

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE200295-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichterin Nicole Klausner sowie die Gerichtsschreiberin Sabrina Schalcher

Urteil und Verfügung vom 31. August 2020

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ accounting ag,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Einsetzung eines Sonderprüfers / vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

Gesuch um Sonderprüfung

- "1. Folgende Sachverhalte seien durch einen gemäss Art. 697b OR durch das Gericht einzusetzenden Sonderprüfer abzuklären:
- a) Prüfung, ob die im Revisionsbericht 2019 der Beklagten erwähnten "gemäss Art. 725 Abs. 2 OR erstellten Zwischenbilanzen" zu Recht einen vollständigen Kapitalverlust ausweisen, inkl. Prüfung des Verbleibes der per 31.12.2019 vorhandenen Flüssigen Mittel von CHF 86'281.99.
 - b) Prüfung, ob die Beklagte zu Recht per Ende 2019 keine angefangenen Arbeiten bilanziert hat.
 - c) Prüfung, ob im Dienstleistungsaufwand von CHF 118'096.34, dem Personalaufwand von CHF 105'664.60, dem Verwaltung- und Informatikaufwand von CHF 35'298.03 oder dem Betriebsfremden Aufwand von CHF 13'403.05 der Beklagten im Geschäftsjahr 2019 un gerechtfertigte Belastungen, insbesondere Bezüge von Organen oder nahestehenden Personen oder Gesellschaften enthalten sind, welche rückerstattungspflichtig sind.
 - d) Prüfung, ob "Initialkosten" und "Aktionärsunstimmigkeiten", oder andere Ursachen zur angeblichen Überschuldung der Beklagten geführt haben.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu lasten der Beklagten."

Gesuch um superprovisorische Massnahme (Art. 261/265 ZPO)

- "1. Der Beklagten sei durch vorsorgliche Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO zu befehlen, die auf den 27.7.2020 einberufene ausserordentliche Generalversammlung zu verschieben bis zum Vorliegen der Ergebnisse vorliegend klageweise geltend gemachten Sonderprüfung.
2. Es sei dieser Befehl bereits superprovisorisch ohne Anhörung der Beklagten gemäss Art. 265 Abs. 1 ZPO anzuordnen.
3. Für den Fall der Nichtbeachtung des Befehls sei der Beklagten bzw. deren verantwortlichen Organen Ordnungsbusse und Bestrafung nach Art. 292 StGB anzudrohen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu lasten der Beklagten."

Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:

1. Ausgangslage und Prozessverlauf

1.1. Die Gesuchsgegnerin wurde am tt.mm.2018 ins Handelsregister eingetragen (act. 3/1/1/2). Der Gesuchsteller war zunächst Verwaltungsratspräsident, sodann bis März 2019 einfacher Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin und ist nach wie vor deren Aktionär mit einer erheblichen Minderheitsbeteiligung. Er kontrolliert zudem weitere Firmen (act. 3/1 Rz. 12 f.). Die restlichen Aktien der Gesuchsgegnerin werden durch verschiedene Personen und Firmen der B._____ group gehalten. Zwischen diesen beiden Lagern – d.h. dem Gesuchsteller und seinen Firmen einerseits sowie den übrigen Aktionären und den anderen Firmen der B._____ group andererseits – kam es aus nicht näher bekannten Gründen zu einem Zerwürfnis (act. 3/1 Rz. 13). Im März 2019 schied der Gesuchsteller als Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin aus (act. 1 Rz. 37).

1.2. Am 18. Mai 2020 lud die Gesuchsgegnerin auf den 8. Juni 2020 zur ordentlichen Generalversammlung und am 19. Mai 2020 auf den 11. Juni 2020 zur ausserordentlichen Generalversammlung ein (act. 4/3/4-5). Für die ausserordentliche Generalversammlung war eine Kapitalherabsetzung auf CHF 0.00 mit gleichzeitiger Wiedererhöhung des Kapitals auf CHF 120'000.00 im Sinn einer sogenannten "Harmonika" traktandiert (act. 4/3/4). In diesem Zusammenhang stellte der Gesuchsteller am 8. Juni 2020, d.h. am Tag der ordentlichen Generalversammlung, ein im Verfahren HE200223 behandeltes erstes (super)provisorisches Begehren mit dem Antrag, der Gesuchsgegnerin zu befehlen, die ausserordentliche Generalversammlung vom 11. Juni 2020 entweder bis zum Vorliegen der Ergebnisse der von ihm beantragten Sonderprüfung, oder falls es nicht zu einer solchen Durchführung kommen sollte, bis mindestens Ende Juni 2020 zu verschieben (act. 4/1 S. 2). Mit Verfügung vom 8. Juni 2020 wurde diesem Begehren insofern stattgegeben, als der Gesuchstellerin superprovisorisch verboten wurde, die ausserordentliche Generalversammlung vom 11. Juni 2020 gemäss Einladung vom 19. Mai 2020 durchzuführen; im Übrigen wurde das Dringlichkeitsbegehren abgewiesen (act. 4/4). Nach Eingang der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin wurde das Verfahren HE200223 mit Entscheid vom 30. Juni

2020 erledigt, ohne die Durchführung der ausserordentlichen Generalversammlung weiter zu verbieten bzw. diese zu verschieben, zumal die im Rechtsbegehren des Gesuchstellers formulierte Bedingung der Durchführung einer (von der ordentlichen Generalversammlung zu bewilligenden) Sonderprüfung nicht erfüllt und ein weiteres Hinausschieben der ausserordentlichen Generalversammlung als bis Ende Juni 2020 für diesen Eventualfall nicht beantragt worden war (act. 4/12).

1.3. Am 22. Juli 2020 ging nun das Gesuch des Gesuchstellers mit oben wiedergegebenen Rechtsbegehren ein (act. 1). Mit Verfügung vom 23. Juli 2020 wurden die Akten des Verfahrens HE200223 beigezogen, das Gesuch des Gesuchstellers um Anordnung superprovisorischer Massnahmen (Befehl die ausserordentliche Generalversammlung zu verschieben) abgewiesen, dem Gesuchsteller Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses und der Gesuchsgegnerin zur Stellungnahme angesetzt (act. 5). Nachdem die dem Gesuchsteller angesetzte Frist zu Leistung des Kostenvorschusses ungenutzt verstrich, wurde ihm mit Verfügung vom 4. August 2020 eine Nachfrist hierfür angesetzt (act. 10). Die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin datiert vom 7. August 2020 und ging am 10. August 2020 ein (act. 12). Der Kostenvorschuss wurde vom Gesuchsteller innert gewährter Nachfrist am 11. August 2020 beglichen (act. 16). Am 11. August 2020 wurde die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller zugestellt, der sie am 13. August 2020 in Empfang nahm. Bis heute liess sich der Gesuchsteller nicht mehr verhalten.

2. Zuständigkeit und prozessuale Vorgaben

2.1. Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Das Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO (für die vorsorgliche Massnahme in Verbindung mit Art. 13 lit. a ZPO) für die Beurteilung der Gesuche des Gesuchstellers örtlich zuständig. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich für das Gesuch um Sonderprüfung aus Art. 5 Abs. 1 lit. g ZPO in Verbindung mit § 45 lit. a GOG bzw. für die vorsorgliche Massnahme aus Art. 6 Abs. 5 ZPO in Verbindung mit § 45 lit. b GOG (Streitwert

CHF 120'000.00). Die Zuständigkeit blieb denn auch zu Recht unbestritten (vgl. act. 12 Rz. 4).

2.2. Prozessuale Grundsätze des summarischen Verfahrens

2.2.1. Die Gesuche des Gesuchstellers sind im summarischen Verfahren zu beurteilen (Art. 248 lit. d ZPO; Art. 250 lit. c Ziff. 8 ZPO), welches in Art. 252 ff. ZPO geregelt ist. Nur soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, gelten auch im summarischen Verfahren sinngemäss die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens (Art. 219 ZPO). Gemäss Art. 254 Abs. 1 ZPO ist der Beweis grundsätzlich mittels Urkunden zu führen. Weiter sieht das Gesetz keinen doppelten Schriftenwechsel vor (Art. 253 ZPO). Mit anderen Worten muss bereits das Gesuch das gesamte Klagefundament (substantiiertes Parteivortrag, Beweismittelnennung und – soweit möglich – Beweismittelvorlegung) enthalten. Davon ausgenommen sind Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, bei welchen es sich um Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO handelt. Ferner kann die gesuchstellende Partei im Rahmen des Anspruchs auf Gewährung des rechtlichen Gehörs zu den Vorbringen der Gegenpartei, insbesondere zu allfälligen Noven, Stellung nehmen. Ansonsten tritt im summarischen Verfahren der Aktenschluss nach dem ersten Schriftenwechsel ein (vgl. dazu BGer Urteile 5A_366/2019 vom 19. Juni 2020 E. 3.1 und 5A_82/2015 vom 16. Juni 2015 E. 4.1, 4.2.1).

2.2.2. Ergänzend ist in prozessualer Hinsicht mit Bezug auf den konkreten Gegenstand dieses Verfahrens festzuhalten, dass die Voraussetzungen der vorgängigen Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts, der Aktionärseigenschaft, der Einhaltung der Dreimonatsfrist und des Ausmasses der Beteiligung des Aktionärs dem Regelbeweismass unterstehen (BGE 140 III 610 E. 4.3.3). Im Übrigen, also namentlich was die materiellen Voraussetzungen einer Gesetzes- oder Statutenverletzung und einer Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre anbelangt, ist der eigene Standpunkt wegen der summarischen Natur des vorliegenden Verfahrens glaubhaft zu machen. Das Erfordernis des Glaubhaftmachens betrifft sowohl Tat- wie auch Rechtsfragen.

2.2.3. In tatsächlicher Hinsicht sind insbesondere bestimmte Handlungen oder Unterlassungen von Organen der Gesuchsgegnerin und der damit zusammenhängende Schaden glaubhaft zu machen. In Bezug auf solche Tatsachen darf weder blosses Behaupten genügen, noch ein stringenter Beweis verlangt werden. Es ist zu beachten, dass das Ziel der Sonderprüfung darin besteht, die Informationsslage des antragstellenden Aktionärs zu verbessern. Daher dürfen von ihm nicht bereits diejenigen Nachweise verlangt werden, die erst durch die Sonderprüfung erbracht werden sollen. Nichtsdestotrotz sind die vom Antragsteller vorgebrachten Verdachtsmomente auf ihre Plausibilität hin zu prüfen. Mit anderen Worten muss aufgrund besagter Verdachtsmomente eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, dass Handlungen oder Unterlassungen von Organen in der Tat Schaden angerichtet haben könnten. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Rechtsfragen, wie sie sich namentlich in Zusammenhang mit den vom Antragsteller behaupteten Pflichtverletzungen von Organen stellen. Auch hier ist die Rechts- oder Statutenwidrigkeit nicht abschliessend zu beurteilen. Dem Gesuch auf Einsetzung eines Sonderprüfers ist vielmehr bereits dann zu entsprechen, wenn sich die rechtlichen Vorbringen zu den Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 697b Abs. 2 OR bei summarischer Prüfung als einigermaßen aussichtsreich oder zumindest als vertretbar erweisen (zit. BGer Urteil 4A_260/2013 vom 6. August 2013 E. 4.2).

3. Anspruch auf Sonderprüfung

3.1. Frist und persönliche Voraussetzungen beim Aktionär

3.1.1. Jeder Aktionär kann der Generalversammlung beantragen, bestimmte Sachverhalte durch eine Sonderprüfung abklären zu lassen, sofern dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und er das Recht auf Auskunft oder das Recht auf Einsicht bereits ausgeübt hat (Art. 697a Abs. 1 OR). Entspricht die Generalversammlung dem Antrag nicht, so können Aktionäre, die zusammen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von 2 Millionen Franken vertreten, innert dreier Monate den Richter ersuchen, einen Sonderprüfer einzusetzen (Art. 697b Abs. 1 OR).

3.1.2. Von der Gesuchsgegnerin anerkannt ist, dass der Gesuchsteller mit nominal CHF 55'000.00 an ihrem Aktienkapital von nominal CHF 120'000.00 beteiligt ist und damit über eine Minderheitsbeteiligung von 45,83% verfügt (act. 1 Rz. 9; act. 10 Rz. 60). Damit erfüllt der Gesuchsteller die gemäss Art. 697b Abs. 1 OR für ein Sonderprüfungsbegehren vorausgesetzte Mindestbeteiligung von 10 Prozent des Aktienkapitals ohne Weiteres.

3.1.3. Unbestritten bzw. belegt ist auch, dass am 8. Juni 2020 die ordentliche Generalversammlung der Gesuchsgegnerin stattgefunden hat und der Gesuchsteller dort einen Sonderprüfungsantrag stellte, welcher abgelehnt wurde (act. 1 Rz. 12; act. 3/6; act. 10 Rz. 63 ff.). Insofern ist mit dem Gesuch vom 22. Juli 2020 die Dreimonatsfrist eingehalten, und auch das Erfordernis des abgelehnten Sonderprüfungsantrages ist grundsätzlich erfüllt.

3.1.4. Ein Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers besteht wie erwähnt, wenn glaubhaft gemacht wird, dass Organe der Gesellschaft Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder Aktionäre geschädigt haben (Art. 697b Abs. 2 OR). Der Antragsteller hat also die konkreten rechts- oder statutenwidrigen Fehlleistungen der Organe zu umschreiben bzw. aufzuzeigen, worin diese bestehen (BGer Urteil 4A_260/2013 vom 6. August 2013 E. 3.1). Dabei hat er seinen Vorwurf mindestens klar zu umreissen und objektive Anhaltspunkte darzulegen, aus denen sich der Schluss ergibt, dass das Behauptete wahrscheinlich ist. Mithin hat er konkret darzulegen, welche Verhaltenspflicht die Unternehmensleitung seiner Meinung nach wodurch verletzt hat und aus welchem Grund dieser Regelverstoss einen Schaden der Gesellschaft oder des Aktionärs angerichtet hat (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 16 N 45). Allgemeine Befürchtungen reichen in der Regel nicht aus, um die Einsetzung eines Sonderprüfers zu erwirken. Unter Schädigung von Gesellschaft oder Aktionären ist eine eingetretene unfreiwillige Vermögensverminderung und nicht eine zukünftige oder drohende Schädigung zu verstehen (BSK OR II-Weber, 5. Auflage, Art. 697b OR N 7).

3.1.5. Die Sonderprüfung ist ein Mittel der Informationsbeschaffung des Aktionärs über interne Vorgänge der Gesellschaft. Sie muss darauf ausgerichtet sein, konkrete Tatsachen zu ermitteln, und darf nicht auf eine rechtliche Beurteilung oder

ein Werturteil abzielen (zit. BGer Urteil 4A_260/2013 vom 6. August 2013 E. 4.1). Weiter wird vorausgesetzt, dass die Abklärung der fraglichen Sachverhalte zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist. Im Vordergrund steht dabei die Relevanz der abzuklärenden Sachverhalte für eine allfällige Verantwortlichkeitsklage oder für die Ausübung von Mitwirkungsrechten. Dem Antragsteller obliegt es, einen Zusammenhang zwischen den von ihm avisierten Aktionärsrechten und dem Thema der beantragten Untersuchung glaubhaft zu machen (zit. BGer Urteil 4A_260/2013 E. 4.1). Nicht zulässig ist hingegen, eine Sonderprüfung alleine aufgrund blosser Vermutungen, dass gewisse Vorgänge sich ereignet haben könnten, anzuordnen. Die Sonderprüfung ist weder eine flächendeckende Ausforschung noch eine "fishing expedition". Sie kann nicht in der Hoffnung verlangt werden, dabei auch auf eine Rechtsverletzung zu stossen, von welcher der Antragsteller keine Kenntnis hatte. Die Prüfung kann sich jedoch auf viele Sachverhalte erstrecken, wenn der Gegenstand vom Antragsteller klar abgegrenzt wird. Die Abgrenzung muss sich auf die Art der zu untersuchenden Ereignisse (z.B. eine bestimmte Geschäftsart) und den betreffenden Zeitraum beziehen (zit. BGer Urteil 4A_260/2013 E. 4.1, BGer Urteil 4C.190/2005 vom 6. September 2006 E. 3.4.2; BGer Urteil 4A_215/2010 vom 27. Juli 2010 E. 3.1.4).

3.1.6. Der Gesuchsteller erörtert in seinem aktuellen Gesuch, bereits im Verfahren HE200223 geltend gemacht zu haben, dass die Voraussetzung für eine Kapitalherabsetzung auf CHF 0.00 mit gleichzeitiger Wiedererhöhung auf CHF 120'000.00 nicht gegeben sei. Ein solcher vollständiger Kapitalschnitt setze voraus, dass das Aktienkapital der Gesellschaft vollständig verloren sei, d.h. nach objektiver Beurteilung eine Überschuldung vorliege. Nach seiner Einschätzung weise die Bilanz der Gesuchsgegnerin jedoch eine künstliche bzw. unnötige Überschuldung aus (act. 1 Rz. 11 und 18). Die entsprechende Bilanz sei an der ordentlichen Generalversammlung vom 8. Juni 2020 verabschiedet worden, und er habe ein Auskunfts- und Einsichtsgesuch sowie einen Sonderprüfungsantrag gestellt (act. 1 Rz. 11 f.). An der ordentlichen Generalversammlung seien seine Fragen nicht beantwortet und sein Antrag auf Sonderprüfung sei abgewiesen worden. Erst in ihrer Stellungnahme im Verfahren HE200223 sei die Gesuchsgegnerin teilweise, aber nach wie vor ungenügend, auf seine Fragen eingegan-

gen (act. 1 Rz. 13). Als Aktionär habe er ein schützenswertes Interesse zu verifizieren, ob tatsächlich ein vollständiger Kapitalverlust der Gesuchsgegnerin vorliege, oder ob ein solcher fingiert wurde, um ihn per Harmonika als Aktionär auszubooten. Für letzteres bestünden handfeste Anhaltspunkte (act. 1 Rz. 19). Er habe rechtsgenügend glaubhaft gemacht, dass die Gesuchsgegnerin und damit indirekt er als Aktionär durch die zur Sonderprüfung beantragten Sachverhalte geschädigt worden sei (act. 1 Rz. 38).

3.1.7. Mit den zur Sonderprüfung beantragten Sachverhalte meint der Gesuchsteller augenscheinlich, dass ihm die im Revisionsbericht erwähnten Zwischenbilanzen nicht unterbreitet worden seien und der Verbleib der per 31. Dezember 2019 vorhandenen flüssigen Mittel im Betrag von CHF 86'281.99 nicht nachgewiesen sei sowie seine Mutmassungen hinsichtlich nicht bilanzierter, wahrscheinlich aber vorhandener angefangener Arbeiten und überhöhter, fälschlicherweise als Aufwand für Dienstleistungen, Personal, Verwaltung und Information oder Betriebsfremdes verbuchter, rückerstattungspflichtiger Bezüge von Organen oder der Gesuchsgegnerin sonst nahestehender Personen etc. Gemäss dem Gesuchsteller habe der Verwaltungsrat die Gesuchsgegnerin mutwillig und in Verletzung seiner Sorgfaltspflichten in eine angebliche Bilanzüberschuldung geführt. Er behalte sich Verantwortlichkeits-, Rückforderungs- und Anfechtungsklagen vor, auch zu Gunsten der Gesuchsgegnerin. Hierfür sei er auf die Abklärungsergebnisse der Sonderprüfung angewiesen (act. 1 Rz. 38).

3.1.8. Die Gesuchsgegnerin führt aus, der Gesuchsteller mache keine Verletzung von Gesetz oder Statuten glaubhaft. Die "Harmonika" gemäss Art. 732a OR sei aufgrund ihrer überschuldeten Bilanz zulässig, ja geboten. Weitere Sachverhalte, welche eine Verletzung von Gesetz oder Statuten glaubhaft machen würden, lege der Gesuchsteller nicht dar (act. 12 Rz. 49).

3.1.9. Wird das Aktienkapital im Rahmen einer Kapitalherabsetzung bis auf Null herabgesetzt und anschliessend wieder um den gleichen Betrag erhöht, handelt es sich um einen "Kapitalschnitt auf Null" bzw. eine sogenannte "Harmonika". Mit dem auf 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Art. 732a OR hat der Gesetzgeber die Zulässigkeit eines solchen Kapitalschnitts auf Null zum Zwecke der Sanierung

ausdrücklich anerkannt. Dabei gehen gemäss Art. 732a Abs. 1 OR die bisherigen Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre unter und ausgegebene Aktien müssen vernichtet werden. Der grundsätzlich nicht entziehbaren Mitgliedschaftsstellung des Aktionärs im Falle eines gänzlichen Kapitalverlusts trägt der Gesetzgeber dadurch Rechnung, dass dem Aktionär ein unbedingtes und unentziehbares Recht zugestanden wird, im Ausmass seiner bisherigen Beteiligung am wieder erhöhten Aktienkapital zu partizipieren (Art. 732a Abs. 2 OR). Die Möglichkeit eines Kapitalschnitts auf Null ist gemäss Art. 732a Abs. 1 OR zudem auf Fälle beschränkt, in denen die Kombination einer Kapitalherabsetzung mit einer Kapitalerhöhung dem Zwecke der Sanierung dient. Saniert werden kann aber nur eine sanierungsbedürftige Gesellschaft. Gemäss der Botschaft darf ein Kapitalschnitt auf Null denn auch nur dann beschlossen werden, wenn das Aktienkapital der Gesellschaft bei objektiver Beurteilung vollständig verloren ist. Vorausgesetzt ist mithin eine Sanierungsbedürftigkeit, wie sie bei einer Überschuldung im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR vorliegt (zum Ganzen BGer Urteil 4A_288/2011 und 4A_290/2011 vom 13. Februar 2012 E. 3.1. f. mit Hinweisen).

3.1.10. Vorauszuschicken ist, dass die Überschuldung der Gesuchsgegnerin in der Jahresrechnung 2019, welche von einer Revisionsstelle im Rahmen einer eingeschränkten Revision geprüft sowie an der ordentlichen Generalversammlung vom 8. Juni 2020 verabschiedet wurde, ausgewiesen ist. Über die genauen Gründe, weshalb er dem Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin misstraut und die anscheinend seit längerem streitig, auch gerichtlich geführten Auseinandersetzungen im Aktionariat schweigt der Gesuchsteller sich in seiner aktuellen Rechtschrift aus. Er äussert wie gesagt die Annahme, dass die Überschuldung fingiert sei, wofür es handfeste Anhaltspunkte gebe, welche sich aus den von ihm gestellten offenen Fragen ergeben würden, und dass die "Harmonika" dazu diene, ihn als Aktionär auszubooten. Für die handfesten Anhaltspunkte verweist er zwar auf die "offenen Fragen" (act. 1 Rz. 19), es bleibt allerdings unklar, worin diese überhaupt bestehen sollen.

3.1.11. Die Bemerkung des Gesuchstellers, die Gesuchsgegnerin sei eine rentable, mit einem soliden und wachsenden Kundenstamm ausgestattete Treuhandfir-

ma gewesen, als er im März 2019 aus deren Verwaltungsrat ausgeschieden sei und soll nun in kurzer Zeit wegen "Initialkosten" und "Aktionärsunstimmigkeiten" in die Überschuldung geraten sein, was in argwöhnisch stimme (act. 1 Rz. 36 f.), ist teilweise nachvollziehbar. So wurde die Gesuchsgegnerin erst im Mai 2018 mit einem Aktienkapital von CHF 120'000.00 gegründet und erwirtschaftete 2019 einen Ertrag von immerhin CHF 167'149.32. Dennoch offenbarte ihr Jahresabschluss per 31. Dezember 2019 eine Überschuldung. Dem Aktienkapital der Gesellschaft von CHF 120'000.00 steht ein Bilanzverlust von CHF 131'449.86 gegenüber, womit ein vollständiger Kapitalverlust eingetreten und auch das Fremdkapital um CHF 11'449.86 nicht mehr durch Aktiven gedeckt war (Urk. 3/3/1/6). Ziff. 2.3. des Anhangs zur Jahresrechnung der Gesuchsgegnerin enthält die erläuternde Bemerkung, die ausserordentlichen Aufwendungen und Erträge im Geschäftsjahr 2019 würden in Zusammenhang mit einem Rechtsfall und Forderungszessionen stehen, ohne dass weitere Details oder Beträge dazu genannt worden wären. In Ziff. 3.1. des Anhanges wurde ferner festgehalten, dass die Gesellschaft in der Aufbauphase aufgrund von Initialkosten und Aktionärsunstimmigkeiten eine Überschuldung nach Art. 725 Abs. 2 OR erlitten habe, wiederum ohne dass offengelegt worden wäre, welche Kosten und Beträge damit gemeint waren. Im Bericht der Revisionsstelle zur Jahresrechnung wurden schliesslich gemäss Art. 725 Abs. 2 OR erstellte Zwischenbilanzen erwähnt, aus welchen sich ergebe, dass das Fremdkapital weder auf der Basis von Fortführungs- noch von Veräusserungswerten gedeckt sei. Solche Zwischenbilanzen sind indessen weder dem Gesuchsteller ausgehändigt worden noch sonst wie aktenkundig.

3.1.12. Der Gesuchsteller findet wie erwähnt insbesondere, die Informationen, welche er auf seine Fragen zu den im Anhang zur Jahresrechnung erwähnten Initialkosten und Aktionärsunstimmigkeiten erhalten habe, seien ungenügend und unzutreffend (act. 1 Rz. 36 f.). Die Gesuchsgegnerin macht geltend, (auch) diese Fragen bereits in ihrer Stellungnahme vom 23. Juni 2020 beantwortet zu haben und hebt hervor, dass bereits die Rückstellungen in Zusammenhang mit der dem Gesuchsteller bestens bekannten Rechtsstreitigkeit vor Handelsgericht CHF 28'250.00 betragen hätte, und bereits dieser Betrag ihre Überschuldung bewirke (act. 12 Rz. 90). In den Teilen ihrer früheren Stellungnahme vom 23. Juni

2020, auf welche die Gesuchsgegnerin ausdrücklich verweist, legte sie bezüglich der Position passive Rechnungsabgrenzung weiter dar, dass darin ein Posten aus einem am 16. Dezember 2019 vor Handelsgericht mit der durch den Gesuchsteller vertretenen C._____ Holding AG abgeschlossenen Vergleich über CHF 50'000.00 zuzüglich Gerichtskosten von CHF 2'050.00 und zwei wegen Nichtzahlung abgeschriebene Forderungen (wovon eine an sie zediert und im Vergleich aufgegangen) in Höhe von CHF 6'058.10 und CHF 9'352.65 gegen die vom Gesuchsteller geführte B._____ audit ag enthalten seien. Unter Rückstellungen seien sodann vom Gesuchsteller verursachte Kosten von CHF 2'500.00 für die Generalversammlung 2019, eine Rückstellung im Umfang von 50% einer weiteren strittigen Forderung der B._____ audit ag in Höhe von insgesamt CHF 27'152.50 gegen sie, Anwaltskosten von CHF 6'000.00 für das erwähnte handelsgerichtliche Verfahren, und Dienstleistungen der B._____ partners und der B._____ revision von CHF 5'000.00 und CHF 3'750.00 für Aufwendungen in Zusammenhang mit dem erwähnten handelsgerichtlichen Verfahren erfasst (act. 3/3 Rz. 25, vgl. auch Rz. 61).

3.1.13. Mit diesen Erklärungen der Gesuchsgegnerin, die dem Gesuchsteller bereits vor Einleitung des vorliegenden Gesuches bekannt waren, setzt er sich in seinem vorliegenden Gesuch nicht im Einzelnen auseinander. Aufgrund der Ausführungen der Gesuchsgegnerin ist indes davon auszugehen, dass der Gesuchsteller von einem grossen Teil der aufgelisteten Zahlungsverpflichtungen der Gesuchsgegnerin weiss, zumal es sich um Forderungen von Unternehmen handelt, die er führt oder denen er vorsteht. Dass im Rechtsstreit um solche Forderungen Anwalts-, Gerichtskosten sowie weitere Unkosten anfallen, wurde vom Gesuchsteller sodann nicht explizit in Abrede gestellt und ist plausibel. Ebenfalls liegt die Notwendigkeit der Vornahme von Rückstellungen für strittige, allenfalls künftig zu regelnde bzw. zu bezahlende Forderungen auf der Hand. Insgesamt besteht daher kein Grund, nicht auf die Angaben der Gesuchstellerin abzustellen. Die gerade wiedergegebenen, von der Gesuchsgegnerin behaupteten Positionen lassen sich sodann durchaus unter die im Anhang an die Jahresrechnung 2019 verwendeten Begriffe "Aktionärsunstimmigkeiten" und "Initialkosten" subsumieren. Sie ergeben ungekürzt ein Total von ca. CHF 112'000.00, bzw. – wenn nur die für

Rückstellungen geltend gemachten Anteile des der C._____ Holding zu zahlenden Vergleichsbetrages und der Forderung der B._____ audit ag (CHF 28'250.00 und CHF 13'500.00) berücksichtigt würden – von ca. CHF 76'500.00, welche 2019 die Rechnung der Gesuchstellerin unter dem Titel passive Rechnungsabgrenzung und Rückstellungen belastete. Bereits dieser Betrag von CHF 76'500.00 erklärt aber den von der Gesuchstellerin 2019 erlittenen Jahresverlust zu einem wesentlichen Teil. Nimmt man den Vorjahresverlust 2018 von CHF 20'848.46 dazu, steht bereits ein Kapitalverlust von über CHF 97'000.00 fest. Ergänzend ist zu bemerken, dass der Vergleichsbetrag von CHF 50'000.00 für welchen in der Jahresrechnung 2019 gemäss Angaben der Gesuchsgegnerin CHF 28'500.00 zurückgestellt wurde, spätestens per 15. Januar 2020 zu bezahlen war (act. 3/3, Beilage 3). Mit anderen Worten belastete die 2019 nicht zurückgestellte Restforderung aus diesem Vergleich in Höhe von CHF 21'500.00 bereits zwei Wochen nach Beginn des Geschäftsjahres 2020 die Rechnung der Gesuchstellerin effektiv. Eine Addition dieses Betrages zu den vorher erwähnten über CHF 97'000.00 und damit die Berücksichtigung des gesamten Vergleichsbetrages führt bereits zu einem Total von nahezu CHF 119'000.00 an Belastungen zufolge Rechtsstreitigkeiten, welches mit dem Kapitalverlust gleichgesetzt werden kann.

3.1.14. Aufgrund der erwähnten Positionen liegt ein praktisch vollständig erlittener Kapitalverlust bereits auf der Hand. Angesichts dessen vermag der Gesuchsteller nicht genügend glaubhaft zu machen, dass gegen die Bestimmung von Art. 732a OR verstossen worden wäre bzw. die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines vollständigen Kapitalschnitts gemäss Art. 732a OR nicht erfüllt wären. Nachdem es dem Gesuchsteller somit nicht gelingt, die von ihm behauptete Verletzung gesetzlicher Bestimmungen durch die Organe der Gesuchsgegnerin genügend glaubhaft zu machen, fehlt es an einer der Voraussetzungen für die Anordnung einer Sonderprüfung gemäss Art. 697b Abs. 2 OR. Ebenso wenig gelingt es dem Gesuchsteller glaubhaft zu machen, dass eine Abklärung des Sachverhalts durch eine Sonderprüfung für die Ausübung seiner Aktionärsrechte erforderlich sei. Er verfügt – wie ausgeführt – wenigstens über die Informationen zu den Sachverhalten, die im Wesentlichen zum Kapitalverlust geführt haben. Das Begehren ist folglich abzuweisen.

3.1.15. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den weiteren Argumenten der Parteien. Nur im Sinne einer Ergänzung ist daher zu erwähnen, dass eine Prüfung in dem Sinn, wie sie dem Gesuchsteller bezüglich eines Teils seiner Rechtsbegehrens, insbesondere Ziff. 1 lit. d (Prüfung der Überschuldung wegen Initialkosten und Aktionärsunstimmigkeiten) vorschwebt, nämlich eine Klärung der wahren Gründe der angeblichen Überschuldung, von überhöhten Bezügen, Aushöhlung, unsachgemässe Zuteilung von Aufwand oder Ertrag im Rahmen der B._____ goup (act. 1 Rz. 37), einer umfassenden Buchprüfung nicht nur der Gesuchsgegnerin sondern auch der anderen Gesellschaften der B._____ group ag gleich käme. Dies würde bei weitem über den einem Sonderprüfer durch das Gesetz zugedachten Aufgabenbereich hinausgehen und ihn zudem zu einem Werturteil zwingen. Solche Fragen könnten nicht zugelassen werden, bzw. könnte ein Informationsbedürfnis des Gesuchstellers dieser Art durch eine Sonderprüfung ohnehin nicht gestillt werden.

4. Vorsorgliche Massnahmen

4.1. Zumal das im Sinne einer superprovisorischen Massnahme gestellte Begehren des Gesuchstellers, der Gesuchsgegnerin sei zu befehlen, die ausserordentliche Generalversammlung zu verschieben, bereits abgewiesen wurde, fand diese Generalversammlung am 27. Juli 2020 statt. Die Gesuchsgegnerin hat eine entsprechende öffentliche Urkunde über die Beschlüsse dieser Generalversammlung eingereicht (act. 14/4), womit nachgewiesen ist, dass die Generalversammlung durchgeführt wurde.

4.2. Demzufolge erweist sich das Begehren des Gesuchstellers um Anordnung vorsorglicher Massnahmen als gegenstandslos, weshalb es abzuschreiben ist.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, dem Gesuchsteller die Kosten aufzuerlegen und ihn zur Zahlung einer Parteientschädigung zu verpflichten (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

5.2. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Ausgehend vom mit Verfügung vom 23. Juli 2020 geschätzten Streitwert von CHF 300'000.– (vgl. act. 5), ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 12'000.– festzusetzen, ausgangsgemäss dem Gesuchsteller aufzuerlegen und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 106 Abs. 3 ZPO; Art. 111 Abs. 1 ZPO).

5.3. Die Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren zu bemessen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage bildet auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung des Gesuches verdient. Für jede weitere notwendige Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Im summarischen Verfahren wird die Gebühr in der Regel auf zwei Drittel bis einen Fünftel ermässigt (§ 9 AnwGebV). Die vorgenannten Faktoren führen in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV sowie unter Berücksichtigung des vorliegenden Prozessverlaufs zu einer Parteientschädigung in der Höhe von CHF 13'000.–, welche ausgangsgemäss der Gesuchsgegnerin zuzusprechen ist. Die Parteientschädigung ist ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen (BGer Urteil 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5).

Die Einzelrichterin erkennt und verfügt:

1. Das Gesuch um Anordnung einer Sonderprüfung wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen wird als gegenstandslos abgeschrieben.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 12'000.–.
4. Die Kosten werden dem Gesuchsteller auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen.

5. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteient-schädigung von CHF 13'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. 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 Be-schwerde 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 300'000.00.

Zürich, 31. August 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Sabrina Schalcher