Markt (BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 652b N 22a; GLANZMANN/DERUNGS, a.a.O., 213 [primär Gesellschaftsinteresse]). Grundsätzlich ist für eine Kapitalerhöhung zu einem Ausgabepreis unter dem inneren Wert vorauszusetzen, dass die Gesellschaft nachweisen kann, dass der Abschlag für eine erfolgreiche Durchführung der Kapitalerhöhung sowie auch die Kapitalerhöhung an sich unerlässlich ist, etwa in Sanierungssituationen (SCHENKER/SCHENKER, a.a.O., 77; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 652b N 22a). Mit anderen Worten kann der Ausgabebetrag unter dem inneren Wert angesetzt werden, wenn ansonsten das Risiko besteht, dass die Kapitalerhöhung nicht (vollständig) durchgeführt werden oder die Aktien nicht platziert werden könnten (GLANZMANN/DE-

- 13 - RUNGS, a.a.O., 213). Klar ist, dass der Ausgabebetrag nicht offensichtlich zwecks Verfolgung von Sonderinteressen auf einen missbräuchlich tiefen Wert angesetzt werden darf (GLANZMANN/DERUNGS, a.a.O., 212; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 652b N 22a). Dies könnte der Fall sein, wenn der Ausgabebetrag bewusst wesentlich unter dem wirklichen Wert der Aktien angesetzt wird, einzig in der Absicht, die Ak-

tionariatsminderheit zu verwässern (GLANZMANN/DERUNGS, a.a.O., 212).

E. 4.1.3

Vorliegend stellt sich namentlich die Frage einer Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung sowie von Art. 652b Abs. 4 OR, des Sachlichkeitsgebots und des Rechtsmissbrauchsverbots.

E. 4.1.3.1

Die Kapitalerhöhung im Mindestumfang ohne Teilnahme des Gesuchstellers würde dessen Beteiligung von bisher 49% auf 5.44% verwässern. Würde die Mehrheitsaktionärin (nach Zuteilung der nicht ausgeübten Bezugsrechte) den Maximalumfang der neu ausgegebenen Aktien zeichnen, würde die Beteiligung des Gesuchstellers sogar nur noch 2.33% betragen: Mehrheitsaktionärin Gesuchsteller Aktienkapital bisher (CHF) 51'000 49'000 Beteiligungsverhältnis bisher 51% 49% Aktienkapital neu (CHF) 851'000 / 2'051'000 49'000 Beteiligungsverhältnis neu 94.55% / 97.66% 5.44% / 2.33% Dies hätte zunächst zur Folge, dass der Gesuchsteller massiv an Stimmkraft einbüßen würde (vgl. Art. 692 Abs. 1 OR). Insbesondere könnte er wichtige, eine qualifizierte Mehrheit erfordernde Beschlüsse nach Art. 704 OR nicht mehr verhindern. Sodann verlöre der Gesuchsteller diverse Minderheitenrechte: Die Rechte auf Auskunft ausserhalb der Generalversammlung, gerichtliche Anordnung einer Sonderuntersuchung, Einberufung einer Generalversammlung und gerichtliche Auflösung aus wichtigen Gründen setzen bei nicht kotierten Gesellschaften eine Beteiligung von mindestens 10% voraus (art. 697 Abs. 2 OR; Art. 697d Abs. 1 Ziff. 2 OR; Art. 699 Abs. 3 OR; Art. 736 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Das Traktandierungs- und Antragsrecht setzt bei nicht kotierten Gesellschaften eine Beteiligung von mindestens 5%

- 14 - voraus (Art. 699b Abs. 1 und 2 OR; vorbehältlich Anträge nach Abs. 5). Die Rechte, die Durchführung einer ordentlichen Revision, eine Rechnungslegung nach den Vorschriften für grössere Unternehmen oder einen Abschluss nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung zu verlangen, setzen Beteiligungen von 10% bzw. 20% voraus (Art. 727 Abs. 2 OR; Art. 961d Abs. 2 Ziff. 1 OR; Art. 962 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Schliesslich benötigt ein Aktionär eine Beteiligung von mindestens 10%, um eine sog. Abfindungsfusion zu verhindern, über die er gegen seinen Willen zur Veräusserung seiner Beteiligung gebracht werden könnte (Art. 18 Abs. 5 FusG). Je nach Umfang der von der Mehrheitsaktionärin gezeichneten Aktien würde der Gesuchsteller alle bzw. die grosse Mehrheit dieser Minderheitenrechte verlieren. Wie der Gesuchsteller richtig bemerkt (act. 1 Rz. 84), hätte dies zudem unmittelbare Auswirkungen auf das hängige Gesuch um gerichtliche Anordnung einer Sonderuntersuchung (HE230125-O): Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss das erforderliche Quorum nicht nur bei Einleitung des Verfahrens, sondern auch im Zeitpunkt des richterlichen Entscheids über die Einsetzung eines Sonderprüfers gegeben sein (BGE 133 III 180 E. 3). Es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass die Reduktion der gesuchstellerischen Beteiligung infolge der Kapitalerhöhung die Abweisung jenes Gesuchs nach sich ziehen würde. Sodann birgt die Kapitalerhöhung, da sie zum Nennwert erfolgen soll, auch die Gefahr einer erheblichen Kapitalverwässerung. Die Gesuchsgegnerin behauptet zwar, ein Ausgabepreis über dem Nennwert sei angesichts ihrer finanziellen Situation realitätsfremd. Allerdings ist erstellt, dass die Gesuchsgegnerin in den Jahren 2019 bis 2023 Einnahmen von zwischen knapp CHF 1.6 Mio. und 7.6 Mio. erzielte (act. 1 Rz. 28; act. 3/8-11). Die Gesuchsgegnerin

macht selbst geltend, ihre Geschäftstätigkeit nicht aufgegeben zu haben bzw. wieder aufnehmen und Einkommen generieren zu können. Hinzu kommt, dass eine Verantwortlichkeitsklage des Gesuchstellers auf Leistung an die Gesellschaft hängig ist und umgekehrt die Gesuchsgegnerin von Ansprüchen auf Schadenersatz gegen den Gesuchsteller spricht (act. 10 Rz. 52, 128). Selbst wenn diese behaupteten Ansprüche nicht bilanziert werden könnten, können sie sich auf den inneren Wert der Aktien auswirken. Vor diesem Hintergrund ist jedenfalls glaubhaft, dass der innere Wert der Aktien über

- 15 - dem Nennwert liegt, wodurch eine Ausgabe zum Nennwert auch Kapitalbeteiligung des Gesuchstellers verwässert. Schliesslich hat die Kapitalerhöhung einen substanziellen Einfluss auf den dem Gesuchsteller zustehenden Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Gewinn bzw. Liquidationsergebnis (vgl. Art. 660 Abs. 1 und Art. 661 sowie Art. 745 Abs. 1 OR). Dies hat konkret Auswirkungen auf den Anteil, der ihm infolge seiner Verantwortlichkeitsklage auf Leistung an die Gesellschaft zufließen könnte. Wie der Gesuchsteller daher richtig bemerkt (act. 1 Rz. 84), wäre sein wirtschaftliches Interesse an der Fortführung dieser Klage erheblich vermindert.

E. 4.1.3.2

Vor dem Hintergrund dieser umfassenden Verwässerung liegt eine Beeinträchtigung des Gesuchstellers von einer gewissen Bedeutung vor, weshalb die Kapitalerhöhung dem Gebot der schonenden Rechtsausübung genügen muss. Mit hin wären mildere Massnahmen zu prüfen gewesen, so die Ausgabe von Aktien über dem Nennwert, um eine übermässige Verwässerung des Stimmrechts und des Gewinn- bzw. Liquidationsanteils sowie eine Verwässerung der Kapitalanteils des Gesuchstellers zu vermeiden (Urteil des BGER 4A_531/2017 vom 20. Februar 2018 E. 3.2, 3.3.1). Zudem wäre auch gestützt auf Art. 652b Abs. 4 OR der Ausgabepreis auf den bzw. in der Nähe des inneren Werts der Aktien festzusetzen. Wie bereits gesagt, ist glaubhaft, dass der innere Wert der Aktien tatsächlich über dem Nennwert liegt. Zwar wäre die Festsetzung des Ausgabebetrags unter dem inneren Wert denkbar, wenn nachgewiesen wäre, dass der Abschlag für die Durchführung der Kapitalerhöhung sowie die Kapitalerhöhung an sich unerlässlich wäre. Diesbezüglich legt die Gesuchsgegnerin zwar dar, dass sie per Ende 2023 überschuldet ist. Zudem ist unbestritten, dass mit der Liquidation des Fonds jedenfalls eine wichtige Einnahmequelle wegfiel. Damit erscheint ein Sanierungsbedarf und damit die Gebotenheit der Kapitalerhöhung durch das Gesellschaftsinteresse grundsätzlich als plausibel, obgleich die Gesuchsgegnerin sich nicht zum Umfang ihres Kapitalbedarfs äussert. Allerdings wird nicht geltend gemacht, dass die neuen Aktien bei Nicht-Aktionären platziert werden sollen. Im Gegenteil macht die Gesuchsgegnerin geltend, eine ordentliche Kapitalerhöhung ohne Bezugsrechtsabschluss erhalte die Kontrolle durch die bestehenden Aktionäre und vermeide eine

- 16 - Fremdkontrolle (act. 10 Rz. 64). Da also die Zeichnung nur die beiden Aktionäre betrifft, ist nicht ersichtlich, inwiefern die Herausgabe einer geringeren Zahl von Aktien zu einem höheren Ausgabebetrag für die Gesuchsgegnerin weniger einfach gewesen wäre (siehe Urteil des BGER 4A_531/2017 vom 20. Februar 2018 E. 3.3.1). Daher ist glaubhaft gemacht, dass die Gesuchsgegnerin die Möglichkeit hatte, für den Gesuchsteller weniger nachteilige Massnahmen zu ergreifen, also Aktien zu einem über dem Nennwert liegenden Ausgabebetrag auszugeben, ohne der Mehrheitsaktionärin Unannehmlichkeiten zu bereiten. Die zwischen den Parteien offenbar bestehende Konfliktsituation (Strafanzeige, Sonderprüfung, Verantwortlichkeitsklage) stützt diesen Schluss (siehe BGER 4A_531/2017

vom 20. Februar 2018 E. 3.3.1 i.f.). Die gesteigerte Attraktivität einer Kapitalerhöhung zum Nennwert für die Mehrheitsaktionärin aufgrund der Verwässerung der Beteiligung des Gesuchstellers vermag die Aktienherausgabe zum Nennwert jedenfalls nicht zu rechtfertigen. Vielmehr ist gerade dieser Umstand Anlass dafür, die Kapitalerhöhung unter dem Gesichtspunkt des Gebots der schonenden Rechtsausübung kritisch zu würdigen. Dem Gesagten steht nicht entgegen, dass die Bezugsrechte der bisherigen Aktionäre formell gewahrt bleiben. Es ist zwar richtig, dass der Verzicht auf Teilnahme an einer Kapitalerhöhung zwangsläufig mit einer Verwässerung verbunden ist und der Gesuchsteller diese durch Ausübung seiner Bezugsrechte vermeiden könnte. Problematisch unter dem Gesichtspunkt des Gebots der schonenden Rechtsausübung sowie Art. 652b Abs. 4 OR ist aber nicht die Kapitalerhöhung als solche oder dass der Gesuchsteller daran nicht teilnehmen möchte. Problematisch ist vielmehr die Festsetzung des Ausgabebetrags auf den Nennwert und die dadurch bewirkte übermässige Verwässerung der Beteiligung des – aus welchen Gründen auch immer – auf eine Zeichnung verzichtenden Gesuchstellers. Es ist dieser Umstand, der die Anfechtbarkeit der Kapitalerhöhung als glaubhaft erscheinen lässt. Aus diesen Überlegungen hilft es der Gesuchsgegnerin auch nicht, wenn sie die grundsätzliche Notwendigkeit einer Sanierung und die Nichtverfügbarkeit eines Aktionärsdarlehens seitens der Mehrheitsaktionärin darlegt. Mit diesen Vorbringen mag sie zwar die sachliche Gebotenheit der Kapitalerhöhung an sich begründen, nicht aber, warum diese zum Nennwert erfolgen muss.

- 17 -

E. 4.1.3.3

Hinzu kommt, dass die künftige Geschäftstätigkeit und damit die Zweckverfolgung durch die Gesuchsgegnerin angesichts der Liquidation des Fonds in Frage steht. In der WhatsApp-Nachricht vom 2. Oktober 2024 wurde zudem die Liquidation der Gesuchsgegnerin in den Raum gestellt. Nun ist es aber gerade die künftige Geschäftstätigkeit, die gegebenenfalls eine Sanierung der Gesellschaft mittels Kapitalerhöhung überhaupt als im Gesellschaftsinteresse geboten scheinen liesse. Die Antworten des Verwaltungsrats anlässlich der Generalversammlung geben dazu keinen Aufschluss. Im vorliegenden Verfahren macht die Gesuchsgegnerin geltend, ihre Geschäftstätigkeit nicht aufzugeben zu haben, da es ihr freistehe, aus anderen Geschäftstätigkeiten, insbesondere der Beratung für andere Fonds, Einkommen zu generieren. In ihrer unaufgeforderten Replik verweist sie auf ein "Projekt ...", welches ihr "potentiell die Möglichkeit" biete, Beratungsleistungen zu erbringen. Konkreter wird sie nicht. Vor diesem Hintergrund ist zumindest fraglich, ob die Kapitalerhöhung überhaupt durch das Gesellschaftsinteresse geboten ist bzw. ob vielmehr die "Sanierbarkeit aus anderen harten Tatsachen heraus praktisch ausgeschlossen" sein könnte (BÖCKLI, a.a.O., § 11 Rz. 192). Sollte sich erweisen, dass die Gesuchsgegnerin mangels geplanter Geschäftstätigkeit überhaupt kein Kapital benötigt, wäre die Anfechtbarkeit der Kapitalerhöhung aus diesem Grund glaubhaft gemacht. Namentlich wäre diesfalls von einer Verletzung des Sachlichkeitsgebots auszugehen, da sich die Kapitalerhöhung bei vernünftiger wirtschaftlicher Überlegung nicht durch die Interessen der Gesellschaft oder der Gesamtheit ihrer Aktionäre rechtfertigen liesse. Vor diesem Hintergrund kann es dem Gesuchsteller auch mangels Informationen zur künftigen Tätigkeit der Gesuchsgegnerin nicht zugemutet werden, sich an der Kapitalerhöhung zu beteiligen.

E. 4.1.3.4

Geradezu rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB) wäre es, wenn die Kapitalerhöhung nur bezwecken würde, die vom Gesuchsteller eingeleitete Sonderprüfung und Verantwortlichkeitsklage zu torpedieren. Hiervon ist angesichts des von der Gesuchsgegnerin einstweilen glaubhaft gemachten grundsätzlichen Sanierungsbedarfs nicht auszugehen.

E. 4.1.3.5

Nicht überzeugend ist schliesslich der Einwand der Gesuchsgegnerin, es gehe dem Gesuchsteller lediglich um die Schädigung der Mehrheitsaktionärin und

- 18 - die Verhinderung von Schadenersatzansprüchen ihrerseits, weshalb ihm das nötige Rechtsschutzinteresse fehle. Der Gesuchsteller hat ein Interesse namentlich wirtschaftlicher Natur an der Verhinderung einer übermässigen Verwässerung seiner Beteiligung. Nebenbei bemerkt könnte er sich allfälliger gegen ihn gerichteter Ansprüche der Gesuchsgegnerin selbst bei einer Konkurseröffnung über diese nicht ohne Weiteres entledigen (vgl. Art. 260 SchKG).

E. 4.1.3.6

Zusammenfassend ist glaubhaft gemacht, dass die am 4. November 2024 beschlossene Kapitalerhöhung anfechtbar ist. 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 Urteil des Handelsgerichts ZH HE120205 vom 26. Juli 2012 E. 7).

E. 4.2

Weitere Voraussetzungen

E. 4.2.1

Verfügungsgrund (Nachteilsprognose): Ein nicht leicht wieder gutzumachen- der 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.). Ausserdem wird die Gesellschaft gegenüber gutgläubigen Dritten verpflichtet, wenn sie gestützt auf durch nach neuen Mehrheitsverhältnissen gefällte Beschlüsse gegen aussen auftritt (Urteil des BGer 4A_173/2021 vom 19. Juli 2021 E. 1.4). Die positive Nachteilsprognose ist demnach glaubhaft gemacht.

- 19 -

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. 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; Urteile des BGer 4A_427/2021 vom 20. Dezember 2021 E. 5.1; 4A_49/2020 vom 3. Juni 2020 E. 4.1; 4A_575/2018 vom 12. März 2019 E. 2.1). Lediglich der Vollständigkeit halber sei daher erwähnt, dass die Gesuchsgegnerin im Rahmen der Begründung ihres Sicherstellungsgesuchs auf alternative Finanzierungsmöglichkeiten hinweist (act. 10 Rz. 12), weshalb ihr Interesse an der Durchführung der Kapitalerhöhung dasjenige des Gesuchstellers an der Verhinderung der nicht rückgängig zu machenden Verwässerung nicht überwiegen würde.

E. 4.3

Fazit Das Massnahmebegehren des Gesuchstellers ist gutzuheissen.

E. 5

Antrag auf Sicherheitsleistung Ist infolge der Anordnung einer vorsorglichen Massnahme ein Schaden für die Gegenpartei zu befürchten, so kann das Gericht die vorsorglichen Massnahmen von der Leistung einer Sicherheit durch die gesuchstellende Partei abhängig machen (Art. 264 Abs. 1 ZPO). Die gesuchstellende Partei haftet für den aus einer ungerichteten vorsorglichen Massnahme erwachsenen Schaden. Beweist sie jedoch, dass sie ihr Gesuch in guten Treuen gestellt hat, so kann das Gericht die Ersatzpflicht herabsetzen oder gänzlich von ihr entbinden (Art. 264 Abs. 2 ZPO). Bei der Festsetzung einer allfälligen Sicherheit ist auf die mutmassliche Höhe des Schadens der Gegenpartei abzustellen, der sich nach der Differenztheorie berechnet (BSK ZPO-SPRECHER, Art. 264 N 29; MEZGER, Die Handelsregistersperre nach Art. 261 ff. ZPO, 2023, Rz. 520). Die Behauptungs- und Beweislast liegt bei der betreffenden Gegenpartei (Art. 8 ZGB; BSK ZPO-SPRECHER, Art. 264 N 11). Diese muss ihren Schadenersatzanspruch soweit möglich substantzieren. Erforderlich ist, dass sie dem Gericht die Schadensgefahr, die Schadenshöhe sowie die Kausalität der beantragten vorsorglichen Massnahme für den potenziellen Schaden glaubhaft macht (MEZGER, a.a.O., Rz. 525; BSK ZPO-SPRECHER, Art. 264 N 15; ZÜRCHER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 264 N 6). Ob das Gericht die Sicherheitsleistung anordnet oder nicht, liegt in seinem Ermessen (Urteil des BGer 5A_244/2020 vom 27. August 2020 E. 3.1; MEZGER, a.a.O., Rz. 525; BSK ZPO-SPRECHER, Art. 264 N 17). Eine Sicherheitsleistung ist nur zurückhaltend anzuordnen, wenn die vorsorgliche Massnahme,

wie vorliegend, lediglich der Wahrung des status quo dient (Urteil des BGer 5A_244/2020 vom 27. August 2020 E. 3.1; siehe MEZGER, a.a.O., Rz. 528). Bezüglich Handelsregistersperren wird vertreten, wenn die Durchsetzung von Minderheitsrechten in Frage stehe, solle beim Entscheid über eine Sicherheitsleistung das nötige Augenmass geübt werden, da die Verpflichtung zur Leistung einer Sicherheitsleistung eine prohibitive Schranke für den Schutz legitimer Rechtspositionen sein könne (GASSMANN, Durchsetzung der Minderheitsrechte von Aktionären unter der neuen ZPO, GesKR 2012, 426). Die Gesuchsgegnerin verweist auf ihre Überschuldung, aufgrund derer sie zur Aufrechterhaltung des Geschäfts auf neues Kapital angewiesen sei. Im Fall einer Handelsregistersperre müsse sie dieses Kapital anderweitig beschaffen. Sie könne in dieser Zeit keine Investitionen durchführen und ihrem operativen Geschäft nicht weiter nachgehen, was schlussendlich existenzbedrohend werde, bzw. wäre gezwungen, Fremdkapital aufzunehmen, was zu Kosten führe (act. 10 Rz. 10 ff.). Es ist zwar denkbar, dass die Blockierung einer Kapitalerhöhung durch eine vorsorgli-

- 21 - che Massnahme zu einer Schädigung der betroffenen Gesellschaft führen kann, da sie mangels Kapitalerhöhung teureres Fremdkapital aufnehmen muss oder bestimmte Investitionen nicht durchführen kann (SCHENKER/SCHENKER, a.a.O., 410; SCHENKER, a.a.O., 43, der zudem darauf hinweist, dass die Gesellschaft sogar in ihrer Existenz bedroht sein könne). Vorliegend kommt aber die Gesuchsgegnerin ihrer diesbezüglichen Substanziierungsobliegenheit nicht nach: Es ist nicht erkennbar, was sie mit der Blockierung ihres operativen Geschäfts bzw. mit verhinderten Investitionen meinen könnte und welcher vermögensmässige Schaden resultieren würde. Entgangene Gewinne aus dem operativen Geschäft bzw. Investitionen lassen sich jedenfalls nicht einfach mit dem Maximalbetrag der Kapitalerhöhung gleichsetzen. Gleiches gilt für die behauptete Notwendigkeit der Aufnahme von (verzinslichem) Fremdkapital. Auch hier bleiben die Vorbringen der Gesuchsgegnerin pauschal. Nur schon deshalb ist das Begehren der Gesuchsgegnerin abzuweisen, zumal eine Sicherheitsleistung ohnehin nur zurückhaltend anzuordnen wäre.

E. 6

Prosequierung Dem Gesuchsteller ist eine Prosequierungsfrist anzusetzen (Art. 263 ZPO). Da der Gesuchsteller 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 4. Januar 2025 anzusetzen ist.

E. 7

Schriftliche Mitteilung a) an den Gesuchsteller, unter Beilage des Doppels von act. 18, vorab per vertraulicher E-Mail (an ... [E-Mail-Adresse von X1._____] und ... [E-Mail-Adresse von X2._____]); b) an die Gesuchsgegnerin, vorab per vertraulicher E-Mail (an ... [E-Mail-Adresse von y1._____] , ... [E-Mail-Adresse von Y2._____] ... [E-Mail-Adresse von Y3._____]); c) an das Handelsregisteramt vollständig und im Dispositiv, ebenfalls vorab per E-Mail/Fax.

- 24 -

E. 7.1

Bei einer beantragten Handelsregistersperre ist für die Bemessung des Streitwertes – gleich wie bei der Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung – das (Gesamt-)Interesse der Gesellschaft an der Eintragung und nicht dasjenige der klagenden Partei massgeblich (Urteil des Bundesgerichts 4A_537/2013 E. 2; Urteile des Handelsgerichts Zürich HE200365 vom 23. November 2020 E. 8; HE160516 vom 14. Februar 2017 E. 6.2; MEZGER, a.a.O., Rz. 474; siehe auch BGE 133 III 368 E. 1.3.3; Beschluss und Urteil des Handelsgerichts ZH

- 22 - HG200002 vom 18. Mai 2021 E. 7.1). Da es um eine Kapitalerhöhung im Mindestumfang von CHF 800'000.– geht, ist also – anders als noch in der Verfügung vom 1. November 2024 (act. 4) – von einem Streitwert in dieser Höhe auszugehen (Urteil des Handelsgericht ZH HE120205 vom 26. Juli 2012 E. 12).

E. 7.2

Gestützt auf den Streitwert ist die Gebühr unter Berücksichtigung der Reduktion für das Summarverfahren (§§ 4 und 8 Abs. 1 GebV OG) auf CHF 14'000.– festzusetzen. Diese ist vorläufig dem Gesuchsteller aufzuerlegen und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen, wobei der Entscheid des Gerichts im Prozess in der Hauptsache vorbehalten bleibt (Art. 104 Abs. 3 ZPO). Für den Säumnisfall ist die Gerichtsgebühr definitiv dem Gesuchsteller aufzuerlegen.

E. 7.3

Auch für die Regelung der Parteientschädigung bleibt der Entscheid des Gerichts im Prozess in der Hauptsache vorbehalten (Art. 104 Abs. 3 ZPO). Für den Säumnisfall ist der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung zu bezahlen. Diese ist unter Beachtung des Streitwerts und der summarischen Natur des Verfahrens (§§ 4 und 9 AnwGebV) auf CHF 14'000.– 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, inwieweit sie die für die Rechtsvertretung bezahlte Mehrwertsteuer nicht als Vorsteuerabzug geltend machen kann (Urteil des Kassationsgerichts ZH vom 19. Juli 2005, ZR 104 [2005] Nr. 76, E. III.2.d; Urteil des Handelsgerichts ZH HG130021 vom 26. August 2015 E. 15.3.2, obiter bestätigt durch Urteil des BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5). Die Einzelrichterin erkennt: 1. Der Antrag der Gesuchsgegnerin auf Verpflichtung des Gesuchstellers zur Leistung einer Sicherheit wird abgewiesen. 2. Das Handelsregisteramt des Kantons Zürich wird angewiesen, die von der Generalversammlung der B._____ Management AG (CHE-1) vom 4. November 2024 beschlossene Kapitalerhöhung von mindestens CHF 800'000 und höchstens CHF 2'000'000 von derzeit CHF 100'000 auf neu mindestens

- 23 - CHF 900'000 und höchstens CHF 2'100'000, oder eine andere an der Generalversammlung der B._____ Management AG (CHE-1) vom 4. November 2024 beschlossene Kapitalerhöhung nicht in das Tagesregister einzutragen sowie keine diesbezüglichen Eintragungen an das Eidgenössische Handelsregisteramt (EHRA) zur Genehmigung zu übermitteln. 3. Dem Gesuchsteller wird eine Frist bis 4. Januar 2025 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 14'000.–. Sie wird provisorisch aus dem Kostenvorschuss des Gesuchstellers bezogen. Der endgültige Entscheid des Gerichts im Prozess in der

Hauptsache bleibt vorbehalten. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Dispositiv- Ziff. 3), wird die Gerichtsgebühr definitiv dem Gesuchsteller auferlegt. 5. Die Regelung der Parteientschädigung bleibt dem Gericht im Prozess in der Hauptsache vorbehalten. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Dispositiv-Ziff. 3), wird der Gesuchsteller verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 14'000.– zu bezahlen. 6. Alle Fristen dieses Verfahrens laufen in den Gerichtsferien.

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 800'000.–. Zürich, 24. Dezember 2024 Handelsgericht des Kantons Zürich Einzelgericht Gerichtsschreiber: Dr. Severin Harisberger

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