

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE170023-O

U/dz

Mitwirkend: Obergerichter Dr. Johann Zürcher sowie die Gerichtsschreiberin
Adrienne Hennemann

Urteil vom 13. Juni 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw, LL.M. X2. _____

gegen

1. **B.** _____ **AG in Liquidation,**

2. **C.** _____ **AG,**

Beklagte

1 vertreten durch Konkursamt Zürich (Altstadt)

2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____

2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sei anzuweisen, den Beschluss der ausserordentlichen Generalversammlung der Gesuchsgegnerin 1 vom 20. Januar 2017 über das Traktandum "Beschlussfassung über den Fusionsvertrag vom 20. Dezember 2016 mit der D._____ AG, Zürich" bis zum rechtskräftigen Entscheid des Gerichts betreffend Gültigkeit dieses Beschlusses nicht einzutragen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt) unter solidarischer Haftung zu Lasten der Gesuchsgegnerinnen."

Geändertes Rechtsbegehren:

(act. 38 S. 2)

- " 1. Das Handelsregisteramt sei anzuweisen, einem Antrag auf Eintragung der Fusion der Beklagten, welcher auf den Beschluss der Beklagten 1 vom 20. Januar 2017 abgestützt wird, definitiv keine Folge zu leisten.
2. Eventualiter sei das Handelsregisteramt des Kantons Zürich anzuweisen, den Beschluss der ausserordentlichen Generalversammlung der Gesuchsgegnerin 1 vom 20. Januar 2017 über das Traktandum "Beschlussfassung über den Fusionsvertrag vom 20. Dezember 2016 mit der D._____ AG, Zürich [neu C._____ AG, Zürich]" bis zum rechtskräftigen Entscheid des Gerichts betreffend die Gültigkeit dieses Beschlusses nicht einzutragen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt) unter solidarischer Haftung zu Lasten der Gesuchsgegnerinnen."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 30. Januar 2017 überbrachte der Kläger das vorliegende Begehren (act. 1). Mit Verfügung vom 30. Januar 2017 wurde vorgemerkt, dass ein Massnahmebegehren betreffend Aufrechterhaltung der Registersperre eingereicht worden ist (act. 4). Mit Verfügung vom 1. Februar 2017 wurde dem Kläger Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von CHF 6'600.– und den Beklagten zur Stel-

lungnahme zum Massnahmegesuch angesetzt (act. 7). Infolge doppelt einbezahltem Kostenvorschuss durch den Kläger wurde diesem mit Verfügung vom 7. März 2017 der Betrag von CHF 6'600.– zurückerstattet (act. 15-17). Innert erstreckter Frist reichten die Beklagten die Stellungnahme ein (act. 12 und 19). Mit Verfügung vom 15. März 2017 wurde dem Kläger Frist zur Stellungnahme zur Eingabe der Beklagten 1 und 2 angesetzt (act. 21). Unter dem 16. März 2017 reichte die Beklagte 1 eine Noveneingabe ein (act. 23). Am 16. März 2017 (Datum Poststempel) folgte eine Eingabe des Klägers (act. 25). Mit Verfügung vom 20. März 2017 wurden die jeweiligen Eingaben der Gegenpartei zugestellt (act. 26). Zwischenzeitlich folgte die Konkurseröffnung über die Beklagte 1, was den Parteien mit Verfügung vom 27. März 2017 mitgeteilt wurde (act. 29). Am 10. April 2017 reichte der Kläger die Stellungnahme ein und stellte prozessuale Anträge (Sistierung des Verfahrens, eventuell Fristerstreckung; act. 32). Mit Verfügung vom 12. April 2017 wurde von der Umfirmierung der Beklagten 2 in "C. _____ AG" Vormerk genommen und das Rubrum entsprechend angepasst. Das klägerische Sistierungsgesuch wurde abgewiesen und dem Kläger eine letztmalige Frist zur Stellungnahme angesetzt. Gleichzeitig wurde den Parteien Frist angesetzt, um zur allfälligen Erledigung des Verfahrens Stellung zu nehmen und das Konkursamt Zürich (Altstadt) ersucht, dem Einzelgericht am Handelsgericht Mitteilung über einen Antrag i.S.v. Art. 230 oder Art. 231 SchKG zu machen (act. 34). Unter dem 5. Mai 2017 nahm die Beklagte 1 Stellung (act. 36). Innert Frist reichte der Kläger die Stellungnahme zur Massnahmeantwort mit geändertem Rechtsbegehren ein (act. 38). Am 17. Mai 2017 überbrachte die Beklagte 2 die Stellungnahme zur Stellungnahme des Klägers (act. 41), die alsdann an den Kläger und die Beklagte 1 ging (Prot. S. 13; act. 43/1-2). Diese liessen sich nicht mehr vernehmen.

2. Passivlegitimation der Beklagten 2

2.1. Die Beklagte 2 bestreitet, passivlegitimiert zu sein, weshalb das Massnahmebegehren – soweit sie betreffend – kosten- und entschädigungspflichtig abzuweisen sei (act. 19 Rz. 8 ff. und act. 41 Rz. 9 ff.). Der Kläger widerspricht der fehlenden Passivlegitimation. Er bringt insbesondere vor, dass sich eine Anfechtungsklage gegen beide beteiligten Unternehmen richten müsse (sofern sie denn

im Anfechtungszeitpunkt noch existieren würden). Dies ergebe sich bereits aus Art. 107 Abs. 1 FusG, wonach bei Gutheissung der Anfechtungsklage zufolge verbesserungsfähigem Mangel beiden an der Fusion beteiligten Unternehmen Frist zur Mängelbeseitigung anzusetzen sei (act. 38 Rz. 7).

2.2. Der Kläger begründet seine Aktivlegitimation mit Art. 106 Abs. 1 FusG (Anfechtung des Fusionsbeschlusses, act. 1 Rz. 11). Das Fusionsgesetz äussert sich nicht explizit, gegen wen sich die Klage auf Anfechtung des Fusionsbeschlusses zu richten hat, weshalb sich in der Literatur keine einheitliche Ansicht durchgesetzt hat. Oft wird diese Frage gar nicht erst beantwortet und bloss festgehalten, dass passivlegitimiert sämtliche nach der Strukturanpassung bestehende Rechtsträger seien. Wie es sich vor der Strukturanpassung verhält, darüber äussern sich diese Autoren nicht explizit (vgl. MEIER-DIETERLE, in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Frank Vischer (Hrsg.), 2. Auflage, Zürich 2012, Art. 106 N 8; HOFFMANN-NOVOTNY, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRG und KKG, Amstutz/Roberto/Trüeb (Hrsg.), 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 106 N 15).

2.3. Das Bundesgericht hat die Frage bislang noch nicht entschieden. Die herrschende Lehre stellt sich auf den Standpunkt, sofern die Transaktion bis zur Klageanhebung noch nicht vollzogen worden sei, komme die Passivlegitimation einzig derjenigen Gesellschaft zu, deren Beschluss angefochten werden soll (NUSSBAUMER, Die Anfechtung von Umstrukturierungsbeschlüssen nach Art. 106 und 107 Fusionsgesetz am Beispiel der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 2012, Rz. 214; DUBS/FREHNER, Basel Kommentar zum Fusionsgesetz, Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker (Hrsg.), 2. Auflage, Basel 2015, Art. 106 N 54; AMSTUTZ/MABILLARD, Fusionsgesetz, Basel 2008, Art. 106 Rz. 10; anderer Ansicht, aber mit weiteren Hinweisen: EMCH, System des Rechtsschutzes im Fusionsgesetz, Diss. Bern 2006, S. 201 Rz. 931). Dies wird im Wesentlichen damit begründet, dass die Passivlegitimation der übrigen an der Umstrukturierung beteiligten Rechtsträger ungerechtfertigt erscheine, hätte sie doch zur Folge, dass ein Rechtsträger im Zusammenhang mit einem Beschluss eines anderen Rechtsträgers in einen Prozess verwickelt werden könnte, obwohl sich der Beschluss auf

ihn gar nicht ausgewirkt hat und obwohl der von seiner Generalversammlung gefällte Beschluss die Umstrukturierung vielleicht sogar ablehne. Solange keine Veränderung des Vermögens und/oder der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte stattgefunden habe, gebe es keinen rechtlichen Grund, eine andere als diejenige Gesellschaft passivlegitimiert zu erklären, deren Beschluss angefochten werden soll (NUSSBAUMER, Die Anfechtung von Umstrukturierungsbeschlüssen nach Art. 106 und 107 Fusionsgesetz am Beispiel der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 2012, Rz. 214;). Die Vertreter der gegenteiligen Ansicht verlangen, dass sämtliche beteiligten Rechtsträger einzuklagen seien (EMCH, a.a.O., S. 201 f. mit weiteren Hinweisen). Art. 107 FusG sieht zwar vor, dass der Richter Massnahmen ergreifen kann, um die Folgen eines Mangels zu beheben. Der vorliegende Fall zeigt sich nun aber dahingehend anders, als keine Rückabwicklung im Raume steht, ist der Fusionsbeschluss doch noch – daher auch die vorliegenden vorsorglichen Massnahmen zur Aufrechterhaltung der Registersperre – gar nicht im Handelsregister eingetragen worden. Letztendlich geht es um die Anfechtung des Fusionsbeschlusses der Beklagten 1, deren Aktionär der Kläger ist. Die Beklagte 2 hat mit diesem Fusionsbeschluss direkt nichts zu tun. Vielmehr ist die geplante Fusion praktisch von Beginn weg blockiert worden. Daher ist die Passivlegitimation der Beklagten 2 zu verneinen. Das Begehren um vorsorgliche Massnahmen gegen die Beklagte 2 ist folglich abzuweisen.

3. Erledigung des Verfahrens

3.1. Das ursprüngliche Rechtsbegehren des vorliegenden Massnahmegesuchs ging auf Aufrechterhaltung der Registersperre (vgl. act. 1 S. 2). Da zwischenzeitlich über die Beklagte 1 der Konkurs eröffnet worden ist und die Beklagte 2 ihr Desinteresse an der Fusion mitgeteilt hat (act. 19 Rz. 1, act. 27 und 28), wurde den Parteien das rechtliche Gehör hinsichtlich möglicher Verfahrenserledigung gewährt (act. 34).

3.2. Der Kläger zeigte sich mit dem in Aussicht gestellten Vorgehen des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich einverstanden, das Handelsregisteramt anzuweisen, einem Antrag auf Eintragung der Fusion der Beklagten,

welcher auf den Beschluss der Beklagten 1 vom 20. Januar 2017 abgestützt werde, definitiv keine Folge zu leisten (act. 38 Rz. 1 ff.).

Die Beklagte 1 führt aus, dass noch nicht feststehe, ob das Verfahren mangels Aktiven einzustellen oder im summarischen Verfahren durchzuführen sei, dies sei davon abhängig, ob die der Konkursitin gehörenden Patente verwertet werden könnten. Ein Interesse von Drittpersonen bzw. Gläubigern sei bereits bekundet worden. Die Beklagte 1 führt weiter aus, dass sie der Ansicht sei, dass auch bei einer Einstellung mangels Aktiven oder einem Überschuss der Aktiven gegenüber den Passiven im laufenden Konkursverfahren, die Fusion nicht vollzogen werden könne. Entsprechend habe sie kein Interesse an einem Vollzug der Fusion und sei mit dem Vorschlag einverstanden, dass das Handelsregisteramt definitiv anzuweisen sei, einem Antrag auf Eintragung der Fusion der Beklagten definitiv keine Folge zu leisten, sofern sich dieser auf den Beschluss der Beklagten 1 vom 20. Januar 2017 abstütze. Weiter führt sie aus, dass der Konkursmasse durch den Nichtvollzug der Fusion keine Kosten entstehen dürften (act. 36).

3.3. Nach wie vor ist unklar, ob eine Einstellung des Konkurses über die Beklagte 1 mangels Aktiven oder die Durchführung des Konkurses im summarischen Verfahren im Raum steht. Bei Durchführung eines ordentlichen oder summarischen Konkursverfahrens ist ein Vollzug der Fusion ausgeschlossen (BSK FusG-Erni, Art. 5 N 11). Sowohl der Kläger als auch die Beklagte 1 sind an einer Eintragung des Fusionsbeschlusses nicht mehr interessiert. Da sowohl der Kläger als auch die Beklagte 1 ihr Einverständnis damit erklärt haben, das Gericht definitiv anzuweisen, den Fusionsbeschluss nicht einzutragen, ist so zu verfahren.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG), während die Höhe der Parteientschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen ist. Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2

Abs. 1 lit. a AnwGebV). Ausgehend von einem Streitwert von CHF 100'000.– (vgl. act. 7) ist die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts auf rund drei Viertel der ordentlichen Gebühr, d. h. CHF 6'600.–, festzusetzen (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG).

4.2. Der Kläger unterliegt teilweise, da das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen gegen die Beklagte 2 mangels Passivlegitimation abzuweisen ist. Daher sind ihm die entsprechenden Gerichtskosten aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1). Im Verhältnis Kläger zur Beklagten 1 unterliegt zwar die Beklagte 1, dieses Unterliegen ist aber die Konsequenz der Tatsache, dass der Kläger das vorliegende Begehren eingereicht hat, was in der Folge den Konkurs über die Beklagte 1 nach sich gezogen und eine Fusion unmöglich gemacht hat (vgl. die unbestritten gebliebene Darstellung in act. 19 Rz 1). Daher wäre es unbillig, diese Kosten vollumfänglich der Beklagten 1 aufzuerlegen. Dies auch deshalb, da die Parteien "vereinbart" haben, nunmehr das Handelsregisteramt definitiv anzuweisen, den Fusionsbeschluss nicht einzutragen. Vor diesem Hintergrund sind die Gerichtskosten in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 und Abs. 3 und Art. 107 Abs. 1 li. f ZPO dem Kläger zu zwei Dritteln, d.h. CHF 4'400.–, und der Beklagten 1 zu einem Drittel, d.h. CHF 2'200.– aufzuerlegen.

4.3. Die Grundgebühr für die Parteientschädigung beträgt CHF 10'900.– (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Diese ist in Anwendung von § 4 Abs. 2 i.V.m. § 9 AnwGebV auf rund die Hälfte, d. h. CHF 5'500.–, zu reduzieren. Der Kläger unterliegt in Bezug auf das Verhältnis zur Beklagten 2 vollumfänglich; im Verhältnis zur Beklagten 1 teilweise. Da beide Beklagten im Zeitpunkt der Entstehung des massgeblichen Aufwands (Erarbeitung der Massnahmeantwort) durch denselben Anwalt vertreten worden sind, haben sie nur Anspruch auf eine Parteientschädigung. Eine separate Entschädigung an das Konkursamt als Vertreter der Beklagten 1 ist nicht beantragt, eine solche wäre ohnehin mangels erheblicher Umstände nicht zuzusprechen (vgl. act. 36).

Der Kläger ist in Anwendung von Art. 106 und Art. 107 lit. f ZPO zu verpflichten, den Beklagten 1 und 2 eine (gemeinsame) Parteientschädigung von CHF 2'000.–

zu bezahlen. Die Parteientschädigung ist ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen (BGer 4A_552/2015 E.4.5).

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen gegenüber der Beklagten 2 wird abgewiesen.
2. Es wird davon Vormerk genommen, dass sich der Kläger und die Beklagte 1 mit einer Anweisung an das Handelsregistersamt des Kantons Zürich wie in Dispositiv-Ziffer 3 nachfolgend aufgeführt, einverstanden erklärt haben.
3. Das Handelsregisteramt wird angewiesen, einem Antrag auf Eintragung der Fusion der Beklagten 1 und 2 definitiv keine Folge zu leisten, sofern sich dieser auf den Beschluss der Beklagten 1 vom 20. Januar 2017 abstützt.
4. Die Gerichtskosten werden auf CHF 6'600.– festgesetzt und dem Kläger im Umfang von CHF 4'400.– und der Beklagten 1 im Umfang von CHF 2'200.– auferlegt. Die Kosten werden aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Dem Kläger wird das Rückgriffsrecht auf die Beklagte 1 eingeräumt.
5. Der Kläger wird verpflichtet, den Beklagten 1 und 2 eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 2'000.– zu bezahlen, zahlbar an die Beklagte 2 bzw. deren Rechtsvertretung.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich.
7. 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 100'000.–.

Zürich, 13. Juni 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Adrienne Hennemann