[Briefkopf Anwaltskanzlei]

Einschreiben/dreifach

Handelsgericht des Kantons Zürich

Hirschengraben 15

Postfach 2401

8021 Zürich

[Ort], [Datum]

Aufhebung eines Generalversammlungsbeschlusses betreffend bedingtes Kapital

[Anrede]

In Sachen

[Firma der Gesellschaft] Klägerin

[Adresse], [Ort]

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

gegen

[Firma der Gesellschaft] Beklagte

[Adresse], [Ort]

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

Bemerkung 1**:** Die Gesellschaft wird einen eigenen Anwalt bezeichnen müssen. Bei der Auswahl und Instruktion können die Vertreter der Klägerin bei direktem und intensivem Interessenkonflikt nicht mitwirken. Das wird (mindestens) der Fall sein, wenn sie gleichzeitig Organe der Klägerin sind.

betreffend Zustimmung Aufhebung des Generalversammlungsbeschlusses vom [Datum]

stelle ich namens und auftrags der Klägerin folgende

Rechtsbegehren

* 1. Es sei der Beschluss der Generalversammlung der Beklagten vom [Datum] zur Änderung der Statuten der Beklagten durch Einfügung eines neuen Art. 3a, mit dem bedingtes Kapital geschaffen wurde, aufzuheben.
  2. Eventualiter sei die Nichtigkeit des Beschlusses der Generalversammlung der Beklagten vom [Datum] zur Änderung der Statuten der Beklagten durch Einfügung eines neuen Art. 3a, mit dem bedingtes Kapital geschaffen wurde, festzustellen.
  3. Es sei der Handelsregisterführer des Handelsregisteramts am Sitz der Beklagten anzuweisen, die Anmeldung zur Eintragung des Beschluss der Generalversammlung der Beklagten vom [Datum] zur Änderung der Statuten der Beklagten durch Einfügung eines neuen Art. 3a, mit dem bedingtes Kapital geschaffen wurde, definitiv abzuweisen.
  4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

**Bemerkung 2:** Nur in seltenen Fällen sind Beschlüsse der Generalversammlung nichtig. Die Grenze zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen ist aber fliessend.

BEGRÜNDUNG

**I. Formelles**

* 1. Der Unterzeichnende ist gehörig bevollmächtigt.

Beweis: Vollmacht vom [Datum] Beilage 1

* 1. Der Streitwert beläuft sich auf CHF 500'000.00, entsprechend dem Nominalwert des Aktienkapitals.

**Bemerkung 3:** Der Streitwert muss sich nach § 44 lit. b GOG für die Zuständigkeit des Handelsgerichts auf mindestens CHF 30'000.00 belaufen. Vorliegend wäre es durchaus vertretbar, den Streitwert aufgrund der Leistung zu berechnen, die an Herrn A fliessen würde. Diese wären dann angesichts der gerade eben durchgeführten Kapitalerhöhung zu CHF 15'000.00 pro Aktie rund CHF 2.3 Mio.

* 1. Die Beklagte hat ihren Sitz in Zürich. Das Handelsgericht ist nach Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO örtlich und nach Art. 5 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG sachlich zuständig.

**Bemerkung 4:** Nach Art. 198 lit. f ZPO entfällt ein Schlichtungsverfahren.

Beweis: Handelsregisterauszug der Beklagten vom [Datum] Beilage 2

**II. Materielles**

A. Sachverhalt

* 1. Die Beklagte hat ein Aktienkapital von CHF 500'000.00 bestehend aus 500 Aktien mit einem Nominalwert von je CHF 1'000.00.

Beweis: Handelsregisterauszug der Beklagten vom [Datum] Beilage 2

* 1. Das Aktionariat der Beklagten setzt sich wie folgt zusammen, wie sich aus dem Beschluss des Verwaltungsrats über die Anpassung des Aktienbuchs vom [Datum] ergibt (Angabe der Anzahl Aktien und der prozentualen Beteiligung):

A, Präsident des Verwaltungsrats 260 52%

B, Mitglied 40 8%

C 20 4%

D, Mitglied 60 12%

Klägerin, im VR vertreten durch E 100 20%

F 20 4%

Total 500 100%

Beweis: Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom [Datum] Beilage 3

Beweis: E **Zeuge, eventualiter Parteibefragung**

* 1. In der Tabelle ist für die einzelnen Aktionäre jeweils erwähnt, ob und in welcher Funktion sie im Verwaltungsrat der Beklagten vertreten sind.

Beweis: Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom [Datum] Beilage 3

Beweis: Handelsregisterauszug der Beklagten vom [Datum] Beilage 2

* 1. Am [Datum] versandte A eine E-Mail an die Verwaltungsräte, lud diese zu einer ausserordentlichen Verwaltungsratssitzung am Tag danach ein und legte die Traktanden dazu.

Beweis: E-Mail von A vom [Datum] Beilage 4

Beweis: Traktandenliste für die Verwaltungsratssitzung vom [Datum] Beilage 5

* 1. Die Traktandenliste sah unter Ziffer 6 folgendes Traktandum vor:

«6. Antrag zur Durchführung einer ausserordentlichen Generalversammlung betreffend bedingtes Kapital:

A stellte den Antrag, eine ausserordentliche Generalversammlung mit folgenden Traktanden durchzuführen:

(i) Schaffung von bedingtem Kapital

Der Verwaltungsrat beantragt die Statuten um Artikel 3a wie folgt zur ergänzen:

Artikel 3a – Bedingtes Kapital

Das Aktienkapital wird unter Ausschuss der Bezugsrechte der Aktionäre durch Ausgabe von höchstens 250 voll zu liberierenden Namenaktien zum Nennwert von je CHF 1'000.00 um maximal CHF 250‘000.00 erhöht durch die Ausübung von Optionsrechten, die den Mitgliedern des Präsidialausschusses des Verwaltungsrats zum Bezug von Namenaktien zum Nennwert von je CHF 1'000.00 zu pari gewährt werden. Die Übertragbarkeit der Namenaktien ist im Sinne von Art. 7 dieser Statuten beschränkt. Der Verwaltungsrat erlässt für die Regelung der Einzelheiten ein Reglement.

(ii) Wahl von Herrn X in den Verwaltungsrat

Der Verwaltungsrat beantragt die Wahl von Herrn X in den Verwaltungsrat».

Beweis: Traktandenliste für die Verwaltungsratssitzung vom [Datum] Beilage 5

* 1. Die Verwaltungsratssitzung wurde am [Datum] von 17:30 bis 19:00 Uhr durchgeführt.

Beweis: Traktandenliste für die Verwaltungsratssitzung vom [Datum] Beilage 5

* 1. Zum Traktandum 6 wurde folgendes protokolliert:

«Der Verwaltungsrat nimmt zur Kenntnis, dass ein schriftlicher Antrag des Aktionärs A, der mehr als 10% des Aktienkapitals vertritt, vorliegt (vgl. Beilage). Aktionär A verlangt die Einberufung einer Generalversammlung mit den folgenden Traktanden und Anträgen: [...]»

Beweis: Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom [Datum] Beilage 3

Beweis: E **Zeuge, eventualiter Parteibefragung**

* 1. Laut Protokoll fragte Verwaltungsratsmitglied E, der Vertreter der Klägerin im Verwaltungsrat, in der Verwaltungsratssitzung, warum dieses bedingte Kapital geschaffen werden solle. Darauf antwortete A:

«Es soll sichergestellt werden, dass bei einer Kapitalerhöhung die Kontrolle bei mir verbleibt.»

Beweis: Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom [Datum] Beilage 3

Beweis: E **Zeuge, eventualiter Parteibefragung**

* 1. Es geht A bei der Klausel also darum, dass er sicherstellen kann, dass er grösster Aktionär bleibt, und zwar jeweils zum Nominalwert als vorgeschriebenem Preis. Mit einer Beteiligung von Mitarbeitern am Unternehmen zum Zwecke deren Motivation hat der Vorschlag nichts zu tun.

Beweis: Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom [Datum] Beilage 3

Beweis: E **Zeuge, eventualiter Parteibefragung**

* 1. Weil im Verwaltungsrat keine Mehrheit zur Unterstützung der Anträge gefunden wurde, beschloss der Verwaltungsrat aufgrund von Art. 699 OR zur Generalversammlung einzuladen.

Beweis: Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom [Datum] Beilage 3

Beweis: E **Zeuge, eventualiter Parteibefragung**

* 1. Das Protokoll wurde vom Verwaltungsratspräsidenten A und dem als Sekretär fungierenden Verwaltungsratsmitglied B unterschrieben.

Beweis: Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom [Datum] Beilage 3

Beweis: E **Zeuge, eventualiter Parteibefragung**

* 1. Die Einladung zur ausserordentlichen Generalversammlung wurde von A noch am gleichen Datum versandt. Als Traktanden sind die Schaffung des bedingten Kapitals und die Wahl von Herrn X in den Verwaltungsrat vorgesehen. Die Generalversammlung war für den [Datum], 16:00 Uhr, [Ort] angesetzt.

Beweis: Einladung vom [Datum] zur ausserordentlichen Generalversammlung

Beilage 6

* 1. Die Klägerin war durch das Vorgehen von A überrumpelt worden. E informierte am Tag nach der Verwaltungsratssitzung die Klägerin. Er schrieb, dass man sich überlegen müsse, wie man sich verhalten solle und dass man allenfalls das juristische Vorgehen auch prüfen müsse.

Beweis: Interne E-Mail-Korrespondenz der Klägerin Beilage 7

Beweis: E als Zeuge

* 1. Gesprächsversuche mit Herrn A fruchteten nicht. Vorerst antwortete Herr A über mehrere Tage nicht auf diverse Anrufe und E-Mails von Herrn E. Als er sich schliesslich vernehmen liess, sagte er nur, dass die ausserordentliche Generalversammlung Gelegenheit bieten würde, über das Traktandum zu diskutieren.

Beweis: E-Mail-Korrespondenz zwischen A und E Beilage 8

Beweis: E **Zeuge, eventualiter Parteibefragung**

* 1. Das Verhalten von Herrn A ist umso erstaunlicher, als die letzte Kapitalerhöhung, die vor drei Monaten stattfand, zu einem Preis von CHF 15'000.00 pro Aktie durchgeführt wurde, d.h. 15 Mal mehr, als Herr A für seine Aktien im Rahmen der Ausübung von Optionen zu bezahlen bereit gewesen wäre.

Beweis: Urkunde über die Durchführung einer Kapitalerhöhung Beilage 9

* 1. Die Statuten sehen in Art. 15 Abs. 1 für die Einführung von bedingtem Kapital die gesetzlich vorgesehene Mehrheit vor, bestimmen aber in Art. 15 Abs. 2, dass für die Aufhebung von Bezugsrechten eine Mehrheit von 85% der vertretenen Stimmen erforderlich sei.

Beweis: Statuten der Beklagten Beilage 10

* 1. Die Klägerin erwirkte daher ein Verbot zur Ausgabe von Optionsrechten gestützt auf das einzuführende bedingte Kapital (Verfahrens-Nr. [...]).
  2. Die ausserordentliche Generalversammlung fand am [Datum] statt. Alle Aktionäre waren vertreten. 68% stimmten für die Statutenänderung. A stellte fest, dass somit die Statutenänderung beschlossen worden sei. E und D liessen ausdrücklich protokollieren, dass sie gegen die Statutenänderung gestimmt hätten und dass sie gegen die Feststellung, dass die Statutenänderung angenommen worden sei, protestieren würden.

Beweis: Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung Beilage 11

Beweis: E **Zeuge, eventualiter Parteibefragung**

* 1. Die Klägerin erwirkte und prosequierte eine Handelsregistersperre (Verfahrens-Nr. […]).

B. Rechtliches

* 1. Die Klägerin ist Aktionärin der Beklagten und hat gegen den hier angefochtenen Beschluss der ausserordentlichen Generalversammlung gestimmt. Sie ist nach Art. 706 Abs. 1 OR zu dieser Klage legitimiert.
  2. Diese Klage wurde am [Datum] eingereicht. Der Generalversammlungsbeschluss wurde am [Datum] gefällt. Damit ist die Frist von Art. 706a Abs. 1 OR eingehalten.
  3. Der Beschluss der Generalversammlung verletzt sowohl das Gesetz, namentlich Art. 653 Abs. 1 OR, als auch Art. 15 der Statuten:
  4. Gemäss Art. 653 Abs. 1 OR kann die Generalversammlung eine bedingte Kapitalerhöhung beschliessen, indem sie in den Statuten den Arbeitnehmern Rechte auf den Bezug neuer Aktien (Wandel- oder Optionsrechte) einräumt. Durch die Ausgabe von Mitarbeiteroptionen können die Mitarbeiter am Kapital und somit auch am Erfolg ihrer Arbeitgeberin beteiligt werden. Damit wurde durch die Schaffung von Mitarbeiteroptionen mit anschliessender Ausübung in Mitarbeiteraktien eine sozialpolitische Zielsetzung verfolgt (BSK OR II-Zindel/Isler, Art. 653 N 15).
  5. Im Rahmen von bedingten Kapitalerhöhungen ausgegebene Mitarbeiteroptionen können für unterschiedliche Zwecke genutzt werden. Nach dem Bundesgericht gehören dazu die Erhöhung der Attraktivität der Gesellschaft als Arbeitgeberin für hoch qualifizierte Arbeitskräfte, die Motivation der Mitarbeitenden, indem diese von dem durch sie geschaffenen Wert profitieren können, die Bindung des Kaders an die Gesellschaft und die Gleichschaltung der Ziele der Angestellten, der Aktionäre und des Managements (BGE 130 III 495 E. 4.1 m.w.H.). Der letzte Aspekt bedeutet, dass Aktienoptionen, die an Personen mit Führungsverantwortung ausgegeben werden, den Gleichlauf ihrer Interessen mit den Interessen der Aktionäre sicherstellen sollen. Demgegenüber kann eine Optionszuteilung, die im Eigeninteresse der Führungspersonen erfolgt, nicht von der Idee von Mitarbeiteraktien erfasst sein (Von Der Crone, Aktienrecht, § 10 Rz 45).
  6. Genau ein solches Eigeninteresse wird von Herrn A im konkreten Fall verfolgt. Wie erwähnt werden die Optionsrechte den Mitgliedern eines Präsidialausschusses des Verwaltungsrates gewährt. Obwohl die genaue Zusammensetzung dieses Ausschusses bislang nicht bekannt ist, liegt es gerade in der Natur des Präsidialausschusses, dass mindestens der Präsident des Verwaltungsrates, d.h. eben Herr A, Teil dieses Ausschusses wäre. Mitglieder des Verwaltungsrates sind zwar Mitarbeiter einer Gesellschaft, so dass formell von «Mitarbeiteroptionen» im konkreten Fall die Rede sein kann. Materiell wird aber keiner der vorstehend erwähnten sozialpolitischen Zwecke verfolgt. Ganz im Gegenteil: wie Herr A anlässlich der Verwaltungsratssitzung selber bestätigte, geht es ihm alleine darum, die Kontrolle über die Beklagte zu behalten. Materiell betrachtet sind somit die auszugebenden Optionsrechte keine Mitarbeiteroptionen im Sinne von Art. 653 Abs. 1 OR. Diese Optionsrechte sind somit durch Art. 653 Abs. 1 OR nicht gedeckt. Der angefochtene Generalversammlungsbeschluss verstösst daher gegen Art. 653 Abs. 1 OR und ist aufzuheben.
  7. Art. 15 der Statuten verlangt für die Aufhebung des Bezugsrechts die Zustimmung von 85% der vertretenen Stimmen. Die Schaffung von bedingtem Kapital geht nicht automatisch mit der Aufhebung des Bezugsrechts einher. Bei der Schaffung von bedingtem Kapital für Aktionärsoptionen oder für Wandel- oder Optionsanleihen wird das Bezugsrecht mindestens materiell, bei den eigenkapitalbezogenen Anleihen in der Form des Vorwegzeichnungsrechts gewährt. Daher genügt unter Art. 15 der Statuten für die Schaffung von bedingtem Kapital mit Aufhebung des Bezugsrechts die Zweidrittelmehrheit allein nicht. Art. 15 Abs. 2 hat einen weitergehenden Anwendungsbereich und gilt auch bei der Schaffung von bedingtem Kapital, sofern das Bezugsrecht (materiell) entzogen wird. Das ist bei Optionen, die nur Mitarbeitern angeboten werden, der Fall. Die Klägerin hat mit ihren 20% gegen den Beschluss der Generalversammlung gestimmt, womit das Quorum von Art. 15 Abs. 2 der Statuten nicht erreicht wurde. Gleichwohl stellte der Präsident fest, dass der Beschluss zustande gekommen ist. Daher verletzt der Beschluss auch die Statuten und ist aufzuheben.
  8. Der Beschluss verletzt auch den Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre, ohne dass dies gerechtfertigt wäre. Er ist daher auch gem. Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR anfechtbar. Gleiche Behandlung wie die Mitaktionäre kann jeder Aktionär sowohl hinsichtlich seiner vermögensmässigen Interessen als auch seiner Einflusschancen beanspruchen (Druey/Druey Just/Glanzmann, Gesellschaftsrecht, § 11 Rz 60). Gesetzlich verankert ist das Gleichbehandlungsgebot in Art. 717 Abs. 1 OR, welcher klarstellt, dass der Verwaltungsrat die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln hat.
  9. Vorliegend ist der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre verletzt. Tatsächlich werden gewisse Aktionäre, die Mitglieder des Präsidialausschusses sind, ohne sachliche Gründe bevorzugt. Diesen wird nämlich die Möglichkeit eingeräumt, Namenaktien zu pari (CHF 1'000.00) zu beziehen, obgleich bei der letzten kürzlich durchgeführten Kapitalerhöhung ein Preis pro Aktie von CHF 15'000.00 bezahlt wurde. Ein objektiver Grund, weshalb gewisse Aktionäre bevorzugt werden sollen, existiert nicht. Der Grund ist vielmehr subjektiv, denn Herr A will die Kontrolle über die Gesuchsgegnerin behalten. Vor diesem Hintergrund ist das Prinzip der Gleichbehandlung der Aktionäre verletzt. Auch aus diesem Grund ist der Generalversammlungsbeschluss aufzuheben.
  10. Letztlich ist auch der Grundsatzes der schonenden Rechtsausübung verletzt, was zu einer Anfechtung gemäss Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR führt. Das Prinzip der schonenden Rechtsausübung bedeutet, dass zur Verfolgung eines Ziels dasjenige Mittel zu wählen ist, das am wenigsten in die Rechte Dritter eingreift. Das Gebot der schonenden Rechtsausübung hat seine Grundlage im Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) und ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichts anerkannt (BGE 121 III 219 E. 1; 117 II 290 E. 4.e). Beispielsweise entschied das Bundesgericht, dass der Verwaltungsrat im Rahmen von Kapitalerhöhungen die sich aus dem Gebot der schonenden Rechtsausübung ergebenden Schranken beim Entscheid über den Bezugsrechtsentzug besonders sorgfältig zu beachten hat (BGE 121 III 219 E. 3).
  11. Vorliegend möchte Herr A die Kontrolle über die Gesuchsgegnerin bei einer künftigen Kapitalerhöhung behalten. Unterstellt man einmal, dass dieses Ziel überhaupt ein schützenswertes ist, wäre das dafür probate Mittel die Teilnahme an der entsprechenden Kapitalerhöhung zum gleichen Preis wie neue Investoren. Herr A wählt dagegen das Mittel des Aktienbezugs zum günstigstmöglichen Preis. Daher verletzt der Beschluss der Generalversammlung auch den Grundsatz der schonenden Rechtsausübung. Aus diesem Grund ist der Beschluss der Generalversammlung auch gestützt auf Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR aufzuheben.

Aus all diesen Gründen ersuche ich Sie, sehr geehrte Damen und Herren Oberrichter und Handelsrichter, die Klage gutzuheissen und antragsgemäss zu entscheiden.

Mit freundlichen Grüssen

[Unterschrift des Rechtsanwaltes der Klägerin]

[Name des Rechtsanwaltes der Klägerin]

**dreifach**

**Beilage:** Beweismittelverzeichnis dreifach mit den Urkunden im Doppel