

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE200223-O

U

Mitwirkend: Oberrichterin Nicole Klausner sowie die Gerichtsschreiberin Sabrina Schalcher

Urteil und Verfügung vom 30. Juni 2020

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ ag,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Der Gesuchsgegnerin sei durch vorsorgliche Massnahme nach Art. 261 ff. ZPO zu befehlen, die auf den 11.6.2020 einberufene ausserordentliche Generalversammlung zu verschieben:
 - bis zum Vorliegen der Ergebnisse der durch den Gesuchsteller beantragten Sonderprüfung, falls es zu deren Durchführung kommt, andernfalls
 - bis mindestens Ende Juni 2020.
2. Es sei dieser Befehl bereits superprovisorisch ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin gemäss Art. 265 Abs. 1 ZPO anzuordnen.
3. Für den Fall der Nichtbeachtung des Befehls sei der Gesuchsgegnerin bzw. deren verantwortlichen Organen Ordnungsbusse und Bestrafung nach Art. 292 StGB anzudrohen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten der Gesuchsgegnerin."

Erwägungen:

1. Bisheriger Prozessverlauf

1.1. Mit Eingabe vom 8. Juni 2020 (überbracht um 7.30 Uhr) stellte der Gesuchsteller ein Gesuch um superprovisorische Anordnung vorsorglicher Massnahmen (ohne Anhörung der Gegenpartei) mit oben wiedergegeben Begehren (act. 1).

1.2. Gleichentags wurde der Gesuchsgegnerin in teilweiser Gutheissung des Begehrens superprovisorisch verboten, die ausserordentliche Generalversammlung vom 11. Juni gemäss Einladung vom 19. Mai 2020 durchzuführen. Gleichzeitig wurde dem Gesuchsteller Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses und der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme zum Massnahmebegehren angesetzt (act. 4).

1.3. Der Vorschuss des Gesuchstellers ging fristgerecht am 15. Juni 2020 ein (act. 7). Die ebenfalls rechtzeitig erstattete Stellungnahme der Gesuchsgegnerin datiert vom 23. Juni 2020 (act. 8; act. 11/1-14).

1.4. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Standpunkte der Parteien

2.1. Was den Standpunkt des Gesuchstellers anbelangt, kann vorab auf die Zusammenfassung in der Verfügung vom 8. Juni 2020 verwiesen werden (act. 4 S. 2 f.). Lediglich resümierend ist hier festzuhalten, dass das Aktionariat der Gesuchsgegnerin gemäss den Angaben des Gesuchstellers, eines (Minderheits-)Aktionärs der Gesuchsgegnerin, in zwei Lager gespalten sei, wobei er auf der einen und die restlichen Aktionäre auf der anderen Seite stehen würden. Er wollte die Durchführung der ausserordentlichen Generalversammlung vom 11. Juni 2020, anlässlich derer eine Herabsetzung des Aktienkapitals der Gesuchsgegnerin auf CHF 0.00 und die gleichzeitige Wiedererhöhung "Harmonika" nach Art. 732a OR i.V.m. Art. 732 OR auf CHF 120'000.00 unter Wahrung der Bezugsrechte der bestehenden Aktionäre traktandiert war, vorerst verhindern. Dabei stellt er sich auf den Standpunkt, die Harmonika stehe nicht etwa in Zusammenhang mit einer angeblichen Überschuldung der Gesuchsgegnerin, sondern bezwecke, ihn als offenbar lästigen Minderheitsaktionär loszuwerden. Er zweifelt diverse Position im Jahresabschluss 2019 der Gesuchsgegnerin und damit deren Überschuldung, welche Voraussetzung für die Harmonika sei, an. Zur Wahrnehmung seiner Aktionärsrechte (Anfechtung der geplanten Kapitalherab- und anschliessenden -heraufsetzung oder Ausübung seines Bezugsrechts) sei er darauf angewiesen, zunächst die tatsächliche wirtschaftliche Lage der Gesuchsgegnerin verifizieren zu können, wofür er mit Schreiben vom 4. Juni 2020 sein Recht auf Auskunft und Einsicht anlässlich der kurz vor der ausserordentlichen Generalversammlung stattfindenden ordentlichen Generalversammlung vom 8. Juni 2020 geltend gemacht und einen Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung gestellt habe (act. 1 S. 3 ff.).

2.2. Die Gesuchsgegnerin hält dem entgegen, der Gesuchsteller gebe wider besseren Wissens vor, über ihre Situation und die von ihm in Frage gestellten Bilanz- und Erfolgspolitionen nicht oder unzureichend informiert zu sein und unterstellt ihm treuwidriges Verhalten, weil er die Berücksichtigung von Forderung in ihrer Buchhaltung moniere, welche auf Klagen oder Betreibungen von Gesellschaften zurückzuführen seien, deren Verwaltungsrat er sei (act. 8 S. 4 ff.). Sie führt

aus, ihre Bilanz sei durch ihre Revisionsstelle, eine versierte Revisionsgesellschaft, nämlich C. _____ (Zurich) AG geprüft worden, welche die Tatsache ihrer Überschuldung bestätigt habe (act. 8 S. 6 f.). Sodann äussert sich die Gesuchsgegnerin zu verschiedenen vom Gesuchsteller in Zweifel gezogenen Bilanzpositionen (act. 8 S. 7 ff.) und beschreibt die geplante "Harmonika" als notwendige Sanierungsmassnahme, bei welcher auch die Rechte des Gesuchstellers gewahrt seien (act. 8 S. 11 f.). Schliesslich stellt sie sich auf den Standpunkt, dass die Voraussetzungen zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht erfüllt seien. Weder liege eine Verletzung von Ansprüchen des Gesuchstellers vor noch drohe eine solche. Die Abhaltung der ausserordentlichen Generalversammlung stelle ohnehin keinen Eingriff in dessen Rechtstellung dar; ein solcher drohe frühestens zum Zeitpunkt des Ablaufs der Bezugsrechte des Gesuchstellers. Ferner bestreitet die Gesuchsgegnerin die Voraussetzung der zeitlichen Dringlichkeit, zumal der Gesuchsteller nach der Einladung zur ausserordentlichen Generalversammlung am 19. Mai 2020 ungebührlich lange, nämlich bis zum 8. Juni 2020 mit der Stellung des Gesuchs zugewartet habe. Schliesslich sei zu beachten, dass sie überschuldet sei und eine Pflicht ihres Verwaltungsrat zu Sanierungsmassnahmen oder aber Deponierung der Bilanz bestehe, weshalb das Verbot einer Kapitalerhöhung unverhältnismässig sei (act. 8 S. 12 ff.).

3. Würdigung

3.1. Die vorliegend abschliessende Beurteilung hat sich an den Rechtsbegehren des Gesuchstellers zu orientieren.

3.2. Vorauszuschicken ist, dass der Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 8. Juni 2020 vor ihrer Anhörung unter Strafandrohung einstweilen verboten wurde, die ausserordentliche Generalversammlung vom 11. Juni 2020 gemäss Einladung vom 19. Mai 2020 durchzuführen. Obwohl sich die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme nicht explizit dazu äussert, ist daher davon auszugehen, dass besagte ausserordentliche Generalversammlung vom 11. Juni 2020 angesichts dieses superprovisorischen Verbots nicht durchgeführt wurde. Die ordentliche Generalversammlung der Gesuchsgegnerin war auf den 8. Juni 2020 anberaumt und

vom Verbot nicht betroffen, weshalb davon auszugehen ist, dass diese wie geplant stattgefunden hat.

3.3. In Ziffer 1 seiner Rechtsbegehren verlangt der Gesuchsteller, der Gesuchsgegnerin sei zu befehlen, die auf den 11. Juni 2020 einberufene ausserordentliche Generalversammlung zu verschieben, und zwar (1. Spiegelstrich) entweder bis die Ergebnisse der durch ihn beantragten Sonderprüfung vorliegen würden, falls es zur Durchführung einer Sonderprüfung komme, oder (2. Spiegelstrich) andernfalls mindestens bis Ende Juni 2020 (act. 1 S. 2).

3.4. Das Rechtsbegehren des Gesuchstellers enthält – jedenfalls im 1. Spiegelstrich – eine eigentliche Bedingung in Form der Durchführung einer Sonderprüfung der Gesuchsgegnerin. Der Gesuchsteller richtete einen solchen Antrag an die (ordentliche) Generalversammlung der Gesuchsgegnerin (act. 1 N 17; act. 3/7 S. 3). Nachdem deren ordentliche Generalversammlung am 8. Juni 2020 durchgeführt worden sein muss, muss bereits über den Antrag des Gesuchstellers betreffend Sonderprüfung entschieden worden sein. Die Gesuchsgegnerin äussert sich in ihrer Stellungnahme weder zur Durchführung der ordentlichen Generalversammlung noch zum Schicksal des Antrags des Gesuchstellers auf Sonderprüfung. Eine Gutheissung der Sonderprüfung würde eine neue Tatsache im Sinn eines echten Novums darstellen, welche vom Gesuchsteller ohne Verzug, d.h. ausserhalb des ordentlichen Schriftenwechsels vorzubringen gewesen wäre; dies gilt erst recht für das vorliegende summarische Verfahren mit einfachem Schriftenwechsel. Nachdem bisher keine entsprechende Mitteilung erfolgte, ist zu schliessen, dass von einer Sonderprüfung abgesehen wurde. Eine Verschiebung der auf den 11. Juni 2020 angesetzten ausserordentlichen Generalversammlung bis zum Vorliegen von Ergebnissen der Sonderprüfung ist somit mangels Anordnung einer Sonderprüfung nicht möglich, weshalb Ziff. 1 (1. Spiegelstrich) des Rechtsbegehrens des Gesuchstellers abzuweisen ist.

3.5. Nachdem eine Gutheissung des im 1. Spiegelstrich formulierten Rechtsbegehrens wegen Ausbleibens der darin enthaltenen Bedingung nicht in Betracht kommt, bleibt über Ziff. 1 des Rechtsbegehrens gemäss 2. Spiegelstrich zu entscheiden. Zumal darin eine Verschiebung der ausserordentlichen Generalver-

sammlung bis mindestens Ende Juni 2020 beantragt wird und inzwischen Ende Juni 2020 ist, wurde dieses Rechtsbegehren bereits weitgehend durch Zeitablauf gegenstandslos. Sollte der Gesuchsteller durch Verwendung des Ausdrucks "mindestens" eine länger als bis Ende Juni 2020 dauernde Verhinderung der Generalversammlung anstreben, ist festzuhalten, dass im Massnahmebegehren keinerlei spezifischen Ausführungen über die Notwendigkeit eines solchen fortdauernden Hinausschiebens gemacht wurden. Gemäss seinen Ausführungen zielte der Gesuchsteller mit seinem Gesuch auf den Erhalt weiterer Informationen vor Durchführung der ausserordentlichen Generalversammlung ab. Hierfür richtete er ein Auskunfts- und Einsichtsbegehren an die inzwischen durchgeführte ordentliche Generalversammlung. Sollte der Gesuchsteller mit den dort gefassten Beschlüssen nicht einverstanden sein, stehen ihm andere Rechtsbehelfe zur Verfügung. Hinzu kommt, dass sich weitere Massnahmen als das in der Verfügung vom 8. Juni 2020 erfolgte Verbot angesichts der in den Büchern der Gesuchsgegnerin erfassten Überschuldungssituation, deren Beurteilung im Übrigen nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist, als unverhältnismässig erweisen. Anordnungen, welche die Durchführung einer ausserordentlichen Generalversammlung weiterhin verhindern würden, kommen daher nicht in Frage, weshalb das Begehren des Gesuchstellers insofern ebenfalls abzuweisen ist. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme gewisse Aufschlüsse zu den vom Gesuchsteller aufgeworfenen Fragen gibt.

3.6. Demzufolge ist das Massnahmebegehren des Gesuchstellers, soweit nicht bereits gegenstandslos geworden, abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Der Gesuchsteller unterliegt, soweit sein Rechtsbegehren abzuweisen ist (Gesuch um Verschiebung der ausserordentlichen Generalversammlung bis zum Vorliegen von Ergebnissen einer Sonderprüfung, Gesuch um Verschiebung der ausserordentlichen Generalversammlung über Ende Juni 2020 hinaus). Insofern wird er ohne Weiteres kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO

in Verbindung mit Art. 95 Abs. 1 ZPO). Dem Gesuchsteller sind daher die Kosten dieses Anteils, welcher auf die Hälfte zu veranschlagen ist, aufzuerlegen.

4.2. Soweit das Gesuch als inzwischen gegenstandslos geworden zu erledigen ist, ist in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO nach Ermessen über die Auflage der Kosten – hier also der anderen Hälfte – zu entscheiden, wobei je nach Einzelfall von Bedeutung sein kann, wer Anlass zum Verfahren gab, wie es mutmasslich ausgegangen wäre, bei welcher Partei die Gründe eintraten, welche zur Gegenstandslosigkeit führten oder welche Partei allenfalls unnötige Kosten verursachte.

4.3. Die Gesuchsgegnerin versandte an zwei aufeinanderfolgenden Tagen zwei Einladungen zu zwei Generalversammlungen, einer ordentlichen und einer ausserordentlichen, welche 20 bzw. 23 Tage später, d.h. im Abstand von lediglich drei Tagen durchgeführt werden sollten. Während an der ordentlichen Generalversammlung die üblichen Traktanden mit Genehmigung der Jahresrechnung, Décharge und Wahlen etc. anstanden, war das für die ausserordentliche Generalversammlung geplante Traktandum (Harmonika) von grosser Tragweite. Ein fundierter Entscheid des einzelnen Aktionärs zu diesem Traktandum setzte mindestens die Einsicht in die Jahresrechnung und in den Revisionsbericht 2019 voraus, welche gemäss Einladung zur ordentlichen Generalversammlung, d.h. ab 18. Mai 2020 am Sitz der Gesellschaft zu Einsicht auflag. Sodann ist aus der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin ersichtlich, dass der Gesuchsteller zwar betreffend gewisse bzw. gewisse Teile der von ihm in Frage gestellten Positionen Hintergrundinformationen gehabt haben dürfte, weil sie teilweise mit Rechtsfällen zusammenhingen, in welche er bzw. seine Gesellschaft involviert waren. Wie sich besagte Positionen effektiv zusammensetzten, konnte er jedoch nicht wissen, was ihm ein umfassendes Bild verunmöglichte. In der gegebenen, offensichtlich zerstrittenen Situation war die Zeit und vor allem der Zeitabstand zwischen den beiden Versammlungen zur kurz, um Unklarheiten angemessen zu bereinigen. Insofern gab das Vorgehen der Gesuchsgegnerin durchaus Anlass für das Massnahmebegehren des Gesuchstellers. Vor diesem Hintergrund erscheint die am 8. Juni 2020 getroffene superprovisorische Anordnung auch aus heutiger Sicht berech-

tigt. Das Vorgehen des Gesuchstellers wiederum lässt insofern Fragen offen, als er zwar ab Erhalt der Einladungen für die Generalversammlungen die gesamte Zeitspanne bis zum Tag der ordentlichen Generalversammlung verstreichen liess, bis er das Massnahmebegehren stellte, hingegen die gleichentags stattfindende ordentliche Generalversammlung, welche allenfalls die erwünschte Klarheit hätte bringen können, anscheinend nicht abwarten wollte. Angesichts dieser Aspekte rechtfertigt es sich, den Parteien die Kosten des für den gegenstandslos gewordenen Teil des Massnahmebegehrens je zur Hälfte aufzuerlegen.

4.4. Insgesamt sind dem Gesuchsteller somit drei Viertel der Kosten, und der Gesuchsgegnerin ist ein Viertel der Kosten aufzuerlegen. Demzufolge hat der Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung zu entrichten.

4.5. Der Streitwert beläuft sich, wie bereits in der Verfügung vom 8. Juni 2020 festgehalten, auf CHF 120'000.00 (act. 4 S. 8). Bei diesem Streitwert ist die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung der summarischen Natur des Verfahrens und der zum Teil ohne Anspruchsprüfung erfolgten Erledigung auf CHF 5'500.00 festzusetzen (§§ 4, 8 und 10 GebV OG). Diese Gerichtsgebühr ist auch unter dem Gesichtspunkt des Äquivalenzprinzips gerechtfertigt, weil nebst dem vorliegenden Erledigungsentscheid ein superprovisorischer Massnahmeentscheid zu treffen war.

4.6. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies infolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat die betreffende Partei zu behaupten und zu belegen (BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5; ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.). Die Gesuchsgegnerin – eine grundsätzlich mehrwertsteuerpflichtige Aktiengesellschaft – verlangt die Zusprechung einer Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer (act. 1 S. 2), ohne sich im Folgenden zur Mehrwertsteuerpflicht und namentlich zur Frage zu äussern, ob sie zum Abzug der Vorsteuer

berechtigt ist oder nicht. Daher ist der Gesuchsgegnerin die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen. Ihre auf die Hälfte zu reduzierende Parteientschädigung ist angesichts des erwähnten Streitwerts und unter Berücksichtigung der summarischen Natur des Verfahrens auf CHF 3'000.00 festzusetzen (§§ 4 und 9 AnwGebV).

Die Einzelrichterin verfügt und erkennt:

1. Rechtsbegehren Ziffer 1, 2. Spiegelstrich, des Massnahmebegehrens wird als teilweise gegenstandslos abgeschrieben.
2. Im Übrigen wird das Massnahmebegehren abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 5'500.00.
4. Die Kosten werden dem Gesuchsteller zu drei Vierteln und der Gesuchsgegnerin zu einem Viertel auferlegt und aus dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Dem Gesuchsteller wird für den Kostenanteil der Gesuchsgegnerin von einem Viertel das Rückgriffsrecht auf die Gesuchsgegnerin eingeräumt.
5. Der Gesuchsgegnerin wird eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 3'000.00 zugesprochen
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller unter Beilage der Doppel von act. 8, act. 10, act. 11/1-14 und der Kopien von act. 9 und Prot. S. 4.
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 120'000.00.

Zürich, 30. Juni 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Sabrina Schalcher