

HSU.2021.14 / as / as

Entscheid vom 17. Mai 2021

Besetzung Oberrichter Vetter, Vizepräsident
 Gerichtsschreiber Schneuwly

Gesuchstellerin **G. Investments Inc.**, _____
 vertreten durch lic. iur. Christian Brunner, Rechtsanwalt, Her-
 zogstrasse 14, 8044 Zürich

Gesuchsgegne-
rin **F. AG**, _____
 vertreten durch lic. iur. Giuseppe Mongiovì, Rechtsanwalt, Stadelhofer-
 strasse 33, Postfach 5, 8024 Zürich

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend Nichtigkeit von GV- und VR-Be-
 schlüssen

Der Vizepräsident entnimmt den Akten:

1.

Die Gesuchstellerin ist eine Gesellschaft panamaischen Rechts mit Sitz in Panama City, Panamá (Gesuchsbeilage [GB] 1).

2.

Die Gesuchsgegnerin ist eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in W. (AG). Sie bezweckt [...] (GB 5).

3.

Mit Gesuch vom 29. März 2021 (Postaufgabe gleichentags) stellte die Gesuchstellerin folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Bis zum Abschluss des vorliegenden Verfahrens in der Hauptsache [vgl. HOR.2021.17] sei der Beklagten mit sofortiger Wirkung zu untersagen, künftige und vergangene General- oder Universalversammlungsbeschlüsse, welche ohne Teilnahme der Klägerin gefasst wurden und welche eine Kapitalerhöhung und/oder die Ausgabe neuer Aktien vorsehen, insbesondere auch die gemäss Ziffer 3a ihrer angeblichen Statuten genehmigte Kapitalerhöhung, anzuerkennen, durchzuführen und/oder beim Handelsregisteramt anzumelden.

2.

Bis zum Abschluss des vorliegenden Verfahrens in der Hauptsache sei der Beklagten mit sofortiger Wirkung zu untersagen, die Zustimmung zur Übertragung ihrer Aktien zu erteilen und die angeblichen neuen Eigentümer im Aktienbuch einzutragen.

3.

Der Beklagten sowie den für sie handelnden Organen sei für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die Befehle oder Verbote gemäss Ziff. 1–2 hiervor die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Busse) sowie eine Ordnungsbusse von CHF 1'000.00 für jeden Tag der Zuwiderhandlung anzudrohen.

4.

Die Kosten des Massnahmeverfahrens seien zur Hauptsache zu schlagen."

4.

Mit Antwort vom 3. Mai 2021 stellte die Gesuchsgegnerin folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Es sei auf das Gesuch nicht einzutreten.

2.

Eventualiter sei das Gesuch abzuweisen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten von Rechtsanwalt Christian Brunner, eventualiter zulasten der angeblichen Gesuchstellerin, jedenfalls nicht zulasten der Gesuchsgegnerin."

und folgende prozessuale Anträge:

- " 1. Es sei das Verfahren vorerst auf die Frage der rechtmässigen Vertretung der angeblichen Gesuchstellerin durch Rechtsanwalt Christian Brunner zu beschränken.
2. Es seien die Akten der Verfahren vor Handelsgericht Aargau HSU.2017.62, HSU.2017.67, HOR.2017.38 und HOR.2017.39 beizuziehen."

5. Mit Eingabe vom 7. Mai 2021 reichte der Rechtsvertreter der Gesuchsgegnerin eine aktualisierte Vollmacht ein.

Der Vizepräsident zieht in Erwägung:

1. Zuständigkeit

Das Gericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 60 ZPO). Darunter fallen insbesondere die örtliche und die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO).

1.1. Hauptsache

Vorliegend geht es in der Hauptsache um die Feststellung, dass gewisse Generalversammlungs- bzw. Verwaltungsratsbeschlüsse der Gesuchsgegnerin nichtig seien (Rechtsbegehren Ziff. 1–2 und 4 der Klage [HOR.2021.17]). Ferner geht es um die Feststellung, dass ausgegebene Stimmrechtsaktien nichtig seien (Rechtsbegehren Ziff. 3 der Klage [HOR.2021.17]) sowie um die Verpflichtung der Beklagten, die Klägerin als Namenaktionärin der 3'000 Namenaktien zu je Fr. 1'000.00 in das Aktienbuch der Beklagten einzutragen (Rechtsbegehren Ziff. 5 der Klage [HOR.2021.17]).

1.2. Internationale Zuständigkeit

Da die Gesuchstellerin ihren Sitz in Panamá und die Gesuchsgegnerin ihren Sitz in der Schweiz haben, besteht ein internationaler Sachverhalt.¹ Die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte beurteilt sich deshalb nach den Bestimmungen des IPRG. Vorbehalten bleiben gemäss Art. 1 Abs. 2 IPRG jedoch völkerrechtliche Verträge, wie das LugÜ.

¹ Vgl. BGE 135 III 185 E. 3.1, 131 III 76 E. 2.3.

1.2.1. Hauptsache

Für Klagen, welche die Gültigkeit bzw. die Nichtigkeit der Beschlüsse der Organe einer Gesellschaft zum Gegenstand haben, sind ausschliesslich die Gerichte des durch das LugÜ gebundenen Staates, in dessen Hoheitsgebiet die Gesellschaft ihren Sitz hat, zuständig (Art. 22 Ziff. 2 LugÜ).² Art. 22 LugÜ ist auch anwendbar, wenn die Gesuchstellerin ihren Sitz in keinem LugÜ-Vertragsstaat hat.³

Bei der Entscheidung darüber, wo der Sitz sich befindet, wendet das Gericht die Vorschriften seines internationalen Privatrechts an (Art. 22 Ziff. 2 LugÜ). Gemäss Art. 21 Abs. 2 IPRG gilt als Sitz einer Gesellschaft der in den Statuten oder im Gesellschaftsvertrag bezeichnete Ort, fehlt ein solcher, am Ort, wo die Gesellschaft tatsächlich verwaltet wird.

Die Gesuchsgegnerin hat ihren statutarischen Sitz in W., AG (GB 5). Da es in der Hauptsache um die Gültigkeit bzw. Nichtigkeit von Organbeschlüssen der Gesuchsgegnerin geht, sind ausschliesslich die Gerichte der Schweiz zuständig. Die internationale Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte ist für die Hauptsache daher gegeben.

1.2.2. Vorsorgliche Massnahmen

Im Anwendungsbereich des LugÜ kann vor Einleitung des Hauptsachenverfahrens jedes Hauptsachengericht uneingeschränkt seine Zuständigkeit auch für vorsorgliche Massnahmen erklären und uneingeschränkt solche Massnahmen erlassen, selbst wenn die Hauptsache später vor ein anderes Hauptsachengericht getragen wird.⁴

Damit besteht vorliegend für den Erlass vorsorglicher Massnahmen eine internationale Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte.

1.3. National-örtliche Zuständigkeit

1.3.1. Hauptsache

Gemäss Art. 151 Abs. 1 IPRG sind die schweizerischen Gerichte am Sitz der Gesellschaft für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten gegen die Gesellschaft zuständig, worunter die Nichtigkeitsklage von Generalversammlungs- und Verwaltungsratsbeschlüssen fällt.⁵

Da sich der Sitz der Gesuchsgegnerin in W., AG, befindet, sind die aargauischen Gerichte national-örtlich für die Hauptsache zuständig.

² BSK LugÜ-GÜNGERICH, 2. Aufl. 2016, Art. 22 N. 43.

³ BSK LugÜ-GÜNGERICH (Fn. 2), Art. 22 N. 7; SHK LugÜ-MÜLLER, 2. Aufl. 2011, Art. 22 N. 64.

⁴ BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, 2. Aufl. 2016, Art. 31 N. 118 m.w.N.

⁵ BSK IPRG-EBERHARD/VON PLANTA, 4. Aufl. 2020, Art. 151 N. 8.

1.3.2. Vorsorgliche Massnahmen

Die national-örtliche Massnahmenzuständigkeit bestimmt sich nach Art. 10 IPRG.⁶ Danach sind die schweizerischen Gerichte, die in der Hauptsache zuständig sind oder am Ort, wo die Massnahme vollstreckt werden soll, national-örtlich zuständig.⁷

Vorliegend sind die aargauischen Gerichte national-örtlich für die Hauptsache zuständig. Entsprechend sind die aargauischen Gerichte national-örtlich auch für die vorsorglichen Massnahmen zuständig.

1.4. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters am Handelsgericht für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ergibt sich aus Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 5 ZPO i.V.m. § 12 Abs. 1 lit. a und § 13 Abs. 1 lit. a EG ZPO. Das Handelsgericht ist zuständig, da in der Hauptsache über eine Nichtigkeitsklage von Generalversammlungsbeschlüssen sowie über eine Nichtigkeitsklage von Verwaltungsratsbeschlüssen, alles Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften (Aktiengesellschaft), zu entscheiden sein wird.⁸ Der Einzelrichter ist zuständig, da über die vorsorglichen Massnahmen im Summarverfahren zu entscheiden ist (Art. 248 lit. d ZPO).

2. Vollmacht

2.1. Parteibehauptungen

2.1.1. Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin behauptet, KA und seine beiden Söhne PA und GA seien zu je einem Drittel Eigentümer der Aktien der Gesuchstellerin (Gesuch Rz. 2). Gestützt auf die Generalvollmacht vom 20. November 2015 seien sie jeweils mit Kollektivzeichnungsberechtigung zu zweien berechtigt, die Gesuchstellerin zu vertreten (Gesuch Rz. 3; GB 3). Gestützt auf diese Generalvollmacht hätten die beiden Söhne von KA, PA und GA, Rechtsanwalt lic. iur. Christian Brunner bevollmächtigt, die Rechte der Gesuchstellerin zu vertreten (Gesuch Rz. 3; GB 4).

2.1.2. Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass die beiden Söhne von KA, PA und GA, berechtigt seien, die Gesuchstellerin gestützt auf die Generalvollmacht vom 20. November 2015 (GB 3) mit Kollektivzeichnungsrecht zu vertreten (Antwort Rz. 6 f.). Die Gesuchstellerin könne die Beweiskraft des "Certificado Publico de Panamá" vom 10. Mai 2017 nicht entkräften (Antwort Rz. 13). Dieses Zertifikat sei auch im vorliegenden Verfahren massgebend. Nur die darin aufgeführten Personen seien berechtigt, die Gesuchstellerin

⁶ BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER (Fn. 4), Art. 31 N. 127 f.

⁷ BSK IPRG-DROESE, 4. Aufl. 2020, Art. 10 N. 9 ff. m.w.N.

⁸ Vgl. VETTER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl. 2016, Art. 6 N. 36 m.w.N.

zu vertreten (Antwort Rz. 14). Zudem sei die Generalvollmacht vom 20. November 2015 gültig widerrufen worden (Antwort Rz. 15). Die von Rechtsanwalt lic. iur. Christian Brunner eingereichten Vollmachten seien daher nicht gültig. Auf das Gesuch sei daher nicht einzutreten (Antwort Rz. 17).

2.2. Würdigung

Die von Rechtsanwalt lic. iur. Christian Brunner eingereichte Vollmacht datiert vom 24. März 2021 (GB 4) und ist damit aktuell. Sie wurde von PA und GA im Namen der Gesuchstellerin unterzeichnet.

Mit der Generalvollmacht vom 20. November 2015 (GB 3) wurde KA und seinen beiden Söhnen PA und GA je eine Vollmacht eingeräumt, mit Kollektivzeichnungsberechtigung zu zweien für die Gesuchstellerin zu handeln. Die Vollmacht von Rechtsanwalt lic. iur. Christian Brunner vom 24. März 2021 ist damit grundsätzlich gültig. Der angebliche Widerruf der Generalvollmacht vom 20. November 2015 an der Generalversammlung der Gesuchstellerin vom 10. Juni 2016 hat darauf keinen Einfluss, da dessen Wirkungen mit Entscheid des Juzgado Quinto de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá im Verfahren Nr. 118542-16 vom 21. und 24. Februar 2017 suspendiert wurden (vgl. Entscheid vom 25. Juni 2018 E. 2.4.1 [HOR.2017.38]).

Im Verfahren HOR.2017.38 war für das Handelsgericht entscheidend, dass die dortige Vollmacht der Rechtsanwälte lic. iur. M.K. und Dr. iur. M.W. mit Schreiben von V.S.R. vom 25. November 2016 widerrufen, deren vollmachtloses Handeln von der Gesuchstellerin nicht genehmigt und bisher keine neue Vollmacht ausgestellt worden sei (vgl. Entscheid vom 25. Juni 2018 E. 2.4 [HOR.2017.38]). Zudem hob das Bundesgericht mit Entscheid vom 5. Juni 2019 (4A_454/2018) das Urteil des Handelsgerichts im Verfahren HOR.2017.38 auf. Es hielt fest, auf den panamaischen Registereintrag könne das Handelsgericht nicht alleine abstellen.⁹ Somit ist dem Argument der Gesuchsgegnerin, der panamaische Registereintrag sei als besonderes Beweismittel i.S.v. Art. 179 ZPO anzuerkennen (Gesuch Rz. 8), der Boden entzogen.

Ein solcher Widerruf betreffend die von Rechtsanwalt lic. iur. Christian Brunner eingereichte Vollmacht (GB 4) liegt im vorliegenden Verfahren nicht vor. Zudem ist das vorliegende Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen aufgrund seiner Dringlichkeit schnell zu erledigen. Das langwierige Einholen eines Rechtsgutachtens betreffend die Frage, ob die Vollmacht von Rechtsanwalt lic. iur. Christian Brunner auch nach panamaischem Recht gültig ist bzw. die Vorfrage, ob die beiden Söhne von KA, PA und GA, Rechtsanwalt lic. iur. Christian Brunner nach panamaischem Recht gültig bevollmächtigt haben, steht dem entgegen. Es genügt daher,

⁹ BGer 4A_454/2018 vom 9. März 2017 E. 2.4.1. i.f.

wenn die Vertretung der Gesuchstellerin durch Rechtsanwalt lic. iur. Christian Brunner glaubhaft erscheint.

Demnach ist für das vorliegende Verfahren davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin gültig durch Rechtsanwalt lic. iur. Christian Brunner vertreten wird. Eine andere Beurteilung in den beiden Verfahren HOR.2017.38 und HOR.2021.17 bleibt vorbehalten.

3. Vorsorgliche Massnahmen

3.1. Ausgangslage

Mit superprovisorischer Verfügung vom 25. November 2016 entschied der Vizepräsident gestützt auf ein Gesuch der vorliegenden Gesuchstellerin, es sei glaubhaft, dass sie Alleinaktionärin der Gesuchsgegnerin sei (HSU.2016.101). Mit Entscheid vom 23. Dezember 2016 wurde das Verfahren HSU.2016.101 zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschlossen.

Mit Entscheid vom 9. März 2017 im Verfahren HSU.2017.14 erachtete der Vizepräsident demgegenüber – aufgrund der Präsentation der Originalzertifikate der Inhaberaktien der Gesuchsgegnerin durch den Rechtsvertreter von KA – die Alleinaktionärsstellung von KA an der Gesuchsgegnerin für glaubhaft (Entscheid vom 9. März 2017 E. 2.1.3).

Ausführlicher befasste sich der Vizepräsident mit der Frage, wer Aktionär der Gesuchsgegnerin ist, im Verfahren HSU.2017.67. Er erwog, es sei nicht klar, wie die Übertragung der Aktien der Gesuchsgegnerin von den bisherigen Eigentümern bzw. von KA, PA und GA, auf die Gesuchstellerin erfolgt sein soll. Es würden Tatsachenbehauptungen zu einem dem angeblichen Eigentumsübergang zugrundeliegenden Rechtsgeschäft (Grundgeschäft) fehlen, das den Schluss zuliesse, die Gesuchstellerin sei Eigentümerin der Aktien der Gesuchsgegnerin geworden. (Entscheid vom 21. September 2017 E. 6.1.3.2).

Im Verfahren HOR.2017.39 äusserte sich das Handelsgericht im Entscheid vom 21. November 2018 zwar nur eventualiter, aber ausführlich zur Frage, ob die Gesuchstellerin Eigentümerin der Aktien der Gesuchsgegnerin geworden ist. Es verneinte diese Frage wieder mit der Begründung, der Tatsachenvortrag der im Verfahren HOR.2017.39 gegen die Gesuchsgegnerin klagenden Söhne von KA, PA und GA, sei nicht schlüssig. Einerseits könne das Handelsgericht aufgrund der vorgebrachten Tatsachen nicht entscheiden, welches Recht zur Anwendung gelange. Andererseits würden es die behaupteten Tatsachen dem Handelsgericht nicht ermöglichen, eine Subsumtion vorzunehmen, wonach die Aktien der Gesuchsgegnerin letztlich durch Rechtsgeschäft auf die Gesuchstellerin übertragen worden wären (vgl. Entscheid vom 21. November 2018 E. 6.4.3). Immerhin wurde den beiden Söhnen von KA, PA und GA, im Verfahren HOR.2017.39 insofern zugestimmt, als der Besitz ihres Vaters an den umstrittenen Aktien nunmehr

zweideutig sei. Der Besitz von KA wurde sogar für fragwürdig erachtet. Letztlich konnte die Frage der Eigentumsvermutung nach Art. 930 ZGB bzw. nach Art. 689a Abs. 2 OR aber offengelassen werden (Entscheid vom 21. November 2018 E. 6.4.4 und 6.5.5).

Im vorliegenden Verfahren ist über die Frage zu entscheiden, ob die von der Gesuchstellerin beantragten vorsorglichen Massnahmen zu gewähren sind. Dafür hat die Gesuchstellerin glaubhaft zu machen, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO; sog. Hauptsachenprognose bzw. Verfügungsanspruch) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO; sog. Nachteilsprognose bzw. Verfügungsgrund). Ebenfalls vorausgesetzt ist eine zeitliche Dringlichkeit¹⁰ sowie die Verhältnismässigkeit der anzuordnenden vorsorglichen Massnahme.¹¹ Glaubhaft gemacht ist eine Behauptung, wenn der Richter von ihrer Wahrheit nicht völlig überzeugt ist, sie aber überwiegend für wahr hält, obwohl nicht alle Zweifel beseitigt sind. Für das Vorhandensein der behaupteten Tatsache müssen folglich gewisse Elemente sprechen, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sich diese nicht verwirklicht haben könnten.¹²

3.2. Vorfrage der Aktionärseigenschaft der Gesuchstellerin

Wie in den bisherigen Verfahren in dieser Streitsache, basiert auch im vorliegenden Verfahren die Argumentation der Gesuchstellerin auf der Annahme, sie sei Alleinaktionärin der Gesuchsgegnerin. Träfe diese Annahme nicht zu, könnte sie auch nicht glaubhaft machen, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten wäre. In diesem Fall würde es an einer positiven Hauptsachenprognose fehlen. Vorab ist daher zu prüfen, ob die Gesuchstellerin Aktionärin der Gesuchsgegnerin wurde.

3.2.1. Parteibehauptungen

3.2.1.1. Gesuchstellerin

3.2.1.1.1. Relevante Ausgangslage

Die Gesuchstellerin behauptet, es sei unbestritten, dass die Aktien der Gesuchsgegnerin ursprünglich im Eigentum des Vaters von KA bzw. dem Grossvater von PA und GA (PaA) gestanden hätten (Gesuch Rz. 38 und 209).

¹⁰ Vgl. hierzu HUBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 8), Art. 261 N. 17 ff. und Art. 265 N. 7 ff.; BSK ZPO-SPRECHER, 3. Aufl. 2017, Art. 261 N. 10 ff. und Art. 265 N. 6 ff.; ZÜRCHER in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 261 N. 5 ff.

¹¹ Vgl. HUBER (Fn. 10), Art. 261 N. 23; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 10), Art. 261 N. 10 ff.; ZÜRCHER (Fn. 10), Art. 261 N. 33 ff.

¹² BGE 130 III 321 E. 3.3; BÜHLER, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten, in: Fellmann/Weber, Tagungsband HAVE, Der Haftpflichtprozess, Tücken der gerichtlichen Schadenserledigung, 2006, S. 43; HUBER (Fn. 10), Art. 261 N. 25.

Zwar seien die genauen Umstände nach dem Tod von PaA (Grossvater) im Jahr 2001 heute – rund 20 Jahre später – nicht mehr im Detail nachvollziehbar (Gesuch Rz. 42). Es stehe jedoch fest und sei unbestritten, dass Nikolaos Farmakis die umstrittenen Aktien der Gesuchsgegnerin im Jahr 2001 im Hotel Baur au Lac in Zürich physisch an Nikolaos Gorgias, dem früheren Rechtsvertreter von KA übergeben habe. Über seinen Anwalt habe KA somit den Besitz an den Aktien der Gesuchsgegnerin erhalten (Gesuch Rz. 43; GB 14). Umstritten sei zwischen den Parteien bloss, ob KA sämtliche Aktien der Gesuchsgegnerin für sich in Besitz genommen habe oder ob KA nur einen Drittel für sich und die übrigen zwei Drittel für und anstelle seiner beiden Söhne PA und GA selbst in Besitz genommen habe, sodass diese je zu einem Drittel Aktionäre der Beklagten geworden seien (Gesuch Rz. 43 und 210; GB 14).

Der Einfachheit halber habe KA sämtliche Aktien der Gesuchsgegnerin mit Einverständnis seiner Söhne in seinem Bankdepot oder im Bankdepot einer seiner Gesellschaften oder Stiftungen für alle drei Familienmitglieder aufbewahrt. Die Aktien der Gesuchsgegnerin hätten daher immer in der Schweiz gelegen (Gesuch Rz. 48).

Da von keiner Seite behauptet worden sei, die Aktien der Gesuchsgegnerin hätten vor deren zwischen den Parteien strittigen Übertragung auf die Gesuchstellerin jemandem anderem gehört als KA allein bzw. ihm und seinen beiden Söhnen PA und GA zusammen, könne die Frage, wie die Eigentumsübertragungskette an den Aktien der Gesuchsgegnerin vor der Übertragung auf KA bzw. ihm und dessen beiden Söhnen aussehe, offengelassen werden (Gesuch Rz. 211 f.).

3.2.1.1.2. Besprechung vom 11. Oktober 2012

Am 11. Oktober 2012 hätten KA und seine beiden Söhne PA und GA in Athen anlässlich einer Besprechung mündlich und ausdrücklich die gleichberechtigte gemeinsame Beteiligung und Eigentümerschaft von allen dreien an der Gesuchsgegnerin als Partner vereinbart (Gesuch Rz. 51). Durch dieselbe Vereinbarung seien die drei zu je einem Drittel Eigentümer des einzigen Aktienzertifikats über die 1'000 Aktien der Gesuchstellerin geworden (Gesuch Rz. 52). Gleichzeitig hätten die drei mündlich die Übertragung der von ihnen zu je einem Drittel gehaltenen Aktien der Gesuchsgegnerin an die Gesuchstellerin vereinbart, womit die Gesuchstellerin alleinige Aktionärin der Gesuchsgegnerin geworden sei (Gesuch Rz. 53 und 56). Dies gelte selbst dann, wenn davon ausgegangen würde, dass vor 2012 KA einziger Aktionär der Gesuchsgegnerin und der Gesuchstellerin gewesen sei (Gesuch Rz. 55). Durch diese Vereinbarung vom 11. Oktober 2012 seien die heutigen Eigentums- und Aktionärsverhältnisse festgelegt worden (Gesuch Rz. 55). Zahlreiche Zeugen hätten die Vereinbarung vom 11. Oktober 2012 vor dem Landgericht Athen bestätigt (Gesuch Rz. 62 ff.).

Unabhängig davon, ob nun KA alleiniger Eigentümer der Aktien der Gesuchsgegnerin gewesen sei oder sich KA und seine beiden Söhne PA und GA das Eigentum daran geteilt hätten, mit der Anwesenheit dieser drei Familienmitglieder an der Sitzung vom 11. Oktober 2012 sei jedenfalls die Verfügungsmacht über sämtliche Aktien der Gesuchsgegnerin vertreten gewesen (Gesuch Rz. 212). Deshalb könne auch die Frage offengelassen werden, ob die Aktien der Gesuchsgegnerin vor deren zwischen den Parteien strittigen Übertragung auf die Gesuchstellerin allein im Eigentum von KA gestanden hätten oder im Eigentum von KA zusammen mit seinen beiden Söhnen PA und GA (Gesuch Rz. 217).

Am 11. Oktober 2012 hätten die Aktien der Gesuchstellerin in der Schweiz gelegen, weshalb sich der Eigentumsübergang nach Schweizer Recht beurteile (Gesuch Rz. 216).

Irrelevant sei, ob die Direktoren der Gesuchstellerin an der Besprechung vom 11. Oktober 2012 teilgenommen hätten. Jedenfalls wären sämtliche Eigentümer der Gesuchstellerin – sei dies nun KA alleine oder KA zusammen mit seinen beiden Söhnen PA und GA – anwesend gewesen. Da die Gesuchstellerin mit der Vereinbarung vom 11. Oktober 2012 nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt worden sei, liege zudem ein Vertrag zu Gunsten Dritter vor, weshalb die Dritte – vorliegend die Gesuchstellerin – am Vertragsabschluss nicht habe beteiligt sein müssen (Gesuch Rz. 218). Zudem hätten die beiden Söhne von KA, PA und GA, als Vertreter der Gesuchstellerin mehrfach erklärt, die Gesuchstellerin sei Eigentümerin der Aktien der Gesuchsgegnerin. Ferner habe die Gesuchstellerin die Aktien der Ge-

suchsgegnerin im Jahr 2014 bilanziert, womit diese auch direkt zu erkennen gegeben habe, Aktionärin der Gesuchsgegnerin zu sein (Gesuch Rz. 218).

Gestützt auf das am 11. Oktober 2012 abgeschlossene Verpflichtungsgeschäft, das als Vergleich oder als vergleichsähnlicher Vertrag dem Innominatvertrag zuzuordnen sei – jedenfalls liege keine Schenkung vor (Gesuch Rz. 217 und 220), sei auch der Besitz an den Aktien der Gesuchsgegnerin auf die Gesuchstellerin übertragen worden. Der Besitz sei in der Form des Besitzeskonstituts bzw. der Besitzesanweisung erfolgt (Gesuch Rz. 219).

3.2.1.1.3. Besprechung vom 9. Oktober 2015

Weiter behauptet die Gesuchstellerin, aufgrund geänderter gesetzlicher Grundlagen in Panamá und der Schweiz hätten KA und seine beiden Söhne PA und GA am 9. Oktober 2015 in Athen beschlossen, die formellen Eigentums- und Aktionärsverhältnisse korrekt nachzutragen (d.h. die Gesuchstellerin als Alleinaktionärin der Gesuchsgegnerin und KA und seine beiden Söhne PA und GA zu je einem Drittel als Aktionäre der Gesuchstellerin und damit auch zu je einem Drittel als wirtschaftlich Berechtigte an der Gesuchsgegnerin) (Gesuch Rz. 87). Die drei Familienmitglieder hätten an dieser mündlichen Besprechung somit gegenseitig und übereinstimmend vereinbart bzw. bestätigt, dass die Gesuchstellerin die Alleinaktionärin der Gesuchsgegnerin sei sowie KA und seine Söhne PA und GA je zu einem Drittel Aktionäre der Gesuchstellerin seien (Gesuch Rz. 89).

Dies sei jedoch nur relevant, wenn das Gericht nicht bereits annehme, die Aktien der Gesuchsgegnerin seien am 11. Oktober 2012 auf die Gesuchstellerin übertragen worden (Gesuch Rz. 213 und 222).

3.2.1.1.4. Formelle Aktienaufteilung / Schenkung vom November 2015

Am 13. November 2015 hätten KA und seine beiden Söhne PA und GA die formelle Aufteilung der Aktien an der Gesuchstellerin gemäss den zu diesem Zeitpunkt geltenden Eigentumsverhältnissen vollzogen (Gesuch Rz. 91). Dies sei durch die Ersetzung der bisherigen Inhaber- durch Namenaktien geschehen (Gesuch Rz. 95 ff.).

Diesbezüglich habe ein griechisches Gericht am 5. Oktober 2018 entschieden, dass KA seinen beiden Söhnen PA und GA am 13. November 2015 je einen Drittel der Aktien der Gesuchstellerin geschenkt habe. Zwar habe er am 6. April 2016 diese Schenkung widerrufen. Dieser Widerruf habe die Schenkung indessen nicht rückgängig gemacht. Nachdem das Athener Berufungsgericht diesen Entscheid am 24. Juli 2020 bestätigt habe, sei der Entscheid in dieser Sache endgültig, rechtskräftig und habe *res iudicata*-Wirkung (Gesuch Rz. 143 ff.; GB 85 ff.).

3.2.1.1.5. Zahlreiche E-Mails und Briefe

Die Gesuchstellerin behauptet weiter, zahlreiche E-Mails würden zeigen, dass die Gesuchstellerin die alleinige Muttergesellschaft der Gesuchsgegnerin gewesen sei und nach wie vor sei. KA sei in dieser E-Mail-Korrespondenz involviert gewesen, da er diese als Kopie "cc" erhalten habe (Gesuch Rz. 103 ff.).

3.2.1.1.6. Zahlreiche weitere Beweismittel

Die Gesuchstellerin stellt sich weiter auf den Standpunkt,

- aus den zwei *tax rulings* der langjährigen Revisionsstelle der Gesuchsgegnerin ergebe sich, dass die Gesuchstellerin als Muttergesellschaft der Gesuchsgegnerin bezeichnet worden sei (Gesuch Rz. 106, GB 46 f.),
- aus der einmaligen Bilanzierung der umstrittenen Aktien der Gesuchsgegnerin durch die Gesuchstellerin ergebe sich deren Aktionärsstellung (Gesuch Rz. 109 f.; GB 54 f.),
- aus E-Mails von Dionysios Kopitsis an GA gehe die sich *qua* Aktionärsstellung bei der Gesuchstellerin ergebende wirtschaftliche Berechtigung der Söhne von KA, PA und GA, an der Gesuchsgegnerin hervor (Gesuch Rz. 107; GB 48 f.),
- die Söhne von KA, PA und GA, seien in den Jahren 2015 und 2016 in die Auswahl der neuen Verwaltungsratsmitglieder der Gesuchsgegnerin involviert worden, was wiederum deren indirekte Aktionärsstellung und die Eigentümerstellung der Gesuchstellerin an der Gesuchsgegnerin belege (Gesuch Rz. 108; GB 50 f.),
- aus dem E-Mailverkehr zwischen Rechtsanwalt Dimitris Passas und den schweizerischen Vertretern von KA (Kurt Langhard und Sara Zahner) gehe hervor, dass die Gesuchstellerin Eigentümerin der Gesuchsgegnerin sei (Gesuch Rz. 111; GB 56 ff.),
- es sei im Hinblick auf einen späteren Erbfall von KA beabsichtigt gewesen, dass dieser seinen Drittel an der Gesuchstellerin bereits vor seinem Ableben auf seine Söhne PA und GA übertragen würde, bis dahin jedoch deren Nutzniesser bleibe. Weiter hätten die drei Familienmitglieder geplant, die Gesuchstellerin mit der Gesuchsgegnerin zu fusionieren (sog. *downstream merger*) und den Sitz der neuen Gesellschaft in die Schweiz zu verlegen (Gesuch Rz. 112; GB 59 ff.),
- aus der Korrespondenz zwischen der UBS und der Gesuchsgegnerin ergebe sich ebenfalls die Eigentümerstellung der Gesuchstellerin sowie die wirtschaftliche Berechtigung der drei Familienmitglieder an der Gesuchsgegnerin (Gesuch Rz. 115 ff.; GB 62 ff.),

- der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin habe die Gesuchstellerin in das Verzeichnis über die Inhaberaktionäre eingetragen. Diese Eintragung sei aufgrund einer gemeinsamen Meldung der drei Familienmitglieder erfolgt (Gesuch Rz. 119 ff.; GB 69 ff.),
- KA habe in einem griechischen Verfahren anerkannt, dass die Gesuchstellerin für Steuerzwecke gelegentlich als Aktionärin der Gesuchsgegnerin erschienen sei. Damit habe KA zugegeben, dass auch er der Ansicht gewesen sei, die Gesuchstellerin sei die Aktionärin der Gesuchsgegnerin. Diese Aussage leitet die Gesuchstellerin aus folgendem englischen Text ab: *"It is fully admitted that [Gesuchstellerin] is lender of my company [Gesuchsgegnerin], i.e. it retains capital and interest claims against the latter, it holds bank accounts in Switzerland, it collects in partial payments its capital and interest claims from [Gesuchsgegnerin], it has occasionally appeared as holder of the shares of [Gesuchsgegnerin] for tax purposes."* (Gesuch Rz. 124 f.; GB 73).

3.2.1.2. Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin behauptet, die Gesuchstellerin übernehme im vorliegenden Verfahren die falsche Sachverhaltsdarstellung der beiden Söhne von KA, PA und GA, im Verfahren HSU.2017.67 (Antwort Rz. 45). Die Gesuchstellerin sei nicht ihre Aktionärin. Die Aktionärsstellung der Gesuchstellerin sei weder belegt noch glaubhaft gemacht (Antwort Rz. 46, 64 und 70 f.).

An der Ausgangslage hinsichtlich der behaupteten Aktionärsstellung der Gesuchstellerin an der Gesuchsgegnerin habe sich bis heute nichts geändert. Auch nach Einreichung der Klagen in den Verfahren HOR.2017.38 und HOR.2017.39 vom 4. Mai 2017 seien keine Belege eingereicht worden, die einen Rechtsgrund für die behauptete Übertragung der Aktien der Gesuchsgegnerin auf die Gesuchstellerin beweisen würden (Antwort Rz. 47 und 74).

Die Aktien der Gesuchsgegnerin seien weder am 11. Oktober 2012 noch an einem anderen Tag an die Gesuchstellerin übertragen worden und KA habe diese Aktien auch nicht treuhänderisch für die Gesuchstellerin oder seine beiden Söhne PA und GA gehalten (Antwort Rz. 61).

Der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin habe am 28. März 2017 aufgrund von Unterlagen und angesichts der Vorlage ihrer Aktien im Original die Eintragung des richtigen Aktionariats sorgfältig geprüft und KA als Eigentümer und wirtschaftlich Berechtigten der 3'000 Aktien der Gesuchsgegnerin im Aktienbuch und im Verzeichnis der wirtschaftlich Berechtigten eingetragen (Antwort Rz. 66 und 73). Seither seien keine Tatsachen eingetreten, die dazu geführt hätten, dass die Gesuchstellerin als Eigentümerin

der 3'000 Aktien der Gesuchsgegnerin im Aktienbuch hätte eingetragen werden müssen (Antwort Rz. 67 und 73).

Ferner habe das Athener Berufungsgericht in seinem Entscheid Nr. 4804/2020 vom 24. Juli 2020 (GB 87 f.) festgehalten, KA habe angesichts seiner schweren gesundheitlichen Probleme alle mit seinem Testament zusammenhängenden Angelegenheiten geregelt. Er habe unter anderem im Jahr 2002 die Afovos-Stiftung gegründet und die 3'000 Aktien der Gesuchsgegnerin in diese eingebracht (Antwort Rz. 82).

3.2.2. Rechtslage

3.2.2.1. Anwendbares Recht

Das anwendbare Recht wurde im Entscheid vom 21. November 2018 E. 6.1 (HOR.2017.39) ausführlich dargelegt, worauf hiermit verwiesen wird.

3.2.2.2. Aktien der Gesuchsgegnerin

Im Entscheid vom 21. November 2018 E. 6.2 (HOR.2017.39) wurde ebenfalls bereits ausgeführt, dass es sich bei den Aktien der Gesuchsgegnerin für den vorliegend relevanten Zeitpunkt um echte Inhaberaktien handelte, worauf hiermit ebenfalls verwiesen wird. Auf die Frage, ob diese Inhaberaktien heute gültig in Namenaktien umgewandelt wurden, ist daher nicht näher einzugehen. Somit folgt das Recht aus dem Papier jenem am Papier: Wer Eigentümer des Papiers ist, hat Anspruch an den im Papier verbriefen Rechten, wobei zu beachten ist, dass als Inhaberpapiere ausgestaltete Inhaberaktien kausaler und nicht abstrakter Natur sind. Die im Papier verbriefen Rechte bestimmen sich somit nach den Statuten und ergeben sich nicht aus dem Aktientitel als solchem (vgl. Entscheid vom 21. November 2018 E. 6.2 [HOR.2017.39]).

3.2.2.3. Eigentum an den umstrittenen Aktien

Die Frage, wer Eigentümer einer Sache bzw. Aktionär ist, ist eine Rechts- und keine Tatfrage. Weil die Gesuchstellerin vorliegend aus der Aktionärs- bzw. Eigentümerstellung Rechte ableitet, ist sie gemäss Art. 8 ZGB für die diesen Rechtsfragen zugrundeliegenden Tatsachen beweis- und damit auch behauptungsbelastet. Die Gesuchstellerin muss deshalb jene Tatsachen behaupten, die den Schluss zulassen, dass sie Eigentümerin der umstrittenen Aktien der Gesuchsgegnerin geworden ist.

Nach schweizerischem Recht bedingt der Eigentumsübergang an beweglichen Sachen, zu denen auch Wertpapiere gehören, a) einen Rechtsgrund, bspw. einen Kaufvertrag oder eine Schenkung (Grundgeschäft) und b) die Übertragung des Besitzes an der Sache (Art. 714 Abs. 1 ZGB).¹³ Dasselbe gilt auch nach Art. 967 Abs. 1 OR, der für die Übertragung des Wertpapiers zu Eigentum in allen Fällen die Übertragung des Besitzes an der Urkunde

¹³ BGE 135 III 474 E. 3.2.2; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl. 2017, N. 1090 ff.

verlangt. Auch Art. 967 Abs. 1 OR verlangt für den Eigentumsübergang ein gültiges Grundgeschäft, das entweder rechtsgeschäftlich oder nicht rechtsgeschäftlich sein kann.¹⁴

Handelt es sich beim Rechtsgrund um ein Rechtsgeschäft, mit dem sich der derzeitige Eigentümer dazu verpflichtet, jemandem das Eigentum zu verschaffen, so wird vom Verpflichtungsgeschäft gesprochen. Dieses muss gültig sein, darf also nicht an Mängeln leiden, weil die Verfügung über dingliche Rechte an Fahrnis nach schweizerischem Recht vom Kausalitätsprinzip beherrscht wird. Fehlt es an einem Rechtsgrund, etwa weil das Verpflichtungsgeschäft ungültig ist, so geht das Eigentum nicht auf den angeordneten Erwerber über.¹⁵ Sofern das Recht zum spezifischen Rechtsgeschäft keine Formvorschriften aufstellt, kann dieses formfrei erfolgen (Art. 11 Abs. 1 OR).¹⁶

Der Übergang des Besitzes an der Sache geschieht durch Tradition oder durch ein Traditionssurrogat. Dies gilt auch für die Übertragung des Besitzes von als Wertpapier ausgestalteten Inhaberaktien.¹⁷ Bei Traditionssurrogaten wechselt, im Gegensatz zur Tradition, der Besitz nicht physisch, sondern durch Übertragung der offenen Besitzlage (*longa manu traditio*), durch Übertragung kurzer Hand (*brevi manu traditio*), durch Besitzesanweisung oder durch Besitzeskonstitut (*constitutum possessorium*).¹⁸

Da das schweizerische Sachenrecht im vorliegend relevanten Sachverhalt einen gültigen Schuldvertrag als Voraussetzung für den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen verlangt, ist die Gültigkeit des Schuldvertrags als materiellrechtliche Vorfrage nach dem Schuldstatut, d.h. nach dem auf den Schuldvertrag anwendbaren Recht, zu beurteilen (vgl. Entscheid vom 21. November 2018 E. 6.1.3 [HOR.2017.39]).

3.2.3. Würdigung

3.2.3.1. Ausgangslage

Einig sind sich die Parteien darin, dass PaA (Grossvater) ursprünglich Eigentümer aller Aktien der Gesuchsgegnerin war. Für die Zeit danach gehen die Ansichten der Parteien auseinander.

Die Frage, wie KA bzw. dieser und seine beiden Söhne PA und GA zusammen Aktionäre der Gesuchsgegnerin wurden, ist nach wie vor völlig unklar. Der Tatsachenvortrag der Gesuchstellerin ist diesbezüglich in wesentlichen

¹⁴ BSK Wertpapierrecht-FURTER, 2012, Art. 967 N. 1 ff. und 15.

¹⁵ BGE 55 II 302 E. 2; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 13), N. 1092; SPOERLÉ, Die Inhaberaktie: Ausgewählte Aspekte unter Berücksichtigung der GAFI-Gesetzesrevision, 2015, N. 479 je m.w.N.

¹⁶ BSK Wertpapierrecht-FURTER (Fn. 11), Art. 967 N. 6; SPOERLÉ (Fn. 15), N. 478.

¹⁷ BGE 98 IV 241 E. a; BSK Wertpapierrecht-FURTER (Fn. 11), Art. 967 N. 3; SPOERLÉ (Fn. 15), N. 474 m.w.N.

¹⁸ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 13), N. 1093 m.w.N.

Punkten widersprüchlich und auch nicht schlüssig. Es wurden von der Gesuchstellerin im Wesentlichen die Behauptungen und Argumente wiederholt, welche die beiden Söhne von KA, PA und GA, bereits im Verfahren HOR.2017.39 vortragen. Es kann diesbezüglich auf die Erwägungen im Entscheid vom 21. November 2018 verwiesen werden. Unklar ist insbesondere, durch welche Rechtsgründe das Eigentum von PaA (Grossvater) schlussendlich auf KA bzw. diesen und seine beiden Söhne PA und GA übergegangen sein soll und nach welchem Recht diese Rechtsgründe zu beurteilen sind (vgl. Entscheid vom 21. November 2018 E. 6.4.3 [HOR.2017.39]). Insbesondere wurde nie behauptet, dass die in den Briefen aus dem Jahr 1998 enthaltenen Instruktionen von PaA (Grossvater) tatsächlich je einmal ausgeführt wurden, d.h. überhaupt eine liechtensteinische Stiftung "B" jemals gegründet wurde, dieser die Aktien der Gesuchsgegnerin durch Rechtsgeschäft übertragen wurden und dass und wie der Besitz an den Aktien der Gesuchsgegnerin auf diese liechtensteinische Stiftung "B" übertragen worden sein soll. Zudem behauptet die Gesuchstellerin selbst, der Besitz an den Aktien der Gesuchsgegnerin sei im Jahr 2001 nach dem Tod von PaA (Grossvater) auf KA bzw. dessen Rechtsvertreter übertragen worden. Diese Besitzesübertragung deutet darauf hin, dass das Eigentum an den Aktien der Gesuchsgegnerin nicht von PaA (Grossvater) auf eine liechtensteinische Stiftung, sondern direkt auf KA übergegangen ist. Da diese Besitzesübertragung mit dem Tod von PaA (Grossvater) in Zusammenhang gebracht wird, scheint sie auf einem erbrechtlichen Vorgang zu beruhen. Da jedoch entsprechende Behauptungen fehlen, könnte gradesogut ein Rechtsgeschäft Grund gewesen sein. Sollte demgegenüber das Eigentum an den Aktien der Gesuchsgegnerin von PaA (Grossvater) zunächst auf eine liechtensteinische Stiftung übergegangen sein, so behauptet die Gesuchstellerin nicht, dass das Eigentum anschliessend durch Rechtsgeschäft von dieser liechtensteinischen Stiftung auf KA bzw. auf ihn und seine beiden Söhne PA und GA übergegangen wäre. Zumindest wird nicht behauptet, dass und inwiefern die entsprechende Stiftung einen solchen Willen kundgetan hätte.

Als unwahrscheinlich erscheint auch, dass KA sowie seine beiden Söhne PA und GA bereits im Jahr 2001 konkludent vereinbart hätten, dass sie die Gesuchsgegnerin zu gleichen Teilen gemeinsam zu je einem Drittel im Eigentum halten würden (Gesuch Rz. 46). Die Gesuchstellerin leitet diese Schlussfolgerung aus einem Argument von KA in einem Prozess gegen dessen Bruder aus dem Jahr 2004 ab, wonach in der Familie A. seit jeher sämtliche Gesellschaften zu je gleichen Teilen unter den erwachsenen männlichen Familienmitgliedern gehalten würden und dass auch er dies mit seinen Söhnen PA und GA tatsächlich so gelebt habe (Gesuch Rz. 45; GB 18). Diese Ausführungen widersprechen indessen den eigenen Ausführungen der Gesuchstellerin, wonach KA und seine Söhne PA und GA an einer Besprechung vom 11. Oktober 2012 ausdrücklich vereinbart hät-

ten, dass alle drei Familienmitglieder auch an der Gesuchstellerin zu gleichen Teilen beteiligt würden (Gesuch Rz. 51). Diese ausdrückliche Beteiligung der drei Familienmitglieder an der Gesuchstellerin durch Übereinkunft im Jahr 2012 wäre nicht notwendig gewesen, wenn bereits im Jahr 2004 (vgl. die Klageschrift vom 28. Juli 2004; GB 18) bzw. bereits im Jahr 2001 klar gewesen wäre, dass die drei Familienmitglieder an allen Familiengesellschaften je zu einem Drittel beteiligt gewesen wären. Die Gesuchstellerin begibt sich auch insofern in einen Widerspruch, als sie unter Verweis auf die Briefe von PaA (Grossvater) aus dem Jahr 1998 geltend macht, die beiden Söhne von KA, PA und GA, seien sogar zu je 50 % bzw. zumindest zu je 25 % an der Gesuchsgegnerin beteiligt gewesen (Gesuch Rz. 40 f.), an anderen Stellen aber immer von einer gleichen Aufteilung zu je einem Drittel spricht.

3.2.3.2. Besprechung vom 11. Oktober 2012

Aufgrund der nicht schlüssigen und auch in sich widersprüchlichen Behauptungen der Gesuchstellerin erachtet es der Vizepräsident jedenfalls nicht für glaubhaft, dass die beiden Söhne von KA, PA und GA, bereits vor der Besprechung vom 11. Oktober 2012 Eigentümer von je einem Drittel der Aktien der Gesuchsgegnerin wurden.

Da sich die Parteien jedoch einig sind, dass das Eigentum an den strittigen Aktien der Gesuchsgegnerin entweder bei KA alleine oder gemeinsam bei diesem und seinen beiden Söhnen PA und GA lag, kann die Frage offengelassen werden, wie genau das Eigentum an den Aktien der Gesuchsgegnerin von PaA (Grossvater) auf KA überging.

Zu entscheiden ist jedoch, ob Tatsachen glaubhaft vorgetragen wurden, die den Schluss zulassen, wonach das Eigentum an den Aktien der Gesuchsgegnerin von KA auf die Gesuchstellerin übertragen wurde. Diese Frage ist unter den Parteien umstritten.

Die Gesuchstellerin behauptet, KA und seine beiden Söhne PA und GA hätten am 11. Oktober 2012 vereinbart, das Eigentum an den Aktien der Gesuchsgegnerin auf die Gesuchstellerin zu übertragen. Die Gesuchstellerin behauptet nicht, dass sie selbst ebenfalls an der Besprechung vom 11. Oktober 2012 teilnahm. Sie konnte an dieser Besprechung daher nicht gültig verpflichtet werden. Die Gesuchstellerin ist diesbezüglich der Auffassung, sie sei am 11. Oktober 2012 nicht verpflichtet, sondern nur begünstigt worden. Es liege ein Vertrag zu ihren Gunsten, d.h. zu Gunsten einer Dritten vor, woran sie nicht beteiligt gewesen sei (Gesuch Rz. 218, zweiter Punkt).

Demnach kommt nach den Behauptungen der Gesuchstellerin einzig ein Rechtsgeschäft zwischen KA und dessen beiden Söhnen ohne Beteiligung der Gesuchstellerin in Frage. Dieses Rechtsgeschäft sei zu Gunsten der

Gesuchstellerin abgeschlossen worden. Demnach hätte sich KA gegenüber seinen beiden Söhnen PA und GA verpflichtet, der Gesuchstellerin das Eigentum an den Aktien der Gesuchsgegnerin zu verschaffen. Ein solches Rechtsgeschäft kann ein genügendes Grundgeschäft für eine Eigentumsübertragung an den Aktien der Gesuchsgegnerin auf die Gesuchstellerin darstellen. Ob dieser Vertrag als echter oder unechter Vertrag zu Gunsten Dritter zu qualifizieren ist, ist für den vorliegenden Entscheid irrelevant

Ob KA seiner gegenüber seinen beiden Söhnen PA und GA am 11. Oktober 2012 vereinbarten Pflicht, seine Aktien der Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin zu übertragen, nachkam, kann offengelassen werden. Im Rahmen des vorliegenden Massnahmeverfahrens erscheint als glaubhaft, dass das Eigentum durch Besitzübertragung in der Form eines Besitzkonstituts auf die Gesuchstellerin übertragen wurde.

Die Vorfrage, ob die Gesuchstellerin Aktionärin der Gesuchsgegnerin ist, ist demnach im vorliegenden Verfahren nach einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage zu bejahen. Eine andere Beurteilung im Hauptprozess (HOR.2021.17) bleibt ausdrücklich vorbehalten.

3.3. Anordnung vorsorglicher Massnahmen

3.3.1. Hauptsachenprognose

3.3.1.1. Parteibehauptungen

3.3.1.1.1. Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin argumentiert, ihr Recht als Alleinaktionärin sei verletzt, wenn die Gesuchsgegnerin bzw. dessen Verwaltungsrat Beschlüsse von anderen natürlichen oder juristischen Personen, die nicht Aktionäre der Gesuchstellerin seien, anerkenne, durchführe und beim Handelsregister anmelde (Gesuch Rz. 250). Zudem seien die Ansprüche der Gesuchstellerin bereits dadurch verletzt, dass die aktuell im Handelsregister als Verwaltungsratsmitglieder der Gesuchsgegnerin verzeichneten Personen in Wahrheit gar nie gewählt worden seien und deshalb keine Verwaltungsratsmitglieder der Gesuchsgegnerin seien (Gesuch Rz. 251).

3.3.1.1.2. Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass sie am 26. Juli 2018, am 22. November 2018 oder am 16. März 2020 eine Generalversammlung durchgeführt habe. An diesen Tagen seien zwar eintragungspflichtige Tatsachen im Handelsregister eingetragen worden. Die entsprechenden Generalversammlungsbeschlüsse seien jedoch an anderen Tagen gefasst worden (Antwort Rz. 58). Dementsprechend seien die behaupteten Gefahren nicht glaubhaft gemacht worden (Antwort Rz. 59).

3.3.1.2. Rechtslage

Oberstes Organ der Aktiengesellschaft ist die Generalversammlung der Aktionäre (Art. 698 Abs. 1 OR). Ihr steht unter anderem die unübertragbare Befugnis zu, die Verwaltungsratsmitglieder zu wählen (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien können, falls kein Widerspruch erhoben wird, eine Generalversammlung ohne Einhaltung der für die Einberufung vorgeschriebenen Formvorschriften abhalten (Art. 701 Abs. 1 OR, sog. Universalversammlung). Die Generalversammlung fasst ihre Beschlüsse und vollzieht ihre Wahlen, soweit das Gesetz oder die Statuten es nicht anders bestimmen, mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen (Art. 703 OR). Die Generalversammlung ist berechtigt, die Verwaltungsratsmitglieder abzurufen (Art. 705 Abs. 1 OR). Der Aktionär übt seine Rechte in den Angelegenheiten der Gesellschaft, wie die Bestellung der Organe, in der Generalversammlung aus (Art. 689 Abs. 1 OR). Die Aktionäre üben ihr Stimmrecht in der Generalversammlung nach Verhältnis des gesamten Nennwerts der ihnen gehörenden Aktien aus. Jeder Aktionär hat, auch wenn er nur eine Aktie besitzt, mindestens eine Stimme. Doch können die Statuten die Stimmenzahl der Besitzer mehrerer Aktien beschränken (Art. 692 Abs. 1 und 2 OR).

Wirken Personen, die zur Teilnahme an der Generalversammlung nicht befugt sind, bei einem Beschlusse mit, so kann jeder Aktionär, auch wenn er nicht Einspruch erhoben hat, diesen Beschluss anfechten (Art. 691 Abs. 3 OR). Gemäss Art. 706b OR sind Generalversammlungsbeschlüsse zudem nichtig, die das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung, das Mindeststimmrecht oder andere vom Gesetz zwingend gewährte Rechte des Aktionärs entziehen oder beschränken, die Kontrollrechte von Aktionären über das gesetzlich zulässige Mass hinaus beschränken oder die Grundstruktur der Aktiengesellschaft missachten oder die Bestimmungen zum Kapitalschutz verletzen. Wegen ihrer die Rechtssicherheit gefährdenden Wirkung ist bei der Annahme von Nichtigkeit Zurückhaltung geboten. Nichtigkeit liegt nur bei schwerwiegenden Verstössen gegen die Grundsätze des Rechts vor.¹⁹ Dennoch sind die Gründe für die Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen in Art. 706b OR nicht abschliessend aufgezählt. Neben den ausdrücklich aufgeführten schweren Mängeln primär inhaltlicher Natur können auch schwerwiegende formelle Mängel in der Beschlussfassung zur Nichtigkeit führen.²⁰ Nichtig sind etwa die an einer Universalversammlung getroffenen Beschlüsse, wenn auch nur ein Aktionär oder dessen Vertretung abwesend ist. Es liegt ein schwerwiegender formeller Mangel vor.²¹ Nichtig sind auch Beschlüsse einer Generalversammlung, zu der ein Teil der Aktionäre nicht eingeladen worden ist, auch wenn

¹⁹ BGE 137 III 460 E. 3.3.2, 115 II 468 E. 3b.

²⁰ BGE 137 III 460 E. 3.3.2 m.w.N.; BGer 4A_197/2008 vom 24. Juni 2008 E. 2.1.

²¹ BGE 137 III 460 E. 3.3.2.

dessen Stimmrechte Mehrheitsbeschlüsse nicht zu verhindern vermöchten.²² Ganz allgemein sind auch Beschlüsse von Generalversammlungen, die gar nicht in gültiger Weise zustande gekommen oder beschlussunfähig sind, sei es, dass nur ein Teil der Aktionäre eingeladen worden ist, dass die Generalversammlung von einer unzuständigen Stelle einberufen worden ist, oder dass Nichtaktionäre an der Beschlussfassung entscheidend mitgewirkt haben, nichtig.²³

Für Verwaltungsratsbeschlüsse gelten sinngemäss die gleichen Nichtigkeitsgründe wie für die Generalversammlungsbeschlüsse (Art. 714 OR). Nichtig sind sie insbesondere dann, wenn bereits die Wahl der Verwaltungsratsmitglieder nichtig war.²⁴

3.3.1.3. Würdigung

Soweit die Gesuchsgegnerin die Hauptsachenprognose deshalb verneint, weil die Gesuchstellerin nicht ihre Alleinaktionärin sei, ist sie nicht zu hören. Die Gesuchstellerin konnte für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens jene Tatsachen glaubhaft darlegen, die den Schluss zulassen, sie sei Eigentümerin der 3'000 Aktien der Gesuchsgegnerin geworden (vgl. oben E. 3.2).

Nach der Gesuchsgegnerin sei die Hauptsachenprognose indessen auch deshalb zu verneinen, weil am 26. Juli 2018, am 22. November 2018 und am 16. März 2020 keine Generalversammlungen stattgefunden hätten. Damit blendet sie aus, dass es im Hauptverfahren (HOR.2021.17) allerdings auch um eine Generalversammlung vom 2. Oktober 2020 und um Verwaltungsratsbeschlüsse vom 7. Dezember 2020 geht. Ihr Argument ist daher lückenhaft und diesem kann nicht gefolgt werden.

Da im vorliegenden Massnahmenverfahren davon auszugehen ist, dass die Gesuchstellerin Alleinaktionärin der Gesuchsgegnerin ist (vgl. oben E. 3.2), sind ihre Rechte durch das Abhalten von Generalversammlungen ohne ihre Anwesenheit massiv verletzt worden. Das Verhalten der Gesuchsgegnerin deutet auch darauf hin, dass sie nicht davon abschrecken wird, weiterhin Generalversammlungen ohne die Gesuchstellerin durchzuführen, womit auch die künftige Verletzung der Aktionärsrechte der Gesuchstellerin zu befürchten ist. Nach dem vorliegenden Verfahrensstand und dem anwendbaren Beweismass der Glaubhaftmachung ist davon auszugehen, dass diese Generalversammlungsbeschlüsse allesamt nichtig sind. Die Hauptsachenprognose ist daher zu bejahen.

²² BGE 137 III 460 E. 3.3.2, 115 II 468 E. 3b je m.w.N.

²³ BGE 115 II 468 E. 3b m.w.N.

²⁴ BSK OR II-WERNLI/RIZZI, 5. Aufl. 2016, Art. 714 N. 12.

3.3.2. Nachteilsprognose

3.3.2.1. Parteibehauptungen

3.3.2.1.1. Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin behauptet, mit der Kapitalerhöhung und der Ausgabe von Stimmrechtsaktien sei am 2. Oktober 2020 nicht nur eine neue Eskalationsstufe erreicht, sondern auch eine besondere Bedrohung der Rechte der Klägerin geschaffen worden. Wer immer die 3'500 neuen Stimmrechtsaktien halte, verfüge vermeintlich – die Aktien seien nichtig – über 50 % der Stimmkraft und damit über die Kontrolle der Gesuchsgegnerin (Gesuch Rz. 253). Dadurch drohe der Gesuchstellerin insbesondere die weitere Verwässerung ihrer Aktionärsanteile. Es sei angeblich bereits eine weitere Kapitalerhöhung genehmigt worden, deren Durchführung in absehbarer Zukunft bevorstehe (spätestens per 1. August 2022). Ebenso könnten die angeblichen Aktionäre jederzeit weitere Kapitalerhöhungen vornehmen. Weiter drohe die Weiterveräusserung von Aktien der Gesuchsgegnerin an Dritte. Sofern die Stimmrechtsaktien nicht bereits von einem Dritten gezeichnet worden seien, könnten sie von der Gegenseite an einen gutgläubigen Dritten veräussert werden. Der angebliche Verwaltungsratspräsident der Gesuchsgegnerin verhandle nach Informationen der Gesuchstellerin bereits mit Kaufinteressenten. Auch allenfalls künftig neu herausgegebene Aktien könnten an Dritte übertragen werden (Gesuch Rz. 254). Sollte dies zugelassen werden, werde die Klägerin weitere zeit- und kostenraubende Gerichtsverfahren führen müssen, um wenigstens zu versuchen, ihre Stellung als Alleinaktionärin bestätigen zu können, was dringend verhindert werden müsse (Gesuch Rz. 255).

3.3.2.1.2. Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin behauptet, ihre im März 2017 gewählten Verwaltungsratsmitglieder K.A. und U.B. hätten die Unternehmensstrukturen und -prozesse modernisiert (Antwort Rz. 95). Der mittlerweile zurückgetretene U.B. sei durch K.A. ersetzt worden (Antwort Rz. 96). Es seien seit dem März 2017 diverse signifikante Projekte beschlossen und teilweise oder ganz umgesetzt worden (Antwort Rz. 99). Die Zukunftsaussichten der Gesuchsgegnerin seien sehr gut (Antwort Rz. 101). Es stimme daher nicht, dass die Geschicke der Gesuchsgegnerin vollends entgleiten würden (Antwort Rz. 102). Es sei nicht glaubhaft, dass K.A. und U.B. ihre Verwaltungsratsmandate schlecht erfüllen würden (Antwort Rz. 103).

Zudem habe die Gesuchsgegnerin angesichts ihres Geschäftsgangs grossen Kapitalbedarf ausgewiesen. Die Aktienkapitalerhöhung und die Einführung von Stimmrechtsaktien seien zulässige Mittel des wahren Aktionärs der Gesuchsgegnerin, ihre Geschicke zu gestalten (Antwort Rz. 104). Die Ausgabe von Stimmrechtsaktien sei kein gesellschaftsrechtlich unsinniger Vorgang gewesen (Antwort Rz. 105). Dass es keine Hinweise gäbe, wonach die Gesuchsgegnerin Dispositionen zum Nachteil der Gesuchstellerin

vorgenommen habe oder vornehmen werde, begründet die Gesuchsgegnerin mit dem Umstand, wonach die Gesuchstellerin nicht ihre Aktionärin wäre (Antwort Rz. 111).

Ein Verkauf der Gesuchsgegnerin oder des Industrieparks an eine UC SA werde bestritten. Die von der Gesuchstellerin eingereichte E-Mail sei der Gesuchsgegnerin unbekannt, zudem sei der Adressat der E-Mail geschwärzt worden (Antwort Rz. 112). Es handle sich bei besagter E-Mail GB 151 um ein kurioses Dokument (Antwort Rz. 113).

Die Nachteilsprognose sei daher zu verneinen (Antwort Rz. 116 f.).

3.3.2.2. Rechtslage

Neben der Hauptsachenprognose hat die gesuchstellende Partei glaubhaft zu machen, dass ihr aus der Verletzung eines ihr zustehenden Anspruchs ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO). Zu beantworten sind damit die beiden Fragen, ob Nachteile drohen, wenn keine vorsorglichen Massnahmen angeordnet werden und, für den Fall, dass keine vorsorglichen Massnahmen angeordnet werden und der befürchtete Nachteil daher eintritt, ob diese mit einem anschliessenden Hauptsacheverfahren leicht wieder gutzumachen sind.²⁵ Nachteile sind jegliche Beeinträchtigungen der gesuchstellenden Partei sowohl tatsächlicher wie auch rechtlicher Art, materieller als auch immaterieller Natur.²⁶ Auch bloss faktische Erschwernisse genügen.²⁷ Ferner kann auch die drohende Zahlungsunfähigkeit eines Beklagten im Falle des Unterliegens im Prozess gegebenenfalls ein solcher Nachteil sein.²⁸ Ausreichend ist bereits die Gefährdung oder Verzögerung der Vollstreckung eines in erster Linie auf Realerfüllung gerichteten Anspruchs. Als Nachteil kommt insbesondere auch eine Beeinträchtigung in der Ausübung absoluter Rechte in Betracht.²⁹ Der Nachteil muss ein zukünftiger sein. Bei bereits eingetretenen Nachteilen können vorsorgliche Massnahmen nur dann Platz haben, wenn eine weitere Benachteiligung droht.³⁰

3.3.2.3. Würdigung

Wie es um den Geschäftsgang der Gesuchsgegnerin steht, kann vorliegend offengelassen werden. Es ist unbestritten, dass die Gesuchsgegnerin Stimmrechtsaktien einführte. Da im vorliegenden Verfahren davon auszugehen ist, dass die Gesuchstellerin Alleinaktionärin der Gesuchsgegnerin

²⁵ BK ZPO II-GÜNGERICH, 2012, Art. 261 N. 30 ff.

²⁶ HUBER (Fn. 10), Art. 261 N. 20 m.w.N.; BK ZPO II-GÜNGERICH (Fn. 25), Art. 261 N. 34; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 10), Art. 261 N. 29; ZÜRCHER (Fn. 10), Art. 261 N. 25; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 22 N. 10.

²⁷ BK ZPO II-GÜNGERICH (Fn. 25), Art. 261 N. 34.

²⁸ HUBER (Fn. 10), Art. 261 N. 20 m.w.N.; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 10), Art. 261 N. 28b.

²⁹ HUBER (Fn. 10), Art. 261 N. 20 m.w.N.; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 10), Art. 261 N. 28b.

³⁰ HUBER (Fn. 10), Art. 261 N. 21; BK ZPO II-GÜNGERICH (Fn. 25), Art. 261 N. 35; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 10), Art. 261 N. 28a; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 26), § 22 N. 10.

ist, führen Aktienkapitalerhöhungen ohne dass die Gesuchstellerin daran teilnehmen kann, zu einer Verwässerung ihrer Aktionärsposition. Darin besteht ein wesentlicher Nachteil zu Lasten der Gesuchstellerin. Mit der genehmigten Kapitalerhöhung könnte eine weitere Verwässerung erfolgen, sodass Nachteile nicht nur bereits eingetreten sind, sondern auch weiterhin zu befürchten sind. Die Nachteile sind sodann nicht leicht wieder gutzumachen, da die Gesuchstellerin in einem komplexen Umfeld mit diversen Rechtspersönlichkeiten agieren werden müssen, um die durch die Gesuchsgegnerin bereits geschaffene und weiterhin zu befürchtende Lage (Ausgabe weitere Aktien) wieder rückgängig zu machen. Die Nachteilsprognose ist daher zu bejahen.

3.3.3. Zeitliche Dringlichkeit

3.3.3.1. Parteibehauptungen

3.3.3.1.1. Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin behauptet, an der Generalversammlung der Gesuchsgegnerin vom 2. Oktober 2020 sei eine genehmigte Kapitalerhöhung bis zum 1. August 2022 beschlossen worden (Gesuch Rz. 184; GB 9). Angesichts unter anderem diesem Umstand, bleibe der Gesuchstellerin keine andere Wahl, als den Erlass vorsorglicher Massnahmen zu beantragen (Gesuch Rz. 197).

3.3.3.1.2. Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin behauptet, die Gesuchstellerin habe erst Monate nach der Veröffentlichung der umstrittenen Generalversammlung im SHAB vom 14. Dezember 2020 vorsorglichen Rechtsschutz beantragt (Antwort Rz. 122). Die Generalversammlung habe bereits am 2. Oktober 2020 stattgefunden (Antwort Rz. 123). Der entsprechende Verwaltungsratsbeschluss datiere vom 7. Dezember 2020 (Antwort Rz. 123). Das vorliegende Gesuch sei erst 178 Tage nach dem Beschluss der Generalversammlung und erst 105 Tage nach der Publikation im SHAB erfolgt (Antwort Rz. 126). Das lange Zuwarten bis zum 29. März 2021 stehe offensichtlich im Widerspruch zur geltend gemachten Gefahr (Antwort Rz. 127). Bei dieser Ausgangslage bestehe keine Dringlichkeit (Antwort Rz. 128 und 131). Das Recht zum Erlass vorsorglicher Massnahmen sei verwirkt (Antwort Rz. 128). Zudem habe die Gesuchstellerin mit ihrem Sistierungsantrag im Verfahren HOR.2017.38 selber die möglichst rasche Klärung der sich stellenden Fragen ausgebremst. Dies stehe im Widerspruch vom vorliegend beantragten Massnahmebegehren (Antwort Rz. 130).

3.3.3.2. Rechtslage

Obwohl im Gesetz nicht vorgesehen, setzt die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme Dringlichkeit voraus.³¹ Sie ist darin begründet, dass der

³¹ HUBER (Fn. 10), Art. 261 N. 22; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 10), Art. 261 N. 39; ZÜRCHER (Fn. 10), Art. 261 N. 12; SHK ZPO-TREIS, 2010, Art. 261 N. 10 je m.w.N.

vorsorgliche Rechtsschutz bezweckt, den Eintritt von Nachteilen zu verhindern, welche im Zeitraum zwischen der Klageanhebung und der Rechtskraft des Hauptsacheentscheids zu entstehen drohen. Kann der Eintritt der drohenden Nachteile auch durch ein ordentliches Urteil verhindert werden, liegt keine Dringlichkeit und damit kein Grund für eine vorsorgliche Massnahme vor.³² Die Dringlichkeit bemisst sich somit am von der gesuchstellenden Partei geltend gemachten primären Realerfüllungsanspruch.³³ Wartet die gesuchstellende Partei mit dem vorsorglichen Massnahmebegehren zu lange zu, kann sie ihren Anspruch darauf verwirken.³⁴ Grundsätzlich geht der Anspruch auf Anordnung einer vorsorglichen Massnahme aber nicht durch Zeitablauf unter.³⁵ Eine Verwirkung des Anspruchs auf Erlass vorsorglicher Massnahmen infolge Zeitablaufs bemisst sich folglich nicht an einer abstrakten Zeitspanne, sondern ausschliesslich an der voraussichtlichen Dauer des Hauptprozesses.³⁶ Die Verwirkung infolge Zeitablaufs setzt ein ungebührlich langes und damit rechtsmissbräuchliches Zuwarten voraus.³⁷ Es bedürfte schon jahrelanger Untätigkeit, bis einer gesuchstellenden Partei Rechtsmissbrauch infolge Zeitablaufs vorgeworfen werden kann, so dass auf sein Massnahmegesuch nicht einzutreten wäre.³⁸ An die Glaubhaftmachung der zeitlichen Dringlichkeit sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Grundsätzlich ist die Dringlichkeit immer dann gegeben, wenn ein ordentlicher Prozess deutlich länger dauern würde als das Massnahmeverfahren.³⁹

3.3.3.3. Würdigung

Der Gesuchsgegnerin kann nicht gefolgt werden: Sie legt selbst dar, dass die Gesuchstellerin mit der Einreichung des vorliegenden Gesuchs nicht jahrelang zugewartet hat. Eine Verwirkung des Anspruchs auf Erlass vorsorglicher Massnahmen zufolge Zeitablaufs ist daher zu verneinen.

Dringlichkeit liegt sodann immer dann vor, wenn ein ordentlicher Prozess deutlich länger dauern würde als das Massnahmeverfahren, weil ansonsten mit dem Eintritt der befürchteten Nachteile zu rechnen wäre. Das von der Gesuchstellerin gleichzeitig eingeleitete Hauptsacheverfahren (HOR.2021.14) wird mit Sicherheit länger als bis zum 1. August 2022 dauern. Es stellen sich komplexe Rechtsfragen in einem Umfeld zahlreicher Rechtssubjekte, die ihre Wohnsitze bzw. Gesellschaftssitze in drei verschiedenen Jurisdiktionen haben. Alleine der Vergleich mit dem Verfahren

³² Vgl. hierzu RÜETSCHI, Die Verwirkung des Anspruchs auf vorsorglichen Rechtsschutz durch Zeitablauf, sic! 2002, S. 417 m.w.N.

³³ HUBER (Fn. 10), Art. 261 N. 22.

³⁴ SHK ZPO-TREIS (Fn. 31), Art. 261 N. 12.

³⁵ BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 10), Art. 261 N. 41 m.w.N.

³⁶ RÜETSCHI (Fn. 32), S. 422.

³⁷ ZÜRCHER (Fn. 10), Art. 261 N. 13; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 10), Art. 261 N. 42 ff.

³⁸ DAVID/FRICK/KUNZ/STUDER/ZIMMERLI, Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, in: SIWR I/2, 3. Aufl. 2011, N. 622 m.w.N.

³⁹ DAVID/FRICK/KUNZ/STUDER/ZIMMERLI (Fn. 38), N. 622.

HOR.2017.38 zeigt, dass solche Prozesse leicht mehrere Jahre dauern können.

Demnach besteht Dringlichkeit, ansonsten die Umsetzung der genehmigten Kapitalerhöhung und damit die weitere Verwässerung der Aktionärsstellung der Gesuchstellerin noch vor Erlass des Hauptsachenurteils droht. Dem steht nicht entgegen, dass der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin im Verfahren HOR.2017.38 einen Sistierungsantrag stellte, da es sich dabei um ein zum vorliegenden Verfahren unabhängigen Prozess handelt.

3.3.4. Verhältnismässigkeit

3.3.4.1. Parteibehauptungen

3.3.4.1.1. Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin behauptet, die beantragten vorsorglichen Massnahmen seien verhältnismässig, weil der Gesuchsgegnerin nicht die Durchführung jeglicher Generalversammlung untersagt werde, sondern lediglich verhindert werde, dass am Aktionariat strukturelle Veränderungen vorgenommen würden (Gesuch Rz. 259 f.).

3.3.4.1.2. Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin macht geltend, sie müsse in ihren unternehmerischen Handlungen frei sein. Wenn es nötig sei, aufgrund der grossen Bauprojekte zusätzliches Kapital mittels Aktienkapitalerhöhung aufzunehmen, so müsse dies ohne Einschränkungen zulässig sein (Antwort Rz. 134). Die beantragten Massnahmen seien vor diesem Grund unverhältnismässig (Antwort Rz. 135).

3.3.4.2. Rechtliches

Da vorsorgliche Massnahmen in die Rechtslage der Gegenpartei eingreifen, müssen sie verhältnismässig sein.⁴⁰ Damit muss die vorsorgliche Massnahme geeignet, erforderlich und zumutbar sein. Die angeordnete Massnahme darf sachlich und zeitlich nicht weitergehen, als zum vorläufigen Schutz des glaubhaft gemachten Anspruchs nötig ist.⁴¹ Je dringlicher das Anliegen der gesuchstellenden Partei ist, umso eher rechtfertigt sich eine vorsorgliche Massnahme.⁴² Höhere Anforderungen sind an vorsorgliche Massnahmen zu stellen, die auf vorläufige Vollstreckung lauten und einen besonders schweren Eingriff in die Rechte darstellen.⁴³

⁴⁰ HUBER (Fn. 10), Art. 261 N. 23; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 10), Art. 261 N. 10 und 112 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 26), § 28 N. 12.

⁴¹ BOTSCHAFT vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006, S. 7354; HUBER (Fn. 10), Art. 261 N. 23 m.w.N.

⁴² HUBER (Fn. 10), Art. 261 N. 23; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 10), Art. 262 N. 47; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 26), § 28 N. 12.

⁴³ ZÜRCHER (Fn. 10), Art. 261 N. 28; SHK ZPO-TREIS (Fn. 31), Art. 261 N. 19.

3.3.4.3. Würdigung

Es ist weder ersichtlich noch bringt die Gesuchsgegnerin vor, dass die von der Gesuchstellerin beantragten vorsorglichen Massnahmen nicht geeignet und erforderlich wären, um die behaupteten Nachteile zu verhindern. Umstritten ist die Zumutbarkeit der Massnahmen.

Diesbezüglich macht die Gesuchsgegnerin einzig geltend, ihr müsse es möglich sein, Aktienkapitalerhöhungen frei durchzuführen, um weiterhin unternehmerischen Gestaltungsfreiraum zu haben. Damit übersieht sie aber, dass ihr solche Aktienkapitalerhöhungen durch die von der Gesuchstellerin beantragten Massnahmen nicht untersagt werden. Vielmehr steht es ihr jederzeit frei, unter Beteiligung der Gesuchsgegnerin weitere Aktienkapitalerhöhungen zu beschliessen und umzusetzen. Damit wird der unternehmerische Spielraum der Gesuchsgegnerin nicht über Gebühr eingeschränkt, weshalb die beantragten Massnahmen auch zumutbar sind.

Andere Gründe, weshalb die von der Gesuchstellerin beantragten Massnahmen unverhältnismässig sein könnten, sind nicht ersichtlich und wurden nicht vorgebracht. Demnach ist von ihrer Verhältnismässigkeit auszugehen.

3.4. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass für die Zwecke des vorliegenden Massnahmeverfahrens die Vorfrage, ob die Gesuchstellerin Aktionärin der Gesuchsgegnerin ist, zu bejahen ist. Sowohl die Hauptsachenprognose als auch die Nachteilsprognose wurden glaubhaft gemacht. Die beantragten Massnahmen sind dringlich und verhältnismässig. Demnach ist das Gesuch gutzuheissen und die beantragten Massnahmen sind anzuordnen.

4. Realvollstreckung

Das Gericht, das eine vorsorgliche Massnahme anordnet, trifft gemäss Art. 267 ZPO auch die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen. Die Gesuchsgegnerin hat sich nicht zu den Vollstreckungsanträgen geäußert.

Zur Durchsetzung des vorsorglichen Verbots ist der Gesuchsgegnerin deshalb eine Ordnungsbusse von bis zu Fr. 1'000.00 für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung sowie den verantwortlichen Organen der Gesuchsgegnerin für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung die Straffolgen nach Art. 292 StGB anzudrohen.

5. Kosten

5.1. Verlegung

Das Gericht entscheidet über die Prozesskosten in der Regel im Endentscheid (Art. 104 Abs. 1 ZPO). Über Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen kann zusammen mit der Hauptsache entschieden werden (Art. 104

Abs. 3 ZPO). Es entspricht der Praxis des Handelsgerichts des Kantons Aargau, die Kosten vorsorglicher Massnahmen direkt im Massnahmeentscheid zu verlegen. Der Antrag der Gesuchstellerin, die Kosten zur Hauptsache zu schlagen, wird daher abgewiesen.

Die Kosten sind entsprechend dem Verfahrensausgang zu verlegen. Sie bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Vorliegend wird das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vollumfänglich gutgeheissen, so dass die Kosten der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen sind.

5.2. Gerichtskosten

Die Gerichtskosten bestehen vorliegend einzig aus der Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO), welche sich nach § 8 VKD bemisst. Sie wird in Berücksichtigung des verursachten gerichtlichen Aufwands und angesichts von Schwierigkeit und Umfang der Streitigkeit auf Fr. 5'000.00 festgesetzt und mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin den Betrag von Fr. 5'000.00 zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

5.3. Parteientschädigung

Die Parteientschädigung besteht aus den Kosten der berufsmässigen Vertretung der Gesuchstellerin (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO). Bei ihrer Festsetzung ist vom Streitwert auszugehen (vgl. Art. 105 Abs. 1 ZPO sowie §§ 3 ff. AnwT). Dieser bemisst sich gemäss Art. 91 Abs. 2 ZPO. Im Hauptprozess geht der Vizepräsident von einem vorläufigen Streitwert von Fr. 3'350'000.00 aus. Da das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen indessen hauptsächlich aufgrund der neuen Situation nach der Herausgabe von Stimmrechtsaktien im Umfang von Fr. 350'000.00 eingeleitet wurde (Gesuch Rz. 30 und 185), ist in vorliegendem Verfahren von einem Streitwert von Fr. 350'000.00 auszugehen.⁴⁴

Die Parteientschädigung für die Kosten der berufsmässigen Vertretung bemisst sich nach der Grundentschädigung gemäss § 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 7 AnwT in Höhe von Fr. 25'630.00. Ausgehend von dieser Grundentschädigung resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von 50 % (§ 3 Abs. 2 AnwT) ein Betrag von Fr. 12'815.00. Damit ist insbesondere eine Rechtschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (vgl. § 6 Abs. 1 AnwT). Nach einem weiteren Abzug von 20 % wegen der nicht durchgeführten Verhandlung (§ 6 Abs. 2 AnwT), resultiert ein Betrag in Höhe von Fr. 10'252.00, sodass die Parteientschädigung inkl. eines pau-

⁴⁴ FREY, Grundsätze der Streitwertbestimmung, 2015, N. 344.

schalen Auslagenersatzes von praxisgemäss 3 % (§ 13 AnwT) auf gerundet Fr. 10'560.00 festzusetzen ist. Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin diesen Betrag zu bezahlen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

5.4. Vorbehalt

Eine abweichende Kostenverteilung im Hauptprozess (HOR.2021.17) wird vorbehalten.

Der Vizepräsident erkennt:

1.

1.1.

In **Gutheissung** des Gesuchs vom 29. März 2021 wird der Gesuchsgegnerin unter Androhung einer Ordnungsbusse von bis zu Fr. 1'000.00 für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung sowie der Bestrafung der verantwortlichen Organe für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung nach Art. 292 StGB mit sofortiger Wirkung vorsorglich verboten:

- a) künftige und vergangene General- oder Universalversammlungsbeschlüsse, welche ohne Teilnahme der Gesuchstellerin gefasst wurden und welche eine Kapitalerhöhung und/oder die Ausgabe neuer Aktien vorsehen, insbesondere auch die gemäss Ziffer 3a ihrer angeblichen Statuten genehmigte Kapitalerhöhung, anzuerkennen, durchzuführen und/oder beim Handelsregisteramt anzumelden, sowie
- b) die Zustimmung zur Übertragung ihrer Aktien zu erteilen und die angeblichen neuen Eigentümer im Aktienbuch einzutragen.

1.2.

Art. 292 StGB lautet:

" Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft."

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.00 werden der Gesuchsgegnerin auferlegt sowie mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin den Betrag von Fr. 5'000.00 direkt zu ersetzen.

3.

Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin eine gerichtlich festgelegte Parteientschädigung in Höhe von Fr. 10'560.00 zu bezahlen.

4.

Eine abweichende Kostenverteilung im Hauptprozess (HOR.2021.17) wird vorbehalten.

Zustellung an:

- die Gesuchstellerin (Vertreter; zweifach)
- die Gesuchsgegnerin (Vertreter; zweifach)

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheids an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid verfassungsmässige Rechte (Art. 98 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 17. Mai 2021

Handelsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Vetter

Schneuwly

