



Kass.-Nr. AA080067/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig,
die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter
Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie der Generalsekretär
Viktor Lieber

Sitzungsbeschluss vom 2. März 2009

in Sachen

1. **X.**,
...,
Beschwerdeführer 1
 2. **Y. Stiftung,**
...,
Beschwerdeführerin 2
 3. **Z. AG,**
...,
Beklagte
- 1, 2 vertreten durch ...

gegen

A.,
...,
Kläger und Beschwerdegegner

betreffend

Anfechtung von GV-Beschlüssen

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil und Beschluss des Handels-
gerichts des Kantons Zürich vom 19. März 2008 (HG070268/U/ho)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beschwerdegegner klagte am 10. November 2007 vor Handelsgericht gegen die Z. AG auf Feststellung der Nichtigkeit, eventuell Aufhebung der Beschlüsse der Generalversammlung vom 13. August 2007; mit diesen Beschlüssen waren u.a. drei bisherige Mitglieder des Verwaltungsrates – darunter der Beschwerdegegner – abgewählt und stattdessen X. (Beschwerdeführer 1) als einziges Verwaltungsratsmitglied gewählt worden.

Im Vorfeld zu diesem Verfahren war es in der gleichen Sache vor Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Zürich zu einem (vorprozessualen) vorsorglichen Massnahmeverfahren gekommen, wobei auf Seiten der Beklagten neben der Z. AG auch X. persönlich ins Recht gefasst wurde. Mit Verfügung vom 11. September 2007 hatte der Einzelrichter X. superprovisorisch und mit sofortiger Wirkung verboten, Handlungen als Verwaltungsrat der Z. AG vorzunehmen. Nach Einleitung des ordentlichen Verfahrens vor Handelsgericht überwies der Einzelrichter das Massnahmebegehren an das Handelsgericht (HG act. 11); ein dagegen von X. erhobener Rekurs wurde mit Beschluss des Obergerichts vom 23. Januar 2008 teilweise gutgeheissen. Mit Verfügung vom 4. März 2008 bestätigte darauf der Einzelrichter das bereits zuvor gegen X. superprovisorisch ausgesprochene Verbot in Form einer vorsorglichen Massnahme (KG act. 4/6).

2. Mit Urteil vom 19. März 2008 (KG act. 2) stellte das Handelsgericht fest, die Beschlüsse der Generalversammlung der Z. AG vom 13. August 2007 seien nichtig. Das Handelsregisteramt des Kantons Zürich wurde angewiesen, X. als Mitglied des Verwaltungsrates der Z. AG im Handelsregister zu löschen und die bisherigen Mitglieder (darunter den Beschwerdegegner) wieder als Mitglieder des Verwaltungsrates einzutragen. Gleichzeitig beschloss das Handelsgericht, eine Eingabe samt Beilagen der Y. Stiftung (Beschwerdegegnerin 2) und des X. vom 15. Februar 2008 aus dem Recht zu weisen.

3. Gegen dieses Urteil samt Beschluss richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde von X., der Y. Stiftung sowie der Z. AG. Diese beantragen, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Sache sei im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventuell seien die Nichtigkeitskläger im handelsgerichtlichen Verfahren als Haupt- bzw. Nebenintervenienten im Sinne von §§ 43 und 44 ZPO zuzulassen (KG act. 1 S. 2).

Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung zur Nichtigkeitsbeschwerde verzichtet (KG act. 12); der Beschwerdegegner beantragt deren Abweisung (KG act. 14). Nachdem die Beschwerdeantwort den Beschwerdeführern zugestellt worden war, reichten diese mit Eingabe vom 26. Mai 2008 eine weitere Stellungnahme ein (KG act. 18). In der Folge nahm der Beschwerdegegner zur ergänzenden Eingabe der Beschwerdeführer seinerseits Stellung (KG act. 22). Weitere Stellungnahmen sind nicht eingegangen.

4. X. und die Z. AG haben gegen das Urteil und den Beschluss des Handelsgerichts auch Beschwerde an das Bundesgericht erhoben. Das Bundesgericht hat sein Verfahren bis zum Entscheid des Kassationsgerichts sistiert (KG act. 13).

5. Mit Verfügung vom 22. April 2008 wurde der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung verliehen. Mit seiner Beschwerdeantwort beantragte der Beschwerdegegner, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Mit Präsidialverfügung vom 6. Mai 2008 wurde das Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (KG act. 16).

II.

1. In der Beschwerdeantwort wird geltend gemacht (KG act. 14 S. 3 ff.), der im vorliegenden Beschwerdeverfahren als Rechtsvertreter aller drei Beschwerdeführer auftretende RA B. sei nicht berechtigt, für die Z. AG aufzutreten. Nachdem X. vorsorglich verboten worden sei, Handlungen als Verwaltungsrat der Z. AG vorzunehmen, schliesse dieses Verbot auch die Bevollmächtigung eines An-

waltes im Namen der Z. AG aus. Im Übrigen sei die vorliegende Vollmacht (KG act. 3) ohnehin nur im Namen von X. und der Y. Stiftung erteilt worden.

Mit einzelrichterlicher Verfügung vom 16. November 2007 war gestützt auf Art.706a Abs. 2 OR als Rechtsvertreter der Z. AG für das vorliegende Verfahren RA C. bestellt worden (nachfolgend Ziff. 2.1a). Daraus folgt, dass RA B. ohne Bevollmächtigung durch RA C. im Namen der Z. AG keine Nichtigkeitsbeschwerde erheben konnte. Eine solche Bevollmächtigung liegt nicht vor. Es ist daher auf die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten, soweit sie im Namen der Z. AG erhoben wird. Soweit es um die Interessenwahrung von X. geht (vgl. Beschwerde S. 7, Ziff. 15), genügt es, dass dieser im Beschwerdeverfahren im Sinne von § 283 ZPO unter eigenem Namen auftreten kann.

2. Die beiden verbleibenden Beschwerdeführer beanstanden zunächst (Beschwerde Ziff. 12, S. 5), dass X. als einziger im Handelsregister eingetragener Verwaltungsrat der Z. AG, der als solcher die Gesellschaft von Gesetzes wegen nach aussen vertrete, vom Verfahren vor Handelsgericht und insbesondere von der Bestellung eines Beistandes erst durch den ihm zufällig zugekommenen, nunmehr angefochtenen Entscheid erfahren habe. Als einzigem Verwaltungsrat hätte ihm zumindest der Antrag des Beschwerdegegners auf Verbeiständung der Z. AG zur Kenntnis gebracht werden müssen. Dann hätte sich nämlich – so die Beschwerdeführer – sofort ergeben, dass die Voraussetzungen für eine solche Verbeiständung nach Art. 706a Abs. 2 OR nicht gegeben waren, weil der Beschwerdegegner im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht Verwaltungsrat der Z. AG gewesen sei und die Gesellschaft grundsätzlich vom Verwaltungsrat vertreten werde, wenn ein Aktionär klage. Im Übrigen wäre – wenn überhaupt – nicht der Einzelrichter, sondern die Vormundschaftsbehörde zur Bestellung eines Beistandes zuständig gewesen.

Weiter beanstanden die Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang (Beschwerde Ziff. 13), dass ihnen der in Frage stehende Beschluss nicht zur gleichen Zeit wie dem Beschwerdegegner zugestellt worden sei. Dabei falle ins Gewicht, dass die Gefahr bestanden habe, dass das angefochtene Urteil in Kraft getreten und die angeordnete Löschung im Handelsregister eingetragen worden wäre. In

diesem Zusammenhang wird (nachträglich, vgl. KG act. 18 S. 2) überdies geltend gemacht, die verspätete Zustellung erwecke den Anschein der Befangenheit im Sinne von § 96 Ziff. 4 GVG.

2.1a) Mit seiner Klageschrift vom 9. November 2007 hatte der Beschwerdegegner u.a. beantragt, RA C. sei als Rechtsvertreter der Z. AG für das Verfahren vor Handelsgericht zu bestellen. Mit Verfügung vom 14. November 2007 überwies der Präsident des Handelsgerichts eine Ausfertigung der Klageschrift an den Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich zwecks Behandlung dieses Rechtsbegehrens im Sinne von Art. 706a Abs. 2 OR. Er wies darauf hin, dass RA C. zwar bereits mit einzelrichterlicher Verfügung vom 14. September 2007 zum Rechtsvertreter der Z. AG bestellt worden sei, jedoch einzig mit Blick auf das audienzrichterliche Massnahmeverfahren (Prot. HG S. 3).

Mit Verfügung vom 16. November 2007 (HG act. 7) bestellte der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich RA C. als Rechtsvertreter der Z. AG auch für das Verfahren vor Handelsgericht.

b) Die Bestellung von RA C. zum Vertreter der Z. AG ist weder in formeller noch in materieller Hinsicht zu beanstanden. In formeller Hinsicht ergibt sich die Zuständigkeit des Einzelrichters aus § 219 Ziff. 18 ZPO. In materieller Hinsicht ist dem Einzelrichter darin zu folgen, dass angesichts des mit einzelrichterlicher Verfügung vom 11. September 2007 mit sofortiger Wirkung erlassenen Verbots an die Adresse von X., Handlungen als Verwaltungsrat der Z. AG vorzunehmen, die Voraussetzungen für die Bestellung eines anwaltlichen Vertreters erfüllt waren. Damit durfte die Vorinstanz RA C. als rechtsgültig bestellten Rechtsvertreter der Z. AG betrachten.

2.2 Aus dem Gesagten folgt weiter, dass für die Vorinstanz kein Anlass bestand, X. in irgendeiner Form in das Verfahren einzubeziehen; er war bis zum Abschluss des Verfahrens weder als Partei noch als Parteivertreter involviert. Nachdem ferner seinem Antrag auf Sistierung des Verfahrens im Hinblick auf eine spätere Haupt- bzw. Nebenintervention keine Folge gegeben worden war, bestand insofern für die Vorinstanz auch unter diesem Titel kein Anlass auf Einbeziehung in das Verfahren bzw. auf Eröffnung des angefochtenen Urteils.

2.3 Es trifft sodann zu, dass der Beschluss betreffend das Sistierungsbegehren X. und der Y. Stiftung erst mit ca. einmonatiger Verspätung eröffnet wurde (HG act. 25, 26; KG act. 12, 19). Wie bereits erwähnt, vertreten die beiden Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang die Auffassung, die nachträgliche Zustellung des Beschlusses erwecke den Eindruck, die Vorinstanz habe ihnen damit die Möglichkeit nehmen wollen, den Entscheid (im Hinblick auf die Löschung im Handelsregister) rechtzeitig anzufechten. Dies wiederum erwecke den Anschein von Befangenheit (KG act. 18 S. 2/3).

Ob diese erstmals in der ergänzenden Eingabe vom 26. Mai 2008 erhobene Rüge rechtzeitig ist, scheint fraglich, kann aber offen bleiben. Aus dem angefochtenen Entscheid ergibt sich, dass vom Gericht ausdrücklich angeordnet worden war, dass der Beschluss (Begründung gemäss Ziff. 3.2 des Entscheides samt Dispositiv) sowohl X. wie auch der Y. Stiftung zuzustellen sei (KG act. 2 S. 8, Disp.-Ziff. 2). Wenn diese Zustellung verspätet erfolgte, dürfte es sich um ein Kanzleiversehen handeln, welches sich dadurch erklären lässt, dass hinsichtlich der Zustellungsadressaten des Beschlusses einerseits und des Urteils andererseits keine Deckungsgleichheit bestand. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Vorinstanz die beiden Beschwerdeführer bewusst benachteiligen wollte.

2.4 Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet.

3. Die zweite Rüge bezieht sich auf das Vorgehen der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Eingabe der Beschwerdeführer 1 und 2 vom 15. Februar 2008 (Beschwerde Ziff. 14).

3.1 Nach den Vorbringen in der Beschwerde (Ziff. 14, S. 6/7) habe Berger im eigenen Namen und namens der Y. Stiftung mit dieser Eingabe klar zum Ausdruck gebracht, dass er als Haupt- und Nebenintervenient am Verfahren teilnehmen wolle, indem er ausdrücklich erklärt habe, die genannte Stiftung behaupte, am Streitgegenstand ein besseres, beide Parteien ganz oder teilweise ausschliessendes Recht zu beanspruchen. Ebenso habe er behauptet, er wie auch die Stiftung hätten ein Interesse daran, dass die Z. AG obsiege, d.h. die Klage vollumfänglich abgewiesen werde. Er habe sodann ausdrücklich um die Einset-

zung einer Frist zur Begründung von Haupt- bzw. Nebenintervention ersucht, was bedeute, dass beides auch bereits erklärt worden sei. Indem die Vorinstanz – in überspitztem Formalismus und somit willkürlich – dies nicht berücksichtigt und stattdessen die Eingabe aus dem Recht gewiesen habe, habe sie nicht nur ihren Anspruch auf rechtliches Gehör, sondern auch das Recht auf Haupt- und Nebenintervention gemäss §§ 43 und 44 ZPO (und insofern wesentliche Verfahrensgrundsätze) verletzt.

3.2 Der Beschwerdegegner ist der Auffassung (KG act. 14 S. 7), da X. und die Y. Stiftung keine Nebenintervention erklärt hätten, könnten sie sich nicht auf den Status eines "ausgeschlossenen Nebenintervenienten" im Sinne von §§ 273, 283 ZPO berufen, womit ihnen die Beschwerdelegitimation fehle. Dem kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil diese beiden Beschwerdeführer gerade geltend machen, es sei ihnen der Status als Haupt- oder Nebenintervenient zu Unrecht verweigert worden. Insofern sind sie (im Sinne von § 283 ZPO) zur Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert.

3.3a) Mit Eingabe vom 15. Februar 2008 an das Handelsgericht hatte X. in eigenem Namen und im Namen der Y. Stiftung u.a. ausgeführt (HG act. 18 [= KG act. 4/5] S. 2):

"Die Y. Stiftung Zürich als Mehrheitsaktionärin (51%) der Beklagten und X. bereiten eine Haupt- bzw. Nebenintervention im Sinne der §§ 43, 44 ZPO vor. Zu diesem Zweck sind sie auf Akteneinsicht angewiesen."

Weiter heisst es auf Seite 4 der genannten Eingabe:

"Aus allen diesen Gründen ersuche ich sie höflich **das Verfahren bis zum Gewähren der Aktenansicht zu sistieren** und dem Unterzeichneten **dannzumal eine angemessene Frist zur Begründung der Haupt- bzw. Nebenintervention anzusetzen.**"

b) Wenn die Vorinstanz in diesem Zusammenhang davon ausgeht, es könne lediglich von der Ankündigung, nicht aber von der Erklärung einer Haupt- oder Nebenintervention gesprochen werden, ist sie in überspitzten Formalismus verfallen. Zunächst ergibt eine Auslegung der fraglichen Eingabe nach ihrem Sinngehalt und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, dass sich die Beschwerdeführer 1 und 2 zweifellos am vorinstanzlichen Verfahren, und zwar als Haupt- und/ oder Nebenintervenienten beteiligen *wollten*. Fraglich ist, ob die *Kenntnisga-*

be dieses Willens den entsprechenden Anforderungen genügt. Dies ist jedenfalls mit Bezug auf die Nebenintervention zu bejahen:

In der Eingabe vom 15. Februar 2008 wird ausdrücklich ein Interesse am Obsiegen der Beklagten bekundet und ausdrücklich ausgeführt, damit seien die Voraussetzungen für eine Nebenintervention im Sinne von § 44 ZPO gegeben (HG act. 18 S. 3). Für eine Nebenintervention genügt zunächst eine solche einfache Erklärung (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 44 N 9), wobei – entgegen den Vorbringen in der Beschwerdeantwort (KG act. 14 S. 8) – auch klar ist, welche der beiden Hauptparteien durch die Nebenintervention unterstützt werden sollte (nämlich die die Beklagte). Indem die Vorinstanz diese Erklärung nicht als solche entgegennahm, sondern die Eingabe ohne weiteres (insbesondere ohne Prüfung, ob ein rechtliches Interesse an der Nebenintervention glaubhaft gemacht sei) aus dem Recht wies, hat sie den Beschwerdeführern 1 und 2 das rechtliche Gehör verweigert, was gestützt auf § 281 Ziff. 1 ZPO zur Gutheissung der Beschwerde führt.

c) Richtig ist, dass die in Frage stehende Eingabe Widersprüche bzw. Unklarheiten enthält. Insbesondere erscheint unklar, inwiefern parallel zu einer Nebenintervention ein Hauptintervention Platz haben soll, richtet sich doch diese gegen beide Hauptparteien (§ 43 ZPO). Diese Unklarheit bezüglich der Hauptintervention durfte aber nicht dazu führen, dass die insoweit klare Erklärung einer Nebenintervention zugunsten der Beschwerdeführerin 3 gänzlich unbeachtet blieb. Letztlich erscheint die Eingabe vom 15. Februar 2008 als – redaktionell teilweise missglücktes – Begehren um vorsorgliche Rechtswahrung, wofür auch der Umstand spricht, dass die Beschwerdeführer vorbringen liessen, sie seien (erst) gleichentags auf den Gegenstand des Prozesses aufmerksam gemacht worden (HG act. 18 S. 1).

4. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde in diesem Punkt als begründet. Das angefochtene Urteil samt Beschluss ist aufzuheben und die Sache ist im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird vorab über die Frage der Zulassung der Nebenintervention (unter dem Ge-

sichtspunkt der Glaubhaftmachung eines rechtlichen Interesses) zu entscheiden haben. Gegebenenfalls wird sie alsdann den vorhandenen Unklarheiten hinsichtlich der gleichzeitigen Erklärung der Hauptintervention durch Ausübung der Fragepflicht (§ 55 ZPO) bzw. durch Fristansetzung nach § 106 Abs. 4 ZPO zu begegnen haben.

5. Bei der Kostenregelung fällt in Betracht, dass mit Bezug auf das Nichteintreten hinsichtlich der Z. AG vollmachtlose Prozessführung vorliegt (oben Ziff. 1), weshalb gestützt auf § 66 Abs. 3 ZPO der auf diese entfallende Anteil von einem Drittel dem insoweit ohne Vollmacht handelnden RA B. persönlich aufzuerlegen ist (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 66 N 7). Die übrigen zwei Drittel sind ausgangsgemäss dem Beschwerdegegner aufzuerlegen.

Sodann hat der Beschwerdegegner die Beschwerdeführer 1 und 2 für das Kassationsverfahren zu entschädigen.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die namens der Z. AG erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
2. In Gutheissung der von den Beschwerdeführer 1 und 2 erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde werden Urteil und Beschluss des Handelsgerichts vom 19. März 2008 aufgehoben und die Sache wird im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 5'550.--.
4. Ein Drittel der Gerichtsgebühr wird RA B., die übrigen zwei Drittel werden dem Beschwerdegegner auferlegt.
5. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, den Beschwerdeführer 1 und 2 für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 3'000.-- zu bezahlen.
6. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 50'000.-.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Entscheides des Handelsgerichts vom 19. März 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz, das Schweizerische Bundesgericht sowie das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Generalsekretär: