

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE210134-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan sowie Gerichtsschreiber
Jan Busslinger

Urteil vom 31. März 2022

in Sachen

A._____,
Gesuchsteller

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ **Holding AG**, Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2._____

betreffend **Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 ff.)

- " 1. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen, an welcher folgende Traktanden und Anträge zu behandeln sind:

Traktandum I: Wahl des Verwaltungsrats

Antrag: Es sei A._____, ... [Adresse], mit sofortiger Wirkung als neues Mitglied des Verwaltungsrates zu wählen.

Traktandum II: Auskunft und Einsicht

Antrag: Das Auskunfts- und Einsichtsbegehren des Gesuchstellers vom 20. Juli 2021 samt Ergänzung vom 3. August 2021 sei zu beantworten:

A. Auskunfts- und Einsichtsbegehren vom 20. Juli 2021

1. Gemäss Auskunft von Frau Verwaltungsrätin C._____, betrug der Saldo der Kontokorrentkonti der Aktionäre D._____, C._____ und E._____ per 31. Dezember 2019 je CHF 975.50 zu Gunsten der Aktionäre. Die Bilanz der B._____ Holding AG per 31. Dezember 2019 weist unter der Position "kurzfristige Verbindlichkeiten gegenüb. Aktionär X(unverz.)" einen Betrag von CHF 3'902.-- aus.

Es stellen sich folgende Fragen:

- Sind in diesem Betrag die Guthaben der Aktionäre von je CHF 975.50 enthalten?
 - Falls ja, wie ist die Differenz von CHF 975.50 zu erklären? Gegenüber welchem Aktionär/welchen Aktionären hatte die B._____ Holding AG per 31. Dezember 2019 weitere kurzfristige Verbindlichkeiten in der Höhe von CHF 975.50?
 - Falls nein, wie setzt sich der Betrag von CHF 3'902.-- zusammen?
2. Gemäss Auskunft von Frau Verwaltungsrätin C._____ wurde den Aktionären D._____, C._____ und E._____ im Jahr 2020 je ein Betrag von CHF 10'897.-- betreffend "Rechtskosten" belastet. Um welche konkreten Rechtskosten handelt es sich bei diesem Betrag?
 3. Falls es sich beim obigen Betrag um die Schadenersatzforderung der B._____ Holding AG in der Höhe von CHF 35'616.-- aufgrund des im Jahre 2021 geführten Einberufungsprozesses (HE210034-O) handelt:

- a. Weshalb wurden den Aktionären nur je CHF 10'897.-- und nicht je CHF 11'872.-- (entspricht CHF 35'616.--/3) belastet?
 - b. Weshalb wurde dieser Betrag im Jahr 2020 und nicht im Jahr 2021 belastet?
4. Falls es sich beim obigen Betrag nicht um die Schadenersatzforderung der B._____ Holding AG in der Höhe von CHF 35'616.-- aufgrund des im Jahre 2021 geführten Einberufungsprozesses (HE210034-O) handelt:
- a. Ist es zutreffend, dass die Schadenersatzforderung der B._____ Holding AG aufgrund des Einberufungsprozesses (HE210034-O) in der Höhe von CHF 35'616.-- den Verwaltungsräten nie belastet wurde?
 - b. Gemäss den Rechtsvertretern von Frau Verwaltungsratspräsidentin D._____ hat letztere mit der Zahlung von CHF 35'616.-- am 20. Mai 2021 der B._____ Holding AG den aufgrund des Einberufungsprozesses entstandenen Schaden erstattet. Ist es zutreffend, dass diese Zahlung in Wahrheit nicht den Schaden der Gesellschaft deckte, sondern dazu diente, vorbestehende Schulden der Verwaltungsräte zu tilgen?
5. Gemäss Auskunft von Frau Verwaltungsrätin C._____ betrug der Saldo der Kontokorrentkonti der Aktionäre D._____, C._____ und E._____ per 31. Dezember 2020 je CHF 9'921.50 zu Lasten der Aktionäre. Die Bilanz der B._____ Holding AG per 31. Dezember 2020 weist unter der Position "kurzfristige Verbindlichkeiten gegenüb. Aktionär X(unverz.)" einen Betrag von CHF (-)7'067.20 aus.

Es stellen sich folgende Fragen:

- Sind in diesem Betrag die Schulden der Aktionäre von je CHF 9'921.50 enthalten?
- Falls ja, wie ist die Differenz von CHF 22'697.30 zu erklären?
- Gegenüber welchem Aktionär/welchen Aktionären hatte die B._____ Holding AG per 31. Dezember 2020 kurzfristig Verbindlichkeiten in der Höhe von CHF 22'697.30?
- Falls nein, wie setzt sich der Betrag von CHF (-)7'067.20 zusammen?

6. Gemäss Auskunft von Frau Verwaltungsrätin C._____ sei der Betrag von CHF 35'616.-- je zu einem Dritten von den Aktionären D._____, C._____ und E._____ finanziert worden.

Es stellen sich folgende Fragen:

- Haben C._____ und E._____ den Betrag von je CHF 11'872.-- direkt an D._____ bezahlt oder wurde diese Zahlung über ein Konto der Gesellschaft abgewickelt?
 - Falls die Beträge direkt an D._____ bezahlt wurden: Wann sind diese Zahlungen erfolgt?
7. Kann ausgeschlossen werden, dass diese geleistete Schadenersatzzahlung teilweise- oder zur Gänze indirekt oder direkt an die Verwaltungsräte D._____, C._____ oder E._____ durch Rückzahlung, Verrechnung, Bildung von Guthaben oder durch einen anderen Mechanismus zurückgeflossen ist?
8. Ist es zutreffend, dass der B._____ Holding AG den durch den Einberufungsprozess (HE210034-0) entstandenen Schaden in der Höhe von CHF 35'616.-- vollständig ersetzt wurde?
9. Sind aufgrund der Bezahlung der Schadenersatzforderung Steuern angefallen oder werden Steuern erwartet? Falls ja, wie hoch sind diese (erwarteten) Steuern?
10. Wie wurde die von D._____ geleistete Schadenersatzzahlung von CHF 35'616.-- konkret verbucht? Bitte legen sie sämtliche getätigten Buchungen und betroffenen Buchungskonti offen.
11. Welche konkreten Massnahmen will der Verwaltungsrat umsetzen, damit inskünftig ausgeschlossen ist, dass erneut private Kosten der Aktionäre von oder über die Gesellschaft bezahlt werden?

Zur Beurteilung der Richtigkeit der Antworten auf obige Fragen sind - sofern vorhanden - folgende, die Gesellschaft betreffende Unterlagen vorzulegen:

- Schriftlicher Nachweis (z.B. Gutschriftanzeige der B._____ Holding AG) über Einzahlung eines Betrages von je CHF 2'750.-- der Aktionäre D._____, C._____ und E._____ per 11. Juli 2018;
- Rechnung für die Kosten betreffend "ABV" in der Höhe von insgesamt CHF 5'323.50;
- Rechnung/Beleg über "Rechtskosten 2020" in der Höhe von insgesamt CHF 32'619.--.

B. Ergänzung des Auskunfts- und Einsichtsbegehrens vom 3. August 2021

Am 11. Juli 2018 schlossen E._____ (E._____), F._____ (F._____), D._____ (D._____), C._____ (C._____), die B._____ Holding AG und die Zürcher Kantonalbank eine Nachrangvereinbarung. Mit besagter Vereinbarung verpflichteten sich E._____, F._____, D._____ und C._____ ohne Zustimmung der Bank über ihre Darlehensforderung in der Höhe von je CHF 2'750.-- gegenüber der B._____ Holding AG nicht zu verfügen und keine Rückzahlung (auch nicht in der Form der Verrechnung oder anderer Tilgungsmöglichkeiten) anzunehmen. Die B._____ Holding AG verpflichtete sich ihrerseits, ohne vorherige schriftliche Zustimmung der Zürcher Kantonalbank keinerlei Rückzahlungen an die Darlehensforderungen zu leisten (Nachrangvereinbarung vom 11. Juli 2018 als Beilage 2)

Gemäss Auskunft von Frau Verwaltungsrätin C._____ an der ausserordentlichen Generalversammlung vom 1. Juli 2021 beträgt der Saldo der Kontokorrentkonti D._____, C._____ und E._____ per 30. Juni 2021 je CHF 1'950.50 zu ihren Gunsten. Unabhängig davon, dass mein Klient davon ausgeht, dass dieser Saldo zu Gunsten der Aktionäre zu hoch ist, steht fest, dass die Darlehensforderungen von D._____, C._____ und E._____ reduziert wurden. Es stellen sich im Lichte der Vereinbarung mit der ZKB folgende Fragen:

1. [...]
2. [...]
 - a. [...]
3. [...]
 - a. [...]
 - b. [...]
 - c. [...]
 - d. [...]
 - e. [...]
 - f. [...]
4. Wie hoch ist die Darlehensforderung von F._____ gegenüber der B._____ Holding AG per 31. Juli 2021?
5. Falls die Darlehensforderung von F._____ gegenüber der B._____ Holding AG weniger als CHF 2'750.-- beträgt:

- a. Hat die Zürcher Kantonalbank zugestimmt, dass die Darlehensforderung reduziert wurde?
- b. Falls ja:
 - i. Wann und in welcher Form erfolgte diese Zustimmung?
- c. Falls nein:
 - i. Weshalb wurde keine Zustimmung der Zürcher Kantonalbank eingeholt?
 - ii. Ist der B._____ Holding AG bewusst, dass sie mit diesem Vorgehen die Nachrangvereinbarung mit der Zürcher Kantonalbank verletzt hat?
 - iii. Ist der B._____ Holding AG insbesondere bewusst, dass die ZKB infolge Verletzung dieser Vereinbarung die Darlehen der B._____ Holding AG mit sofortiger Wirkung kündigen kann, was zum sofortigen Kollaps der Gesellschaft führen wird?
 - iv. Hat die B._____ Holding AG F._____ aufgefordert, die Differenz zur vereinbarten Darlehenssumme von CHF 2'750.-- zurückzuführen, um die Verletzung der Verträge mit der ZKB zu heilen?
 - v. Wann ist die Zahlung von F._____ zu erwarten?

Zur Beurteilung der Richtigkeit der Antworten auf obige Fragen sind - sofern vorhanden - folgende, die Gesellschaft betreffenden Unterlagen vorzulegen:

- [...];
- [...];
- Gutschriftsanzeigen der B._____ Holding AG zu Lasten von D._____, C._____, F._____, E._____ betreffend Einzahlung der Differenz zur Darlehenssumme von je CHF 2'750.--;
- [...].

2. Die Gesuchsgegnerin sei unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 500.-- für jeden Tag der Nichterfüllung sowie unter Androhung der Bestrafung ihrer Verwaltungsratsmitglieder mit einer Busse nach Art. 292 StGB für den Fall der Nichterfüllung zu verpflichten, innert zehn Tagen ab Urteilsdatum die ausserordentliche Generalversammlung zur Behandlung der Traktanden gemäss Ziff. 1 per eingeschriebenen Brief an die im Aktienbuch ver-

zeichneten Aktionäre (zur Zeit A._____, D._____, C._____ und E._____) einzuberufen, unter Angabe von Ort und Zeit.

3. Als Datum für die Generalversammlung sei ein Termin anzusetzen, der frühestens 25 Tage nach dem Versand der Einladung und spätestens 30 Tage nach dem Versand der Einladung stattfindet.
4. Als Ort für die Generalversammlung seien die Geschäftsräumlichkeiten der Gesuchsgegnerin an der ... [Adresse 2] zu bezeichnen.

jeweils unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Sachverhaltsüberblick/Prozessgeschichte

1.1. Die B._____ Holding AG (nachfolgend: die Gesuchsgegnerin) ist eine Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von CHF 330'000.00. Das Aktienkapital ist eingeteilt in 1'200 Namenaktien zu CHF 275.00 (act. 3/1).

1.2. Gemäss einem Aktionärbindungsvertrag vom 28. Juni 2018 setzte sich das Aktionariat der Gesuchsgegnerin ursprünglich wie folgt zusammen (act. 3/3 S. 2):

Partei	Anzahl der Aktien	Anteil am AK
F._____	190 Namenaktien	15.83%
D._____	190 Namenaktien	15.83%
C._____	190 Namenaktien	15.83%
E._____	190 Namenaktien	15.83%
A._____	440 Namenaktien	36.67%
Total	1'200 Namenaktien	100%

1.3. A._____ (nachfolgend: der Gesuchsteller) war ursprünglich Präsident des Verwaltungsrates der Gesellschaft (KU zu zweien). Die übrigen Aktionäre waren Mitglieder des Verwaltungsrates (KU zu zweien). Seit Juni 2020 gehört der Ge-

suchsteller nicht mehr dem Verwaltungsrat an. Vielmehr waren ab diesem Zeitpunkt nur noch die übrigen Aktionäre D._____ (Präsidentin des Verwaltungsrats) sowie E._____, C._____ und F._____ Mitglieder des Verwaltungsrates (je mit KU zu zweien) (act. 3/1).

1.4. Am 4. Februar 2021 verkaufte F._____ ihre 190 Aktien an D._____, C._____ und E._____, und am 23. Februar 2021 wurde F._____ als Mitglied des Verwaltungsrates im Handelsregister gestrichen. Im Übrigen blieb die Zusammensetzung des Verwaltungsrates unverändert. Seither setzt sich das Aktionariat der Gesuchsgegnerin wie folgt zusammen (act. 1 Rz. 2 und act. 3/1):

Partei	Anzahl der Aktien	Anteil am AK
D._____	254 Namenaktien	21,16%
C._____	253 Namenaktien	21,08%
E._____	253 Namenaktien	21,08%
A._____	440 Namenaktien	36.67%
Total	1'200 Namenaktien	100%

1.5. Seit geraumer Zeit steht der Gesuchsteller in einer erbitterten Auseinandersetzung mit den übrigen Aktionären der Gesuchsgegnerin. Im Zuge dieser Auseinandersetzung leitete der Gesuchsteller diverse Prozesse ein:

1.6. Erster Einberufungsprozess (HE210034): Mit Gesuch vom 12. Februar 2021 verlangte der Gesuchsteller erstmals die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung und beantragte insbesondere, es sei seine Wahl in den Verwaltungsrat zu traktandieren. Mit Urteil vom 17. März 2021 verpflichtete das Einzelgericht die Gesuchsgegnerin, eine ausserordentliche Generalversammlung durchzuführen. In Nachachtung dieses Urteils führte die Gesuchsgegnerin am 5. Mai 2021 eine ausserordentliche Generalversammlung durch. Dabei wurde der Gesuchsteller nicht als Mitglied des Verwaltungsrates gewählt: 440 Stimmen

(mutmasslich die Stimmen des Gesuchstellers) votierten für die Wahl, 760 Stimmen (mutmasslich die Stimmen der übrigen Aktionäre) waren dagegen.

1.7. Zweiter Einberufungsprozess (HE210100): Mit Schreiben vom 5. Mai 2021 verlangte der Gesuchsteller von der Gesuchsgegnerin die Einberufung der ordentlichen Generalversammlung für das Geschäftsjahr 2020. Mit Gesuch vom 30. Juni 2021 beantragte der Gesuchsteller beim hiesigen Gericht die Einberufung der ordentlichen Generalversammlung für das Jahr 2020 mit verschiedenen Traktanden und Anträgen. Nachdem die Gesuchsgegnerin am 1. Juli 2021 eine Einladung zur ordentlichen Generalversammlung 2020 auf den 17. August 2021 verschickt hatte, schrieb das hiesige Einzelgericht das Verfahren mit Verfügung vom 9. August 2021 als gegenstandslos geworden ab. Gegen diesen Entscheid erhob der Gesuchsteller Beschwerde ans Bundesgericht. Das Bundesgericht wies die Beschwerde mit Urteil vom 28. Dezember 2021 ab. Das begründete Urteil ging am 17. Februar 2022 beim Einzelgericht ein.

1.8. Dritter Einberufungsprozess (HE210134): Noch während der Dauer des Beschwerdeverfahrens im zweiten Einberufungsprozesses (HE210100 beim Einzelgericht des Handelsgerichts und 4A_441/2021 beim Bundesgericht) reichte der Gesuchsteller den vorliegenden dritten Einberufungsprozess mit den obgenannten Anträgen ein (act. 1). Mit Stellungnahme vom 4. November 2021 beantragte die Gesuchsgegnerin, das Gesuch sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (act. 7). Am 5. November 2021 reichte der Gesuchsteller eine Noveneingabe ein (act. 10). Beide Eingaben (Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 4. November 2021 und Noveneingabe vom 5. November 2021) wurden der jeweiligen Gegenpartei zugestellt (act. 12 und 13), wobei der Gesuchsteller am 19. November 2021 (act. 14) und die Gesuchsgegnerin am 26. November 2021 weitere Stellungnahmen einreichten (act. 16). Nach Vorliegen des begründeten Bundesgerichtsurteils vom 28. Dezember 2021 (am 17. Februar 2022 in der begründeten Fassung hier eingegangen) stellte das Einzelgericht die Eingaben vom 19. und 26. November 2021 den jeweiligen Gegenparteien zu (act. 20), worauf der Gesuchsteller am 2. März 2021 (act. 22) und die Gesuchsgegnerin am 3. März 2022 je eine weitere Stellungnahme einreichten (act. 24). Diese letzten Stellungnahmen

wurden den jeweiligen Gegenparteien wiederum zugestellt (Prot. S. 6; act. 26/1-2), ohne dass neue Eingaben eingingen. Die Sache ist nunmehr spruchreif.

2. Prozessuale Vorbemerkung

Über ein Gesuch betreffend Einberufung einer Generalversammlung ist im summarischen Verfahren zu befinden (Art. 250 lit. c Ziff. 9 ZPO). Im summarischen Verfahren ist grundsätzlich ein Schriftenwechsel vorgesehen (Art. 253 ZPO). Die Rechtsprechung betont, dass ein zweiter Schriftenwechsel nur ausnahmsweise und mit der gebotenen Zurückhaltung durchzuführen ist (BGE 146 III 237 E. 3.1 S. 240-243). Mit ihren zahlreichen Eingaben (vier Eingaben des Gesuchstellers, drei Eingaben der Gesuchsgegnerin) prozessieren die Parteien nicht nach dem Geist des summarischen Verfahrens.

3. Materielles

3.1. Mit dem Antrag auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung bezweckt der Gesuchsteller zweierlei: Einerseits verlangt er, es sei seine Wahl in den Verwaltungsrat zu traktandieren (Rechtsbegehren Ziffer 1: Traktandum I). Andererseits bezweckt er die Wahrnehmung der Auskunfts- und Einsichtsrechte (Rechtsbegehren Ziffer 1: Traktandum II), wobei diese Anträge insbesondere mit den Kosten des ersten Einberufungsprozesses (HE210034, vgl. E. 1.6) in Zusammenhang stehen.

3.2. Gemäss Art. 699 Abs. 4 OR hat der Richter auf Antrag des Gesuchstellers die Einberufung der Generalversammlung anzuordnen, wenn der Verwaltungsrat diesem Begehren nicht binnen angemessener Frist entspricht.

a. Bei der Beurteilung eines Einberufungsgesuchs gestützt auf Art. 699 Abs. 4 OR sind nur formelle Fragen zu prüfen, d.h. ob der Gesuchsteller Aktionär ist, die formellen Voraussetzungen von Art. 699 Abs. 3 Satz 1 OR erfüllt sind und ob tatsächlich ein Einberufungsbegehren an den Verwaltungsrat gestellt wurde, dem innert angemessener Frist nicht entsprochen wurde (BGE 142 III 16 E. 3.1 S. 20-21). Der Einberufungsrichter unterzieht das Einberufungs- und Traktandierungsbegehren keiner materiellen Prüfung, denn bei der richterlichen Einberufung ge-

stützt 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 einberufene Versammlung gefasst worden sind (BGE 142 III 16 E. 3.1 S. 21). Der Einberufungsrichter hat daher bei einem Einberufungsgesuch auch nicht zu beurteilen, ob die an der Generalversammlung zu fassenden Beschlüsse gültig sein werden, denn diese Fragen ist erst im Rahmen einer allfälligen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage (Art. 706 ff. OR) gegen die gefassten Beschlüsse zu prüfen (BGE 142 III 16 E. 3.1 S. 21). Immerhin ist bei der Ausübung des Einberufungs- und Traktandierungsrechts das Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB zu beachten, denn der offenbare Missbrauch dieses Rechts findet keinen Rechtsschutz. Der Einberufungsrichter hat mithin einem Einberufungs- und Traktandierungsbegehren nicht stattzugeben, wenn sich dieses als offensichtlich missbräuchlich und schickanös herausstellt (BGE 142 III 16 E. 3.1 S. 21).

b. Im vorliegenden Fall ist das Einberufungs- und Traktandierungsrecht des Gesuchstellers grundsätzlich ausgewiesen. Bereits im Urteil vom 17. März 2021 im ersten Einberufungsprozess (HE210034) wurde dies dargelegt (E. 3.2 - E. 3.4), so dass grundsätzlich darauf verwiesen werden kann. Der Gesuchsteller ist Aktionär. Er hält 36.67% des Aktienkapitals, womit die von Art. 699 Abs. 3 Satz 1 OR verlangte 10%-Schwelle überschritten wird. Und er hat mit Schreiben vom 20. Juli 2021/3. August 2021 sein Einberufungs- und Traktandierungsrecht gegenüber dem Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin wahrgenommen (act. 3/5 und act. 3/9). Die Gesuchsgegnerin wäre somit verpflichtet gewesen, entsprechend dem Begehren des Gesuchstellers eine Generalversammlung einzuberufen.

c. Fraglich kann somit nur sein, ob das Einberufungs- und Traktandierungsrecht nach Art. 699 Abs. 4 OR offensichtlich rechtsmissbräuchlich geltend gemacht wird.

3.3. Zum Gesuch betreffend Einberufung einer Generalversammlung zwecks Wahl des Gesuchstellers in den Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin (Traktandum I): Der Gesuchsteller hat mit Schreiben vom 20. Juli 2021 an die Gesuchsgegnerin die Einberufung einer Generalversammlung und die Traktandie-

rung seiner Wahl in den Verwaltungsrat verlangt (act. 3/5). Anlässlich der Generalversammlung vom 17. August 2021 wurde der Gesuchsteller mit den Stimmen aller Aktionäre (1'200 Stimmen) in den Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin gewählt (act. 3/14). Nur wenige Tage später erklärte der Gesuchsteller mit Schreiben vom 28. August 2021 seinen Rücktritt aus dem Verwaltungsrat (act. 3/15). Mit dem vorliegenden Gesuch verlangt der Gesuchsteller am 11. Oktober 2021 erneut die Einberufung einer Generalversammlung unter anderem zwecks Zuwahl in den Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin (act. 1 Rechtsbegehren 1, Traktandum I).

Dieses Vorgehen ist offensichtlich rechtsmissbräuchlich. Ein Aktionär, der bereits seit längerem und zuletzt mit Schreiben vom 20. Juli 2021 seine Wahl in den Verwaltungsrat verlangt hat, an der Generalversammlung vom 17. August 2021 effektiv in den Verwaltungsrat gewählt wurde, dann aber wenige Tage später am 28. August 2021 bereits wieder zurücktrat, bevor er am 11. Oktober 2021 mit dem vorliegenden Gesuch erneut die Einberufung einer Generalversammlung zwecks Wahl in den Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin verlangte, handelt offensichtlich widersprüchlich und damit rechtsmissbräuchlich. Daran ändert die Begründung des Gesuchstellers für seinen unmittelbar nach der Wahl vom 17. August 2021 erklärten Rücktritt nichts, er habe aufgrund der unklaren finanziellen Situation eine Überschuldung der Gesellschaft befürchtet und wolle sich nicht einem Haftungsrisiko aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit aussetzen. Erstens ist nicht einzusehen, was sich in der Zeit zwischen dem Rücktritt aus dem Verwaltungsrat (27. August 2021) und der Einreichung des vorliegenden Gesuchs zwecks Durchsetzung der (erneuten) Wahl in den Verwaltungsrat (11. Oktober 2021) an der Ausgangslage in Bezug auf die finanziellen Verhältnisse der Gesuchsgegnerin geändert haben soll. Zweitens ist nicht ersichtlich, dass der Gesuchsteller in der 10-tägigen Amtszeit sein Auskunftsrecht als Verwaltungsrat (Art. 715a OR), das weiter geht als das Auskunftsrecht des Aktionärs (Art. 697 OR), wahrgenommen hätte, um sich ein Bild über die finanzielle Situation der Gesellschaft zu machen; insbesondere legt er nicht offen, welche Informationen er von den anderen Mitgliedern des Verwaltungsrates in einem von ihm erwähnten Schreiben vom 20. August 2021 (vgl. act. 3/15) verlangt hatte. Drittens ist nicht

ersichtlich, dass der Gesuchstellerin im Verwaltungsrat die Erstellung einer Zwischenbilanz wegen begründeter Besorgnis einer Überschuldung (Art. 725 Abs. 2 OR) thematisiert hätte. Der Gesuchsteller hätte somit verschiedene Möglichkeiten zur Absicherung gegen Haftungsrisiken gehabt, zumal ohnehin nur eine Haftung für eigenes Verschulden drohen würde und allfällige Pflichtverletzungen anderer Organe keine Gefahr für den Gesuchsteller darstellen würden (Art. 754 und 759 OR).

Die Argumentation des Gesuchstellers erweist sich widersprüchlich und damit rechtsmissbräuchlich. Das Gesuch ist somit insoweit abzuweisen, als in Rechtsbegehren Ziffer 1 Traktandum I die Einberufung einer Generalversammlung zwecks Zuwahl in den Verwaltungsrat verlangt wird.

3.4. Zum Gesuch betreffend Einberufung einer Generalversammlung zwecks Wahrnehmung des Auskunfts- und Einsichtsrechts (Traktandum II): Der Gesuchsteller hat in Rechtsbegehren Ziffer 1 Traktandum II ein Einberufungsbegehren gestellt zwecks Erteilung von Auskunft und Einsicht in Bezug auf einen umfangreichen Fragekatalog.

Dazu ist vorab zu bemerken, dass an der ausserordentlichen Generalversammlung vom 1. Juli 2021 in Anwesenheit des Gesuchstellers und seines Rechtsvertreters die im vorliegenden Verfahren thematisierten Fragen weitgehend beantwortet und die Antworten vorschriftsgemäss protokolliert wurden (Art. 702 OR, act. 9/2). Möglicherweise ist das Auskunftsbegehren vom 20. Juli 2021/3. August 2021 als Reaktion auf die an der GV vom 1. Juli 2021 erteilten Auskünfte zu sehen (act. 3/5), die der Gesuchsteller allenfalls als ungenügend eingestuft hat. Allerdings wäre es dem Gesuchsteller, der von einem Anwalt vertreten war/ist, der sich seit geraumer Zeit intensiv mit der in Frage stehenden Materie beschäftigt, zumutbar gewesen, bereits an der Generalversammlung vom 1. Juli 2021 Präzisierungen zu den damals erteilten Auskünften zu verlangen, zumal das Auskunfts- und Einsichtsrecht an der Generalversammlung auszuüben ist (Art. 697 Abs. 1 OR).

Entscheidend ist jedoch, dass am 17. August 2021 - und damit nach den schriftlichen Auskunfts- und Einsichtsbegehren vom 20. Juli/3. August 2021 - eine weitere Generalversammlung durchgeführt wurde, an welcher der Gesuchsteller wie erwähnt (vgl. oben E. 3.3) in den Verwaltungsrat gewählt wurde und an welcher er auch sein Auskunfts- und Einsichtsrecht gemäss dem umfangreichen Fragekatalog vom 20. Juli/3. August 2021 hätte wahrnehmen können. Nochmals ist zu betonen, dass das Auskunfts- und Einsichtsrecht an der Generalversammlung wahrzunehmen ist (Art. 697 Abs. 1 OR), damit alle anwesenden Aktionäre auf dem gleichen Wissensstand sind (BGE 132 III 71 E. 2.1 S. 81-82) und damit die Ergebnisse der Auskunft protokolliert werden können (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Von dieser Möglichkeit hätte der Gesuchsteller Gebrauch machen müssen, zumal die Thematik aufgrund des umfangreichen Fragenkatalogs vom 20. Juli 2021/3. August 2021 bestens bekannt war und der Verwaltungsrat über die im Raum stehenden Fragen entsprechend im Bild war. Insbesondere ändert daran auch der Umstand nichts, dass das Thema "Auskunft und Einsicht" nicht traktandiert war, weil der Gesuchsteller sein Begehren unter dem Traktandum 5 "Varia" hätte stellen können. Zudem waren alle Aktionäre an der Generalversammlung vom 17. August 2021 anwesend, so dass die Generalversammlung ohne Einhaltung der Formvorschriften (z.B. Traktandierung) als Universalversammlung durchgeführt werden konnte (Art. 701 OR). Warum der Gesuchsteller auf die Wahrnehmung des Auskunfts- und Einsichtsrechts an der Generalversammlung vom 17. August 2021 verzichtete, ist letztlich nicht bekannt. Möglicherweise hielt er das Auskunfts- und Einsichtsrecht des Aktionärs (Art. 697 Abs. 1 OR) für obsolet, nachdem er an der Generalversammlung vom 17. August 2021 als Verwaltungsrat gewählt wurde und in dieser Eigenschaft viel weitergehende Informationsrechte gehabt hätte (Art. 715a OR). Wenn er von seiner selbst beantragten Wahl als Verwaltungsrat (17. August 2021) schon wenige Tage nichts mehr wissen wollte und vom Amt des Verwaltungsrates sogleich wieder zurücktrat (28. August 2021) und damit auch die weitgehenden Informationsrechte eines Verwaltungsrates preisgab, hat er sich das selbst zuzuschreiben.

Insgesamt erweckt das Vorgehen des Gesuchstellers den Eindruck, dass er es vorzieht, mit dem Gesuch vom 11. Oktober 2021 ein aufwändiges Verfahren

loszutreten, anstatt die Informationsrechte des Aktionärs (Art. 697 Abs. 1 OR) oder Verwaltungsrates (Art. 715a OR) bei den sich bietenden Gelegenheiten wahrzunehmen. Ein solches Vorgehen ist missbräuchlich und verdient keinen Rechtsschutz, weshalb das Gesuch um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung (Art. 699 Abs. 4 OR) abzuweisen ist.

3.5. Fazit: Das Gesuch ist abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Gesuchsteller kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO).

4.2. In der Verfügung vom 14. Oktober 2021 wurde der Streitwert auf CHF 121'000.00 festgesetzt. Bei diesem Streitwert ergibt sich eine Grundgebühr von CHF 9'590.00. Aufgrund des von den Parteien sehr aufwändig und gegen den Geist des summarischen Verfahrens geführten Prozesses (vgl. E. 2) rechtfertigt sich ein Zuschlag wegen besonderem Zeitaufwand und Schwierigkeit (§ 4 Abs. 2 GebV OG) bzw. eine nur geringfügige Reduktion aufgrund der Verfahrensart (§ 8 Abs. 1 GebV OG), so dass die Gerichtsgebühr gemessen an der Grundgebühr insgesamt nur geringfügig auf CHF 9'000.00 zu reduzieren ist.

4.3. Ferner ist der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine Prozessentschädigung von CHF 10'000.00 zu bezahlen.

Der Einzelrichter verfügt:

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 9'000.00.
3. Die Kosten werden dem Gesuchsteller auferlegt und aus dem geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 10'000.00 zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. 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 121'000.00.

Zürich, 31. März 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Jan Busslinger