

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF240013-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin MLaw S. Ursprung

Beschluss und Urteil vom 5. Februar 2024

in Sachen

A. _____ LLC,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____ und / oder Rechtsanwältin MLaw X2. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter,

betreffend **vorsorgliche Massnahme**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. Januar 2024 (ET240002)

Erwägungen:

I.

Prozessgeschichte

1.1. Mit Eingabe vom 25. Januar 2024 (persönlich überbracht) stellte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Berufungsklägerin) beim Einzelgericht Zürich, Audienz (nachfolgend: Vorinstanz), ein Begehren um vorsorgliche Massnahmen gegen den Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Berufsbeklagter; act. 1). Sie verlangte insbesondere, der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, an der Generalversammlung vom 9. Februar 2024 C._____ als Mitglied des Verwaltungsrates der D._____ AG für das Geschäftsjahr 2022 zu bestätigen bzw. wiederzuwählen. Mit Verfügung vom 25. Januar 2024 trat die Vorinstanz auf das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen mangels Zuständigkeit nicht ein (act. 4 = act. 8 = act. 11, nachfolgend act. 8). Mit Eingabe vom 29. Januar 2024 (überbracht um 13:15 Uhr) stellte die Berufungsklägerin beim Handelsgericht Zürich, Einzelgericht, ebenfalls ein Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei mit den gleichlautenden Rechtsbegehren, worauf das Handelsgericht mit Verfügung vom 30. Januar 2024 mangels sachlicher Zuständigkeit ebenfalls nicht eintrat (HE240009; act. 10/5).

1.2. Mit Eingabe vom 2. Februar 2024 (überbracht) erhob die Berufungsklägerin Berufung gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 25. Januar 2024 (act. 9). Sie stellt folgende Rechtsbegehren und Anträge (act. 9 S. 2 f.):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 25. Januar 2024 (Geschäfts-Nr. ET240002-L) sei aufzuheben.
2. Der Gesuchsgegner/Berufungsbeklagte sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu befehlen, C._____ als Mitglied des Verwaltungsrates zu bestätigen bzw. wiederzuwählen, insbesondere im Rahmen der ordentlichen Generalversammlung der D._____ AG für das Geschäftsjahr 2022 vom Februar 2024;

3. Dem Gesuchsgegner/Berufungsbeklagten sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu befehlen, in einer allfälligen Vollmacht betreffend die Stimmabgabe die Weisung zu erteilen, der Wiederwahl von C._____ als Mitglied des Verwaltungsrats der D._____ AG zuzustimmen, insbesondere anlässlich der ordentlichen Generalversammlung der D._____ AG für das Geschäftsjahr 2022 vom Februar 2024;
4. Dem Gesuchsgegner/Berufungsbeklagten sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu verbieten, C._____ als Mitglied des Verwaltungsrates der D._____ AG abzuwählen oder sich anlässlich der Wiederwahl von C._____ als Mitglied des Verwaltungsrats der D._____ AG seiner Stimme zu enthalten, anlässlich der ordentlichen Generalversammlung der D._____ AG für das Geschäftsjahr 2022 vom 9. Februar 2024;
5. Eventualiter sei die Sache zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchsgegners / Berufungsbeklagten.

Formelle Anträge

1. Der Gesuchsgegner/Berufungsbeklagte sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu befehlen, C._____ als Mitglied des Verwaltungsrates anlässlich der ordentlichen Generalversammlung der D._____ AG für das Geschäftsjahr 2022, welche gegenwärtig für den 9. Februar 2024 angesetzt ist, zu bestätigen bzw. wiederzuwählen;
2. Dem Gesuchsgegner/Berufungsbeklagten sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu befehlen, in einer allfälligen Vollmacht betreffend die Stimmabgabe anlässlich der ordentlichen Generalversammlung der D._____ AG für das Geschäftsjahr 2022, welche gegenwärtig für den 9. Februar 2024

angesetzt ist, die Weisung zu erteilen, der Wiederwahl von C. _____ als Mitglied des Verwaltungsrats der D. _____ AG zuzustimmen;

3. Dem Gesuchsgegner/Berufungsbeklagten sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Wiederhandlungsfalle zu verbieten, sich anlässlich der Wiederwahl von C. _____ als Mitglied des Verwaltungsrats der D. _____ AG anlässlich der ordentlichen Generalversammlung der D. _____ AG für das Geschäftsjahr 2022, welche gegenwärtig für den 9. Februar 2024 angesetzt ist, seiner Stimme zu enthalten oder Wiederwahl von C. _____ als Mitglied des Verwaltungsrats der D. _____ AG abzulehnen;
4. Die Anordnungen gemäss Antrag Ziff. 1-3 seien **superprovisorisch** und ohne Anhörung des Gesuchsgegners/Berufungsbeklagten zu erlassen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners/Berufungsbeklagten."

2. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–6). Zudem wurde von Amtes wegen ein Handelsregisterauszug der Einzelunternehmung des Berufungsbeklagten beigezogen (act. 12). Mit dem Erlass des vorliegenden Entscheids wird das Gesuch um Erlass von superprovisorischen Massnahmen obsolet bzw. ist auf dieses nicht einzutreten. Auf weitere prozessleitende Anordnungen wurde verzichtet. Die Sache erweist sich als spruchreif.

II.

Prozessuale Vorbemerkungen

1. Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind in vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit Berufung anfechtbar, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 2 ZPO). Ausgehend von der von der Berufungsklägerin nicht bestrittenen Erwägung der Vorinstanz, wonach das von der Berufungsklägerin getätigte Investment Fr. 2 Mio. betrage und die D. _____ AG über ein Aktienkapital von Fr. 168'706.66 verfüge, woran die Berufungsklägerin ge-

mäss eigener Darstellung einen Anteil von 31,66% hält, ist der Streitwert für die Berufung ohne Weiteres gegeben (act. 8 E. 2.4.; act. 9 Rz. 12 und 51).

2. Die Berufung ist in summarischen Verfahren innerhalb der zehntägigen Rechtsmittelfrist schriftlich, begründet und mit Rechtsmittelanträgen versehen einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Die Berufung wurde rechtzeitig, mit Rechtsmittelanträgen und einer Begründung bei der Kammer als zuständiger Rechtsmittelinstanz eingereicht, womit dem Eintreten auf die Berufung nichts entgegensteht (act. 9, vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 5).

3. Im Berufungsverfahren kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit des vorinstanzlichen Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Da die Berufungsinstanz über eine uneingeschränkte Prüfungsbefugnis in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung, verfügt (BGer, 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1), kann sie die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. BGer, 4A_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Nachfolgend ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als diese für die Entscheidungsfindung erforderlich sind.

III.

Zur Berufung im Einzelnen

1. Ausgangslage

1.1. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, es handle sich vorliegend um eine Streitigkeit aus einem Aktionärsbindungsvertrag. Dabei handle es sich gemäss gefestigter kantonaler Praxis um eine Streitigkeit nach Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO, wofür der Kanton Zürich das Handelsgericht zuständig erklärt habe, soweit der

Streitwert Fr. 30'000.– übersteige (§ 44 lit. b GOG). Gestützt darauf trat sie mangels sachlicher Zuständigkeit nicht auf das Gesuch der Berufungsklägerin ein (act. 8 E. 2).

1.2. Die Berufungsklägerin wendet dagegen zusammengefasst ein, die vorerwähnte Auffassung der Vorinstanz sei unzutreffend. Es handle sich bei Streitigkeiten aus Aktionärsbindungsverträgen nach herrschender Lehre gerade nicht um eine Streitigkeit aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften im Sinne von Art. 6 Abs. 4 ZPO (act. 9 Rz. 39 ff.). Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben, zumal die Vorinstanz aus einem anderen Grund nicht zuständig war, wie nachfolgend zu zeigen ist.

2. Sachliche Zuständigkeit

2.1. Das Gericht tritt auf ein Gesuch ein, wenn die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, wozu namentlich die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes gehört (Art. 59 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b ZPO). Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, prüft das Gericht von Amtes wegen (Art. 60 ZPO).

2.2. Nach Art. 6 Abs. 1 ZPO können die Kantone ein Fachgericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig ist. Eine Streitigkeit gilt als handelsrechtlich, wenn (lit. a) die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist; (lit. b) gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht; und (lit. c) die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind (Art. 6 Abs. 2 ZPO). Gemäss § 44 lit. b GOG ist im Kanton Zürich für Streitigkeiten im Sinne von Art. 6 Abs. 2 ZPO, deren Streitwert mindestens Fr. 30'000.– beträgt, das Handelsgericht als einzige Instanz zuständig. Gemäss § 45 lit. b GOG i.V.m. Art. 6 Abs. 5 ZPO ist das Handelsgericht sodann für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen als einzige Instanz zuständig, sofern die Hauptsache handelsrechtlicher Natur i.S.v. Art. 6 Abs. 2 ZPO ist (BGE 137 III 563 E. 3.4.).

2.3. Gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO müssen die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sein.

Der Berufungsbeklagte ist im schweizerischen Handelsregister als Inhaber des Einzelunternehmens E. _____ eingetragen (vgl. act. 12). Natürliche Personen sind der Handelsgerichtsbarkeit unterworfen, wenn sie mit ihrem Einzelunternehmen gemäss Art. 945 OR i.V.m. Art. 934 OR im Handelsregister eingetragen sind (statt vieler BSK ZPO-VOCK/NATER, 3. Aufl. 2017, Art. 6 N 12 m.w.H.).

Handelsregistereinträge stellen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung offenkundige, allgemein notorische Tatsachen im Sinne von Art. 151 ZPO dar, womit die Gerichte auf solche offenkundigen Tatsachen abstellen können, ohne dass sie behauptet oder bewiesen werden müssen (BGer, 4A_385/2021 vom 13. Januar 2022, E. 6.5; 5A_606/2019 vom 3. Dezember 2019, E. 3.2.; 4A_510/2018 vom 7. Mai 2019, E. 5.3; 4A_412/2011 vom 4. Mai 2012, E. 2.2 m.w.H.). Der Eintrag ist für die Prozessparteien und das Gericht wegen seiner konstitutiven Wirkung verbindlich. Vom Gesetz wird nicht gefordert, dass die natürliche Person im Rahmen der fraglichen Rechtsbeziehung unter der Firma der Einzelunternehmung aufgetreten ist. Für die Begründung der Zuständigkeit des Handelsgerichts ist einzig der tatsächliche Eintrag ins Handelsregister massgebend, so dass selbst ungerechtfertigte Einträge die Zuständigkeit des Handelsgerichts begründen (BK ZPO-BERGER, Bern 2012, Art. 6 N 10 und 18; BSK ZPO-VOCK/NATER, a.a.O., Art. 6 N 12; BGE 142 III 96 E. 3.3 ff.).

Der Umstand, dass der Berufungsbeklagte als Einzelunternehmer im Handelsregister eingetragen ist, muss damit als gerichtsnotorische Tatsache von Amtes wegen berücksichtigt werden. Angesichts der zentralen Bedeutung des Handelsregistereintrags für die Begründung der Zuständigkeit mussten die Parteien damit rechnen, dass sich dieser Umstand auf den Entscheid auswirkt, so dass es sich erübrigt, sie im Rechtsmittelverfahren dazu anzuhören.

Die Berufungsklägerin ist eine nach dem Recht des US-Bundesstaates F. _____ inkorporierte Gesellschaft und damit in einem vergleichbaren ausländischen Han-

delsregister eingetragen (act. 10/6–7, act. 9 Rz. 49; zu einer im kalifornischen Unternehmensregister eingetragenen Gesellschaft vgl. HG150171 vom 2. Mai 2016, E. 1.1.2.). Dies genügt, um gestützt auf Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO die erste Voraussetzung der zwingenden Zuständigkeit des Handelsgerichts zu bejahen.

2.4. Zu prüfen ist weiter, ob im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist (dazu statt vieler OGer ZH, LB150074 vom 25. Januar 2016, E. 3.5 m.w.H.; BGE 138 III 694 E. 2.3). Die geschäftliche Tätigkeit umfasst sowohl die Grundgeschäfte als auch Hilfs- und Nebengeschäfte, die dazu bestimmt sind, die Geschäftstätigkeit zu fördern oder zu unterstützen (BGE 139 III 457 E. 3.2). Primärer Anknüpfungspunkt ist nicht die Natur des Anspruches, sondern der geschäftliche Bezug des Streitgegenstandes. Ist umstritten, ob die Streitigkeit die Geschäftstätigkeit einer Partei betrifft, hat das Gericht auf den Tatsachenvortrag der klagenden Partei abzustellen (BK ZPO-BERGER, a.a.O., Art. 6 N 22 ff.).

In der vorliegenden Auseinandersetzung geht es um die Einhaltung eines Aktionärsbindungsvertrags, welcher zwischen der Berufungsklägerin und dem Berufungsbeklagten geschlossen wurde. Der Vertragsschluss erfolgte gemäss Darstellung der Berufungsklägerin aufgrund eines substantiellen Investments der Berufungsklägerin in eine schweizerische Firma, die D._____ AG, welche die Führung eines Ingenieurbüros für ... bezweckt. Der Berufungsbeklagte ist ebenfalls Aktionär der D._____ AG sowie deren CEO und Verwaltungsratspräsident (act. 9 Rz. 18 f. und 48). Auch die Einzelfirma des Berufungsbeklagten bezweckt das Führen eines Ingenieurbüros für ... (vgl. act. 12). Damit ist offensichtlich, dass vorliegend die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer, wenn nicht beider Parteien betroffen ist.

2.5. Sodann steht vorliegend ausser Frage, dass der Streitwert die gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO erforderliche Schwelle von Fr. 30'000.– erreicht, ab welcher gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offensteht. Damit sind sämtliche Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO erfüllt.

2.6. Zwar hat das Handelsgericht Zürich seine Zuständigkeit in seinem Entscheid vom 30. Januar 2024 gestützt auf Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO verneint (act. 10/5 E. 3.e). Dabei wurden jedoch die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO, insbesondere das Vorliegen eines (gerichtsnotorischen) Handelsregistereintrags des Berufungsbeklagten, offenbar nicht berücksichtigt (act. 10/5 E. 3.a). Angesichts dessen kann nicht darauf abgestellt werden.

3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass vorliegend gestützt auf Art. 6 Abs. 2 und 5 ZPO i.V.m. § 44 lit. b und § 45 lit. b GOG eine handelsrechtliche Streitigkeit in ausschliesslicher Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich vorliegt und das Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich als Vorinstanz damit im Ergebnis zutreffend seine sachliche Zuständigkeit verneint und auf das Gesuch der Berufungsklägerin nicht eingetreten ist.

4. Aufgrund des Gesagten erweist sich die Berufung als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Auf den Antrag der Berufungsklägerin auf superprovisorischen Erlass vorsorglicher Massnahmen ist entsprechend nicht einzutreten.

IV.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss wird die Berufungsklägerin kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Angesichts dessen, dass das Handelsgericht seine Zuständigkeit nicht bejaht hat und damit ein von der Berufungsklägerin nicht (ausschliesslich) zu verantwortender negativer Kompetenzkonflikt vorliegt, ist ausnahmsweise auf die Erhebung von Gerichtskosten zu verzichten bzw. sind diese Kosten auf die Staatskasse zu nehmen.

2. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Der Berufungsklägerin nicht, weil sie mit ihrer Berufung unterliegt, dem Berufungsbeklagten nicht, weil ihm keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Auf den Antrag der Berufungsklägerin auf superprovisorischen Erlass von vorsorglichen Massnahmen wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich, Audienz, vom 25. Januar 2024 bestätigt.
2. Die Gerichtskosten werden auf die Staatskasse genommen.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 9 und 10 sowie an das Bezirksgericht Zürich, Audienz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw S. Ursprung

versandt am: