

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE210084-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan sowie
Gerichtsschreiber Dr. Benjamin Büchler

Urteil vom 13. August 2021

in Sachen

A. _____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt X1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin X2. _____

gegen

B. _____ International AG,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Organisationsmangel und Einberufung einer Generalversammlung**

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Sachverhaltsüberblick und Prozessgeschichte

1.1. Die A._____ AG (nachfolgend: Gesuchstellerin bzw. A._____) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich und einem Aktienkapital von CHF 999'999.00, bestehend aus 999'999 Namenaktien à CHF 1.00 (act. 3/2). Die Gesuchstellerin vermarktet Rohrverbindungselemente, die in der Fernwärme, in der Klimatechnik, im Anlagebau sowie in der Gas- und Ölindustrie verwendet werden (act. 3/18 Rz. 11).

1.2. Die B._____ International AG (nachfolgend: Gesuchsgegnerin bzw. B._____) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Ihr Aktienkapital in der Höhe von CHF 100'000 besteht aus 100'000 Namenaktien mit einem Nennwert von CHF 1.00. (act. 3/3). Die Gesuchsgegnerin wurde im Jahr 2017 als Joint Venture von der Gesuchstellerin und zwei chinesischen Geschäftsleuten gegründet und hatte die Realisierung von lukrativen Geschäften in der Volksrepublik China zum Ziel. Gemäss dem Gründungsbericht vom 28. Juni 2017 sind als Gründer und Aktionäre folgende Personen aufgeführt:

- Die Gesuchstellerin (A._____) mit 51'000 Namenaktien zu je CHF 1.00 zum Ausgabebetrag von je CHF 1.00,
- C._____ mit 24.500 Namenaktien zu je CHF 1.00 zum Ausgabebetrag von je CHF 1.00 und
- D._____ mit 24'500 Namenaktien zu je CHF 1.00 zum Ausgabebetrag von je CHF 1.00.

1.3. Weiter werden im Gründungsbericht vom 28. Juni 2017 als Verwaltungsräte der Gesuchsgegnerin berufen (act. 3/5, vgl. auch Protokoll der Verwaltungsrats-sitzung vom 29. Juli 2017 in act. 3/6):

- E._____ (Präsident des VR, KU zu zweien)
- F._____ (Vizepräsident des VR, KU zu zweien)
- C._____ (Mitglied des VR, KU zu zweien) und

- D._____ (Mitglied des VR, KU zu zweien).

1.4. An einer ausserordentlichen Generalversammlung vom 8. November 2017 wurde der Rücktritt von F._____ als Vizepräsident des Verwaltungsrates bekannt gegeben. An dessen Stelle wurde G._____ in den Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin gewählt (act. 3/8).

1.5. An einer weiteren ausserordentlichen Generalversammlung vom 16. April 2019 wurden E._____ (Präsident des VR) und D._____ (Mitglied des VR) aus dem Verwaltungsrat abberufen, G._____ und C._____ als Mitglieder des Verwaltungsrates bestätigt und neu H._____ und I._____ als Mitglieder des Verwaltungsrates gewählt (act. 3/11). Der Verwaltungsrat setzte sich ab dem 16. April 2019 somit wie folgt zusammen:

- H._____ (Präsident des VR, KU zu zweien),
- G._____ (Mitglied des VR, KU zu zweien)
- C._____ (Mitglied des VR, KU zu zweien)
- I._____ (Mitglied des VR, KU zu zweien).

1.6. Bereits am 16./17. September 2019 traten H._____ und I._____ wieder aus dem Verwaltungsrat zurück. Ab diesem Zeitpunkt und bis heute setzt sich der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin wie folgt zusammen (act. 1 Rz. 22 mit Hinweis auf act. 3/11):

- G._____ (Präsident des VR, mit EU [gem. HR-Auszug ab 18.3.20])
- C._____ (Mitglied des Verwaltungsrates, KU zu zweien).

1.7. Im Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit der Gesuchsgegnerin in der Volksrepublik China traten zwischen den Parteien Differenzen auf. Zur Bereinigung dieser Differenzen schlossen die Gesuchstellerin (A:_____) einerseits sowie die Gesuchsgegnerin (B._____), C._____ und D._____ andererseits am 9. Oktober 2019 eine Vereinbarung (act. 1 Rz. 24 mit Hinweis auf act. 3/15, 3/16 und 3/17). Im Wesentlichen verpflichtete sich die Gesuchstellerin (A._____), ihre 51'000 Namenaktien an C._____ und/oder D._____ für 1 EUR zu verkaufen (Ziff. 1). Und

die Gesuchsgegnerin (B._____) verpflichtete sich, der Gesuchstellerin (A._____) EUR 874'712.50 und EUR 1'021'873.90 zu bezahlen (Ziff. 3).

1.8. Da die Gesuchsgegnerin nicht innert Frist bezahlte, stellte die Gesuchstellerin (A._____) ein Gesuch um provisorische Rechtsöffnung, welchem Gesuch das Bezirksgericht Zürich mit Urteil vom 22. Februar 2021 entsprach. Bis heute bezahlte die Gesuchsgegnerin (B._____) die geschuldeten Beträge nicht (act. 1 Rz. 24).

1.9. Mit Schreiben vom 12. April 2021 wies die Gesuchstellerin (A._____) die Gesuchsgegnerin (B._____) darauf hin, dass die letzte Generalversammlung am 16. April 2019 stattgefunden habe, wobei es sich dabei um eine ausserordentliche Generalversammlung gehandelt habe. Da nie eine ordentliche Generalversammlung stattgefunden habe, sei den Aktionären auch nie eine Jahresrechnung der beiden einzigen Geschäftsjahren 2018 und 2019 präsentiert worden. Aus diesem Grund verlangte die Gesuchstellerin die unverzügliche Einberufung der ordentlichen Generalversammlungen für die Geschäftsjahre 2018 und 2019; ferner sei eine Revisionsstelle zu bestellen (Durchführung einer ordentlichen Revision) und es sei Auskunft über die Investitionen der Gesellschaft in der Volksrepublik China zu erteilen (act. 1 Rz. 26 f. mit Hinweis auf act. 3/20).

1.10. Mit Mail vom 26. April 2021 teilte G._____ mit, er werde baldmöglichst einen Termin für die Durchführung einer Generalversammlung bekannt geben (act. 1 Rz. 29), doch blieb bislang eine Einladung zu einer Generalversammlung aus (act. 1 Rz. 30).

1.11. Mit Eingabe vom 21. Mai 2021 stellte die Gesuchstellerin folgendes Rechtsbegehren (act. 1 S. 2 f.).

- "1. Es sei für die Gesuchsgegnerin ein geeigneter Sachwalter zu bestellen. Dessen Amtsdauer sei zeitlich zu befristen und als beendet zu erklären, wenn und sobald eine ausserordentliche Generalversammlung, inkl. Traktanden und Beschlussanträge gemäss Ziffer 2 hiernach durchgeführt wurde und ein Verwaltungsrat und eine Revisionsstelle ernannt und im Handelsregister eingetragen sind.

2. Es sei für die Gesuchsgegnerin eine ausserordentliche Generalversammlung mit mindestens folgenden Traktanden und Beschlussanträgen einzuberufen:

- a. Wahl der Revisionsstelle
Beschlussantrag: Die Gesuchstellerin beantragt der ausserordentlichen Generalversammlung die Wahl einer geeigneten Revisionsstelle zur Durchführung einer ordentlichen Revision.
 - b. Auskunft des Verwaltungsrates über die Investitionen und Geschäftsbeziehungen der Gesellschaft in der Volksrepublik China.
3. Der gemäss Ziffer 1 hiervoor eingesetzte Sachwalter sei zu beauftragen, das Aktienbuch der Gesuchsgegnerin erhältlich zu machen und innert 5 Tagen ab Vorliegen des Aktienbuches die ausserordentliche Generalversammlung, inkl. Traktanden und Beschlussanträgen, unter Angabe von Zeit und Ort per eingeschriebenem Brief und E-Mail an die Aktionäre einzuberufen. Als Datum für die Generalversammlung ist ein Termin anzusetzen, der frühestens 22 Tage nach dem Versand der Einladung und spätestens 30 Tage nach dem Versand der Einladung stattfindet. Der Ort ist durch den Sachwalter zu bezeichnen. Der Sachwalter wird mit der Durchführung und Protokollierung der Generalversammlung beauftragt.
 4. Eventualiter, falls kein Aktienbuch der Gesuchstellerin existiert, sei der gemäss Ziffer 1 hiervoor eingesetzte Sachwalter zu beauftragen, die folgenden Kontaktangaben der Gründungsaktionäre anderweitig zu komplettieren und innert 5 Tagen ab Vorliegen von dessen Kontaktangaben die ausserordentliche Generalversammlung, inkl. Traktanden und Beschlussanträge, unter Angabe von Zeit und Ort per eingeschriebenem Brief und E-Mail einzuberufen:
 - A. _____ AG, ... [Adresse]
 - C. _____, ... [Adresse]
 - D. _____.Als Datum für die Generalversammlung ist ein Termin anzusetzen, der frühestens 22 Tage nach dem Versand der Einladung und spätestens 30 Tage nach dem Versand der Einladung stattfindet. Der Ort ist durch den Sachwalter zu bezeichnen. Der Sachwalter wird mit der Durchführung und Protokollierung der Generalversammlung beauftragt.
 5. Subeventualiter, falls kein Aktienbuch der Gesuchstellerin existiert und die folgenden Kontaktangaben der Gründungsaktionäre nicht anderweitig innert eines Monats zu komplettieren sind, sei der gemäss Ziffer 1 hiervoor eingesetzte Sachwalter zu beauftragen, innert 5 Tagen ab Feststellung der Inexistenz eines Aktienbuches und des Nichtauffindens der zu komplettierenden Kontaktangaben der Gründungsaktionäre die ausserordentliche Generalversammlung, inkl. Traktanden und Beschlussanträgen, unter Anga-

be von Zeit und Ort per eingeschriebenem Brief und E-Mail an die Aktionären mit bekannten Kontaktangaben und durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt einzuberufen:

- A. _____ AG, ... [Adresse]
- C. _____, ... [Adresse]
- D. _____.

Als Datum für die Generalversammlung ist ein Termin anzusetzen, der frühestens 22 Tage nach dem Versand der Einladung und spätestens 30 Tage nach dem Versand der Einladung stattfindet. Der Ort ist durch den Sachwalter zu bezeichnen. Der Sachwalter wird mit der Durchführung und Protokollierung der Generalversammlung beauftragt.

6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

1.12. Mit Verfügung vom 27. Mai 2021 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung der Vorschüsse für die Gerichtskosten von CHF 12'000.00 und für die einstweiligen Kosten des Sachwalters (CHF 30'000.00) sowie der Gesuchsgegnerin Frist zur Erstattung der Stellungnahme angesetzt (act. 4). Die Vorschüsse für die Gerichtskosten und für die einstweiligen Kosten des Sachwalters gingen rechtzeitig ein (act. 6).

1.13. Mit Stellungnahme vom 28. Juni 2021 (eingegangen am 29. Juni 2021) stellte die Gesuchsgegnerin folgende Anträge (act. 9 S. 2):

- "1. Das Gesuch sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlicher MWST zulasten des Gesuchstellerin."

1.14. Mit Verfügung vom 30. Juni 2021 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet.

1.15 In ihrer Eingabe vom 7. Juli 2021 hielt die Gesuchstellerin an ihren Rechtsbegehren Ziffern 1, 2 und 6 fest, liess Rechtsbegehren Ziffer 3 fallen und präzierte Rechtsbegehren Ziffer 4 und 5 wie folgt (act. 14 S. 3 f.):

- "1. [Unverändert wie Gesuch].
2. [Unverändert wie Gesuch].
3. [Fallengelassen].
4. Es sei der gemäss Ziffer 1 hiervoor eingesetzte Sachwalter zu beauftragen, die folgenden Kontaktangaben der Gründungsaktionäre zu komplettieren und innert 5 Tagen ab Vorliegen von dessen Kontaktangaben die ausserordentliche Generalversammlung, inkl. Traktanden und Beschlussanträge, unter Angabe von Zeit und Ort per eingeschriebenem Brief und E-Mail einzuberufen:
 - A._____ AG, ... [Adresse]
 - C._____, ... [Adresse]
 - D._____.

Als Datum für die Generalversammlung ist ein Termin anzusetzen, der frühestens 22 Tage nach dem Versand der Einladung und spätestens 30 Tage nach dem Versand der Einladung stattfindet. Der Ort ist durch den Sachwalter zu bezeichnen. Der Sachwalter wird mit der Durchführung und Protokollierung der Generalversammlung beauftragt.

5. Eventualiter, falls die folgenden Kontaktangaben der Gründungsaktionäre nicht anderweitig innert eines Monats zu komplettieren sind, sei der gemäss Ziffer 1 hiervoor eingesetzte Sachwalter zu beauftragen, innert 5 Tagen ab Feststellung des Nichtauffindens der zu komplettierenden Kontaktangaben der Gründungsaktionäre die ausserordentliche Generalversammlung, inkl. Traktanden und Beschlussanträgen, unter Angabe von Zeit und Ort per eingeschriebenem Brief und E-Mail an die Aktionären mit bekannten Kontaktangaben und durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt einzuberufen:
 - A._____ AG, ... [Adresse]
 - C._____, ... [Adresse]
 - D._____.

Als Datum für die Generalversammlung ist ein Termin anzusetzen, der frühestens 22 Tage nach dem Versand der Einladung und spätestens 30 Tage nach dem Versand der Einladung stattfindet. Der Ort ist durch den Sachwalter zu bezeichnen. Der Sachwalter wird mit der Durchführung und Protokollierung der Generalversammlung beauftragt.

6. [Unverändert wie Gesuch]".

1.16. Mit Eingabe vom 19. Juli 2021 liess sich die Gesuchsgegnerin zur Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 7. Juli 2021 vernehmen (act. 18).

1.17. Wie zu zeigen sein wird, ist das Gesuch der Gesuchstellerin gutzuheissen, weshalb es sich erübrigt, der Gesuchstellerin zur Wahrung des rechtlichen Gehörs die Stellungnahme des Gesuchsgegnerin vorgängig zur Kenntnisnahme zuzustellen. Vielmehr ist die Stellungnahme diesem Urteil beizulegen. Die Sache ist spruchreif.

2. Prozessuales

2.1. Beide Parteien sind Aktiengesellschaften mit Sitz in Zürich. Die örtliche Zuständigkeit der Zürcher Gerichte ist zu bejahen (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO). Die örtliche Zuständigkeit ist denn auch unbestritten (act. 1 Rz. 5 [Gesuchstellerin], act. 9 Rz. 8 [Gesuchsgegnerin]).

2.2. Für Gesuche im Zusammenhang mit Organisationsmängeln (Art. 731b OR) und in Bezug auf die Einberufung einer Generalversammlung (Art. 699 Abs. 4 OR) gilt das summarische Verfahren (Art. 250 lit. c Ziff. 6 und Ziff. 9 ZPO). Da der Streitwert CHF 30'000.00 übersteigt, ist das Einzelgericht am Handelsgericht sachlich zuständig (§ 45 lit. c GOG). Auch die sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts des Handelsgerichts ist unbestritten (act. 1 Rz. 4 und 6 ff. [Gesuchstellerin], act. 9 Rz. 8 [Gesuchsgegnerin]).

3. Materielles

3.1. Kein internationaler Sachverhalt

Beide Parteien sind Gesellschaften mit Sitz in Zürich. Der Umstand, dass sich das Aktionariat der Gesuchsgegnerin aus der Gesuchstellerin und zwei chinesischen Geschäftsleuten zusammensetzt, führt nicht zu einem internationalen Sachverhalt. Das IPRG ist nicht massgebend. Schweizer Recht ist anwendbar.

3.2. Übergangsrecht

Die Gesuchstellerin macht einen Organisationsmangel der Gesuchsgegnerin geltend und beruft sich in diesem Zusammenhang auf Art. 731b OR. Diese Bestimmung ist durch das Bundesgesetz Globales Forum 2019 teilrevidiert worden. Ein Teil der Neufassung trat am 1. Januar 2021, ein anderer Teil am 1. Mai 2021 in Kraft. Für die Beurteilung des vorliegenden Falles sind die Umformulierungen und die geringfügigen inhaltlichen Anpassungen ohne Bedeutung. Es liegt kein Übergangsrechtliches Problem vor. Die Angelegenheit wird auf der Grundlage der aktuellen Formulierung von Art. 731b OR beurteilt, die seit 1. Mai 2021 in Kraft ist.

3.3. Vorliegen eines Organisationsmangels

a. Ausgangslage: Ein Aktionär oder ein Gläubiger kann dem Gericht beim Vorliegen eines Organisationsmangels beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Ein Organisationsmangel liegt unter anderem dann vor, wenn der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe fehlt (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR).

b. Parteistandpunkte: Die Gesuchstellerin macht geltend, dass der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin von der Generalversammlung für eine Amtsdauer von einem Jahr gewählt werde. Dabei ende die Amtsdauer der Mitglieder des Verwaltungsrates am Tag und mit dem Ende der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Wenn keine Generalversammlung durchgeführt werde, ende die Amtsdauer des Verwaltungsrates in Anwendung von Art. 699 Abs. 2 OR am Ende des sechsten Monats nach Beginn des Geschäftsjahres. Die aktuell im Handelsregister eingetragenen Verwaltungsräte G. _____ (Präsident des VR) und C. _____ (Mitglied des VR) seien letztmals an der ausserordentlichen Generalversammlung vom 16. April 2019 bestätigt worden. Die Gesuchsgegnerin verfüge daher seit dem 1. Juli 2019, spätestens seit dem 1. Juli 2020, über keinen Verwaltungsrat mehr. Es liege ein Organisationsmangel vor (act. 1 Rz. 33-38). Zudem verfügt die Gesuchsgegnerin über keine ordentliche Revisionsstelle, obwohl sie (die Gesuchstellerin) als Eigentümerin von 51% der Aktien gemäss Art. 727 Abs. 2 OR die

Durchführung einer ordentlichen Revision verlangen könne und dies mit Schreiben vom 12. April 2021 auch verlangt habe (act. 1 Rz. 36-38).

Die Gesuchsgegnerin bestreitet vorab die Aktivlegitimation der Gesuchstellerin und macht geltend, diese sei seit dem 11. Oktober 2019, spätestens aber seit dem 21. Mai 2021 nicht mehr Aktionärin der Gesuchsgegnerin. Zur Begründung führt sie aus, dass in Ziffer 1 der Vereinbarung vom 9. Oktober 2019 festgehalten worden sei, dass die Gesuchstellerin ihre 51'000 Namenaktien zum Gesamtpreis von 1 EUR an C._____ und/oder D._____ übertrage (act. 9 Rz. 4 ff. und Rz. 24). Weiter ende die Amtsdauer des Verwaltungsrates erst am Ende der nächsten Generalversammlung. Es liege kein Organisationsmangel vor, weshalb auch kein Grund zur Einsetzung eines Sachwalters bestehe (act. 9 Rz. 15 ff. und Rz. 29 f.). Auch der Umstand, dass noch keine Generalversammlung durchgeführt worden sei, an welcher über die Wahl einer Revisionsstelle entschieden worden sei, stelle kein Organisationsmangel dar (act. 9 Rz. 31 f.). Schliesslich verhalte sich die Gesuchstellerin rechtsmissbräuchlich, weil sie den Umstand kritisiere, dass die Gesuchsgegnerin die Jahresrechnungen 2018 und 2019 noch nicht fertig gestellt habe, die für die Erstellung der Jahresrechnungen erforderlichen Buchhaltungsunterlagen und -daten aber der Gesuchsgegnerin vorenthalte (act. 9 Rz. 33 ff.).

c. Zur Aktivlegitimation: Die Gesuchstellerin ist seit der Gründung der Gesuchsgegnerin deren Aktionärin und hält 51'000 der 100'000 Namenaktien. Eine zwischenzeitliche Übertragung dieses Aktienpakets auf C._____ und/oder D._____ ist nicht ersichtlich. Namenaktien können im Wesentlichen auf zwei Arten übertragen werden: Die "wertpapiermässige" Übertragung erfolgt durch Übergabe des indossierten Aktientitels an den Erwerber (Art. 686 Abs. 2 OR, Art. 967 OR), und die "nicht wertpapiermässige" Übertragung erfolgt durch Zession und Übertragung der Aktientitel (Art. 973c OR, anstatt vieler BSK OR II-du Pasquier/Wolf/Oertle, 5. Auflage, Basel 2016, N. 5 zu Art. 684; Lieberherr/Vischer, Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf, AJP 2016, S. 296/297). Im vorliegenden Fall sind die Namenaktien nicht in Wertpapieren bzw. als Aktienzertifikat ausgegeben worden (act. 14 Rz. 10, nicht bestritten von der Gesuchsgegnerin), weshalb eine "wertpapiermässige" Übertragung nicht ersicht-

lich ist. Aber auch eine "nicht wertpapiermässige" Übertragung ist nicht gegeben, weil keine schriftliche Zession vorliegt (act. 14 Rz. 11, nicht bestritten von der Gesuchsgegnerin). Insbesondere verfängt der Hinweis der Gesuchsgegnerin nicht, dass gemäss der Vereinbarung vom 9. Oktober 2019 die 51'000 Aktien für 1 EUR auf C._____ und/oder D._____ übertragen worden seien (act. 3/6 Ziffer 1), weil diese Verpflichtung erst beim "Closing" zu erfüllen war (act. 3/6 Ziff. 6) und dieses "Closing" noch nicht stattgefunden hat, da die vereinbarungsgemässe Bezahlung von EUR 1'021'873.90 und EUR 874'712.50 immer noch strittig ist und deshalb auch die Zug um Zug vorzunehmende Aktienübertragung noch nicht fällig ist. Soweit die Gesuchsgegnerin weiter auf das Aktienbuch verweist, wonach bezüglich der 51'000 Namenaktien seit dem 11. Oktober 2019 C._____ als Eigentümer eingetragen sei (act. 9 Rz. 6 mit Hinweis auf act. 11/1), fallen diverse Ungereimtheiten auf. Erstens datiert die Vereinbarung, auf welche in act. 11/1 verwiesen wird, nicht vom 11., sondern vom 9. Oktober 2019; zweitens bleibt die Gesuchsgegnerin eine Erklärung schuldig, weshalb die behauptete Aktienübertragung vom 9. bzw. 11. Oktober 2019 erst mehr als ein Jahr später am 8. Dezember 2020 im Aktienbuch eingetragen wurde; und drittens ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Bezahlung von 1 EUR für 51'000 erst am 21. Mai 2021 geleistet worden sein soll (act. 11/2), obwohl die Aktien angeblich schon ca. eineinhalb Jahre früher am 9. bzw. 11. Oktober 2019 übertragen worden seien. Damit gelingt es der Gesuchsgegnerin nicht darzutun, dass die Gesuchstellerin ihr Eigentum an den 51'000 Namenaktien der Gesuchsgegnerin eingebüsst habe. Die Gesuchstellerin ist damit nach wie vor aktivlegitimiert, das vorliegende Gesuch zu stellen.

d. Zur Frage des Vorliegens eines Organisationsmangels: Die Generalversammlung wählt den Verwaltungsrat (Art. 698 Abs. 1 Ziff. 2 OR). Gemäss den Statuten der Gesuchsgegnerin beträgt die Amtsdauer ein Jahr, und sie endet am Tag und mit dem Ende der nächsten ordentlichen Generalversammlung (Art. 17 f. der Statuten [act. 3/7]). Im vorliegenden Fall wurde die letzte ausserordentliche Generalversammlung am 16. April 2019 durchgeführt. Wie erwähnt wurden damals G._____ (zunächst als Mitglied, später als Präsident des VR mit EU) und C._____ (als Mitglieder des Verwaltungsrates) bestätigt und zwei neue Mitglieder des Verwaltungsrates gewählt, die jedoch bereits ca. 6 Monate später wieder zu-

rücktraten. Die heute im Handelsregister eingetragenen Verwaltungsräte G._____ und C._____ wurden somit letztmals am 16. April 2019 für die statutarische Amtszeit bis am 31. Dezember 2019 bestätigt.

Im Folgenden ist die kontrovers diskutierte Frage zu behandeln, wie es sich verhält, wenn (wie im vorliegenden Fall) nach Ablauf des Geschäftsjahres gar keine ordentliche Generalversammlung und damit auch keine Wahl des Verwaltungsrates stattfindet. Zu dieser hier interessierenden Konstellation der unterlassenen bzw. vergessenen Wiederwahl werden in der Literatur und Rechtsprechung unterschiedliche Meinungen vertreten:

- Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass das Verwaltungsratsmandat bis zur nächsten Generalversammlung, an der die Wahl des Verwaltungsrates stattfindet, fortbesteht (z.B. Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 54 ff.). Eine andere Lehrmeinung geht davon aus, dass sich das Mandat stillschweigend verlängere, wenn nach Ablauf der Amtszeit weder eine Abwahl noch eine Wiederwahl erfolgt und das Mandat weiterhin ausgeübt werde (Wernli/Rizzi-BSK OR II, 5. Auflage, Basel 2016). Eine dritte Lehrmeinung lehnt ein Fortbestehen oder eine stillschweigende Verlängerung des Mandates bis zur nächsten Generalversammlung ab und geht davon aus, dass die Amtsdauer der Verwaltungsräte nach Ablauf der Frist für die ordentliche Generalversammlung, also sechs Monate nach Ende des Geschäftsjahres (Art. 699 Abs. 2 OR), ende (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich etc. 2009, § 13 N 58 und 58a; Trautmann/von der Crone, Organisationsmängel und Pattsituation in der Aktiengesellschaft, SZW 2/2012, S. 465; Della Palma/von der Crone, Der Organisationsmangel in der Aktiengesellschaft und die Ernennung eines Sachwalters nach Art. 731b OR, SZW 2020, S. 576 f.).
- Auch das Bundesgericht hat sich mit der Problematik schon wiederholt beschäftigt. Wenn ein amtierender Verwaltungsrat nach Ablauf der Amtszeit an einer gültig einberufenen Generalversammlung und im Rahmen eines ordnungsgemäss traktandierten Wahlgeschäfts wegen Nichterreichens der erforderlichen Stimmenzahl nicht wiedergewählt wird, führt dies zur sofortigen

Beendigung des Verwaltungsratsmandats, auch wenn die Statuten zur Vermeidung einer Pattsituation die automatische Wiederwahl der Verwaltungsräte vorsieht (BGE 140 III 349, insbes. E. 2.5 ff.). In einem neueren, nicht amtlich publizierten Entscheid schützte das Bundesgericht einen Entscheid der Zuger Justiz, im welchem festgehalten wurde, dass ein Verwaltungsratsmandat bei Auslaufen der Amtszeit auf des Ende eines Geschäftsjahres eo ipso mit dem Ablauf der Frist für die Durchführung der ordentlichen Generalversammlung, also sechs Monate nach Ende des Geschäftsjahres, endet (BGE 4A_412/2020 vom 16. September 2020, kommentiert von Della Palma/von der Crone, a.a.O., SZW 2020, S. 576 f.). In einem weiteren nicht amtlich publizierten Urteil in italienischer Sprache hat das Bundesgericht zumindest implizit die Meinung vertreten, dass ein Verwaltungsrat nach Ablauf der Amtszeit eo ipso sein Amt verliere (BGE 4A_279/2018 vom 2. November 2018, kommentiert von Vischer/Galli/Schlegel, AJP 2019, S. 743 ff.).

- Aus der Sicht des Einzelgerichtes ist bei einer vergessenen oder unterlassenen Wiederwahl eines Verwaltungsrates ein Fortbestehen oder eine stillschweigende Verlängerung des Mandates bis zur nächsten Generalversammlung abzulehnen. Vielmehr muss gelten, dass die Amtsdauer der Verwaltungsräte nach Ablauf der Frist für die ordentliche Generalversammlung, also sechs Monate nach Ende des Geschäftsjahres (Art. 699 Abs. 2 OR) endet. Einerseits ist zu berücksichtigen, dass die Wahl des Verwaltungsrates eine der zentralen und unentziehbaren Befugnissen der Generalversammlung ist (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Es braucht eine Wahl durch die Generalversammlung, um eine gültige Fortsetzung des Verwaltungsratsmandats zu begründen. Eine positive Willensäusserung in der Generalversammlung ist in diesem Sinn unentbehrlich (Böckli. a.a.O. Rz. 58; Trautmann/von der Crone, a.a.O., S. 465), zumal auch das Bundesgericht die Bedeutung der Willensbildung in der Generalversammlung speziell hervorhebt (BGE 140 III 349 E. 2.6). Andererseits ist zu berücksichtigen, dass das Amt einer Revisionsstelle bei einer Nichtwiederwahl durch die Generalversammlung automatisch mit der Abnahme der letzten Jahresrechnung und damit unmittelbar nach der Generalversammlung endet (Art. 730a Abs. 1 OR). Eine stillschweigende Verlängerung ist nicht vorgesehen. Dass bei einer Nichtwiederwahl eines Verwal-

tungsrates etwas anderes gelten sollte als bei der Nichtwiederwahl der Revisionsstelle, ist nicht einzusehen, zumal beide Wahlgeschäfte eine der zentralen und unentziehbaren Aufgaben der Generalversammlung sind (Trautmann/von der Crone, a.a.O., S. 465).

f. Zusammenfassung: Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin ihre letzte Generalversammlung am 16. April 2019 abgehalten hat. Die statutarische Amtszeit der damals bestätigten und zwischenzeitlich nicht zurückgetretenen Verwaltungsräte G._____ und C._____ lief am 31. Dezember 2019 ab und das Verwaltungsratsmandat endete unter Berücksichtigung von Art. 699 Abs. 2 OR am 30. Juni 2020. Seither verfügt die Gesuchsgegnerin über keinen ordnungsgemäss besetzten Verwaltungsrat. Die Gesuchsgegnerin leitet an einem Organisationsmangel. Die Gesuchstellerin ist in ihrer Eigenschaft als Aktionärin aktivlegitimiert, dem Gericht Anträge im Zusammenhang mit dem Organisationsmangel zu stellen.

3.5. Erforderliche Massnahme aufgrund des Organisationsmangels

a. Art. 731b Abs. 1 OR ermächtigt das Gericht, bei Vorliegen eines Organisationsmangels die "erforderlichen Massnahmen" zu ergreifen. Diese Norm verleiht dem Gericht einen Ermessensspielraum, um die mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles angemessene und verhältnismässige Massnahme zu treffen. Beispielhaft und nicht abschliessend ist das Gericht gemäss Art. 731b Abs. 1^{bis} OR ermächtigt, der Gesellschaft unter Androhung der Auflösung Frist zur Mängelbehebung anzusetzen (Ziff. 1), das fehlende Organ oder einen Sachwalter einzusetzen (Ziff. 2) oder die Gesellschaft aufzulösen und ihre Liquidation nach den Regeln des Konkurses anzuordnen (Ziff. 3). Es kann auch eine nicht gesetzlich genannte Massnahme anordnen wie die Einberufung und Durchführung einer Generalversammlung. Bei der Auswahl der angemessenen und verhältnismässigen Massnahme ist das Gericht nicht an die Anträge der Parteien gebunden, da die *Offizialmaxime* gilt (BGE 142 III 629 E. 2.3.1 mit zahlreichen Hinweisen).

b. Im vorliegenden Fall fehlt der Gesuchsgegnerin ein Verwaltungsrat, weil das Verwaltungsratsmandat der zuletzt noch eingetragenen Verwaltungsräte G._____

und C._____ am 30. Juni 2020 endete. Ferner hat die Gesuchsgegnerin keine Revisionsstelle, was darauf zurückzuführen ist, dass die Gesuchstellerin bei ihrer Gründung im Jahr 2017 im Rahmen eines zulässigen opting out (Art. 727a Abs. 2 OR) auf eine eingeschränkte Revision verzichtete. Im Übrigen wurde seit dem 16. April 2019 wie erwähnt keine Generalversammlung mehr durchgeführt, an welcher eine Revisionsstelle hätte ernannt werden können. In dieser Situation wäre es theoretisch denkbar, dass das Gericht die Einberufung und Durchführung einer Generalversammlung anordnet. Gegen eine solche Anordnung sprechen jedoch mehrere Gründe: Erstens verfügt die Gesuchsgegnerin wie mehrfach erwähnt über keinen Verwaltungsrat, der eine Generalversammlung durchführen könnte. Zweitens wäre es zwar theoretisch möglich, aber sachlich nicht angezeigt, den früheren Verwaltungsratspräsident G._____ mit der Durchführung einer Generalversammlung zu betrauen, da unklar ist, ob dieser dazu befähigt und willens ist sowie das nötige Vertrauen der Gesuchstellerin genießt, die als Eigentümerin von 51'000 von 100'000 Namenaktien Mehrheitsaktionärin ist. Drittens ist zu berücksichtigen, dass die korrekte Einberufung der Generalversammlung anspruchsvoll sein dürfte, da die Adresse des Gründungsaktionärs D._____ nicht bekannt ist. Aus diesen Gründen drängt sich die Einsetzung eines Sachwalters auf (Art. 731b OR). Die gerichtliche Einberufung einer Generalversammlung (Art. 699 Abs. 4 OR) ist im vorliegenden Fall nicht zielführend.

3.6. Person des Sachwalters; Kompetenzen und Amtsdauer des Sachwalters

a. Das Gericht schlägt den Parteien als Sachwalter vor:

Rechtsanwalt J._____, ...

... [Adresse]

Rechtsanwalt J._____ hat auf telefonische Anfrage seine Bereitschaft erklärt, das Sachwaltermandat zu übernehmen. Den Parteien ist Frist anzusetzen, um allfällige Einwände gegen die Person des Sachwalters begründet vorzubringen. Bei Stillschweigen würde davon ausgegangen, dass keine Einwände gegen den vorgeschlagenen Sachwalter bestehen.

b. Weiter sind die Aufgaben des Sachwalters zu skizzieren. Dabei ist nochmals in Erinnerung zu rufen, dass im vorliegenden Verfahren die *Offizialmaxime* gilt und das Gericht nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist, sondern mit Blick auf den konkreten Fall die angemessenen und verhältnismässigen Massnahmen zu treffen hat (vgl. E. 3.5.a). Der Sachwalter ist mit zwei Aufgaben zu betrauen, und zwar wie folgt:

- Der Gesuchsgegnerin fehlt seit 1. Juli 2020 ein Verwaltungsrat. Der Sachwalter ist daher zu beauftragen, eine Generalversammlung einzuberufen und die Wahl des Verwaltungsrates zu traktandieren.
- Die Gesuchsgegnerin hat ursprünglich auf die eingeschränkte Revision verzichtet. Allerdings kann ein Aktionär, der 10% des Aktienkapitals vertritt, die ordentliche Revision verlangen (Art. 727 Abs. 2 OR). Mit Schreiben vom 12. April 2021 hat die Gesuchstellerin, die 51'000 von 100'000 Namenaktien hält, von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht (act. 3/20 S. 2). Der Sachwalter ist zu beauftragen, eine Generalversammlung einzuberufen und die Wahl einer Revisionsstelle zu traktandieren.

Mit diesen Anordnungen wird dem zentralen Rechtsbegehren Ziffer 1 der Gesuchstellerin entsprochen. Zu den weiteren Rechtsbegehren ist folgendes festzuhalten: Dem Rechtsbegehren Ziffer 2 a wird mit den aufgeführten Anordnungen ebenfalls entsprochen, und in Bezug auf Rechtsbegehren Ziffer 2 b ist festzuhalten, dass zuerst ein Verwaltungsrat zu wählen ist, bevor er Auskunft erteilen kann. Rechtsbegehren Ziffer 3 (in der ursprünglichen Fassung) wurde fallen gelassen. Bezüglich der Rechtsbegehren Ziffer 4 und 5 (neue Fassung) ist nicht zu sehen, warum der Sachwalter das Aktienbuch komplettieren sollte. Aufgabe des Sachwalters ist einzig, die Generalversammlung ordnungsgemäss einzuberufen. Wie er diese Aufgabe bewältigt, ist ihm zu überlassen. Die Form - inkl. der Zeitrahmen - ergibt sich aus dem Gesetz (Art. 700 OR).

c. Das Mandat des Sachwalters ist zu befristen (Art. 731b Abs. 2 OR). Im vorliegenden Fall endet das Sachwaltermandat mit Durchführung der vom Sachwalter einzuberufenden Generalversammlung.

3.7. Zum Antrag auf Einberufung einer Generalversammlung (Art. 699 Abs. 4 OR)

Sofern die Gesuchstellerin einen Antrag auf Einberufung einer Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 4 OR gestellt haben sollte, ist dieser obsolet geworden, weil - wie ausführlich begründet - ein Sachwalter nach Art. 731b OR einzusetzen ist, der eine Generalversammlung einzuberufen haben wird. Die gerichtliche Einberufung einer Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 4 OR wäre aus den oben erwähnten Gründen nicht zielführend (vgl. E. 3.5.b a.E.)

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen; Sachwalterkosten

- a. Das Gesuch um Einsetzung eines Sachwalters ist gutzuheissen, weshalb vom Obsiegen der Gesuchstellerin auszugehen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchsgegnerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO).
- b. Das Einzelgericht hat bereits in der Verfügung vom 27. Mai 2021 festgehalten, dass von einem Streitwert von CHF 300'000.00 auszugehen sei. Darauf ist zu verweisen (act. 4 S. 2). Bei diesem Streitwert ist die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung der summarischen Natur des Verfahrens auf CHF 12'000.00 festzusetzen (§§ 4 und 8 GebV OG). Die Parteientschädigung ist unter Berücksichtigung des Summarverfahrens ebenfalls auf CHF 12'000.00 festzusetzen.
- c. Die Gesuchstellerin hat für die voraussichtlichen Sachwalterkosten einen Kostenvorschuss von CHF 30'000.00 geleistet (act. 6). Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides ist die Kasse des Obergerichts anzuweisen, dem Sachwalter den Kostenvorschuss von CHF 30'000.00 zu überweisen. Der Sachwalter wird nach Abschluss seines Mandats seinen Aufwand abzurechnen und einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten haben. Im Bedarfsfall ist er berechtigt, mit entsprechender Begründung einen zusätzlichen Vorschuss zu verlangen. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin den Aufwand des Sachwalters zu ersetzen, weil sie schlussendlich die Sachwalterkosten zu tragen haben wird (Art. 731b Abs. 2 OR).

Der Einzelrichter erkennt:

1. In Gutheissung des Gesuchs wird für die Gesuchsgegnerin ein Sachwalter eingesetzt.
2. Als Sachwalter wird den Parteien vorgeschlagen:

Rechtsanwalt J. _____, ...

... [Adresse]

Den Parteien wird eine einmalige Frist von **10 Tagen** ab schriftlicher Mitteilung dieses Urteils angesetzt, um allfällige Einwände gegen den vorgeschlagenen Sachwalter detailliert und begründet vorzutragen. Bei Stillschweigen ginge das Gericht davon aus, dass gegen den vorgeschlagenen Sachwalter keine Einwände bestehen.

3. Der Sachwalter wird beauftragt, eine Generalversammlung der Gesuchsgegnerin ordnungsgemäss einzuberufen und durchzuführen und namentlich folgende Geschäfte zu traktandieren:
 - Wahl des Verwaltungsrates.
 - Wahl der Revisionsstelle.

Allfällige weitere Traktanden, die im Zusammenhang mit der Wahl des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle stehen, bleiben vorbehalten.

4. Das Amt des Sachwalters endet mit der Durchführung der Generalversammlung gemäss Dispositiv-Ziffer 3.
5. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, nach definitiver Ernennung des Sachwalters und nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils dem Sachwalter für seine Bemühungen den geleisteten Kostenvorschuss von CHF 30'000 zu überweisen. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin den für die Bemühungen des Sachwalters geleisteten Vorschuss von CHF 30'000.00 zu ersetzen.

6. Der Sachwalter hat zu gegebener Zeit dem Gericht über seine Bemühungen eine Abrechnung zur Genehmigung zuzustellen, verbunden allenfalls mit einem Gesuch betreffend weiterer Bevorschussung oder mit weiteren Anträgen. Darüber wird (jeweils) nach Gewährung des rechtlichen Gehörs der Gegenpartei separat entschieden.
7. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 12'000.00 festgesetzt und aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Vorschuss gedeckt. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin den Betrag zu ersetzen.
8. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteient-schädigung von CHF 12'000.00 zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an
 - die Gesuchstellerin (unter Beilage des Doppels von act. 18),
 - die Gesuchsgegnerin,
 - den vorgeschlagenen Sachwalter (Rechtsanwalt J._____, ... [Adresse] und
 - die Kasse des Obergerichtes.
10. 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 (geschätzt).

Zürich, 13. August 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler