

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF240047-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichter lic. iur. et phil. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach  
sowie Gerichtsschreiber MLaw S. Widmer

## Beschluss vom 16. September 2024

in Sachen

1. **A.**\_\_\_\_,

2. **B.**\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1.\_\_\_\_ und / oder Rechtsanwalt  
MLaw X2.\_\_\_\_,

gegen

1. **C.**\_\_\_\_ **AG**,

2. **D.**\_\_\_\_,

3. **E.**\_\_\_\_,

4. **F.**\_\_\_\_,

5. **G.**\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte,

2, 3, 4, 5 vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y1.\_\_\_\_, und / oder Rechtsanwalt  
Dr. iur. Y2.\_\_\_\_,

betreffend **vorsorgliche / superprovisorische Massnahme**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. April 2024 (ET240009)**

### Erwägungen:

1.

1.1. Die Parteien sind – soweit bekannt – die Aktionäre der H.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: H.\_\_\_\_\_). Gleichzeitig sind bzw. waren die Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan: Berufungskläger) sowie die Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten 2-5 (fortan: Berufungsbeklagte) die Verwaltungsräte der H.\_\_\_\_\_ (act. 4/18; www.zefix.ch, zuletzt besucht am: 4. September 2024). Die H.\_\_\_\_\_ bezweckt ... [Zweck] (act. 4/18). Sie soll 120 Angestellte haben (act. 2 Rz. 60).

1.2. Zwischen den Aktionären der H.\_\_\_\_\_ besteht seit dem 30. November 2020 ein Aktionärbindungsvertrag (act. 4/2 = act. 6/4/2).

1.3. Anfang April 2024 beschloss der Verwaltungsrat der H.\_\_\_\_\_, die Aktionäre zu einer ausserordentlichen Generalversammlung auf den 26. April 2024 einzuladen. Ein Traktandum der ausserordentlichen Generalversammlung sollte die Wahl von I.\_\_\_\_\_ in den Verwaltungsrat der H.\_\_\_\_\_ bilden, wogegen die Berufungskläger opponierten. Sie erblickten in diesem Vorhaben eine Verletzung des Aktionärbindungsvertrages. Die übrigen Verwaltungsräte/Aktionäre liessen die Proteste der Berufungskläger kalt (vgl. act. 4/7-14; act. 6/4/7-14).

2.

2.1. Mit Eingabe vom 22. April 2024 (Datum Eingang) stellten die Berufungskläger beim Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich (fortan: Vorinstanz) ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit folgendem Rechtsbegehren (vgl. act. 5 E. 1; act. 4/21):

1. Es sei den Gesuchsgegnern 1 bis 5 vorsorglich zu verbieten, ihre Stimmrechte an der Generalversammlung der H.\_\_\_\_\_ AG, mit Sitz in Zürich, hinsichtlich des nachfolgenden Traktandums auszuüben:  
Traktandum 3. Election of I.\_\_\_\_\_ to the Board of Directors
2. Die in Ziff. 1 beantragten Massnahmen seien im Sinne von Art. 265 ZPO sofort und ohne vorgängige Anhörung des Gesuchsgegners anzuordnen;
3. Den Gesuchsgegnern sei die Entscheidung via E-Mail und/oder Inca Mail vorab zuzustellen;

4. Den Gesuchstellern 1 und 2 sei nach Abschluss des vorliegenden Massnahmeverfahrens eine angemessene Prosequierungsfrist anzusetzen, mindestens aber 30 Tage.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zu Lasten der Gesuchsgegner 1 bis 5.

2.2. Mit Verfügung vom 23. April 2024 trat die Vorinstanz auf das Gesuch nicht ein. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, das Gesuch betreffe eine Streitigkeit aus dem Recht der Handelsgesellschaften nach Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO mit einem Streitwert über Fr. 30'000.– und falle in die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich (act. 5 E. 3).

2.3. Mit Eingabe vom 23. April 2024 wandten sich die Berufungskläger mit demselben Rechtsbegehren an das Handelsgericht des Kantons Zürich. Dieses trat mit Verfügung vom selben Tag ebenfalls nicht auf das Gesuch ein (act. 4/20). In der Begründung verwies das Handelsgericht auf seine Praxis, wonach Streitigkeiten aus Aktionärbindungsverträgen keine Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften nach Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO darstellten (act. 4/20 E. 3).

### 3.

3.1. Tags darauf erhoben die Berufungskläger beim Obergericht des Kantons Zürich Berufung gegen den Nichteintretensentscheid der Vorinstanz vom 23. April 2024. Sie stellten folgende Berufungsanträge:

1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 23. April 2024 (Geschäfts-Nr. ET240009-L/U) aufzuheben;
2. es sei den Berufungsbeklagten 1 bis 5 vorsorglich zu verbieten, ihre Stimmrechte an der Generalversammlung der H. \_\_\_\_\_ AG, mit Sitz in Zürich, hinsichtlich des nachfolgenden Traktandums auszuüben:  
Traktandum 3. Election of I. \_\_\_\_\_ to the Board of Directors
3. Die in Ziff. 1 beantragten Massnahmen seien im Sinne von Art. 265 ZPO sofort und ohne vorgängige Anhörung des Gesuchsgegners anzuordnen;
4. Den Berufungsbeklagten sei die Entscheidung via E-Mail und/oder Inca Mail vorab zuzustellen;
5. Den Berufungsklägern 1 und 2 sei nach Abschluss des vorliegenden Massnahmeverfahrens eine angemessene Prosequierungsfrist anzusetzen, mindestens aber 30 Tage.
6. Eventualiter sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 23. April 2024 (Geschäfts-Nr. ET240009-L/U) aufzuheben

und die Vorinstanz anzuweisen, die vorsorgliche Massnahme gemäss vorstehenden Rechtsbegehren Ziffer 2 bis 5 vor dem 26. April 2024 zu verfügen.

7. Subeventualiter sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 23. April 2024 (Geschäfts-Nr. ET240009-L/U) aufzuheben und die Sache zur umgehenden (vor dem 26. April 2024) Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zu Lasten der Berufungsbeklagten 1 bis 5.

3.2. Mit Verfügung vom 24. April 2024 wurde den Berufungsbeklagten 1-5 einstweilen (superprovisorisch) verboten, ihre Stimmrechte an der Generalversammlung der H.\_\_\_\_\_ vom 26. April 2024 hinsichtlich des Traktandums 3 "Election of I.\_\_\_\_\_ to the Board of Directors" auszuüben (act. 7 Dispositiv-Ziff. 1). Gleichzeitig wurde den Berufungsbeklagten eine Frist von 10 Tagen ab Zustellung der Verfügung angesetzt, um zur superprovisorischen Anordnung Stellung zu nehmen und die Berufung zu beantworten (act. 7 Dispositiv-Ziff. 2). Den Berufungsklägern wurde ihrerseits eine zehntätige Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 5'200.– zu leisten (act. 7 Dispositiv-Ziff. 3).

3.3. Die Berufungskläger leisteten den Kostenvorschuss innert Frist (act. 8/1; act. 10). Mit Eingabe vom 26. April 2024 verzichteten die Berufungskläger im Namen der Berufungsbeklagten 1 auf eine Stellungnahme zur superprovisorischen Anordnung (act. 9). Am 6. Mai 2024 reichten die Berufungsbeklagte 1 – nunmehr handelnd durch die Berufungsbeklagten 3 und 4 – (act. 11) und die Berufungsbeklagten 2-5 (act. 13) fristgerecht ihre Berufungsantworten ein (vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 8/2-5). Darin stellten sie übereinstimmend folgende Anträge:

- "1. Das Verfahren sei zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben, soweit auf die Berufung einzutreten ist.
2. Eventualiter zu Rechtsbegehren Ziff. 1 sei die Verfügung des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich vom 23. April 2024 (Geschäfts-Nr. ET240009-L) aufzuheben und das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben.
3. Eventualiter zu Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 sei die Verfügung des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. April 2024 (Geschäfts-Nr.

ET240009-L) aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben, soweit darauf einzutreten ist.

4. Eventualiter zu Rechtsbegehren Ziff. 1 bis 3 sei die Verfügung des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich vom 23. April 2024 (Geschäfts-Nr. ET240009-L) aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

[Unter solidarischer Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gesuchsteller und Berufungskläger]."

3.4. In ihrer Stellungnahme vom 21. Mai 2024 halten die Berufungskläger an den in der Berufungsschrift gestellten Rechtsbegehren fest (act. 19).

4. Bevor auf die Anträge der Parteien einzugehen ist, sind in prozessualer Hinsicht folgende Vorbemerkungen angezeigt:

4.1. Im Namen der Berufungsbeklagten 1 wurden innert der mit Verfügung vom 24. April 2024 angesetzten Frist zwei Eingaben eingereicht. In der ersten Eingabe vom 26. April 2024 wird auf eine Stellungnahme zur superprovisorischen Anordnung verzichtet (act. 9). In der zweiten Eingabe vom 6. Mai 2024 erfolgte die Beantwortung der Berufung (act. 11). Die erste Eingabe trägt die Unterschriften der Berufungskläger. Als Funktion ist Verwaltungsratspräsident und Mitglied des Verwaltungsrates angegeben (act. 9). Die zweite Eingabe vom 6. Mai 2024 unterzeichneten die Berufungsbeklagten 3 und 4, wobei sie sich ebenfalls als Verwaltungsratspräsident resp. Mitglied des Verwaltungsrates der Berufungsbeklagten 1 ausgaben (act. 11 S. 10). Aus dem Handelsregistereintrag und den namens der Berufungsbeklagten 1 eingereichten Unterlagen ergibt sich, dass zwischen Februar und Mai Wechsel in der Zusammensetzung und Konstituierung des Verwaltungsrates der Berufungsbeklagten 1 stattfanden ([www.zefix.ch](http://www.zefix.ch); zuletzt besucht am: 4. September 2024; act. 12/4+5). Die Berufungskläger haben die Zeichnungsberechtigung der Berufungsbeklagten 3 und 4 in ihrer Stellungnahme vom 21. Mai 2024 nicht bestritten (act. 19). Weil sich die beiden Eingaben nicht widersprechen, sondern die Berufungskläger einfach auf eine Stellungnahme zur superprovisorischen Anordnung verzichtet haben, kann sodann offenbleiben, ob die

Berufungskläger am 26. April 2024 noch dazu berechtigt waren, im Namen der Berufungsbeklagten 1 zu handeln.

4.2. Die Berufungsbeklagten 2-5 machten in ihrer gemeinsamen Berufungsantwort vom 6. Mai 2024 geltend, die Rechtsvertreter der Berufungskläger seien nicht gehörig bevollmächtigt. Die Vollmachten umfassten nach ihrem Wortlaut lediglich Rechtshandlungen gegen die Berufungsbeklagte 1 (act. 13 Rz. 9-11). Mit Stellungnahme vom 21. Mai 2024 reichten die Berufungskläger von sich aus ergänzte Anwaltsvollmachten ein. Diese beziehen sich nunmehr auch vom Wortlaut her eindeutig auf Rechtshandlungen gegenüber sämtlichen Berufungsbeklagten (vgl. act. 20/22a+b). Weiterungen erübrigen sich damit.

5.

5.1. Die Berufungsbeklagten beantragen die Abschreibung des Verfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit. Sie stellen sich auf den Standpunkt, das Rechtsbegehren der Berufungskläger habe sich ausschliesslich auf die Stimmrechtsausübung hinsichtlich Traktandum 3 an der Generalversammlung vom 26. April 2024 bezogen. Die fragliche Generalversammlung habe stattgefunden und sie (die Berufungsbeklagten) hätten sich an das superprovisorisch ausgesprochene Verbot gehalten; eine Wahl von I. \_\_\_\_\_ in den Verwaltungsrat der Gesellschaft habe nicht stattgefunden. Damit sei der Streitgegenstand bzw. das Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der Berufung nachträglich dahingefallen (act. 11 Rz. 18-24; act. 13 Rz. 12-18).

5.2. Die Berufungskläger erwidern, das Berufungsverfahren sei nicht gegenstandslos geworden. Es sei zwar richtig, dass sich das beantragte vorsorgliche Abstimmungsverbot auf die Generalversammlung vom 26. April 2024 bezogen habe; für weitere "generalpräventive" Anträge zur Verhinderung der Zuwahl eines Nicht-Aktionärs in den Verwaltungsrat habe weder eine Dringlichkeit noch eine Notwendigkeit bestanden. Die Berufungsschrift richte sich jedoch gegen den Nichteintretensentscheid der Vorinstanz. Ob dieser korrekt gewesen sei, müsse vom Obergericht noch entschieden werden. Zudem hätten sie (die Berufungskläger) im Rahmen eines auf das VSM-Verfahren folgenden Hauptsachenprozesses ein schutzwürdiges Interesse, den Verstoß gegen den Aktionärsbindungsvertrag

feststellen zu lassen. Ein solches Rechtsbegehren könne jedoch erst nach Fristansetzung in einem Prosequierungs- bzw. Hauptprozess gestellt werden. Das VSM-Begehren sei erforderlich, um das Rechtsschutzinteresse im folgenden Hauptsachenprozess nachzuweisen (act. 19).

5.3. Das Gericht tritt auf eine Klage oder auf ein Gesuch ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Eine Prozessvoraussetzung ist insbesondere, dass die klagende oder gesuchstellende Partei ein schutzwürdiges Interesse hat (Art. 59 Abs.2 lit. a ZPO). Dieses sog. Rechtsschutzinteresse muss im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Prozesses bzw. der Anhängigmachung des Rechtsmittels vorhanden sein, ansonsten auf die Klage bzw. das Rechtsmittel nicht eingetreten werden kann. Das bedeutet für ein Rechtsmittel u.a., dass es geeignet sein muss, den gewünschten Erfolg herbeizuführen und einen wirtschaftlichen, ideellen oder materiellen Nachteil der das Rechtsmittel ergreifenden Partei zu beseitigen (vgl. SEILER, Die Berufung nach ZPO, N 533 und 546). Da das Gericht konkrete und nicht bloss theoretische Fragen zu entscheiden hat, muss das Rechtsschutzinteresse auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung aktuell sein. Fällt das Rechtsschutzinteresse während des Verfahrens definitiv weg, ist das Verfahren i.S.v. Art. 242 ZPO als gegenstandslos abzuschreiben (BGE 146 III 416 E. 7.4; BGer 4A\_570/2022 vom 16. Mai 2023 E. 2.1; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 242 N 8).

5.4. Gegenstand des von den Berufungsklägern beantragten vorsorglichen Verbots ist die Stimmrechtsausübung an der Generalversammlung vom 26. April 2024 zur Wahl von I.\_\_\_\_\_ in den Verwaltungsrat der H.\_\_\_\_\_. Dass sich das Massnahmebegehren einzig auf die besagte Generalversammlung bezieht, bestätigten die Berufungskläger in ihrer Eingabe vom 21. Mai 2024 (act. 19 Rz. 6). Mit Verfügung vom 23. April 2024 verbot die Kammer den Berufungsbeklagten einstweilen (superprovisorisch), ihre Stimmrechte an der Generalversammlung vom 26. April 2024 zum strittigen Traktandum abzugeben. Daraufhin strichen die Berufungsbeklagten die Wahl von I.\_\_\_\_\_ von der Traktandenliste. Die Aktionäre stimmten an der Generalversammlung vom 26. April 2024 nicht über die Wahl eines neuen Verwaltungsratsmitgliedes ab (vgl. act. 12/7; act. 19 Rz. 9). Somit ist

das von den Berufungsklägern angestrebte Ziel erreicht und das schutzwürdige Interesse an der Beurteilung des Massnahmebegehrens entfallen.

5.5. Gibt es in der Sache nichts mehr zu entscheiden, besteht entgegen der Auffassung der Berufungskläger auch kein schutzwürdiges Interesse mehr an der Überprüfung des vorinstanzlichen Nichteintretensentscheides. Das Berufungsverfahren dient nicht der abstrakten Beantwortung von Rechtsfragen, wie z.B. der sachlichen Zuständigkeit für Streitigkeiten aus Aktionärbindungsverträgen. Nach der Rechtsprechung wird nur dann ausnahmsweise auf das Erfordernis eines aktuellen praktischen Interesses verzichtet, wenn die gerügte Rechtsverletzung sich jederzeit wiederholen könnte und eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre (sog. virtuelles Interesse; BGE 136 III 497 E. 1.1; BGer 5A\_274/2020 vom 23. Juni 2020 E. 3.1; vgl. auch BGE 147 I 478 E. 2.1; BGE 146 II 335 E. 1.3). Vorliegend scheiterte eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung des vorinstanzlichen Nichteintretensentscheides daran, dass zwischen dem Eingang der Berufung und der Generalversammlung gerade einmal zwei Tage lagen. Eine solche zeitliche Dringlichkeit besteht allerdings nicht bei allen potentiellen Streitigkeiten aus Aktionärbindungsverträgen. Dass eine rechtzeitige Überprüfung eines bezirksgerichtlichen Zuständigkeitsentscheids bei Streitigkeiten aus Aktionärbindungsverträgen kaum je möglich wäre, machen die Berufungskläger denn zu Recht auch nicht geltend.

5.6. Anders als die Berufungskläger anzunehmen scheinen, ändert eine Abschreibung des Berufungsverfahrens an der Ausgangslage mit Blick auf die Hauptklage nichts. Weil die Wirkungsdauer des beantragten vorsorglichen Verbots von vornherein zeitlich eng begrenzt war, wäre auch im Falle einer Gutheissung des Massnahmebegehrens auf die Ansetzung einer Prosequierungsfrist i.S.v. Art. 263 ZPO zu verzichten gewesen (vgl. Art. 263 ZPO; OFK ZPO-ROHNER/WIGET, 3. Aufl. 2023, Art. 263 N 1; ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, 3. Aufl. 2016, Art. 263 N 4; BSK ZPO-SPRECHER, 3. Aufl. 2017, Art. 263 N 16). Mit der Ansetzung einer Prosequierungsfrist soll verhindert werden, dass vorprozessuale vorsorgliche Massnahmen überlange gelten, was vorliegend überflüssig ist (SPÜHLER, Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO annotée/Kurzkommentar, Art. 263

N 1). Die Abschreibung des Verfahrens ändert mithin nichts daran, dass die Berufungskläger die Hauptklage nicht direkt beim Gericht, sondern zunächst bei der zuständigen Schlichtungsbehörde einreichen müssen (vgl. Art. 198 lit. h ZPO). Jede Feststellungsklage setzt sodann ein Feststellungsinteresse voraus (BGE 119 II 368 E. 2a; BGer 4A\_322/2021 vom 9. August 2021 E. 2.1). Das gilt auch für jene, denen ein Massnahmeverfahren vorausging. Ob das vorliegende Massnahmeverfahren zu Ende geführt wird, spielt für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage deshalb keine Rolle. Massgeblich dafür ist vielmehr, ob eine Wahl von I. \_\_\_\_\_ oder eines anderen Nichtaktionärs in den Verwaltungsrat der H. \_\_\_\_\_ weiterhin im Raum steht.

5.7. Zusammenfassend ist die Beurteilung des strittigen Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahmen gegenstandslos geworden. Die von den Berufungsklägern dagegen erhobenen Einwendungen verfangen nicht. Das Berufungsverfahren ist abzuschreiben.

6.

6.1. Damit bleibt noch über die Verteilung der Prozesskosten zu befinden. Die Prozesskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO) sowie wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird und das Gesetz – wie hier – nichts anderes vorsieht (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). In letzterem Fall ist für die Kostenverteilung je nach Lage des Einzelfalls zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre, bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses geführt haben, und welche Partei allenfalls unnötigerweise Kosten verursacht hat. Zwischen diesen Kriterien besteht keine fixe Rangordnung, sondern es steht im Ermessen des Gerichts, welchem Kriterium es den Vorrang gibt (vgl.

BGE 142 V 551 E. 8.2; BGer 5A\_717/2020 vom 2. Juni 2021 E. 4.2.1.1; BGer 5A\_1047/2019 vom 3. März 2020 E. 3.1.1).

6.2. Die Berufungskläger machen geltend, die Prozesskosten seien unter Berücksichtigung des mutmasslichen Verfahrensausgangs den Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Sie (die Berufungskläger) seien mit ihrem auch vor Vorinstanz identisch gestellten Antrag auf Erlass superprovisorischer Massnahmen durchgedrungen. Die Berufungsbeklagten hätten in ihrer Berufungsantwort keine substantiierten Einwendungen gegen das Massnahmegesuch erhoben. Damit hätten sie (die Berufungskläger) im Berufungsverfahren nur dann (teilweise) unterliegen können, wenn der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz korrekt gewesen wäre. Diese Möglichkeit scheidet jedoch mangels eines Antrags der Berufungsbeklagten auf Abweisung der Berufung aus. Zudem hätten die Berufungsbeklagten die Gegenstandslosigkeit verursacht, indem sie nach Erhalt der gerichtlichen Anordnung das entsprechende Traktandum von der Liste gestrichen hätten. Eventualiter seien die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren auf die Staatskasse zu nehmen und ihnen (den Berufungsklägern) eine Parteientschädigung zu Lasten der Staatskasse auszurichten, da ihnen durch den negativen Zuständigkeitskonflikt der Vorinstanz sowie des Handelsgerichts ein unverschuldeter grosser Aufwand entstanden sei (act. 19 Rz. 8-10).

6.3. Die Berufungsbeklagten stellen sich demgegenüber übereinstimmend auf den Standpunkt, die Prozesskosten seien den Berufungsklägern aufzuerlegen. Die Berufungskläger hätten das vorliegende Verfahren mit ihrem Gesuch veranlasst. Es hätte ihnen dabei offen gestanden, vorsorgliche Massnahmen nicht nur für die Generalversammlung vom 26. April 2024, sondern bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu beantragen. Indem die Berufungskläger ihr Massnahmebegehren dennoch auf die Generalversammlung vom 26. April 2024 beschränkt und erst vier Tage vor der besagten Generalversammlung bei der Vorinstanz eingereicht hätten, hätten sie in Kauf genommen und veranlasst, dass das Verfahren nach dem Entscheid über das Superprovisorium gegenstandslos werde. Der mutmassliche Prozessausgang bilde vorliegend kein taugliches Kriterium für die Verlegung der Prozesskosten. Sie (die Berufungsbeklagten) hätten vor Vorinstanz

keine Möglichkeit gehabt, eine Gesuchsantwort einzureichen. Auch das Superprovisorium sei im Berufungsverfahren ohne ihre Anhörung erlassen worden (act. 11 Rz. 25-36; act. 13 Rz. 19-30).

6.4. Den Berufungsbeklagten ist beizupflichten, dass der mutmassliche Prozessausgang vorliegend kein sachgerechtes Kriterium für die Verteilung der Prozesskosten bildet. Die Berufungsbeklagten erhielten im erstinstanzlichen Verfahren keine Gelegenheit, sich zum Massnahmebegehren zu äussern. Als sie im Berufungsverfahren ihre Berufungsantwort erstatteten, war das Massnahmebegehren zudem bereits gegenstandslos geworden. Unter diesen Umständen ist den Berufungsbeklagten nicht anzulasten, dass sie auf Ausführungen zur Berechtigung des Gesuchs grösstenteils verzichteten. Alles andere hätte das Verfahren nur unnötig aufgebläht. Es kommt hinzu, dass die sachliche Zuständigkeit der Parteidisposition entzogen ist (BGE 143 III 495 E. 2.2.2.3; BGE 142 III 515 E. 2.1.2; BGE 140 III 355 E. 2.4; BGE 138 III 471 E. 3.1). Die Zuständigkeit der Vorinstanz wäre auch bei fehlender Opposition der Berufungsbeklagten von Amtes wegen zu prüfen gewesen. Wie die Berufungskläger selbst ausführen, existieren zur Frage, ob Aktionärbindungsverträge unter Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO fallen, unterschiedliche Lehrmeinungen (vgl. die Hinweise in den Verfügungen der Vorinstanz [act. 5 E. 2] und des Handelsgerichtes [act. 4/20]). Das ist denn auch der Grund, weshalb die Vorinstanz und das Handelsgericht zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangten. Die Beantwortung der Zuständigkeitsfrage würde eine Auslegung von Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO erfordern, was den Rahmen des vorliegenden Abschreibungsbeschlusses/Kostenentscheidendes sprengen würde.

6.5. Entgegen der Darstellung der Berufungskläger war es sodann nicht eine Handlung der Berufungsbeklagten, welche die Gegenstandslosigkeit des Massnahmeverfahrens verursachte. Die Gegenstandslosigkeit trat vielmehr ein, weil die Generalversammlung vom 26. April 2024 stattgefunden hatte, bevor ein Gericht – sei dies die Vorinstanz, das Handelsgericht oder das Obergericht – nach Anhörung der Berufungsbeklagten "definitiv" über das Massnahmegesuch entscheiden konnte. Diesen Umstand haben die Berufungskläger zu vertreten, zumal sie – nebst der Formulierung ihres Begehrens – den Zeitpunkt der Gesuchseinrei-

chung bestimmten. Allerdings kann auch ihnen diesbezüglich kaum ein Vorwurf gemacht werden, da die ausserordentliche Generalversammlung erst Anfang April anberaumt wurde (vgl. act. 4/7-10; act. 6).

6.6. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich für die Kostenverteilung darauf abzustellen, welche Partei das Verfahren veranlasste. Veranlasst wurden das Massnahmeverfahren und das Berufungsverfahren durch die Berufungskläger (zur Berücksichtigung des negativen Kompetenzkonflikts vgl. nachfolgende E. 7.3). Die beantragte vorsorgliche Massnahme diene ihren Interessen. Mit der Anordnung des superprovisorischen Verbots konnten sie letztlich erreichen, dass an der Generalversammlung vom 26. April 2024 nicht über die Wahl von I. \_\_\_\_\_ in den Verwaltungsrat der H. \_\_\_\_\_ abgestimmt wurde. Demnach sind die erst- und zweitinstanzlichen Prozesskosten den Berufungsklägern aufzuerlegen.

7.

7.1. Die Vorinstanz auferlegte den Berufungsklägern unter solidarischer Haftung eine Entscheidgebühr von Fr. 800.– (act. 5 Dispositiv-Ziff. 2). Parteientschädigungen sprach sie keine zu (vgl. act. 5 S. 4 f.). Dabei hat es nach dem Gesagten sein Bewenden.

7.2. Mit Blick auf die Prozesskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens ist vorweg auf den Streitwert einzugehen. Die Berufungskläger beziffern den Streitwert auf Fr. 84'021.–. Das entspricht dem Wert ihrer Beteiligung an der H. \_\_\_\_\_ (act. 2 Rz. 15; act. 4/3+5+18). Bei der Bemessung des Kostenvorschusses stellte die Kammer einstweilen auf diese Streitwertangabe ab (act. 7 E. 11). Das Handelsgericht führte in der Verfügung vom 23. April 2024 indes zu Recht aus, dass die Streitwertangabe der Berufungskläger zu tief sei (act. 4/20 E. 4). Die Parteien streiten sich um die Machtverhältnisse innerhalb des Verwaltungsrates einer Unternehmung mit 120 Angestellten (vgl. act. 6/1 Rz. 51). Die Berufungskläger befürchteten, bei einer Wahl von I. \_\_\_\_\_ in den Verwaltungsrat an Entscheidungsmacht hinsichtlich des eigenen Salärs und variablen Gewinnanteils zu verlieren und künftig finanzielle Einbussen hinnehmen zu müssen (act. 2 Rz. 55). Zur Höhe des jährlichen Salärs und Gewinnanteils der Berufungskläger liegen keine brauch-

baren Informationen vor. Immerhin erhält I. \_\_\_\_\_, bei dem es sich nach Angaben der Berufungskläger um einen deutlich tiefer eingestuften Mitarbeiter mit deutlich geringerem Bonusanteil handeln soll (act. 2 Rz. 56 f.), gemäss Arbeitsvertrag ohne Bonus bereits einen jährlichen Bruttolohn von Fr. 160'000.– (act. 4/15). Es ist deshalb davon auszugehen, dass sich der Interessenwert des Massnahmebegehrens mindestens im Bereich von Fr. 250'000.– bewegt. Das Handelsgericht schätzte den Streitwert sogar auf Fr. 500'000.– (act. 4/20 E. 4).

7.3. Bei einem Streitwert von Fr. 250'000.– wäre die Entscheidgebühr unter Berücksichtigung der Reduktionen für das Summarverfahren und die Verfahrenserledigung ohne Anspruchsprüfung grundsätzlich auf rund Fr. 7'000.– festzusetzen (§ 4, § 8 und § 10 GebV OG). So viel hätten die Berufungskläger mithin bezahlen müssen, wenn das zuständige erstinstanzliche Gericht auf das Massnahmebegehren eingetreten und das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen geprüft hätte. Aufgrund des negativen Kompetenzkonflikts zwischen der Vorinstanz und dem Handelsgericht müssen sie jedoch bereits Fr. 3'800.– für Nichteintretensentscheide bezahlen (vgl. act. 5 Dispositiv-Ziff. 2; act. 4/20 Dispositiv-Ziff. 2 und 3). Der negative Kompetenzkonflikt zweier Behörden darf nicht zulasten der Rechtsuchenden gehen. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist deshalb in grosszügiger Ausübung der Reduktionsspielräume auf Fr. 3'200.– festzusetzen (§ 12 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG). Dadurch fallen den Berufungsklägern insgesamt nicht mehr als Fr. 7'000.– an Gerichtskosten an. Die zweitinstanzlichen Gerichtskosten sind mit dem von den Berufungsklägern geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 5'200.– (act. 10) zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Überschuss ist den Berufungsklägern unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruches der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

7.4. Ausserdem sind die Berufungskläger zu verpflichten, den Berufungsbeklagten 2-5 für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Parteientschädigung ist unter Berücksichtigung des zu Recht knapp gehaltenen Aufwandes zur Beantwortung der bereits gegenstandslos gewordenen

Berufung auf Fr. 3'000.– bzw. inkl. Mehrwertsteuer auf Fr. 3'200.– festzusetzen (§ 13 Abs. 4 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2, § 9 AnwGebV). Der Berufungsbeklagten 1 ist mangels anwaltlicher Vertretung und hinreichend begründeter Umtriebe keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. BGer 4A\_436/2023 vom 6. Dezember 2023 E. 4.1 m.w.H.).

7.5. Schliesslich ist noch über den Eventualantrag der Berufungskläger auf Zurechnung einer Parteientschädigung aus der Staatskasse zu befinden. Die Kammer spricht nur dann ausnahmsweise eine Parteientschädigung aus der Staatskasse zu, wenn eine formelle Gegenpartei fehlt, die Behörde materiell Parteistellung hat und sich der angefochtene Entscheid zudem als qualifiziert unrichtig erweist (vgl. OGer ZH PQ210071 vom 17. November 2021 E. V.2.3; OGer ZH PA200053 vom 4. Januar 2021 E. II.3; OGer ZH PA200044 vom 10. November 2020 E. 5.1; OGer ZH PQ170035 vom 6. Juli 2017 E. 7.2; OGer ZH PQ160008 vom 16. März 2016 E. 3.1; OGer ZH PQ140037 vom 28. Juli 2014 E. 3.1; vgl. auch OGer ZH PQ220064 vom 29. November 2022 E. 7.2; BGE 142 III 110 E. 3.3). Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Insbesondere kann der angefochtene Entscheid nicht als qualifiziert unrichtig bezeichnet werden (vgl. oben E. 6.4). Den Berufungsklägern ist daher keine Parteientschädigung aus der Staatskasse zuzusprechen.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'200.– festgesetzt, den Berufungsklägern auferlegt und mit dem von den Berufungsklägern geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag wird der Kostenvorschuss den Berufungsklägern zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruches der Gerichtskasse.
3. Die Berufungskläger werden unter solidarischer Haftung im Aussenverhältnis und je hälftiger Kostentragung im Innenverhältnis verpflichtet, den Berufungsbeklagten 2-5 für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'200.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4. Den Berufungsklägern wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Beilage von Doppeln von act. 9 und 19, und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 250'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw S. Widmer

versandt am:  
16. September 2024