

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE220040-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichterin Nicole Klausner sowie Gerichtsschreiberin
Dr. Corina Bötschi

Urteil vom 23. Juni 2022

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____, Dr. iur.,
Gesuchsgegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei dem Gesuchsgegner unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB zu verbieten, Verbindlichkeiten im Namen oder auf Rechnung der Gesuchstellerin einzugehen, sich als Mitglied oder Sekretär des Verwaltungsrates, Geschäftsführer oder aktiver Arbeitnehmer oder Weisungsberechtigter der Gesuchstellerin gegenüber Dritten auszugeben, Weisungen an die Arbeitnehmer, Lieferanten, Auftraggeber, Kunden und/oder Partner der Gesuchstellerin zu erteilen und/oder in irgendeiner Weise im (operativen) Betrieb der Gesuchstellerin direkt oder indirekt mitzuwirken oder darauf einzuwirken.
2. Ziff. 1 sei superprovisorisch ohne vorgängige Anhörung des Gesuchsgegners anzuordnen. Der Gesuchsgegner sei vom Gericht per Telefon unter 044 ... oder eventualiter per E-Mail an B. _____ @....ch umgehend vorab über das Verbot in Kenntnis zu setzen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. gesetzliche MwSt.) zulasten des Gesuchsgegners."

Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:

1. Mit Eingabe vom 13. Mai 2022 (überbracht) stellte die Gesuchstellerin das vorliegende Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen mit obgenannten Rechtsbegehren (act. 1). Mit Verfügung vom 13. April 2022 wurden die Massnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei (superprovisorisch) einstweilen gutgeheissen (act. 4). Den einverlangten Kostenvorschuss leistete die Gesuchstellerin fristgerecht (act. 4; act. 7). Mit Eingabe vom 7. Juni 2022 nahm der Gesuchsgegner zum Gesuch Stellung und stellte gleichzeitig einen Antrag auf Aufhebung bzw. Abänderung der Schutzmassnahmen (act. 8). Dieses Wiedererwägungsgesuch wurde mit Verfügung vom 10. Juni 2022 abgewiesen (act. 11). In Wahrnehmung ihres rechtlichen Gehörs nahm die Gesuchstellerin am 22. Juni 2022 zur Eingabe des Gesuchsgegners Stellung (act. 13).

Da die beantragten Massnahmen ohnehin abzuweisen sind, rechtfertigt es sich, zur Beschleunigung des Verfahrens, die letzte Eingabe der Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner mit dem vorliegenden Endentscheid zuzustellen.

2. Die Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürichs wird vom Gesuchsgegner anerkannt (act. 8 Rz. 2). Festzuhalten bleibt, dass sich die sachliche Zuständigkeit aus Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO ergibt, während ein die Zuständigkeit nach Art. 6 Abs. 2 ZPO begründender Eintrag des Gesuchsgegners im Handelsregister nicht existiert.

3. Der Gesuchsgegner macht geltend, dass die Gesuchstellerin im vorliegenden Verfahren nicht rechtsgültig vertreten sei, weshalb auf das Gesuch nicht einzutreten sei. Dies leitet er daraus ab, dass C._____ und D._____ nie Aktionäre geworden seien (act. 8 Rz. 11). Der vorliegende Rechtsstreit betrifft die zentrale Frage, welche Personen Aktionäre der Gesuchstellerin sind. Es handelt sich dabei um eine doppelrelevante Tatsache, welche grundsätzlich – obwohl sie im vorliegenden Verfahren letztlich offen gelassen werden kann – sowohl für die materielle Beurteilung als auch für die Beurteilung von Prozessvoraussetzungen relevant ist. Entsprechend ist für die Prüfung der Prozessvoraussetzungen von der Darstellung der Gesuchstellerin auszugehen, welche sich zudem aus dem Handelsregister ergibt. Demnach ist die Gesuchstellerin als ordnungsgemäss vertreten zu betrachten. In der gegebenen Konstellation war im Übrigen sichergestellt, dass sich beide Konfliktlager angemessen äussern konnten.

Für das vorliegende Verfahren nicht relevant ist sodann der vom Gesuchsgegner behauptete Interessenkonflikt des Rechtsvertreters der Gesuchstellerin. Zwar mag zutreffen, dass der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin früher sowohl einerseits die Gesuchstellerin als auch andererseits C._____ und D._____ gegen die Gesuchstellerin vertreten hat (act. 8 Rz. 19 ff.). Allerdings ist zu beachten, dass sämtliche Verfahren im Zusammenhang mit der auch hier relevanten Streitigkeit zwischen den beiden Aktionärslagern geführt werden oder worden sind. Dass in den verschiedenen Gerichtsverfahren dieselben Personen einmal auf Seiten der Gesellschaft und einmal gegen diese tätig sind, was zwangsläufig auch für den betreffenden Rechtsvertreter gilt, erscheint wenigstens aus heutiger Sicht nicht verwerflich. Insbesondere muss etwa eine Handelsregistersperre zwingend mit einer gegen die Gesellschaft gerichteten Klage erwirkt werden. Die entsprechenden unter Mitwirkung von Rechtsanwalt Dr. X._____ gestellten Gesuche,

schliessen eine Vertretung der Gesuchstellerin durch ihn im vorliegenden Verfahren nicht aus.

4. Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 ZPO). Weiter wird vorausgesetzt, dass die anzuordnende Massnahme verhältnismässig ist (ANDREAS GÜNGERICH, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 2 zu Art. 262 ZPO).

5.1. Der vorliegende Streit dreht sich um die Besetzung des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung der Gesuchstellerin. Aus der Darstellung der Parteien ergibt sich, dass die Gesuchstellerin Anfang 2021 gegründet worden ist, in erster Linie mit dem Zweck, Covid-19-Teststationen zu betreiben. Gemäss Aktienbuch waren dabei C'._____ [recte: C._____], E._____, F._____ und D._____ als Aktionäre vorgesehen, während der Gesuchsgegner als Gründer der Gesellschaft aufgetreten ist. In der Zwischenzeit haben sich im Aktionariat zwei Lager gebildet. Auf der einen Seite stehen C._____ und D._____ sowie RA X._____, und auf der anderen Seite die Gebrüder E._____ und F._____ sowie der Gesuchsgegner. Beide Seiten beanspruchen für sich, über die Mehrheit der Aktien der Gesuchstellerin zu verfügen und deren Verwaltungsrat ordentlich bestellt zu haben.

5.2. Die Gesuchstellerin stellt sich auf den Standpunkt, das Aktionariat setze sich aus C._____ (51%), E._____ (21%), F._____ (15%) und D._____ (13%) zusammen. Der Gesuchsgegner habe sie (die Gesuchstellerin) treuhänderisch gegründet und den gerade erwähnten vier Aktionären danach die Aktien im dargelegten Verhältnis übertragen. Die Generalversammlung habe den Gesuchsgegner am 31. März 2022 als Sekretär des Verwaltungsrats abgesetzt, wogegen der Gesuchsgegner erfolglos vorgegangen sei. Der Gesuchsgegner habe seither mehrfach etabliert, dass er die Generalversammlung vom 31. März 2022 als ungültig erachte und sich nicht an seine Abwahl halten werde. Ihm sei in der Folge schriftlich verboten worden, sich als Teil der Gesellschaft auszugeben, und sämtliche allfällig an ihn erteilten Vollmachten seien widerrufen worden. In der Folge habe

der Gesuchsgegner eine neue Realität erfunden und gemeinsam mit den Minderheitsaktionären E._____ und F._____ eine ausserordentliche Generalversammlung abgehalten, an welcher diese D._____ und RA X._____ als Verwaltungsräte abgewählt und den Gesuchsgegner neu in den Verwaltungsrat gewählt hätten. Eine dagegen gerichtete Handelsregistersperre sei gutgeheissen worden. Dennoch habe der Gesuchsgegner am 11. Mai 2022 Dr. med. G._____, welcher der wichtigste Partner der Gesuchstellerin sei, kontaktiert. Damit greife der Gesuchsgegner direkt in die Geschäftsführung ein und gefährde die Existenz der Gesuchstellerin (act. 1 Rz. 5 ff.).

5.3. Der Gesuchsgegner macht geltend, gewählter, aber rechtlich entmachteter Verwaltungsrat der angeblichen Gesuchstellerin zu sein. C._____ und D._____ seien nie Aktionäre der Gesuchstellerin geworden. Das Aktienbuch vom 7. Januar 2021 habe lediglich deklaratorische Wirkung. Die Gesuchstellerin sei erst am tt.mm.2021 durch Eintragung im Handelsregister entstanden, zuvor erfolgte Übertragungen von Aktien seien nichtig. Die Liberierung des Aktienkapitals sei vollständig durch F._____ erfolgt. Eine nach diesem Zeitpunkt erfolgte Übertragung von Aktien auf C._____ oder D._____ sei nicht behauptet worden. Damit seien die Beschlüsse der Generalversammlung vom 31. März 2022, an welcher C._____, D._____ und X._____ teilgenommen hätten, per se nichtig. Rechtsanwalt X._____ habe die Gesuchstellerin entsprechend nie rechtsgültig vertreten können. Ohnehin bestehe hier ein Interessenskonflikt, zumal die Anwaltskanzlei H._____ sowohl für als auch gegen die Gesuchstellerin gerichtliche Verfahren führe. Die Generalversammlungsbeschlüsse vom 31. März 2022 seien aber auch nichtig, weil diese nicht rechtmässig einberufen worden sei, was er (der Gesuchsgegner) auch umgehend klagemacht habe. Ferner sei es so, dass er am 26. April 2022 je 49 Aktien auf F._____ und E._____ übertragen habe. Gleichentags hätten die Aktionäre der Gesuchstellerin eine Universalversammlung abgehalten, an welcher der Gesuchsgegner und E._____ als Verwaltungsräte gewählt und sicherheitshalber D._____ und RA X._____ abgewählt worden seien (act. 8 Rz. 11 ff.).

6. Der Unterlassungsanspruch der Gesuchstellerin beruht darauf, dass der Gesuchsgegner ihrer Ansicht nach nicht zu ihrer Vertretung berechtigt sei. Sie stützt sich dabei auf den Beschluss der Generalversammlung vom 31. März 2022, mit welchem der Gesuchsgegner als Sekretär des Verwaltungsrats abgewählt worden sei. Unbestritten ist soweit, dass diese Generalversammlung stattfand, dass anlässlich derselben mit C._____ und D._____ die Mehrheit der Aktionäre gemäss Aktienbuch vom 7. Januar 2021 (act. 3/3a) vertreten waren und dass der Gesuchsgegner mit 51 Stimmen (entspricht 51% der Aktien) aus dem Verwaltungsrat abgewählt wurde (act. 4). Entsprechend erscheint im Grundsatz auch glaubhaft, dass der Gesuchsgegner nicht mehr zur Vertretung der Gesuchstellerin berechtigt ist. Allerdings geht der Gesuchsgegner von der Nichtigkeit der Generalversammlungsbeschlüsse vom 31. März 2022 und damit seiner Abwahl aus.

Gemäss dem Gesuchsgegner sei die Generalversammlung vom 31. März 2022 durch D._____ einberufen worden, der dazu gar nicht berechtigt gewesen sei (act. 8 Rz. 27). Hierbei ist zu beachten, dass die Einberufung der Generalversammlung durch den Verwaltungsrat erfolgt (Art. 699 Abs. 1 OR). Erfolgt die Einberufung durch ein unzuständiges Organ, sind die an der entsprechenden Generalversammlung gefassten Beschlüsse nichtig (HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, N 979; BRIGITTE TANNER, in: HANDSCHIN [Hrsg.], Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Art. 698-726 und 731b OR, 3. Aufl., Zürich 2018, N 12 zu Art. 699 OR). Zuständig für die Einberufung ist der Verwaltungsrat als Kollektivorgan, einzelne Mitglieder haben dagegen kein Einberufungsrecht (VON DER CRONE, a.a.O., N 978 f.; TANNER, a.a.O., N 30 zu Art. 699 OR). Die Einladung zur Generalversammlung vom 31. März 2022 wurde alleine durch D._____ unterzeichnet (act. 10/14). Die eigentliche Einladung kann indes- sen durchaus durch den Vorsitzenden oder ein anderes Mitglied des Verwaltungsrats erfolgen, eine Unterzeichnung aller Verwaltungsräte oder eine Einhaltung der Unterschriftsberechtigung für die Vertretung der Gesellschaft ist nicht zwingend (DIETER DUBS/ROLAND TRUFFER, in: HONSELL/VOGT/WATTER [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, N 2 zu Art. 699 OR). Dies kann folglich einem gültigen Beschluss für sich alleine nicht entgegen stehen. Allerdings wird seitens des Gesuchsgegners explizit geltend gemacht, dass D._____

ohne Absprache mit den übrigen Verwaltungsratsmitgliedern (damals E._____ und der Gesuchsgegner) gehandelt habe. Dies erscheint glaubhaft, zumal der Gesuchsgegner bereits mit E-Mail vom 11. März 2022 und erneut mit E-Mail vom 31. März 2022 an RA Z._____, als Rechtsvertreter von D._____ (act. 8 Rz. 30), gegen die Einberufung und Durchführung der Generalversammlung protestiert hat (act. 10/14+15).

Die Gesuchstellerin stützt sich für die Frage der Gültigkeit der Generalversammlungsbeschlüsse auf den Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 6. April 2022 (act. 1 Rz. 6). Dabei verkennt sie, dass das Kantonsgericht Zug zur Frage der ordnungsgemässen Einladung keine Aussage gemacht hat. Vielmehr hat es festgehalten, dass die Einladung für die Generalversammlung vom 31. März 2022 nicht eingereicht worden sei, weshalb es sich um blosser unbelegte Behauptungen handle. Zudem verneinte das Gericht ein schutzwürdiges Interesse, da die Eintragung im Handelsregister bereits erfolgt sei (act. 3/5 S. 2). Daraus kann die Gültigkeit der Beschlüsse der Generalversammlung vom 31. März 2022 demnach nicht abgeleitet werden.

In ihrem Gesuch und in der im Rahmen ihres Replikrechts erfolgten Stellungnahme äussert sich die Gesuchstellerin nicht dazu, wie die Einberufung der Generalversammlung zu Stande gekommen sein soll. Insbesondere beruft sich die Gesuchstellerin nicht auf eine konkrete Verwaltungsratssitzung, an welcher die Einberufung beschlossen worden wäre. Sie erörtert zwar in der Stellungnahme, der Verwaltungsrat sei befugt und aufgrund eines Antrags eines Aktionärs sogar verpflichtet gewesen, eine Generalversammlung einzuberufen, und der Präsident des Verwaltungsrates sei dieser Verpflichtung mit Stichentscheid nachgekommen. Zumal der Gesuchsgegner im Ausstand gewesen sei – sei es doch um die Einberufung einer Generalversammlung gegangen, bei welcher er hätte abberufen werden sollen – seien noch E._____ und D._____ im Verwaltungsrat gewesen, weshalb der Präsident also förmlich korrekt gehandelt und fristgerecht einberufen habe (act. 13 Rz. 35). Weiter erklärt die Gesuchstellerin, der Gesuchsgegner habe keinerlei Recht gehabt, an der Verwaltungsratssitzung mitzuwirken. E._____ habe sich wohl gegen eine ausserordentliche Generalversamm-

lung ausgesprochen. D._____ habe jedoch dafür gestimmt und den Stichtscheid gehabt. Der Beschluss des Verwaltungsrates sei gültig gefasst worden (act. 13 Rz. 37). Trotz dieser Ausführungen der Gesuchstellerin bleibt offen, wann, wie genau und in welchem konkreten Rahmen es zu einer solchen Beschlussfassung des Verwaltungsrats gekommen sein soll und im Übrigen auch, wie aufgrund der schliesslich erfolgten Traktandierung ein für den Gesuchsgegner bestehender Ausstandsgrund bereits hätte feststehen sollen. Eine durch das zuständige Organ erfolgte Einberufung der Generalversammlung wird so nicht glaubhaft gemacht. Daran vermag auch die Tatsache, dass vom Gesuchsgegner ein am 11. März 2022 – dem Tag des von D._____ unterzeichneten Einladungsschreibens – gefasster Verwaltungsratsbeschluss behauptet wird, mit welchem D._____ vorläufig suspendiert worden sei (act. 8 Rz. 27), nichts zu ändern. Alleine aus dem Umstand, dass der Verwaltungsrat an diesem Tag diesen Beschluss betreffend Suspendierung gefällt hat, kann – jedenfalls ohne nähere Informationen – nicht abgeleitet werden, dass gleichzeitig auch die Einberufung einer Generalversammlung beschlossen wurde.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es überwiegend wahrscheinlich erscheint, dass die Einberufung zur Generalversammlung vom 31. März 2022 nicht rechtmässig erfolgt ist, indem D._____ diese in Eigenregie beschlossen hat. Folglich erscheint auch überwiegend wahrscheinlich, dass die an dieser Generalversammlung gefassten Beschlüsse nichtig sind. Die Bemerkung der Gesuchsgegnerin, eine erneute Generalversammlung würde ohnehin denselben Entscheid hervorbringen, weshalb es wenig sinnvoll sei, die Generalversammlung vom 31. März 2022 anzufechten (act. 13 Rz.), vermag daran nichts zu ändern. Da sich das Gesuch der Gesuchstellerin im Wesentlichen auf die Abwahl des Gesuchsgegners anlässlich dieser Generalversammlung stützt, erscheint ein Anspruch in der Hauptsache aus den dargelegten Gründen nicht glaubhaft. Entsprechend ist das Gesuch abzuweisen. Von welcher Zusammensetzung des Aktionariats der Gesuchsgegnerin letztlich im Einzelnen auszugehen wäre, kann bei diesem Ergebnis offen bleiben.

Lediglich der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass der vorliegende Entscheid nicht mit einer Wiedereinsetzung des Gesuchsgegners als Verwaltungsrat gleichzusetzen ist. Entsprechend dem Gegenstand des Verfahrens war lediglich zu prüfen, ob glaubhaft erscheint, dass der Gesuchsgegner keine Vertretungsberechtigung mehr hat. Darüber hinaus kommt dem Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich im vorliegenden Verfahren keine Entscheidkompetenz zu.

7.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchstellerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO).

7.2. Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der Gebührenverordnung des Obergerichts bestimmt (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert beträgt CHF 100'000.– (act. 4 E. 8). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG, angesichts auch des Verfahrensaufwandes, ist die Gerichtsgebühr auf CHF 6'500.– festzulegen.

7.3. Zudem ist die Gesuchstellerin antragsgemäss zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 9 und § 11 Abs. 1 AnwGebV auf CHF 7'000.– festzulegen.

Die Einzelrichterin erkennt:

1. Das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgelegt auf CHF 6'500.–.
3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von CHF 7'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage der Doppel von act. 13 und 14/13-14.

6. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt über CHF 30'000.00.

Zürich, 23. Juni 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Dr. Corina Bötschi