

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE230030-O

U/pz

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan sowie der Gerichtsschreiber
Dr. Severin Harisberger

Urteil vom 17. Mai 2023

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchstellerin

vertreten durch Advokat X1. _____

vertreten durch Advokatin X2. _____

gegen

B. _____ AG,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt Y2. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, Schöntalstrasse 5, Postfach, 8022 Zürich, superprovisorisch im Sinne von Art. 262 lit. c ZPO anzuweisen, keine ab Einreichung des vorliegenden Gesuchs beim Handelsregisteramt angemeldeten Geschäfte betreffend die Gesuchsbeklagte, namentlich keine Veränderung des Aktienkapitals der Gesuchsbeklagten, in das Handelsregister einzutragen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchsbeklagten."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Sachverhaltsüberblick und Prozessgeschichte

Die Gesuchstellerin ist eine Aktionärin der Gesuchsgegnerin, einer Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich (act. 1 Rz. 3, 9; act. 17 Rz. 34, 38; act. 3/3).

Die Parteien schlossen am 17. Dezember 2021 ein *Financing Agreement* (act. 3/5). Darunter gewährte die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin ein Darlehen in der Höhe von CHF 2'000'000.—. Gemäss übereinstimmender Darstellung handelt es sich um ein Wandeldarlehen, das der Gesuchstellerin unter bestimmten Umständen ein Recht auf Wandlung des Darlehens in Aktien der Gesuchsgegnerin gibt (act. 1 Rz. 10 f.; act. 17 Rz. 39, 41). Die Tragweite dieser Wandlungsmöglichkeit ist umstritten (vgl. act. 1 Rz. 11; act. 17 Rz. 39, 41).

Nebst der Gesuchstellerin sind weitere Personen als Aktionäre und/oder Wandeldarlehensgeber an der Gesuchsgegnerin beteiligt. Namentlich schloss die Gesuchsgegnerin mit weiteren Investoren Darlehensverträge ab, die zu jeweils unterschiedlichen Bedingungen eine Wandlungsmöglichkeit vorsehen (act. 1 Rz. 14; act. 17 Rz. 13, 45; act. 18/12-20).

Die Gesuchsgegnerin befindet sich in einer finanziell schwierigen Lage (act. 1 Rz. 16; act. 9 Rz. 7; act. 17 Rz. 8; act. 18/11). Gemäss Restrukturierungsplan ihres Verwaltungsrats soll in einer Phase 1 durch eine ordentliche Kapitalerhöhung die drohende Zahlungsfähigkeit abgewendet und in einer Phase 2 durch Wand-

lung von Fremdkapital in Eigenkapital der Konkurs abgewendet werden (act. 9 Rz. 8; act. 17 Rz. 9 ff.; siehe auch act. 1 Rz. 16).

In Umsetzung von Phase 1 fand am 15. März 2023 eine Generalversammlung statt, die eine ordentliche Kapitalerhöhung beschloss (act. 9 Rz. 6, 10 ff.; act. 17 Rz. 11; act. 11/4). In der Folge wurde das Aktienkapital von bisher CHF 163'230.15 um CHF 713'548.90 auf neu CHF 876'779.05 erhöht (act. 11/9 Ziff. I). Ein Betrag in der Höhe des Nennwerts der neu ausgegebenen Aktien wurde hinterlegt und stand erst nach Eintragung im Handelsregister zur Verfügung der Gesuchsgegnerin (act. 9 Rz. 17 f.). Diese erfolgte vorerst nicht.

In Umsetzung von Phase 2 lud der Verwaltungsrat für den 24. März 2023 zu einer weiteren Generalversammlung ein. Er schlug vor, das Aktienkapital um maximal CHF 1'956'206.70 durch Ausgabe von bis zu 39'124'134 Aktien mit Nennwert von je CHF 0.05 zu erhöhen. Die Einlage sollte für Aktien im Nennwert von CHF 235'976.35 in bar und für Aktien im Nennwert von CHF 1'720'230.35 durch Verrechnung mit Wandeldarlehensforderungen erfolgen. Das Bezugsrecht der bestehenden Aktionäre sollte gewahrt bleiben (act. 1 Rz. 15 f.; act. 17 Rz. 52; act. 3/10). Die Gesuchstellerin teilte der Gesuchsgegnerin mit, dass sie im Rahmen dieser Kapitalerhöhung ihr Darlehen in Eigenkapital wandeln wolle (act. 1 Rz. 17, 20 ff.; act. 3/6; act. 3/7-8). Die Gesuchsgegnerin teilte ihr jedoch mit, dass im Rahmen der anstehenden Kapitalerhöhung einzig die Wandeldarlehen sechs anderer Investoren umgewandelt werden sollten (act. 1 Rz. 17, 21; act. 17 Rz. 50; act. 3/7).

Die Gesuchstellerin reichte mit Eingabe vom 23. März 2023 (überbracht um 15:35 Uhr) ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ein (act. 1; act. 3/2-11), worin sie das eingangs aufgeführte Rechtsbegehren – namentlich auf Erlass einer Handelsregistersperre – stellte. In teilweiser Gutheissung wurde das Handelsregisteramt mit Verfügung vom 23. März 2023 angewiesen, vorläufig keine Veränderungen des Aktienkapitals in das Handelsregister einzutragen, und der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 4 Dispositiv-Ziff. 2 bzw. 5).

Am 24. März 2023 fand die Generalversammlung statt. Diese beschloss eine ordentliche Kapitalerhöhung um maximal CHF 1'956'206.70 auf neu maximal CHF 2'835'231.05 durch Ausgabe von bis zu 39'124'134 Aktien mit Nennwert von je CHF 0.05, wobei der Ausgabebetrag pro Aktie bei rund CHF 0.11 festgesetzt wurde. Die Einlage sollte für Aktien im Nennwert von CHF 235'976.35 in bar und für Aktien im Nennwert von CHF 1'720'230.35 durch Verrechnung mit den Darlehensforderungen sechs bestimmter Investoren (nicht der Gesuchstellerin) erfolgen (act. 17 Rz. 48; act. 18/10 Ziff. II).

Die Gesuchsgegnerin reichte mit Eingabe vom 27. März 2023 eine vorsorgliche Stellungnahme ein (act. 9; act. 11/2-9). Darin wies sie auf die im Gesuch nicht thematisierte Kapitalerhöhung in Phase 1 hin, die beschlossen aber noch nicht im Handelsregister eingetragen sei (act. 9 Rz. 6, 8, 14, 17). Diese sei von den gesuchstellerischen Einwänden nicht erfasst (act. 9 Rz. 21 ff.). Infolge der gerichtlichen Anweisung vom 23. März 2023 könne sie aber nicht im Handelsregister eingetragen werden, was wiederum bewirke, dass der zur Liberierung des Nennwerts hinterlegte Betrag gesperrt bleibe (act. 9 Rz. 6, 18, 27). Daher begehrte die Gesuchsgegnerin die Abänderung der gerichtlichen Anweisung, sodass die Eintragung dieser Kapitalerhöhung möglich werde (act. 9 S. 2). Mit Verfügung vom 28. März 2023 wurde die Anweisung entsprechend angepasst (act. 13 Dispositiv-Ziff. 1). Danach erfolgte die Eintragung (act. 17 Rz. 11).

Die Gesuchsgegnerin reichte mit Eingabe vom 13. April 2023 eine Stellungnahme ein (act. 17; act. 18/10-21). Darin stellte sie folgendes Rechtsbegehren:

- " 1. Es sei das Gesuch der Gesuchstellerin um vorsorgliche Massnahmen abzuweisen.
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

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 Bar-einlage zu liberierenden Anteils im Umfang von CHF 235'976.30 (entsprechend 4'719'526 Namenaktien).'

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Gesuchstellerin."

Mit Eingabe vom 28. April 2023 reichte die Gesuchstellerin unaufgefordert eine "Spontanreplik" ein (act. 23; act. 24/12-16). Mit Eingabe vom 5. Mai 2023 reichte die Gesuchsgegnerin unaufgefordert eine kurze Stellungnahme ein (act. 26).

2. Formelles

2.1. Zuständigkeit und Verfahren

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.).

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.).

2.2. Novenrecht

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

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, 3. Aufl., 2016, Art. 229 N 10).

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 entscheidwesentlich 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).

3. Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen

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

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.

3.2. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für ihr Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit 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, welche der Sicherstellung des bisherigen Zustandes dienen, sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Mit der Registersperre wird der *status quo ante* gesichert. Insofern kann eine vertiefte Prüfung der Vor- und Nachteile der verlangten Massnahme unterbleiben (Handelsgericht ZH HE120205 vom 26. Juli 2012 E. 7).

4. Gerichtliche Würdigung

4.1. Verfügungsanspruch (Hauptsachenprognose)

4.1.1. Die Gesuchstellerin macht geltend, die Beschlüsse der Generalversammlung 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,

nicht aber sie selbst zur Wandlung ihrer Forderungen in Aktien zugelassen worden 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 Rechtsgrundsätzen (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 anderweitiger angemessener Ausgleich gewährt werde (act. 1 Rz. 29).

Die Gesuchsgegnerin macht im Wesentlichen geltend, in Phase 2 sollten nur diejenigen Darlehen gewandelt werden, die entweder zur Rückzahlung fällig zu werden 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 Darlehensgeber nach Massgabe ihrer unterschiedlichen Verträge gleich behandelt worden. Selbst wenn eine Ungleichbehandlung vorliegen sollte, sei diese gerechtfertigt (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 Kapitalveränderung sie mehr als die bisherigen Aktionäre treffe, was vorliegend nicht der Fall sei (act. 17 Rz. 68 f.).

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 N 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 zu vereinbaren ist. Entweder greift der Beschluss aus partikulären Gründen, die nicht durch das Gesellschaftsinteresse gedeckt sind, spezifisch in die Stellung der Minderheit 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 N 167; siehe auch BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 12). Namentlich ist das Gebot der schonenden Rechtsausübung zu beachten, das gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verletzt ist, wenn ein Beschluss der Aktionariatsmehrheit die Rechte der Minderheit beeinträchtigt, obschon das im Gesellschaftsinteresse 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 Bestimmung auch Wandel- oder Optionsberechtigte auf den Grundsatz der Gleichbehandlung berufen können, wenn sie eine Beeinträchtigung erfahren, die nicht in

gleicher Weise auch die Aktionäre trifft (VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. Aufl., 2020, N 746). Allerdings gehört diese Bestimmung zu den Vorschriften zum bedingten 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 Optionsrechte, mithin aktienrechtliche Gestaltungsrechte, beziehe (BAUM, Hybride Anleihen [hybrid bonds], 2022, N 993; siehe auch SCHLEICH PHILIPP, Option und Optionsvertrag, 2018, 169). Ob Art. 653d Abs. 2 OR vorliegend greift, ist daher fraglich. Immerhin behauptet die Gesuchstellerin, ihr Darlehen sei "als Wandeldarlehen 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 unausweichlicher 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

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 hät-

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.

4.2. Weitere Voraussetzungen

4.2.1. Verfügungsgrund (Nachteilsprognose): Ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil ist zu bejahen, wenn ein Kapitalerhöhungsbeschluss in das Handelsregister eintragen 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

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.

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).

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.

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.

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.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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).

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.

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

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, inwieweit 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).

6.4. Verteilung der Prozesskosten: Die Gesuchstellerin unterliegt hinsichtlich des durch Bareinlage zu liberierenden Anteils des 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 Einzelrichters 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-

entlichen 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 dahinfliegen.
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 endgültigen Entscheidung 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.
6. Alle Fristen dieses Verfahrens laufen in den Gerichtsferien.
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. _____);

- 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.
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