

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE150336-O

U/ee

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie die Gerichtsschreiberin
Helene Lampel

Urteil vom 26. November 2015

in Sachen

A._____,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2._____

gegen

B._____ GmbH,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **provisorische Abberufung (vorsorgliche Massnahmen)**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- "1. Es sei C. _____ mit sofortiger Wirkung vorsorglich die Geschäftsführungs- und Vertretungsfunktion für die B. _____ GmbH (CHE-...) zu entziehen.
2. Das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sei anzuweisen, die Anordnung gemäss Ziff. 1 in das Handelsregister einzutragen.
3. Die in Ziff. 1 und 2 beantragten vorsorglichen Massnahmen seien im Sinne von Art. 265 ZPO sofort und ohne vorgängige Anhörung der Beklagten anzuordnen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich MwSt, zu Lasten der Beklagten."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Die Beklagte (Gesuchsgegnerin) führt einen exportorientierten Produktionsbetrieb auf dem Gebiet der Wärmeübertragung. Sie beschäftigt ein paar Dutzend Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen. Die Stammanteile gehören hälftig A. _____ (Gesuchstellerin bzw. Klägerin) und D. _____. Zwischen ihnen bestehen seit geraumer Zeit Zwistigkeiten, was die Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung erschwert, allenfalls verunmöglicht. Hinsichtlich der Geschäftsführung sehen die Statuten vor, dass die Bestellung der Geschäftsführer durch Beschluss der Gesellschafter erfolgt und die Bestellung jederzeit von den Gesellschaftern widerrufen werden kann (act. 3/3 Ziff. 15). Es besteht also keine Selbstorganschaft (Art. 809 Abs. 1 OR). Im Handelsregister sind die beiden Gesellschafter als Geschäftsführer eingetragen. Eingetragen ist auch C. _____, und zwar als Vorsitzender der Geschäftsführung. Alle drei verfügen über Kollektivunterschrift zu zweien.

2. Die Klägerin wirft C. _____ zusammengefasst wiederholte und grobe Rechtsverletzungen vor, einschliessend Verstösse gegen das Gleichbehandlungsgebot (Art. 813 OR) und die Treuepflicht (Art. 812 OR, Art. 321a Abs. 1 OR). C. _____ habe sich auf die Seite von D. _____ geschlagen, wobei man versuche, die Klägerin zu verdrängen. Die Voraussetzungen von Art. 815 Abs. 2 OR seien gegeben.

3.1 Das Massnahmebegehren wurde am 22. Juli 2015 überbracht (act. 1).

3.2 Mit Verfügung vom 23. Juli 2015 wurde das Dringlichkeitsbegehren abgewiesen (act. 4).

3.3 Der Prozesskostenvorschuss von CHF 7'200, beruhend auf einem CHF 120'000 erreichenden Streitwert, ging rechtzeitig ein (act. 8).

3.4 Unter dem 18. August 2015 reichte die Klägerin eine sogenannte Noveneingabe ein (act. 9).

3.5 Die Beklagte wurde ersucht, in der zu diesem Behufe bis 10. September 2015 erstreckten Frist ebenfalls Stellung zu nehmen (act. 11).

3.6 Unter dem 9. September 2015 reichte die Klägerin eine zweite sogenannte Noveneingabe ein (act. 13).

3.7 Die Stellungnahme der Beklagten zum Massnahmebegehren datiert vom 10. September 2015 (act. 15). Sie trug auf dessen Abweisung an.

3.8. Mit Verfügung vom 14. September 2015 wurde der Beklagten eine einmalige Frist bis 5. Oktober 2015 zur Stellungnahme zu act. 13 angesetzt, der Klägerin eine Frist bis 19. Oktober 2015, um zu den Vorbringen der Beklagten Stellung zu nehmen (act. 17).

3.9 Die Stellungnahme der Beklagten datiert vom 5. Oktober 2015 (act. 19), die der Klägerin vom 19. Oktober 2015 (act. 21).

3.10 Mit Verfügung vom 21. Oktober 2015 wurde der Beklagten eine einmalige Frist bis 16. November 2015 angesetzt, um Stellung zu nehmen (act. 23).

3.11 Am 23. Oktober 2015 überbrachte die Klägerin die dritte sogenannte Noveneingabe (act. 25).

3.12 Mit Verfügung vom 26. Oktober 2015 wurden act. 25 und die Beilagen act. 26/140 - 141 der Beklagten zugestellt, mit dem Hinweis, sie könne dazu während der laufenden Frist Stellung nehmen (act. 27).

3.13 Die Stellungnahme der Beklagten datiert vom 16. November 2015 (act. 29). Das Originalexemplar wurde der Beklagten zur Nachreichung der Unterschrift zurückgeschickt (act. 31). Es ging rechtzeitig am 24. November 2015 wieder ein. Den Parteien wurde mit Verfügung vom 19. November 2015 kundgetan, der Fall gehe nach Ablauf der EMRK-"Replik"-Frist von rund 20 Tagen in die Bearbeitung, es stehe der Klägerin allerdings frei, mitzuteilen, dass sie auf eine Stellungnahme verzichte, was einen früheren Beginn der Bearbeitung zur Folge hätte (act. 31).

3.14 Mit Eingabe vom 25. November 2015 verzichtete die Klägerin auf Stellungnahme (act. 33).

4. Die Parteien wurden in der ersten Verfügung (act. 4) darauf hingewiesen, dass im summarischen Verfahren grundsätzlich nur je ein Parteivortrag zulässig ist und nur der Gehörsanspruch weitere Eingaben rechtfertigen könne (act. 4, Erwägung 11; vgl. dazu jüngst BGer 5A_82/2015, Urteil vom 16. Juni 2015). Davon unberührt ist das sogenannte Novenrecht. In sinngemässer Anwendung von Art. 229 ZPO (vgl. Art. 219 ZPO) heisst dies, dass grundsätzlich nur echte Noven und nur Tatsachen und Beweismittel nachgereicht werden dürfen. Weil im summarischen Verfahren keine Hauptverhandlung vorgesehen ist, sind auch Nachreichungen bezüglich des Rechtlichen grundsätzlich nicht zulässig, wobei diese notorisch häufig mit Tatsachenbehauptungen vermengt werden. Abgesehen davon ist das Recht von Amtes wegen anzuwenden (Art. 57 ZPO).

5. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen hängt im Wesentlichen von der Glaubhaftmachung zweier Anspruchsvoraussetzungen ab: Verletzung und nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil (Art. 261 ZPO). Bezüglich des Nachteils wird in der Regel nach demjenigen des Gesuchstellers bzw. der Gesuchstellerin gefragt. Dieser Regel kann allerdings bei einem (Haupt-)Anspruch, wie er vorliegend zur Diskussion steht, nicht (jedenfalls nicht vollumfänglich) gefolgt werden. Die Klage auf Abberufung eines Geschäftsführers nach Art. 815 Abs. 2 OR hat als Zweck die *Interessenswahrung der Gesellschaft* (BGer 4A_8/2014, Urteil vom 5. Februar 2014). Deshalb muss auch im Massnahmeverfahren nach dem Nachteil der Gesellschaft gefragt werden. Zum etwa gleichen Ergebnis führt die Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips, welchem nach höchstrichterlicher Rechtspre-

chung im Massnahmeverfahren eine besondere Bedeutung zukommt, und nach welchem die Nachteile der beklagten Seite für den Fall der Gutheissung des Begehrens auch in die Beurteilung einfließen müssen (BGer 4A_367/2008, Urteil vom 14. November 2008; BGE 131 III 473).

6.1 An gegen C._____ gerichtete *Vorwürfe in tatsächlicher Hinsicht* finden sich im Massnahmebegehren (act. 1) zusammengefasst folgende Behauptungen:

- Rz 43: Die "Clique C._____/D._____/E._____" habe begonnen, unter Ausschluss der Klägerin Firmenbelange zu besprechen und zu entscheiden, z.B. Einstellung neuer Mitarbeiter;

- Rz 44: Eine Mitarbeiterin habe im Jahre 2013 gekündigt, weil sie seitens der Herren C._____ und D._____ schweren Persönlichkeitsverletzungen ausgesetzt gewesen sei;

- Rz 48 f.: Herr C._____ habe das Firmenorganigramm eigenmächtig abgeändert und habe sich dort als Vorgesetzter der Klägerin in der Buchhaltung eingesetzt;

- Rz 52: Die Folgen der Euroabwertung vom Januar 2015 seien der Klägerin angelastet worden;

- Rz 53: Herr C._____ habe begonnen, ein zu seinen Gunsten verbessertes Bonusmodell auszuarbeiten;

- Rz 55: C._____ habe der Belegschaft verkündet, die Klägerin blockiere die Bonusausrichtung an die Mitarbeiter;

- Rz 57: Die Klägerin habe der Bonusneuregelung nur zugestimmt, weil Herr D._____ gedroht habe, er werde ansonsten der Ausschüttung einer Dividende von CHF 1,5 Millionen nicht zustimmen;

- Rz 63: Die "Fraktion C._____/D._____" habe die Bewerbung A._____ geschickt ausgehebelt;

- Rz 81: C._____ ignoriere den Umstand, dass er im März 2015 nicht mehr als Geschäftsführer wiedergewählt worden sei;
- Rz 83: Am 23. Juni 2015 habe C._____ in einer Mitarbeiterinformation behauptet, der Schwachpunkt der Firma sei die Buchhaltung, die Klägerin blockiere, weil sie etwas zu verlieren habe;
- Rz 84: Anlässlich einer Mitarbeiterinformation vom 25. Juni 2015 hätten D._____ und C._____ die Klägerin angeschwärzt, indem behauptet worden sei, sie lüge, bewerfe C._____ mit Dreck und das Ganze sei unter der Gürtellinie;
- Rz 86: An einer Geschäftsführersitzung vom 29. April 2015 sei besprochen worden, die Klägerin solle nur noch "Admin und Controlling" machen;
- Rz 87: C._____ habe der Klägerin mündlich eröffnet, es sei vorgesehen, ihr ein anderes Büro zuzuweisen;
- Rz 89 f.: Rechtsanwalt Y._____ sei ohne Rücksprache mit der Klägerin mandatiert worden, die Kompetenzen von C._____ sowie der Gesellschafter zu erörtern sowie zu Fragen betreffen Dividendenbezug und monatliche Entschädigung der Gesellschafter Stellung zu nehmen. C._____ habe Y._____ mit Firmengeld bezahlt (Rz 111);
- Rz 95: C._____ habe die Klägerin eigenmächtig verwarnt;
- Rz 97: C._____ habe die Klägerin mit Schikaneaufträgen unter Druck gesetzt;
- Rz 100: In einer Geschäftsführer-Info vom 21. Juli 2015 sei festgehalten worden, dass gemäss Beschluss vom gleichen Tag eine Buchhalterin eingestellt werde, welche anstelle der Klägerin die Verantwortung für die Buchhaltung und Spedition sowie eventuell für den Einkauf übernehmen werde. In der Info seien durch C._____ schwere, ungerechtfertigte Vorwürfe gegenüber der Klägerin erhoben worden;
- Rz 102 ff.: Es sei geplant, die Klägerin widerrechtlich am 31. Juli 2015 als Geschäftsführerin abzuwählen;

- Rz 106: Auf den klägerischen Vorwurf hin, er behandle die Gesellschafter nicht neutral, habe C._____ entgegnet, er müsse mit Herrn D._____ zusammenarbeiten und nicht mit der Klägerin;

- Rz 108 f.: In einer Geschäftsführer-Information habe sich C._____ in unwahren und diffamierenden Anschuldigungen gegenüber der Klägerin geäußert. Seine Ansicht, die Zukunft der Gesellschaft sei durch das klägerische Verhalten gefährdet, treffe angesichts der finanziell gut aufgestellten Beklagten nicht zu, auch wenn das Betriebsklima gedrückt sei;

- Rz 112 (diverses): Die Gewinne der Beklagten seien seit Beginn der Tätigkeit von C._____ nicht gestiegen. C._____ gehe zwei- bis dreimal die Woche von 10 Uhr bis 11'30 Uhr ins "Fitness". Bei der Abnahme einer wichtigen Lieferung sei er nicht zugegen gewesen. Die Rechnungsstellung eines anderen Projektes sei durch C._____ verzögert worden. Es habe zu viele Temporärkräfte. Trotz fehlender Kompetenz habe C._____ im Jahre 2013 eine Software - Vereinbarung unterzeichnet, im Oktober 2014 einen weiteren Auftrag. Unzulässigerweise im Alleingang habe er im Jahre 2013 Kurzarbeitsentschädigungen beantragt;

- Rz 113 f.: Ende Juni 2015 habe C._____ im Büro der Klägerin ein aggressives Verhalten an den Tag gelegt;

6.2 Bezüglich des *relevanten Nachteils* äusserte sich die Klägerin in act 1 wie folgt (Rz 130): Die Fortsetzung der andauernden Marginalisierung könne der Klägerin nicht länger zugemutet werden. Würde sie widerrechtlich als Geschäftsführerin abgewählt, könne man durch Umorganisationen Tatsachen schaffen, die später nicht mehr vollständig zu beheben wären. Eine weitere Zusammenarbeit mit C._____ sei der Klägerin nicht zumutbar. Mit Aufhebung der Geschäftsführermehrheit würde der Konflikt entschärft und Schaden von der Gesellschaft abgewendet.

7. Die Ausführungen der Klägerin in act. 1 zum relevanten Nachteil bezogen sich im Wesentlichen alleine auf *ihre* Interessen. Das Interesse der Gesellschaft wurde nur am Rande und ganz allgemein angesprochen. Damit war aber der relevante

Nachteil nur schon mangels Substanziierung bzw. mangels schlüssigem Vortrag nicht glaubhaft gemacht. Das Einzelgericht wies auf diesen Punkt schon in seiner Begründung zur Abweisung des Dringlichkeitsbegehrens hin (act. 4 Ziff. 6).

8.1 In ihrer ersten Noveneingabe vom 18. August 2015 (act. 9) erweiterte die Klägerin den Sachverhalt wie folgt: In einer Mitarbeiterorientierung vom 12. August 2015 habe C._____ u.a. die Anweisung erlassen, seitens der Klägerin dürften keine "Anweisungen und Aufträge" entgegengenommen werden (Rz 1 - 6). Am 13. August 2015 habe sich C._____ dahingehend geäussert, die Klägerin habe in der Werkstatt nichts verloren (Rz 8). Unter dem 13. August 2015 habe die Klägerin C._____ darauf hingewiesen, er habe es versäumt, die Ausführung der Lohnzahlung an einen Mitarbeiter sicherzustellen (Rz 9). In einer Geschäftsführersitzung vom 21. Juli 2015 heisse es, die Kunden seien wegen des Streites verunsichert, es gebe Liquiditätsprobleme, Stellenabbau und einen Umsatzrückgang (Rz 10). C._____ habe verkündet, der Personalbestand müsse auf 1/3 reduziert werden (Rz 10). Per Ende August 2015 würden bis zu sechs Stellen abgebaut (Rz 11). Die Verkaufstätigkeiten seien erheblich zurückgegangen, Herr E._____ habe mehr Ferien bezogen als ihm zuständen, bei neuen Aufträgen lasse C._____ Teilrechnungen nicht ohne Verzug fakturieren, was einen Rückgang an liquiden Mitteln zur Folge habe (Rz 12).

8.2 Diese Noven zeigen - deren Zutreffen unterstellt - menschliche und geschäftliche Probleme auf, nicht aber einen die Gesellschaft treffenden Nachteil, der durch die angebehrte Massnahme behoben oder gemindert werden könnte.

8.3 Den grösseren Teil der Eingabe (act. 9) widmete die Klägerin dem Rechtlichen (Rz 13 - 23), wobei es ihr offensichtlich darum ging, Nachteile der Gesellschaft darzulegen, was sie in ihrer ersten Eingabe versäumt hatte. Insofern sind ihre Vorbringen unbeachtlich, weil verspätet. Abgesehen davon vermögen die Ausführungen nicht, den relevanten Nachteil darzutun. Aufgrund des Streites der Gesellschafter mag es Loyalitätskonflikte und sonstige Reibereien geben und ist der Konflikt zwischen den Geschäftsführern ganz grundsätzlich unerfreulich. Es ist aber nicht dargetan, dass ein allfälliger negativer Geschäftsgang darin seine Ursache hat. Noch weniger ist dargetan, dass die angebehrte Entfernung

C.____s aus der gelebten Geschäftsführertätigkeit *notwendig* ist (Anspruchsvoraussetzung gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO), um die Geschäftsentwicklung der Beklagten positiv zu beeinflussen. Die Klägerin machte denn auch keine Angaben darüber, wie sich bei Gutheissung des Begehrens die Geschäftsführung der zerstrittenen Gesellschafter gestalten sollte.

9. In ihrer zweiten Noveneingabe vom 9. September 2015 (act. 13) schilderte die Klägerin, sie habe entdeckt, dass C.____ (mutmasslich zusammen mit D.____) ein neues Bankkonto (bei der St. Galler Kantonalbank) auf den Namen der Beklagten eröffnet habe. Das sei der Klägerin verheimlicht worden. Offensichtlich versuche man, Erträge der Beklagten auf dieses neue Konto umzuleiten. Der Wechsel der Bankbeziehung verstosse gegen den Gesellschafterbeschluss, wonach dem alle Gesellschafter zustimmen müssten (act. 3/6 S. 4). Die Klägerin räumte in der Noveneingabe ein, dass dieser Vorgang damit zusammenhängen dürfte, dass die Klägerin die Zeichnungsberechtigung C.____s bei der alten und einzigen Bankverbindung (UBS) blockiert hatte. Es sei jederzeit möglich, über die UBS Zahlungen auszuführen, es brauche nur die Zustimmung der Klägerin und von D.____. Auch dieser Vorgang ist unerfreulich, passt aber ins Bild der zerstrittenen Protagonisten. Wiederum ist aber nicht dargetan, dass die geschilderte Verhaltensweise der Gesellschaft einen Nachteil erwachsen lässt, der nur durch die Absetzung von C.____ behoben werden kann. Wiederum fehlen Ausführungen, wie ohne ihn eine (bessere) Geschäftsführung zu gewährleisten wäre.

10. In ihrer Stellungnahme vom 19. Oktober 2015 machte die Klägerin u.a. geltend (Rz 27), die beiden Gesellschafter seien durchaus in der Lage, zusammen die Geschäftsführung zu meistern. Sie hätten dies in der Zeit zwischen 1997 und 2009 bewiesen. Damit wird aber die aktuelle Konfliktsituation zwischen den Gesellschaftern ausgeblendet, weshalb nicht glaubhaft erscheint, dass sich die Gesellschafter heute auf eine konstruktive Zusammenarbeit (im Interesse der Gesellschaft) einigen können.

11. Es erübrigt sich, im Einzelnen auf die Vorbringen der Beklagten (getragen durch D.____ und C.____) einzugehen (act. 15, act. 19, act 29). Zusammenge-

fasst wird geltend gemacht, D._____ und C._____ hätten stets im Interesse der Gesellschaft gehandelt.

12. In ihrer dritten Noveneingabe (act. 25) wies die Klägerin auf die von D._____ am 22. Oktober 2015 initiierte Auflösungsklage hin, welche durch C._____ in grober Verletzung seiner Pflichten aktiv unterstützt werde. Im Wesentlichen kann auch diesbezüglich auf das Ausgeführte verwiesen werden. Selbstredend sollte es in der Regel nicht Aufgabe eines Geschäftsführers sein, die Auflösung der Gesellschaft zu unterstützen. Allerdings sieht das Gesetz auch Lösungen vor, wie trotz Auflösungsklage die Gesellschaft weitergeführt werden kann (Art. 821 Abs. 3). So oder anders kann das Verfahren betreffend Auflösung Jahre dauern, weshalb einstweilen und in diesem Verfahren die aktuelle Nachteilsdiskussion im Zentrum steht. An deren oben erwähnten Ergebnissen ändert das Novum nichts.

13. Grundsätzlich stellt sich die (Vor-) Frage, ob C._____ überhaupt noch gewählter bzw. gesetzmässiger Geschäftsführer ist. Eine formelle (Wieder-) Wahl der Geschäftsführer D._____, A._____ und C._____ erfolgte "für ein weiteres Jahr" letztmals am 3. April 2014 (act. 3/55). Die Klägerin machte geltend, die Amtszeit C._____s sei am 3. April 2015 abgelaufen (act. 1 Rz 81). Seitens der Beklagten wurde auf den Umstand hingewiesen, dass die Statuten keine Amtsdauer für die Geschäftsführer vorsehen (act. 15 Rz 31, unter Hinweis auf act. 3/3). C._____ sei nie formell abberufen worden. Wie es sich damit verhält, kann im Rahmen des vorliegenden Verfahrens dahingestellt bleiben. Gemäss Statuten (act. 3/3 Ziff. 15) erfolgt die Bestellung der Geschäftsführer durch Beschluss der Gesellschafter. Folgte man der Auffassung der Klägerin, so wäre aktuell kein Geschäftsführer gewählt. Das wäre aber in keiner Weise im Interesse der Gesellschaft. Von daher ist jedenfalls für und im Rahmen dieses Verfahren von drei zeichnungsberechtigten Geschäftsführern auszugehen, zumal keiner der Geschäftsführer für sich die entsprechende Position verneint.

14. Fazit: Die Gutheissung des Massnahmebegehrens käme nur in Frage, falls glaubhaft erschiene, dass der Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis von C._____ notwendig ist, um einen nicht leicht wieder gutzumachenden

Nachteil der Beklagten abzuwenden. Solche Verhältnisse hat die Klägerin nicht glaubhaft gemacht. Das Massnahmebegehren ist deshalb abzuweisen.

15. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig. Der Streitwert beträgt CHF 120'000.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das Massnahmebegehren wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr von CHF 7'200 wird der Klägerin auferlegt.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 11'200 zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 33.
5. 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, 26. November 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Helene Lampel