

# ZH\_HANDELSGERICHT HE220014 vom 16. März 2022

Zh Handelsgericht, 2022-03-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE220014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE220014)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE220014 du 16 mars 2022

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE220014 del 16 marzo 2022

## Erwägungen

### E. 2

Bei Unterlassung der Einberufung gemäss Rechtsbegehren 1 sei der Notar des Notariatskreises Enge-Zürich, Herr F.\_\_\_\_ oder sein Stellvertreter Herr G.\_\_\_\_, zu beauftragen, die ausserordentliche Generalversammlung der Beklagten spätestens innerhalb von 10 Tagen ab Anzeige der Unterlassung durch die Klägerin per E-Mail an die: - A.\_\_\_\_ Ltd., Hongkong, an die E-Mail-Adresse: H.\_\_\_\_@A.\_\_\_\_.com, - I.\_\_\_\_ Ltd., Hongkong, an die E-Mail-Adresse: J.\_\_\_\_@I.\_\_\_\_.ch und K.\_\_\_\_@B.\_\_\_\_.com, - L.\_\_\_\_ Inc., Tokyo, an die E-Mail-Adresse: M.\_\_\_\_@L.\_\_\_\_.co.uk - N.\_\_\_\_ S.A., an die E-Mail-Adresse: O.\_\_\_\_@N.\_\_\_\_.com, unter Angabe von Ort, Datum und Zeiten, mit den Traktanden 1 und 2 gemäss Rechtsbegehren 1 einzuberufen.

#### E. 2.1

Die Gesuchsgegnerin hat ihren Sitz in der Schweiz in Zürich, weshalb die internationale und örtliche Zuständigkeit der Zürcher Gerichte zu bejahen ist (Art. 151 IPRG und Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies ist unbestritten (act. 1 Rz. 2 [Gesuchstellerin] und act. 7 Rz. 88 [Gesuchsgegnerin]).

#### E. 2.2

Das Einzelgericht des Handelsgericht ist für Gesuche betreffend Einberufung einer Generalversammlung einer Aktiengesellschaft gestützt auf Art. 699 Abs. 4 OR sachlich zuständig, zumal der Streitwert der vorliegenden Angelegenheit CHF 30'000.00 übersteigt (Art. 250 lit. c Ziff. 9 ZPO i.V.m. § 45 lit c. GOG und

- 8 - Art. 6 Ab. 4 lit. b ZPO). Auch die sachliche Zuständigkeit ist unbestritten (act. 1 Rz. 3 ff. [Gesuchstellerin] und act. 7 Rz. 88 [Gesuchsgegnerin]).

#### E. 2.3

Die Gesuchsgegnerin beantragt im Hauptstandpunkt, auf das Gesuch sei wegen Rechtshängigkeit nicht einzutreten bzw. das Verfahren sei zu sistieren bis zum Vorliegen eines Entscheides im bereits hängigen Schiedsverfahren. Zur Begründung führt sie aus, sie habe am 17. Januar 2022 ein Schiedsverfahren beim ICC eingeleitet, welches den gleichen Prozessgegenstand betreffe. Gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO tritt das Gericht auf eine Klage oder ein Gesuch nicht ein, wenn die Sache bereits anderweitig rechtshängig ist. Die Prozessvoraussetzung der fehlenden Rechtshängigkeit soll verhindern, dass gleichzeitig oder hintereinander über die gleiche Streitgegenstand zwischen denselben Parteien mehrere Prozesse stattfinden (BSK ZPO-Gehri, 3. Auflage, Art. 59 Rz. 13). Das vorliegende Verfahren betrifft den gesetzlichen Anspruch eines (qualifizierten) Aktionärs auf Einberufung und Durchführung einer Generalversammlung (Art. 699 Abs. 4 OR). Wie zu zeigen sein wird (nachfolgend E. 3.2), ist dabei grundsätzlich nur zu prüfen, ob die

formellen Voraussetzungen für ein Einberufungsgesuch erfüllt sind; die Einberufungs- und Traktandierungsbegehren werden nicht materiell geprüft. Im Parallelverfahren vor dem ICC geht es demgegenüber um die materielle Frage, ob die von der Gesuchstellerin angestrebte Zuwahl von drei Verwaltungsräten gegen den von den Aktionären der Gesuchsgegnerin abgeschlossenen Aktionärsbindungsvertrag (act. 3/38) verstösst. Es fehlt an der Identität des Streitgegenstandes. Da es an keiner Prozessvoraussetzung fehlt, steht dem Eintreten auf das Gesuch nichts entgegen (Art. 59 ZPO). Für eine Sistierung des Verfahrens ist kein Grund zu sehen (Art. 126 ZPO) 3. Materielles

### **E. 3**

Eventualiter zu Rechtsbegehren 1 und 2,

#### **E. 3.1**

Gemäss Art. 699 Abs. 4 OR hat der Richter auf Antrag der Gesuchstellerin die Einberufung der Generalversammlung anzuordnen, wenn der Verwaltungsrat diesem Begehren nicht binnen angemessener Frist entspricht.

#### **E. 3.2**

Bei der Beurteilung eines Einberufungsgesuchs gestützt auf Art. 699 Abs. 4 OR sind nur formelle Fragen zu prüfen, d.h. ob die Gesuchstellerin Aktionärin ist,

- 9 - die formellen Voraussetzungen von Art. 699 Abs. 3 Satz 1 OR erfüllt sind und ob tatsächlich ein Einberufungsbegehren an den Verwaltungsrat gestellt wurde, dem innert angemessener Frist nicht entsprochen wurde (BGE 142 III 16 E. 3.1). Der Einberufungsrichter unterzieht das Einberufungs- und Traktandierungsbegehren keiner materiellen Prüfung. Bei der richterlichen Einberufung gestützt auf Art. 699 Abs. 4 OR handelt es sich um eine rein formelle Massnahme, die inhaltlich weder die Generalversammlung noch den Richter bindet, der über die Anfechtung von Beschlüssen entscheidet, die an der auf richterliche Anordnung hin einberufene Versammlung gefasst worden sind (BGE 142 III 16 E. 3.1.). Der Einberufungsrichter hat daher bei einem Einberufungsgesuch auch nicht zu beurteilen, ob die an der Generalversammlung zu fassenden Beschlüsse gültig sein werden; diese Fragen sind vielmehr erst im Rahmen einer allfälligen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage (Art. 706 ff. OR) gegen die gefassten Beschlüsse zu prüfen (BGE 142 III 16 E. 3.1.). Immerhin ist bei der Ausübung des Einberufungs- und Traktandierungsrechts das Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 3 ZGB zu beachten, denn der offenbare Missbrauch dieses Rechts findet keinen Rechtsschutz. Der Einberufungsrichter hat somit einem Einberufungs- und Traktandierungsbegehren nicht stattzugeben, wenn sich dieses als offensichtlich missbräuchlich und schikanös herausstellt (BGE 142 III 16 E. 3.1 S. 20 f.).

#### **E. 3.3**

Im vorliegenden Fall ist das Einberufungs- und Traktandierungsrecht der Gesuchstellerin grundsätzlich ausgewiesen. Die Gesuchstellerin ist Aktionärin der Gesuchsgegnerin und hält 70% des Aktienkapitals, womit sie Mehrheitsaktionärin ist und die von Art. 699 Abs. 3 Satz 1 OR verlangte 10%-Schwelle überschritten wird. Ferner hat die Gesuchstellerin mit Mail vom 2. Dezember 2021 ihr Einberufungs- und Traktandierungsrecht gegenüber dem Sekretär des Verwaltungsrates der Gesuchsgegnerin (Rechtsanwalt T.\_\_\_\_\_) - und zur Kenntnisnahme auch gegenüber dem VRP der Gesuchsgegnerin (VRP K.\_\_\_\_\_) - wahrgenommen. Die Gesuchsgegnerin wäre somit verpflichtet gewesen, entsprechend dem

Begehren der Gesuchstellerin eine Generalversammlung einzuberufen und das erwähnte Wahlgeschäft zu traktandieren. Das Einberufungs- und Traktandierungsbegehren ist ausgewiesen.

- 10 -

### **E. 3.4**

Auch die weiteren Einwände der Gesuchsgegnerin gegen das von der Gesuchstellerin eingeklagte Einberufungs- und Traktandierungsrecht sind nicht stichhaltig. Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs (act. 7 Rz. 60) ist nicht dargetan. Das Einberufungsgericht könnte höchstens bei Vorliegen eines "offensichtlichen" Rechtsmissbrauch eingreifen (BGE 142 III 16 E. 3.1 S. 21). Ein solcher ist nicht zu sehen. Abgesehen davon, dass es nicht Sache des Einberufungsrichters ist zu prüfen, ob die beantragten Wahlen gegen den Aktionärbindungsvertrag verstossen würde und welche Rechtsfolgen ein allfälliger Verstoss nach sich ziehen würde, ist darauf hinzuweisen, dass die Darstellung der Gesuchsgegnerin über die künftigen Kräfteverhältnisse im Verwaltungsrat nach der beabsichtigten Wahl spekulativ ist, zumal der aktuelle VRP der Gesuchsgegnerin (K. \_\_\_\_\_), der bei Stimmgleichheit über den Stichentscheid verfügt, nicht eindeutig dem Lager der Gesuchstellerin zuzuordnen ist, weil er jedenfalls in der vorliegenden Streitsache nicht Partei für die Gesuchstellerin, deren Vertreter er angeblich sein soll, ergriffen hat. Auch ist keine Abwahl des VRP K. \_\_\_\_\_ traktandiert. Die Meinung der Gesuchsgegnerin, das Gesuch sei unverhältnismässig (act. 7 Rz. 71), ist aus den gleichen Gründen nicht überzeugend. Schliesslich ist auch der Eventualantrag, das Begehren sei nur als Traktandierungsantrag für die nächste ordentliche Generalversammlung zuzulassen (act. 7 Rz. 74), unbegründet, weil bei gegebenen Voraussetzungen von Gesetzes wegen ein Anspruch auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung besteht.

### **E. 3.5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Einberufungs- und Traktandierungsanspruch ausgewiesen ist. Das Gesuch ist gutzuheissen.

## **E. 4**

Vollstreckung

### **E. 4.1**

Die Gesuchstellerin befürchtet unter Hinweis auf Art. 4.6. des Aktionärbindungsvertrages, dass die Minderheitsaktionäre versucht sein könnten, durch absichtliches Fernbleiben die Durchführung der Generalversammlung zu sabotieren, weshalb für diesen Fall von Anfang an zwei Verschiebungsdaten für die Durchführung der Generalversammlung festzusetzen seien (act. 1 Rz. 42 ff. mit Hinweis auf act. 3/38). Wenn der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin sich weigere, eine Generalversammlung einzuberufen und durchzuführen, sei der Notar des Notari-

- 11 - atskreises Enge-Zürich mit den entsprechenden Aufgaben zu betrauen (act. 1 Rz. 58 ff.).

### **E. 4.2**

Die Gesuchsgegnerin hält eine Einberufung mit Verschiebungsdaten für unzulässig, weil Art. 699 Abs. 4 OR nur die Einberufung einer Generalversammlung vorsehe und eine rein vorsorgliche Einberufung weiterer Generalversammlungen gesetzlich nicht vorgesehen sei

(act. 7 Rz. 77).

### **E. 4.3**

Die Argumentation der Gesuchstellerin, es seien mit Blick auf Art. 4.6. des Aktionärbindungsvertrages von Anfang an zwei Verschiebungsdaten für die Generalversammlung festzusetzen, erscheint gesucht. Wie erwähnt, ist die Gesuchstellerin zur Einberufung und Durchführung einer Generalversammlung zu verpflichten. Wenn die Durchführung der Generalversammlung an vertraglichen Anwesenheitsvorschriften scheitern sollte, ist die Gesuchsgegnerin verpflichtet, erneut eine Generalversammlung einzuberufen, bis diese - spätestens im dritten Anlauf - durchgeführt werden kann. Der Gesuchsgegnerin ist eine Frist von 10 Tagen nach Ablauf der Frist für eine Beschwerde ans Bundesgericht anzusetzen, um anschliessend nach den gesetzlichen Vorschriften (Art. 700 OR) eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen.

### **E. 4.4**

Wenn die Gesuchsgegnerin nicht willens bzw. nicht in der Lage sein sollte, innert der genannten Frist (10 Tage nach Ablauf der Frist für eine Beschwerde ans Bundesgericht) eine ausserordentliche Generalversammlung unter Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften einzuberufen und durchzuführen (Art. 700 OR), oder wenn die Durchführung der Generalversammlung an Anwesenheitsvorschriften oder an anderen Gründen scheitern sollte, kämen die Vollstreckungsmassnahmen zum Tragen. Die Gesuchstellerin beantragt, es sei der Notar der Notariatskreises Enge-Zürich entsprechend zu beauftragen. Allerdings nennt sie keine gesetzlichen Grundlagen dafür. Eine solche ist auch nicht ersichtlich. Vielmehr ist im Fall von Unwille oder Unvermögen der Gesuchsgegnerin oder einer "Sabotierung" durch die Minderheitenaktionärinnen eine Ersatzmassnahme anzuordnen (Art. 343 Abs. 1 lit. e ZPO). Sollte eine Ersatzvornahme notwendig werden, wird ein noch zu bezeichnender Anwalt bzw. eine noch zu bezeichnende Anwältin zu beauftragen sein, die Generalversammlung einzuberufen und durchzuführen, wo-

- 12 - bei die erwartenden Kosten gemäss Art. 98 ZPO von der Gesuchstellerin zu bevorschussen (BSK-ZPO-Zinsli, 3. Auflage, Art. 343 N. 8b und 31) und schlussendlich von der säumigen Gesuchsgegnerin zu tragen wären.

### **E. 5**

Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Prozessentschädigung von CHF 7'000.00 zu bezahlen.

#### **E. 5.1**

Da die Gesuchstellerin praktisch vollständig obsiegt, wird die Gesuchsgegnerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

#### **E. 5.2**

Bei einem Streitwert von CHF 70'000.00 ist die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung eines Zuschlags wegen der Schwierigkeit des Falls und dem Zeitaufwand für die Bearbeitung (§ 4 Abs. 2 GebV OG) und einer Reduktion wegen der summarischen Natur des Verfahrens (§ 8 Abs. 2 GebV OG) auf CHF 7'000.00 festzusetzen. Die Prozessentschädigung ist ebenfalls auf CHF 7'000.00 festzusetzen (§§ 4 und 9 AnwGebV), wobei wegen der Möglichkeit des Vorsteuerabzugs kein Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen ist. Der Einzelrichter erkennt: 1. Das Gesuch wird

gutgeheissen. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, innerhalb 10 Tagen nach Ablauf der Frist für eine Beschwerde ans Bundesgericht eine ausserordentliche Generalversammlung nach den Vorschriften von Art. 700 OR einzuberufen und diese durchzuführen, und zwar mit folgenden Traktanden: "Agenda item 1: Election in to the Board of Directors; Motion: Election of the following persons as members of the Company's Board of Directors: - Mr C.\_\_\_\_\_, - Mrs D.\_\_\_\_\_ and - Mr. E.\_\_\_\_\_; Agenda item 2: Miscellaneous" 2. Für den Fall, dass die Einberufung und/oder Durchführung der Generalversammlung innerhalb der Ziffer 1 definierten Fristen am fehlenden Willen bzw. der fehlenden Fähigkeit der Gesuchsgegnerin, den Anwesenheitsvorschriften oder aus anderen Gründen scheitert, wird im Rahmen einer Ersatzvor-

- 13 - nahme ein noch zu bezeichnender Anwalt bzw. eine noch zu bezeichnende Anwältin beauftragt, zu einer ausserordentlichen Generalversammlung vorzuladen und diese durchzuführen. Die Kosten für die Ersatzvornahme wird die Gesuchstellerin zu bevorschussen und die Gesuchsgegnerin endgültig zu tragen haben. 3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 7'000.00. 4. Die Kosten werden der Gesuchsgegnerin auferlegt und aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die der Gesuchsgegnerin auferlegten Kosten wird der Gesuchstellerin das Rückgriffsrecht auf die Gesuchsgegnerin eingeräumt.

#### **E. 6**

Schriftlich Mitteilung an a) die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von act. 7 und act. 9/2-6, b) die Gesuchsgegnerin und c) die Obergerichtskasse.

#### **E. 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 70'000.00.

- 14 - Zürich, 16. März 2022 Handelsgericht des Kantons Zürich Einzelgericht Der Gerichtsschreiber: Dr. Benjamin Büchler

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.