

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE230147-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichterin Nicole Klausner sowie der Gerichtsschreiber
Dr. Severin Harisberger

Urteil vom 11. Januar 2024

in Sachen

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,
3. **C.**_____,
4. **D.**_____,

Gesuchsteller

1, 2, 3, 4 vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____,

gegen

E._____ **AG**,

Gesuchsgegnerin

betreffend **Einberufung einer Generalversammlung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 f.)

- " 1. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, innerhalb von 10 Tagen ab Urteilsdatum eine ausserordentliche Generalversammlung mit folgendem Traktandum und folgender Beschlussfassung einzuberufen:

Traktandum: Wahl von zusätzlichen Mitgliedern in den Verwaltungsrat

Beschlussantrag: Die Gesuchsteller beantragen der ausserordentlichen Generalversammlung, die Wahl von folgenden Personen in den Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin zu beschliessen:

1. B._____, von F._____, in G._____;
 2. A._____, von H._____, in I._____ (GE);
 3. C._____, von F._____, in F._____;
 4. D._____, von J._____, in K._____.
2. Bei Unterlassung der Einberufung gemäss Rechtsbegehren 1 sei der Notar des Notariatskreises L._____-Zürich, Herr M._____, zu beauftragen, die Generalversammlung der Gesuchsgegnerin spätestens innerhalb von 10 Tagen ab Anzeige der Unterlassung durch die Gesuchsteller per eingeschriebenen Brief an die Aktionäre der Gesuchsgegnerin einzuberufen, an die Gesuchsteller via ihren Rechtsvertreter, RA Dr. iur. X._____, LL.M, N._____ AG, ... [Adresse], inklusive dem in Rechtsbegehren 1 aufgeführten Traktandum und unter Angabe von Ort und Zeit. Als Datum für die Generalversammlung sei ein Termin anzusetzen, der frühestens 22 Tage nach dem Versand der Einladung und spätestens 30 Tage nach dem Versand der Einladung stattfindet. Als Ort sei das Amtlokal des Notariats L._____-Zürich, ... [Adresse], zu bezeichnen. Der Notar sei mit der Durchführung und Protokollierung der Generalversammlung zu beauftragen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MWST) solidarisch zu Lasten von O._____ und P._____, eventualiter zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:

1. Prozessgeschichte

Mit Eingabe vom 6. Dezember 2023 (Datum Poststempel) mitsamt Beilagen (act. 1; act. 3/1-6) stellten die Gesuchsteller ein Gesuch um Einberufung einer Generalversammlung mit dem oben wiedergegebenen Rechtsbegehren. Mit Verfügung vom 8. Dezember 2023 (act. 4) wurde ihnen Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss von CHF 5'000.– zu bezahlen, den sie fristgemäss leisteten (act. 6). Mit nämlicher Verfügung wurde die Zustellung des Gesuchs an die Gesuchsgegnerin angeordnet und dieser eine Frist von 20 Tagen ab Zustellung angesetzt, um zum Gesuch Stellung zu nehmen, mit der Androhung, dass im Säumnisfall aufgrund der Akten entschieden werde. Diese Zustellung erfolgte am 12. Dezember 2023 (act. 5/2). Die Gesuchsgegnerin liess sich nicht vernehmen. Da sich das Verfahren als spruchreif erweist, ist androhungsgemäss aufgrund der Akten zu entscheiden.

2. Zuständigkeit und Verfahren

Das Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist für das vorliegende Gesuch örtlich und sachlich zuständig (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 44 lit. b sowie Art. 250 lit. c Ziff. 9 ZPO i.V.m. § 45 lit. c GOG). Es gilt das summarische Verfahren (Art. 250 lit. c Ziff. 9 ZPO).

3. Sachverhalt

3.1. Gemäss den schlüssigen und unbestritten gebliebenen Ausführungen der Gesuchsteller und in Übereinstimmung mit den eingereichten Urkunden ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

3.2. Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in der Stadt Zürich (act. 1 Rz. 3, 5). Ihr Aktienkapital beträgt CHF 102'000.– und ist eingeteilt in 1'020'000 Namenaktien mit einem Nominalwert von je CHF 0.10 (act. 1 Rz. 5; act. 3/1). Die Gesuchsteller sind Eigentümer von 680'000 dieser Namenaktien (act. 3/2-4), was 66.67% des Aktienkapitals entspricht (act. 1 Rz. 6). Der Verwal-

tungsrat der Gesuchsgegnerin setzt sich zusammen aus O._____ und P._____ (act. 3/1), die auch die übrigen Namenaktien halten (act. 1 Rz. 6).

3.3. Mit einem gemeinsamen Schreiben vom 27. Oktober 2023, das der Gesuchsgegnerin am 30. Oktober 2023 postalisch zugestellt wurde, ersuchten die Gesuchsteller den Verwaltungsrat um unverzügliche Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung mit dem Traktandum Wahl und Reorganisation des Verwaltungsrats und dem Antrag, die Gesuchsteller als zusätzliche Mitglieder in den Verwaltungsrat zu wählen (act. 1 Rz. 7; act. 3/5). Mit Schreiben ihrer damaligen Rechtsvertretung vom 29. November 2023, das der Gesuchsgegnerin am 30. Oktober 2023 postalisch zugestellt wurde, ersuchten die Gesuchsteller erneut um Einberufung der beantragten ausserordentlichen Generalversammlung, und zwar bis spätestens am 5. Dezember 2023 (act. 1 Rz. 8; act. 3/6). Der Verwaltungsrat reagierte auf beide Schreiben nicht. Insbesondere berief er keine ausserordentliche Generalversammlung ein (act. 1 Rz. 8 f.).

4. Voraussetzungen der gerichtlichen Einberufung einer Generalversammlung

4.1. Rechtliches

4.1.1. Aktionäre, die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen einer Gesellschaft, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, vertreten, können schriftlich unter Angabe der Verhandlungsgegenstände und Anträge die Einberufung einer Generalversammlung verlangen (Art. 699 Abs. 3 Ziff. 2 und Abs. 4 OR). Entspricht der Verwaltungsrat dem Begehren nicht innert angemessener Frist, längstens aber innert 60 Tagen, hat das Gericht auf Antrag der Gesuchsteller die Einberufung anzuordnen (Art. 699 Abs. 5 OR).

4.1.2. Bei der Beurteilung eines Einberufungsgesuchs gestützt auf Art. 699 Abs. 5 OR sind nur formelle Fragen zu prüfen, d.h. ob die Gesuchsteller Aktionäre sind, die Voraussetzungen von Art. 699 Abs. 3 OR erfüllt sind und ein rechtsgenügliches Einberufungsbegehren an den Verwaltungsrat gestellt wurde, dem innert angemessener Frist nicht entsprochen wurde. Das Gericht unterzieht das Einberufungs- und Traktandierungsbegehren keiner materiellen Prüfung. Die gerichtli-

che Einberufung gestützt auf Art. 699 Abs. 5 OR ist eine rein formelle Massnahme, die inhaltlich weder die Generalversammlung noch das Gericht bindet, das über die Anfechtung von Beschlüssen entscheidet, die an der auf richterliche Anordnung hin einberufene Versammlung gefasst worden sind. Das Gericht 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. Das Gericht hat somit einem Einberufungs- und Traktandierungsbegehren nicht stattzugeben, wenn dieses offensichtlich missbräuchlich oder schikanös ist (zum Ganzen BGE 142 III 16 E. 3.1).

4.2. Würdigung

4.2.1. Die Gesuchsteller haben mit einer Beteiligung von gemeinsam 66.67% des Aktienkapitals das Recht, gestützt auf Art. 699 Abs. 3 Ziff. 2 OR die Einberufung einer Generalversammlung der Gesuchsgegnerin zu verlangen. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2023 haben die Gesuchsteller dieses Recht in einer Art. 699 Abs. 4 OR entsprechenden Weise geltend gemacht, mithin vom Verwaltungsrat schriftlich unter Angabe von Verhandlungsgegenstand und Antrag die Einberufung einer Generalversammlung verlangt. Mit Schreiben vom 29. November 2023 haben sie dieses Ersuchen wiederholt. Nichtsdestotrotz hat der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin keine ausserordentliche Generalversammlung einberufen.

4.2.2. Was den zeitlichen Aspekt im Besonderen anbelangt, verging zwischen der am 30. Oktober 2023 erfolgten Zustellung des ersten Schreibens an die Gesuchsgegnerin und der am 6. Dezember 2023 erfolgten Einreichung des vorliegend zu beurteilenden Gesuchs über ein Monat. Die in Art. 699 Abs. 5 OR vorgesehene Frist von 60 Tagen ist eine Maximalfrist. Geht es, wie vorliegend, um eine Gesellschaft mit wenigen Aktionären und um eine Generalversammlung mit wenig komplexen Themen, wie beispielsweise Wahlen, kann grundsätzlich nicht diese

Maximalfrist beansprucht werden (BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 38). Im vorliegenden Fall ist vielmehr davon auszugehen, dass der Verwaltungsrat dem Einberufungsersuchen der Aktionäre nicht innert angemessener Frist entsprochen hat, indem er über einen Monat nicht auf das Schreiben vom 27. Oktober 2023 reagiert hat. Umso mehr gilt dies, als der Verwaltungsrat weder in diesem Verfahren noch – soweit ersichtlich – in vorprozessualer Korrespondenz Gründe dargetan hat, warum ihm eine Einberufung innert kurzer Frist nicht möglich sein sollte.

4.2.3. Zusammenfassend sind die Voraussetzungen zur gerichtlichen Durchsetzung des Einberufungsrechts gegeben. Anzeichen für ein offensichtlich missbräuchliches Begehren sind keine ersichtlich. Das Gesuch ist gutzuheissen. Entsprechend ist die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, innerhalb von 10 Tagen ab Zustellung des vorliegenden Urteils per eingeschriebenem Brief eine ausserordentliche Generalversammlung mit den oben erwähnten Traktanden nach den Vorschriften von Art. 700 OR einzuberufen. Die beantragte Frist von 10 Tagen (Rechtsbegehren Ziff. 1) scheint angesichts des Interesses der Gesuchsteller an einer zeitnahen Durchführung einer Generalversammlung angemessen, jedoch nicht ab Urteilsdatum sondern ab Zustellung (bzw. Zustellungsfiktion) an die Gesuchsgegnerin. Innert dieser Frist hat die Gesuchsgegnerin die Einladung zur Generalversammlung an ihre Aktionäre zu versenden. Weitere zeitliche Vorgaben wurden nicht beantragt.

5. Vollstreckung

Für den Fall, dass die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung innert der erwähnten Frist unterlassen wird, sind schon im vorliegenden Urteil Vollstreckungsmassnahmen anzuordnen (Art. 236 Abs. 3 ZPO). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann das Gericht nicht nur den Verwaltungsrat anweisen, eine Generalversammlung einzuberufen, sondern die Generalversammlung – insbesondere wenn Gefahr in Verzug ist – selbst einberufen (BGE 132 III 555 E. 3.4.3.2). Entsprechendes wurde vorliegend aber nicht beantragt bzw. dargetan. Vielmehr beantragen die Gesuchsteller, dass bei Unterlassung der Einberufung durch den Verwaltungsrat der Notar des Notariatskreises L. _____-Zürich mit der Einberufung, Durchführung und Protokollierung der Generalversammlung zu be-

auftragen sei (Rechtsbegehren Ziff. 2). Solche Anordnungen werden zwar in der Lehre für möglich gehalten (BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 45; VON DER CRONE/KESSLER, Die Leitung der Generalversammlung, SZW 2004, 6) und wurden auch schon vom hiesigen Gericht ausgesprochen (z.B. Verfügung und Urteil des Handelsgerichts ZH HE130173 vom 10. September 2013, ZR 113/2014 Nr. 30, E. 5.4-5.6). Wie aber die jüngere Praxis des hiesigen Gerichts festhält, ist keine gesetzliche Grundlage für eine entsprechende Verpflichtung der Notariatsperson ersichtlich (Urteil des Handelsgerichts ZH HE220014 vom 16. März 2022 E. 4.4; Urteil des Handelsgerichts ZH HE220074 vom 29. August 2022 E. 4). Daher ist für den Fall der Untätigkeit der Gesuchsgegnerin vielmehr eine anderweitige Ersatzvornahme (vgl. Art. 343 Abs. 1 lit. e ZPO) anzuordnen, womit die Vollstreckung mit dem vorliegenden Urteil bereits angeordnet ist und sich ein separates Vollstreckungsverfahren erübrigen würde. Sollte eine Ersatzvornahme notwendig werden, würde das Einzelgericht im Rahmen einer Nachtragsverfügung einen noch zu bezeichnenden Anwalt bzw. eine noch zu bezeichnende Anwältin beauftragen, die Generalversammlung einzuberufen und durchzuführen, wobei die erwartenden Kosten gemäss Art. 98 ZPO von den Gesuchstellern zu bevorschussen (BSK ZPO-ZINSLI, Art. 343 N 8b, 31), schliesslich aber von der säumigen Gesuchsgegnerin zu tragen wären. Ein entsprechender Antrag bei unterbliebener Einladung wäre umgehend von den Gesuchstellern im vorliegenden Verfahren zu stellen. Zu diesem Zweck würde es ferner an den Gesuchstellern liegen, die Adressen der übrigen Aktionäre der Gesuchsgegnerin zu bezeichnen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Dieser Grundsatz ist auch vorliegend anzuwenden. Von der im Hauptstandpunkt beantragten (Rechtsbegehren Ziff. 3, act. 1 Rz. 24 f.) Kostenauflage zu Lasten der im vorliegenden Verfahren nicht angehörtten Mitglieder des Verwaltungsrats der Gesuchsgegnerin ist abzusehen, zumal allfällige Ersatzansprüche der Gesellschaft unberührt bleiben.

6.2. Wie die Gesuchsgegnerin zutreffend ausführt (act. 1 Rz. 2), beläuft sich der Streitwert auf CHF 68'000.–. Bei diesem Streitwert ist die Gerichtsgebühr un-

ter Berücksichtigung einer Reduktion wegen der summarischen Natur des Verfahrens (§ 8 Abs. 2 GebV OG) auf CHF 5'000.00 festzusetzen. Die Kosten sind der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken. Der Gesuchstellerin ist das Rückgriffsrecht auf die Gesuchsgegnerin einzuräumen.

6.3. Die Prozessentschädigung ist – unter Berücksichtigung des antragsgemäss zuzusprechenden Mehrwertsteuerzuschlags (vgl. Kreisschreiben des Obergerichts vom 17. Mai 2006) – auf CHF 5'500.00 (inkl. MWST) festzusetzen (§§ 4 und 9 AnwGebV).

Die Einzelrichterin erkennt:

1. Das Gesuch wird gutgeheissen. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, innert 10 Tagen ab Zustellung (bzw. Zustellungsfiktion) des Urteils eine Generalversammlung per eingeschriebenem Brief an die im Aktienbuch verzeichneten Aktionäre, insbesondere die Gesuchsteller, unter Angabe von Ort und Zeit, einzuberufen und diese durchzuführen, und zwar mit folgendem Traktandum:

Wahl von zusätzlichen Mitgliedern in den Verwaltungsrat

Beschlussantrag: Wahl von folgenden Personen in den Verwaltungsrat:

1. B._____, von F._____, in G._____;
 2. A._____, von H._____, in I._____ (GE);
 3. C._____, von F._____, in F._____;
 4. D._____, von J._____, in K._____.
2. Für den Fall der Unterlassung der Einberufung innert der in Dispositiv-Ziffer 1 definierten Frist 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 5'000.–.
4. Die Kosten werden der Gesuchsgegnerin auferlegt und aus dem von den Gesuchstellern geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die der Gesuchsgegnerin auferlegten Kosten wird den Gesuchstellern das Rückgriffsrecht auf die Gesuchsgegnerin eingeräumt.
5. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von CHF 5'500.– (inkl. MWST) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und 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.–.

Zürich, 11. Januar 2024

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Severin Harisberger