[Briefkopf Anwaltskanzlei]

Einschreiben/dreifach

Handelsgericht des Kantons Zürich

Hirschengraben 15

Postfach 2401

8021 Zürich

[Ort], [Datum]

Vorsorgliche Massnahme – Verbot der Ausgabe von Optionen gestützt auf bedingtes Kapital

[Anrede]

In Sachen

[Firma der Gesellschaft] Gesuchstellerin

[Adresse], [Ort]

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

gegen

[Firma der Gesellschaft] Gesuchsgegnerin

[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 Gesuchstellerin bei direktem und intensivem Interessenkonflikt nicht mitwirken. Das wird (mindestens) der Fall sein, wenn sie gleichzeitig Organe der Gesuchstellerin sind.

betreffend vorsorgliche Massnahme

stelle ich namens und auftrags der Gesuchstellerin folgende

Rechtsbegehren

* 1. Es sei der Gesuchsgegnerin im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ff. ZPO ab sofort zu verbieten, bestehende oder auszugebende Optionsrechte mit dem in der Einladung vom [Datum] zur ausserordentlichen Generalversammlung der Gesuchsgegnerin vom [Datum] genannten, zu schaffenden bedingten Kapital zu verknüpfen.
  2. Es sei dieses 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.

**Bemerkung 2:** Das eigentliche Problem ist nicht die Ausgabe der Optionsrechte. Dies kann zwar die Gesellschaft schädigen, genügt aber nicht zur Schaffung der Grundlagen, damit Aktien durch die Ausübung der Optionsrechte automatisch entstehen. Dafür ist die Verknüpfung der Optionsrechte mit dem bedingten Kapital durch Verwaltungsratsbeschluss erforderlich. Diese Beschlussfassung muss daher verboten werden.

BEGRÜNDUNG

**I. Formelles**

* 1. Der Unterzeichnende ist gehörig bevollmächtigt.

Beweis: Vollmacht vom [Datum] Beilage 1

* 1. Die Gesuchsgegnerin hat ihren Sitz in Zürich. Das Handelsgericht ist nach Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO örtlich und nach Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG sachlich zuständig.

**Bemerkung 3:** Nach Art. 198 lit. f ZPO entfällt ein Schlichtungsverfahren.

Beweis: Handelsregisterauszug der Gesuchsgegnerin vom [Datum] Beilage 2

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

**Bemerkung 4:** 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.

**II. Materielles**

A. Sachverhalt

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

Beweis: Handelsregisterauszug der Gesuchsgegnerin vom [Datum] Beilage 2

* 1. Das Aktionariat der Gesuchsgegnerin 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%

Gesuchstellerin, im VR vertreten durch E 100 20%

F 20 4%

Total 500 100%

Beweis: Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom [Datum] Beilage 3

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

Beweis: Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom [Datum] Beilage 3

Beweis: Handelsregisterauszug der Gesuchsgegnerin 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 folgende Traktanden 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 – d 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

* 1. Laut Protokoll fragte Verwaltungsratsmitglied E, der Vertreter der Gesuchstellerin 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

* 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

* 1. Weil im Verwaltungsrat keine Mehrheit zur Unterstützung der Anträge gefunden wurde (die Abstimmung ging zwei gegen zwei aus), beschloss der Verwaltungsrat aufgrund von Art. 699 OR zur Generalversammlung einzuladen.

Beweis: Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom [Datum] Beilage 3

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

Beweis: Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom [Datum] Beilage 3

* 1. Die Einladung zur ausserordentlichen Generalversammlung wurde von A noch am gleichen Datum versandt. Als Traktanden ist 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 zur ausserordentlichen Generalversammlung Beilage 6

* 1. Die Gesuchstellerin war durch das Vorgehen von A überrumpelt worden. E informierte am Tag nach der Verwaltungsratssitzung die Gesuchstellerin. 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 Gesuchstellerin Beilage 7

* 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. Aus der E-Mail-Korrespondenz (namentlich dem E-Mail vom [Datum]) ergibt sich deutlich, dass Herr X, den Herr A als neues Verwaltungsratsmitglied vorschlägt, im Interesse von Herrn A handeln wird.

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

* 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 sein wird.

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

B. Rechtliches

* 1. Der Erlass superprovisorischen Massnahmen verlangt, dass vier Voraussetzungen glaubhaft gemacht werden:

a) Hauptasacheprognose

* 1. Die Gesuchstellerin ist 20%-Aktionärin der Gesuchsgegnerin und wird gegen die traktandierte Schaffung von bedingtem Kapital stimmen. Der Generalversammlungsbeschluss wird mit Erfolg angefochten werden können, weil er Gesetz und Statuten, das Gleichbehandlungsgebot und das Übermassverbot verletzen wird:
  2. Der Beschluss der Generalversammlung wird das Gesetz, namentlich Art. 653 Abs. 1 OR und Art. 15 der Statuten verletzen.
  3. 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/Is-ler, Art. 653 N 15).
  4. 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).
  5. 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 Gesuchsgegnerin 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 beantragte Generalversammlungsbeschluss wird daher gegen Art. 653 Abs. 1 OR verstossen.
  6. 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 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 Gesuchstellerin wird mit ihren 20% gegen den Beschluss der Generalversammlung stimmen, womit das Quorum von Art. 15 Abs. 2 der Statuten nicht erreicht werden wird. Es ist allerdings zu erwarten, dass der Präsident den Generalversammlungsbeschluss gleichwohl erwahren wird – wäre dies nicht der Fall, hätte er den Antrag nicht ohne Rücksprache mit der Gesuchstellerin gestellt.
  7. Der beantragte Beschluss verletzt auch den Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre, ohne dass dies gerechtfertigt wäre. Er wird daher auch aufgrund gemäss Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR anfechtbar sein. 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.
  8. Vorliegend ist der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre verletzt. Tatsächlich werden gewisse Aktionäre, die Mitglieder des Präsidialausschusses sind, namentlich Herr A, 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 zum tiefst möglichen Preis behalten. Vor diesem Hintergrund ist das Prinzip der Gleichbehandlung der Aktionäre verletzt.
  9. Letztlich wird durch den beantragten Beschluss auch der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung verletzt, was ihn gemäss Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR anfechtbar macht. 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).
  10. 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 möchte dagegen das Mittel des Aktienbezugs zum günstigst möglichen Preis wählen. Daher verletzte der beantragte Beschluss auch den Grundsatz der schonenden Rechtsausübung.
  11. Der beantragte Beschluss wird infolge einer Anfechtung mit grosser Wahrscheinlichkeit aufgehoben werden, weil er gegen das Gesetz, die Statuten, das Gleichbehandlungsgebot und das Übermassverbot verstossen wird. Damit ist glaubhaft gemacht, dass eine Rechtsverletzung i.S.v. Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO zu befürchten ist.

b) Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil

* 1. Ein Nachteil ist nicht leicht wiedergutzumachen, wenn er nach Abschluss des ordentlichen Verfahrens möglicherweise nicht oder nicht mehr ermittelt, nur mit Schwierigkeiten bemessen oder ersetzt werden kann (BGer 4A\_611/2011 vom 03.01.2012 E. 4.1). Es handelt sich mit anderen Worten darum, nicht vor vollendete Tatsachen gestellt zu werden, deren Wirkung das Urteil in der Hauptsache nicht vollständig rückgängig machen könnte (SHK ZPO-Treis, Art. 261 N 7).
  2. Vorliegend plant A, bedingtes Kapital schaffen zu lassen, das die Möglichkeit gibt, Optionsrechte an ihn auszugeben, die es ihm ermöglichen sollen, Aktien zum Nennwert zu beziehen. Zwar würde ein solcher Beschluss im jetzigen Zeitpunkt wohl keine Mehrheit im Verwaltungsrat finden, was aber durchaus nicht sicher ist, weil die Gesuchstellerin lediglich ein von vier Verwaltungsratsmitgliedern stellt. Wie dem auch sei, Herr A hat jedenfalls vorgeschlagen, noch Herrn X in den Verwaltungsrat zu wählen, der offensichtlich im Interesse von Herrn A handeln wird, womit Herr A die entsprechende Mehrheit erreicht haben wird, und zwar spätestens nach Erwahrung der Wahl, d.h. noch vor Anmeldung des Beschlusses über das bedingte Kapital.
  3. Die erwähnten Optionsrechte sind durch einen Verwaltungsratsbeschluss auszugeben (BSK OR II-Zindel/Isler, Art. 653b N 29). Dazu besagt Art. 653b Abs. 3 OR, dass Optionsrechte, die vor der Eintragung der Statutenbestimmung über die bedingte Kapitalerhöhung im Handelsregister eingeräumt werden, nichtig sind. Gemäss Gesetzeswortlaut könnte somit der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin keinen wirksamen Beschluss über die Ausgabe von Optionsrechten fällen, bevor die durch die Generalversammlung beschlossene Statutenbe-stimmung betreffend das bedingte Kapital im Handelsregister noch nicht eingetragen ist. Aufgrund dessen könnte man nun schliessen, dass eine blosse Handelsregistersperre und eine Prosequierung derselben genügen müsste. Dies trifft allerdings nicht zu:
  4. Der Wortlaut von Art. 653b Abs. 3 OR ist anerkanntermassen unglücklich gewählt und dessen Tragweite wird in der Lehre intensiv diskutiert. Diese postuliert für eine teleologische Reduktion dieser Bestimmung und beschränkt ihren Anwendungsbereich auf die Ausgabe von Wandel- oder Optionsrechten auf Aktien von nicht kotierten Gesellschaften, für die keine gebundenen Vorratsaktien bereitgestellt worden sind (Böckli, Aktienrecht, § 2 Rz 204; BSK OR II-Zindel/Isler, Art. 653b N 28). Dies bedeutete im konkreten Fall, dass die Ausgabe von Optionsrechten durch den Verwaltungsrat vor der ausserordentlichen Generalversammlung vom [Datum] nichtig sein sollte. Eine kantonale oder bundesgerichtliche Rechtsprechung, die den Ansatz der Lehre bestätigen würde, existiert aber nicht. Ebenso bietet das Gesetz keinerlei Grundlage für die von der Lehre getroffene Unterscheidung – weshalb kotierte und nicht kotierte Aktien bezüglich des bedingten Kapitals unterschieden werden sollen, leuchtet angesichts der Möglichkeit des ausserbörslichen Handels z.B. an der OTC-X in keiner Weise ein. Die Tragweite von Art. 653b Abs. 3 OR ist somit unklar. Damit besteht das Risiko, dass der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin vor der Eintragung der Statutenbestimmung gültige Optionsrechte mit der beantragten Statutenbestimmung verknüpfen kann.
  5. Unsicherheit besteht auch mit Bezug auf den Beginn der Wirksamkeit der Statutenänderung über das bedingte Kapital. Die heutige Lehre unterscheidet zwischen Statutenänderungen mit Aussenwirkungen und Statutenänderungen mit reiner Innenwirkung (statt vieler: Böckli, Aktienrecht, § 1 Rz 619 ff.). Letztere werden sofort nach Beschlussfassung wirksam, wobei ihre Wirksamkeit rückgängig zu machen ist, falls die Eintragung der Statutenänderung dauernd unterbleibt (vgl. BSK OR II-Schenker, Art. 647 N 9; Böckli, Aktienrecht, § 1 Rz 621; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, Rz 114).
  6. Unklar ist aber, welche Statutenänderungen als Statutenänderungen mit reiner Innenwirkung zu qualifizieren sind. Insbesondere mit Bezug auf Kapitalerhöhungen gehen die Meinungen der Lehre auseinander. Während ordentliche und genehmigte Kapitalerhöhungen nach Böckli erst mit dem Handelsregistereintrag ihre Wirkung auf Innen- und Aussenverhältnisse entfalten, sind ordentliche und genehmigte Kapitalerhöhungen gemäss Isler und Zindel bereits mit dem definitiven internen Abschluss des Erhöhungsvorgangs (d.h. mit dem Feststellungs- und Statutenänderungsbeschluss des Verwaltungsrates) wirksam (Böckli, Aktienrecht, § 1 Rz 619; BSK OR II-Zindel/Isler, Art. 652h N 6 m.w.H.; siehe auch Zindel/Weber/ Philippe, Zeitpunkt).
  7. In Bezug auf die bedingte Kapitalerhöhung sind grundsätzlich drei Phasen zu unterscheiden: (i) der Generalversammlungsbeschluss über die Statutenbestimmung (Art. 653 Abs. 1 OR), (ii) den Verwaltungsratsbeschluss über die Ausgabe von Optionsrechten sowie deren Verknüpfung mit der Statutenbestimmung, und (iii) die tatsächliche Ausübung der Wandels- oder Optionsrechte durch die Optionsberechtigten. Die Diskrepanz zwischen der Wirkung im Innenverhältnis (Ausübung der Wandel- und Optionsrechte) und im Aussenverhältnis (Handelsregistereintrag) mit Bezug auf die dritte Phase (Phase [iii]) ist von Gesetzes wegen vorgeschrieben: gemäss Art. 653 Abs. 2 OR erhöht sich der Aktienkapital ohne Weiteres mit der Ausübung der Wandel- oder Optionsrechte und die Aktionärsrechte entstehen gemäss Art. 653e Abs. 3 OR mit der Erfüllung der Einlagepflicht. Der Zeitpunkt der Wirksamkeit des Generalversammlungsbeschlusses (Phase [i]) wird weder im Gesetz noch in der Lehre erläutert. Für den konkreten Fall bedeutet dies somit, dass das Risiko, dass die Statutenänderung zur bedingten Erhöhung des Kapitals mit dem auf den [Datum] geplanten Generalversammlungsbeschluss sofortige Wirkung entfaltet, angesichts der uneinheitlichen Meinungen der Lehre und der fehlenden Rechtsprechung nicht ausgeschlossen werden kann. Mindestens in diesem Fall könnte dem Verwaltungsrat aber auch nicht verwehrt werden, sofort nach dem Generalversammlungsbeschluss, d.h. vor der Handelsregistereintragung Optionsrechte mit dem bedingten Kapital zu verknüpfen, auch wenn die Aktien nicht kotiert sind.
  8. Sollte der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin gültige Optionsrechte vor dem Handelsregistereintrag ausgeben können und der geplante Generalversammlungsbeschluss sofortige Wirkungen entfalten, wäre das bedingte Kapital sofort mit dem Generalversammlungsbeschluss oder spätestens dem daran anschliessenden Verwaltungsratsbeschluss Herrn A zur Verfügung gestellt. Dieser könnte seine Optionsrechte auch vor dem Handelsregistereintrag ausüben und dadurch das Aktienkapital der Gesuchsgegnerin erhöhen. Dieses Risiko kann nur durch ein Verbot gegenüber dem Verwaltungsrat zur Verknüpfung von Optionsrechten mit dem geplanten bedingten Kapital gemäss den Rechtsbegehren verhindert werden. Ein Gesuch um Handelsregistersperre würde vor einer Erhöhung, die auch ohne Handelsregistereintrag Wirkung entfaltet, keinen wirksamen Schutz bieten. Auch die allfällige Anfechtung des geplanten Generalversammlungsbeschlusses würde der sofortigen Wirkung der bedingten Kapitalerhöhung nicht entgegenwirken. Somit ist der vorsorgliche Rechtsschutz im konkreten Fall nötig, um den Nachteil abzuwenden.
  9. Ohne die Anordnung des hier beantragten Verbots, besteht die Gefahr, dass die Mitglieder des Präsidialausschusses und namentlich A, das Aktienkapital der Gesuchsgegnerin ohne weiteres und vor dem Handelsregistereintrag durch die Ausübung ihrer Optionsrechte erhöhen könnten. Diese Situation könnte später nicht oder nur mit Mühe (allenfalls mittels Anfechtungsklage) behoben werden. Ob die Anfechtung bewirken würde, dass Aktien, die aus der Ausübung von Optionsrechten sofort entstehen, wieder vernichtet werden, ist angesichts des bestehenden Verkehrsschutzbedürfnisses bei ausgegebenen Aktien sehr fraglich. Damit könnte die Ausgabe der Aktien aus dem bedingten Kapital bereits dazu führen, dass ein nicht wieder gutzumachender Nachteil entsteht. Das Schicksal mit Hilfe solcher Aktien gefasster Beschlüsse der Generalversammlung wäre ebenso unklar. Auch wäre nicht klar, ob Organe, die mit Hilfe solcher Aktien gewählt wurden, rechtmässig für die Gesellschaft handeln dürfen. Die Gesellschaft würde damit in ein Chaos gestürzt. Die Investition der Gesuchstellerin wäre dadurch gefährdet. Vor diesem Hintergrund ist ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil gemäss Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO offenbar gegeben.

c) Besondere Dringlichkeit

* 1. Vorliegend wird beantragt, dass das vorsorgliche Verbot i.S.v. Art. 265 Abs. 1 ZPO ohne Anhörung der Gegenpartei ausgesprochen wird. Die Dringlichkeit beurteilt sich aufgrund der konkreten Umstände des Falles (BGer 4P.263/2004 vom 01.02.2005 E. 2.2). Die Gesuchstellerin weist vorweg darauf hin, dass sie sich schon nach Kräften um eine gütliche Lösung erfolglos bemüht hat. Für die Anhörung der Gesuchgegnerin steht vor dem Generalversammlungstermin keine Zeit zur Verfügung, nachdem die Generalversammlung bereits in 8 Tagen stattfinden wird. Überdies können die hier fraglichen Optionsrechte jederzeit durch den Verwaltungsrat ausgegeben und mit dem zu schaffenden bedingten Kapital verknüpft werden. Wird der Gesuchsgegnerin dieses Gesuch vor der Anordnung des Verbots mitgeteilt, besteht daher die Gefahr, dass die Massnahme vereitelt wird.
  2. Das hier beantragte Verbot ist daher superprovisorisch zu erlassen, ansonsten es, weil zu spät ausgesprochen oder vereitelt, unnütz wäre (BSK ZPO-Sprecher, Art. 265 N 10). Aufgrund der geschilderten besonderen Dringlichkeit ist es angezeigt, die begehrten Massnahmen gemäss Art. 265 Abs. 1 ZPO ohne vorherige Anhörung der Gesuchgegnerin anzuordnen.

d) Verhältnismässigkeit

* 1. Die beantragte Massnahme ist verhältnismässig. Ohne diese drohen in der Hauptsache die Rechte der Gesuchstellerin dauerhaft verloren zu gehen. Im Vergleich dazu fallen die Interessen der Gesuchsgegnerin nicht ins Gewicht. Ausserdem würde, wie erwähnt, eine Handelsregistersperre oder eine allfällige Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses vom [Datum] keinen genügenden Schutz bieten.
  2. Die Gesuchstellerin zielt allein auf die Wahrung des status quo vor Verknüpfung von Optionsrechten mit dem bedingten Kapital. In diesem Zusammenhang weist die Gesuchstellerin auf die Rechtsprechung des Bundesgericht hin, wonach bei Massnahmebegehren, die der Sicherstellung des bisherigen Zustandes dienen, keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind (BGer 4A\_367/2008 vom 14.11.2008).
  3. Aus diesen Gründen ist die beantragte Massnahme verhältnismässig.

Aus all diesen Gründen ersuche ich Sie, sehr geehrter Herr Präsident, das Gesuch gutzuheissen und antragsgemäss zu entscheiden.

Mit freundlichen Grüssen

[Unterschrift des Rechtsanwaltes der Gesuchstellerin]

[Name des Rechtsanwaltes der Gesuchstellerin]

**dreifach**

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