

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE200102-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichterin Ruth Bantli Keller sowie
Gerichtsschreiberin Daniela Solinger

Verfügung und Urteil vom 9. März 2020

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2._____,

gegen

B._____ AG,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:
(act. 1 S. 2 f.)

1. Es sei der Gesuchsgegnerin unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe im Widerhandlungsfall gemäss Art. 292 StGB mit sofortiger Wirkung zu verbieten, sämtliche bei ihr oder bei weisungsunterworfenen Dritten im In- und Ausland vorhandenen physischen oder elektronischen Unterlagen, welche Beratungs- und weitere Mandate der C.____.GmbH in Liquidation, Baar, betreffen, mit Ausnahme derjenigen Unterlagen, die das Amt der Gesuchsgegnerin als Revisionsstelle der C.____.GmbH in Liquidation, Baar, betreffen, zu vernichten, zu löschen oder beiseite zu schaffen bzw. vernichten, löschen oder beiseite schaffen zu lassen.

Insbesondere sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, folgende bei ihr oder bei weisungsunterworfenen Dritten im In- und Ausland vorhandenen physischen oder elektronischen Unterlagen, welche Beratungs- und weitere Mandate der C.____.GmbH in Liquidation betreffen, mit Ausnahme derjenigen Unterlagen, die das Amt der Gesuchsgegnerin als Revisionsstelle der C.____.GmbH in Liquidation, Baar, betreffen, zu vernichten, zu löschen oder beiseite zu schaffen bzw. vernichten, löschen oder beiseite schaffen zu lassen:

- sämtliche Verträge zwischen der C.____.GmbH in Liquidation und der Gesuchsgegnerin, Auftragserteilungen und -bestatigungen;
 - sämtliche Arbeitsergebnisse (inkl. Berichte, Empfehlungen), Besprechungspapiere, Memoranden, Besprechungsprotokolle, Telefonnotizen und dergleichen (einschliesslich Entwürfe);
 - sämtliche Arbeitspapiere, namentlich Unterlagen, die von der Gesuchsgegnerin für interne Zwecke erstellt wurden (einschliesslich Entwürfe);
 - Gutachten und Stellungnahmen von Dritten, die im Auftrag der Gesuchsgegnerin erstellt wurden;
 - sämtlichen Schriftverkehr (inklusive E-Mails und Fax-Verkehr) zwischen der Gesuchsgegnerin und der C.____.GmbH in Liquidation und/oder Organen und Angestellten der C.____.GmbH in Liquidation sowie Gesprächsprotokolle und Notizen über persönliche oder fernmündliche Gespräche mit Organen und/oder Angestellten der C.____.GmbH in Liquidation;
 - sämtlichen Schriftverkehr (inklusive E-Mails und Fax-Verkehr) zwischen der Gesuchsgegnerin, anderen B.____. Gruppengesellschaften und/oder Dritten im Zusammenhang mit der C.____.GmbH in Liquidation sowie
 - Gesprächsprotokolle und Notizen über persönliche oder fernmündliche Gespräche der Gesuchsgegnerin mit anderen B.____. Gruppengesellschaften und/oder Dritten im Zusammenhang mit der C.____.GmbH in Liquidation.
2. Die vorsorgliche Massnahme gemäss Antrag Ziff. 1 sei **superprovisorisch** anzuordnen, d.h. ohne vorgängige Anhörung der Gesuchsgegnerin.
3. Es sei zu verfügen, dass bei Berufungseinlegung die vorsorgliche Massnahme gemäss Antrag Ziff. 1 bis zum Eintritt der Rechtskraft des Entscheids über die vorsorglichen Massnahmen in Kraft bleibt.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST in Bezug auf die Parteientschädigung) zulasten der Gesuchsgegnerin.

Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:

1. Die Gesuchstellerin reichte am 9. März 2020 um 10.55 Uhr dem Einzelgericht am Handelsgericht des Kantons Zürich das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen, einschliesslich superprovisorischer Massnahmen mit den oben genannten Anträgen (Verbot der Vernichtung von Unterlagen) ein (act. 1 und 3/1-26).

Da sich das Gesuch als offensichtlich unbegründet erweist (Art. 253 ZPO), ist auf eine Stellungnahme der Gesuchsgegnerin zu verzichten; der Prozess ist spruchreif.

2. Die formellen Voraussetzungen des Verfahrens gemäss Art. 59 ZPO sind erfüllt.

3. Die Gesuchstellerin macht zusammenfassend geltend, die Gesuchsgegnerin sei die gesetzliche Revisionsstelle der seit 28. Oktober 2010 konkursiten C._____ GmbH, Baar (nachfolgend C._____) gewesen. Im Konkursverfahren hätten die Gläubiger Forderungen von über CHF 5.6 Mia. angemeldet. Daneben habe die Gesuchsgegnerin diverse Beratungsleistungen für die C._____, u.a. aus einem *Framework Agreement for Tax Advisory Services* und einem *Engagement Letter IKS* (Internes Kontrollsystem) erbracht. Die Konkursmasse der C._____ habe der Gesuchstellerin mit Abtretungserklärung vom 10. Januar 2020 sämtliche Forderungen gegen die Gesuchsgegnerin abgetreten. Sie sei deshalb alleinige Gläubigerin der C._____-Forderungen und damit sämtlicher Forderungen gegenüber der Gesuchsgegnerin. Die Gesuchstellerin beabsichtige gegen die Gesuchsgegnerin Verantwortlichkeits- und Schadenersatzansprüche aus nicht getreuer Auftragsausführung und pflichtwidriger Beratung geltend zu machen. Sie habe gegenüber der Gesuchsgegnerin einen Herausgabe- und Rechenschaftsablegungsanspruch. Die ihr zur Verfügung gestellten Gesellschafts- und Konkursakten der C._____ seien bisher lückenhaft und es fänden sich kaum Dokumente zu den Beratungstätigkeiten. Die Gesuchsgegnerin habe offenkundig gravierende Beratungsfehler gemacht, zumal trotz Beratungskosten von weit über CHF 100'000.– nie ein umfangreiches IK-System bei der C._____ implementiert worden sei. Trotz Aufforderung des ausserordentlichen Konkursverwalters habe die Gesuchsgegnerin nur

wenige Unterlagen herausgegeben und keine Bestätigung abgegeben, auf eine Vernichtung von Unterlagen aus dem C.____-Verhältnis zu verzichten. Auch auf Anfrage der Gesuchstellerin habe die Gesuchsgegnerin keine entsprechende Bestätigung erteilen oder Dokumente herausgeben wollen. Auf Gesuch der Gesuchstellerin habe das Kantonsgericht Zug der Gesuchsgegnerin am 27. Januar 2020 superprovisorisch verboten, Unterlagen betreffend ihr Amt als Revisionsstelle der C.____ zu vernichten, zu löschen oder beiseite zu schaffen. Der Entscheid des Kantonsgerichts Zug betreffe gemäss Verständnis der Gesuchsgegnerin jedoch nur die Revisionsunterlagen im engen Sinne, nicht aber diejenigen aus den weiteren Beratungsaufträgen. In der Gesuchsantwort habe sich die Gesuchsgegnerin gegen das Verbot gewehrt. Aufgrund der Verweigerungshaltung der Gesuchsgegnerin sei zu befürchten, dass diese bewusst eine Rechtsverletzung in Kauf nehme und Akten vernichte. Sie (die Gesuchstellerin) sei aber auf diese Unterlagen bei ihren ins Auge gefassten gerichtlichen Verfahren gegen die Gesuchsgegnerin angewiesen. Es drohe ihr deshalb ohne die beantragten Massnahmen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil. Diese seien zudem dringlich, weil damit zu rechnen sei, dass die Gesuchsgegnerin die Unterlagen in Kürze vernichte (act. 1)

Auf die weiteren Vorbringen der Gesuchstellerin ist, sofern notwendig, im Nachfolgenden einzugehen.

4. Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Bei besonderer Dringlichkeit, insbesondere bei Vereitelungsgefahr, kann das Gericht die vorsorgliche Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen (Art. 265 Abs. 1 ZPO). Dabei handelt es sich um Ausnahmefälle, bei denen eine besondere Dringlichkeit vorliegen muss (ZÜRCHER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, N 1 zu Art. 265 ZPO).

Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen,

selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 120 II 393 E. 4c; Urteil des Bundesgerichts 4A_312/2009 vom 23. September 2009 E. 3.6.1, je m.w.H.). Das Gericht darf somit weder blosser Behauptungen genügen lassen noch einen stringenten Beweis verlangen. Die Last des Glaubhaftmachens entspricht der Beweislast im ordentlichen Prozess. Die klagende Partei hat sowohl das Bestehen eines materiellen Anspruchs zivilrechtlicher Natur, dessen Gefährdung oder Verletzung als auch den drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil und die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft zu machen (ZÜRCHER, a.a.O., N 5 ff. zu Art. 261 ZPO; HUBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2016, N 25 zu Art. 261 ZPO; TREIS, in: Stämpfli Handkommentar zur ZPO, 2010, N 14 ff. zu Art. 261 ZPO). Zweck der vorsorglichen Massnahmen ist zu gewährleisten, dass das künftige Prozessergebnis des nachfolgenden Hauptverfahrens umgesetzt werden kann. Die gesuchstellende Partei soll vorläufigen Rechtsschutz erhalten, indem der derzeitige Rechtszustand bzw. der tatsächliche Zustand der Streitsache aufrechterhalten bleibt, um die zukünftige Vollstreckung zu sichern, oder indem ein Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch vorläufig vollstreckt wird. Die Massnahme muss zur Abwehr des Nachteils notwendig sein (BSK ZPO-SPRECHER, 3. Aufl. 2017, N 39 ff. und 112 ff. zu Art. 261 ZPO).

Das Massnahmeverfahren (Art. 261 ff. ZPO) gehört zum summarischen Verfahren (Art. 248 lit. d ZPO). Dieses ist geregelt in Art. 252 ff. ZPO. Zusätzlich gelten analog die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens (Art. 219 ZPO i.V.m. Art. 220 ff. ZPO) sowie die Allgemeinen Bestimmungen (Art. 1 ff. ZPO). Gemäss Art. 254 Abs. 1 ZPO ist im summarischen Verfahren der Beweis grundsätzlich durch Urkunden zu erbringen. Weiter sieht das Gesetz im summarischen Verfahren keinen doppelten Schriftenwechsel vor (Art. 253 ZPO; vgl. JENT-SØRENSEN, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2014, N 7 zu Art. 252 ZPO). Eine gesuchstellende Partei hat mithin ihr gesamtes Gesuchsfundament (substantiiertes Parteivortrag, Beweismittelnennung und - soweit möglich - Beweismittelvorlegung) mit dem Massnahmebegehren zu liefern.

5.1. Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme setzt in erster Linie einen materiellen Anspruch zivilrechtlicher Natur voraus, für den die gesuchstellende Partei vorläufigen Rechtsschutzes bedarf. In dieser Hinsicht muss die gesuchstellende Partei daher die Begründetheit ihres materiellen Hauptbegehrens glaubhaft machen (BSK ZPO-SPRECHER, a.a.O., N 15 zu Art. 261 ZPO; HUBER, a.a.O., N 17 zu Art. 261 ZPO je m.H.). Der Verfügungsanspruch kann jede subjektive Berechtigung des Zivilrechts sein, d.h. eine positive oder negative Leistung (Tun, Unterlassen, Dulden), eine Gestaltung oder eine Feststellung.

Die Gesuchstellerin stützt ihr Gesuch um Erlass eines Verbots der Vernichtung von Unterlagen teilweise auf Art. 730c OR und teilweise auf Art. 400 OR.

Gemäss Art. 730c OR muss die Revisionsstelle sämtliche Revisionsdienstleistungen dokumentieren und Revisionsberichte sowie alle wesentlichen Unterlagen mindestens während zehn Jahren aufbewahren. Elektronische Daten müssen während der gleichen Zeitperiode wieder lesbar gemacht werden können. Diese Aufbewahrungspflicht ist in sachlicher Hinsicht auf Prüfungshandlungen und Unterlagen beschränkt, die sich auf die vom Obligationenrecht verlangten Abschlüsse (wie Jahresabrechnung gemäss Art. 957 ff. OR) beziehen (BSK OR II-REUTTER/RASMUSSEN, N 2 zu Art. 730c OR). Die Gesuchstellerin verlangt das Verbot im vorliegenden Verfahren jedoch gerade nicht für Unterlagen aus der engeren Revisionstätigkeit der Gesuchsgegnerin sondern aus deren weiteren Beratungstätigkeit gestützt auf das *Framework Agreement for Tax Advisory Services* und den *Engagement Letter IKS*. Art. 730c OR ist deshalb für den Anspruch der Gesuchstellerin vorliegend nicht einschlägig.

Im Weiteren beruft sich die Gesuchstellerin auf Art. 400 OR. Danach ist der Beauftragte schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten. Das angebehrte Verbot bezieht sich auf unzählige, mannigfache Unterlagen. Die Gesuchstellerin macht keine Angaben zum Inhalt der einzelnen Aufträge. Sie befristet ihr Gesuch zudem in zeitlicher Hinsicht nicht. Ihr Begehren erweist sich deshalb insgesamt als zu wenig bestimmt und unbe-

stimmbar, zumal die Gesuchstellerin keinerlei Ausführungen dazu macht, in welchem zeitlichen und inhaltlichen Rahmen die Gesuchgegnerin Beratungstätigkeiten aus dem *Framework Agreement for Tax Advisory Services* und dem *Engagement Letter IKS* erbracht hat. Ein derart inhaltlich weitreichendes, zeitlich nicht näher umgrenztes Begehren wäre nicht vollstreckbar und erscheint im Hinblick auf das spätere beabsichtigte Verfahren betreffend Rechenschaftsablegung/Herausgabe und Schadenersatz als unzulässiger Verstoss gegen das Verbot des Ausforschungsbeweises ("fishing expedition"). Die Gesuchstellerin hat weiter unterlassen, Angaben dazu zu behaupten und glaubhaft zu machen, für welche konkreten Ansprüche sie im Rahmen eines späteren Verfahrens eine Rechenschaftsablegung von der Gesuchgegnerin verlangen möchte, was eine Eingrenzung des Verbots ermöglichen würde. Die Gesuchstellerin gibt damit den Anschein, dass sie ohne nähere Kenntnis, quasi aufs Geratewohl das Vorhandensein von Unterlagen behauptet und deren Vernichtung verhindern möchte. Ob solche Unterlagen überhaupt vorhanden sind, behauptet sie nicht und bringt auch keine Belege bei. Ein solch unbestimmtes Rechtsbegehren genügt deshalb den Anforderungen von Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO nicht. Die Ansprüche aus Art. 400 OR verjähren ferner innert 10 Jahren ab Beendigung des Auftragsverhältnisses. Die Gesuchstellerin hat keine Behauptungen zum Zeitpunkt der Beendigung der einzelnen Auftragsverhältnisse aufgestellt und plausibilisiert. Das *Framework Agreement for Tax Advisory Services* datiert vom 16. bzw. 17. Juni 2009, während der *Engagement Letter IKS* am 22. Mai bzw. 22. August 2008 unterzeichnet wurde. Am 28. Oktober 2010 fiel die C._____ bereits in Konkurs. Da Angaben zu einzelnen Beratungsaufträgen aufgrund der beiden Vertragsdokumente fehlen, lässt sich nicht hinreichend bestimmen, ob oder in welchem Umfange Ansprüche aus Art. 400 OR noch nicht verjährt sind. Die Aufbewahrungspflicht für die Geschäftsbücher und Belege der C._____ dauert 10 Jahre (Art. 958f Abs. 1 OR). Der Anspruch der Gesuchstellerin auf Rechenschaftsablegung und Herausgabe für vor dem 9. März 2010 beendete Aufträge wäre deshalb verjährt. Die Gesuchstellerin hat keine Umstände dargelegt, aufgrund derer eine längere Aufbewahrungspflicht, aus welcher ein Verbot auf Vernichtung abgeleitet werden könnte, gerechtfertigt erscheint.

Insgesamt erweist sich ein aus Art. 400 OR abgeleitetes Begehren auf Verbot der Vernichtung im Sinne von Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO als zu wenig bestimmt. Es fehlen zudem substantiierte Behauptungen, aufgrund derer ein materieller Anspruch aus Art. 400 OR auf Verbot der Vernichtung von Unterlagen glaubhaft erscheint.

6. Im Übrigen sind auch die weiteren Voraussetzungen zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen (nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil und Dringlichkeit) nicht glaubhaft dargetan.

6.1. Ein drohender Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO gilt u.a. dann als nicht leicht wieder gutzumachen, wenn durch eine bestehende Verletzung oder eine Gefährdung des materiellen Anspruchs dieser bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens vereitelt würde oder seine gehörige Befriedigung wesentlich erschwert wäre (BSK ZPO-SPRECHER, a.a.O., N 16 f. und N 34 zu Art. 261 ZPO). Mit der Voraussetzung des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils hängt diejenige der Dringlichkeit eng zusammen. Die Dringlichkeit hat sich an der Dauer des zu erwartenden Hauptprozesses zu messen. Lässt sich dasselbe Ziel durch den richterlichen Endentscheid erreichen, fehlt es an der Dringlichkeit (BSK ZPO-SPRECHER, N 39 zu Art. 261 ZPO). Dabei kommt es auf den geltend gemachten primären Realerfüllungsanspruch und nicht auf einen allfälligen, bloss sekundär gegebenen Schadenersatzanspruch an (HUBER, a.a.O., N 22 zu Art. 261 ZPO m.H.). Die Dringlichkeit ist anhand der konkreten Umstände im Einzelfall zu beurteilen. Verlangt die gesuchstellende Partei eine Realerfüllung, ist unwesentlich, ob der Nachteil später durch Geld ersetzt werden könnte.

6.2. Aus keinem der von der Gesuchstellerin eingereichten Schreiben/Eingaben der Gesuchsgegnerin geht hervor, dass diese gedenkt, noch vorhandene Unterlagen in Kürze zu vernichten. Zunächst ist nicht glaubhaft gemacht, dass solche Unterlagen bestehen. In ihren Schreiben vom 18. November 2019 und vom 20. Januar 2020 erklärt die Gesuchsgegnerin überdies einzig, sie könne der weitergehenden Editionsbegehren nicht entsprechen (act. 3/15 und 3/17). Auch aus ihrer Antwort zum Massnahmebegehren im Verfahren vor Kantonsgericht Zug ergeben sich keinerlei Hinweise darauf, wonach die Gesuchsgegnerin beabsichtige,

Urkunden aus der Geschäftsbeziehung mit der C._____ zu vernichten. Ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil ist damit nicht glaubhaft gemacht. Aus den gleichen Gründen lässt sich auch eine besondere Dringlichkeit für die Anordnung des Verbots nicht erkennen. Der Gesuchstellerin ist vielmehr zumutbar, im Rahmen des von ihr beabsichtigten Verfahrens zunächst ein hinreichend konkretes Begehren um Rechenschaftsablegung und Herausgabe zu stellen, um anschliessend die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen abzuwägen.

7. Zusammenfassend fehlt es an den Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen, weshalb sowohl das Dringlichkeitsgesuch im Sinne von Art. 265 ZPO als auch das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen im Sinne von Art. 261 ZPO abzuweisen ist.

8.1. Bei diesem Ausgang sind die Gerichtskosten der Gesuchstellerin aufzuerlegen. Mangels Aufwendungen im gerichtlichen Verfahren ist der Gesuchsgegnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO).

8.2. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG, GebV OG) und richtet sich nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse, der Schwierigkeit des Falles sowie dem Zeitaufwand (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG).

8.3. Die Gesuchstellerin beziffert den Streitwert mit CHF 50'000.– (act. 1 Rz. 4). Davon ist auszugehen. Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG in Anbetracht des Umfangs des Verfahrens und des benötigten Zeitaufwands auf CHF 3'000.– festzusetzen. Diese ist der Gesuchstellerin aufzuerlegen.

Die Einzelrichterin verfügt:

1. Das Gesuch um superprovisorische Massnahmen wird abgewiesen.
2. Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 3'000.–.
3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin vorab per Fax, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage der Doppel von act. 1 und act. 3/1-26.
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 50'000.–.

Zürich, 9. März 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Daniela Solinger