[Briefkopf Anwaltskanzlei]

Überbracht

Handelsgericht Zürich

Einzelgericht im summarischen Verfahren

[Adresse]

8026 Zürich

[Ort], [Datum]

**Gesuch um Erlass einer superprovisorischen vorsorglichen Massnahme**

[Anrede]

In Sachen

[Vorname] [Name] Gesuchsteller 1

[Adresse], Zürich

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

und

[Vorname] [Name] Gesuchsteller 2

[Adresse], Zürich

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

Gesuchsteller 1 und 2 zusammen **«die Gesuchsteller»**

gegen

[Vorname] [Name] Gesuchsgegner

[Adresse], [Ort],

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

betreffend vorläufige Entziehung der Vertretungsbefugnis eines Kollektivgesellschafters (Art. 565 Abs. 2 OR)

stelle ich namens und im Auftrag der Gesuchsteller folgende

**RECHTSBEGEHREN**

* 1. Es sei die Einzelzeichnungsberechtigung von C für die Kollektivgesellschaft «Buonaforchetta A & Co.» vorläufig zu entziehen.
  2. Eventualiter sei die Zeichnungsberechtigung von C für die Kollektivgesellschaft «Buonaforchetta A & Co.» vorläufig auf eine Kollektivunterschrift zu zweien zu beschränken.
  3. Die richterliche Verfügung sei im Handelsregister einzutragen.
  4. Wegen besonderer Dringlichkeit sei über das Begehren als superprovisorische Massnahme ohne Anhörung der Gegenseite zu verfügen.
  5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners.

**Bemerkung 1:** Gemäss dem Grundsatz der schonenden Rechtsausübung ist zu prüfen, ob die Gefahr, die vom beklagten Gesellschafter ausgeht, durch eine weniger einschneidende Massnahme als der vollständige Entzug der Vertretungsbefugnis – namentlich durch eine Kollektivunterschriftsberechtigung – gebannt werden kann. Die Prüfung des Gerichts beschränkt sich auf die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt und ob die beantragte Massnahme verhältnismässig ist. Eine Modifizierung des Rechtsbegehrens von Amtes wegen ist nicht zulässig (ZK OR-Handschin/Chou, Art. 565 N 45; SHK Personengesellschaftsrecht-Schütz, Art. 565 N 36; a.M. OGer ZH, 02.11.1948, SJZ 1949 S. 277). Unter den gegebenen Umständen kann es sich daher empfehlen, eventualiter ein Gesuch um vorläufige Beschränkung der Vertretungsbefugnis durch Kollektivunterschrift zu zweien zu stellen.

Begründung

**I. Formelles**

* 1. Der unterzeichnete Rechtsanwalt ist gehörig bevollmächtigt worden und im Anwaltsregister des Kantons Zürich eingetragen.

BO: Vollmacht vom [Datum] Beilage A

* 1. Mit dem vorliegenden Gesuch wird gestützt auf Art. 565 Abs. 2 OR die vorläufige Eintragung der Entziehung der Vertretungsbefugnis eines Kollektivgesellschafters der «Buonaforchetta A & Co.», einer Kollektivgesellschaft mit Sitz in Zürich, beantragt. Es handelt sich dabei um eine vorsorgliche Massnahme (Art. 261 ZPO), weshalb sich die örtliche Zuständigkeit nach Art. 13 ZPO bestimmt (ZPO Komm-Pesenti, Art. 250 N 4).
  2. Gemäss Art. 13 ZPO ist für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist (lit. a) oder an dem die Massnahme vollstreckt werden soll (lit. b), zwingend zuständig. Der Vollstreckungsort nach Art. 13 lit. b ZPO befindet sich am Ort des Handelsregisteramtes, in welchem die vorläufige Eintragung zu erfolgen hat (ZPO Komm-Pesenti, Art. 250 N 4).
  3. Im vorliegenden Fall hat der Gesuchsgegner seinen Wohnsitz in Zürich. Somit wären die Gerichte in Zürich gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a ZPO in der Hauptsache zuständig. Auch der Vollstreckungsort gemäss Art. 13 lit. b ZPO liegt vorliegend in Zürich, denn die «Buonaforchetta A & Co.» ist im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen, so dass das Handelsregister in Zürich für die Vollstreckung der beantragten vorläufigen Eintragung zuständig ist.

**BO:** Handelsregisterauszug der Buonaforchetta A & Co. vom [Datum] **Beilage 1**

* 1. Somit sind vorliegend die Gerichte in Zürich ohne weiteres örtlich zuständig.
  2. Gemäss Art. 250 lit. c Ziff. 1 ZPO gilt für das Gesuch um vorläufige Entziehung der Vertretungsbefugnis nach Art. 565 Abs. 2 OR zwingend das summarische Verfahren. Dementsprechend entfällt das Schlichtungsverfahren (Art. 198 lit. a ZPO).
  3. Gemäss Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO können Kantone mit einem Handelsgericht dieses für die Beurteilung von Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften zuständig erklären. Der Kanton Zürich hat mit § 44 lit. b GOG/ZH von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht. Für die Beurteilung von Angelegenheiten des Gesellschaftsrechts, die gemäss Art. 250 lit. c ZPO im summarischen Verfahren zu behandeln sind, ist gemäss § 45 lit. c GOG/ZH das Einzelgericht des Handelsgerichts sachlich zuständig, sofern der Streitwert mindestens CHF 30'000.00 beträgt.
  4. Vorliegend beantragen die Gesuchsteller gestützt auf Art. 565 Abs. 2 OR die vorsorgliche Entziehung der Befugnis von C, die Kollektivgesellschaft Buonaforchetta A & Co. nach aussen zu vertreten. Diese vorsorgliche Massnahme wird im Katalog von Art. 250 lit. c Ziff. 1 ZPO ausdrücklich erwähnt und fällt dementsprechend in die Zuständigkeit des Einzelrichters am Handelsgericht Zürich nach § 45 lit. c GOG/ZH, sofern der Streitwert von CHF 30'000.00 erreicht ist.
  5. Obwohl das Rechtsbegehren vorliegend nicht auf eine bestimmte Geldsumme lautet, liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor, denn durch das Gesuch wird letztendlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt. Die Antragsteller verlangen eine Massnahme, deren Finalität in der Verteidigung ihrer Vermögensrechte besteht (vgl. BGer 4A\_350/2011 vom 13.10.2011 E.1.1.1, nicht publiziert in BGE 137 III 503; 118 II 528 E. 2.c). Lautet ein Rechtsbegehren einer vermögensrechtlichen Streitigkeit nicht auf eine bezifferte Geldleistung, ist der Streitwert nach Art. 91 Abs. 2 ZPO zu schätzen (KUKO ZPO-van de Graaf, Art. 91 N 9). Das der Buonaforchetta A & Co. gehörende Gesellschaftsvermögen beträgt rund CHF 100'000.00. Durch die Massnahme nach Art. 565 Abs. 2 OR bezwecken die Gesuchsteller, den durch die Handlungen des Gesuchsgegners gefährdeten Betrieb des Restaurants und letztendlich die wirtschaftliche Existenzgrundlage der Kollektivgesellschaft zu erhalten. Somit ist vorliegend von einem Streitwert von ca. CHF 100'000.00 auszugehen.

**BO:** Auszug aus der Buchhaltung der Buonaforchetta A & Co. **Beilage 2**

* 1. Dementsprechend ist gemäss Art. 6 Abs. 4 ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 5 und § 45 lit. c GOG/ZH das Einzelgericht des Handelsgerichts Zürich für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit zuständig.
  2. Die Gesuchsteller bezeichnen nachfolgend für ihre Sachdarstellung die einzelnen Beweismittel. Die Bezeichnung weiterer Beweismittel wird ausdrücklich vorbehalten.
  3. Wie nach Art. 180 Abs. 1 ZPO gestattet, werden die Beilagen in Form von Kopien eingereicht. Amtlich beglaubigte Kopien oder Originale werden auf erstes Verlangen nachgereicht.

**II. Sachverhalt**

**A. Die Parteien**

* 1. Die Gesuchsteller sind zwei natürliche Personen mit Wohnsitz in Zürich. Zusammen mit dem Gesuchsgegner haben sie im Jahr 2010 die Kollektivgesellschaft Buonaforchetta A & Co. gegründet, welche ein Restaurant in der Innenstadt in Zürich betreibt. Gemäss Eintrag im Handelsregister des Kantons Zürich sind alle drei Kollektivgesellschafter je einzeln zur Vertretung der Gesellschaft befugt.

**BO:** Handelsregisterauszug der Buonaforchetta A & Co. vom [Datum] **Beilage 1**

**Bemerkung 2:** Gemäss h.L. ist jeder Kollektivgesellschafter zur Entziehung der Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters aus wichtigem Grund und entsprechend zur Beantragung des vorläufigen Rechtsschutzes im Sinne von Art. 565 Abs. 2 OR einzeln aktivlegitimiert (s. I. Vorbemerkungen, 2. Probleme, Risiken und Voraussetzungen der Klage, Rz 5). Klagen mehrere Kollektivgesellschafter zusammen, liegt auf der Klägerseite eine einfache Streitgenossenschaft (Art. 71 ZPO) vor.

**B. Drohende Kündigung des Pachtvertrages durch den Gesuchsgegner**

* 1. Am 1. Februar 2010 hat die Buonaforchetta A & Co. einen unbefristeten Pachtvertrag mit der X AG betreffend eine als Restaurant ausgestalteten Räumlichkeit in der Zürcher Innenstadt abgeschlossen. Der Pachtzins beträgt CHF 10'000.00 pro Monat. Dank des bevorzugten Standortes war der Betrieb des Restaurants bis anhin äusserst erfolgreich.

**BO:** Pachtvertrag zwischen der Buonaforchetta A & Co. und der X AG vom 01.02.2010

**Beilage 3**

* 1. Der Gesuchsgegner ist Mehrheitsaktionär der Fastfood AG, einer im Gastrobereich tätigen Gesellschaft mit Sitz in Horgen.

**BO:** Auszug aus dem Aktienbuch der Fastfood AG mit Sitz in Horgen **Beilage 4**

**BO:** Handelsregisterauszug der Fastfood AG vom [Datum] **Beilage 5**

* 1. Mit E-Mail vom 1. Dezember 2015 teilte der Gesuchsgegner den Gesuchstellern mit, die Fastfood AG sei mit dem Angebot an die X AG herangetreten, die von der Buonaforchetta A & Co. gepachtete Räumlichkeit in der Zürcher Innenstadt zu einem Pachtzins von CHF 20'000.00 im Monat zu pachten. Weiter informierte der Gesuchsgegner, er beabsichtige den Pachtvertrag mit der X AG im Namen der Buonaforchetta A & Co. am 31. Dezember 2015 auf den nächstmöglichen Kündigungstermin zu kündigen.

**BO:** E-Mail von C an A und B vom 01.12.2015 **Beilage 6**

* 1. Die E-Mail vom 1. Dezember 2015 löste Empörung und Besorgnis bei den Gesuchstellern aus. Der erfolgreiche Betrieb des von der Kollektivgesellschaft geführten Restaurants hängt nämlich stark mit dem derzeitigen Standort zusammen. Es ist kaum vorstellbar, innert der sechsmonatigen Kündigungsfrist ein geeignetes Ersatzobjekt zu vergleichbaren Bedingungen zu finden. Mit Einschreiben vom 4. Dezember 2015 warfen die Gesuchsteller dem Gesuchsgegner eine Treuepflichtverletzung gegenüber der Buonaforchetta A & Co. vor. Mit einer Kündigung des Pachtvertrages seien sie nicht einverstanden, da diese fatale Folgen für die Buonaforchetta A & Co hätte. Aus diesem Grund teilten die Gesuchsteller dem Gesuchsgegner mit, sie hätten beschlossen, ihm wegen des offenkundigen Interessenkonflikts mit sofortiger Wirkung die Vertretungsbefugnis für die gemeinsam geführte Kollektivgesellschaft zu entziehen. Schliesslich forderten sie ihn auf, die dem Schreiben beigelegte Anmeldung für das Handelsregister betreffend Streichung seiner Einzelvertretungsberechtigung zu unterzeichnen. Mit E-Mail vom 7. Dezember 2015 wies der Gesuchsgegner die Vorwürfe zurück und kündigte an, an seinem Kündigungsvorhaben festzuhalten.

**BO:** Schreiben von A und B an C vom 04.12.2015 **Beilage 7**

**BO:** E-Mail von C an A und B vom 07.12.2015 **Beilage 8**

* 1. Eine Überprüfung der Buchhaltung der Buonaforchetta A & Co. hat zudem ergeben, dass der Gesuchsgegner im November 2015 mehrere Zahlungen im Betrag von insgesamt CHF 8'000.00 aus dem Vermögen der Kollektivgesellschaft zugunsten der Fastfood AG veranlasst hat, ohne dass dafür entsprechende Rechnungen in der Buchhaltung vorlagen bzw. ein Rechtsgrund ersichtlich war.

**BO**: Auszug aus der Buchhaltung der Buonaforchetta A & Co. **Beilage 2**

**III Rechtliches**

**A. Die Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme im Sinne von Art. 565 Abs. 2 OR sind gegeben**

**a) Vorbemerkungen**

* 1. Eine Kollektivgesellschaft ist eine Gesellschaft, in der zwei oder mehrere natürliche Personen, ohne Beschränkung ihrer Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, sich zum Zwecke vereinigen, unter einer gemeinsamen Firma ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe zu betreiben (Art. 552 Abs. 1 OR). Jeder Kollektivgesellschafter untersteht einer verschärften Treuepflicht (vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 13 Rz 55). Nach Art. 563 OR ist jeder einzelne Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt, sofern das Handelsregister keine entgegenstehenden Eintragungen enthält.
  2. Vorliegend haben sich die Parteien, drei natürliche Personen, unter der Firma «Buonaforchetta A & Co.» zusammengegeschlossen, um einen Gastrobetrieb zu führen. Alle drei Kollektivgesellschafter sind im Handelsregister mit Einzelzeichnungsberechtigung eingetragen.

**BO:** Handelsregisterauszug der Buonaforchetta A & Co. vom [Datum] **Beilage 1**

* 1. Die Gesuchsteller haben allerdings beschlossen, dem Gesuchsgegner die Vertretungsmacht aus wichtigen Gründen nach Art. 565 Abs. 1 OR zu entziehen und haben ihm dies mit Schreiben vom 4. Dezember 2015 mitgeteilt. Nachdem sich der Gesuchsgegner weigerte, die entsprechende Anmeldung für das Handelsregister mitzuunterzeichnen (Art. 556 OR; KUKO OR-Lüchinger/Widmer Lüchinger, Art. 565 N 3), sehen sich die Gesuchsteller zu einer gerichtlichen Durchsetzung der Anmeldung veranlasst. Da unmittelbar die Kündigung des Pachtvertrages durch den Gesuchsgegner droht, sind die Gesuchsteller auf eine vorläufige Entziehung der Vertretungsmacht nach Art. 565 Abs. 2 OR angewiesen, bis die Angelegenheit in einem ordentlichen Prozess endgültig geklärt werden kann (vgl. BSK OR II-Pestalozzi/Hettich, Art. 565 N 9). Voraussetzung für die Erwirkung einer vorläufigen Entziehung der Vertretungsbefugnis nach Art. 565 Abs. 2 OR ist das Glaubhaftmachen eines wichtigen Grundes sowie eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils (CHK OR-K. Müller, Art. 565 N 9; ZK OR-Handschin/Chou, Art. 565 N 41). Die beantragte vorläufige Massnahme muss zeitlich dringlich und verhältnismässig sein. Wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, sind sämtliche Voraussetzungen vorliegend erfüllt.

b) Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von Art. 565 Abs. 1 OR

* 1. Gemäss Art. 565 Abs. 1 OR kann einem Kollektivgesellschafter aus wichtigen Gründen die Vertretungsbefugnis entzogen werden. Als wichtige Gründe im Sinne von Art. 565 Abs. 1 OR gelten gemäss h.L. und Rechtsprechung insbesondere Unfähigkeit, schwere Pflichtverletzungen, etwa in Form von Kompetenzüberschreitungen oder einer Verletzung der Treuepflicht (GVP 1999 Nr. 50 S. 133). Massgebend ist, ob der Grund das Vertrauen in die Erfüllung der Vertretungsfunktion durch einen Gesellschafter unmittelbar berührt (BSK OR II-Pestalozzi/Hettich, Art. 565 N 6; GVP 1999 Nr. 50 S. 133).
  2. Vorliegend liegt eine schwerwiegende Verletzung der Treuepflicht gegenüber der Buonaforchetta A & Co. durch den Gesuchsgegner vor. Bei der beabsichtigten Kündigung des Pachtvertrages mit der X AG am 30. Dezember 2015 geht es ihm offenbar einzig darum, der Fastfood AG zu ermöglichen, selber einen Pachtvertrag mit der X AG zu schliessen, so dass die Fastfood AG vom attraktiven Standort profitieren kann. Insofern gibt der Gesuchsgegner den Interessen der Fastfood AG, an der er als Mehrheitsaktionär beteiligt ist, auf unzulässiger Weise den Vorrang gegenüber den berechtigten Interessen der Buonaforchetta A & Co. und der Gesuchsteller, das Restaurant weiterhin in den gepachteten Räumlichkeiten am gegenwärtigen, bevorzugten Standort in der Zürcher Innenstadt zu betreiben.

**BO:** E-Mail von C an A und B vom 01.12.2015 **Beilage 6**

* 1. Eine Überprüfung der Buchhaltung der Kollektivgesellschaft brachte zudem weitere Treuepflichtverletzungen des Gesuchsgegners ans Licht. Im Monat November 2015 hat er nämlich ohne ersichtlichen Grund mehrere Zahlungen für insgesamt CHF 8'000.00 aus dem Vermögen der Buonaforchetta A & Co. zugunsten der Fastfood AG veranlasst.

**BO:** Auszug aus der Buchhaltung der Buonaforchetta A & Co. **Beilage 2**

* 1. Angesichts der klaren und fortgesetzten Treuepflichtverletzung des Gesuchsgegners sowie aufgrund seines Interessenkonfliktes liegt ein wichtiger Grund für die Entziehung seiner Vertretungsbefugnis im Sinne von Art. 565 Abs. 1 OR vor.

**c) Drohender,** nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil

* 1. Gemäss Art. 565 Abs. 2 OR setzt die vorläufige Entziehung der Vertretungsbefugnis voraus, dass Gefahr in Verzug liegt. Erforderlich ist somit die Glaubhaftmachung eines drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils (BSK OR II-Pestalozzi/Hettich, Art. 565 N 9).
  2. Vorliegend besteht aufgrund der Treuepflichtverletzungen und des schwebenden Interessenkonflikts des Gesuchsgegners eine drohende Gefahr für die Kollektivgesellschaft sowie für die finanziellen Interessen der Gesuchsteller. Aus der vom Gesuchsgegner in Aussicht gestellten Kündigung des Pachtvertrages am 31. Dezember 2015 würde der Buonaforchetta A & Co. ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil erwachsen. Die Kündigung stellt nämlich ein Gestaltungsrecht dar, deren Ausübung grundsätzlich unwiderruflich ist (KUKO OR-Blumer, Art. 266a–266f N 1). Spricht der Gesuchsgegner, wie von ihm angedroht, die Kündigung des Pachtvertrages aus, würde die Kollektivgesellschaft den aktuellen, bevorzugten Standort für ihren Restaurantbetrieb verlieren. Dadurch wäre der Betrieb des Restaurants und letztendlich der Fortbestand der Kollektivgesellschaft Buonaforchetta A & Co. selber ernsthaft gefährdet. Der Verlust des aktuellen Standortes hätte nämlich einen dramatischen Umsatzeinbruch zur Folge. Aufgrund der notorisch angespannten Lage im Zürcher Mietmarkt ist nicht davon auszugehen, dass es der Buonaforchetta A & Co. gelingen würde, innert nützlicher Frist ein Ersatzobjekt zu vergleichbaren Bedingungen zu finden.
  3. Weiter ist zu befürchten, dass der Gesuchsgegner sein treuwidriges Verhalten fortsetzt und weitere Transaktionen mit der Fastfood AG zulasten des Gesellschaftsvermögens vornimmt, wie dies bereits im November 2015 der Fall gewesen ist.

**BO:** Auszug aus der Buchhaltung der Buonaforchetta A & Co. **Beilage 2**

* 1. Aus obigen Gründen sind die Gesuchsteller auf die vorläufige Entziehung der Vertretungsbefugnis des Gesuchsgegners angewiesen, um die drohende Schädigung am Vermögen der Gesellschaft sowie die Gefährdung ihrer Zweckverfolgung, d.h. die Weiterführung des Restaurants, zu verhindern.

**d) Zeitliche Dringlichkeit der beantragten vorsorglichen Massnahme**

* 1. Wie vorne ausgeführt (II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 16 f.) hat der Gesuchsgegner angekündigt, bis Ende Monat die Kündigung des Pachtvertrages auszusprechen. Um diese Gefahr zu bannen, sind die Gesuchsteller auf die dringliche Anordnung der vorläufigen Entziehung seiner Vertretungsbefugnis angewiesen. Es wird daher beantragt, die vorläufige Entziehung der Vertretungsbefugnis superprovisorisch ohne Anhörung der Gegenseite gemäss Art. 265 ZPO zu verfügen.

e) Verhältnismässigkeit der beantragten vorsorglichen Massnahme

* 1. Die beantragte vorsorgliche Entziehung (bzw. eventualiter die Beschränkung durch Kollektivunterschrift) der Vertretungsmacht des Gesuchsgegners ist unerlässlich, um den drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zu verhindern. Insofern erweist sich der notwendige vorübergehende Eingriff in die Rechte des Gesuchsgegners ohne weiteres als verhältnismässig.

B. Kosten- und Entschädigungsfolgen

* 1. Bei antragsgemässem Ausgang des Verfahrens wird der Gesuchsgegner kosten- und entschädigungspflichtig.

Aus den dargelegten Gründen ersuche ich Sie, sehr geehrte Frau Handelsrichterin, sehr geehrter Herr Handelsrichter, höflich, dem Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme im Sinne der eingangs gestellten Begehren stattzugeben.

Mit freundlichen Grüssen

[Unterschrift des Rechtsanwaltes der Gesuchsteller]

[Name des Rechtsanwaltes der Gesuchsteller]

dreifach

Beilagen: Gemäss separatem Beweismittelverzeichnis