

# GR\_GERICHTE PZ 2003 127 vom 5. November 2003

GR Gerichte, 2003-11-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_PZ\\_2003\\_127](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_PZ_2003_127)

FR: GR\_GERICHTE PZ 2003 127 du 5 novembre 2003

IT: GR\_GERICHTE PZ 2003 127 del 5 novembre 2003

## Regeste

Einsetzung eines Sonderprüfers | Leitentscheid, publiziert als PKG 2004 22\3Cbr\3E | Obligationenrecht

## Erwägungen

### E. 2

Der Sachverständige sei zu beauftragen, im Rahmen der Sonderprüfung namentlich folgende Sachverhalte abzuklären:

#### E. 2.1

Verdeckte Gewinnausschüttungen, insbesondere an die (Haupt-) Aktionäre B. und C. - Welche Leistungen (qualitativ und quantitativ) erbringen die Aktionäre B. und C. für die Gesuchsgegnerin aufgrund ihrer Arbeits- und/oder Beraterverträge?

4 - Welche Kosten (qualitativ und quantitativ) wurden in den vergangenen drei Jahren im Zusammenhang mit den Aktionären B. und C. "vom Hause" übernommen? - Sind in den Rechtskosten der Gesuchsgegnerin während den vergangenen drei Jahren auch Leistungen (gesamthaft oder als Teile von Rechnungen) enthalten, welche für die beiden Aktionäre B. und C. als Privatpersonen erbracht worden sind? Vertritt Rechtsanwalt Dr.T. sowohl die Gesuchsgegnerin wie auch die beiden Aktionäre B. und C. in rechtlichen Belangen? - Wie (quantitativ und qualitativ) gliedern sich die Beraterhonorare der externen Berater in den letzten vier Jahren? Haben externe Berater auf Kosten der Gesuchsgegnerin Leistungen für Aktionäre und Verwaltungsräte, insbesondere für B. und C. als Privatpersonen erbracht? - Wurden von den beiden Aktionären B. und C. Leistungen der Gesuchsgegnerin (qualitativ und quantitativ) an ihrem Zürcher Domicil, insbesondere für Hausangestellte, Chauffeur, Wäsche, Warenlieferung (Verpflegung), Telefon, etc. in Anspruch genommen? Wenn ja in welcher Höhe und in welchem Zeitraum?

#### E. 2.2

Bauprojekt E. - Wie sah die Finanzierung des Projektes E. aus? Welche Beträge (qualitativ und quantitativ) wurden an welche Berater und Beauftragte ausgerichtet? - Wurden alle Mieter gleich behandelt oder kamen einzelne in den Genuss von Vorzugskonditionen (Bsp. Gratismiete)?

##### E. 2.2.2

waren an der Generalversammlung also vorgebracht worden. Der Verwaltungsrat informierte über den Stand des Projektes E. und trug unter anderem vor, dass die Vermietung P. übertragen worden sei, mit der ein üblicher Mäkler/Auftrag auf Erfolgsbasis abgeschlossen worden sei. Vor P. sei die Vermietung primär von O. betreut worden, der für die abgeschlossenen Mietverträge ein Mäklerhonorar zugestanden sei. Weitere Ansprüche

habe sie gestellt, diese würden von der A. AG aber bestritten. (Ordner 2, Beilage 5, S. 16 Ziff. 12). Die Frage nach den Beraterhonoraren blieb offen. Die Einsicht in die Unterlagen betreffend Finanzierung wurden von der Unterzeichnung einer Vertraulichkeitserklärung abhängig gemacht. Dass diese Frage unbeantwortet blieb, kann nicht Z. angelastet werden, wie oben (E.10. d) ff) ausgeführt wurde, kann er nicht für das Scheitern der Vertraulichkeitserklärung verantwortlich gemacht werden. Es bleibt somit dabei, dass ein allfälliges Geheimhaltungsinteresse im Rahmen des Sonderprüfungsverfahrens unerheblich ist (Weber, a.a.O., N. 3 zu Art. 697c OR). Das Erfordernis der Subsidiarität ist im Zusammenhang mit den Fragen zum Projekt E erfüllt. Zusammenfassend ergibt sich, dass Z. sämtliche Fragen, welche zu den beiden im vorliegenden Verfahren verbliebenen Themenbereichen "Verdeckte Gewinnausschüttungen" und "Bauprojekt E." gestellt wurden, im Wesentlichen auch anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung gestellt hat. Der Verwaltungsrat hätte aus den vorhergehenden Fragen nach Treu und Glauben jedenfalls erkennen können, worum es dem Rekursgegner jeweils ging. Teilweise hat Z. die Fragen im Sonderprüfungsverfahren aufgrund der im Protokoll zur ausserordentlichen Generalversammlung erhaltenen Antworten präzisiert, ohne den Gegenstand aber wesentlich zu verändern oder zu erweitern. Damit ist das Erfordernis der Subsidiarität bezüglich aller Fragen, welche der Bezirksgerichtspräsident Maloja zugelassen hat, erfüllt. Der Verwaltungsrat hat die derzeit noch strittigen Fragen teilweise nicht, teilweise sehr allgemein oder ausweichend beantwortet und die Einsicht in die Unterlagen betreffend die Finanzierung des Projekts E. zusätzlich von der Unterzeichnung einer Vertraulichkeitserklärung abhängig gemacht. Unter diesen Umständen kann nicht beanstandet werden, wenn Z. an seinem Begehren um Anordnung einer Sonderprüfung festhält.

### **E. 2.3**

Verkauf Grundstück an Baugesellschaft D. - Welches waren die Gründe für die Veräusserung? - An wen und wofür wurde eine Kommission von CHF 175'000.-- bezahlt? Im Übrigen beantragte er die kostenpflichtige Abweisung der gegnerischen Rechtsbegehren und wiederholte den Antrag, die A. AG zu verpflichten, einen Kostenvorschuss für die Sonderprüfung zu leisten. Die A. AG hielt an ihrem Antrag auf Abweisung des Sonderprüfungsbegehrens fest. D. Mit Verfügung vom 31. Juli 2003, mitgeteilt am 7. August 2003, entschied der Bezirksgerichtspräsident Maloja was folgt: 1. Das Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers wird gutgeheissen und dem Sonderprüfer werden folgende Fragethemen zur Prüfung unterbreitet: Verdeckte Gewinnausschüttungen, insbesondere an die (Haupt-) Aktiönäre B. und C.

### **E. 3**

Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, einen Kostenvorschuss für die Sonderprüfung zu leisten.

### **E. 4**

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin. II. Zum Verfahren

### **E. 5**

Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, den Gesuchsteller pauschal mit CHF 15'000.-- ausseramtlich zu entschädigen.

## **E. 6**

(Rechtsmittelbelehrung)

## **E. 7**

H. Mit Verfügung vom 5. November 2003 erteilte der Kantonsgerichtspräsident dem Rekurs gestützt auf Art. 12 EGzZGB die aufschiebende Wirkung. Auf die ausführliche Begründung des Rekurses, die Stellungnahme des Rekursgegners sowie auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, nachstehend eingegangen. Das Kantonsgerichtspräsidium zieht in Erwägung: 1. Nach Art. 3 lit. b GestG und Art. 2 Ziff. 28 VVzOR entscheidet der Bezirksgerichtspräsident am Sitz der beklagten juristischen Person über die Sonderprüfung gemäss Art. 697 a - g OR. Solche Entscheide können gemäss Art. 4 VVzOR mit Rekurs gemäss Art. 12 EGzZGB beim Kantonsgerichtspräsidenten angefochten werden. Der Kantonsgerichtspräsident kann dem Rechtsmittel auf Antrag oder von Amtes wegen aufschiebende Wirkung erteilen, von Amtes wegen Erhebungen vornehmen und eine Parteiverhandlung anordnen (Art. 12 Abs. 2 EGzZGB). Im übrigen gelten die Vorschriften der Zivilprozessordnung über die Beschwerde wegen Gesetzesverletzung (Art. 232 ZPO) sinngemäss. Hingegen ist der Kantonsgerichtspräsident in der Beweiswürdigung frei. Der Rekurs der A. AG vom 28. August 2003 an den Kantonsgerichtspräsidenten richtet sich gegen die Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten Maloja vom 31. Juli 2003, mitgeteilt am 7. August 2003, mit welchem dem Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers stattgegeben wurde. Auf das gemäss Art. 233 ZPO frist- und formgerecht eingereichte Rechtsmittel wird eingetreten. 2. Im Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers gab Z. als Zustelladresse die Anschrift des F. Hotels in G. an. In der Stellungnahme zum Rekurs vom 18. September 2003 liess der Sohn des verstorbenen Hoteliers Z.Z. sel. zur Frage des Wohnsitzes ausführen, dass er mehrere Monate pro Jahr mit seiner Familie im F. Hotel, welches schon immer sein Zuhause gewesen sei, lebe. Gleichzeitig reichte er eine Wohnsitzbescheinigung der Gemeinde G. vom 10. Juli 2003 (Beilage 1 des Rekursgegners) ein, aus welcher hervorgeht, dass er in G. wohnt. Damit legt er glaubhaft dar, dass er seinen Wohnsitz in G. hat. Auf das Begehren betreffend Offenlegung des Wohnsitzes braucht damit nicht mehr eingetreten werden, da es gegenstandslos geworden ist. Im übrigen hat der Bezirksgerichtspräsident im angefochtenen Entscheid (E.4, S. 16) zu Recht ausgeführt, dass der Wohnsitz im vorliegenden Verfahren weder einen Einfluss auf die Zuständigkeit der angerufenen Ge-

## **E. 8**

richte noch auf materielle Aspekte des Verfahrens hat. Formell ist Z. anwaltlich vertreten, so dass Gerichtsurkunden und Korrespondenz ohne weiteres zugestellt werden können. Ein allfälliger ausländischer Wohnsitz von Z. könnte einzig im Zusammenhang mit einer Sicherheitsleistung gemäss Art. 40 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO von Belang sein. Die Rekurrentin begründet ihren Antrag auf Bekanntgabe des Wohnsitzes denn auch nur mit dem Hinweis auf diese Bestimmung. Wie das Kantonsgericht bereits in PKG 1981 Nr. 57 zu Art. 54 Abs. 1 Ziff. 1 aZPO festgehalten hat, gehen dieser Bestimmung die Sonderbestimmungen von Bundesgesetzen, Staatsverträgen und Konkordaten vor. Dies gilt namentlich für die Haager Konventionen betreffend Zivilprozessrecht von 1905 und 1954 (SR 0.274.11 und 12) und das Haager Übereinkommen über den Zugang zur Rechtspflege vom 25. Oktober 1980 (0.274.133; Art. 14). Angehörigen eines Vertragsstaates kann wegen ihres ausländischen Wohnsitzes keine Sicherheitsleistung auferlegt werden. Durch Art. 2 des Konkordates von 1903 (SR 273.2) wird die Wirkung der Haager Konvention auf

Schweizerbürger mit Wohnsitz in einem Konventionsstaat ausgedehnt (vgl. Vogel/Spühler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 7. Aufl., Bern 2001, §52, NN. 44 ff.). Das Gebot der Rechtsgleichheit verbietet es zudem, Auslandschweizerinnen und Auslandschweizerinnen ausserhalb eines Vertragsstaates schlechter zu behandeln als die in einem Vertragsstaat wohnhafte ausländische Partei (PKG 1981 Nr. 57). Ob von Z., der in G. und U. heimatberechtigt ist, überhaupt eine Sicherheitsleistung verlangt werden kann, müsste daher bei Vorliegen eines entsprechenden Antrages näher geprüft werden. Vorher besteht keine Notwendigkeit, die Bekanntgabe des Wohnsitzes zu verlangen. Selbst wenn auf den Antrag einzutreten wäre, wäre er somit abzuweisen. 3. Der Rekursgegner hält dafür, die Rekurrentin hätte die Urkunden betreffend den Nachweis der Gebühren und der Kommission des Verkaufs zweier Grundstücke an die Baugesellschaft D. (Rekursbeilagen 9-13) sowie die Rekursbeilage 6 im Verfahren vor erster Instanz einlegen können. Die Tatsachen, welche diese Rekursbeilagen beweisen sollten, seien von der Rekurrentin vor erster Instanz nicht behauptet worden. Die Rekursbeilagen seien daher gemäss Art. 233 Abs. 2 ZPO aus dem Recht zu weisen. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Kantonsgerichtspräsident hat im Rekursverfahren gemäss Art. 12 Abs. 3 EGzZBG volle Überprüfungsbefugnis, er ist somit weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht an den Entscheid der Vorinstanz gebunden. Dies gestattet es der Rekurrentin, alle für die Beurteilung der Streitsache erheblichen Tatsachen und Beweismittel anzurufen, soweit diese auch vor erster Instanz zulässig gewesen wären (vgl. PKG 1992 Nr. 63; PKG 1983 Nr. 47). Vor dem Bezirksgerichtspräsidium hätten neue Urkunden

## **E. 9**

eingelegt werden können (Art. 10 Abs. 1 EGzZGB i.V.m. Art. 138 Ziff. 4 ZPO). Eine Nachreichung von Urkunden ist im Rekursverfahren daher grundsätzlich möglich. Dies gilt um so mehr, als der Kantonsgerichtspräsident gemäss Art. 12 Abs. 2 EGzZGB im Rekursverfahren von Amtes wegen Erhebungen vornehmen kann. Ist dies möglich, ist nicht einzusehen, weshalb auf Seiten der Parteien eine Beschränkung auf die erste Instanz bestehen soll (so PKG 2001 Nr. 39 für das Amtsbefehlsverfahren). Sämtliche Rekursbeilagen bleiben somit bei der Prozedur. Ob und inwiefern sich der Umstand, dass mit der Nachreichung von Urkunden einzelne dem Sonderprüfer vorzulegende Fragen erübrigt haben, auf die Verteilung der Kosten auswirkt, wird nachstehend zu prüfen sein.

4.a) Die A. AG macht in formeller Hinsicht geltend, der Entscheid der Vorinstanz sei in Verletzung der Ausstandsvorschriften ergangen. Wie sie beim Verfassen der Rekurschrift bemerkt habe, besitze der mitwirkende Aktuar H. zwei Nameaktien und hätte daher gestützt auf Art. 18 lit. a GVG, allenfalls gemäss Art. 18 lit. g GVG, in den Ausstand treten müssen. Entgegen Art. 19 GVG sei dies nicht mitgeteilt worden. Gestützt auf Art. 23 GVG werde daher das nachträgliche Ausstandsbegehren gestellt mit dem Antrag, den vorinstanzlichen Entscheid vollumfänglich aufzuheben. Die Zusammensetzung des vorinstanzlichen Spruchkörpers verstosse aufgrund der beschriebenen Befangenheit des Aktuars auch gegen Art. 30 Abs. 1 BV. b) Nach der in Art. 58 Abs. 1 aBV beziehungsweise im materiell unverändert in die neue Bundesverfassung vom 18. Dezember 1998 überführten Art. 30 Abs. 1 BV und in Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthaltenen Garantie des verfassungsmässigen Gerichts hat jede natürliche und juristische Person Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Gericht ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Zur Unabhängigkeit gehört die persönliche Unbefangenheit (Unparteilichkeit) der Gerichtsperson. Befangenheit ist anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtungsweise geeignet

sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit zu erwecken. Der Anschein solcher Befangenheit genügt. Die Gründe hierfür können in der Person der Gerichtsmitglieds liegen, beispielsweise: eigenes Interesse am Prozessausgang, enge Beziehungen zu einer Partei, persönliches Verhalten oder äusserer Druck, dem die Richterin oder der Aktuar ausgesetzt ist (vgl. BGE 126 I 73; 125 I 209; PKG 2000 Nr. 12, Reinhold Hotz in: Ehrenzeller / Mastronardi / Schweizer / Vallender, Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 2002, N. 13 zu Art. 30 BV). Art. 18 GVG konkretisiert den Anspruch auf ein unabhängiges Gericht für das Verfahren vor den

#### **E. 10**

Gerichten des Kantons Graubünden. Unter den Buchstaben a)-f) von Art. 18 GVG werden bestimmte Beziehungen angeführt, die für sich allein bereits den Eindruck erwecken, dass ein Mitglied des Gerichts nicht mehr unabhängig genug sei. So hat nach Art. 18 lit. a GVG ein Richter oder Aktuar namentlich in den Ausstand zu treten, wenn er selbst, sein Ehegatte, sein Verlobter oder Personen, die mit ihm bis zum dritten Grad verwandt oder verschwägert sind, die zu ihm in einem Pflichtverhältnis stehen oder deren gesetzlicher oder vertraglicher Vertreter er ist, als Partei am Verfahren beteiligt, durch eine zu beurteilende Straftat geschädigt oder sonst am Ausgang des Verfahrens unmittelbar interessiert ist. Art. 18 lit. g GVG verweist demgegenüber auf andere, nicht näher beschriebene Umstände, welche eine Gerichtsperson als befangen erscheinen lassen (PKG 1998 Nr. 51). Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, entscheidet sich nach freiem pflichtgemäsem Ermessen der erkennenden Behörde. Dabei darf freilich nicht unbesehen angenommen werden, dass eine Gerichtsperson den Anschein der Befangenheit erwecke. Es soll nicht dazu kommen, dass eine missliebige Richterin oder ein missliebiger Richter wegen alltäglicher Beziehungen und Einflüsse am Einsitz gehindert wird, und es soll andererseits dem Gerichtsmitglied nicht leichtthin ermöglicht werden, sich unangenehmer Fälle zu entledigen. Der Ausstand muss also die Ausnahme bleiben, bestünde doch sonst die Gefahr, dass die gesetzliche Zuständigkeitsordnung für die Gerichte bis zu einem gewissen Grade illusorisch würde. Es ginge nicht an, durch allzu hohe Anforderungen an die Unparteilichkeit von Gerichtspersonen den damit in einem gewissen Spannungsverhältnis stehenden Anspruch auf das (primär) gesetzlich vorgesehene Gericht auszuhöhlen (PKG 1990 Nr. 19, PKG 1979 Nr. 13 und 1980 Nr. 15; BGE 115 Ia 36 f., 175, 116 Ia 18). c) Im konkreten Fall ist weder H. noch jemand aus seiner Verwandtschaft oder Schwägerschaft als Partei am Verfahren beteiligt. Es besteht auch kein Vortretungs- oder Pflegeverhältnis. Es stellt sich somit ausschliesslich die Frage, ob H. aufgrund der Tatsache, dass er Aktionär der A. AG ist, am Ausgang des Verfahrens unmittelbar interessiert im Sinne von Art. 18 lit. a GVG ist oder ob ihn dieser Umstand als befangen im Sinne von Art. 18 lit. g GVG erscheinen lässt. Das Aktienkapital der A. AG über 2'000'000.-- besteht gemäss Handelsregisterauszug vom 19. Mai 2003 (Ordner 2, Gesuchsbeilage 1) aus 4'000 Namenaktien zum Nominalwert von Fr. 500.--. B. verfügt über 2'305 Namenaktien, C. über 29 Namenaktien und Z. über 1'328 Aktien (Ordner 2, Gesuchsbeilage 5; Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung vom 20. Februar 2003, S. 23). Gemeinsam hält die Hotelierfamilie demnach über 90 % des gesamten Aktienkapitals. Der

#### **E. 11**

Aktuar des Bezirksgerichtes Maloja besitzt demgegenüber nur zwei Namenaktien der Gesellschaft (Auszug aus dem Aktienbuch; Rekursbeilage 3). Seine Beteiligung am Aktienkapital ist derart untergeordnet, dass allein deshalb ein Ausstandsgrund im Sinne der

erwähnten Bestimmungen nicht bestehen kann. Es kann nicht der Sinn der Normen sein, dass jede noch so schwache Beziehung zu einer der Parteien einen Ausstandsgrund begründet, sondern nur eine von solcher Stärke, dass die Befürchtung gerechtfertigt erscheint, ein Gerichtsmitglied könnte sich dieser Partei gegenüber im Hinblick auf seine persönlichen Interessen nicht mehr frei fühlen. Wohl dient das Institut der Sonderprüfung der Verbesserung der Rechtsstellung der Minderheitsaktionäre (Rolf H. Weber, Basler Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, OR II, 2. Aufl., Basel 2002, N. 1 zu Art. 697a OR). Die Rechtsstellung von H. unterscheidet sich von derjenigen von Z. aber insofern massgeblich, als er selbst dann, wenn er sich mit den anderen Minderheitsaktionärinnen und -aktionären zusammenschliessen würde, das Quorum von 10 % des Aktienkapitals nicht erreicht, welches erforderlich ist, um eine Sonderprüfung gerichtlich zu erzwingen (Art. 679 b OR). Als Eigentümer zweier Aktien kann er die Geschicke der Gesellschaft nicht wesentlich beeinflussen. Der finanzielle Nutzen, der ihm allenfalls dadurch erwachsen könnte, dass die Gesellschaft nach der Sonderprüfung und allfälligen weiteren Schritten mehr Gewinn ausweisen würde oder aber der finanzielle Schaden, den er dadurch erleiden könnte, dass die Gesellschaft Mittel für die Sonderprüfung aufwenden muss, ist bei einer Beteiligung von lediglich zwei Aktien so untergeordnet, dass daraus keine Befangenheit resultieren kann. Dem Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung vom 20. Februar 2003 (Ordner 2, Gesuchsbeilage 5) lässt sich entnehmen, dass H. nicht an der Versammlung teilgenommen hat und sich auch nicht vertreten liess. Er hat sich als Aktionär zur Frage der Anordnung einer Sonderprüfung nicht geäussert, weshalb offen ist, ob er die Anliegen der Rekurrentin oder diejenigen des Rekursgegners unterstützen würde. Bei einer objektiven Betrachtungsweise muss somit nicht befürchtet werden, dass er sich bei der Erfüllung seiner Aufgabe als Aktuar von sachfremden, die eine Partei ungerechtfertigt begünstigenden Gesichtspunkten leiten liess. Liegt kein Ausstandsgrund vor, bestand auch keine Anzeigepflicht gemäss Art. 19 GVG. d) Nach Art. 20 GVG können die Parteien einen Ausstandsgrund innert zehn Tagen, seit sie von ihm Kenntnis erhalten haben, beim Gerichtspräsidenten geltend machen. Dabei muss - wie im allgemeinen Stellvertretungsrecht, das vorliegend ergänzend und analog heranzuziehen ist - das Wissen des Parteivertreters über einen Ausstandsgrund dem Vertretenen zugerechnet werden (PKG 1992 Nr. 13 mit Hinweisen). Nur dann, wenn Tatsachen, die einen Ausstand begründen, erst im

## **E. 12**

Laufe des Verfahrens eintreten oder bekannt werden, erwächst daraus das Recht zu nachträglichen Einreden. Bereits ergangene Gerichtsakte können deswegen aber, unter Vorbehalt der ordentlichen Rechtsmittel, nicht rückgängig gemacht werden (Art. 23 GVG). Der A. AG wurde mit Vorladung vom 7. Juli 2003 (Ordner 1, act. 7) und mit der zweiten Vorladung vom 14. Juli 2003 (Ordner 1, act. 10) mitgeteilt, dass H. als Gerichtsschreiber amten werde. Die Parteien wurden darauf hingewiesen, dass allfällige Ausstandseinreden gemäss Art. 20 GVG beim Präsidenten erhoben werden müssten. Innert der zehntägigen Frist ging keine solche Einrede ein. Sie unterblieb auch anlässlich der Verhandlung vom 29. Juli 2003 (Protokoll der Hauptverhandlung, Ordner 1, act. 14). Die Rekurrentin will denn auch erst am 19. August 2003 im Zuge der Redaktion des Rekurses bemerkt haben, dass der am Entscheid mitwirkende Aktuar der Vorinstanz Kleinaktionär der Gesellschaft ist (Rekurs, S. 7). Der Kantonsgerichtspräsident geht demgegenüber davon aus, dass die Rekurrentin Kenntnis ihres Aktienregisters hat. Bei der A. AG handelt es sich,

wie bereits erwähnt, um eine Gesellschaft, welche weitgehend von einer Familie beherrscht ist. Daneben gibt es eine relativ kleine Anzahl Kleinaktionärinnen und -aktionäre (vgl. Aktienbuch, Rekursbeilage 3), die dem Rechtsvertreter der A. AG im vorliegenden Verfahren, der auch Verwaltungsratsmitglied der Gesellschaft ist (HR-Auszug vom 19. Mai 2003, Ordner 2, Gesuchsbeilage 1), bekannt sein müssen. Seine Kenntnisse sind der A. AG zuzurechnen. Ist nach dem Gesagten aber davon auszugehen, dass die Ausstandseinrede gegen den Aktuar bereits vor Erlass des erstinstanzlichen Entscheides bekannt sein musste, verstösst es gegen Treu und Glauben, wenn der entsprechende Einwand nicht unverzüglich, sondern mittels eines nachträglichen Ausstandsbegehrens gemäss Art. 23 ZPO erst im Rechtsmittelverfahren, nach dem Unterliegen vor erster Instanz, geltend gemacht wird (Art. 4 Abs. 1 ZPO und Art. 2 Abs. 2 ZGB; vgl. PKG 1998 Nr. 15 mit Hinweisen; BGE 117 Ia 323, BGE 114 Ia 278). Selbst wenn die Ausstandseinrede gegen H. entgegen den obigen Ausführungen begründet gewesen wäre, wäre sie demnach verspätet vorgebracht worden. Der Anspruch auf Anrufung von Art. 18 GVG und Art. 30 Abs. 1 BV war bereits verwirkt. 5. Die A. AG verlangt sodann die Aufhebung der angefochtenen Verfügung mit der Begründung, die Vorinstanz habe sich mit wesentlichen Vorbringen und mit den von ihr eingereichten Beweismitteln nicht auseinandergesetzt. Sie rügt

### **E. 13**

eine Verletzung der Prüfungs- und Begründungspflicht gemäss Art. 121 Abs. 4 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 8 ZGB. a) Aus dem verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV folgt, dass die Behörde zu prüfen und zu würdigen hat, was die Parteien vorbringen. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung (vgl. Art. 158 ZPO) hat sich das Gericht mit dem Beweisergebnis auseinanderzusetzen; bezüglich der tatsächlichen Annahmen wird eine Begründungspflicht auch aus Art. 8 ZGB abgeleitet (Hans Schmid in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB I, 2. Aufl., Basel 2002, NN. 80 und 95 zu Art. 8 ZGB mit Hinweisen). Ob das Gericht seiner Begründungspflicht nachkommt, ergibt sich aus der Begründung des Entscheids. Nach Art. 121 Ziff. 4 ZPO hat das Urteil namentlich die Erwägungen mit Bezug auf die massgebenden Tatsachen, Beweise und Gesetzesbestimmungen zu enthalten. Das Gericht muss zu den vorgebrachten Argumenten und Anträgen Stellung nehmen. Es muss sich aber nicht mit jedem Argument, dem es nicht zu folgen vermag, ausdrücklich auseinanderzusetzen. Es genügt, wenn sich aus den Erwägungen ergibt, dass und warum die Darstellung einer Partei für nicht stichhaltig erachtet wird (vgl. Reinhold Hotz in: Ehrenzeller / Mastronardi / Schweizer / Vallerder, Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 2002; N. 34 zu Art. 29 mit Hinweis auf BGE 112 Ia 110; 117 Ib 64 E. 4 S. 86). Die Begründungsdichte richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles; während etwa an die Begründung dringlicher superprovisorischer Verfügungen nur rudimentäre Anforderungen gestellt werden können, müssen Entscheide, die im Rahmen des ordentlichen Verfahrens ergehen, die Beweggründe des Gerichtes und die diesen Motiven zugrunde liegenden Tatsachen transparent machen. Ausreichend ist die Begründung dann, wenn sich die Betroffenen über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sachlage an eine höhere Instanz weiterziehen können. Dies bedingt, dass wenigstens die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt (PKG 1986 Nr. 19; PZ 03 21 vom 20. Februar 2003; Hotz, a.a.O., N. 36 zu Art. 29 BV mit Hinweisen). b) In der angefochtenen Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten Maloja wird zunächst der Sachverhalt zusammengefasst, wobei insbesondere die Begründung des

Gesuchs und die Vorbringen in der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin und Rekurrentin wiedergegeben werden. Nach der Prüfung der Zuständigkeit des angerufenen Bezirksgerichtspräsidenten werden in den materiellen Erwägungen das Auskunftsrecht des Aktionärs und dessen Grenzen sowie die formellen und ma-

#### **E. 14**

teriellen Voraussetzungen für die Anordnung einer Sonderprüfung unter Hinweis auf die massgeblichen Gesetzesbestimmungen sowie auf Literatur und Rechtsprechung dargestellt. Explizit erwähnt werden dabei namentlich die Begrenzung des Auskunftsrechts auf das zur Ausübung der Aktionärsrechte Notwendige (E. 2a), S. 10), das Fehlen eines Rechtsschutzinteresses an einer Sonderprüfung zu Fragen, welche durch Auskünfte des Verwaltungsrates bereits zweifelsfrei geklärt sind (E. 2 d), S. 11) sowie das Erfordernis der Glaubhaftmachung einer Gesetzes- oder Statutenverletzung (E. 2. e), S. 13 ff.). Der Bezirksgerichtspräsident gelangte zum Schluss, dass die formellen Voraussetzungen für die Anordnung einer Sonderprüfung zugestandenermassen erfüllt seien (E.2b), S. 10). Unter Hinweis auf die von Z. eingereichten Beweismittel erwog er, dass dieser vom Verwaltungsrat zu im einzelnen im Entscheid aufgeführten Sachverhalten mehrfach um Auskunft ersucht hatte, dass die entsprechenden Auskünfte aber nicht, nicht ausreichend oder nicht vorbehaltlos erteilt worden seien (E. 2d) S. 11 ff). Unter Berücksichtigung der Antworten des Verwaltungsrates anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung der A. AG vom 20. Februar 2003 auf die Vorwürfe des Z. hielt der Bezirksgerichtspräsident dafür, dass eine Gesetzes- oder Statutenverletzung nicht auszuschliessen sei, weshalb er das Gesuch um Anordnung einer Sonderprüfung guthiess (E. 2e) S. 13 - 16). Einzelne Gegenstände, welche er dem Bereich der Angemessenheit von Geschäftsentscheiden zuordnete, nahm er von der Untersuchung aus (E. 2 e bb), S. 14). Zwar trifft es zu, dass sich die Vorinstanz zu gewissen Vorbringen der A. AG nicht explizit geäussert hat und dass die umfangreichen Urkunden der Rekurrentin keine ausdrückliche Erwähnung gefunden haben. Zu Recht weist der Bezirksgerichtspräsident in seiner Stellungnahme aber darauf hin, dass der Entscheid über eine Sonderprüfung im summarischen Verfahren zu treffen ist (Art. 3 VVzOR) . Ein Gesuch kann ohne besonderes Sühneverfahren mündlich angebracht werden. Das Beweisverfahren ist vereinfacht, die zulässigen Beweismittel sind beschränkt und es gelten verkürzte Fristen (Art. 138 ZPO). Werden im Rahmen eines solchen summarischen Verfahrens eine rund sechzig Seiten umfassende Stellungnahme (Ordner I, act. 6) und eben so viele Urkunden (Ordner 3, Beilagen der Gesuchsgegnerin) eingereicht, kann nicht erwartet werden, dass sich der Bezirksgerichtspräsident in seinen Erwägungen mit allen Argumenten, welchen er nicht folgen kann, im Detail auseinandersetzt. Die Begründung ist vielmehr bereits dann ausreichend, wenn daraus hervorgeht, dass und warum die Darstellung einer Partei für nicht stichhaltig erachtet wird. Gelangt der Bezirksgerichtspräsident etwa zum Schluss, dass die ausreichend individualisierten Fragen des Gesuchstellers nicht ohne Weiteres zweifelsfrei beantwortet worden seien, nachdem die Gesuchsgegnerin zum einen keine Auskünfte über den Aufgabenbereich und die Leistungen der

#### **E. 15**

Hauptaktionäre habe geben wollen und zum anderen Auskünfte über die Verträge bezüglich E resp. D. verweigert habe (E. 2d ee), S. 13), ergibt sich daraus, dass er die Anstrengungen der A. AG zur Befriedigung der Informationsbedürfnisse für nicht ausreichend erachtet hat. Fehlen Ausführungen zur schonenden Rechtsausübung, zu den "vom Gesuchsteller

angewandten Verwirrungstaktiken" und zur behaupteten Rechtsmissbräuchlichkeit des Gesuchs (Rekurs S. 9), ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz die entsprechenden Ausführungen als nicht stichhaltig erachtet hat. Die wesentlichen Überlegungen, von denen sich der Bezirksgerichtspräsident leiten liess und auf welchen er seinen Entscheid stützte, sind in der angefochtenen Verfügung enthalten. Dies zeigt sich auch daraus, dass die A. AG ohne weiteres in der Lage war, die Tragweite des Entscheides zu beurteilen und ihn mittels eines ausführlichst begründeten Rekurses weiterzuziehen. Die Rüge der Verletzung der Prüfungs- und Begründungspflicht gemäss Art. 121 Abs. 4 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 8 ZGB wird demnach nicht gehört. 6. a) Gemäss Art. 697a OR kann jeder Aktionär 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 gemäss Art. 697 OR bereits ausgeübt hat. Das Institut der Sonderprüfung hat den Zweck, die Informationsrechte der Aktionärinnen und Aktionäre, namentlich deren Minderheit, und damit die Offenlegung gesellschaftsrechtlich bedeutsamer Vorgänge zu verbessern (BGE 120 II 396 mit Hinweis auf die Botschaft des Bundesrates, BBl 1983 II 834 ff. und zahlreiche Literaturstellen, vgl. Weber, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR II; 2. Aufl. Basel 2002, N. 1 zu Art. 697a OR, Andreas Casutt, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1991, S. 6 ff., S. 20 ff). Der Sonderprüfungsbericht dient den Aktionärinnen und Aktionäre als Grundlage, um ihre Rechte optimaler auszunützen und Entscheide über die Rechtsausübung zu fällen. Die Gesellschaft ihrerseits hat ein Interesse an der Geheimhaltung ihrer Interna. Dieses Interesse gilt auch gegenüber den eigenen Gesellschaftern, zumal Aktionärinnen und Aktionäre keiner Treue- und keiner Verschwiegenheitspflicht unterliegen (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 35, N. 3). Die Sonderprüfung hat deshalb die Funktion eines Filters zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft und hat die Aufgabe, die berechtigten Geheimhaltungsinteressen mit den Informationsinteressen in Einklang zu bringen; der Sonderprüfer kann deshalb auch als "Treuhänder" oder Vertrauensmann bezeichnet werden (Weber, a.a.O. N. 12 zu Art. 697a OR mit Hinweis auf Forstmoser, SJZ 1992, I, S. 140, ders., ZSR 1992, I, S. 12f.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 35,

## **E. 16**

N. 6). Ihm gegenüber soll die Gesellschaft keinerlei Geheimhaltungsinteressen geltend machen dürfen. Er seinerseits hat den Aktionären zwar umfassend, jedoch unter Rücksichtnahme auf die Geschäftsgeheimnisse und andere Interessen der Gesellschaft Bericht zu erstatten (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O.). b) Gegenstand der Sonderprüfung bilden bestimmte Sachverhalte. Dies bedeutet einerseits, dass es um die Abklärung von Sachverhalten, nicht um eine Stellungnahme zu Rechtsfragen, zu Ermessensentscheiden oder um eine Zweckmässigkeitsprüfung geht. Andererseits dient die Sonderprüfung der Klärung bestimmter Sachverhalte. Sie soll auf einzelne konkrete Fragen wie etwa bestimmte Geschäftsvorfälle oder die Beziehungen zu einer Geschäftspartnerin oder einem Aktionär konzentriert sein. Für "fishing expeditions", die unspezifizierte Prüfung eines grösseren Geschäftsbereichs in der Hoffnung, Mängel zu entdecken, kann sie nicht eingesetzt werden. (Weber, a.a.O., N.N. 16 ff., NN. 23 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35, N. 25-27). c) Lehnt die Generalversammlung einen Antrag auf Einleitung einer Sonderprüfung ab, so kann eine Aktionärsminderheit die Einsetzung eines Sonderprüfers durch das Gericht beantragen (Art. 697b OR). Formell wird

vorausgesetzt, dass der Antrag von Aktionären, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von mindestens zwei Millionen Franken vertreten, unterstützt wird und das Begehren innert der Verwirkungsfrist von drei Monaten geltend gemacht wird (Art. 697b Abs. 1 OR). Materiell wird allgemein vorausgesetzt, dass die Sonderprüfung für die Ausübung von Aktionärsrechten erforderlich ist (Art. 697a Abs. 1 OR). In Frage kommen Sachverhalte, die für die Beurteilung der Lage der Gesellschaft von Bedeutung sind; es muss ein erkennbarer Zusammenhang zwischen dem Sonderprüfungsbegehren und der Ausübung der Aktionärsrechte vorliegen. Diese Voraussetzung ist nicht gegeben bei rechtsmissbräuchlichen Fragen, bei Anfragen zu den persönlichen Verhältnissen von Organpersonen oder bei bereits bekannten Sachverhalten (Weber, a.a.O., N. 25 zu Art. 697a OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35; N. 28). Der Antragsteller muss ein aktuelles Rechtsschutzinteresse haben. Die Durchführung der Sonderprüfung muss ihm die Ausübung von Rechten oder die Beurteilung von Chancen ermöglichen, wozu er sonst nicht in der Lage wäre (BGE 123 II 267 mit Hinweis auf Casutt, a.a.O., S. 38, Rz. 8). Weitere materielle Voraussetzung neben der Erforderlichkeit ist die Subsidiarität (Art. 697a Abs. 1 OR, letzter Satzteil). Die Einsetzung einer Sonderprüfung kann erst beantragt werden, wenn ein Begehren um Auskunft oder Einsicht gestellt und nicht oder unbefriedigend beantwortet worden ist (BGE 123 II 264; vgl. Weber, a.a.O., N. 27 zu

#### **E. 17**

Art. 697a OR). Soll die Sonderprüfung nach einer ablehnenden Entscheidung der Generalversammlung aufgrund des Begehrens einer Aktionärsminderheit bestellt werden, verlangt Art. 697b Abs. 2 OR zusätzlich, dass glaubhaft gemacht wird, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben. d) Der Richter oder die Richterin entscheidet nach Anhörung der Gesellschaft und der Antragstellenden (Art. 697c Abs. 1 OR). Der Entscheid ergeht im summarischen Verfahren (Art. 3 VVzOR). Zu prüfen sind die formellen und die materiellen Voraussetzungen. Der Gesuchsteller muss die materiellen Voraussetzungen ausreichend glaubhaft machen (Art. 697b Abs. 2 OR). Glaubhaftmachung bedeutet, dass aufgrund konkreter Anhaltspunkte und in vorläufiger Würdigung der Tatsachen in sachlicher und rechtlicher Hinsicht eine gewisse Wahrscheinlichkeit für deren Vorliegen gegeben sein muss, selbst wenn deren Verwirklichung nicht mit Sicherheit vorausgesagt werden kann (Plausibilität; vgl. Weber, a.a.O., N. 3 zu Art. 697c OR mit Hinweisen). Zu beachten ist dabei, dass die Sonderprüfung der Verbesserung der Information der gesuchstellenden (Minderheits)aktionäre zu dienen bestimmt ist und das Gericht deshalb von ihnen nicht diejenige Nachweise verlangen darf, welche erst die Sonderprüfung erbringen soll (vgl. Casutt, a.a.O., S. 94; BGE 120 II 398). Auch in der Lehre hat sich mehrheitlich die Meinung durchgesetzt, dass ein allzu strenger Massstab bei der Beurteilung des Glaubhaftmachens nicht angewendet werden dürfe (vgl. Weber, a.a.O., N. 3 zu Art. 397c OR mit Hinweisen, Casutt, a.a.O., S. 99, S. 102). Für den Entscheid ist das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft nicht relevant; darüber ist erst im Rahmen der Bereinigung des Sonderprüfungsberichts zu befinden (Weber, a.a.O., N. 3 zu Art. 697c OR, vgl. Art. 697e OR). Entspricht der Richter dem Gesuch, so beauftragt er einen unabhängigen Sachverständigen mit der Durchführung der Prüfung. Er umschreibt im Rahmen des Gesuchs den Prüfungsgegenstand. 7. Wie bereits die Vorinstanz festgestellt hat, sind vorliegend die formellen Voraussetzungen für die Einsetzung einer Sonderprüfung gemäss Art. 697b Abs. 1 OR erfüllt. Z. ist Eigentümer von 1328 von insgesamt 4000 Aktien

der A. AG zu einem Nominalwert von je Fr. 500.-- und vertritt daher allein mehr als 10 % des Aktienkapitals. Sein Antrag auf Einsetzung einer Sonderprüfung wurde an der Generalversammlung vom 20. Februar 2003 abgelehnt (Ordner 2, Gesuchsbeilage 5, S. 23). Am 20. Mai 2003 wurde das Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers beim Bezirksgerichtspräsidenten Maloja anhängig gemacht. Die Dreimonatsfrist gemäss Art. 697b Abs. 1 OR wurde somit ebenfalls eingehalten. Dass die formellen

#### **E. 18**

Voraussetzungen erfüllt sind, bestreitet auch die Rekurrentin nicht. Anders als die Vorinstanz hält sie aber dafür, dass die materiellen Erfordernisse nicht gegeben sind. 8. a) In materieller Hinsicht macht die Rekurrentin eine Verletzung von Art. 697 OR, Art. 697a OR, Art. 2 ZGB und Art. 8 ZGB geltend. Die Vorinstanz habe verkannt, dass Z. mit seinen diversen Auskunfts- und Einsichtsbegehren, bei denen er verschiedene Versionen von Fragelisten mit jeweils über hundert Fragen verwendet habe, die Grenzen des Informationsrechts des Aktionärs überschritten habe. Sie habe zu Unrecht nicht geprüft, ob Z. das Gebot der schonenden Rechtsausübung missachtet und gegen das Verbot des Rechtsmissbrauchs verstossen habe. Zur Begründung wird zusammengefasst ausgeführt, dass der massgebende Sachverhalt nicht erst mit den Auskunftsbegehren vom 11. und 27. Dezember 2002 beginne. Im Hinblick auf das Ausmass des Auskunfts- und Informationsrechts eines Aktionärs und daher auch auf die subsidiär greifende Sonderprüfung sei vielmehr auch die Vorgeschichte, welche mit der Unterbreitung eines ersten Fragekatalogs durch den Gesuchsteller am 5. März 2001 beginne, zu berücksichtigen. Die Gesellschaft habe Z. bereits auf den ersten Fragenkatalog hin Unterlagen zugestellt und es hätten Gespräche zwischen den Anwälten stattgefunden, an denen sämtliche Fragen hätten besprochen werden können. Ein weiterer Fragekatalog mit einem Begehren um Einberufung einer a.o. Generalversammlung vom 29. Juni 2001 sei an einer ganztägigen Sitzung in G. Punkt für Punkt beantwortet worden. Im Nachgang zu einer Besprechung vom 26. Juli 2001 seien Z. zusätzlich gewünschte Unterlagen zugestellt worden. Zudem sei ihm angeboten worden, den Informationsfluss durch den Abschluss einer Informationsvereinbarung zu institutionalisieren. Anstatt diese Vereinbarung zu unterzeichnen, habe der Minderheitsaktionär am 11. März 2002 ein weiteres schriftliches Auskunftsbegehren gestellt, welches am 18. März 2002 in einem mehrseitigen, detaillierten Schreiben beantwortet worden sei. Anlässlich der ordentlichen Generalversammlung vom 22. März 2002 habe Z. keine Fragen an den Verwaltungsrat gestellt. Erst später habe sein Rechtsvertreter, der an der Versammlung nicht teilgenommen habe, moniert, die Versammlung habe im Eilzugstempo stattgefunden und die Ausführungen des Vorsitzenden seien nicht hörbar gewesen. Im Nachgang zu dieser Generalversammlung seien Z. erneut schriftliche Informationen zur Verfügung gestellt worden und man habe ihm überdies angeboten, sich mit einem der Verwaltungsräte direkt in Verbindung zu treten. Falls die Antworten aus seiner Sicht ungenügend gewesen wären, hätte Z. mit Vertiefungs- und Ergänzungsfragen auf Lücken hinweisen können. Stattdessen habe er überrissene persönliche Forderungen zu Lasten der Gesellschaft gestellt und sich für einen Kauf

#### **E. 19**

der Aktien der Mehrheitsaktionäre interessiert. Am 11. Dezember 2002 habe Z. erneut einen Fragekatalog unterbreitet. Ohne die von ihm gesetzte Frist zur Beantwortung abzuwarten, habe er den Antrag auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung gestellt und eine Zivilklage gegen die Gesellschaft und ihre

Hauptaktionäre mit einem Streitwert von über Fr. 3 Mio gestellt. Dies zeige, dass die Informationsbegehren sachfremd als Druckmittel eingesetzt würden, ohne dass ein wirkliches Interesse an der Informationserteilung bestehe. Noch am 24. Januar 2003 habe Z. den Rückzug seiner Informationsbegehren einschliesslich seines Antrages auf Sonderprüfung sowie den Rückzug der Klage angeboten für den Fall, dass ihm die Hauptaktionäre B. und C. ihre Aktionärsmehrheit verkaufen würden. Z. habe darauf bestanden, dass jemand von der Revisionsstelle anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom 30. Februar 2003 anwesend sei. Bezeichnenderweise habe er dieser Person aber keine einzige Frage gestellt. Er habe auf der Durchführung der Verhandlung in der Hochsaison, im Februar beharrt, obwohl im März ohnehin die ordentliche Generalversammlung geplant gewesen sei. An der ausserordentlichen Generalversammlung vom 20. Februar 2003 seien die Fragen folgend dem Aufbau des Fragekatalogs vom 27. Dezember 2002 Punkt für Punkt beantwortet worden. Während der Versammlung habe weder Z. noch einer seiner Berater interveniert, erst nachher seien Einwände gegen das Tempo der Fragebeantwortung erhoben worden. Die Korrespondenz zur Vertraulichkeitserklärung lege schliesslich nahe, dass die Gegenseite deren Abschluss bewusst habe scheitern lassen, weil sie aus taktischen Gründen bei ihrer Behauptung, die Gesellschaft habe Informationen verweigert, habe bleiben wollen und in Wahrheit an den verlangten Informationen gar nicht interessiert gewesen sei. Die Rekurrentin macht damit zusammengefasst geltend, dass der Rekursgegner mit einer unzulässig breiten Fragestellung einen sogenannten "Fischzug" unternimmt. Sie wirft ihm vor, er wolle mit dem Gesuch auf Anordnung einer Sonderprüfung, welches sich auf einen möglichst breit gehaltenen Fragekatalog mit über hundert Einzel- und Unterfragen und auf diverse Vermutungen stütze, eine umfassende Untersuchung der Geschäftsführung erreichen (Rekurs S. 22; S 48). Die Erforderlichkeit der Sonderprüfung bestreitet die A. AG einerseits mit dem Argument, der Verwaltungsrat habe den Auskunftsbegehren von Z., soweit sie die ihm zustehenden Rechte nicht überschritten hätten, mehr als entsprochen (Rekurs S. 13 ff.) . Andererseits beruft sie sich auf Rechtsmissbrauch (Rekurs S. 46 ff.). Diese ergibt sich nach der Auffassung der Rekurrentin einerseits aus der Vorgehensweise. Das Gesuch sei aber auch missbräuchlich, weil Z. damit sachfremde Ziele, nament-

## **E. 20**

lich die Durchsetzung diverser geldwerter Forderung und den Erwerb der Aktienmehrheit erreichen wolle. b) Der Rekursgegner hält entgegen, dass ihm als Sohn des erfolgreichen Hoteliers Z.Z. sel. das Vermächtnis seines Vaters sehr am Herzen liege. Er besitze rund ein Drittel der Aktien, was einen erheblichen finanziellen Wert darstelle. Das Herunterwirtschaften des F. Hotels durch den Verwaltungsrat, insbesondere durch die Hauptaktionäre und die Berater sowie die mangelnde Aufsicht über das mittlerweile bereits wieder gekündigte Management der I., habe konkrete negative Auswirkungen auf die Werthaltigkeit seiner Beteiligung. Es sei daher naheliegend, dass er an den Geschehnissen bei der Rekurrentin interessiert sei, zumal eine Insolvenz befürchtet werden müsse. Seit drei Jahren versuche der Rekursgegner, seine Informations- und Auskunftsrechte durchzusetzen. Der Verwaltungsrat gebe jedoch immer nur gerade so viel preis, wie er für nötig erachte. Die ordentliche Generalversammlung werde jeweils kurz vor dem Mittagessen derart angesetzt, dass kein Raum mehr sei für Fragen. Die ausserordentliche Generalversammlung vom 20. Februar 2003 sei eine gut vorbereitete Inszenierung gewesen. Obwohl das Protokoll im Wesentlichen bereits erstellt gewesen sei, sei es erst anlässlich der ordentlichen Generalversammlung einen Monat später aufgelegt

worden. Damit sei dem Re- kursgegner verwehrt gewesen, zusätzliche Fragen zur ausserordentlichen Ver- sammlung an der ordentlichen Versammlung vom 21. März 2003 zu stellen. Die Vertraulichkeitserklärung sei deshalb nicht unterzeichnet worden, weil er sich selbst zur Zahlung einer Konventionalstrafe von Fr. 100'000.-- hätte verpflichten sollen, die Rekurrentin ihrerseits habe aber für die Richtigkeit, Genauigkeit und/oder Vollstän- digkeit ihrer Angaben keine Gewähr leisten wollen. Dies lasse vermuten, dass die bisherigen Antworten nicht alle der Wahrheit entsprochen hätten. Zu verschiedenen Punkten seien widersprüchliche Informationen geliefert worden. Der Rekursgegner stellt sich damit sinngemäss auf den Standpunkt, er habe wiederholt erfolglos versucht, seine ihm als Aktionär zustehenden Rechte auf Infor- mation durchzusetzen. Die Vorgehensweise des Verwaltungsrates (vgl. S. 7 ff. der Rekursantwort) und die schliesslich erhaltenen teils widersprüchlichen, teils unvoll- ständigen Informationen (Rekursantwort S. 11ff.) würden zeigen, dass ohne Son- derprüfung vieles ungeklärt bleiben würde. Den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs bestreitet Z. und wirft der Rekurrentin ihrerseits rechtsmissbräuchliches Verhalten vor (Rekursantwort S. 23 ff.). Insbesondere soll es nach seiner Darstellung der Rechtsvertreter der Rekurrentin, Dr. T. gewesen sein, welcher Z. aufgefordert habe, ein Kaufangebot für die Aktien der Mehrheitsaktionäre zu unterbreiten (S. 23f.).

## **E. 21**

9.a) Prüfungsgegenstand des Sonderprüfungsbegehrens können nur be- stimmte Tatsachen, nicht aber Rechtsfragen oder Ermessensentscheide der Or- gane sein. Der Sonderprüfungsbericht soll den Aktionärinnen und Aktionären die korrekte Beurteilung einzelner, konkreter, gesellschaftsinterner Vorgänge ermögli- chen. Abgeklärt werden können dabei grundsätzlich Gegenstände aus allen Berei- chen der Gesellschaft. Die mit der Sonderprüfung beauftragte Person kann aber keine umfassende Prüfung der vornehmen. Die Fragestellung muss individualisiert sein. Zu untersuchen ist beispielsweise nicht die ganze Jahresrechnung, sondern nur der anvisierte "kritische Teil" (vgl. oben E. 6b); Weber, a.a.O., N. 16 ff.; NN. 23 ff. zu 697a OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35, N. 25-27).

b) Z. hat seit März 2001 wiederholt umfangreiche Auskunfts- und Einsichts- begehren an die Gesellschaft gestellt (vgl. Ordner 2; Gesuchsbeilage 10, vgl. Ord- ner 3, Beilagen 39 und 41 zur Stellungnahme). Das vorliegend einzig zu prüfende Gesuch auf Anordnung einer Sonderprüfung vom 20. Mai 2003 (Ordner 1, Beilage 1) enthält demgegenüber nur noch Fragen zu drei Themenkomplexen, nämlich zur vom Rekursgegner vermuteten verdeckten Gewinnausschüttung an die Hauptakti- onäre B. und C., zum Bauprojekt E. und zum Verkauf von Grundstücken an die Baugesellschaft D.. Die im Gesuch enthaltenen insgesamt 23 Fragen sind individu- alisiert. So wird im Zusammenhang mit der vermuteten verdeckten Gewinnaus- schüttung beispielsweise konkret nach der Gliederung der beiden Aufwandposten "Verwaltungsrat" und "Übriger Verwaltungsaufwand und VR " gemäss dem Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung vom 20. Februar 2003 gefragt und es werden dazu gezielt einzelne Informationen, etwa nach den in diesen Aufwandpos- ten enthaltenen weiteren Kosten von und Leistungen an die Hauptaktionäre oder nach von B. und C. aufgrund von Arbeits- und/oder Beraterverträgen erbrachten Leistungen, verlangt. Durch den Sonderprüfer näher untersucht werden sollen so- dann zwei bestimmte Geschäfte der A. AG, nämlich der Verkauf von zwei Liegen- schaften an eine Baugesellschaft und das Bauprojekt E. Auch zu diesen Themen hat Z. im Rahmen der Sonderprüfung detaillierte Fragen stellen lassen. Von einem Fischzug, einer unzulässig breiten Fragestellung, kann im Zusammenhang mit dem Sonderprüfungsgesuch also nicht gesprochen werden. Auch die Rekurrentin macht zu Recht nicht geltend, dass im

Fragekatalog eine im Rahmen der Sonderprüfung unzulässige rechtliche Beurteilung verlangt werde.

### **E. 22**

Die Vorinstanz hat die gestellten Fragen einer Prüfung unterzogen und dabei diejenige nach der Gleichbehandlung von Mietern der Überbauung E. und diejenige nach den Gründen für die Veräusserung der Liegenschaften an die Baugesellschaft D. nicht zugelassen, weil sie diese Fragen dem im Sonderprüfungsverfahren nicht überprüfbaren Bereich der Angemessenheit bzw. Zweckmässigkeit zuordnete (Verfügung vom 31. Juli 2003; E.2e, bb), S. 14). Hiergegen hat sich Z. nicht zur Wehr gesetzt. Die verbleibenden Fragen zielen einzig auf die Feststellung bestimmter Sachverhalte ab und können damit Gegenstand einer Sonderprüfung sein. Die A. AG präziserte im Rekurs (Rz. 68, S. 39) die im Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung vom 20. Februar 2003 (Ordner 2, Gesuchsbeilage 5, S. 12 Ziff. 21) enthaltene Antwort, wonach ein Grundstück am See an eine unbeteiligte Drittperson (Baugesellschaft D.) zu einem Preis von brutto CHF 4,8 Mio. (davon ca. CHF 175'000.-- Kosten/Kommissionen) verkauft worden sei. Die Kommission betrage nicht Fr. 175'000.--, sondern entspreche 3 % des Verkaufspreises und damit marktüblichen Ansätzen. Mit den Rekursbeilagen 9 bis 13 wurden die Belege über die einzelnen Zahlungen ins Recht eingereicht, insbesondere wurde belegt, dass eine Kommission von Fr. 154'944.-- an die K. Immobilien in L. bezahlt wurde. Die vom Bezirksgerichtspräsidenten zugelassene Frage, an wen und wofür beim Verkauf von Grundstücken an die Baugesellschaft D. eine Kommission von Fr. 175'000.-- bezahlt wurde, ist damit beantwortet. Entsprechend hat der Rekursgegner diese Frage in ihrer Rekursantwort aus seinem Rechtsbegehren zurückgezogen (S. 5, Rz. 8). Von diesem Rückzug nimmt der Kantonsgerichtspräsident Vormerk. Über die Kostenfolge wird nachstehend (E. 15) entschieden. Es verbleiben damit die Fragen zur behaupteten verdeckten Gewinnausschüttung an die beiden Hauptaktionäre B. und C. und die Frage nach der Finanzierung und den Honoraren beim Bauprojekt E. 10. a) Sowohl für die Ausübung des Auskunftsrechts- und Einsichtsrecht als auch für die Einsetzung einer Sonderprüfung wird vorausgesetzt, dass dies für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist (Art. 697 Abs. 2 OR, Art. 697a OR, vgl. oben E.5c)). Unter diesem Gesichtspunkt wird in der Literatur ein Zusammenhang zwischen den verlangten Abklärungen und der Ausübung von Aktionärsrechten verstanden. Die Sonderprüfung kann Vorbereitung für eine Verantwortlichkeitsklage sein. Die zusätzlich verlangten Informationen können aber auch als Basis für die sachgerechte Ausübung des Stimm- und Wahlrechts (Meinungsbildung hinsichtlich der Abnahme der Jahresrechnung und der Gewinnverteilung, Décharge-Erteilung, Abwahl von VR oder Revisionsstelle) oder anderer Aktionärsrechte, etwa der

### **E. 23**

Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR, dienen (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 35 NN. 28 und 9; Weber, a.a.O., N. 26 zu Art. 697a OR). Im Hinblick auf das Veräusserungsrecht müssen sich die Aktionärinnen und Aktionäre überdies ein Bild über den wirklichen Wert ihrer Aktien machen können (analog für das Auskunftsrecht vgl. Weber, a.a.O., N. 7 zu Art. 697 OR, Urteil des Bundesgerichts vom 4. Juni 2003 (4C.234/2002, E. 4.2.1 mit weiteren Hinweisen)). Der verlangte Zusammenhang zwischen der Klärung von Geschäftsvorfällen und der Ausübung von Aktionärsrechten wird regelmässig zu vermuten sein (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 35, N. 28; vgl.

Peter V. Kunz, Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, AJP 2001, S. 883 ff, 888ff, wonach bezüglich des Auskunfts- und Einsichtsrechts die Anforderungen an den Nachweis der Erforderlichkeit im Zweifel nicht zu überspannen seien). Das Bundesgericht verlangt, dass die Durchführung der Sonderprüfung dem Antragsteller die Ausübung von Rechten oder die Beurteilung von Chancen ermöglichen muss, wozu er sonst nicht in der Lage wäre. Es setzt das Kriterium der Erforderlichkeit gemäss Art. 697a OR mit dem Vorhandensein eines aktuellen Rechtsschutzinteresses der antragstellenden Person gleich (BGE 123 III 266; vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 35 N. 29; Weber, a.a.O., N. 25 zu Art. 697a OR). Daran fehlt es gemäss Bundesgericht namentlich, wenn die Sachverhalte, die abgeklärt werden sollen, aufgrund der Auskunftserteilung des Verwaltungsrats bereits offen zu Tage liegen. Zwar ist es grundsätzlich Sache der betroffenen Aktionäre, zu entscheiden, ob sie sich mit den vom Verwaltungsrat gelieferten Informationen zufrieden geben wollen. Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Sonderprüfungsbegehrens ist es jedoch, dass die Aktionärinnen und Aktionäre bei vernünftiger Betrachtungsweise Anlass haben könnten, an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Antworten des Verwaltungsrates auf ihre Auskunftsbegehrens zu zweifeln. An einer Sonderprüfung zu Fragen, die durch die Auskünfte des Verwaltungsrates zweifelsfrei geklärt sind, besteht kein hinreichendes Rechtsschutzinteresse. Es wäre sinnlos, eine Sonderprüfung durchzuführen, die den Aktionären keine neuen Perspektiven eröffnen kann (BGE 123 II 266 mit Hinweisen; vgl. Casutt, a.a.O., S. 41 Rz.12; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., §35 N. 29f.). b) Die Fragen im Gesuch um Anordnung einer Sonderprüfung zielen, wie sich gezeigt hat, im Wesentlichen darauf ab, zu prüfen, ob die Gesellschaft verdeckte Gewinnausschüttungen an die beiden Hauptaktionäre B. und C. oder ihnen nahestehende Personen gewährt hat. Sollten sich dieser Verdacht des Rekursgegners aufgrund des Berichtes der Sonderprüferin oder des Sonderprüfers erhärten, könnte dies nicht nur Auswirkungen auf sein Stimm- und Wahlrecht haben - B. und

#### **E. 24**

C. sind nach wie vor Mitglieder des Verwaltungsrats der A. AG (Protokoll der ordentlichen Generalversammlung vom 21. März 2003, Ordner 2, Gesuchsbeilage 8, S. 15). Die Informationen könnten allenfalls auch als Basis für eine Klage auf Rück- erstattung nach Art. 678 OR oder für eine Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 ff. OR dienen. Damit besteht selbst für einen Durchschnittsaktionär ein Zusammen- hang zwischen dem verlangten Gegenstand der Sonderprüfung und der Ausübung seiner Rechte. Um so mehr muss dies für Z. gelten, welcher rund einen Drittel der Aktien der Rekurrentin hält. Sollte die Sonderprüfung Fakten liefern, welche eine verdeckte Gewinnausschüttung belegen würden, könnte dies Auswirkungen auf den Wert seiner Beteiligung haben. Wirtschaftlich betrachtet werden im Falle einer verdeckten Gewinnausschüttung nämlich Mittel der Gesellschaft an die begünstig- ten Aktionäre transferiert (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 40, N. 90). Dies könnte insbesondere im Zusammenhang mit dem Verkauf der Aktien von Bedeutung sein. Damit ist nach der Auffassung des Kantonsgerichtspräsidenten ein Zusammenhang zwischen der Klärung der gestellten Fragen und der Ausübung von Aktionärsrech- ten ausreichend dargetan. Zu prüfen bleibt im Zusammenhang mit der Vorausset- zung der Erforderlichkeit der Sonderprüfung, ob der Rekursgegner ein aktuelles Rechtsschutzinteresse glaubhaft machen kann und wie es sich mit dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs verhält. c) Die A. AG stellt sich auf den Standpunkt, sie habe die Auskunfts- und Ein- sichtsbegehren von Z., soweit sie berechtigt gewesen seien, mehr als

beantwortet. Der gegenteilige Entscheid der Vorinstanz sei darauf zurückzuführen, dass diese die Grenzen des Auskunftsrechts der Aktionärinnen und Aktionäre verkannt habe. aa) Soweit sich die Rekurrentin auf die Grenzen des Auskunfts- und Einsichtsrechts der Aktionärinnen und Aktionäre gemäss Art. 697 OR beruft, ist dazu einerseits zu sagen, dass dieses Recht nicht auf Aufschlüsse allgemeiner Natur beschränkt werden kann. Das Auskunftsrecht kann sich auf alle Bereiche der Gesellschaft und der Geschäftsführung, das heisst auf alle Tatsachen, die einen finanziellen Einfluss auf die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Gesellschaft ausüben vermögen, beziehen. In der Literatur zum Umfang des Informationsrechts wurde zwar die Auffassung vertreten, dass es nur um Aufschlüsse allgemeiner Natur, nicht um Vermittlung von Einzelheiten aus der Geschäftsführung gehen könne (Weber, a.a.O., N. 6 zu Art. 697 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 40, N. 174 mit Hinweis). Das Bundesgericht hat in einem neuen Urteil vom 4. Juni 2003 (4C.234/2002, E. 4.1) demgegenüber entschieden, dass sich eine solche Einschränkung aus dem Gesetz nicht entnehmen lasse. Auch ein einzelnes Geschäft

## **E. 25**

könne Gegenstand des Auskunftsanspruchs bilden, denn auch einem einzelnen Geschäft komme unter Umständen eine solche Tragweite zu, dass der Aktionär ein berechtigtes Informationsinteresse habe. Andererseits verkennt die A. AG, dass die diversen Auskunfts- und Einsichtsbegehren des Rekursgegners nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind. Insbesondere braucht nicht im Einzelnen geprüft zu werden, welche der Fragen, die Z. seit dem ersten Auskunftsbegehren im Jahre 2001 an die Gesellschaft gestellt hat, vom Anspruch auf Auskunft und Einsicht gemäss Art. 697 OR gedeckt waren und wo sich die Gesellschaft auf konkret berechnete und sachlich begründete Geheimhaltungsinteressen berufen konnte (vgl. dazu Weber, a.a.O., NN. 8 ff. zu Art. 697 OR; BGE vom 4. Juni 2003 (4C.234/2002, E. 4.3.)). Die Sonderprüfung hat die Aufgabe, die Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft mit den Informationsinteressen in Einklang zu bringen (vgl. oben E. 6 a). Die mit der Sonderprüfung betraute Person ist auch gegenüber den Aktionärinnen und Aktionären zur Verschwiegenheit verpflichtet (Art. 697d Abs. 4 OR; Weber, a.a.O., N. 15 zu Art. 697d OR). Erst im Bereinigungsverfahren hat der Richter oder die Richterin die Interessen abzuwägen und zu entscheiden, ob der Sonderprüfungsbericht das Geschäftsgeheimnis oder andere schutzwürdige Interessen verletze. Beim vorliegend zu treffenden Entscheid über die Anordnung einer Sonderprüfung ist das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft also nicht relevant (Weber, a.a.O., NN. 6 ff. zu Art. 697e OR; N. 3 zu Art. 697c OR). Das Auskunfts- und Einsichtsrecht des Aktionärs beziehungsweise die Ausübung durch den Rekursgegner ist im Zusammenhang mit dem Gesuch um Anordnung einer Sonderprüfung nur insofern von Bedeutung, als zu prüfen ist, ob der Sachverhalt, der damit geklärt werden soll, noch im Dunkeln liegt. Hat der Verwaltungsrat, wie geltend gemacht wird, vollumfänglich Auskunft erteilt, bleibt kein Raum für eine Sonderprüfung. bb) Z. beehrte am 5. März 2001 Auskunft (Ordner 3; Beilage 2 der Gesuchsgegnerin) zum Betriebsergebnis der Jahre 1999 und 2000 und über den Bezug geldwerter Leistungen durch Aktionäre, namentlich durch B. und C. (Fragen 14-17). Bezüglich der Fragen zum Betriebsergebnis verwies ihn die A. AG auf das Recht auf Einsicht in den Geschäftsbericht und auf das Recht, anlässlich der Generalversammlung Fragen zu stellen und sicherte ihm zu, die Bilanz und die Erfolgsrechnung zu übermitteln. In der Antwort vom 22. März 2001 (Ordner 3, Beilage 3 der Gesuchsgegnerin) blieben die Fragen damit unbeantwortet. Bezüglich der übrigen Fragen berief sich die A.

AG auf das Geschäftsgeheimnis, auf die Grenzen des Auskunftsrechts der Aktionäre und wies darauf hin, dass eine schikanöse Geltendmachung von Aktionärsrechten zwecks Verfolgung sachfremder Ziele als missbräuchlich anzusehen sei. Es folgte mindestens eine Besprechung zwischen den

#### **E. 26**

Parteienanwälten. Worüber verhandelt wurde, ist aus den Akten nicht genau ersichtlich ist. Immerhin ergibt sich aus dem Schreiben vom 22. März 2001 (Ordner 3, Beilage 3 der Gesuchsgegnerin am Ende), dass der Rechtsvertreter der A. AG vorgängig klargestellt hatte, dass er die im Auskunftsbegehren vom 5. März 2001 aufgeworfenen Fragen als erledigt betrachte und dass die Besprechung dem Kern der Sache zu gelten habe, nämlich "der Ausübung der angeblichen Rechte von Z. und seiner Familie auf den Gebrauch der Hotelräumlichkeiten und der Infrastruktur". Entsprechend wurde offenbar ein Vorschlag für eine Wohnung für Z. diskutiert (Ordner 3, Beilage 4). Angesichts der aktenkundigen Weigerung der Gesellschaft, näher auf die Auskunftsbegehren einzugehen, kann Z. entgegen der Auffassung der Rekurrentin nicht vorgeworfen werden, er habe die Gelegenheit nicht zur Klärung von Fragen genutzt. Am 29. Juni 2001 sandte Z. der Gesellschaft ein Begehren um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung mit einem modifizierten Auskunfts- und Einsichtsbegehren (Ordner 3, Beilage 6). Enthalten waren Fragen von finanziellem Belang, namentlich zum Geschäftsgang der Jahre 1999 und 2000, zum Management und zu den Beziehungen der Gesellschaft zu Aktionären. Diese Fragen bezogen sich zusammengefasst auf den Bezug geldwerter Leistungen durch B. und C.. Im Antwortschreiben vom 11. Juni 2001 (Ordner 3, Beilage 7) liess die A. AG mitteilen, dass die Einberufung zur ordentlichen Generalversammlung aufgrund der Verhandlungen mit dem Management I. im Interesse der Gesellschaft hinausgeschoben worden sei. Es mache keinen Sinn, kurz vor der ordentlichen eine ausserordentliche Generalversammlung durchzuführen. Bezüglich der Fragen zur Rechnungslegung der Gesellschaft wurde Z. auf sein Recht auf Einsicht des Geschäftsberichtes und des Revisionsberichtes hingewiesen. Im übrigen wurde er auf die Grenzen des Auskunftsrechts aufmerksam gemacht mit der Schlussfolgerung, dass bei diversen Einzelfragen kein Recht auf Beantwortung bestehe. Angeboten wurde indes ein klärendes Gespräch vor der Generalversammlung. Dieses Gespräch fand offenbar am 26. Juli 2001 statt (Ordner 3, Beilagen 8, 10 der Gesuchsgegnerin). Welche Fragen dabei beantwortet wurden, ist aus den Akten nicht ersichtlich. Belegt ist einzig, dass Z. vor der Besprechung eine Kopie der Entwürfe von Bilanz und Erfolgsrechnung des Jahres 2000 zugestellt wurden (Ordner 3, Beilage 9). Danach wurden ihm Pläne zum Projekt E. gesandt (Ordner 3, Beilage 11). Aus der Korrespondenz ist weiter ersichtlich, dass über eine Vereinbarung betreffend die Ausübung der Eigentumsrechte an der A. AG verhandelt wurde, welche allerdings an den unterschiedlichen Auffassungen betreffend die Stellung von Z. scheiterte (Ordner 3, Beilage 13, 14). Mit Schreiben vom 11. März 2002 (Ordner 3, Beilage 16) kündigte

#### **E. 27**

der Vertreter von Z. erneut ein Auskunfts- und Einsichtsbegehren mit Fragen zur Jahresrechnung, zum Management und zum Verwaltungsrat an. Die A. AG wies in ihren Antwortschreiben regelmässig auf die Grenzen des Auskunftsrechts hin, betonte aber gleichzeitig, die Fragen von Z. über diesen Rahmen hinaus beantworten zu wollen (Ordner 3, Beilage 16 und 18). Im Schreiben vom 18. März 2002 informierte die A. AG Z. darüber, dass seit Beginn des letzten Geschäftsjahres ein unüberbautes Grundstück zum

Preis von CHF 4'800'000.-- an die Baugesellschaft D. verkauft worden sei. Zum Projekt E. wurde ausgeführt, dass die Baubewilligung vor- liege und die Baufreigabe unmittelbar bevorstehe. Die Finanzierung erfolge durch Hypothekendarlehen seitens der Bank M., die auch die Renovationen abdecken würden. Die Honorarunterlagen wurden als Geschäftsinterna nicht bekanntgegeben (Ordner 3, Beilage 18, Ziff. A. 1 und 5). Die Frage, welche Saläre, Honorare und/oder geldwerte Leistungen B. und C. erhalten hatten und diejenige nach den Anwaltskosten wurden als Geschäftsinterna ausdrücklich unbeantwortet gelassen (a.a.O., Ziff. A. 6/7). Im Protokoll der ordentlichen Generalversammlung vom 22. März 2002 (Ordner 3, Beilage 19) findet sich einzig ein Hinweis auf den Stand des Bauprojekts E. Weitere Informationen zu diesem Projekt wurden am 8. April 2002 (Ordner 3, Beilage 22) und am 23. April 2002 (Ordner 3, Beilage 23) erteilt. Sie betrafen indes einzig Baufortschritt und Vermietungsstand. In der Folge wurden er- neut Verhandlungen über eine gütliche Erledigung der Streitigkeiten geführt (Ordner 3, Beilage 24), welche an den nach der Auffassung der A. AG zu hohen Forderun- gen von Z. scheiterten (Ordner 3, Beilage 25). Am 27. September 2002 kündigte dieser an, Klage zu erheben (Ordner 3, Beilage 28). Zusammengefasst kann festgestellt werden, dass Z. seit 2001 bis zur ausserordentlichen Generalversammlung vom 20. Februar 2003 diverse Auskunftsbe- gehren an den Verwaltungsrat gestellt hat. Diejenigen Fragen, welche im Sonder- prüfungsverfahren unter dem Titel "verdeckte Gewinnausschüttung, insbesondere an die Hauptaktionäre B. und C.", erscheinen, wurden vom Verwaltungsrat unter Hinweis auf das Geschäftsgeheimnis unbeantwortet gelassen. Aus dem gleichen Grund wurde die Frage nach den Beträgen und Honoraren an Berater beim Projekt E. zurückgewiesen. Zum Verkauf eines Grundstückes wurden Z. am 18. März 2002 nur die Vertragsparteien und der Verkaufspreis bekanntgegeben (Ordner 3, Beilage 18. S. 2). Damit steht fest, dass die Fragen, die Gegenstand des Sonderprüfungs- verfahrens bilden sollen, jedenfalls vor der ausserordentlichen Generalversamm- lung vom 20. Februar 2003 nicht beantwortet wurden.

## **E. 28**

Anlässlich dieser ausserordentlichen Generalversammlung beantwortete der Verwaltungsrat die Fragen im Zusammenhang mit den Dienstleistungen von Dr. Y. im Jahre 2001 zweifelsfrei. Er teilte mit, dass es sich dabei um eine auf Wunsch von Z. einberufene Sitzung im Zusammenhang mit der einfachen Gesellschaft D. ge- handelt habe. Obwohl diese Sitzung auch diese Gesellschaft betroffen habe, habe der Verwaltungsrat nie die Absicht gehabt, die Rechnung dem Konto der einfachen Gesellschaft zu belasten. Dies sei gleichwohl irrtümlich geschehen, der Fehler sei sofort korrigiert worden, nachdem er bemerkt worden sei (Ordner 2, Beilage 5, S. 12f., Ziff. 24). Da diese Antwort vorbehaltlos und klar ausfiel, wurden die Fragen anlässlich der Hauptverhandlung vor der Vorinstanz fallen gelassen (Ordner 1, act. 12). Auf die Frage nach dem Verkauf von Grundstücken in den letzten drei Jahren bestätigte der Verwaltungsrat mit, dass ein Grundstück am See an die Baugesell- schaft D. zu einem Preis von brutto Fr. 4.8 Mio. verkauft worden sei. Neu war die Auskunft, dass in diesem Kaufpreis ein Betrag von "ca. Fr. 175'000.-- Kosten/Kom- mission", enthalten sei (S. 12, Ziff. 21). Einsicht in die Veräusserungsverträge wurde zugesichert (S.20, E.). Damit erhielt Z. erst die Information, die es ihm erlaubte, im Sonderprüfungsverfahren danach zu fragen, an wen und wofür diese Kommission bezahlt wurde. Alle übrigen heute noch zur Diskussion stehenden Fragen wurden, wie nachstehend (E.11. b)) bei der Prüfung der Subsidiarität im Detail zu zeigen sein wird, anlässlich dieser ausserordentlichen Generalversammlung nicht, nicht vollständig oder nur unter dem Vorbehalt der Unterzeichnung einer Vertraulichkeits- erklärung geklärt. Soweit die

Rekurrentin behauptet, alle im Rahmen der Sonderprüfung gestellten Fragen seien von der Gesellschaft bereits beantwortet worden, kann ihr demnach nicht gefolgt werden. d) Nach dem Prinzip der schonenden Rechtsausübung ist unter mehreren möglichen Wegen zu einem an sich legitimen Ziel derjenige zu wählen, der für die in ihren Rechten Einzuschränkenden die geringsten Nachteile mit sich bringt (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 39, N. 95, S. 468). Die A. AG wirft Z. eine Missachtung dieses Prinzips vor und begründet dies zusammengefasst damit, er habe verschiedene Möglichkeiten, zu den gewünschten Informationen zu kommen, nicht genutzt oder bewusst platzen lassen. So habe er das Angebot, den Informationsfluss durch den Abschluss einer Informationsvereinbarung zu institutionalisieren, (Rekurs S. 14) ebenso abgelehnt wie den Informationsaustausch mit Verwaltungsrat Poortier (S. 15, S.16). Er habe es unterlassen, an der ordentlichen Generalversammlung vom 22. März 2002 Fragen an die Versammlung zu stellen und mit Ergänzungs- und Vertiefungsfragen auf Lücken hinzuweisen (S.15). Solche Fragen seien auch an der ausserordentlichen Generalversammlung vom 20. Februar 2003

## **E. 29**

und an der ordentlichen Generalversammlung vom 21. März 2003 nicht aufgeworfen worden. Damit habe der Rekursgegner seine Rüge- und Mitwirkungsobliegenheit verletzt. Schliesslich habe er den Abschluss der Vertraulichkeitserklärung, von der der Verwaltungsrat die Gutheissung der Einsichtsbegehren abhängig gemacht hatte, bewusst scheitern lassen, weil er die Sachlage so habe darstellen wollen, als ob ihm die A. AG keine Informationen habe erteilen wollen (S. 20). aa) Z. hat seit dem Frühling 2001 wiederholt Auskunfts- und Einsichtsbegehren gestellt. Die A. AG hat auf den steten Druck hin zwar gewisse Fragen beantwortet und Einsicht in gewisse Dokumente gewährt. Die Fragen, welche im Sonderprüfungs-gesuch gestellt werden, wurden aber nicht oder nicht vollständig geklärt. Die Gesellschaft berief und beruft sich bis heute auf die Grenzen des Auskunfts- und Einsichtsrechts des Aktionärs; wiederholt verweigerte sie Auskünfte mit dem Hinweis auf das Geschäftsgeheimnis. Gewisse Fragen wurden erst mit der Stellungnahme zum Gesuch auf Sonderprüfung beantwortet. So reichte die Rekurrentin beispielsweise erst dort eine detaillierte Liste zu den Aufwandpositionen "Administration & General" und "übriger Verwaltungsrat" ein (Stellungnahme vom 1. Juli 2003, Ordner 1, act. 6; Ordner 3, Beilagen 58 und 59 der Gesuchsgegnerin). Im vorliegenden Rekursverfahren schliesslich erteilte die A. AG die verlangten detaillierten Auskunft zur Kommission beim Verkauf eines Grundstückes an die Baugesellschaft D. (Rekursbeilagen 9 -13). Angesichts dieser Vorgehensweise der Gesellschaft, jeweils nur diejenigen Informationen preis zu geben, die aufgrund des jeweiligen Verfahrensstandes gerade opportun erscheinen, kann in der Tatsache, dass Z. schliesslich ein Begehren um Anordnung einer Sonderprüfung gestellt hat, keine Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung erblickt werden. bb) Soweit Z. das Scheitern einer Informationsvereinbarung vorgeworfen wird, ist aus der entsprechenden Korrespondenz ersichtlich, dass die Parteien grundsätzlich über die Ausübung der Eigentumsrechte an der A. AG verhandelt haben. Vorgesehen war im Wesentlichen, dass ein Vertreter von Z. als Bindeglied zwischen ihm und der Geschäftsleitung der A. AG eingesetzt würde. Dem bei den Akten liegenden Entwurf kann entnommen werden, dass während der Verhandlungen erhebliche Differenzen über die Kompetenzen dieses Vertreters, namentlich über den Umfang des Informationsrechts, bestanden. Dass diese Differenzen, denen die noch heute unterschiedliche Auffassungen über die Stellung von Z. in der Gesellschaft zugrunde liegen, nicht überwunden werden

konnten, kann nicht ihm allein vorgeworfen werden (Ordner 3, Beilage 13, 14 der Gesuchsgegnerin).

### **E. 30**

cc) Dass sich Z. nicht wie von der A. AG vorgeschlagen zu Informationstreffen mit einem der Verwaltungsräte einfand, ist insofern nachvollziehbar, als angesichts der bisherigen Informationspolitik von einem solchen Treffen mit einem einzelnen Mitglied des Verwaltungsrates wohl kaum weitergehende Antworten auf die von der Gesellschaft bisher unbeantworteten Fragen erwartet werden konnten. dd) Vorgängig zur ordentlichen Generalversammlung vom 22. März 2002 ertheilte die A. AG Z. mit Schreiben vom 18. März 2002 (Ordner 3, Beilage 18 der Gesuchsgegnerin) zwar verschiedene Auskünfte, andere, beispielsweise etwa die Fragen nach geldwerten Leistungen von B. und C. und diejenige nach den Rechtskosten der Gesellschaft, wurden demgegenüber als Geschäftsinterna explizit unbeantwortet gelassen (S. 3, Ziff. A.6/7). Abschliessend (S. 4f.) stellte die A. AG klar, dass eine Besprechung von Geschäftsinterna sowie geschäftsschädigendes Verhalten an der Generalversammlung nicht akzeptiert werden könne. Gaben die Verantwortlichen der Gesellschaft aber bereits zum vornherein unmissverständlich zu erkennen, dass sie nicht bereit sein würden, über die schriftlichen Antworten hinausgehende Informationen zu erteilen, kann Z. kein Vorwurf daraus gemacht werden, dass er an dieser Versammlung keine Fragen gestellt hat. ee) Ein wesentlicher Teil der Auskunfts- und Einsichtsbegehren, welche Z. an die ausserordentlichen Generalversammlung vom 20. Februar 2003 stellte, betraf die Jahresrechnung 2000/2001. Da die Revisionsstelle namentlich diese Jahresrechnung auf ihre Übereinstimmung mit Gesetz und Statuten zu prüfen hatte (Art. 728f. OR) und damit in der Lage gewesen wäre, Fragen zu beantworten, erscheint es durchaus sachgerecht, dass Z. verlangt hat, dass jemand von der Revisionsstelle anwesend sein würde. Dass in der Folge keine Fragen gestellt wurden, kann Z. angesichts des Ablaufs dieser Versammlung nicht vorgeworfen werden. Bereits vorgängig zur ausserordentlichen Generalversammlung vom 20. Februar 2003 (Ordner 2, Gesuchsbeilage 4) wurde den Aktionärinnen und Aktionären in der Einladung vom 27. Januar 2003 mitgeteilt, dass der Verwaltungsrat beschlossen habe, den Antrag auf Ablehnung der traktandierten Anträge - Auskunfts- und Einsichtsbegehren von Z. und evt. Beschlussfassung über die Einsetzung eines Sondersprüfers - zu stellen, so dass eine eher kurze Sitzung zu erwarten sei. Angesichts dieser Ankündigung und der Mehrheitsverhältnisse in der Gesellschaft musste Z. nicht damit rechnen, dass der Verwaltungsrat gleichwohl zu jeder Frage Ausführungen machen würde. Wohl kannten die anwesenden Rechtsvertreter des Gesuchstellers die Fragen und die bisherige Haltung der Gesellschaft. Ebensowenig wie vom Verwaltungsrat ohne weiteres die sofortige Beantwortung einer ganzen Frageliste verlangt

### **E. 31**

werden kann - der Aktionär muss sein Begehren diesfalls wie Z. vorgängig schriftlich stellen (vgl. Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N. 1860a) - , kann selbst von erfahrenen Rechtsanwälten nicht verlangt werden, dass sie mündlich vorgetragene nicht visualisierte Antworten auf rund hundert Fragen sogleich erfassen und entsprechende Ergänzungsfragen an den Verwaltungsrat oder an die Revisionsstelle stellen. Dies gilt um so mehr, als der Vorwurf des Rekursgegners, die Antworten seien im Eilzugstempo verlesen worden, angesichts der gesamten Dauer der Versammlung von nur knapp eineinhalb Stunden (Ordner 2, Gesuchsbeilage 5, S.1 und 24) nicht unberechtigt sein dürfte.

Der Rechtsvertreter von Z. hielt im Anschluss an die Ausführungen des Verwaltungsrates Dr. T. denn auch fest, er habe aufgrund der mündlichen Antworten nicht beurteilen können, ob die gestellten Fragen genügend beantwortet seien. Es wurde ihm bestätigt, dass die Antworten protokolliert würden (Ordner 2, Gesuchsbeilage 5, S. 3 unten). Trotz mehrmaliger schriftlicher Aufforderungen (Ordner 3, Beilagen 40, 45 und 47 der Gesuchsgegnerin, Beilage 2 des Rekursgegners) wurde Z. das Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung danach aber nicht vor der ordentlichen Generalversammlung vom 21. März 2003 zugestellt, vielmehr wurde dieses gemäss Protokoll erst an der kurz vorher abgehaltenen Verwaltungsratssitzung unterzeichnet und an der ordentlichen Generalversammlung ausserhalb der Traktanden aufgelegt (Ordner 2, Gesuchsbeilage 8, S. 2; vgl. Ordner 3, Beilage 51 der Gesuchsgegnerin). Damit war es Z. offensichtlich verwehrt, die Antworten auf sein Auskunfts- und Einsichtsbegehren rechtzeitig vor der Generalversammlung vom 21. März 2003 zu prüfen und auf diesen Zeitpunkt hin allfällige Ergänzungsfragen vorzubereiten. Von einer Verletzung der Mitwirkungs- und Rügepflicht kann unter diesen Umständen keine Rede sein. ff) Wenn die Rekurrentin Z. sodann vorwirft, er habe die Vertraulichkeitserklärung, welche sie zur Bedingung für die Erteilung gewisser Auskünfte gemacht hatte, bewusst scheitern lassen, ist ihr entgegenzuhalten, dass sie nach der ausserordentlichen Generalversammlung mit Schreiben vom 4. März 2003 eine von Z. bereits unterzeichnete Vertraulichkeitserklärung erhalten hatte (Rekursbeilage 2). Die Vereinbarung wurde, wie sich aus der Korrespondenz (Ordner 3, Beilagen 42, 45, 46, 47, 48 49 der Gesuchsgegnerin) ergibt, aber insbesondere deshalb nicht abgeschlossen, weil die A. AG von allem Anfang an einen Zusatz als unentbehrlich erachtete, wonach die von der Gesellschaft erteilten Informationen ohne Gewähr für deren Richtigkeit, Genauigkeit und/oder Vollständigkeit an Z. weitergeleitet würden. Dass der Minderheitsaktionär eine solche Einschränkung, mit der der Wert der erteilten Auskünfte sogleich wieder relativiert worden wäre, nicht akzeptieren wollte,

## **E. 32**

liegt auf der Hand. Dies gilt um so mehr, als sich Z. seinerseits im Falle einer Pflichtverletzung zu einer Konventionalstrafe verpflichtet hätte, was in der Tat nie strittig war (vgl. Rekursbeilage 2, Ziff. 5 der von Z. unterzeichneten Vereinbarung). Damit ergibt sich, dass es letztlich zwar Z. war, der nach mehrfachem Briefwechsel mitteilen liess, er ziehe sein Angebot zum Abschluss einer Vertraulichkeitserklärung zurück (Ordner 3, Beilage 51 der Gesuchsgegnerin). Für das Scheitern der Verhandlungen mindestens ebenso verantwortlich war aber die A. AG, welche auf ihrer Position, keine Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit ihrer Angaben machen zu wollen, beharrte. Der Darstellung, wonach Z. die Vertraulichkeitserklärung bewusst scheitern liess, um der Rekurrentin Informationsverweigerung vorwerfen zu können, kann unter diesen Umständen nicht gefolgt werden. gg) Dem Protokoll der ordentlichen Generalversammlung vom 21. März 2003 und der Korrespondenz von Vertretern der A. AG (Ordner 2, Gesuchsbeilage 8, S. 16; Ordner 3, Beilagen 53, 54 und 55 der Gesuchsgegnerin) kann entnommen werden, dass an der Versammlung mehrere Aktionäre die Eskalation der familieninternen Streitigkeiten bedauert hatten und dass Angebote für eine Vermittlung gemacht wurden. Die A. AG stimmte verbal in dieses Bedauern ein und signalisierte Gesprächsbereitschaft. Dass Z. darauf nicht einging, kann ihm aber nicht zum Vorwurf gereichen. Angesichts der bisherigen Reaktionen der Gesellschaft auf seine Auskunfts- und Einsichtsbegehren, der Ergebnisse der ausserordentlichen und der ordentlichen Generalversammlung und der Kräfteverhältnisse in der Gesellschaft war nämlich nicht zu erwarten, dass die A. AG von

den bisherigen Standpunkten abwei- chen würde. hh) Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass es der Rekurrentin nicht gelungen ist, einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben oder das Gebot der schonenden Rechtsausübung glaubhaft zu machen. Aufgrund der dargelegten Umstände, namentlich aufgrund der Reaktionen der Gesellschaft auf die Auskunfts- und Einsichtsbegehren, kann auch nicht gesagt werden, Z. habe ge- gen seine Mitwirkungs- und Rügepflicht verstossen. e) Das Begehren um Anordnung einer Sonderprüfung steht wie jede Rechts- ausübung unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs (analog zum Auskunfts- recht Weber, a.a.O., N. 7 zu Art. 697 OR, vgl. N. 25 zu Art. 697a OR, Forstmo- ser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 40 N. 172f.; BGE vom 4. Juni 2003 (4C.234/2002, E. 4.2.4)). Rechtsmissbräuchlich ist ein Gesuch um Anordnung einer Sonderprüfung namentlich dann, wenn sachfremde Ziele des Gesuchstellers derart überwiegen,

### **E. 33**

dass sein Interesse an einer Klärung der Rechtsfragen nach Treu und Glauben ver- neint werden muss (vgl. für die Anfechtungsklage Peter Lehmann, Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, Diss. Zürich 2000, S. 31; S. 120 mit Hinweisen; AJP 1992, S. 110f., E. 2b von BGE 117 II 290). Ein normfremder Zweck ist etwa dann zu bejahen, wenn ein Gesuch dem Informationsinteresse der Konkurrenz die- nen soll, der Gesuchsteller der Gesellschaft in erster Linie einen Schaden zuzufü- gen will oder wenn er sich den Klagerückzug gegen die Gewährung ungerechtfertigter Sondervorteile abkaufen lassen will. Denkbar ist auch, dass der Minderheits- aktionär seine Rechte dazu missbraucht, um im Hinblick auf eine Übernahme Druck auf die Gesellschaft auszuüben (vgl. Lehmann, a.a.O., S. 147). Der Übergang zwi- schen erlaubter Verfolgung von Eigeninteressen und missbräuchlicher Gesuchsein- reichung ist fließend. Erhebt die Gesellschaft den Einwand der Zweckwidrigkeit, hat das Gericht eine Interessenabwägung vorzunehmen. Die Schwelle für die Ver- neinung eines Rechtsschutzinteresses ist dabei hoch anzusetzen, um den Minder- heitenschutz im schweizerischen Aktienrecht nicht zusätzlich einzuschränken (so für die Anfechtungsklage Lehmann, a.a.O., S. 121 f. mit Hinweisen). aa) Die Rekurrentin hält einerseits die Vorgehensweise von Z. für rechtsmissbräuchlich. Soweit sie in diesem Zusammenhang rügt, dass Z. der Gesellschaft "eine Vielzahl von Fragen in immer wieder angepasster Form" gestellt hat, ist ihr entgegenzuhalten, dass dies auch auf ihre Informationspolitik zurückzuführen ist. Auf ständiges Nachfragen hin erhielt Z. jeweils wieder gewisse Auskünfte, welche ihrerseits zu weiteren Fragen Anlass gaben. Als Indiz dafür, dass die veränderten Rechtsbegehren nicht darauf abzielen, die Gesellschaft auszuforschen, kann die Tatsache gewertet werden, dass Z. im Sonderprüfungsverfahren nur noch diejeni- gen Fragen gestellt hat, die aus seiner Sicht unbeantwortet geblieben sind. So wur- den beispielsweise die Fragen zur Jahresrechnung 2000/2001 und zum Manage- ment fallengelassen, soweit sie im Protokoll der ausserordentlichen Generalver- sammlung vom 20. Februar 2003 (Ordner 2, Gesuchsbeilage 5) geklärt wurden. Noch im Rekursverfahren hat Z. die Frage nach der Kommission beim Verkauf der Liegenschaften an die Baugesellschaft D. zurückgezogen, nachdem die A. AG die entsprechenden Belege mit dem Rekurs ins Recht gelegt hatte. An der ausseror- dentlichen Generalversammlung vom 20. Februar 2003 war Z. anders als die Haupt- aktionäre B. und C. anwesend und wurde von mehreren Rechtsvertretern begleitet. Dem Protokoll (Ordner 2, Gesuchsbeilage 5) kann entnommen werden, dass er seine Anliegen persönlich vortrug, im übrigen wurde er hauptsächlich von Rechts- anwalt Dr. S. vertreten. Inwieweit dieses Vorgehen nicht korrekt gewesen sein soll, ist nicht ersichtlich.



mit kostspieligen Verfahren zu schädigen, würde er damit doch nicht nur seine Familienangehörigen, sondern auch sich selbst benachteiligen. Dafür, dass Z. die Informationen anderweitig verwenden wollte oder könnte, gibt es keine Anhaltspunkte. Die Parteien haben Verhandlungen über eine vergleichsweise Bereinigung der familieninternen Differenzen zwischen den beiden Mehrheitsaktionären und dem Minderheitsaktionär Z. geführt. Gegenstand dieser Verhandlungen war einmal die Wohnsituation von Z. (vgl. Ordner 3, Beilage 4). Aktenkundig ist weiter, dass dieser am 12. Juli 2002, also fast ein Jahr bevor er ein Gesuch um Anordnung einer Sonderprüfung stellen liess, eine Vereinbarung für eine umfassende Regelung für die "Mitglieder der Eigentümerfamilie" vorlegte (Ordner 3, Beilage 24). Dieser Vereinbarungsentwurf, welcher von der A. AG umgehend zurückgewiesen wurde (Ordner 3, Beilage 25), geht von einer Gleichbehandlung der drei Familienmitglieder durch die A. AG aus und sieht neben Informations- und Mitwirkungsrechten verschiedene Privilegien, namentlich Beraterverträge, ein Wohnrecht, weitere Rechte und Zahlungen bis zu 2.4 Mio Franken aus den Einnahmen des "F." vor. Wieweit diese Forderungen berechtigt sind, braucht im vorliegenden Verfahren nicht geprüft zu werden. Die Tatsache, dass Z. diese Forderungen, welche bei einer vorläufigen Würdigung als hoch erscheinen, im Rahmen von Verhandlungen erhoben hat, reicht nach der Auffassung des Kantonsgerichtspräsidenten jedenfalls nicht aus, um das Gesuch um Anordnung einer Sonderprüfung als rechtsmissbräuchlich erscheinen zu lassen. Wohl liess Z. die A. AG nach der Zurückweisung des Vergleichsvorschlags wissen, dass er seine Forderungen klageweise durchsetzen wolle (Ordner 3, Beilagen 28, 29 der Gesuchsgegnerin). Im Hinblick auf die Anordnung einer Sonderprüfung geriet die Gesellschaft dadurch aber nicht in eine Zwangslage. Das vorliegende Verfahren hätte vielmehr verhindert werden können, wenn Z. die verlangten Informationen rechtzeitig erteilt worden wären. Dasselbe gilt für das Angebot, die Aktien der Mehrheitsaktionäre zu erwerben, auch wenn es zeitgleich mit einem Informationsbegehren ge-

### **E. 36**

stellt worden ist (Ordner 3, Beilage 17). Bezüglich des Angebots vom 24. Januar 2003 kommt hinzu, dass umstritten ist, von wem die Initiative zu diesem Schreiben vom 24. Januar 2003 ausging (Ordner 3, Beilage 37; Rekursantwort S. 23, Ziff. 43 und Beilage 3 zur Rekursantwort). Ein Preis für den Aktienerwerb stand zudem noch nicht zur Diskussion. Den Kauf der Aktien sowie den Rückzug der Informationsbegehren und des Antrages auf Sonderprüfung machte Z. vom Ergebnis einer Due Dilligence - Prüfung der Gesellschaft abhängig. Vorgeschlagen wurde unter anderem auch, dass B. und C. ihre Repräsentationsfunktionen weiterhin ausüben würden und ein vertragliches Wohnrecht zu vereinbaren wäre (Ordner 3, Beilage 37 der Gesuchsgegnerin). Der gesamte Inhalt deutet eher darauf hin, dass der Erwerb der Aktien als Möglichkeit gesehen wurde, die anhaltenden Familienzwickigkeiten einvernehmlich zu beenden. Zusammengefasst ergibt sich, dass Z. ein Interesse an der Klärung aller gemäss der von der Vorinstanz zugelassenen Fragen glaubhaft gemacht hat. Zwar kann nicht völlig ausgeschlossen, dass er mit diesem Gesuch auch einen gewissen Druck im Hinblick auf seine weitergehenden Forderungen und eine allfällige Übernahme der Aktien ausüben wollte. Dass sachfremde Ziele die legitimen Interessen von Z. überwiegen würden, erscheint aufgrund der genannten Indizien aber wenig wahrscheinlich. Sie reichen jedenfalls nicht aus, um die hohe Schwelle für die Verneinung eines Rechtsschutzinteresses zu überwinden. Damit wurde die materielle Voraussetzung der Erforderlichkeit der Sonderprüfung ausreichend glaubhaft gemacht. 11.

a) Der Anspruch Einsetzung eines Sonderprüfers gemäss Art. 697a Abs. 1 OR ist subsidiär zum Auskunfts- und Einsichtsrecht nach Art. 697 OR. Das Sonderprüfungsbegehren muss also thematisch vom vorgängigen Auskunfts- und Einsichtsbegehren gedeckt sein. Wie hoch die Anforderungen an die thematische Identität anzusetzen sind, ist in der Lehre umstritten. Während Casutt (a.a.O., S. 72), dafürhält, dass der Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung denselben Gegenstand oder Fragekomplex haben muss wie das Auskunftsbegehren, genügt es für Böckli (a.a.O., S. 991 Rz 1866), wenn der antragstellende Aktionär den Verwaltungsrat im Wesentlichen zum gleichen Gegenstand, auf den das Gesuch um Sonderprüfung abzielt, um Auskunft oder Einsicht ersucht hat. Noch offener formuliert Kunz (Zur Subsidiarität der Sonderprüfung, SJZ 92/1996, S. 3). Für ihn muss der Antrag auf Sonderprüfung zwar einen gewissen Konnex haben, darf inhaltlich aber auch weiter gefasst werden. Er begründet dies damit, dass die vom Verwaltungsrat erteilten Informationen neue Aspekte offenbaren oder zusätzliche Überlegungen

### **E. 37**

und Verdachtsmomente begründen können. Diesfalls scheine es künstlich, den oder die Antragsteller vorgängig zum GV-Antrag auf Sonderprüfung, sozusagen in einer "Ping Pong-Diskussion" mit dem Verwaltungsrat - noch einmal auf Art. 697 OR verweisen zu wollen, bevor der Antrag auf Sonderprüfung zugelassen würde (a.a.O.). Casutt (a.a.O., Diss, S. 18) und von Greyerz (Aktionärsschutz im neuen Aktienrecht, ZBJV 120/1984, S. 453) weisen schliesslich darauf hin, dass der Aktionär oft gar nicht sinnvoll wird fragen können, weil er die hierfür notwendigen Anhaltspunkte nicht kennt. Das Bundesgericht hat die Literatur in BGE 123 II 261ff. so zusammengefasst, ohne näher dazu Stellung zu nehmen. Es hat lediglich festgehalten, dass der Verwaltungsrat durch das vorgängige Auskunfts- und Einsichtsbegehren Gelegenheit erhalten solle, das Informationsbedürfnis der Aktionärinnen und Aktionäre von sich aus zu befriedigen, bevor das mit Aufwand und Umtrieben verbundene Verfahren eingeleitet werde. Massgebend für die thematische Begrenzung der Zulässigkeit des Sonderprüfungsbegehrens sei daher das Informationsbedürfnis der antragstellenden Aktionäre, wie es der Verwaltungsrat nach Treu und Glauben erkennen musste. Dabei dürfe sich der Verwaltungsrat nicht hinter einer wortklauberischen Auslegung verschanzen. Auf der anderen Seite sei es auch den Antragstellenden zuzumuten, bei der Formulierung ihres Auskunfts- oder Einsichtsbegehren eine gewisse Sorgfalt aufzuwenden und so klar, wie es ihnen aufgrund ihres Kenntnisstandes möglich sei, zum Ausdruck zu bringen, worüber sie weiteren Aufschluss zu erhalten wünschten (BGE 123 III 265). b) Z. stellte im Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers (Ordner 1, Beilage 1) Fragen zu drei Themenbereichen, die er mit "Verdeckte Gewinnausschüttungen", "Bauprojekt E." und "Verkauf Grundstück an die Baugesellschaft D." überschrieb. Nachdem die Vorinstanz einen Teil der Fragen im Zusammenhang mit dem Liegenschaftenverkauf nicht zugelassen hat und der Rekursgegner die Frage nach der in diesem Zusammenhang bezahlten Kommission zurückzog, da sie in der Zwischenzeit beantwortet war (vgl. vorne E. 9b)) verbleiben die Fragen zur behaupteten verdeckten Gewinnausschüttung einerseits sowie die Frage nach der Finanzierung des Projektes E. und nach den in diesem Zusammenhang bezahlten Beträgen und Honoraren an Berater und Beauftragte andererseits. Zu diesen Fragekomplexen hat Z. anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung Auskunft verlangt (Ordner 2, Gesuchsbeilage 5, Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung vom 20. Februar 2003, insbesondere Ziff. 1, S. 4 (Zusammensetzung des Verwaltungsaufwandes), Ziff. 11 S. 9 (Beizug externer Berater), Ziff. 16, S. 10 (vom Hause übernommene Kosten), Ziff. 23

S. 12 (Rechtskosten der Gesellschaft), Ziff. 12 S. 16 (Stand Projekt E.), Ziff. 1-4 S. 17 (Wohnung, Leistungen für Hausangestellte etc).

### **E. 38**

im Zürcher Domizil, andere geldwerte Leistungen, Beraterverträge), Ziff. 1 und 2, S. 18 (Stellung von Rechtsanwalt Dr. iur T.). Er gab sämtliche Fragen zu Protokoll (Ordner 2, Gesuchsbeilage 5, Gesuchsbeilagen 9 und 10). Dass Darstellung und Fragestellung im Auskunftsbegehren und im Sonderprüfungsgesuch nicht vollständig deckungsgleich sind, ergibt sich daraus, dass die an der Versammlung beziehungsweise mit dem Protokoll erteilten Auskünfte einerseits teilweise neue Aspekte eröffneten, andererseits fielen gewisse Fragen, da ausreichend beantwortet, dahin. Im Einzelnen ergibt sich folgendes: Z. hatte eine detaillierte Begründung und Aufgliederung des Verwaltungsaufwandes gemäss Jahresrechnung 2000/2001 verlangt. Im Protokoll (Ordner 2, Gesuchsbeilage 5, S. 4 Ziff. A.1) wurde der Aufwand zwar in verschiedene Positionen gegliedert. Es blieben aber die beträchtlichen Aufwandpositionen "Diverses Verwaltung" von 543'000.-- und "Übriger Aufwand und Verwaltungsrat" von Fr. 1'226'000.--. Eine nähere Aufschlüsselung und/oder eine Begründung wurde dazu nicht bekannt gegeben, obwohl dies verlangt worden war. Erst diese neue Aufstellung ermöglichte die Frage nach einer detaillierten Aufgliederung dieser Aufwandpositionen und den dazugehörigen Fragen, ob darin neben den Verwaltungsratshonoraren noch weitere Kosten von und Leistungen an B. und C., an andere Verwaltungsräte oder an ihnen nahestehende Personen enthalten seien. In der Stellungnahme zum Sonderprüfungsgesuch reichte die Rekurrentin eine Auflistung der Positionen "Administration & General" und "Owner's Expenses" ein (Ordner 1, Beilage 6, S. 36, Ordner 3, Beilagen 58 und 59). Die darin enthaltenen Angaben betreffend die Löhne von B. und C. und die Verwaltungsratshonorare stimmen nicht überein mit den Angaben im Protokoll (Ordner 2, Gesuchsbeilage 5, Ziff. C.4, S. 18). Im Rekurs legte die A. AG die an B. und C. bezahlten Honorare und Verwaltungsratshonorare schliesslich offen, so dass sich die entsprechende Frage erübrigte. Zur Zusammenstellung "Owner's Expenses" (Ordner 3, Beilage 59) wurde im Rekurs zusätzlich ausgeführt, bei der Position VR-Honorare inkl. Sozialleistungen von Fr. 100'000.-- habe es sich lediglich um Rückstellungen gehandelt. Indem Z. an der Generalversammlung eine detaillierte Begründung und Aufgliederung des Verwaltungsaufwandes gemäss Jahresrechnung 2000/2001 verlangt hatte, hatte er den Rahmen dieses Auskunftsbegehren angegeben. Aufgrund der Informationen, welche er erhalten hatte, stellte er detailliertere Fragen dazu. Der Grundsatz der Subsidiarität wurde in diesem Punkt damit gewahrt. Angesichts der noch im Verfahren nachgeschobenen neuen und teils unterschiedlichen Auskünfte zu Gehalt und Honorarzahlungen konnte Z. begründete Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Antworten der Gesellschaft haben (vgl. S. 11, Ziff. 19 der Rekursantwort).

### **E. 39**

Anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung stellte Z. unter C.4 folgende Frage: "Bestehen zwischen der Gesellschaft und einzelnen Aktionären Verträge, wie beispielsweise Beraterverträge und, falls ja, wie werden laut diesen Verträgen die Aufgaben umschrieben. Welche Entschädigungen beziehen die Aktionäre daraus?". Wie bereits die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat, zielt die Frage nach dem vertraglichen Leistungsbereich der Hauptaktionäre auch auf die von diesen zu erbringende Leistung ab. Sie hat somit im Wesentlichen denselben Gegenstand wie die im Sonderprüfungsgesuch gestellte Frage, welche Leistungen die Aktionäre B. und C. für die Gesellschaft aufgrund

ihrer Arbeits- und oder Beraterverträge erbringen würden. Die Gesellschaft musste jedenfalls erkennen, dass es dem Rekursgegner um die Angemessenheit der Bezüge von B. und C. ging. Das Erfordernis der Subsidiarität ist damit erfüllt. Die A. AG führte anlässlich der Generalversammlung gleichwohl lediglich aus, dass abgesehen von den Arbeitsverträgen keine weiteren Arbeits- und Beraterverträge existieren würden. Auch mit Z. sei ein entsprechender Arbeitsvertrag abgeschlossen worden, der aber habe gekündigt werden müssen, weil daraus kein angemessener Nutzen resultiert habe (Ordner 2, Beilage 5, S. 17 C. 4). Mit diesem Verweis auf einen früheren Arbeitsvertrag mit Z. ist die Frage nach den vertraglich vereinbarten Leistungen und dem hierfür entrichteten Entgelt nicht zweifelsfrei beantwortet. Z. wird aufgrund seiner Anwesenheit im Hotel, seiner persönlichen Beziehungen als Familienmitglied und seiner Stellung als ehemaliger Arbeitnehmer gewisse Kenntnisse über die Tätigkeit von B. und C. haben. Dass er weiss, welche vertraglichen Leistungen sie zu welchen vertraglichen Bedingungen erbringen, behauptet auch die Rekurrentin nicht. Erst in ihrer Rekurschrift macht die A. AG detaillierte Angaben zu den Aufgaben der beiden Hauptaktionäre (S. 28 ff.). Z. stellt diese Darstellung in Frage (Rekursantwort S. 12f.). Auch in diesem Punkt lässt die Vorgehensweise der Gesellschaft, Antworten erst zu erteilen, nachdem die Sonderprüfung im erstinstanzlichen Verfahren angeordnet wurde, die Zweifel des Rekursgegners an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Antworten der Gesellschaft als berechtigt erscheinen. Wie auch die A. AG anerkennt, wurde die Frage nach den Kosten, welche in den vergangenen drei Jahren im Zusammenhang mit den Aktionären B. und C. vom Hause übernommen wurden, anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung gestellt. Dazu wurde ausgeführt, dass diese Ausgaben nicht verfügbar seien. Sie würden sich im Rahmen des üblichen zugunsten von Stammgästen (Repräsentationsspesen) und Familienmitgliedern bewegen (Ordner 2, Beilage 5, S. 10 zu 16). Im Zusammenhang mit der Beantwortung der Frage nach der buchhalterischen Erfassung unentgeltlicher Leistungen (sogenannten "Perks") gab die Gesellschaft

#### **E. 40**

weiter an, dass keine konsequente Erfassung der Leistungen an die Familienmitglieder erfolge, zum Teil erfolge eine Erfassung zum Selbstkostenpreis. Die Umfang dieser Leistungen sei jedoch sehr beschränkt. Als Grössenordnung wurde für das Geschäftsjahr 2001/2001 ein Betrag von Fr. 58'000.-- genannt. Damit wurde die konkrete Frage nach den vom Hause übernommenen Kosten der letzten drei Jahre nur sehr vage beantwortet, obwohl Z. sein Auskunftsrecht diesbezüglich unbestrittenmassen geltend gemacht hat. Es liegt an ihm, zu entscheiden, ob er sich mit dieser Auskunft begnügen will. Anlässlich der Generalversammlung ersuchte Z. um eine detaillierte Aufgliederung der Rechtskosten der Gesellschaft in den Jahren 1999, 2000, 2001 und 2002. Hätte die A. AG eine solche detaillierte Aufgliederung gemacht, hätte Z. ersehen können, ob darin allenfalls auch Rechtskosten enthalten waren, welche für die beiden Hauptaktionäre als Privatpersonen gemacht wurden. Diese im Sonderprüfungsgesuch gestellte Frage war somit in der ersten Frage enthalten. Die Gesellschaft gab anlässlich der Generalversammlung aber nur den Totalbetrag der Rechtskosten in den fraglichen Jahren bekannt (Ordner 2, Beilage 5, S. 12, Ziff. 23). Im erstinstanzlichen Verfahren führte sie dazu dann aus, dass die im Protokoll ausgewiesenen Beträge nur die Rechtskosten der Gesellschaft betreffen und private Rechtsberatung für B. und C. darin nicht enthalten seien (vgl. Rekurs, S. 32). Da die verlangte Aufgliederung unterblieb, konnte Z. vernünftigerweise Anlass haben, an der Antwort des Verwaltungsrates zu zweifeln. Anlässlich der Generalversammlung hatte Z.

die Frage gestellt, wie sich der Umstand erkläre, dass der gleiche Rechtsvertreter die Interessen der Gesellschaft und deren Hauptaktionäre vertrete. Die Frage, ob Dr. T. sowohl die A. AG wie auch die beiden Hauptaktionäre in rechtlichen Fragen vertrete, stimmt damit im Wesentlichen überein. Die A. AG bestätigte in ihrer Antwort, dass Dr. T. die Interessen der A. AG im Verhältnis zu Dritten (etwa I. oder Mieter) vertrete. Weiter führte sie aus, der Anwalt müsse daher selbstverständlich mit B. und C. als deren Hauptaktionären und Verwaltungsräten kommunizieren. Von einer eigentlichen Vertretung von B. und C. gegenüber der Aktiengesellschaft könne diesbezüglich keine Rede sein. Zudem seien B. und C. als Mehrheitsaktionäre bis zu einem gewissen Grad auch die Hauptvertreter der Gesellschaft (Ordner 2, Beilage 5, S. 18, Ziff. D 2). Damit hat sie die Frage nicht derart klar und umfassend beantwortet, wie dies die Rekurrentin geltend macht. Den Entscheid, ob er sich mit der Auskunft zufrieden geben will, hat der Aktionär zu treffen. Das Erfordernis der Subsidiarität ist auch hier erfüllt.

#### **E. 41**

Anlässlich der Generalversammlung wurde die Frage gestellt, wie sich die Beraterhonorare der externen Berater der letzten vier Jahre (quantitativ und qualitativ) gliedern. Die im Rahmen der Sonderprüfung aufgeworfene Frage, ob externe Berater auf Kosten der Gesuchsgegnerin Leistungen für Aktionäre und Verwaltungsräte, insbesondere für B. und C. erbracht haben, hätte der verlangten detaillierten Aufstellung der Beraterhonorare entnommen werden können. Die Frage betrifft somit im Wesentlichen denselben Gegenstand. Die A. AG hat dazu nur sehr allgemein geantwortet, indem sie ausführte, es seien wenige externe Berater zugezogen worden, deren Mandate sich auf das Verhältnis zu Drittpersonen bezogen hätten (Ordner 2, Beilage 5, S. 9, Ziff. 11). Im erstinstanzlichen Verfahren ergänzte sie, ohne im übrigen nähere Auskünfte zu erteilen, dass externe Berater nicht auf Kosten der Gesuchsgegnerin Leistungen für Aktionäre und Verwaltungsräte in privaten Angelegenheiten erbracht hätten. Da auch hier die ursprünglich verlangte Aufgliederung unterblieb, kann nicht beanstandet werden, dass der Aktionär die Auskunft überprüfen lassen will. Er bemängelt denn auch, dass namentlich der Grund für die Zahlung von Fr. 205'567.40 an den Verwaltungsratspräsidenten Dr. Q. im Geschäftsjahr 2000/2001 sowie die Zahlung von Fr. 140'190.10 an die Anwaltskanzlei W. offen geblieben sei (Rekursantwort S. 15, Rz. 26; Ordner 3, Beilage 59 zur Stellungnahme). Honorare an externe Beraterinnen und Berater, in der Regel qualifizierte Fachpersonen, können, wie obige Zahlen zeigen, betragsmässig erheblich ins Gewicht fallen. Entsprechend kann auch der Einwand nicht gehört werden, die Auskunft sei für die Ausübung der Aktionärsrechte nicht erforderlich. Die Frage, ob und wenn ja in welcher Höhe und in welchem Zeitraum von den beiden Aktionären B. und C. Leistungen der Gesellschaft an ihrem Zürcher Domicil in Anspruch genommen wurden, wurde anlässlich der Generalversammlung unbestrittenermassen gestellt (Ziff. 2.1.12 und 2.1.13). Die Gesellschaft bestätigte diesbezüglich, dass solche Dienstleistungen als Teil der ihnen zustehenden Naturalleistungen in Anspruch genommen würden und verwies im übrigen auf ihre Ausführungen zu den in ihrer Grössenordnung beschränkten unentgeltlichen Leistungen (Ordner 2, Beilage 5, S. 17, Ziff. 2, S. 7 Ziff. 2). Da wiederum weder Angaben über Art noch über die Höhe der tatsächlich bezogenen Leistungen gemacht wurden und Naturalbezüge im Zusammenhang mit der behaupteten verdeckten Gewinnausschüttung durchaus von Belang sein könnten, ist auch in diesem Punkt denkbar, dass die genauere Klärung der Frage durch den Sonderprüfer Fakten etwa für eine allfällige Rückforderungsklage liefern könnte.

#### **E. 42**

Anlässlich der Generalversammlung wurde nicht nur nach dem Stand des Projektes E. gefragt, sondern es wurde namentlich auch explizit um Einsicht in die Unterlagen betreffend Finanzierung des Projektes ersucht. Die Frage, welche Beiträge und welche Honorare an wen ausgerichtet wurde, wurde ausdrücklich gestellt. Die im Gesuch um Anordnung der Sonderprüfung enthaltenen Fragen 2.2.1 und

#### **E. 43**

12.a) Gemäss Art. 697b Abs. 2 OR muss der Gesuchsteller glaubhaft machen, dass Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft geschädigt haben. Gesetzes- und Statutenverletzung bedeutet einen Verstoss gegen die geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtsnormen oder aktienrechtlichen Grundsätze. Verletzung meint Pflichtwidrigkeit oder Widerrechtlichkeit und nicht bloss Unzweckmässigkeit (vgl. Weber, a.a.O., N. 6 zu Art. 697b OR). Eine Prüfung der Angemessenheit oder Zweckmässigkeit ist nicht Verfahrensgegenstand (Weber, a.a.O., N. 17 zu Art. 697a OR). Schädigung der Gesellschaft oder von Aktionären bedeutet eine eingetretene, unfreiwillige Vermögensverminderung. Neben dem Schaden ist auch ein Kausalzusammenhang glaubhaft zu machen, wobei in der Lehre und Rechtsprechung kein allzu strenger Masstab anzusetzen ist (Weber, a.a.O., N. 7 zu Art. 697c OR). Die Aktionärin oder der Aktionär hat die Gesetzes- oder Statutenverletzung und die Schädigung von Gesellschaft und Aktionären glaubhaft zu machen. Glaubhaftmachung bedeutet, dass aufgrund konkreter Anhaltspunkte und in vorläufiger Würdigung der Tatsachen in sachlicher und rechtlicher Hinsicht eine gewisse Wahrscheinlichkeit für deren Vorliegen gegeben sein muss, selbst wenn deren Verwirklichung nicht mit Sicherheit vorausgesagt werden kann (Plausibilität; vgl. Weber, a.a.O., N. 3 zu Art. 697c OR mit Hinweisen). In tatsächlicher Hinsicht sind bestimmte Handlungen oder Unterlassungen von Organen und der damit zusammenhängende Schaden glaubhaft zu machen. Es braucht somit nicht die volle Überzeugung des Gerichts vom Vorhandensein dieser Tatsachen herbeigeführt zu werden, sondern es genügt, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten. Das Gericht darf weder blosser Behauptungen genügen lassen noch einen stringenten Beweis verlangen. Es hat vielmehr in wertender Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen die im Gesuch behaupteten Verdachtsmomente auf ihre Wahrscheinlichkeit zu überprüfen. Zu beachten ist dabei, dass die Sonderprüfung der Verbesserung der Information der gesuchstellenden (Minderheits)aktionäre zu dienen bestimmt ist und das Gericht deshalb von ihnen nicht diejenige Nachweise verlangen darf, welche erst die Sonderprüfung erbringen soll (BGE 120 II 398 mit Hinweisen; Casutt, a.a.O., S. 94:). Entsprechendes gilt in Bezug auf die sich stellenden Rechtsfragen, namentlich jene im Zusammenhang mit den behaupteten Pflichtverletzungen von Organen. Auch hier hat das Gericht die Frage nach dem rechts- und statutenwidrigen Verhalten und damit nach der Verantwortlichkeit nicht abschliessend zu beantworten, sondern darf sich mit einer summarischen Prüfung begnügen (BGE 120 II 398 mit Hinweis auf Casutt, a.a.O., S. 99). Einem Begehren ist

#### **E. 44**

zwar nicht bereits dann zu entsprechen, wenn es sich nach einer summarischen Prüfung der massgebenden Rechtsfragen nicht als aussichtslos erweist. Das Gesuch ist aber jedenfalls dann gutzuheissen, wenn sich die rechtlichen Vorbringen zu den

Anspruchsvoraussetzungen bei summarischer Prüfung als einigermaßen aussichtsreich oder doch zumindest als vertretbar erweisen (BGE 120 II 398). Auch in der Lehre hat sich mehrheitlich die Meinung durchgesetzt, dass ein allzu strenger Massstab bei der Beurteilung des Glaubhaftmachens nicht angewendet werden dürfe (vgl. Weber, a.a.O., N. 3 zu Art. 397c OR mit Hinweisen). Ist die Frage der rechtlichen Qualifikation des Verhaltens nicht liquid, sollte - wie in Zweifelsfällen - dem Gesuch stattgegeben werden, damit nach Durchführung der Sonderprüfung erneut darüber befunden werden kann (Casutt, a.a.O., S. 99, S. 102). b) Z. geht in seinem Gesuch davon aus, dass die Hauptaktionäre und Verwaltungsräte B. und C. von der A. AG gegenüber anderen Aktionären bevorzugt behandelt werden und Leistungen beziehen, welche nicht durch entsprechende Gegenleistungen in Form von Arbeitsleistungen gerechtfertigt sind. Er hat diese Behauptungen, soweit ihm dies aufgrund seines Kenntnisstandes nach der Generalversammlung möglich war, auch untermauert. So weist er darauf hin, dass gemäss der Darstellung des Verwaltungsaufwandes anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung unter dem Titel "Verwaltungsaufwand" ein beträchtlicher Betrag von rund Fr. 543'000.--, unter "Übriger Aufwand und VR" ein solcher von rund Fr. 1'226'000.-- bezahlt worden sei. Insgesamt sei für den Verwaltungsrat und für ihm nahestehende Personen also nochmals derselbe Betrag ausbezahlt worden wie an die Managementgesellschaft für die Verwaltung des gesamten Hotelbetriebs (Ordner 1, Beilage 1, S. 12, Ziff. 26, Ordner 2, Gesuchsbeilage 5, Ziff. A 1 und 2). Weiter bringt er vor, die Mehrheitsaktionäre würden weitere unentgeltliche Leistungen beziehen, sei dies in Form von Leistungen, welche "vom Hause" übernommen würden, der Benützung der Infrastruktur der Gesuchsgegnerin oder aber durch die Übernahme von Rechtskosten, welche nicht gerechtfertigt seien. (Ordner 1, Beilage 1, S. 13, Ziff. 27). Dem Rekursgegner seien für die Monate Dezember 2003 bis März 2003 eine Rechnung über Fr. 240'000.-- für die Benützung von zwei Hotelzimmern gestellt worden. B. und C. würden eine mehrfach grössere Maisonettewohnung benutzen, ohne dass diese Kosten in Rechnung gestellt würden (Rekursantwort S. 13 Ziff. 21, Ordner 2, Gesuchsbeilagen 16-19). Geltend gemacht wird sodann, dass B. und C. neben ihrem Salär und dem Verwaltungshonorar weitere Leistungen auch in ihrem Domizil in Zürich beziehen würden, ohne dass eine entsprechende Gegenleistung erbracht würde. Die A. AG hat gewisse dieser Vermutungen im Rahmen des Verfahrens betreffend Anordnung einer Sonderprüfung zu entkräften versucht.

#### **E. 45**

So hat sie mit ihrer Stellungnahme eine detaillierte Aufgliederung der beiden Aufwandpositionen "Verwaltungsaufwand" und "Übriger Aufwand und VR" eingereicht (Ordner 2, Beilagen 58 und 59). Im Rekursverfahren schliesslich hat sie konkrete Angaben zu den von B. und C. bezogenen Honoraren und zu den von ihnen erbrachten Leistungen gemacht, welche vom Rekursgegner allerdings bestritten werden. Andere Fragen hat sie, wie oben im Einzelnen ausgeführt wurde, nicht oder jedenfalls nicht schlüssig beantwortet (oben E. 11 b)). Gerade diese Taktik der Rekurrentin, die Fragen immer nur gerade soweit zu beantworten, wie dies angesichts des Verfahrensablaufs erforderlich erscheint, erhärtet den Verdacht, dass die Hauptaktionäre, welche ja die Aktienmehrheit besitzen und die Geschicke der A. AG damit beherrschen können, geldwerte Leistungen beziehen könnten, welche nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den Gegenleistungen stehen. Der Kantonsgerichtspräsident rechnet zwar mit der Möglichkeit, dass im Rahmen der Sonderprüfung keine weiteren als die von der Gesellschaft bekanntgegebenen Bezüge eruiert

werden und keine Unregelmässigkeiten vorliegen. Es spricht aber auch eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass bei einer näheren Prüfung beispielsweise der vorhandenen Verträge mit den Hauptaktionären, der Naturalleistungen, der Kosten für externe Beratungen oder der Rechtskosten Positionen erscheinen, die geeignet sein könnten, die behaupteten Gewinnausschüttungen zugunsten der Mehrheitsaktionäre zu belegen. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt E. weist Z. darauf hin, dass der neu erstellte Gebäudekomplex den Gästen des Hotels als Einkaufsmöglichkeit für Luxusgüter dienen solle. Es seien daher vor allem Mieter gesucht worden, welche solche Luxusgüter verkaufen würden. Es müsse vermutet werden, dass bei der Erstellung und Vermietung von E. übermässig hohe Honorare an Drittpersonen bezahlt worden seien. Der Umstand, dass der Verwaltungsrat in diesem Bereich eine Vertraulichkeitserklärung für die Auskunfts- und Einsichtserteilung verlange, lasse wiederum vermuten, dass B. und C. bei der Finanzierung, Erstellung und Vermietung Entschädigungen erhalten hatten, für die keine adäquate Gegenleistung erbracht worden sei. Es trifft zu, dass Z. hierfür keine konkreten Beweismittel angeben kann. Er hat es aber nicht bei blossen Behauptungen bewenden lassen, sondern hat wiederholt Auskunft und Einsicht verlangt. Gerade in dieser Situation können von ihm für die Glaubhaftmachung nicht diejenigen Nachweise verlangt werden, welche angesichts der Weigerung des Verwaltungsrates, ohne Unterzeichnung einer Vertraulichkeitserklärung weitere Angaben zu machen, nur mit der Sonderprüfung erreicht werden können. Auch im Zusammenhang mit den Fragen zum Projekt E. kommt

#### **E. 46**

der Kantonsgerichtspräsident damit zum Schluss, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass übermässig hohe Zahlungen ausgerichtet wurden. c) Ist glaubhaft dargetan, dass die Organe Leistungen an die Hauptaktionäre ausgerichtet haben, ohne dass dafür eine angemessene Gegenleistung erbracht wurde, erscheint ohne weiteres auch glaubhaft, dass die Gesellschaft dadurch geschädigt wurde. Wirtschaftlich betrachtet werden auf diese Weise nämlich Mittel der Gesellschaft an einzelne Aktionäre transferiert. Das Vermögen der Gesellschaft wird dadurch vermindert und zwar unfreiwillig, wenn die Ausschüttungen nicht aufgrund gültiger Beschlüsse erfolgen (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 40, N. 88f., S. 496). Dass der Geschworene den Schaden beziffert, kann nicht verlangt werden, dies wäre ihm nämlich erst mit den Informationen, welche er mit Durchführung der Sonderprüfung erhalten würde, möglich. d) Die Rekursgegnerin macht zusammengefasst geltend, die Organe der Gesellschaft hätten sich rechts- und statutenwidriges Verhalten, indem sie verdeckte Gewinnausschüttungen vorgenommen hätten. Sie hätten damit das Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 717 Abs. 2 OR verletzt, gegen die Kapitalschutzbestimmungen verstossen und die strengen Voraussetzungen für die Ausschüttung der Dividenden missachtet (Rekursantwort, S. 22 Ziff. 38 ff.). aa) Nach Art. 717 Abs. 2 OR haben die Mitglieder des Verwaltungsrates die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln. Das Recht auf Gleichbehandlung bedeutet ganz grundsätzlich, dass Aktionärinnen und Aktionäre gegen jede unterschiedliche Behandlung, die durch die Interessen der Gesellschaft nicht sachlich gerechtfertigt werden kann, geschützt sind. Der Gleichbehandlungsgrundsatz will allerdings nicht eine absolute Gleichbehandlung gewährleisten. Er bedeutet vielmehr, dass von der Gleichbehandlung nur insoweit abgewichen werden darf, als dies für die Verfolgung des Gesellschaftszweckes im Interesse der Gesamtheit aller Aktionäre unumgänglich notwendig ist. Eine unterschiedliche Behandlung ist also dort zulässig, wo sie nicht unsachlich, sondern ein

angemessenes Mittel zur Erreichung des Zwecks ist (so bereits BGE 69 II 248f.; 91 II 300f., BGE 95 II 162f. ; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 39 NN. 12 ff., NN 63 ff., S. 459 ff.). Der Rekurrentin ist nach dem Gesagten insofern zuzustimmen, als das Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 717 Abs. 2 OR nicht bedeutet, dass die Gesellschaft Z. einerseits und B. und C. andererseits absolut gleich behandeln muss. Die Tatsache, dass B. und C. im Gegensatz zu Z. Verwaltungsräte und langjährige Angestellte sind, kann eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Dies gilt al-

#### **E. 47**

lerdings nur dann, wenn die oben dargelegten strengen Voraussetzungen erfüllt sind. Wenn sich der Rekursgegner nun auf den Standpunkt stellt, die vermutete Bevorzugung der Mehrheitsaktionäre gehe über das zulässige Mass hinaus und sei sachlich nicht begründbar, ist diese Rechtsposition zumindest vertretbar. bb) Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt vor, wenn einem Gesellschafter oder einer ihm oder der Gesellschaft nahestehende Person bewusst geschäftsmässig nicht begründete Zuwendungen geldwerter Vorteile durch die Gesellschaft erwachsen, ohne dass diese aufgrund eines Gewinnverteilungs- oder Kapitalherabsetzungsbeschlusses durch die Gesellschaft erfolgen. Die Gesellschaft erbringt also Leistungen, ohne dafür eine angemessene Gegenleistung zu erhalten (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 40 NN. 88f., S. 496). Die Ausschüttung verdeckter Gewinne ist rechtswidrig, weil dadurch die Kapitalschutzbestimmungen und die strengen Voraussetzungen für die Ausschüttung von Dividenden missachtet werden (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 40 N 91 ff.; § 50, insb. NN. 105 ff.; § 40 NN. 27 ff.; vgl. Böckli, a.a.O., N. 1412, 1413a). Entsprechend sieht Art. 678 Abs. 2 OR für verdeckte Gewinnausschüttungen ausdrücklich eine Rückerstattungspflicht vor, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zur Gegenleistung besteht. Verdeckte Gewinnausschüttungen liegen etwa dann vor, wenn die Gesellschaft zu hohe Entschädigungen für Arbeits- oder sonstige Dienstleistungen zahlt oder wenn "Entschädigungen" für Dienstleistungen bezahlt werden, die in Wahrheit nicht oder nur in geringem Umfang gemacht werden (z.B. sogenannte Beraterverträge mit Personen, deren Ratschläge die Gesellschaft nie in Anspruch zu nehmen gedenkt (vgl. Peter Kurer, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR II, 2. Aufl., Basel 2002, N. 14f. zu Art. 678 OR, Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 50, N: 120, S. 661). Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die rechtlichen Vorbringen des Rekursgegners bei einer summarischen Prüfung als aussichtsreich erscheinen, wenn sich mit der Sonderprüfung die glaubhaft gemachten Fakten, welche auf eine verdeckte Gewinnausschüttung hinweisen, bestätigen lassen. e) Zusammenfassend ergibt sich, dass es dem Rekursgegner gelungen ist, glaubhaft zu machen, dass die Organe der Gesellschaft Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft und Aktionäre geschädigt hat. Im Ergebnis kann der Entscheid der Vorinstanz auch in diesem Punkt bestätigt werden. 13). Der Bezirksgerichtspräsident Maloja hat die Firma X. AG, N.N., mit der Sonderprüfung beauftragt. Die Rekurrentin setzt sich zur Wehr und beantragt, eine kleinere und billigere Revisionsgesellschaft mit Fachwissen im Hotelbetrieb, allen-

#### **E. 48**

falls einen Juristen mit Hotelfachwissen, mit der Sonderprüfung vorzuschlagen. Sollten diese Kriterien erfüllt sein, sei sie bereit, angesichts der Seltenheit von Sonderprüfungsverfahren auf das Erfordernis einer spezifischen Sonderprüfungserfahrung zu verzichten (Rekurs S. 49, Ordner 1, act. 16). Zur Begründung wird ausgeführt, die

eingesetzte Revisionsgesellschaft sei bekannt für hohe Ansätze. Da keine Offerte mit entsprechenden Referenzen eingeholt worden sei, werde geltend gemacht, dass N.N. weder über Sonderprüfungserfahrung noch über Fachwissen im Hotelbereich verfüge. Möglicherweise fehle es der Sonderprüferin auch an der notwendigen Objektivität, da sie mit der aktuellen Revisionsgesellschaft in einem harten Wettbewerb stehe. Der Rekursgegner äussert sich zu dieser Frage nicht. Sie ist vom Kantonsgerichtspräsidenten zu entscheiden, da auch die Einsetzung des Sonderprüfers gemäss Art. 697c OR mit Rekurs angefochten werden kann (Art. 4 VV-zOR i.V.m. Art. 2 Ziff. 28 VVzOR). Zu Recht weist die Rekurrentin darauf hin, dass Sonderprüfungsverfahren selten sind. Die Anforderungen an eine solche Prüfung sind hoch. Dies hat zur Folge, dass die Auswahl an geeigneten Expertinnen und Experten nicht sehr gross ist. Unter diesen Umständen kann kaum vermieden werden, dass eine Sonderprüferin mit der Revisionsgesellschaft der A. AG in einem Wettbewerb steht. Die Objektivität ist allein deswegen nicht eingeschränkt. Soweit geltend gemacht wird, die eingesetzte Sonderprüferin sei bekannt für ihre hohen Ansätze, ist dazu zu sagen, dass qualifizierte Fachpersonen, welche eine Sonderprüfung durchführen können, etwa ähnlich hohe Ansätze haben dürften. Der Bezirksgerichtspräsident wird, wie dies üblich ist, vor der konkreten Auftragserteilung zweifellos eine Kostenschätzung einholen. Demnach kann nicht beanstandet werden, dass die Vorinstanz die Firma X. AG, deren grundsätzliche Eignung die Rekurrentin nicht in Frage gestellt hat und zu der keine der Parteien Beziehungen unterhält oder unterhalten hat, bestimmt hat. Was die Person des Sonderprüfers betrifft, hat die Vorinstanz zwar N.N. eingesetzt, den Parteien aber gleichzeitig Gelegenheit gegeben, sich zu dieser Person zu äussern (Ziff. 2 Abs. 2 des Urteilsdispositivs, E. 3b, S. 16). Damit bleibt Raum, den vorsorglich vorgebrachten Bedenken zur Person von N.N. Rechnung zu tragen, sollten sie sich erhärten. Der Entscheid der Vorinstanz kann somit auch in diesem Punkt nicht beanstandet werden. 14. Die A. AG rügt schliesslich die Kostenverteilung durch die Vorinstanz, welche zu 9/10 der Gesellschaft und zu 1/10 dem Gesuchsteller und Rekursgegner auferlegt wurde. Sie bemängelt in diesem Zusammenhang im Wesentlichen, dass die im Rahmen des Verfahrens erfolgte Fragebeantwortung als Anerkennung zu behandeln sei. Z. habe die entsprechenden Fragen der Generalversammlung nicht vorgelegt, so dass es am Erfordernis der Subsidiarität fehle. Dieser Argumentation

#### **E. 49**

kann nicht gefolgt werden. Wie die Fragen, welche im Rekursverfahren für die Sonderprüfung verblieben sind, können alle Fragen, welche die Rekurrentin während des Verfahrens vor der Vorinstanz beantwortet hat und welche damit gegenstandslos geworden sind, den drei Themenbereichen verdeckte Gewinnausschüttung, Bauprojekt E. und Verkauf von Grundstücken an die Baugesellschaft D. zugeordnet werden. Teilweise handelte es sich wiederum um Fragen, welche Z. in dieser Form erst aufgrund des Kenntnisstandes nach der Auskunftserteilung anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung stellen konnte. Legt man die Voraussetzung der Subsidiarität nicht allzu eng aus, handelte es sich somit nicht um neue Fragen. Z. unterlag somit nur insofern, als wenige Fragen zurückgewiesen wurden, weil sie den Ermessensspielraum von Geschäftsentscheiden betrafen. Die A. AG ist im vorinstanzlichen Verfahren somit weitgehend unterlegen. Dem teilweisen Obsiegen wurde ebenfalls Rechnung getragen. Auch in diesem Punkt lässt sich der vorinstanzliche Entscheid somit nicht beanstanden. 15. Erweist sich der Rekurs in allen Teilen als unbegründet, gehen die Kosten des Rekursverfahrens zu Lasten der Rekurrentin, welche die Rekursgegnerin ausseramtlich

angemessen zu entschädigen hat (Art. 122 Abs. 1 und 2 ZPO). Hieran vermag der Umstand, dass Z. die Frage nach der Kommissionszahlung von Fr. 175'000.-- im Zusammenhang mit dem Verkauf von Grundstücken an die Baugesellschaft D. zurückgezogen hat, nichts zu ändern. Die Frage wurde deshalb gegenstandslos, weil die Rekurrentin die entsprechenden Belege mit der Rekurschrift eingereicht hat. Es handelt sich um eine Zusatzfrage zur Frage nach der Veräusserung von Grundstücken in den letzten drei Jahren (Ordner 2, Beilage 5, S. 12 Ziff. 21). Erst bei der Beantwortung dieser Frage anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom 20. Februar 2003 wurde dem Rekursgegner unter anderem bekannt gegeben, dass im Zusammenhang mit dem Verkauf der Liegenschaften an die Baugesellschaft D. unter dem Titel "Kosten/Kommission" Fr. 175'000.-- bezahlt wurden. Er musste diese Frage nicht noch einmal dem Verwaltungsrat vorlegen.

#### **E. 50**

Demnach erkennt das Kantonsgerichtspräsidium :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.