

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP200032-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. R. Bantli Keller und Ersatzoberrichterin lic. iur. N. Jeker sowie
Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Urteil vom 26. Januar 2021

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

sowie

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

3. **D.** _____,

4. **E.** _____,

Streitberufene

gegen

F. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Aktienrechtliche Verantwortlichkeit**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren
des Bezirksgerichtes Meilen vom 11. August 2020; Proz. FV180057**

Rechtsbegehren:

(act. 2)

"Es sei der Beklagte zu verpflichten, der G._____ Holding AG einen nach Abschluss des Beweisverfahrens zu beziffernden Betrag, mindestens aber CHF 17'770.-- zuzüglich Zins von 5% seit 13. September 2018 zu bezahlen,

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beklagten und zu Gunsten der Klägerin."

Urteil des Bezirksgerichtes:

(act. 139 S. 44 f.)

1. Die Klage wird teilweise gutgeheissen und der Beklagte verpflichtet, der G._____ Holding AG
CHF 17'770.– zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 13. September 2018 und CHF 9'375.30 zu bezahlen.
Im Mehrumfang wird die Klage abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
CHF 3'720.00; die weiteren Kosten betragen:
CHF 1'140.00 Entschädigung G._____ Holding AG
CHF 4'860.00 Kosten total
3. Die Gerichtskosten, einschliesslich der Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 525.–, werden dem Beklagten auferlegt.
4. Die Gerichtskosten werden – soweit ausreichend – aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 2'840.– bezogen, sind ihr jedoch in diesem Umfang vom Beklagten zu ersetzen.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 7'570.– (inkl. 7.7% MwSt.) zu bezahlen.

6. Der G._____ Holding AG wird eine Entschädigung im Sinne von Art. 160 Abs. 3 ZPO in der Höhe von CHF 1'140.– (inkl. 7,7% MWSt.), zahlbar durch die Gerichtskasse, zugesprochen.
7. (Schriftliche Mitteilung)
8. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers und Beklagten (act. 136 S. 2):

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 11. August 2020 (Geschäfts-Nr. FV180057) vollumfänglich aufzuheben.
2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 11. August 2020 aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlicher MWST zu Lasten der Berufungsbeklagten.

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin/Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) war zusammen mit H._____ und A._____ (Beklagter/Berufungskläger, nachfolgend Beklagter) Verwaltungsratsmitglied der G._____ Holding AG. Im Sommer 2017 wurde sie zusammen mit H._____ (bisheriger Präsident des Verwaltungsrats) abgewählt und A._____ zum neuen Verwaltungsratspräsidenten, die Brüder der Klägerin, B._____ und C._____, sowie die Söhne der Brüder, D._____ und E._____, zu Verwaltungsräten gewählt (act. 4/2). Die Klägerin sowie ihre Brüder halten je einen Drittel der 600'000 Namenaktien der Gesellschaft.

2. Am 4. Mai 2018 erhob die Klägerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage gegen die G._____ Holding AG und verlangte die Einberufung der ordentlichen Generalversammlung 2016 und Traktandierung diverser Geschäfte (act. 4/6/1). Am 13. Juli 2018 wurde den Aktionären die Einladung zur Generalversammlung 2016 verschickt, worauf das Handelsgericht das Verfahren mit Verfügung vom 14. August 2018 zufolge Gegenstandslosigkeit abschrieb, die Gerichtskosten von CHF 7'000.– der G._____ Holding AG auferlegte und diese verpflichtete, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 10'000.– zzgl. MWSt zu bezahlen (act. 4/8).

3. Am 14. November 2018 reichte die Klägerin gegen den Beklagten beim Bezirksgericht Meilen Klage betreffend aktienrechtliche Verantwortlichkeit ein und verlangte als Prozessstandschafterin der Gesellschaft die Bezahlung eines noch zu beziffernden Betrags, mindestens aber von CHF 17'770.–, an die G._____ Holding AG, weil der Beklagte durch Pflichtversäumnis als Verwaltungsratspräsident die dieser vom Handelsgericht auferlegten Prozesskosten sowie die Kosten der eigenen Rechtsvertretung verursacht habe (act. 2). Nach Durchführung des ordentlichen Verfahrens hiess das Bezirksgericht die Klage mit Urteil vom 11. August 2020 teilweise gut und verpflichtete den Beklagten, der G._____ Holding AG insgesamt CHF 27'145.30 samt Zinsen von 5 % seit dem 13. September 2018 zu

bezahlen ([Proz.Nr. FV180057] act. 133 = act. 138/2 = act. 139, zitiert als act. 139).

4. Am gleichen Tag hiess das Bezirksgericht Meilen eine nämliche Klage betreffend die Einberufung der ordentlichen Generalversammlung 2017 teilweise gut (Proz.Nr. FV190005).

5. Der Beklagte erhob gegen beide Entscheide am 29. Oktober 2020 Berufung bei der Kammer, worauf im Geschäftsregister zwei Verfahren angelegt wurden (NP200031 und NP200032). Mit der vorliegend zu behandelnden Berufung (NP200032) verlangt der Beklagte die Aufhebung des angefochtenen Entscheids im bezirksgerichtlichen Verfahren FV180057 (act. 136). Zudem stellte er eingangs die formellen Anträge, es seien die beiden Berufungsverfahren zu vereinigen und es sei B._____, C._____, D._____ und E._____ der Streit zu verkünden. Nach Eingang des verlangten Kostenvorschusses von CHF 3'700.– (act. 142), wies die Referentin das Gesuch um Prozessvereinigung ab und nahm von der Streitverkündung Vormerk (act. 143). Sowohl am 28. Dezember 2020 als auch am 4. Januar 2021 ersuchte die Klägerin um Akteneinsicht, insbesondere um Zustellung der Berufungsschrift (act. 145 und 147). Mit Verfügung vom 7. Januar 2021 wies die Referentin einstweilen das Gesuch um Zustellung der Berufungsschrift ab, mit dem Hinweis, ansonsten bestehe Akteneinsichtsrecht (act. 150).

6. Der Prozess ist spruchreif. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann von der Einholung einer Berufungsantwort abgesehen werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsschrift samt Beilagen ist der Klägerin mit diesem Entscheid zur Kenntnisnahme zuzustellen.

II.

1. Der Beklagte ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und erhob die Berufung innert 30-tägiger Rechtsmittelfrist. Sie enthält Anträge sowie eine Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die für die Berufung erforderliche Streitwertgrenze ist erreicht (Art. 308 Abs. 2 ZPO) und die Gerichtskosten wurden rechtzei-

tig bevorschusst. Damit sind die formellen Rechtmittelvoraussetzungen erfüllt und es ist auf die Berufung einzutreten.

2. Mit der Berufung können sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO); zu Letzterer zählt auch die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens. Die Berufung erhebende Partei trifft eine Begründungslast. Sie hat substantiiert vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig ist und wie er geändert werden muss. Es ist an der Berufung erhebenden Partei, anhand der erstinstanzlich festgestellten Tatsachen oder der daraus gezogenen rechtlichen Schlüsse aufzuzeigen, inwiefern sich die Überlegungen des erstinstanzlichen Gerichts nicht aufrecht erhalten lassen (BGer 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3 und 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3). Blosser Verweise auf die Vorakten oder Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine hinreichende Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (BSK ZPO-KARL SPÜHLER, 3. A., Art. 312 N 15; ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. A. 2016, Art. 311 N 36 f.; BGE 138 III 374 ff. E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

Die Berufungsinstanz kann sämtliche hinreichend substantiierten Mängel in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei und uneingeschränkt prüfen (freie bzw. volle Kognition; vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff. E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Die Berufungsinstanz hat den Entscheid einer unabhängigen neuen Beurteilung zu unterziehen und ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids gebunden, sondern wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Die volle Kognition der Berufungsinstanz bedeutet allerdings nicht, dass diese alle sich stellenden Fragen zu untersuchen hat, wenn die Berufung erhebende Partei diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt. Vielmehr hat sich die Berufungsinstanz – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken

(vgl. BGE 142 III 413 ff. E. 2.2.4; BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018 E. 4.1.4; 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3).

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diejenige Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen will, hat die Novenqualität jedes ihrer Vorbringen darzutun und zu beweisen. Im Falle unechter Noven hat sie die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz vorbringen konnte (vgl. BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013 E. 3.5.1; OGer ZH LB170050 vom 22. September 2017 E. II./3; LB170028 vom 30. November 2017 E. II./1.2).

3.

3.1 Strittig ist, ob der Beklagte für die der *G._____ Holding AG* auferlegten Prozesskosten im handelsgerichtlichen Verfahren sowie die der Gesellschaft in jenem Verfahren entstandenen Kosten für die eigene Rechtsvertretung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit haftet. Die Aktivlegitimation der Klägerin zur Klageerhebung als Prozessstandschafterin der Gesellschaft wurde nicht beanstandet.

3.2 Vor Vorinstanz hatte die Klägerin geltend gemacht, der Beklagte habe als Präsident des Verwaltungsrats pflichtwidrig gehandelt, weil er trotz ihrer wiederholten Aufforderungen nicht zur ordentlichen Generalversammlung für das Geschäftsjahr 2016 eingeladen und damit offensichtlich gegen Art. 699 Abs. 2 OR verstossen habe, welcher verlange, dass die ordentliche Generalversammlung innerhalb sechs Monate nach Schluss des Geschäftsjahres stattfinden müsse. Die längst überfällige Generalversammlung habe erst unter dem Druck der von ihr beim Handelsgericht erhobenen Einberufungsklage am 16. August 2018 stattgefunden. Der Beklagte habe die Einberufungsklage der Klägerin vor Handelsgericht zudem aussichtslos bekämpft, damit seine Sorgfalts- und Treuepflichten nach Art. 717 OR verletzt und der Gesellschaft Schaden im eingeklagten Umfang verursacht. Die Aussichtslosigkeit des Standpunkts der Gesellschaft in jenem Verfahren ergebe sich aus den Erwägungen des handelsgerichtlichen Entscheids. Der Beklagte fouthiere sich weiterhin darum, die ordentlichen Generalversammlungen

rechtzeitig abzuhalten, weshalb die Klägerin auch bezüglich der Generalversammlung 2017 Klage auf Einberufung beim Handelsgericht habe erheben müssen (act. 2 und 30).

3.3 Dieser Argumentation widersprach der Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren und wendete zusammengefasst ein, die Ausführungen des Handelsgerichts in seinem Abschreibungsentscheid über den mutmasslichen Ausgang des Prozesses seien im vorliegenden Verantwortlichkeitsprozess irrelevant. Das Handelsgericht habe nur die formalen Voraussetzungen der Einberufung untersuchen müssen, aber weder geprüft, ob materielle Gründe für die verspätete Einberufung der Generalversammlung 2016 vorgelegen hätten, noch ob die Voraussetzungen von Art. 754 OR erfüllt seien. Die Verspätung sei aufgrund konkreter Umstände gerechtfertigt gewesen und von der Klägerin selber verschuldet worden, weil sie zu spät bzw. erst am 23. Mai 2017 die Umstellung der Rechnungslegung der Gesellschaft, welche bisher nach den Bestimmungen des Obligationenrechts durchgeführt worden sei, auf Swiss GAAP FER beantragt habe. Die Umstellung habe Zeit benötigt, so dass die Rechnung 2016 nicht eher habe erstellt und die Generalversammlung mangels Rechnung nicht früher habe durchgeführt werden können. Die Generalversammlungen seien zudem bisher stets verspätet abgehalten worden, was die Klägerin als frühere Verwaltungsrätin toleriert habe. Sie habe schliesslich auf die E-Mail des Beklagten vom 15. März 2018 betreffend Verschiebung der Generalversammlung nicht reagiert. Damit habe sie sich mit der weiteren Verschiebung einverstanden erklärt. Ihre Einberufungsklage sei deshalb rechtsmissbräuchlich erfolgt (act. 20 und 35).

4. Die Vorinstanz erachtete die Voraussetzungen der Haftung des Beklagten als Verwaltungsratspräsident der *G._____ Holding AG* gestützt auf Art. 754 Abs. 1 OR als erfüllt und bejahte einen bei der Gesellschaft eingetretenen Vermögensschaden, die Pflichtverletzung des Beklagten, den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dessen Versäumnis und dem eingetretenen Schaden sowie dessen Verschulden. Konkret habe er mit dem Versäumnis, die ordentliche Generalversammlung innert der sechsmonatigen Frist gemäss Art. 699 Abs. 2 OR rechtzeitig einzuberufen bzw. abzuhalten, seine gesetzlichen Pflichten als Verwal-

tungsratspräsident verletzt. Da er auch nach Aufforderung der Klägerin innert angemessener Frist keine Einladung verschickt habe, habe mit der Erhebung der Einberufungsklage und deren Gutheissung gerechnet werden müssen. Die vor Handelsgericht entstandenen und der Gesellschaft auferlegten Prozesskosten sowie deren Vertreterkosten seien durch seine pflichtwidrige Versäumnis adäquat und schuldhaft verursacht worden. Die Vorinstanz verneinte eine rechtsmissbräuchliche Klageerhebung durch die Klägerin (act. 139).

5.

5.1. Der Beklagte wirft der Vorinstanz in seiner Berufung zunächst vor, sie habe durch den Verzicht auf die Schlussvorträge seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (act. 136 III./lit. A Rz 18 ff.). Er stellt sich auf den Standpunkt, die Schlussvorträge seien stets durchzuführen.

5.2 Die Vorinstanz hat auf die Einholung der Schlussvorträge verzichtet, obwohl der Beklagte darauf bestanden hatte (act. 139 S. 5). Sie führte zur Begründung des Verzichts aus, nach Abschluss der Behauptungsphase seien die durch die anwaltliche Vertretung der *G._____ Holding AG* im handelsgerichtlichen Verfahren entstandenen Kosten nicht mehr strittig gewesen, so dass darüber keine Beweise hätten abgenommen werden müssen. Zu den übrigen Beweismitteln, allesamt Urkunden, hätten sich die Parteien bereits umfassend äussern können (act. 139 S. 5 f.).

5.3 Die Möglichkeit zum Schlussvortrag (Art. 232 ZPO) ist Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 ZPO) und bezweckt, dass sich die Parteien zum Beweisergebnis und zur Sache äussern können. Der Schlussvortrag dient damit keinem Selbstzweck (vgl. BGer 4A_47/2015 vom 2. Juni 2015 E. 3.3). Auch besteht dabei kein Recht auf einen umfassenden Vortrag; Noven sind nur im Rahmen von Art. 229 Abs. 1 und 3 ZPO zulässig (ERIC PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage, Art. 232 N 1).

Der Beklagte konnte sein Recht, sich zum Beweisergebnis und zur Sache zu äussern, im vorinstanzlichen Verfahren vollumfänglich wahrnehmen. Jede Partei reichte zwei umfassende Rechtsschriften ein und der Beklagte erhielt anlässlich

der Hauptverhandlung Gelegenheit, sich zur Noveneingabe der Klägerin vom 11. Juni 2019 betreffend Verschiebung der Generalversammlung 2018 auf August 2019 zu äussern (act. 64). Der Beklagte stellt nicht in Abrede, bei den Beweismitteln im vorinstanzlichen Verfahren habe es sich ausschliesslich um im Behauptungsstadium eingereichte Urkunden gehandelt und er habe sich dazu umfassend äussern können. Ebenso wenig bestreitet er, dass zu den anfänglich strittigen Vertreterkosten kein Beweisverfahren durchgeführt werden musste. Schliesslich zeigt er nicht auf, welche zulässigen Noven er im Rahmen der Schlussvorträge hätte vorbringen wollen. Eine Gehörsverletzung zufolge des Verzichts auf die Schlussvorträge, welche im Berufungsverfahren zu berücksichtigen wäre, ist deshalb weder ersichtlich noch dargetan. Die Rüge ist somit nicht begründet.

6.

6.1 Im Weiteren macht der Beklagte eine willkürliche Würdigung des Sachverhalts durch die Vorinstanz geltend. Sie habe die konkreten Umstände, insbesondere den seit Jahren schwelenden massiven Geschwisterstreit nicht beachtet. Dieser Streit habe die Entscheidungen des Verwaltungsrats in jeder Hinsicht geprägt. Die Klägerin habe nach ihrer Abwahl ein Begehren um Umstellung der Rechnungslegungsstandards auf Swiss GAAP FER gestellt. Da unüberwindbare Differenzen zwischen den Aktionären bzw. Geschwistern bestanden hätten, habe ein grosses Interesse an der Streitbeilegung bestanden, weshalb ihr Begehren gutgeheissen worden sei, zumal eine transparente, klare Rechnungslegung auch im zentralen Interesse der Gesellschaft gelegen habe. Die Umstellung auf die neuen Standards für das Geschäftsjahr 2016 habe aufgrund der komplexen Unternehmensstrukturen zu zeitlichen Verzögerungen geführt. Trotzdem habe die Klägerin an ihrem Begehren, die Umstellung auf Swiss GAAP FER vorzunehmen, festgehalten. All dies habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt und dadurch willkürlich gehandelt (act. 136 III./lit. B Rz 20 ff.).

6.2 Entgegen der Behauptung des Beklagten führte die Vorinstanz die bei ihr erhobenen Parteibehauptungen ausführlich auf und wies auf den Geschwisterstreit hin (act. 139 S. 8 f. und 20 ff.). Anschliessend begründete sie nachvollziehbar, weshalb der Beklagte dennoch verpflichtet gewesen wäre, seiner rechtlichen

Pflicht zur rechtzeitigen Einberufung der Generalversammlung und Berichterstattung nachzukommen (act. 139 S. 24 ff.). Die Vorinstanz erwog schlüssig und zutreffend, der Beklagte könne sein Versäumnis bei der Einberufung der Generalversammlung 2016 nicht mit dem Argument rechtfertigen, die Klägerin habe die Umstellung der Standards zur Rechnungslegung verlangt. Es liege gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziffer 2 und 6 OR in der alleinigen, unübertragbaren Verantwortung des Verwaltungsrats dafür besorgt zu sein, dass der Geschäfts- und Revisionsbericht rechtzeitig vorliegen und die Generalversammlung ordnungsgemäss durchgeführt werden könne (act. 139 Erw. V./3.2.3.2 und 3.2.3.5). Die Vorinstanz erwog weiter, die Umstellung der Rechnung auf Swiss GAAP FER könne von den Aktionären nicht rückwirkend, sondern nur *pro futuro* verbindlich verlangt werden, was auch der Beklagte unmissverständlich festhalte (act. 139 S. 29). Dabei verwies sie auf die entsprechende Stelle in der Klageantwort. Auf all diese Erwägungen der Vorinstanz geht der Beklagte in seiner Berufung nicht ein und substantiiert nicht, inwieweit und aus welchem Grund die Überlegungen der Vorinstanz falsch sein sollen. Seine Vorbringen stellen vielmehr Wiederholungen des bereits vor Vorinstanz Vorgetragenen dar. Damit ist er seiner Begründungspflicht nicht hinreichend nachgekommen und es ist auf seine Vorbringen nicht im Einzelnen einzugehen. Es bleibt hervorzuheben, dass, selbst wenn der Geschwisterstreit eine Herausforderung für die operativen Entscheide des Verwaltungsrats gewesen wäre und bei einer Ablehnung des Antrags der Klägerin mit deren Widerstand hätte gerechnet werden müssen, dies nicht dazu führen würde, dass der Beklagte seinen gesetzlichen Pflichten als Verwaltungsratspräsident nicht nachzukommen hätte. Daran vermögen auch seine wohl gutgemeinten Bemühungen um Differenzbereinigung nichts zu ändern. Freilich darf der Verwaltungsrat die Umstellung auf andere, nachvollziehbarere Rechnungsstandards schon für das laufende oder vergangene Geschäftsjahr vornehmen. Davon bleibt allerdings seine Pflicht, die rechtlichen Vorgaben für die Einberufung der ordentlichen Generalversammlung und die Auflage der Geschäfts- und Revisionsberichte (nötigenfalls nach bisherigen Standards) einzuhalten, unberührt.

Im Weiteren ist nicht erkennbar, weshalb sich gegenseitige Strafanzeigen der Geschwister auf die gesetzlichen Pflichten des Verwaltungsrats hätten auswirken

sollen. Ebenso wenig zeigt der Beklagte auf, wieso die Reputation der G._____ Holding AG durch die rechtzeitige Abhaltung der Generalversammlung 2016 und die Rechnungslegung nach bisheriger Methode hätte leiden sollen. Der Vorwurf der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung erweist sich damit als unbegründet.

7.

7.1 Unter dem Titel "*Urteil des Handelsgerichts im Einberufungsverfahren ist irrelevant*" bringt der Beklagte zusammengefasst vor, die Vorinstanz habe sich praktisch ausnahmslos auf die Erwägungen im Abschreibungsentscheid des Handelsgerichts gestützt und dabei verkannt, dass in beiden Verfahren unterschiedliche Entscheidkriterien bestünden. In diesem Verfahren gehe es um die materielle Beurteilung, ob die Voraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage gegeben seien. Die Vorinstanz ver falle in Willkür, wenn sie ausschliesslich auf die Ausführungen im Abschreibungsentscheid des Handelsgerichts abstelle. Dieses habe nicht prüfen müssen, ob eine Pflichtverletzung des Verwaltungsrats im Zusammenhang mit der Einberufung der Generalversammlung 2016 und der Einlassung auf das handelsgerichtliche Verfahren vorgelegen habe (act. 136 III./lit. C Rz 32 ff.).

7.2 Der Vorwurf ist nicht berechtigt. Die Vorinstanz unterschied in ihren Erwägungen deutlich zwischen dem Wesen des handelsgerichtlichen und des bei ihr hängigen Verfahrens und wies auch auf die unterschiedlichen Prozessparteien hin (act. 139 S. 10). Sie behandelte die einzelnen Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats gemäss Art. 754 Abs. 1 OR detailliert (act. 139 S. 11 ff.) und bejahte einen Schaden in der Höhe der der Gesellschaft im handelsrechtlichen Verfahren auferlegten Prozess- sowie der entstandenen eigenen Anwaltskosten. Sie begründete unter Einbezug von Lehrmeinungen und Bundesgerichtsentscheiden schlüssig, weshalb die Nichteinhaltung der Ordnungsvorschrift von Art. 699 OR eine Haftung für Mitglieder des Verwaltungsrats bewirke, und kam nach eingehenden Erwägungen zum Schluss, dass eine Pflichtverletzung und Haftung des Beklagten zufolge verspäteter Einberufung zur Generalversammlung vorliegt (act. 139 S. 16 ff.). Ebenso schilderte sie die vom Beklagten eingewendeten Umstände, weshalb es zu Verzögerungen bei der Ab-

haltung der Generalversammlung 2016 gekommen sein soll, ausführlich (act. 139 S. 21 ff.) und würdigte diesbezüglich die Sach- und Rechtslage selbständig (act. 139 S. 24 ff.). Der Vorwurf, sie habe die Einschätzung des Handelsgerichts ungefiltert übernommen, trifft damit offensichtlich nicht zu. Der Beklagte substantiiert im Weiteren nicht, worin eine willkürliche Würdigung des Sachverhalts konkret liegen und welche Erwägungen des handelsgerichtlichen Entscheids die Vorinstanz unbesehen übernommen haben soll. Dass sich die Vorinstanz nicht auf die Übernahme jener Erwägungen beschränkte, zeigt sich im Übrigen am rund viermal grösseren Umfang ihrer Urteilsbegründung. Die Vorwürfe des Beklagten erweisen sich sogleich als ungerechtfertigt.

8.

8.1 Der Beklagte bringt in der Berufung unter lit. D zusammengefasst vor, alle Aktionäre seien mit der Umstellung der Rechnungsstandards und mit der verspäteten Einberufung der Generalversammlung 2016 einverstanden gewesen. Die Klägerin habe zudem an der Umstellung der Rechnungslegungsstandards trotz des Hinweises auf die dadurch verursachte Verzögerung festgehalten. Insbesondere sei sie mit der Verschiebung der zunächst im April 2018 terminierten Generalversammlung einverstanden gewesen, habe sie doch auf die E-Mail des Beklagten vom 15. März 2018 (Vorschlag: Revision nach bisheriger Methode) nicht reagiert. Damit würden jegliche Grundlagen für die Verantwortlichkeitsklage fehlen (act. 136 III./lit. D Rz 32 ff.).

8.2. Die Vorbringen stellen weitgehend Wiederholungen der bereits vor Vorinstanz vorgetragenen Argumente dar und nehmen keinen konkreten Bezug auf Erwägungen im angefochtenen Urteil. Damit genügt der Beklagte seiner Begründungspflicht erneut nicht. Die Vorinstanz erwog zudem in diesem Zusammenhang zutreffend, es handle sich bei der gesetzlichen Einberufungsfrist gemäss Art. 699 OR zwar um eine Formvorschrift, diese sei indes zwingend zu beachten und könne nicht einmal statutarisch abgeändert werden könne (act. 139 S. 25 ff.; vgl. auch BRIGITTE TANNER, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, 2016, Art. 699 N 1; BGE 107 II 246 E. 1). Ist es der Generalversammlung als oberstem Organ der Aktiengesellschaft nicht erlaubt, die Frist zur Abhaltung

der ordentlichen Generalversammlung statutarisch zu verlängern, kann dies auch durch formlose oder stillschweigende Vereinbarung der Aktionäre oder Verwaltungsräte nicht erreicht werden. Dies gilt umso mehr, als es sich vorliegend offensichtlich nicht um eine geringfügige Ausdehnung der Frist um wenige Tage, sondern um insgesamt mehr als ein Jahr handelte. Auch diese Rügen verfangen nicht.

9.

9.1.1 Im Weiteren trägt der Beklagte unter lit. E der Berufungsschrift diverse, mehrheitlich ebenfalls bereits im erstinstanzlichen Verfahren erhobene Behauptungen vor (act. 136 III./lit. E Rz 35 ff.). Er hält daran fest, der Geschäftsführungsentscheid, sich auf das Einberufungsverfahren einzulassen, sei angemessen und durch hinreichende Gründe (bisherige Usanz verspäteter Generalversammlungen, langwierige und aufwändige Buchführung aufgrund äusserst komplexer Gesellschaftsstrukturen, Übernahme der Funktion des Verwaltungsratspräsidenten durch den Beklagten kurz vor Ablauf der Frist gemäss Art. 699 Abs. 2 OR, Umstellung der Rechnungslegungsstandards, Geschwisterkonflikt, drohende Anfechtung durch die Klägerin bei Ablehnung einer rückwirkenden Umstellung der Rechnungslegungsstandards, Senkung des Konfliktpotentials) gerechtfertigt und wohl überlegt gewesen. Die Gewinnchancen der Gesellschaft seien im handelsrechtlichen Prozess nicht aussichtslos gewesen, zumal dort nicht habe abgeklärt werden müssen, ob das Sich-Einlassen eine Sorgfaltspflichtverletzung des Verwaltungsrats bedeute.

9.1.2 Es bleibt unklar, auf welche konkreten Erwägungen im angefochtenen Urteil der Beklagte mit diesen Vorbringen zielt und weshalb diese zu einer anderen Entscheidung führen sollen. Die Vorinstanz argumentierte, dass die verspätete Einberufung und Abhaltung der Generalversammlung 2016 eine Pflichtverletzung darstelle, welche zur Haftung des Beklagten für daraus adäquat verursachte Kosten führe, und bejahte den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dieser Pflichtverletzung und dem bei der Gesellschaft entstandenen Schaden im Umfang auferlegter Verfahrens- und entstandener Vertretungskosten im handelsgerichtlichen Verfahren. Sie liess daher ausdrücklich offen, ob auch der Entscheid über

die Einlassung auf das Verfahren eine zusätzliche Pflichtverletzung des Beklagten, insbesondere eine Verletzung der Treue und Sorgfaltspflicht gemäss Art. 717 OR, darstelle (act. 139 S. 33). Seine Rügen gehen deshalb im Grundsatz an der Argumentationskette der Vorinstanz vorbei.

Der Beklagte scheint überdies einem Irrtum zu unterliegen, wenn er annimmt, seine Gewinnchancen im handelsgerichtlichen Prozess seien günstig gewesen, weil dort die Haftungsvoraussetzungen von Art. 754 Abs. 1 OR keine Rolle gespielt hätten. Gegenteiliges ist der Fall. Gerade wegen des von ihm selber genannten Umstands, dass das Handelsgericht nur die formalen Voraussetzungen von Art. 699 Abs. 3 und 4 OR zu prüfen hatte und die zur Rechtfertigung der Verspätung angeführten mannigfachen, vorstehend aufgezählten Gründe, nicht berücksichtigen durfte, erwiesen sich die Prozesschancen der Gesellschaft in jenem Verfahren als sehr gering. Als die Klägerin dem Verwaltungsrat am 16. Februar 2018 ihr Begehren um Einberufung der Generalversammlung 2016 stellte, war das Geschäftsjahr 2016 längstens abgelaufen und die Frist gemäss Art. 699 Abs. 2 OR verstrichen. Die Klägerin war als Halterin eines 33,33%-igen Aktienpakets zur Einberufung der Generalversammlung ohne weiteres befugt (Art. 699 Abs. 3 OR). Sie erhob die Einberufungsklage beim Handelsgericht schliesslich rund zweieinhalb Monate nach dem Begehren an den Verwaltungsrat, nämlich am 4. Mai 2018, womit nach einhelliger Lehre und Praxis des Handelsgerichts (vgl. auch act. 4/8 Erw. 3.2.21) die angemessene Frist gemäss Art. 699 Abs. 4 OR verstrichen war. Die anwaltlich vertretene Gesellschaft musste deshalb ab Beginn damit rechnen, dass das Handelsgericht die formalen Voraussetzungen von Art. 699 Abs. 3 und 4 OR mit hoher Wahrscheinlichkeit als erfüllt erachten und die Klage gutheissen werde. Das Handelsgericht konnte das Verhalten der Klägerin aufgrund seiner beschränkten Kognition nur im Rahmen einer rechtsmissbräuchlichen Klageerhebung würdigen, wobei hiefür bekanntlich sehr strenge Anforderungen gelten. Der Standpunkt, das blosses Schweigen der Klägerin auf die E-Mail des Beklagten vom 15. März 2018 betreffend Verschiebung der Generalversammlung begründe eine rechtsmissbräuchliche Klageerhebung, scheint angesichts ihres

unbestrittenen gesetzlichen Anspruchs auf Einberufung und ihres im Februar 2018 formell gestellten Einberufungsgesuchs nicht überzeugend. Die Vorinstanz erläuterte luzid, weshalb der Klägerin keine rechtsmissbräuchliche Klageerhebung vorgeworfen werden könne und wies darauf hin, dass der Vorwurf vom Handelsgericht als konstruiert verworfen worden sei (act. 139 S. 27 f.). Diese Erwägungen beanstandete der Beklagte in seiner Berufung erneut nicht substantiiert. Aus all diesen Gründen erwiesen sich die Gewinnchancen der Gesellschaft im Einberufungsverfahren bereits zu Beginn erkennbar als sehr gering, weshalb die Einwände des Beklagten ins Leere führen.

9.2.1 Unter lit. E. der Berufungsschrift wiederholt der Beklagte im Wesentlichen vor Vorinstanz erhobene und zum grossen Teil vorstehend behandelte Behauptungen im Zusammenhang mit der Umstellung der Rechnungslegungsstandards und dem rechtsmissbräuchlichen Verhalten der Klägerin. Sie habe es sich selber zuzuschreiben, dass erst im Juli 2018 zur Generalversammlung 2016 habe eingeladen werden können, weil sie ihr Begehren um Umstellung der Rechnungslegungsstandards zu spät gestellt und danach trotz Offerte des Beklagten, die Rechnung nach bisherigen Standards durchzuführen, daran festgehalten habe. Einer früheren Einladung zur Generalversammlung hätte der Revisionsbericht noch nicht beigelegt werden können, so dass ein hohes Risiko bestanden hätte, dass die Klägerin die Einladung als ungültig angefochten hätte. Zudem habe die Revisionsstelle die Verzögerungen (mit)verursacht und es habe das Einverständnis aller Aktionäre zur verspäteten Abhaltung der Generalversammlung 2016 vorgelegen. Schliesslich wendet er ein, auch bei Anerkennung der Klage im handelsgerichtlichen Verfahren wären Gerichtskosten und Parteientschädigung angefallen (act. 136 III./lit. E Rz 35 ff.).

9.2.2 Zum Einwand, der Beklagte habe bei der Verschiebung der Generalversammlung vom Einverständnis aller Aktionäre ausgehen dürfen, kann vollumfänglich auf die Erwägungen unter II./8.2 verwiesen werden. Der Einwand ist unbeachtlich.

Auch die übrigen Vorwürfe des Beklagten verfangen, wie gezeigt, nicht. Es gehört zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats als

oberstem Exekutivorgan, das Rechnungswesen auszugestalten, den Geschäftsbericht, einschliesslich Jahresrechnung nach anerkannten Standards zu erstellen, die Generalversammlung vorzubereiten und den Geschäfts- und Revisionsbericht rechtzeitig zur Einsicht aufzulegen (Art. 696 Abs. 1 OR und Art. 716a Abs. 1 Ziffer 3 und 6 OR). Der Beklagte bestreitet die alleinige Verantwortung des Verwaltungsrats für die Einhaltung der diesbezüglichen gesetzlichen Fristen zu Recht nicht. Ein Beharren der Klägerin an der Umstellung der Rechnungslegungsstandards könnte somit keine Rechtfertigung für die verzögerte Einberufung und Berichtaufgabe bedeuten. Vielmehr hätte der Verwaltungsrat an der bisherigen Rechnungslegungsmethode trotz möglichem Widerstand der Klägerin festhalten und die Umstellung ab dem folgenden Geschäftsjahr vornehmen müssen. Ebenso können weder die von den Aktionären und Verwaltungsräten bisher tolerierte Gesellschaftsusanz verspäteter Einberufung noch allfällige durch die Revisionsstelle verursachte Verzögerungen die Verantwortung des Beklagten im Allgemeinen aufheben. Er hat es im vorinstanzlichen Verfahren zudem versäumt, allfällige Verzögerungen durch die Revisionsstelle zu substantiieren, weshalb auf diesen Einwand nicht näher einzugehen ist. Es kann im Übrigen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (act. 139 Erw. V./2., V./3.2.1, V./3.2.3.3. und V./3.3.), welche der Beklagte nicht substantiiert beanstandet, verwiesen und auf weitere Ausführungen verzichtet werden.

Was die Vorbringen zur Höhe der der Gesellschaft vom Handelsgericht auferlegten Prozesskosten betrifft, hat der Beklagte nicht substantiiert, welche bestimmten Erwägungen im angefochtenen Entscheid aus welchem Grund unzutreffend sein sollen. Seine Berufung ist daher auch in diesem Punkt zu wenig begründet. Es ist der Vollständigkeit halber vor Augen zu halten, dass das Handelsgericht nach Eingang der Klageschrift und des Kostenvorschusses die Gesuchsantwort sowie -replik einholte (vgl. act. 4/8). Erst danach, am 18. Juli 2018, teilte die Gesellschaft dem Gericht mit, die Generalversammlung 2016 sei einberufen worden. Die Annahme der Vorinstanz, der Beklagte habe das Verfahren durch sein prozessuales Verhalten verzögert und die Prozesskosten unnötig generiert, ist nicht von der Hand zu weisen. Sein Einwand, auch bei sofortiger Anerkennung der Klage wären Kosten entstanden, ist zwar zutreffend, jedoch unbehelflich. Die Gerichtskosten

für einen Abschreibungsentscheid wären zum einen gerichtsnotorisch unvergleichbar geringer ausgefallen und die eigenen Vertreterkosten hätten gespart werden können. Zum andern würde der Beklagte auch für die geringen Abschreibungskosten zufolge seiner Versäumnis haften. Diese Rüge ändert daher an der Kausalität nichts und ist unbegründet.

10.

10.1 Schliesslich wendet der Beklagte ein, die Décharge-Erteilung für das Geschäftsjahr 2016 anlässlich der ordentlichen Generalversammlung vom 16. August 2018 schliesse jegliche Verantwortlichkeitsansprüche gegen den Verwaltungsrat aus. Allen Aktionären sei bei der Abstimmung bekannt gewesen, dass die Frist gemäss Art. 699 OR verpasst worden sei (act. 136 III./lit. F Rz 42 ff.).

10.2 Der Beklagte lässt offen, ob und an welcher Stelle er diese Behauptungen im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragen hat. Die Vorinstanz äussert sich im angefochtenen Urteil nicht zur Décharge-Erteilung vom 16. August 2018 und zu deren rechtlichen Wirkungen. Mit seinen Ausführungen übt der Beklagte keine Kritik am angefochtenen Urteil und rügt weder eine falsche Tatsachenfeststellung noch eine unrichtige Rechtsanwendung. Ebenso wenig macht er geltend, die Vorinstanz habe es unterlassen, sich zu diesem Punkt zu äussern. Damit kommt er seiner Begründungspflicht wiederum nicht nach, vielmehr ist anzunehmen, dass es sich dabei um neue, unzulässige Behauptungen handelt. Im Übrigen wären die Einwände materiell unbehelflich. Die Décharge-Erteilung zeitigt keine Wirkung für Aktionäre, die dem Décharge-Beschluss nicht zugestimmt haben (u.a. BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 758 N 9 und DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 26). Die Klägerin hat der Décharge-Erteilung nicht zugestimmt (act. 138/5), weshalb ihr diese nicht entgegengehalten werden kann. Schliesslich bezieht sich die Entlastung auf das Geschäftsjahr 2016. Die Pflichtverletzung zufolge nicht rechtzeitiger Einladung zur Generalversammlung 2016 erfolgte indes im Laufe des Geschäftsjahres 2017.

11. Zusammenfassend erweisen sich sämtliche Rügen des Beklagten sogleich als unbegründet. Die Berufung ist deshalb abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

III.

1. Die Prozesskosten des vorinstanzlichen sowie des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).
2. Er hat zudem die Höhe und Liquidation der Gerichts- und Parteikosten im vorinstanzlichen Urteil nicht näher beanstandet, weshalb es dabei sein Bewenden hat.
3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist bei einem Streitwert von CHF 27'145.30 (CHF 17'770.– und CHF 9'375.30) gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf CHF 3'700.– festzusetzen und dem Beklagten aufzuerlegen.
4. Eine Parteientschädigung ist im Berufungsverfahren nicht zuzusprechen, dem Beklagten nicht, weil er unterliegt, und der Klägerin nicht, weil ihr keine zu entschädigenden Aufwendungen erwachsen sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 11. August 2020 (FV180057) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 3'700.– festgesetzt, dem Berufungskläger /Beklagten auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Vorschuss von CHF 3'700.– bezogen.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen .
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte/Klägerin unter Beilage der Berufungsschrift samt Beilagenverzeichnis und Beilagen (act. 136 und 138/2-5), sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein, sowie die Streitberufenen, je als Gerichtskurkunde.

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

5. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 27'145.30.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am: