

GR_GERICHTE ZK2 2016 3 vom 12. Januar 2022

GR Gerichte, 2022-01-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2016_3

FR: GR_GERICHTE ZK2 2016 3 du 12 janvier 2022

IT: GR_GERICHTE ZK2 2016 3 del 12 gennaio 2022

Regeste

Sonderprüfung (Art. 697b OR)

Erwägungen

E. 1

Für die Behandlung des Gesuchs um Einsetzung eines Sonderprüfers gemäss Art. 697b OR bezüglich einer Aktiengesellschaft mit Sitz in Chur ist das Kantonsgericht von Graubünden als einzige kantonale Instanz örtlich und sachlich zuständig (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 5 Abs. 1 lit. g ZPO i.V.m. Art. 6 EGzZPO [BR 320.100]). Innerhalb des Kantonsgericht liegt die Zuständigkeit bei der II. Zivilkammer (Art. 7 Abs. 1 lit. a KGV [BR 173.100]). Es gilt das summarische Verfahren (Art. 250 lit. c Ziff. 8 ZPO).

E. 2

Die Parteien haben vor Regionalgericht Plessur am 20. Juni 2017 einen Vergleich abgeschlossen, dessen Ziffer 3 folgendermassen lautet: "Die Parteien stellen beim Kantonsgericht Graubünden den Antrag, dass die dortigen Verfahren um Sonderprüfung vorerst sistiert werden. Nach Vorliegen des Berichtes und der Beantwortung allfälliger Ergänzungsfragen zum Fragebereich gemäss Ziffer 1, werden die Verfahren um Sonderprüfung vom Kläger zurückgezogen. Über die Kostenfolgen hat das Kantonsgericht zu entscheiden, wenn sich die Parteien diesbezüglich nicht einigen können" (act. D.22 [ZK2 16 3]). Die Formulierung stellt klar, dass die Sonderprüfungsverfahren nicht bereits mit dem Vergleich, sondern erst mit dem Rückzug der Gesuche um Sonderprüfung erledigt werden sollten. Diesen separaten Rückzug erklärte der Gesuchsteller gegenüber dem Kantonsgericht mit Eingabe vom 2. März 2020 (act. A.12 [ZK2 16 3] = act. A.5 [ZK2 16 63]). Ein Klagerückzug hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides (Art. 241 Abs. 2 ZPO). Das Gericht schreibt das Verfahren ab (Art. 241 Abs. 3 ZPO). Der

8 / 21 Abschreibungsentscheid fällt in die einzelrichterliche Kompetenz des Vorsitzenden (Art. 9 Abs. 2 GOG [BR 173.000]).

E. 3

Mit der Abschreibung des Verfahrens ist über die Prozesskosten zu befinden. Art. 697g OR regelt die Kostentragung bei der Sonderprüfung. Die Bestimmung gilt allerdings nur für die Kosten der Sonderprüfung. Die Kosten des Sonderprüfungsverfahrens nach Art. 697b OR, mithin die Prozesskosten, werden nach Massgabe der Art. 104 ff. ZPO festgesetzt und verteilt (Alain Raemy/Simon Gabriel, in: Roberto/Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Vergütungsverordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, N 2 zu Art. 697h OR).

E. 4

Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt, wobei bei Klagerückzug die klagende Partei als unterliegend gilt.

E. 4.1

Der Gesuchsteller verlangt eine von der Grundregel des Art. 106 Abs. 1 ZPO abweichende Kostenverteilung. Seiner Meinung nach sind die Prozesskosten gestützt auf Art. 107 Abs. 1 ZPO nach Ermessen zu verteilen. Er habe die Sonderprüfungsverfahren gutgläubig eingeleitet. Die Gesuchsgegnerin habe in widerrechtlicher Weise seine Kontrollrechte verletzt. Er habe begründeten Anlass zur Einleitung der Sonderprüfungsverfahren gehabt. Im Laufe der Verfahren habe die Gesuchsgegnerin ihren Standpunkt geändert und sich bereit erklärt, die Fragen zu beantworten bzw. durch einen unabhängigen Dritten beantworten zu lassen. Dies habe zur Gegenstandslosigkeit der Sonderprüfungsverfahren geführt, weshalb er sich zur Beendigung mittels Klagerückzugs bereit erklärt habe. Die Gesuchsgegnerin habe die Prozesse und die dadurch entstandenen Kosten verursacht. Die Gesuchsgegnerin habe ihm durch die Zustimmung zum Prüfungsbericht der K. _____ sämtliche Antworten auf seine offenen Fragen zugestanden und seine Rechtsansprüche schliesslich anerkannt. Im Ergebnis seien die Kosten beider Sonderprüfungsverfahren der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (act. A.12 und A.14 [ZK2 16 3] = act. A.5 und A.7 [ZK2 16 63]).

E. 4.2

Nach Ansicht der Gesuchsgegnerin ist im ersten Sonderprüfungsverfahren (ZK2 16 3) Art. 106 Abs. 1 ZPO anwendbar. Sie bestreitet, dass der Gesuchsteller in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst gewesen sei. Zwei zwingende Voraussetzungen für das Gesuch um Sonderprüfung seien nicht eingehalten worden. Zum einen habe der Gesuchsteller Art. 697a Abs. 1 OR, der die Subsidiarität des Anspruchs auf Einsetzung eines Sonderprüfers gegenüber dem Recht auf Auskunft und auf Einsicht vorsehe, nicht eingehalten. Zum anderen habe der Gesuchsteller Ende 2015 beim Vermittleramt Plessur eine Feststellungsklage zu den

E. 9

/ 21 gleichen Vorgängen in der GV vom 30. Oktober 2015 eingereicht, womit die Sache bereits anderweitig rechtshängig gewesen sei. Es liege kein Anwendungsfall von Art. 107 Abs. 1 ZPO vor, weshalb die Kosten des Verfahrens ZK2 16 3 vollumfänglich dem zurückziehenden Gesuchsteller aufzuerlegen seien. Was das zweite Sonderprüfungsverfahren (ZK2 16 63) angeht, führt die Gesuchsgegnerin aus, sie könne eine Berücksichtigung von Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO akzeptieren, weil hier der Gesuchsteller in der GV vom 30. August 2016 keine Fehler im Auskunfts- und Sonderprüfungsbegehren gemacht habe und weil sie – die Gesuchsgegnerin – in der Stellungnahme vom 22. Februar 2017 einen Eventualantrag auf eine Sonderprüfung zu bestimmten Bereichen gestellt habe. Dass sie sämtliche Prozesskosten übernehme, sei jedoch abzulehnen. Denn das Sonderprüfungsverfahren sei zur Ausübung von Aktionärsrechten nicht notwendig gewesen. Es sei nicht glaubhaft gemacht worden, dass eine Gründer- oder Organperson Recht verletzt und dadurch die Gesellschaft oder Aktionäre geschädigt habe. Sodann habe der Gesuchsteller bereits im Oktober 2016 beim Vermittleramt Plessur eine Klageanmeldung eingereicht und dabei eine ordentliche Revision der Jahresrechnungen 2013 und 2014 verlangt. Die Fragenbereiche, welche zu ordentlichen Revisionen jener Jahresrechnungen gehört hätte, seien somit ebenfalls be-

reits rechtshängig gewesen und hätten nicht mehr in einem neuen Verfahren vor- gebracht werden können. Ausserdem habe der Gesuchsteller im Verlaufe des Verfahrens etliche Sonderprüfungsgegenstände fallengelassen. Schliesslich habe der Prüfbericht der K. _____ dem Gesuchsteller nichts Neues gebracht. Eine hälftige Teilung der Kosten des zweiten Sonderprüfungsverfahrens (ZK2 16 63) sei daher begründet und gegenüber dem Gesuchsteller sogar wohlwollend. Es wäre unbillig, ihr – der Gesellschaft – mehr als die Hälfte der Gerichtskosten aufzuerlegen und sie zur Zahlung einer Parteientschädigung an den Gesuchsteller zu verpflichten (act. A.13 und A.15 [ZK2 16 3] = act. A.6 und A.8 [ZK2 16 63]). 5. Art. 107 Abs. 1 ZPO sieht typisierte Fallgruppen vor, bei denen das Gericht von der starren Kostenverteilungsregelung in Art. 106 ZPO abweichen und die Kosten nach Ermessen verteilen kann. 5.1. Nach der genannten Bestimmung können die Prozesskosten namentlich dann nach Ermessen verteilt werden, wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war (Art. 107 Abs. 1 lit. b). Diese Tatbestandsvariante kann unter anderem bei Rechtsbehelfen des Aktionärsschutzes aktuell werden. Laut der Botschaft zur ZPO sollen die Prozesskosten nicht unbesehen der Kleinaktionärin auferlegt werden, wenn diese gegen die Gesellschaft klagt und unterliegt. Für die Entlastung der Kleinaktionärin spreche das ungleiche wirtschaftliche

E. 9.1

In Bezug auf das erste Sonderprüfungsgesuch (ZK2 16 3) wendet die Gesuchsgegnerin konkret ein, durch die Anfechtung der GV-Beschlüsse vom 30. Oktober 2015 vor Regionalgericht Plessur habe eine anderweitige Rechtshängigkeit zur gerichtlichen Beurteilung, ob in der GV Art. 697a Abs. 1 OR missachtet worden sei, bestanden. Das Kantonsgericht hätte gar nicht auf das Gesuch um Sonderprüfung eintreten dürfen (act. A.13 [ZK2 16 3] S. 3 f.). Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Sonderprüfung und die Anfechtung von GV-Beschlüssen unterschiedliche Zwecke verfolgen: Während die Sonderprüfung der Informationsbe-

E. 9.2

Was das zweite Sonderprüfungsgesuch (ZK2 16 63) angeht, macht die Gesuchsgegnerin geltend, der Gesuchsteller habe bereits am 31. Oktober 2016 eine Klageanmeldung eingereicht und dabei unter anderem ordentliche Revision der beiden Jahresrechnungen 2013 und 2014 begehrt. Damit seien alle Fragenbereiche, welche zu ordentlichen Revisionen jener Jahresrechnungen gehört hätten, bereits rechtshängige Streitigkeiten gewesen (act. A.13 [ZK2 16 3] S. 7). Auch dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. In der Tat hat die Sonderprüfung nicht zum Ziel, eine umfassende Bilanzprüfung durch eine gesetzmässige Revisionsstelle zu ersetzen (BGE 133 III 453 E. 7.5; vgl. auch BGE 138 III 252 E. 3.1). Mögliche Konflikte zwischen den beiden Instituten werden jedoch nicht auf der Ebene der Rechtshängigkeit gelöst. Wird mit der Sonderprüfung eine umfassende Bilanzprüfung verlangt, so sind die Fragen zu allgemein und damit unzulässig (vgl. oben E. 7.3). Die Tatsache hingegen, dass eine Jahresrechnung bereits revidiert wurde, schliesst nicht aus, dass einzelne Elemente dieser Jahresrechnung oder dann die diesbezügliche Revision einer Sonderprüfung unterzogen werden (vgl. Weber, a.a.O., N 26 zu Art. 697a OR), sofern denn die weiteren Voraussetzungen der Sonderprüfung erfüllt sind. 10. Zusammengefasst hat die Gesuchsgegnerin den Prüfungsanspruch des Gesuchstellers im Vergleich vom 20. Juni 2017 grundsätzlich anerkannt und dadurch die Gegenstandslosigkeit der vorliegenden Sonderprüfungsverfahren (ZK2 16 3 und ZK2 16 63) verursacht. Allerdings war ein Teil der Fragen, die der

E. 10

/ 21 Kräfteverhältnis der Parteien, ausserdem das öffentliche Interesse, dass der Aktionärsschutz tatsächlich durchgesetzt werde. Als Anwendungsbeispiel nennt die Botschaft dabei explizit das Verfahren um Sonderprüfung (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7297). Dass das Kostenrisiko bei Verfahren um Sonderprüfung zugunsten der prozessführenden Aktionärin minimiert werden soll, zeigt auch die Entstehungsgeschichte des Art. 697g OR. Zwar ist die Bestimmung – wie erwähnt (oben E. 3) – nicht auf die Kosten des gerichtlichen Sonderprüfungsverfahrens anwendbar. Aus den Materialien zu Art. 697g OR geht jedoch deutlich hervor, dass der Gesetzgeber die prozessuale Schranke des Kostenrisikos möglichst niedrig gestalten wollte (Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 16 Rz. 84 mit Verweisen auf die Materialien; Rolf H. Weber, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, N 1 zu Art. 697g OR). Bei der Neufassung der Bestimmung im Rahmen der Revision des Aktienrechts kam dieser Wille erneut zum Ausdruck (vgl. Art. 697hbis OR in der Fassung gemäss Bundesgesetz vom 19. Juni 2020, AS 2020 4032; Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts [Aktienrecht] vom 23. November 2016, BBl 2017 545). Dahinter steht die Idee des Minderheitenschutzes. Eine Sonderprüfung schafft, wenn sie nicht offensichtlich grundlos ist, ein öffentliches Gut: Sie dient allen Aktionärinnen, unabhängig davon, ob sie sich dafür eingesetzt haben oder nicht. Insofern ist es auch gerechtfertigt, dass die Gesellschaft und damit letztendlich alle Aktionärinnen für die Kosten aufkommen müssen (Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, Rz. 870). 5.2. Weiter zu erwähnen ist die Tatbestandsvariante, wonach das Gericht die Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschlossen wird und das Gesetz nichts Anderes vorsieht (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Diesbezüglich hat die Rechtsprechung Kriterien entwickelt, wie das Ermessen auszuüben ist. Es ist namentlich zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage bzw. zum Rechtsmittel gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass das Verfahren gegenstandslos wurde (BGer 4A_272/2014 v. 9.12.2014 E. 3.1 m.w.H.). Eine ermessensweise Kostenverteilung ist schliesslich vorgesehen für all jene Fälle, da andere besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Dieser Auffangtatbestand verdeutlicht, dass es bei der Kostenverteilung trotz der Regelung in Art. 106 ZPO immer auch geboten ist, auf die gesamten Umstände Rücksicht zu nehmen. Dies gilt auch für den Klagerückzug, zumal ein solcher unterschiedliche Hintergründe haben kann. So

E. 11

/ 21 kann ein Rückzug etwa auch infolge eines aussergerichtlichen, d.h. dem Gericht nicht offengelegten Vergleichs erklärt werden. Bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen steht dann die Tatsache des Vergleichsschlusses im Vordergrund (ZMP 2019 Nr. 2 E. 3). Demnach kann das Gericht auch bei einem Klagerückzug von der Grundregel des Art. 106 Abs. 1 ZPO abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen. 6. Im vorliegenden Fall beruht der Rückzug auf einem Vergleich, den die Parteien im Rahmen von Verfahren, die vor Regionalgericht Plessur hängig waren, abgeschlossen haben. In diesem Vergleich einigten sich die Parteien darauf, die K. _____ mit der Prüfung der Gesuchsgegnerin zu verschiedenen Themenbereichen und

Fragestellungen zu beauftragen (act. D.22 [ZK2 16 3] Ziff. 1). Zugleich vereinbarten sie, beim Kantonsgericht den Antrag zu stellen, dass die dortigen Verfahren um Sonderprüfung vorerst sistiert würden. Nach Vorliegen des Berichts und der Beantwortung allfälliger Ergänzungsfragen zum Fragebereich gemäss Ziffer 1 würden, so der Vergleich weiter, die Verfahren um Sonderprüfung vom Gesuchsteller zurückgezogen (act. D.22 [ZK2 16 3] Ziff. 3). In der Folge, am 13. September 2019, erstattete die K. _____ ihren Prüfungsbericht, worauf der Gesuchsteller am 2. März 2020 die beiden Gesuche um Sonderprüfung beim Kantonsgericht zurückzog (act. A.12 [ZK2 16 3]). Dieser Hergang zeigt, dass der Rückzug eine Folge des vor Regionalgericht Plessur abgeschlossenen Vergleichs ist. In diesem Vergleich hat die Gesuchsgegnerin den Prüfungsanspruch des Gesuchstellers grundsätzlich anerkannt. Diese Anerkennung ist bei der Kostenverteilung nach Ermessen zu berücksichtigen (vgl. BGer 4A_345/2018 v. 5.11.2018 E. 3). Hinzu kommt, dass der Prüfbericht der K. _____ vom 13. September 2019 Schädigungen der Gesellschaft, Mängel in deren Organisation und Mängel bei der Revision der Jahresrechnungen bestätigt hat (vgl. act. B.41 [ZK2 16 3], insb. S. 19, 25 und 27). Es ist mithin davon auszugehen, dass der Gesuchsteller die Verfahren um Sonderprüfung in guten Treuen eingeleitet hat und die Gegenstandslosigkeit alsdann durch die Anerkennung seitens der Gesuchsgegnerin verursacht worden ist. Gestützt auf Art. 107 Abs. 1 ZPO rechtfertigt es sich daher, die Prozesskosten der Verfahren ZK2 16 3 und ZK2 16 63 grundsätzlich der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen. Dieses Ergebnis deckt sich mit dem in der Lehre anerkannten Grundsatz, wonach in Fällen, da das Verfahren gegenstandslos wird, weil die Gesellschaftsorgane die notwendigen Informationen nachliefern, die Gesellschaft als Verursacherin kostenpflichtig ist (Weber, a.a.O., N 2 zu Art. 697g OR).

E. 11.1

Gemäss Art. 8 VGZ (BR 320.210) beträgt die Entscheidgebühr in Angelegenheiten, in denen das Kantonsgericht als einzige kantonale Instanz urteilt, CHF 1'000.00 bis CHF 30'000.00. Wird ein Verfahren durch Vergleich, Klageanerkennung oder Klagerückzug beendet oder wird es gegenstandslos, wird nach Art. 17 VGZ eine reduzierte Entscheidgebühr erhoben. Die Entscheidgebühr wird vorliegend für beide Verfahren (ZK2 16 3 und ZK2 16 63) angesichts des verursachten Aufwands auf insgesamt CHF 2'500.00 festgesetzt. Davon gehen CHF 500.00 (= 1/5 von CHF 2'500.00) zulasten des Gesuchstellers und CHF 2'000.00 (= 4/5 von CHF 2'500.00) zulasten der Gesuchsgegnerin.

E. 11.2

Der Gesuchsteller beantragt eine angemessene Parteientschädigung. Die urteilende Instanz setzt die Parteientschädigung der obsiegenden Partei nach Ermessen fest, wobei sie in der Regel vom Betrag ausgeht, welcher der entschädigungsberechtigten Partei für die anwaltliche Vertretung in Rechnung gestellt wird (Art. 2 HV [BR 310.250]). Als üblich gilt ein Stundenansatz zwischen CHF 210.00 und CHF 270.00 (Art. 3 HV). Ohne Honorarvereinbarung wird praxismässig vom mittleren Stundenansatz von CHF 240.00 ausgegangen (statt vieler KGer GR ZK2 19 14 v. 29.6.2020 E. 3.3.2). Die Berechnung der Parteientschädigung erfolgt dabei nach der sog. Quotenbeziehungsweise Bruchteilsverrechnung. Nach dieser Methode wird zunächst das anteilmässige Unterliegen und Obsiegen ermittelt. Die Bruchteile bzw. Quoten des jeweiligen Obsiegens beider Parteien werden sodann gegenseitig verrechnet. Die mehrheitlich obsiegende Partei erhält als Parteientschädigung schliesslich die mit der Differenz der verrechneten Bruchteile bzw. Quoten multiplizierte Honorarforderung (statt vieler KGer GR ZK1 14 115

v. 17.9.2015 E. 15b).

E. 12

/ 21 7. An dieser Kostenverteilung vermag der Umstand, dass sich der Prüfbericht der K._____ vom 13. September 2019 nicht zu allen Fragen äussert, deren Beantwortung der Gesuchsteller mit den beiden Gesuchen um Sonderprüfung bezweckte, nichts zu ändern.

7.1. Die Gesuchsgegnerin weist zwar zutreffend darauf hin, dass der Fragenkatalog gemäss Rechtsbegehren vom 29. Januar 2016 bzw. vom 30. November 2016 umfangreicher war als jener gemäss Vergleich vom 20. Juni 2017 (samt Ergänzungsfragen vom 24. Mai 2018), der Grundlage für den Prüfbericht der K._____ bildete. Der Einwand bleibt indes zu pauschal, um berücksichtigt werden zu können. Der Gesuchsteller ging im Klagerückzug vom 2. März 2020 auf die Fragen, wie sie in den Sonderprüfungsgesuchen gestellt und schliesslich auf der Grundlage des Vergleichs vom 20. Juni 2017 von der K._____ untersucht worden waren, detailliert ein. So legte er insbesondere dar, dass seine Fragen betreffend die tatsächlichen Geldtransaktionen in den Geschäftsjahren 2013 und 2014 und betreffend die Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzplanung beantwortet worden seien. Auch habe der Prüfbericht die Fragen im Zusammenhang mit der Finanzkontrolle und der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates bei der Veruntreuung beantwortet. Schliesslich habe der Bericht auch Antworten auf die Fragen im Zusammenhang mit der Ordnungsmässigkeit der eingeschränkt revidierten Jahresrechnungen 2013 und 2014 sowie der Eröffnungsbilanz gegeben. Daraus folgerte der Gesuchsteller, dass der Prüfbericht der K._____ sämtliche Fragen, welche zur Einleitung der Sonderprüfungsverfahren geführt hätten, beantwortet habe. Seinem Anliegen einer umfassenden und wahrheitsgetreuen Schadensaufarbeitung durch einen unabhängigen Dritten sei Folge geleistet worden (act. A.12 Ziff. 21 ff.). In ihrer Stellungnahme vom 4. Mai 2020 beschränkte sich die Gesuchsgegnerin darauf, auf den umfangmässigen Unterschied zwischen dem Auskunftsbegehren des Gesuchstellers, ihrem Eventualantrag in der Stellungnahme vom 22. Februar 2017 und dem Prüfungsauftrag gemäss dem gerichtlichen Vergleich vom 20. Juni 2017 hinzuweisen, ehe sie folgerte, der Gesuchsteller habe "etliche Sonderprüfungsvorstellungen" fallen gelassen (vgl. act. A.13 [ZK2 16 3] Ziff. 3f). Um welche Fragen oder Themen es sich dabei handelte, führte die Gesuchsgegnerin nicht aus. Dabei wäre es für sie ohne Weiteres möglich und zumutbar gewesen darzulegen, welche einzelnen Fragen gemäss Rechtsbegehren vom 29. Januar 2016 bzw. vom 30. November 2016 im Vergleich bzw. im Prüfauftrag an die K._____ nicht mehr enthalten waren und folglich im Prüfbericht nicht beantwortet wurden. Nachdem der Gesuchsteller in seiner Stellungnahme vom 28. Mai 2020 den Einwand der Gesuchsgegnerin bestritten hatte (vgl. act. A.14 [ZK2 16 3] Ziff. 18), ging die Gesuchsgegnerin auch in ihrer Replik vom

E. 13

/ 21 1. Juli 2020 auf die Frage, welche Gegenstände der Gesuchsteller im Verlaufe des Prozesses fallengelassen haben soll, nicht näher ein (vgl. act. A.15 [ZK2 16 3]). Ein solches prozessuales Verhalten ist mit der Substantiierungspflicht, wie sie im Zivilprozess gilt, nicht vereinbar, weshalb der Einwand unberücksichtigt bleiben muss.

7.2. Abgesehen davon zeigt eine Gegenüberstellung des Fragenkatalogs gemäss dem Rechtsbegehren vom 29. Januar 2016 bzw. vom 30. November 2016 mit dem Fragenkatalog gemäss dem Vergleich vom 20. Juni 2017 (samt Ergänzungsfragen vom 24. Mai 2018), dass die Fragen betreffend den Zahlungsfluss in den Jahren 2013 und 2014, das interne Kontrollsystem (IKS) und die Revisionen der Jahresrechnungen 2013 und 2014 im Ergebnis weitgehend

deckungsgleich sind. Mit dem Prüfbericht der K. _____ vom 13. September 2019 wurde das Informationsinteresse, welches der Gesuchsteller mit den beiden Gesuchen um Sonderprüfung verfolgte, im Wesentlichen befriedigt. Dies genügt, um die Prozesskosten grundsätzlich der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen. Denn zum einen soll – wie erwähnt (oben E. 5.1) – nach dem Willen des Gesetzgebers das Kostenrisiko der in guten Treuen um Sonderprüfung ersuchenden Aktionärin möglichst gering ausfallen. Zum anderen hat – wie ebenfalls bereits ausgeführt (oben E. 6) – die Gesuchsgegnerin die grundsätzliche Berechtigung des Prüfungsanspruchs anerkannt. Dass in einer solchen Konstellation die gesamten Prozesskosten der beklagten Partei auferlegt werden können, ist in Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO für die ähnliche Situation, dass die Klage zwar grundsätzlich, nicht aber in der Höhe der Forderung gutgeheissen wird, ausdrücklich vorgesehen. Es rechtfertigt sich daher, die Prozesskosten der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen, auch wenn der Prüfgegenstand, auf den sich die Parteien im Vergleich vom 20. Juni 2017 schliesslich einigten, enger gefasst ist als noch im Rechtsbegehren vom 29. Januar 2016 bzw. vom 30. November 2016. Dass der Gesuchsteller den Prüfgegenstand in mutwilliger Weise oder in der Absicht, der Gesellschaft zu schaden oder die Organe zu belästigen, ursprünglich weiter fasste, als er interessiert war, macht die Gesuchsgegnerin nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich.

7.3. Im Rechtsbegehren vom 30. November 2016 fällt allerdings auf, dass ein Teil der aufgeführten Fragen einer Sonderprüfung nicht zugänglich ist. Die Sonderprüfung muss darauf gerichtet sein, konkrete Tatsachen zu ermitteln, und darf nicht auf eine rechtliche Beurteilung oder ein Werturteil abzielen. Die Sonderprüfung ist sodann weder eine flächendeckende Ausforschung noch eine "fishing expedition". Sie kann nicht verlangt werden in der Hoffnung, dabei auch auf eine Rechtsverletzung zu stossen, von welcher die Aktionärin keine Kenntnis hatte

E. 14

/ 21 (BGE 138 III 252 E. 3.1 m.w.H.). Das Rechtsbegehren vom 30. November 2016 enthält einerseits Fragen, die zu unbestimmt sind und auf eine (unzulässige) fishing expedition hinauslaufen. Exemplarisch erwähnt sei Frage 2.2, die folgendermassen lautet: "Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle und der Finanzplanung: Feststellung über die tatsächliche Ausübung der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates mit Bezug auf Ausgestaltung des Rechnungswesens, Ausübung der Finanzkontrolle, Aufstellung und Durchführung/Kontrolle der Finanzplanung, Überprüfung des vom Verwaltungsrat erstellten internen Kontrollsystems IKS" (act. A.1 [ZK2 16 63] S. 2 f.). Mit einer solch allgemeinen Frage würde der Sonderprüfer dazu angehalten, das gesamte Wirken eines Verwaltungsrats im finanziellen Bereich der Gesellschaft zu überprüfen, was zweifelsohne zu weit geht. Entsprechendes gilt für die Fragen 3.1-3.3, die darauf gerichtet sind, die Revision der Jahresrechnungen 2013 und 2014 einer allgemeinen Überprüfung zu unterziehen. Andererseits zielt eine Reihe von Fragen, die im Rechtsbegehren vom 30. November 2016 enthalten sind, auf eine rechtliche Beurteilung interner Vorgänge der Gesuchsgegnerin ab. Zu erwähnen ist hier beispielsweise Frage 3.1: "Wurde die Revision der korrigierte Jahresrechnung 2013 im Zusammenhang mit der Schädigung der Gesellschaft gemäss den erforderlichen Prüfungshandlungen mit der gebotenen Sorgfalt durchgeführt?" Ob die Revision mit der gebotenen Sorgfalt durchgeführt wurde, ist keine Tat-, sondern eine Rechtsfrage, die im Rahmen einer Sonderprüfung nicht gestellt werden darf. Gleiches gilt für die Fragen 3.2-3.4, die zumindest in Teilen ebenfalls eine Beurteilung der Vorgänge der Gesuchsgegnerin nach dem anwendbaren Sorgfaltsmassstab bezwecken. Bezüglich dieser

Fragen hätte das Sonderprüfungsge- such, wäre es nicht zurückgezogen worden, nicht gutgeheissen werden können. Dies ist bei der Verteilung der Prozesskosten zulasten des Gesuchstellers zu berücksichtigen (unten E. 10). 8. Begründet ist zudem der in Bezug auf das erste Sonderprüfungsverfahren (ZK2 16 3) erhobene Einwand der Gesuchsgegnerin, der Gesuchsteller habe die Subsidiarität gemäss Art. 697a Abs. 1 OR nicht eingehalten (act. A.13 [ZK2 16 3] S. 3). 8.1. Nach Art. 697a Abs. 1 OR kann ein Aktionär die Anordnung einer Sonder- prüfung nur beanspruchen, wenn er das Auskunfts- oder das Einsichtsrecht gemäss Art. 697 OR bereits ausgeübt hat. Insoweit ist der Anspruch auf Einset- zung eines Sonderprüfers gegenüber dem Recht auf Auskunft und auf Einsicht subsidiär (BGE 123 III 261 E. 3a). Um eine Gleichstellung aller Aktionäre bezüg- lich des Informationsstandes zu erreichen, muss das Auskunftsrecht gemäss

E. 15

/ 21 Art. 697 OR in der GV ausgeübt werden (BGE 133 III 133 E. 3.3). Der Antrag auf Einleitung einer Sonderprüfung ist indes nicht traktandierungspflichtig. Der Antrag kann vielmehr "überfallartig" an der GV vorgetragen werden, doch ist dort stets zuerst das entsprechende Auskunfts- oder Einsichtsbegehren zu stellen (Böckli, a.a.O., § 16 Rz. 31). Der Verwaltungsrat ist verpflichtet, den Antrag zur Einsetzung eines Sonderprüfers in der GV zur Abstimmung zu bringen, auch wenn er aus formellen oder materiellen Gründen den Antrag ablehnt. Die Pflicht zur Vorlage gilt auch dann, wenn der Verwaltungsrat im Anschluss an die GV noch Informationen nachzuliefern gewillt ist. Weigert sich der Verwaltungsrat, das Beschlussverfahren trotz Wahrnehmung der Abstimmungsverfolgungs-Obliegenheit seitens der Aktio- narin durchführen, ist nicht die GV anzufechten, sondern aus prozessökonomi- schen Gründen ist darin eine Ablehnung des Antrags auf Einsetzung eines Son- derprüfers zu sehen, d.h. die Aktionärin kann direkt den Antrag nach Art. 697b OR stellen (Weber, a.a.O., N 31 zu Art. 697a OR). Zielt das Auskunftsbegehren auf Informationen ab, die dem Versammlungsleiter oder den anwesenden Mitgliedern der Geschäftsleitung nicht ohne Weiteres sofort zur Verfügung stehen, oder enthält es eine ganze Liste von Fragen, so muss die Aktionärin das Begehren wegen des aktienrechtlichen Verhältnismässigkeitsprin- zips (schonende Rechtsausübung durch die Aktionärin) rechtzeitig vor der GV schriftlich einreichen. Andernfalls muss die Beantwortung je nach Umständen auf die nächste GV verschoben werden (Böckli, a.a.O., § 16 Rz. 32). Das hat zur Konsequenz, dass in der GV, in welcher ein solches nicht unmittelbar beantwort- bares Auskunftsbegehren zur Debatte steht, noch gar keine juristisch relevante Auskunftserteilung erfolgen kann, die von der Aktionärin als unbefriedigend taxiert werden könnte. Solange die vollumfängliche Beantwortung des Auskunftsbegeh- rens pendent bleibt, lässt sich auch nicht abschätzen, ob die Informationserteilung für die fragende Aktionärin ausreichend und damit ihr Informationsinteresse erfüllt ist oder nicht. Kann – mit anderen Worten – noch nicht von einer erfolglosen Aus- übung und damit noch nicht von einem Scheitern des Informationsrechts der Akti- onärin gesprochen werden, fehlt es aber an einem Konstitutiverfordernis für die Antragstellung auf Einleitung einer Sonderprüfung. Das Antragsrecht auf Einlei- tung einer Sonderprüfung leitet seine Existenzberechtigung aus dem Misslingen des Auskunfts- und Einsichtsrechts her und soll den unerfüllten Informationsan- spruch der Aktionärin ergänzen und erweitern. Dieser Lösungsansatz zieht nun die logische und – praktisch relevante – Rechtsfolge nach sich, dass für eine An- tragstellung auf Sonderprüfung in derjenigen GV kein Raum bestehen kann, in welcher das Auskunftsbegehren rein tatsächlich nicht beantwortbar ist (Felix Hor- ber, Das Auskunftsbegehren und die Sonderprüfung – siamesische Zwillinge des

E. 16

/ 21 Aktienrechts, in: SJZ 1995, S. 169 f.). Folge davon ist, dass der Verwaltungsrat nicht verpflichtet ist, bereits in dieser GV den Antrag auf Einleitung einer Sonderprüfung zur Abstimmung zu bringen. Kommt der Antrag nicht zur Abstimmung, kann darin keine Verweigerung erblickt werden (Peter V. Kunz, Der Minderheiten-schutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, § 12 Rz. 69 und dort Fn. 257). 8.2. Vorliegend ist unbestritten, dass der Gesuchsteller anlässlich der GV vom 30. Oktober 2015 ein Auskunftsbegehren gegenüber dem Verwaltungsrat und der Revisionsstelle mit insgesamt 15 Fragen und im Anschluss einen Antrag auf Einleitung einer Sonderprüfung stellte (vgl. auch act. B.19 [ZK2 16 3] S. 4; act. B.20 [ZK2 16 3]). Der Vorsitzende der Versammlung ging auf die Fragen nicht ein, erklärte aber, der Verwaltungsrat sei bereit, diese in dessen nächster Sitzung zu behandeln und dann die Antworten auf zulässige Fragen in der nächsten GV zu erteilen. Eine Abstimmung über den Antrag auf Sonderprüfung wurde nicht durchgeführt (act. B.19 [ZK2 16 3] S. 4). Am 9. Dezember 2015 teilte der Verwaltungsratspräsident dem Gesuchsteller brieflich mit, der Verwaltungsrat werde an der nächsten GV auf das Auskunftsbegehren antworten (act. C.84 [ZK2 16 3]). Trotz dieser Ankündigungen reichte der Gesuchsteller bereits am 29. Januar 2016, ohne die nächste GV und die Antworten des Verwaltungsrates abzuwarten, das erste Sonderprüfungsgesuch ein. Dieses Vorgehen ist mit der in Art. 697a Abs. 1 OR vorgesehenen Subsidiarität nicht vereinbar. Der Gesuchsteller hätte vielmehr dem Verwaltungsrat Gelegenheit einräumen müssen, freiwillig und ohne Sonderprüfung die Fragen zu beantworten. Da der an der GV unterbreitete Fragenkatalog umfassend war und zahlreiche Detailfragen zu finanziellen Angelegenheiten enthielt (vgl. act. B.20 [ZK2 16 3]), ist nachvollziehbar, dass der Verwaltungsrat die Beantwortung auf später verschieben wollte, um die Sachverhalte vorher genau überprüfen zu können. Der Gesuchsteller hätte somit die nächste GV abwarten müssen und erst im Anschluss, soweit sich die Auskunft des Verwaltungsrates als unzureichend erwiesen hätte, das Sonderprüfungsverfahren einleiten dürfen. Dass die Durchführung des Sonderprüfungsverfahrens vor der GV vom 10. Juni 2016 nicht zweckmässig war, bestätigte der Gesuchsteller im Übrigen selber, beantragte er in der Replik vom 26. Mai 2016 im Hinblick auf die Traktanden der GV vom 10. Juni 2016, die auch sein Auskunftsbegehren vom 30. Oktober 2015 aufführten (act. B.29 [ZK2 16 3] Traktandum 3), doch eine Sistierung des Sonderprüfungsverfahrens (act. A.3 [ZK2 16 3] S. 2 und Ziff. 76). 8.3. Die nachfolgende GV fand am 10. Juni 2016 statt. Dabei nahm der Vorsitzende der Versammlung zu einzelnen Fragen des Gesuchstellers, die er anlässlich der GV vom 30. Oktober 2015 gestellt hatte, Stellung. Eine Abstimmung über

E. 17

/ 21 den Antrag auf Sonderprüfung wurde wiederum nicht durchgeführt (act. B.26 [ZK2 16 63] S. 3 ff.). Erst aufgrund dieser Vorkommnisse durfte der Gesuchsteller davon ausgehen, dass der Verwaltungsrat nicht gewillt ist, die Informationen im verlangten Umfang herauszugeben und den Sonderprüfungsantrag zur Abstimmung zu bringen. Zu diesem Zeitpunkt war das erste Sonderprüfungsverfahren (ZK2 16 3) allerdings bereits im Gang, hatte der Vorsitzende doch bereits am 8. März 2016 einen zweiten Schriftenwechsel angeordnet (act. D.6 [ZK2 16 3]) und der Gesuchsteller am 26. Mai 2016 seine Replik eingereicht (act. A.3 [ZK2 16 3]). Der Gesuchsteller hätte die Ereignisse der GV vom 10. Juni 2016 als echte Noven in das Verfahren einbringen können (vgl. Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO), sodass die für die Gutheissung des Gesuchs erforderliche Subsidiarität ab diesem

Zeitpunkt vorgelegen hätte. Allerdings hätte sich damit der bisherige Prozess zumindest in Teilen als entbehrlich erwiesen. Mit seinem Vorgehen hat der Gesuchsteller folgende unnötige Prozesskosten verursacht (Art. 108 ZPO). Aus diesem Grund scheint angemessen, einen Teil der Prozesskosten dem Gesuchsteller aufzuerlegen (unten E. 10). 9. Die übrigen Argumente der Gesuchsgegnerin, weshalb die Prozesskosten zumindest teilweise dem Gesuchsteller aufzuerlegen seien, überzeugen nicht. Nachdem unbestritten ist, dass die Gesuchsgegnerin durch Veruntreuungen geschädigt wurde, die mehr als ein Jahr andauerten und sich auf einen Schadensbetrag von rund CHF 1.5 Mio. summierten, stellt sich unweigerlich die Frage nach der Verantwortlichkeit der Leitungsorgane. Bereits aus diesem Grund war eine Gesetzes- oder Statutenverletzung durch die Gesellschaftsorgane glaubhaft. Auch der Einwand, der Prüfbericht habe nichts Neues zu Tage gefördert, ist nicht stichhaltig, liegt mit dem Prüfbericht doch immerhin eine unabhängige Expertise zu den fraglichen Ereignissen vor, die es in dieser Form zuvor noch nicht gab. Nicht überzeugend ist schliesslich auch der Einwand der Gesuchsgegnerin, die Sache sei bereits anderweitig rechtshängig gewesen, weshalb das Kantonsgericht auf die Sonderprüfungsgesuche nicht hätte eintreten dürfen:

E. 18

/ 21 schaffung der Aktionärin dient, ist der Anfechtungsprozess auf die Aufhebung von GV-Beschlüssen, die gegen Gesetz oder Statuten verstossen (vgl. Art. 706 OR), gerichtet. Bereits aufgrund dieser unterschiedlichen Zweckbestimmung stehen sich die beiden Verfahren gegenseitig nicht im Weg. Vorliegend verlangte der Gesuchsteller vor Regionalgericht Plessur zusammen mit der Anfechtung der GV-Beschlüsse vom 30. Oktober 2015 die gerichtliche Feststellung, dass er sein Auskunftsrecht betreffend die korrigierte Jahresrechnung 2013 anlässlich der GV vom 30. Oktober 2015 ausgeschöpft habe und das Protokoll entsprechend zu ergänzen bzw. zu korrigieren sei. Weiter beantragte er die Feststellung, dass der Verwaltungsrat auf sein Auskunftsbegehren zu Unrecht nicht eingegangen sei (act. B.82 [ZK2 16 3] Anträge Ziff. 9 und 10). Diese Begehren betreffen zwar Elemente, die sich als Vorfragen auch im Sonderprüfungsverfahren stellen. Allein deswegen ist der Streitgegenstand aber noch nicht identisch. Ob die separate Feststellung dieser Elemente angesichts der Möglichkeit, ein Sonderprüfungsverfahren zu führen, zulässig ist, erscheint im Übrigen zweifelhaft (vgl. BGE 99 II 172 E. 2), kann hier aber dahingestellt bleiben.

E. 19

/ 21 Gesuchsteller mit dem zweiten Sonderprüfungsgesuch (ZK2 16 63) hätte untersuchen lassen wollen, unzulässig. Ausserdem hat der Gesuchsteller das erste Sonderprüfungsgesuch (ZK2 16 3) eingeleitet, als sein Auskunfts- und Einsichtsrecht noch nicht ausgeübt war, wodurch unnötige Prozesskosten entstanden sind. Bei einer Gesamtwürdigung der Umstände und in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 und Art. 108 ZPO rechtfertigt es sich, die Prozesskosten der beiden Sonderprüfungsverfahren (ZK2 16 3 und ZK2 16 63) zu 1/5 dem Gesuchsteller und zu 4/5 der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen. 11. Die Prozesskosten bestehen in Gerichtskosten und Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO).

E. 20

/ 21 Zur Bestimmung der Parteientschädigung reichte der Gesuchsteller die Honorarnote seiner Rechtsvertreter ein. Daraus ergibt sich ein Aufwand von total 247.7 Stunden (act.

B.40 [ZK2 16 3]). Aufgrund der komplexen Materie und des Aktenumfangs erscheint dieser Aufwand insgesamt angemessen (vgl. Art. 2 HV [BR 310.250]), zumal die Gesuchsgegnerin gegen den geltend gemachten Aufwand keine Einwendungen erhebt (vgl. act. 15 [ZK2 16 3] lit. e). Der Gesuchsteller beantragt den im Kanton Graubünden üblich geltenden Maximalstundenansatz von CHF 270.00 für einen Zeitaufwand von 227.4 Stunden; für 20.3 Stunden geht er von einem Stundenansatz von CHF 202.50 aus (act. B.40 [ZK2 16 3]). Allerdings legt er keine Honorarvereinbarung vor. 227.4 Stunden sind somit zu CHF 240.00 und 20.3 Stunden zu CHF 202.50 zu entschädigen, was total CHF 58'686.75 (= CHF 54'576.00 + CHF 4'110.75) ergibt. Spesen werden in der Honorarnote keine geltend gemacht, weshalb sich deren Zusprechung erübrigt. Hinzu kommt indes, wie ausdrücklich verlangt (act. A.12 Ziff. 60), die Mehrwertsteuer (8 % auf CHF 51'450.75 und 7.7 % auf CHF 7'236.00), wodurch sich die Parteientschädigung – unter Vorbehalt der Quoten- bzw. Bruchteilsverrechnung – auf CHF 63'359.95 beläuft (= CHF 58'686.75 + CHF 4'116.05 + CHF 557.15). Die Gesuchsgegnerin verlangt für die Prozessbemühungen ihres Verwaltungsrates, Rechtsanwalt Dr. iur. L._____, eine Umtriebsentschädigung. Nach der Praxis des Kantonsgerichts hat ein in eigener Sache prozessierender Rechtsanwalt Anspruch auf eine Umtriebsentschädigung i.S.v. Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO (KGer GR ZK2 19 11 v. 29.8.2019 E. 13.2; KGer GR ZK1 17 93 v. 27.6.2018 E. 7.2; PKG 2005 Nr. 11 E. 3b). Dies gilt auch für den Fall, dass ein Rechtsanwalt als Organ einer juristischen Person handelt (KGer SK2 20 4 v. 22.10.2020 E. 10.2). Nach der Quoten- bzw. Bruchteilsverrechnung hat im Ergebnis die zu 4/5 als unterliegend geltende Gesuchsgegnerin den Gesuchsteller mit CHF 38'015.95 (= 3/5 von CHF 63'359.95) zu entschädigen. Diese Summe resultierte im Übrigen selbst dann, wenn der Gesuchsgegnerin keine Umtriebsentschädigung zugesprochen würde. Denn die Obsiegensquoten müssen auch dann verrechnet werden, wenn nur eine der Parteien anwaltlich vertreten ist (Hans Schmid/Ingrid Jent-Sørensen, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, N 4 zu Art. 106 ZPO).

E. 21

/ 21

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