

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE170305-O

U/ee

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie der Gerichtsschreiber  
Dr. Benjamin Büchler

## Verfügung vom 2. November 2017

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ AG,**  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B. \_\_\_\_\_ AG,**  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y1. \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 1 f.)

- "1. Es sei der Gesuchsgegnerin im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ff. ZPO ab sofort zu verbieten, Optionsrechte, die an C.\_\_\_\_\_, geb. tt.2.1983, Bürger von Zürich, wohnhaft in D.\_\_\_\_\_, oder an andere Verwaltungsratsmitglieder oder Mitarbeiter der Gesuchsgegnerin ausgegeben werden sollen, mit dem in der Einladung vom 1. August 2017 zur ausserordentlichen Generalversammlung der Gesuchsgegnerin, die am vom 22. August 2017 stattfinden soll, genannten und an dieser Generalversammlung zu beschliessenden bedingten Aktienkapital der Gesuchsgegnerin, lautend wie folgt:

**Artikel 3a - Bedingtes Kapital**

Das Aktienkapital wird unter Ausschluss der Bezugsrechte der Aktionäre durch Ausgabe von höchstens 124'000 voll zu liberierenden Namenaktien zum Nennwert von je CHF 1.00 erhöht durch die Ausübung von Optionsrechten, die bestimmten Mitarbeitern und Mitgliedern des Verwaltungsrates gewährt werden. Die Übertragbarkeit der Namenaktien ist im Sinne von Art. 7 dieser Statuten beschränkt. Der Verwaltungsrat erlässt für die Regelung der Einzelheiten die Ausführungsvorschriften.

oder einem abweichend formulierten an dieser Generalversammlung beschlossenen bedingten Aktienkapital zu verknüpfen, d.h. mit Bezug auf solches bedingtes Aktienkapital auszugeben.

2. Es sei diese Verbot bereits superprovisorisch ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin anzuordnen.
3. Es sei dieses Verbot für den Fall der Zuwiderhandlung unter Androhung der Überweisung der verantwortlichen Organe der Gesuchsgegnerin an den Strafrichter wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) anzuordnen.
4. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

**Der Einzelrichter zieht in Erwägung:**

1. Mit Eingabe vom 7. August 2017 stellte die Klägerin das vorliegende Begehren (act. 1). Mit Verfügung vom 8. August 2017 wurde das klägerische Begehren superprovisorisch, ohne Anhörung der Gegenpartei, mit leicht anderem Wortlaut, gutgeheissen (act. 4). Gleichzeitig wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines

Kostenvorschusses und der Beklagten Frist zur Stellungnahme zum klägerischen Begehren angesetzt (act. 4). Der Kostenvorschuss ist fristgerecht eingegangen (act. 6). Innert erstreckter Frist hat die Beklagte mit Eingabe vom 2. Oktober 2017 eine Stellungnahme erstattet (act. 12). Diese wurde der Klägerin am 3. Oktober 2017 zugestellt (Prot. S. 4). Mit Eingabe vom 16. Oktober 2017 beantragte die Klägerin das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit unter Kostenfolge zulasten der Beklagten abzuschreiben (act. 15). Innert angesetzter Frist (act. 17) nahm die Beklagte zu diesem Antrag Stellung (act. 19).

2. Am 11. Oktober 2017 fanden zwei Universalversammlungen der Beklagten statt. Dabei wurde die im Rahmen der Generalversammlung der Beklagten vom 22. August 2017 beschlossene bedingte Kapitalerhöhung für ungültig erklärt bzw. widerrufen (act. 15 Ziff. 2; act. 16/1; act. 19 Rz. 3). Damit sei das Massnahmenbegehren gemäss der Klägerin gegenstandslos.

Mit dem vorliegenden Gesuch wollte die Klägerin verhindern, dass gestützt auf die von der Beklagten angestrebte bzw. am 22. August 2017 beschlossene bedingte Kapitalerhöhung Optionsrechte für den Bezug der damit geschaffenen Aktien ausgegeben werden (act. 1 Rz. 4 ff.). Mit der Aufhebung der entsprechenden Bestimmung am 11. Oktober 2017 ist dieses Ziel erreicht worden und das vorliegende Verfahren ist gegenstandslos geworden.

Entsprechend ist das Verfahren abzuschreiben (Art. 242 ZPO). Auf die Ausführungen der Parteien ist in den folgenden Erwägungen einzugehen, soweit sie für die Entscheidungsfindung bezüglich Kosten- und Entschädigungsfolgen (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 3) relevant sind.

3.1. Die Klägerin beantragt, die Kosten seien der Beklagten aufzuerlegen. Diese habe sowohl die Führung des Prozesses als auch die Gegenstandslosigkeit verschuldet, weshalb sie auch die Kosten zu tragen habe (act. 15 Rz. 4).

Die Beklagte hält entgegen, dass die Universalversammlungen vom 11. Oktober 2017 stattgefunden hätten, weil sich die Parteien darauf geeinigt hätten. Zum mutmasslichen Prozessausgang bleibt sie dabei, dass die Ausgabe von Op-

tionsrechten vor Eintragung der Statutenänderung nach klarem Gesetzeswortlaut ohnehin nicht zulässig und die Massnahme damit nicht nötig gewesen sei (act. 19 Rz. 4 ff.).

3.2. Ist das Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben, sind die Kosten in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO nach Ermessen des Gerichts zu verteilen. Zu berücksichtigen sind sämtliche Umstände des Verfahrens, wie etwa, welche Partei Anlass zu Klage gegeben hat, bei welcher Partei die Gründe der Gegenstandslosigkeit eingetreten sind oder wie der Prozess mutmasslich ausgegangen wäre (DAVID JENNY, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016, N 16 zu Art. 107 ZPO; PASCAL LEUMANN LIEBSTER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, a.a.O., N 9 zu Art. 242 ZPO). Massgebend sind die konkreten Umstände des Einzelfalles (MARTIN H. STERCHI, in: HAUSHEER/WALTER, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band 1, Bern 2012, N 18 zu Art. 107 ZPO).

3.3. Vorliegend beantragen beide Parteien, dass die jeweilige Gegenpartei die Kosten zu tragen und eine Parteientschädigung zu leisten habe. Anlass zur Klage hat vorliegend die Beklagte gegeben, welche die bereits im Vorfeld strittige (act. 1 Rz. 13 ff.) bedingte Kapitalerhöhung traktandiert und in der Folge auch beschlossen hat (act. 1 Rz. 17 f.). Die Gegenstandslosigkeit ist wiederum auf einen Beschluss der Generalversammlung der Beklagten zurückzuführen. Auch wenn die Klägerin mit diesem Vorgehen einverstanden war (act. 19 Rz. 3), kann dies nichts daran ändern, dass der Entscheid auf Seiten der Beklagten gefällt worden ist.

Hinsichtlich des mutmasslichen Prozessausgangs gilt zu ergänzen, dass aufgrund der Rechtsschriften der Parteien das Massnahmebegehren potentiell gutzuheissen gewesen wäre. Die Klägerin legt glaubhaft dar, dass der eigentliche Zweck der bedingten Kapitalerhöhung die Sicherung der Mehrheit zu Gunsten von C.\_\_\_\_\_ gewesen ist - nicht, wie die Beklagte behauptet, die Bereinigung der angespannten Liquidationslage. Dies erscheint mit einem Entzug der Bezugsrechte nicht vereinbar (act. 1 Rz. 20 ff.). Ohnehin ist glaubhaft, dass das gemäss Statuten erforderliche erforderliche Quorum von 90% bei einer Beteiligung der Klägerin von rund 18% nicht erreicht worden ist (act. 1 Rz. 25).

Der Einwand der Beklagten, das Massnahmebegehren sei nicht erforderlich gewesen, da sie ohnehin keine Optionsrechte hätte ausgeben dürfen (act. 12 Rz. 12 ff.), ist nicht zu hören. Zwar ist zutreffend, dass in Art. 653b Abs. 3 OR die vor dem Eintrag der bedingten Kapitalerhöhung ins Handelsregister eingeräumten Wandel- und Optionsrechte als nichtig bezeichnet werden. Allerdings darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass in der Lehre die Bestimmung teilweise anders ausgelegt wird. In Anlehnung an deren Schutzzweck wird teilweise postuliert, dass bei der Deckung der Wandel- und Optionsrechte durch Vorratsaktien eine Ausgabe bereits vor dem Handelsregistereintrag möglich ist (dazu PETER BÖCKLI, Schweizerisches Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 2 N 204). Weshalb diesbezüglich nicht kotierte Gesellschaften, die ebenfalls eigene Aktien erwerben können (Art. 659 OR), anders behandelt werden sollen, ist nicht ersichtlich. Das Bundesgericht hat diese Frage bisher nicht entscheiden müssen. Es ist aber auch nicht am Einzelrichter im summarischen Verfahren, diese Frage endgültig zu klären. Vielmehr ist aufgrund der Möglichkeit, dass in einem Gerichtsverfahren gegen die Nichtigkeit so geschaffener Aktien entschieden würde, das Risiko der Klägerin als ernsthafter Nachteil anzusehen.

Die wesentlichen strittigen Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme hat die Klägerin damit glaubhaft gemacht.

3.4. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Beklagte den Anlass für die Stellung des Massnahmenbegehrens geschaffen hat, die Gegenstandslosigkeit verursacht hat und dass das Begehren mutmasslich gutzuheissen gewesen wäre. Demgemäss sind die Kosten in Anwendung von Art. 107 lit e ZPO der Beklagten aufzuerlegen.

4. Die Klägerin nennt einen Streitwert von CHF 248'000.–, entsprechend dem Nennwert des Aktienkapitals der Beklagten (act. 1 Rz. 3). Die Beklagte widerspricht dem, der Streitwert betrage lediglich CHF 124'000.–, da nur diese Anzahl Aktien mit der bedingten Kapitalerhöhung geschaffen werden soll (act. 12 Rz. II.2). Massgebend ist das Gesamtinteresse der beklagten Gesellschaft. Der Beklagten ist zuzustimmen, dass es beim vorliegenden Streit lediglich um die neu auszugebenden, nicht aber um die bereits vorhandenen Aktien geht. Dement-

sprechend ist der Streitwert, analog zum Nominalwert der Aktien, zu dem diese offenbar ausgegeben werden sollen, auf CHF 124'000.– festzulegen.

5.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der Gebührenverordnung des Obergerichts bestimmt (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Ausgehend von einem Streitwert von CHF 124'000.– ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf CHF 4'000.– festzusetzen.

5.2. Die Parteientschädigung ist unter Berücksichtigung des vorgenannten Streitwerts in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 9 AnwGebV OG auf CHF 6'000.– festzulegen.

#### **Der Einzelrichter verfügt:**

1. Das Massnahmebegehren wird zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 4'000.–.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Der Klägerin wird das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 6'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin mit Doppeln von act. 19 und act. 20/5a und 5b.
6. 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 124'0000.–.

Zürich, 2. November 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler