

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE220074-O

U/pz

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan sowie Gerichtsschreiber
Jan Busslinger

Urteil vom 29. August 2022

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Gesuchsteller

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X2._____,

gegen

C._____ **Investments AG,**

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Einberufung der Generalversammlung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, innerhalb von 7 Tagen ab Urteilsdatum eine ausserordentliche Generalversammlung mit folgenden Traktanden und Beschlussanträgen einzuberufen:
- Wahl des Verwaltungsrates. Antrag: Abwahl von Dr. D._____, deutscher Staatsangehöriger, in Zürich und Wahl von
- B._____, geb. tt.07.1955, deutscher Staatsangehöriger, in E._____ (Deutschland), mit Einzelunterschrift
 - A._____, geb. tt.12.1967, deutsche Staatsangehörige, in F._____ (Deutschland), mit Einzelunterschrift
 - G._____, geb. tt.02.1964, deutscher Staatsangehöriger, in H._____, mit Einzelunterschrift.
2. Bei Unterlassung der Einberufung gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 sei der Notar des Notariatskreises I._____, Herr J._____, bzw. sein Stellvertreter, zu beauftragen, die Generalversammlung der Gesuchsgegnerin spätestens innerhalb von 7 Tagen ab Anzeige der Unterlassung durch die Gesuchsteller per eingeschriebenem Brief an die Aktionäre der Gesuchsgegnerin einzuberufen, inkl. der in Rechtsbegehren Ziff. 1 aufgeführten Traktanden und unter Angabe von Ort und Zeit. Als Datum für die Generalversammlung sei dabei ein Termin anzusetzen, der frühestens 22 Tage nach dem Versand der Einladung und spätestens 30 Tage nach dem Versand der Einladung stattfindet. Als Ort für die Generalversammlung sei das Amtlokal des Notariats I._____, K._____-strasse ..., ... Zürich zu bezeichnen. Der Notar des Notariatskreises I._____, Herr J._____, bzw. sein Stellvertreter, sei mit der Durchführung und Protokollierung der Generalversammlung zu beauftragen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Sachverhaltsüberblick/Prozessgeschichte

1.1. Die C._____ Investments AG (Gesuchsgegnerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Das Aktienkapital beträgt CHF 102'000.00 und ist eingeteilt in 102'000 Namenaktien mit einem Nominalwert von je CHF 1.00. Einziger Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin ist Dr. D._____.

1.2. A._____ und B._____ (Gesuchsteller 1 und 2) halten je 34'000 Namenaktien. Zusammen halten die Gesuchsteller somit 68'000 von 102'000 Aktien (act. 1 Rz. 9 [Gesuchsteller], act. 7 Rz. 5 [Gesuchsgegnerin]).

1.3. Mit Schreiben vom 8. Juli 2022 verlangten die Gesuchsteller von der Gesuchsgegnerin bzw. deren einzigen Verwaltungsrat D._____ die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung mit der Traktandierung "Abberufung und Wahl Verwaltungsrat" bis spätestens am 31. Juli 2022 (act. 1 Rz. 12 mit Hinweis auf act. 3/7). Eine Kopie dieses Schreibens wurde D._____ auch per Mail zugestellt (act. 1 Rz. 14 mit Hinweis auf act. 3/9).

1.4. Mit Mail vom 1. August 2022 antwortete D._____ wie folgt (act. 1 Rz. 15 mit Hinweis auf act. 3/9):

"Schreiben erhalten. Eine GV wird alsbald einberufen allerdings werde ich den Termin noch zum geeigneten Zeitpunkt bestimmen."

1.5. Mit Eingabe vom 2. August 2022 ersuchten die Gesuchsteller das Einzelgericht um gerichtliche Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung (act. 1).

1.6. In ihrer Stellungnahme vom 24. August 2022 beantragte die Gesuchsgegnerin, das Gesuch sei vollumfänglich abzuweisen (act. 7).

2. Formelles

2.1. Die Gesuchsgegnerin hat ihren Sitz in Zürich, weshalb die örtliche Zuständigkeit der Zürcher Gerichte zu bejahen ist (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO).

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 übersteigt (Art. 250 lit. c Ziff. 9 ZPO i.V.m. § 45 lit c. GOG und Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO).

2.3. Da das Gesuch – wie zu zeigen sein wird – gutzuheissen ist, kann die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin den Gesuchstellerin mit dem vorliegenden Urteil zur Kenntnisnahme zugestellt werden.

2.4. Die Sache ist spruchreif.

3. Materielles

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

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, 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. Das Einberufungsgericht 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. 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. Immerhin ist bei der Ausübung des Einberufungs- und Traktandierungsrechts das Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 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 (zum Ganzen: BGE 142 III 16 E. 3.1 S. 20 f.).

3.3. Im vorliegenden Fall ist das Einberufungs- und Traktandierungsrecht der Gesuchstellerin grundsätzlich ausgewiesen. Die Gesuchsteller halten gemeinsam unbestritten 68'000 von 102'000 der Aktien der Gesuchsgegnerin, womit die von Art. 699 Abs. 3 Satz 1 OR verlangte 10%-Schwelle überschritten wird. Ferner haben die Gesuchsteller mit Schreiben vom 8. Juli 2022 das Einberufungs- und Traktandierungsrecht gegenüber D._____, dem einzigen Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin, wahrgenommen (act. 3/7). Mit der Aufforderung, die Einladung bis am 31. Juli 2022 zu versenden, wurde auch eine "angemessene Frist" im Sinn von Art. 699 Abs. 4 OR angesetzt. Die Gesuchsgegnerin wäre somit verpflichtet gewesen, entsprechend dem Begehren der Gesuchsteller eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen und das erwähnte Wahlgeschäft zu traktandieren.

3.4. Die Gesuchsgegnerin - bzw. der für diese handelnde D._____ - wendet gegen das Gesuch ein, er habe die Aufforderung zur Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung vom 8. Juli 2022 während seinen Ferien erhalten, weshalb er mit dreiwöchiger Verspätung erst am 1. August 2022 geantwortet habe (act. 7 Rz. 7). Dazu ist erstens zu bemerken, dass die Gesuchsgegnerin nicht explizit geltend macht, dass die im Schreiben vom 8. Juli 2022 angesetzte Frist bis am 31. Juli 2022 aufgrund der Ferienzeit nicht "angemessen" im Sinn des Gesetzes gewesen sei. Zweitens ist zu berücksichtigen, dass die angebliche dreiwöchige ferienbedingte Abwesenheit von D._____ nur behauptet, jedoch nicht belegt ist, obwohl es ein Leichtes gewesen wäre, aussagekräftige Belege (Flugticket, Hotelbuchungen etc.) einzureichen. Drittens ersuchte D._____ in seinem Antwortmail vom 1. August 2022 nicht um eine angemessene Erstreckung der Einberufungsfrist, sondern vertröstete die Gesuchsteller mit der Bemerkung er werde *"den Termin noch zum geeigneten Zeitpunkt bestimmen"* (act. 3/9).

3.5. Weiter macht die Gesuchsgegnerin geltend, dass an einer künftigen ausserordentlichen Generalversammlung noch andere Traktanden als das Wahlgeschäft zu behandeln seien, wobei für die Beschaffung der erforderlichen Grundlagen etwas mehr Zeit benötigt werde. Dazu ist zu bemerken, dass es D._____ in seiner Eigenschaft als Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin zwar zusteht, in der Einla-

derung zur ausserordentlichen Generalversammlung nebst dem Wahlgeschäft auch andere Themen zu traktandieren, dass damit aber die Durchführung einer ausserordentlichen Generalversammlung, auf welche die Gesuchsteller Anspruch haben, nicht verschleppt werden darf. Nur nebenbei bemerkt ist der Hinweis, die beantragte Generalversammlung sei *"für Ende September in Aussicht gestellt worden"* (act. 7 Rz. 10), wiederum eine unbelegt und überdies unbestimmte Behauptung, zumal es zwischenzeitlich ohne weiteres möglich gewesen wäre, innert angemessener Frist zu der von den Gesuchstellerin berechtigterweise beantragten Generalversammlung einzuladen.

3.6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Einberufungs- und Traktandierungsanspruch ausgewiesen ist. Immerhin ist der Gesuchsgegnerin zuzustimmen, dass eine Pflicht zur Einberufung innert sieben Tagen ab Urteilsdatum nicht angebracht ist (act. 7 Rz. 12). Das Gesuch ist gutzuheissen und die Gesuchsgegnerin ist zu verpflichten, innerhalb von 10 Tagen nach Ablauf der Frist für eine Beschwerde ans Bundesgericht eine ausserordentliche Generalversammlung mit den oben erwähnten Traktanden nach den Vorschriften von Art. 700 OR einzuberufen.

4. Vollstreckung

Für den Fall, dass Einberufung und Durchführung einer ausserordentlichen Generalversammlung innert der oben erwähnten Frist (10 Tage nach Ablauf der Frist für eine Beschwerde ans Bundesgericht) unterlassen wird, sind schon im vorliegenden Urteil unter Hinweis auf die Möglichkeit der direkten Vollstreckung nach Art. 236 Abs. 3 ZPO Vollstreckungsmassnahmen anzuordnen. Die Gesuchsteller beantragen, es sei der Notar der Notariatskreises I. _____ entsprechend zu beauftragen. Allerdings nennt sie keine gesetzlichen Grundlagen dafür. Eine solche ist auch nicht ersichtlich. Vielmehr ist im Fall der Untätigkeit der Gesuchsgegnerin eine Ersatzmassnahme anzuordnen (Art. 343 Abs. 1 lit. e ZPO). Damit ist die Vollstreckung mit dem vorliegenden Urteil bereits angeordnet. Ein separates Vollstreckungsverfahren würde sich erübrigen. Sollte eine Ersatzvornahme notwendig werden, würde das Einzelgericht im Rahmen einer Nachtragsverfügung einen noch zu bezeichnenden Anwalt bzw. eine noch zu bezeichnende Anwältin beauf-

tragen, die Generalversammlung einzuberufen und durchzuführen, wobei 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.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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

5.2. Wie die Gesuchsgegnerin zutreffend ausführt, beläuft sich der Streitwert auf CHF 68'000. Bei diesem Streitwert ist die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung einer Reduktion wegen der summarischen Natur des Verfahrens (§ 8 Abs. 2 GebV OG) auf CHF 5'200.00 festzusetzen. Die Prozessentschädigung ist ebenfalls auf CHF 5'200.00 festzusetzen (§§ 4 und 9 AnwGebV).

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das Gesuch wird gutgeheissen. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, innert 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:

Wahl des Verwaltungsrates. Antrag: Abwahl von Dr. D. _____, deutscher Staatsangehöriger, in Zürich und Wahl von

- B. _____, geb. tt.07.1955, deutscher Staatsangehöriger, in E. _____ (Deutschland), mit Einzelunterschrift
- A. _____, geb. tt.12.1967, deutsche Staatsangehörige, in F. _____ (Deutschland), mit Einzelunterschrift
- G. _____, geb. tt.02.1964, deutscher Staatsangehöriger, in H. _____, mit Einzelunterschrift.

2. Für den Fall der Unterlassung der Einberufung und/oder Durchführung der ausserordentlichen Generalversammlung innert der in Dispositiv-Ziffer 1 definierten Fristen wird im Rahmen einer Ersatzvornahme ein noch zu bezeichnender Anwalt bzw. eine noch zu bezeichnende Anwältin beauftragt, zu

einer ausserordentlichen Generalversammlung vorzuladen, diese durchzuführen und allfällige Mutationen im Verwaltungsrat beim Handelsregisteramt zur Eintragung anzumelden. Die Kosten für die Ersatzvornahme wird die Gesuchstellerin zu bevorschussen und die Gesuchsgegnerin endgültig zu tragen haben.

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 5'200.00.
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.
5. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Prozessentschädigung von CHF 5'200.00 zu bezahlen.
6. Schriftlich Mitteilung an
 - a) die Gesuchsteller unter Beilage des Doppels von act. 7,
 - b) die Gesuchsgegnerin und
 - c) die Obergerichtskasse.
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 68'000.00.

Zürich, 29. August 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Jan Busslinger