

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE180479-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie der Gerichtsschreiber
Leonard Suter

Urteil vom 8. Januar 2019

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Kläger

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

gegen

C._____ **AG**,

Beklagte

betreffend **Einberufung einer Generalversammlung**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, innerhalb von 10 Tagen ab Urteilsdatum ordentliche Generalversammlungen für die Geschäftsjahre endend am 31. Dezember 2014, am 31. Dezember 2015, am 31. Dezember 2016 und am 31. Dezember 2017 einzuberufen, jeweils mit folgenden Traktanden und Beschlussanträgen für jedes der genannten Geschäftsjahre:
 - a) Traktandum 1: Genehmigung des Jahresberichtes der Verwaltung. Antrag: Genehmigung, sofern der Jahresbericht gesetzes- und statutenkonform ist.
 - b) Traktandum 2: Genehmigung der Jahresrechnung. Antrag: Genehmigung, sofern der Jahresbericht gesetzes- und statutenkonform ist.
 - c) Traktandum 3: Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinnes. Antrag: Ausschüttung des gesamten verfügbaren Bilanzgewinnes und hierfür gebildeter Reserven als Dividende.
 - d) Traktandum 4: Entlastung des Verwaltungsrates. Antrag: Keine Entlastung des Verwaltungsrates.
 - e) Traktandum 5: Wahl des Verwaltungsrates. Antrag: Wahl von X.____, von D.____, in E.____ ZH.
 - f) Traktandum 6: Diverse Auskünfte (Art. 697 OR). Antrag: Der Verwaltungsrat soll die Auskünfte gemäss dem Schreiben der Kläger an die Beklagte vom 29. September 2018 erteilen.
-

2. Bei Unterlassung der Einberufung gemäss Rechtsbegehren 1 sei der Notar des Notariatskreises F.____, Herr G.____, zu beauftragen, die Generalversammlungen der Beklagten spätestens innerhalb von 10 Tagen ab Anzeige der Unterlassung durch die Kläger per eingeschriebenen Brief an die Aktionäre der Beklagten einzuberufen, an die Kläger via ihren Rechtsvertreter RA X.____, ... [Adresse] inkl. der in Rechtsbegehren 1 aufgeführten Traktanden 1 – 6 und unter Angabe von Ort und Zeit. Als Datum für die Generalversammlung sei dabei ein Termin anzusetzen, der frühestens 22 Tage nach dem Versand der Einladung und spätestens 30 Tage nach dem Versand der Einladung stattfindet. Als Ort für die Generalversammlung sei das Amtslokal des Notariats F.____, ... [Adresse] zu bezeichnen. Der Notar des Notariatskreises F.____, Herr G.____, sei mit der Durchführung und Protokollierung der Generalversammlung zu beauftragen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer.
-

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Kläger reichten am 23. November 2018 (Datum Poststempel) die vorliegende Klage ein (act. 1). Den von ihnen geforderten Vorschuss für die Gerichtskosten von CHF 6'600.– leisteten sie fristgerecht (act. 4 und 6). Die Beklagte reichte auch innert Nachfrist keine Stellungnahme ein (act. 7). Zwar wurde die gerichtliche Verfügung vom 20. Dezember 2018 seitens der Beklagten bei der Post nicht abgeholt (act. 8/2). Es greift aber die Zustellfiktion (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Da sich das Verfahren als spruchreif erweist, ist daher androhungsgemäss aufgrund der Akten zu entscheiden.

2. Zuständigkeit und Verfahren

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

3. Voraussetzungen des Einberufungsrechts

3.1. Rechtliche Grundlagen

Ein Aktionär, der mindestens den zehnten Teil des Aktienkapitals vertritt, kann schriftlich unter Angabe des Zweckes die Einberufung einer Generalversammlung verlangen (Art. 699 Abs. 3 OR). Entspricht der Verwaltungsrat diesem Begehren nicht innert angemessener Frist, so hat der Richter auf Antrag des Gesuchstellers die Einberufung anzuordnen (Art. 699 Abs. 4 OR). Der Richter hat bei der Beurteilung der Klage lediglich zu prüfen, ob der Antragsteller Aktionär ist, ob die formellen Voraussetzungen von Art. 699 Abs. 3 Satz 1 OR erfüllt sind und tatsächlich ein Begehren an den Verwaltungsrat gestellt wurde, dem innert angemessener Frist nicht entsprochen wurde (Urteil des Bundesgerichts 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015, E. 2.1.2; DUBS/TRUFFER, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Band II, 5. Auflage 2016, N 16 zu Art. 699 OR m.w.H.).

Weil das Eingriffsrecht des Richters rein formaler Natur ist, hat der Richter den Anträgen zu entsprechen, wenn die genannten formellen Voraussetzungen erfüllt sind. Der Einberufungsrichter unterzieht das Einberufungs- und Traktandierungsbegehren keiner materiellen Prüfung. Denn bei der richterlichen Einberufung gestützt auf Art. 699 Abs. 4 OR handelt es sich um eine rein formelle Massnahme, die inhaltlich weder die Generalversammlung noch den Richter bindet, der über die Anfechtung von Beschlüssen entscheidet, die an der auf richterliche Anordnung hin einberufenen Versammlung gefasst worden sind. Der Einberufungsrichter hat daher bei einem Einberufungsgesuch auch nicht zu beurteilen, ob die an der Generalversammlung zu fassenden Beschlüsse gültig sein werden; diese Fragen sind vielmehr erst im Rahmen einer allfälligen Anfechtungs- oder Nichtig-

keitsklage (Art. 706 ff. OR) gegen die gefassten Beschlüsse zu prüfen (BGE 142 III 16, S. 20 f. E. 3.1).

Zu beachten ist bei der Ausübung des Einberufungs- und Traktandierungsrechts stets das Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB: Der offenbare Missbrauch des Einberufungsrechts findet keinen Rechtsschutz. Der Einberufungsrichter hat mithin einem Einberufungs- und Traktandierungsbegehren nicht stattzugeben, wenn sich dieses als offensichtlich missbräuchlich oder schikanös herausstellt (BGE 142 III 16, S. 20 f. E. 3.1).

3.2. Würdigung

Die Kläger führen aus, den Verwaltungsrat der Beklagten mit Schreiben vom 29. August 2018 und 21. September 2018 um Einberufung der ordentlichen Generalversammlungen für die Geschäftsjahre 2014 bis 2017 ersucht zu haben. Obwohl die Schreiben der Beklagten zugegangen seien, sei eine Reaktion ihrerseits ausgeblieben sei (act. 1 Rz 8 ff. und 21; act. 3/7; act. 3/8). Gemäss diesen unbestritten gebliebenen Darstellungen der Kläger, an deren Richtigkeit zu zweifeln kein Anlass besteht, und in Übereinstimmung mit den von ihr diesbezüglich eingereichten Urkunden ist erstellt, dass die Kläger im Vorfeld der vorliegenden Klage ein Begehren um Einberufung von ordentlichen Generalversammlungen an den Verwaltungsrat der Beklagten gestellt haben.

Weiter führen die Kläger aus, gemeinsam 45% der Aktien der Beklagten zu halten, was auch die eingereichten Aktienzertifikate belegen (act. 3/4; act. 3/5). Nachdem auch betreffend diesen unbestritten gebliebenen Ausführungen kein Anlass zu Zweifeln besteht, verfügen die Kläger über die für die Einberufung der Generalversammlung erforderlichen Anteile i.S.v. Art. 699 OR.

Die formalen Voraussetzungen sind daher unter Vorbehalt einer rechtsmissbräuchlichen Ausübung des Einberufungs- und Traktandierungsrechts erfüllt. Eine solche ist vorliegend jedoch nicht ersichtlich.

Zusammenfassend erfüllen die Kläger die in Art. 699 OR aufgeführten Voraussetzungen. Ihrem Begehren um Einberufung einer ordentlichen Generalversamm-

lung für die Geschäftsjahre 2014 bis 2017 mit den im Rechtsbegehren aufgeführten Beschlussanträgen ist daher zu entsprechen.

4. Vollstreckungsmassnahmen

4.1. Ausgangslage

Die Kläger beantragen, es sei der Notar des Notariatskreises F._____ zu beauftragen, innert 10 Tagen ab Urteilsdatum durch die Kläger die ordentlichen Generalversammlungen der Beklagten per eingeschriebenem Brief an die Aktionäre einzuberufen. Die bisherige Verweigerungshaltung der Beklagten rechtfertige es, für den Unterlassungsfall die beantragten Vollstreckungsmassnahmen bereits jetzt vorzusehen. Als Datum für die Generalversammlung sei ein Termin anzusetzen, der frühestens 22 Tage und spätestens 30 Tage nach dem Versand der Einladung stattfinde. Weiter sei als Ort das Amtslokal des Notariats F._____ zu bezeichnen und der Notar mit der Durchführung und Protokollierung der Generalversammlung zu beauftragen (Rechtsbegehren Ziffer 2; act. 1 S. 3).

4.2. Rechtliches

Auf Antrag der obsiegenden Partei ordnet das Gericht Vollstreckungsmassnahmen an (Art. 236 Abs. 3 ZPO). Nicht erforderlich ist, dass vor der Anordnung einer Vollstreckungsmassnahme deren Androhung und eine Fristansetzung zur Erfüllung erfolgen muss. Im Einzelfall kann der Grundsatz der Verhältnismässigkeit die Ansetzung einer kurzen Frist zum freiwilligen Vollzug gebieten (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich, HE150080 vom 27. Mai 2015, E. 8.2.1).

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). Das Gericht kann die Einberufung und Durchführung der Generalversammlung mit den geforderten Traktanden aber auch durch einen

Dritten, z.B. durch den örtlich zuständigen Notar anordnen (VON DER CRONE/KESSLER, Die Leitung der Generalversammlung, SZW 2004, S. 2 ff. S. 6).

4.3. Würdigung

Die obsiegenden Kläger haben ein Interesse daran, dass baldmöglichst eine Generalversammlung mit den gestellten Traktanden einberufen wird. In Nachachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips rechtfertigt es sich, der Beklagten eine Frist einzuräumen, innert welcher sie dem Urteil freiwillig entsprechen kann. Im Unterlassungsfall sind jedoch die beantragten Vollstreckungsmassnahmen bereits jetzt vorzusehen (vgl. auch VON DER CRONE/KESSLER, a.a.O., S. 6). Die Delegation der Einberufung einer Generalversammlung an einen Dritten beinhaltet, wie bereits ausgeführt, auch deren Durchführung. Dazu gehört auch die Führung des Protokolls, weshalb der zuständige Notar – sollte die Beklagte dem Urteil nicht nachkommen – auch damit zu beauftragen ist (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich, HE150080 vom 27. Mai 2015, E. 8.3.1).

Insgesamt erscheint eine Frist – unter Berücksichtigung von möglichen Zustellungsproblemen – von 10 Tagen ab Zustellung (allenfalls Fiktion) angemessen. Innert dieser Frist hat die Beklagte die Einladung zur Generalversammlung an die Aktionäre zu versenden und die übrigen Formalitäten der einzuberufenden Generalversammlung bekanntzugeben. Als Datum für die Generalversammlung ist antragsgemäss ein Termin anzusetzen, der frühestens 22 und spätestens 30 Tage nach dem Versand der Einladung stattfindet.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Ausgangsgemäss wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Bei einem Streitwert in Höhe von CHF 100'000.00 beläuft sich die ordentliche Gerichtsgebühr auf CHF 8'750.00 (vgl. § 4 Abs. 1 GebV OG). In Anwendung von § 8 Abs. 1 GebV OG ist die Grundgebühr auf rund zwei Drittel zu

reduzieren. Die Kosten sind der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken. Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.

Die Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren zu bemessen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 9 sowie § 11 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV ist den Klägern eine Parteientschädigung in der Höhe von rund zwei Fünfteln der Grundgebühr zuzusprechen. Da die Kläger als natürliche Personen keinen Vorsteuerabzug geltend machen können, ist die Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Die Klage wird gutgeheissen. Die Beklagte wird verpflichtet, innert 10 Tagen ab Zustellung des Urteils (allenfalls Zustellfiktion) eine Generalversammlung für die Geschäftsjahre 2014 bis 2017 mit jeweils folgenden Traktanden und Beschlussanträgen einzuberufen:

- a) Traktandum 1: Genehmigung des Jahresberichtes der Verwaltung. Antrag: Genehmigung, sofern der Jahresbericht gesetzes- und statutenkonform ist.
- b) Traktandum 2: Genehmigung der Jahresrechnung. Antrag: Genehmigung, sofern der Jahresbericht gesetzes- und statutenkonform ist.
- c) Traktandum 3: Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinnes. Antrag: Ausschüttung des gesamten verfügbaren Bilanzgewinnes und hierfür gebildeter Reserven als Dividende.
- d) Traktandum 4: Entlastung des Verwaltungsrates. Antrag: Keine Entlastung des Verwaltungsrates.
- e) Traktandum 5: Wahl des Verwaltungsrates. Antrag: Wahl von X.____, von D.____, in E.____ ZH.
- f) Traktandum 6: Diverse Auskünfte (Art. 697 OR). Antrag: Der Verwaltungsrat soll die Auskünfte gemäss dem Schreiben der Kläger an die Beklagte vom 29. September 2018 erteilen.

Als Datum für die Generalversammlung ist ein Termin anzusetzen, der frühestens 22 und spätestens 30 Tage nach dem Versand der Einladung stattfindet.

2. Bei Unterlassung der Anordnung gemäss Dispositivziffer 1 wird der Notar des Notariatskreises F.____ beauftragt, spätestens innert 10 Tagen ab Anzeige der Unterlassung im Sinne der Erwägungen durch die Kläger die Generalversammlung der Beklagten inkl. der in Dispositivziffer 1 aufgeführten Traktanden, per eingeschriebenem Brief an die Aktionäre der Beklagten (an die Kläger via ihren Rechtsvertreter, RA X.____, ... [Adresse]), einzuberufen, unter Angabe von Ort und Zeit.

Als Datum für die Generalversammlung ist ein Termin anzusetzen, der frühestens 22 und spätestens 30 Tage nach dem Versand der Einladung stattfindet. Als Ort für die Generalversammlung ist das Amtslokal des Notariats F.____, ... [Adresse], zu bezeichnen.

Der Notar des Notariatskreises F._____ wird mit der Durchführung und Protokollierung der Generalversammlung beauftragt.

3. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 5'800.– festgesetzt.
4. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und aus dem von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird den Klägern das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern eine Parteientschädigung von gesamthaft CHF 4'400.– zzgl. MwSt. zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Notariat F._____, ... [Adresse].
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 100'000.–.

Zürich, 8. Januar 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Leonard Suter