

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE170051-O

U/ee

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie die Gerichtsschreiberin
Adrienne Hennemann

Urteil vom 23. Mai 2017

in Sachen

Handelsregisteramt des Kantons Zürich,

Kläger

gegen

A._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **Organisationsmangel**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 1)

"Infolge Mängeln in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation der Gesuchsgegnerin seien die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen; dies unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Prozessuales

Am 24. Februar 2017 ging hierorts das obgenannte Begehren ein (act. 1). Mit Verfügung vom 27. Februar 2017 wurde das Begehren der Beklagten zugestellt und ihr Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (Ernennung einer Revisionsstelle oder Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 5'000.– zwecks Ernennung einer Revisionsstelle durch das Gericht) angesetzt (Prot. S. 2 f.). Nachdem die Beklagte den Kostenvorschuss zur Ernennung einer Revisionsstelle rechtzeitig geleistet hatte (act. 4), wurde der Beklagten Frist angesetzt, um einen Vorschlag betreffend der zu ernennenden Revisionsstelle zu machen (act. 5). Unter dem 4. April 2017 ging hierorts die Gesuchsantwort ein, worin die Beklagte diverse Anträge stellte (act. 7). Mit Verfügung vom 12. April 2017 wurde die Gesuchsantwort der Klägerin zugestellt und auf die Anträge der Beklagten gemäss act. 7 Ziff. 1 und 2 nicht eingetreten. Gleichzeitig wurde der B._____ AG Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie das Mandat annehme und C._____ (fortan C._____), um zum Antrag 5 der Beklagten (Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten von C._____) Stellung zu nehmen (act. 10). Die B._____ AG erklärte mit Schreiben vom 2. Mai 2017, das Mandat einer eingeschränkten Revision der Jahresrechnung der Beklagten anzunehmen (act. 15). Innert erstreckter Frist reichte C._____ die Stellungnahme ein (act. 13/1 und 16), die alsdann an die Parteien ging (Prot. S. 8; act. 18/1-2). Vom 18. Mai 2017 datiert eine weitere Stellungnahme der Klägerschaft (act. 19).

2. Mangelbehebung

Der Beklagten fehlt es nach dem Widerruf des Einverständnisses zum Opting Out an einer eingetragenen Revisionsstelle. Dieser Mangel wurde innert angesetzter Frist nicht behoben, die Beklagte hat den zur Ernennung einer Revisionsstelle notwendigen Kostenvorschuss aber geleistet und schlägt die B._____ AG vor. Bei der B._____ AG handelt es sich um eine im Register eingetragene zugelassene Revisionsstelle, die der eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde untersteht (RAB Nr. 501669, vgl. auch act. 7 Rz. 47). Da die B._____ AG zudem mit Schreiben vom 2. Mai 2017 erklärt hat, das Mandat unter den in der Verfügung vom 12. April 2017 aufgeführten Bedingungen anzunehmen (vgl. act. 15), ist sie für ein Jahr als Revisionsstelle der Beklagten (eingeschränkte Revision) zu ernennen. Eine Abberufung der gerichtlich ernannten Revisionsstelle während dieses Jahres ist nur durch dasselbe Gericht bei Vorliegen wichtiger Gründe zulässig (Art. 731b Abs. 3 OR). Ein Rücktritt der Revisionsstelle wäre dem Richter mitzuteilen. Gegebenenfalls würde ein neues Verfahren eröffnet.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1 Die Beklagte beantragt, dass C._____ kosten- und entschädigungspflichtig werde, da er durch Entzug der Zustimmung zum Verzicht auf Durchführung einer Revision die Wahl notwendig gemacht, mit seinem eigenen Verhalten eine solche Wahl aber sabotiert und damit das Organisationsmängelverfahren verursacht habe (obwohl er beispielsweise ausdrücklich dazu eingeladen worden sei, selbst Revisionsunternehmen zur Wahl als Revisionsstelle der Beklagten vorzuschlagen). Zudem stelle die Inanspruchnahme eines Rechts auf Durchführung der Revision bzw. der Entzug der Zustimmung zum Verzicht auf eine solche zum ausschliesslichen Zweck, die Liquidation der Gesellschaft zu erreichen, eine rechtsmissbräuchliche zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB dar (act. 7 Rz. 51-53).

3.2 C._____ hält dagegen, dass die Beklagte die durch das Handelsregisteramt angesetzte Frist ungenutzt habe verstreichen lassen. In seiner Position als Aktio-

när sei er für den Organisationsmangel nicht verantwortlich. Er habe um eine "kurze Zusammenstellung der Argumentation/Kriterien" betreffend vorgeschlagene Wahl gebeten. Aus der Antwort des Verwaltungsrates gehe nur hervor, dass die vorgeschlagene Revisionsstelle über "Erfahrung mit international tätigen Finanzdienstleistungsfirmen" verfüge. Es sei jedoch nie behauptet worden, dass die vorgeschlagene Revisionsstelle über spezifische Erfahrung im Rückversicherungsgeschäft verfüge. Eine weitere konstruktive Diskussion sei bewusst verhindert worden, indem an der Generalversammlung nur seinem Rechtsvertreter Zutritt gewährt worden sei; er selbst aber vom Verwaltungspräsident persönlich des Gebäudes verwiesen worden sei. Damit sei es seinem Rechtsvertreter nicht möglich gewesen, neue Instruktionen einzuholen. Nach der gescheiterten Generalversammlung habe sodann kein zweiter Anlauf stattgefunden, eine Revisionsstelle zu finden, die über Erfahrung im Bereich Rückversicherung verfüge. Damit sei das Nichtzustandekommen der Wahl der Revisionsstelle nicht auf sein Verhalten zurückzuführen. Es treffe sodann auch nicht zu, dass es ihm darum gegangen sei, die Liquidation der Beklagten herbeizuführen, sei es doch sein Recht, seine Zustimmung zum Verzicht auf eingeschränkte Revision zu widerrufen. Es sei auch sein Recht zu verlangen, dass die Revisionsstelle über spezifische Rückversicherungspraxis verfüge. Ein Rechtsmissbrauch sei daher zu verneinen. Das Verlangen einer Revisionsstelle mit spezifischer Rückversicherungserfahrung sei sachlich begründet und notwendig, was sich auch aus dem Rechnungslegungsentwurf 2016 ergebe, der trotz seinem Rücktritt um rund CHF 100'000.– gestiegene Personalkosten vorsehe, dies bei erfolgswirksamer Verbuchung von noch nicht eingegangenen Kommissionserträgen, wohl um die gestiegenen Personalkosten zu "decken" (act. 16 Rz. 7 ff. mit Hinweis auf act. 17). Zu den beantragten Entschädigungsfolgen liess sich C._____ nicht vernehmen (vgl. act. 16).

3.3 Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Prozesskosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen, wobei bei Nichteintreten die klagende Partei als unterliegend gilt. Art. 108 ZPO schafft die gesetzliche Grundlage, um unnötige Kosten demjenigen aufzuerlegen, der sie verursacht hat.

Mit Verfügung vom 12. April 2017 wurde auf die Anträge der Beklagten art. 7 Ziff. 1 und 2 nicht eingetreten (art. 10). Die auf das Nichteintreten entfallenden Kosten hat daher ausgangsgemäss die Beklagte zu tragen (vgl. Art. 104 Abs. 1 ZPO; Art. 106 ZPO).

Zu prüfen bleibt, wie es sich mit den übrigen Kosten dieses Verfahrens verhält. Gemäss Rechtsprechung kommen als unnötige Kosten auch solche Kosten in Frage, die von den Parteien oder von Dritten ausserhalb des Prozesses verursacht wurden, unnötig können auch die gesamten Prozesskosten sein, insbesondere wenn das ganze Verfahren durch ein bestimmtes Verhalten ausserhalb des Prozesses veranlasst wurde (BGE 141 III 426 E. 2.4.3). Das Bundesgericht hat offen gelassen, ob dem Dritten ein vorwerfbares Verhalten angelastet werden muss oder nicht, da es in der genannten Entscheidung das vorwerfbare Verhalten bejahte (BGE 141 III 426 E. 2.4.4). Dabei genügt nicht jedes zweifelhafte Verhalten einer Drittperson für eine Kostenauflegung, vielmehr muss klar und eindeutig feststehen, dass das ganze Verfahren nur wegen des betreffenden Verhaltens der Drittperson veranlasst wurde (Urteil des Bundesgerichts vom 15. März 2016 [4A_420/2015] E. 4.5.).

Bei der Beklagten besteht offensichtlich eine Pattsituation, weil die hälftigen Eigentümer C._____ und D._____ nicht mehr miteinander können. In solchen Pattsituationen können Verhaltensweisen, die eine zu kritisierende Obstruktion darstellen oder ihr nahe kommen, eintreten. Grundsätzlich läge es an den Beteiligten, die Situation, zu welcher sie im Keim schon mit der gemeinsamen Gründung der Gesellschaft und der hälftigen Beteiligung beigetragen haben, zu lösen. Die wohl vernünftigste Lösung ist der Verkauf der hälftigen Beteiligung an den zweiten Aktionär. Von Gesetzes wegen hätte auch C._____ die vorliegende Klage erheben können. Stattdessen wurde das Amt in einem gewissen Sinne instrumentalisiert. Gemäss Lehre und Rechtsprechung kann eine Pattsituation zu einem Organisationsmangel führen, weil das ordentliche Führen der Gesellschaft im Allgemeinen und die Durchführung von Wahlen negativ tangiert werden. Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung scheint dann das Gericht gehalten zu sein, allenfalls an Lösungen wie eine Versteigerung von Aktien zu denken. Über die technische

Durchführung existiert - soweit ersichtlich - keine Rechtsprechung. Offen ist auch, ob es einer Bewertung der Gesellschaft bedarf und wer diese finanziert. Offen ist auch, ob allenfalls ein Sachwalter für die Beklagte im Zusammenhang mit dem Verfahren einzusetzen wäre. Das Zerwürfnis der beiden Aktionäre C._____ und D._____ dürfte spätestens am 8. September 2016 eingetreten sein, als Ersterer sein Mandat als Verwaltungsrat aufgab (act. 9/6). Seit diesem Zeitpunkt wären die Protagonisten gehalten gewesen, auf eine vernünftige Trennung hinzuarbeiten. Dass einer der Betroffenen in diese Richtung tätig geworden wäre, wird nicht schlüssig behauptet. Vielmehr machte C._____ am gleichen Tag von seinem Recht Gebrauch, die Einwilligung zum Verzicht auf eingeschränkte Revision zurückzunehmen (act. 2/2 mit Beilage). Die Beklagte verfiel danach in Schweigen. Erst am 17. Oktober 2016 wurde die Durchführung einer ao. GV (28. November 2016) beschlossen. Offenbar wurden die Information des Amtes durch C._____ und die Einladung zur ao. GV am gleichen Tag versandt (act. 2/2, act. 9/12). Hätte sich die Beklagte etwas mehr beeilt, wäre vermutlich die Einschaltung des Amtes zumindest einstweilen unterblieben. Im Vorfeld der ao. GV fragte C._____ D._____ an, ob er ihm eine kurze Zusammenstellung der Argumente und Kriterien, welche zum Vorschlag B._____ geführt hätten, senden könne (act. 9/13; die Lücken im Text wurden vorstehend geschlossen). D._____ antwortete, die B._____ habe Erfahrung mit international tätigen Finanzdienstleistungsfirmen (act. 9/14). Die Kürze der Auskunft erstaunt. Von jemandem, dessen Zustimmung man braucht, hätte man eine vertiefere Auskunft erwarten dürfen, z.B. auch die Angabe von Gesellschaften, bei welchen die vorgeschlagene Revisionsstelle sonst noch tätig ist. C._____ wurde damit etwas in die Richtung von "nimm es oder lass es" gedrängt. Gesamthaft kann nicht gesagt werden, die Einschaltung des Amtes und die unterbliebene Wahl der B._____ seien alleine einem treuwidrigen Verhalten von C._____ zuzuschreiben. Dass es noch weitere atmosphärische Störungen gab und C._____ allenfalls selber hätte Vorschläge bringen könne, trifft grundsätzlich zu, ändert aber an der vorstehenden Feststellung nichts. Es ist nicht dargetan, dass einer der Protagonisten ohne Arg alles getan hätte, um die verfahren Situation in positive Bahnen zu lenken, und der andere nur auf Obstruktion gemacht hat. Von daher wäre es nicht angemessen, C._____ Prozesskosten auf-

zuerlegen. Diese treffen vielmehr die Beklagte und damit - zumindest indirekt - die Protagonisten in gleicher Weise.

Nur der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Kosten der Revisionsstelle sowieso entstanden wären, daher die Beklagte diese Kosten zu tragen hat, wobei sie aus dem geleisteten Vorschuss von CHF 5'000.– zu decken sind.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Die B. _____ AG wird für ein Jahr als Revisionsstelle der Beklagten (eingeschränkte Revision) ernannt.
2. Die Gerichtsgebühr von CHF 2'200 wird der Beklagten auferlegt.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, die anfallenden Kosten der B. _____ AG zu bezahlen. Diese Kosten werden vorab aus dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der B. _____ AG den Betrag von CHF 5'000 auf erstes Verlangen hin zu überweisen.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 300.– zu bezahlen.
6. Der Antrag der Beklagten, es seien C. _____ Prozesskosten aufzuerlegen, wird abgewiesen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an RA Y. _____ (zuhanden von C. _____) sowie an die B. _____ AG und die Kasse des Obergerichtes.
8. 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 über CHF 30'000.–.

Zürich, 23. Mai 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Adrienne Hennemann