

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE230043-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichterin Nicole Klausner sowie der Gerichtsschreiber
Dr. Severin Harisberger

Urteil vom 6. Juni 2023

in Sachen

A._____,
Gesuchsteller

gegen

B._____ AG,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch: C._____ (Verwaltungsratspräsidentin),

betreffend **Einberufung einer Verwaltungsratssitzung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, umgehend eine Verwaltungsratssitzung einzuberufen mit folgenden Traktanden:
1. **Mandatierung von RA Dr. D._____, E._____ [Kanzlei], Zürich für die Betreuung der Klage der F._____ AG**
 2. **Genehmigung der Klageantwort vom 30.11.2022 im Verfahren der F._____ AG gegen die B._____ AG**
 3. **Frau C._____ hat für beide Beschlüsse in den Ausstand zu treten.**

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:

1. Sachverhaltsüberblick und Prozessgeschichte

Der Gesuchsteller ist Mitglied des Verwaltungsrats der Gesuchsgegnerin, einer Aktiengesellschaft mit Sitz in G._____ (act. 1 Rz. 1 f.; act. 6 Rz. 8, 10). Zweites Mitglied des Verwaltungsrats ist Frau C._____, Verwaltungsratspräsidentin (act. 1 Rz. 3; act. 6 Rz. 3, 12). Beide Verwaltungsratsmitglieder verfügen über Kollektivzeichnungs-berechtigung zu zweien (act. 6 Rz. 12; act. 2/1).

Im September 2022 wurde die Gesuchsgegnerin vor dem Handelsgericht von der F._____ AG auf Bezahlung von CHF 120'000.– eingeklagt (act. 1 Rz. 30; act. 2/10). Die beiden Verwaltungsratsmitglieder sind sich uneins bezüglich des Umgangs mit dieser Klage: Der Gesuchsteller bestreitet deren Begründetheit (vgl. act. 1 Rz. 29, 32), während die Verwaltungsratspräsidentin die Klage als begründet ansieht und vertritt, diese müsse anerkannt werden (act. 1 Rz. 50 f.; act. 6 Rz. 5, 16, 37). Der Gesuchsteller macht geltend, die Verwaltungsratspräsidentin unterliege diesbezüglich einem Interessenkonflikt, da sie die Ehefrau des Eigentümers und Verwaltungsratspräsidenten der F._____ AG sei (act. 1 Rz. 67).

Die besagte Klage der F._____ AG ist unter der Verfahrensnummer HG220134-O hängig. Am 30. November 2022 reichte der Gesuchsteller in jenem Verfahren namens der Gesuchsgegnerin eine einzig von ihm unterzeichnete, als Klageantwort bezeichnete Eingabe ein (act. 1 Rz. 32; act. 6 Rz. 23; act. 2/11). Am

14. März 2023 wurde der Gesuchsgegnerin in jenem Verfahren Frist angesetzt, um diese Eingabe entweder durch die Verwaltungsratspräsidentin genehmigen zu lassen oder sie rechtsgültig (d.h. durch beide kollektivzeichnungsberechtigten Verwaltungsratsmitglieder) unterzeichnet neu einzureichen (act. 1 Rz. 49; act. 2/22).

Nach Darstellung des Gesuchstellers hat dieser wiederholt versucht, einen Verwaltungsratsbeschluss betreffend Mandatierung eines Rechtsvertreters der Gesellschaft im Verfahren HG220134-O herbeizuführen (act. 1 Rz. 40 ff.). Namentlich fanden am 23. März und 17. April 2023 Verwaltungsratssitzungen statt, an denen aber weder die Mandatierung eines Rechtsvertreters, noch die Genehmigung der Eingabe vom 30. November 2022 beschlossen wurde (act. 1 Rz. 50 f., 61; act. 6 Rz. 21, 36, 38; dazu sogleich mehr).

Am 2. Mai 2023 (Datum Poststempel) reichte der Gesuchsteller im vorliegenden Verfahren das Gesuch mit dem eingangs genannten Rechtsbegehren ein (act. 1; act. 2/1-30). Den ihm auferlegten Kostenvorschuss von CHF 7'000.– leistete er fristgerecht (act. 5). Am 15. Mai 2023 reichte die Gesuchsgegnerin, vertreten durch die Verwaltungsratspräsidentin, ihre Gesuchsantwort ein (act. 6; act. 7/1-23). Am 31. Mai 2023 reichte der Gesuchsteller eine Eingabe ein (act. 9). Darin machte er geltend, die Gesuchsantwort leide an formellen Mängeln, weshalb sie aus dem Recht zu weisen und ihm die Frist zur Erstattung der Replik abzunehmen sei. Weitere Eingaben erfolgten bis zum heutigen Tag nicht.

2. Formelles

2.1. Die Zuständigkeit des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich ist gegeben und unbestritten (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 45 lit. c GOG; act. 1 Rz. 1, 4; act. 6 Rz. 4).

2.2. Über das Massnahmebegehren ist im summarischen Verfahren zu entscheiden (Art. 250 lit. c; ERB, Die richterliche Einberufung von Verwaltungsratssitzungen, in: Zindel/Peyer/Schott [Hrsg.], FS Forstmoser, 17; vgl. auch BGE 144 III 100 E. 6). Dies ist unbestritten (act. 1 Rz. 4 m.V.a. Art. 250 ZPO; act. 6 Rz. 4).

Der Gehörsanspruch verlangt zwar, dass das Gericht die Parteivorbringen tatsächlich hört, prüft und berücksichtigt. Um den gesetzlichen Vorgaben des Summarverfahrens – insbesondere der Verfahrensbeschleunigung – nachzukommen, muss das Gericht aber nicht jede einzelne Parteibehauptung ausdrücklich abhandeln und widerlegen, sondern es genügt, wenn es sich mit den rechtserheblichen Vorbringen der Parteien auseinandersetzt und kurz die Überlegungen nennt, von denen es sich leiten lässt und auf die es seinen Entscheid stützt (BGE 133 III 439 E. 3.3 m.w.H.).

2.3. Was die Gesuchsantwort betrifft, genügt deren Unterzeichnung durch die Verwaltungsratspräsidentin der Gesuchsgegnerin. Denn die Gesellschaft wird im Verfahren auf Einberufung einer Verwaltungsratssitzung regelmässig durch das Verwaltungsratspräsidium vertreten, wie bereits in der Verfügung vom 4. Mai 2023 angemerkt worden ist (act. 3 E. 3; ZK-BÜHLER, Art. 715 OR N 27; VISCHER/ENDRASS, Die Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats, AJP 2009, 410; BSK-WERNLI/RIZZI, Art. 715 OR N 8). Aufgrund der Unterzeichnung durch die (auf der Titelseite, d.h. im Rubrum, als Vertreterin benannte) Verwaltungsratspräsidentin stammt die Gesuchsantwort sodann von der rechtsgültig vertretenen Gesuchsgegnerin, nicht etwa von der im Briefkopf bezeichneten Anwaltskanzlei. Daher ist die Gesuchsantwort im vorliegenden Verfahren auch unter diesem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden.

2.4. Im Hinblick auf den Antrag des Gesuchstellers zur Abnahme der Frist zur Erstattung der Replik ist zu bemerken, dass eine solche Abnahme bereits mangels Ansetzung einer Frist ausser Betracht fällt.

3. Klagbarkeit des Anspruchs auf Einberufung einer Verwaltungsratssitzung

Gemäss Art. 715 OR kann jedes Verwaltungsratsmitglied vom Verwaltungsratspräsidium unter Angabe der Gründe die unverzügliche Einberufung einer Sitzung verlangen. Leistet das Verwaltungsratspräsidium einem Einberufungsbegehren nicht Folge, kann das gesuchstellende Verwaltungsratsmitglied sein individuelles Einberufungsrecht mittels Leistungsklage gegen die Gesellschaft durchsetzen (BÖCKLI, a.a.O., § 9 N 148, 150; ZK-BÜHLER, Art. 715 OR N 8, 26 f.; ERB, a.a.O.,

12 ff.; HUNGERBÜHLER, Der Verwaltungsratspräsident, 2003, 65; VISCHER/ENDRASS, a.a.O., 410; BSK-WERNLI/RIZZI, Art. 715 OR N 3, 7; je m.w.H.). Dass die Klagbarkeit in Art. 715 OR nicht ausdrücklich erwähnt wird, steht dem nicht entgegen, ist doch, wenn das Gesetz einen Anspruch gewährt, grundsätzlich davon auszugehen, dass dieser auch gerichtlich durchgesetzt werden kann (vgl. zum Ganzen BGE 144 III 100 E. 5.2.3).

4. Gerichtliche Würdigung

Das Verwaltungsratspräsidium ist grundsätzlich verpflichtet, einem nach Art. 715 OR gestellten Einberufungsbegehren Folge zu leisten. Allerdings kann es rechtsmissbräuchliche Begehren zurückweisen (ZK-BÜHLER, Art. 715 OR N 25; ERB, a.a.O., 7; FORSTMOSER, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, 2011, § 11 N 27; HUNGERBÜHLER, a.a.O., 64; VISCHER/ENDRASS, a.a.O., 408; BSK-WERNLI/RIZZI, Art. 715 OR N 4). Namentlich wird davon ausgegangen, dass wiederholte Einberufungsbegehren, nachdem der Verwaltungsrat das betreffende Anliegen in einem Beschluss bereits abgelehnt hat, zurückgewiesen werden können (ZK-BÜHLER, Art. 715 OR N 25; VISCHER/ENDRASS, a.a.O., 408; BSK-WERNLI/RIZZI, Art. 715 OR N 4; grundsätzlich a.M. HUNGERBÜHLER, a.a.O., 64, mit dem Hinweis darauf, dass wenn seit dem ablehnenden Entscheid neue Umstände eingetreten oder neue Argumente aufgetaucht seien, ein schützenswertes Interesse an einer Wiedererwägung des gefassten Beschlusses bestehen könne). Allerdings hat das Verwaltungsratspräsidium bei der Rückweisung von Einberufungsbegehren Zurückhaltung zu üben (ZK-BÜHLER, Art. 715 OR N 25; WERNLI/RIZZI, Art. 715 OR N 4). Wenn das gestellte Begehren nicht offensichtlich sinnlos oder missbräuchlich ist, hat das Verwaltungsratspräsidium zur Sitzung einzuladen und seine Einwände dort darzulegen (BÖCKLI, a.a.O. § 9 N 149).

Es ist unbestritten, dass schon mehrere Verwaltungsratssitzungen betreffend unter anderem die Klage der F._____ AG gegen die Gesuchsgegnerin stattgefunden haben. Namentlich fand am 23. März 2023 eine solche Sitzung statt, anlässlich welcher die besagte Klage gemäss Darstellung des Gesuchstellers "einlässlich diskutiert" worden ist (act. 1 Rz. 50 f.; act. 3/23; act. 6 Rz. 21, 36; act. 7/15 S. 9 f.). Unterschiedliche Ansichten bestehen freilich darüber, ob und gegebenenfalls wel-

che Beschlüsse gefasst wurden (act. 1 Rz. 52 ff.; act. 6 Rz. 37). Sodann fand am 17. April 2023 eine weitere Verwaltungsratssitzung statt (act. 1 Rz. 61; act. 6 Rz. 21, 38). Vorgängig hatte der Gesuchsteller mit Schreiben vom 13. April 2023 im Wesentlichen die Aufnahme derjenigen Traktanden beantragt, die auch Gegenstand des vorliegenden Gesuchs bilden (Mandatierung von RA Dr. D. _____ für die Betreuung der besagten Klage sowie Genehmigung der Klageantwort vom 30. November 2022, jeweils verbunden mit der Aufforderung, die Verwaltungsratspräsidentin müsse in den Ausstand treten; act. 1 Rz. 51; act. 3/30). Diese Traktanden wurden anlässlich der Sitzung behandelt und die Anträge des Gesuchstellers wurden abgelehnt (act. 1 Rz. 61; act. 6 Rz. 21, 38; act. 7/17 S. 9 ff.).

Das vorliegende Einberufungsbegehren ist also ein wiederholtes Einberufungsbegehren betreffend einen Gegenstand, den der Verwaltungsrat bereits in einem Beschluss abgelehnt hat. Der Gesuchsteller behauptet nicht, dass seit den genannten Verwaltungsratssitzungen neue Umstände eingetreten oder neue Argumente aufgetaucht seien, die eine Wiedererwägung rechtfertigten. Vielmehr hatte das Handelsgericht der Gesuchsgegnerin im Verfahren HG220134-O bereits vor dem 23. März 2023 Frist angesetzt, eine rechtsgültig unterzeichnete Klageantwort einzureichen (act. 1 Rz. 49; act. 3/22). Vor diesem Hintergrund könnte das Einberufungsbegehren von der Verwaltungsratspräsidentin als wiederholtes Einberufungsbegehren zurückgewiesen werden. Daher besteht auch kein Anspruch auf gerichtliche Einberufung.

Hinzu kommt, dass der Gesuchsteller gar nicht geltend macht, im Anschluss an die Verwaltungsratssitzung vom 17. April 2023 erneut um Einberufung einer Verwaltungsratssitzung ersucht zu haben. Anlässlich dieser Sitzung wurden die vom Gesuchsteller beantragten Traktanden behandelt, mithin seinem Traktandierungsbegehren entsprochen. Es liegt gar nicht erst eine Rückweisung eines Einberufungsbegehrens vor, die erst einen Anspruch auf gerichtliche Einberufung begründen könnte.

Im Ergebnis wendet sich der Gesuchsteller nicht gegen eine (nicht erfolgte) Rückweisung eines Einberufungsbegehrens, sondern vielmehr gegen die Ablehnung seiner Anträge. Dies tut er namentlich vor dem Hintergrund, dass die Ver-

waltungsratspräsidentin bei der diesbezüglichen Abstimmung nicht in den Ausstand trat (vgl. act. 1 Rz. 63). Diesbezüglich ist anzumerken, dass das hiesige Gericht den Verwaltungsrat des Gesuchsgegners nicht zu einer Beschlussfassung verpflichten kann, schon gar nicht zur Beschlussfassung in einem bestimmten Sinn. Solches würde sich nämlich nicht zuletzt mit dem Ausschluss der Anfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen nicht vertragen (dazu statt vieler BGE 109 II 239 E. 3b). Dies hat der Gesuchsteller denn auch nicht beantragt. Namentlich hat der Gesuchsteller nicht beantragt, dass das Gericht die Verwaltungsratspräsidentin anzuweisen habe, in den Ausstand zu treten, weshalb offenbleiben kann, ob eine solche Anweisung überhaupt denkbar wäre.

Zusammenfassend sind die Voraussetzungen eines Anspruchs auf gerichtliche Einberufung einer Verwaltungsratssitzung nicht erfüllt. Das Gesuch ist abzuweisen.

Abschliessend ist der Gesuchsteller auf die Möglichkeit zur Einleitung eines Verfahrens zur Behebung von Organisationsmängeln hinzuweisen, das unter anderem die Möglichkeit der Einsetzung eines Sachwalters vorsieht (Art. 731b OR).

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Es liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor. Das Rechtsbegehren lautet nicht auf eine bestimmte Geldsumme. Mangels einer Bezifferung durch die Parteien setzt das Gericht den Streitwert fest (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Definitionsgemäss stellt der Streitwert den in Geld ausgedrückten Wert dar, um den prozessiert wird (STEIN-WIGGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar ZPO, 3. Aufl. 2016, Art. 91 N 1). Das vorliegende Verfahren betrifft letztlich die Frage des Umgangs mit der Klage der F._____ AG (vollumfängliche Bestreitung oder Klageanerkennung, vgl. act. 1 Rz. 29, 50 f.). Daher ist zur Bestimmung des Streitwerts auf die mit jener Klage eingeklagte Summe von CHF 120'000.– abzustellen (so schon act. 3 E. 2, was nicht beanstandet wurde; vgl. auch Kantonsgericht ZG, Einzelrichter, vom 7. April 2011, GVP 2011 322 ff., E. 4).

5.2. Die Gerichtsgebühr ist gestützt auf diesen Streitwert unter Berücksichtigung der Reduktion für das Summarverfahren (§§ 4 und 8 Abs. 1 GebV OG) auf CHF 5'000.– festzusetzen, ausgangsgemäss dem Gesuchsteller aufzuerlegen und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu decken. Die Gesuchsgegnerin ist nicht anwaltlich, sondern durch ihre Verwaltungsratspräsidentin vertreten. Dass einer nicht anwaltlich vertretenen Partei ersatzfähige Kosten für Umtriebe erwachsen, ist ungewöhnlich und bedarf einer besonderen Begründung (Urteil des Bundesgerichts 5A_132/2020 vom 28. April 2020 E. 4.2.1), welche hier fehlt. Der Gesuchsgegnerin ist daher keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Die Einzelrichterin erkennt:

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die weiteren Anträge gemäss Eingabe des Gesuchstellers vom 31. Mai 2023 werden abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 5'000.–.
4. Die Kosten werden dem Gesuchsteller auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
5. Der Gesuchsgegnerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage des Doppels von act. 9, sowie an die Obergerichtskasse.
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.–.

Zürich, 6. Juni 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Severin Harisberger