

ZH_HANDELSGERICHT HE170369 vom 22. Februar 2018

Zh Handelsgericht, 2018-02-22, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE170369

FR: ZH_HANDELSGERICHT HE170369 du 22 février 2018

IT: ZH_HANDELSGERICHT HE170369 del 22 febbraio 2018

Erwägungen

E. 1

Es sei ein unabhängiger Sachverständiger einzusetzen und mit der Durchführung einer Sonderprüfung i.S.v. Art. 697a ff. OR bei der Gesuchsgegnerin zu beauftragen.

E. 2

Der gemäss Antrag Ziff. 1 einzusetzende Sachverständige sei zu beauftragen, im Rahmen der Sonderprüfung folgende Sachverhalte abzuklären: a) Wurden die Beteiligungen an (i) C._____ AG (CHE-1), (ii) D._____ AG (CHE-2), (iii) E._____ AG (heute F._____ AG; CHE-3), (iv) G._____ AG (CHE-4), (v) B._____ Management AG (CHE-5), (vi) H._____ AG (CHE-6) und (vii) B._____ Immobilien AG (CHE-7) an Aktionäre, I._____, J._____, K._____ und L._____ oder diesen nahestehende Personen veräussert? Wenn ja, an wen? b) Zu welchem Preis wurden die Beteiligungen (i) C._____ AG (CHE-1), (ii) D._____ AG (CHE-2), (iii) E._____ AG (heute F._____ AG; CHE-3), (iv) G._____ AG (CHE-4), (v) B._____ Management AG (CHE-5), (vi) H._____ AG (CHE-6) und (vii) B._____ Immobilien AG (CHE-7) insgesamt und je einzeln verkauft? c) Wurden die Beteiligungen an (i) C._____ AG (CHE-1), (ii) D._____ AG (CHE-2), (iii) E._____ AG (heute F._____ AG; CHE-3), (iv) G._____ AG (CHE-4), (v) B._____ Management AG (CHE-5), (vi) H._____ AG (CHE-6) und (vii) B._____ Immobilien AG (CHE-7) insgesamt und je einzeln unter oder über deren Marktwert verkauft? Falls ja, um wie viel Franken unter bzw. über dem Marktwert insgesamt und je einzeln? d) Wie viele externe Gutachter haben die Verkaufspreise der Beteiligungen an (i) C._____ AG (CHE-1), (ii) D._____ AG (CHE-2), (iii) E._____ AG (heute F._____ AG; CHE-3), (iv) G._____ AG (CHE-4), (v) B._____ Management AG (CHE-5), (vi) H._____ AG (CHE-6) und (vii) B._____ Immobilien AG (CHE-7) ermittelt? Wie heissen diese? e) Wie wurden die jeweiligen Verkaufspreise der Beteiligungen an (i) C._____ AG (CHE-1), (ii) D._____ AG (CHE-2), (iii) E._____ AG (heute F._____ AG; CHE-3), (iv) G._____ AG (CHE-4), (v) B._____ Management AG (CHE-5), (vi) H._____ AG (CHE-6) und (vii) B._____ Immobilien AG (CHE-7) ermittelt? f) Welche Bewertungsmethode wurde bei der Ermittlung der jeweiligen Verkaufspreise der Beteiligungen an (i) C._____ AG (CHE-1), (ii) D._____ AG (CHE-2), (iii) E._____ AG (heute F._____ AG; CHE-3), (iv) G._____ AG (CHE-4), (v) B._____ Management AG (CHE-5), (vi) H._____ AG (CHE-6) und (vii) B._____ Immobilien AG (CHE-7) verwendet? g) Gehörten die Veräusserungen der Beteiligungen an (i) B._____ Immobilien AG (CHE-7) und (ii) H._____ AG (CHE-6) im Geschäftsjahr 2015 zum selben Devestitionsprogramm wie die Veräusserung der Beteiligungen an (i) C._____ AG (CHE-1), (ii) D._____ AG (CHE-2), (iii) E._____ AG (heute F._____ AG; CHE-3), (iv) G._____ AG (CHE-4), (v) B._____ Management AG (CHE-5)? h) Bestehen Beschlüsse des Verwaltungsrats, die den Verkauf der Beteiligungen an (i) C._____ AG (CHE-1), (ii) D._____ AG (CHE-2), (iii) E._____ AG (heute F._____ AG; CHE-3), (iv) G._____ AG

(CHE-4), (v) B._____ Management AG (CHE-5), (vi) H._____ AG (CHE-6) und (vii) B._____ Immobilien AG (CHE-7) betreffen? Falls ja, wann wurden diese Beschlüsse gefasst?

- 3 - i) Hat der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin Investitionspläne? Wenn ja, welche? j) Weshalb dürfen die von der Gesuchsgegnerin veräusserte B._____ Management AG und B._____ Immobilien AG weiterhin den Begriff "B._____" als Firmenbestandteil führen? k) Erhält die Gesuchsgegner ein Entgelt für die Duldung der Weiterführung des Firmenbestandteils "B._____" durch die B._____ Management AG (CHE-5) und/oder B._____ Immobilien AG (CHE-7)? Wenn ja, wie viel? Wenn nein, warum nicht? Gibt es Verträge? l) Welche Geld- und Sachleistungen haben I._____, J._____, M._____, K._____, N._____, O._____ und L._____ sowie diesen nahestehende Personen von der Gesuchsgegnerin bzw. den von der Gesuchsgegnerin beherrschten Gesellschaften im Geschäftsjahr 2016 bezogen?

E. 2.1

Örtliche und sachliche Zuständigkeit Das Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist für die vorliegende Klage örtlich zuständig (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO). Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 lit. g ZPO i.V.m. § 45 lit. a GOG. Die Zuständigkeit blieb denn auch zu Recht unbestritten (act. 10 Rz. 2 ff.).

E. 2.2

Übrige Prozessvoraussetzungen

E. 2.2.1

Res iudicata Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, über die klägerischen Begehren Ziff. 2 lit. a bis f, sei im Verfahren HE160308 bereits rechtskräftig entschieden worden. Infolge Vorliegens einer res iudicata sei demnach auf das Gesuch zumindest teilweise nicht einzutreten (act. 10 S. 2). Der Kläger verneint das Vorliegen einer res iudicata. Einerseits lägen zwei unterschiedliche Rechtsinstitute vor, wobei sich die Sonderprüfung insbesondere auch durch die Einsetzung eines unabhängigen Gutachters, der die Geschäftsgeheimnisse zu wahren habe, auszeichne (act. 14 Rz. 14). Andererseits handle es sich um einen anderen Lebenssachverhalt, da es vorliegend neben den Veräusserungen im Jahr 2015 um Veräusserungen im Jahr 2016 gehe und auch andere Beteiligungen betroffen seien (act. 14 Rz. 15). Das Gericht tritt auf eine Klage nicht ein, wenn die Sache bereits rechtskräftig entschieden ist (Art. 59 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. e ZPO). Die Bindungswirkung eines Urteils erstreckt sich auf spätere Verfahren nur, wenn Identität sowohl in Bezug auf die Parteien als auch auf den Streitgegenstand bestehen (ZÜRCHER, in: Kommentar zur Schweiz. ZPO, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), 3. Auflage, Zürich 2016, N 40 zu Art. 59 ZPO). Die Identität des Streitgegenstands

- 5 - bestimmt sich nach dem zweigliedrigen Streitgegenstand. Hierfür wird einerseits auf die Rechtsbegehren, andererseits auf den zugrunde liegenden Lebenssachverhalt abgestellt (BGE 136 III 123 E. 4.3.1.). Mit BGE 139 III 126 hat das Bundesgericht nunmehr den in früheren Entscheiden explizit erfolgten Einbezug des Rechtsgrund in die Definition des Streitgegenstands aufgegeben. Damit beurteilt sich die Identität von prozessualen Ansprüchen alleine nach den Klageanträgen und dem behaupteten Lebenssachverhalt, d.h. dem Tatsachenfundament, auf das sich die Klagebegehren stützen (ZÜRCHER, a.a.O., N 30 Art. 59 ZPO). Der materiellen Rechtskraft sind zeitliche Grenzen gesetzt. Die

Sperrwirkung geht nur so weit, wie der Sachverhalt im Vorprozess aufgrund der damals vorliegenden Tatsachen beurteilt wurde. Seither eingetretene Tatsachen befreien den Zweitrichter vom Entscheid des Erstrichters (ZÜRCHER, a.a.O., N 49 Art. 59 ZPO). Ein Begehren um Einsetzung eines Sonderprüfers setzt ein vorgängiges Begehren um Auskunftserteilung voraus. Dabei ist nicht erforderlich, dass das Begehren um Auskunft gerichtlich geltend gemacht wird. Schon vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob ein rechtskräftiges Urteil betreffend Auskunftserteilung einem Begehren um Einleitung einer Sonderprüfung entgegenstehen kann. Wäre dies der Fall, so würde faktisch die Möglichkeit der gerichtlichen Durchsetzung des Auskunftsrechts zum toten Buchstaben, da kein Kläger das Risiko eingehen würde, dass ein negativer Entscheid betreffend Auskunft die Einleitung eines Begehrens um Sonderprüfung verunmöglichen würde. Zudem scheint die Beklagte vorliegend zu übersehen, dass im Verfahren um Erteilung von Auskunft Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft einen Grund für die Abweisung eines Gesuchs darstellen können. Einer Sonderprüfung können Geheimhaltungsinteressen – vorbehaltlich Art. 697e OR – aber gerade nicht entgegengehalten werden. Sodann handelt es sich bei der gerichtlich beurteilten Auskunftserteilung im Verfahren HE160308 gar nicht um die der vorliegenden Sonderprüfung vorgelagerte Auskunftserteilung. Im vorliegenden Fall erfolgte die Auskunftserteilung aussergerichtlich (vgl. act. 1 Rz. 80 ff.). Zudem geht es im vorliegenden Fall neben den zwei teilweisen Beteiligungsverkäufen nunmehr neben dem Verkauf der Restbeteiligung auch um den Verkauf weiterer Beteiligungen. Damit liegt dem vorliegenden Begehren aber ein Sachverhalt zugrunde, der sich auf andere Tatsachen stützt, die im Zeitpunkt des

- 6 - Entscheids des Einzelgerichts dem Kläger noch gar nicht bekannt waren bzw. bekannt sein konnten. Folglich steht das im Verfahren HE160308 ergangene Urteil einer Entscheidung in der vorliegenden Sache nicht entgegen. Es erübrigt sich vor diesem Hintergrund, die Akten des Verfahrens HE160308 beizuziehen.

E. 2.2.2

Rechtsschutzinteresse Das Rechtsschutzinteresse stellt eine Prozessvoraussetzung dar. Fehlt es, so ist auf das Gesuch nicht einzutreten (Art. 59 Abs. 1 i.V. m. Abs. 2 lit. a ZPO). Die Beklagte führt ins Feld, zwischenzeitlich habe der Kläger eine Verantwortlichkeitsklage am hiesigen Gericht anhängig gemacht (HG170254), womit das Rechtsschutzinteresse entfalle und auf das Begehren nicht einzutreten sei (act. 21 S. 2). Es mag zwar zutreffen, dass das Verfahren der Einsetzung eines Sonderprüfers in der Regel angestrengt wird, um eine Grundlage für die Erhebung einer allfälligen Verantwortlichkeitsklage zu erhalten. Der Zeitpunkt der Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage ist aber nicht ins Belieben einer Partei gestellt, sondern unterliegt im Falle einer erteilten Décharge einer sechsmonatigen Verwirkungsfrist (vgl. Art. 758 Abs. 2 OR; GERICKE/WALLER, in: Basler Kommentar zum OR II,

E. 2.2.3

Übrige Prozessvoraussetzungen Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. 3. Grundsätze des summarischen Verfahrens Vorliegend kommt das summarische Verfahren zur Anwendung (Art. 250 lit. c Ziff. 8 ZPO). Dieses ist in den Art. 252 ff. ZPO geregelt. Zusätzlich gelten sinngemäss die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 219 ZPO). Gemäss Art. 254 Abs. 1 ZPO ist im summarischen

- 8 - schen Verfahren Beweis grundsätzlich durch Urkunden zu erbringen. Weiter sieht das Gesetz im summarischen Verfahren keinen doppelten Schriftenwechsel vor (Art. 253 ZPO). Der Kläger hat im summarischen Verfahren mithin das gesamte Klagefundament (substantiiertes Parteivortrag, Beweismittelnennung und – soweit möglich – Beweismittelvorlegung) mit dem Begehren zu liefern. Davon ausgenommen sind Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, bei welchen es sich um Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO handelt. Zudem kann der Kläger im Rahmen des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu den Vorbringen der Gegenpartei, insbesondere zu allfälligen Noven, Stellung nehmen. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass im summarischen Verfahren der Aktenschluss nach dem ersten Schriftenwechsel eintritt. Werden darüber hinaus Stellungnahmen eingeholt, dient dies alleine dem Anspruch auf rechtliches Gehör und nicht dazu allfällig in der Klage bzw. Klageantwort Verpasstes in den Prozess einzubringen (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 5A_82/2015 vom 16. Juni 2015 E. 4.1, 4.2.1; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Dezember 2014 (LF140087) E. 7; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm, Hasenböhler, Leuenberger [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 18-20 zu Art. 257 ZPO). 4. Rechtliche Grundlagen Jeder Aktionär kann der Generalversammlung beantragen, bestimmte Sachverhalte durch eine Sonderprüfung abklären zu lassen, sofern dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und er das Recht auf Auskunft oder das Recht auf Einsicht bereits ausgeübt hat (Art. 697a Abs. 1 OR). Entspricht die Generalversammlung dem Antrag nicht, so können Aktionäre, die zusammen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von 2 Millionen Franken vertreten, innert dreier Monate den Richter ersuchen, einen Sonderprüfer einzusetzen (Art. 697b Abs. 1 OR). Dabei haben sie Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers, wenn sie glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (Art. 697b Abs. 2 OR).

- 9 - Zu diesem Zweck müssen sie glaubhaft machen, dass ein Verhalten oder Unterlassen der Organe eine bestimmte gesetzliche oder eine statutarische Bestimmung verletzt hat, und aufzeigen, worin diese Verletzung besteht (Urteil des Bundesgerichts 4A_260/2013 vom 6. August 2013 E. 3.1). Die Antragsteller müssen dazu mindestens ihren Vorwurf klar umreissen und objektive Anhaltspunkte darlegen, aus denen sich der Schluss ergibt, dass das Behauptete wahrscheinlich ist. Sie haben mithin konkret darzulegen, welche Verhaltenspflicht die Unternehmensleitung nach der Meinung der Antragsteller wodurch verletzt hat und warum dieser Verstoss gegen die Regeln einen Schaden der Gesellschaft angerichtet hat (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 16 N. 45). Die Sonderprüfung ist ein Mittel der Informationsbeschaffung des Aktionärs über interne Vorgänge der Gesellschaft. Sie muss darauf ausgerichtet sein, konkrete Tatsachen zu ermitteln, und darf nicht auf eine rechtliche Beurteilung oder ein Werturteil abzielen (zit. Urteil 4A_260/2013 E. 4.1). Weiter wird vorausgesetzt, dass die Abklärung der fraglichen Sachverhalte zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist. Im Vordergrund steht dabei die Relevanz der abzuklärenden Sachverhalte für eine allfällige Verantwortlichkeitsklage oder für die Ausübung der Mitwirkungsrechte. Dem Kläger obliegt es, einen Zusammenhang zwischen den von ihm avisierten Aktionärsrechten und dem Thema der beantragten Untersuchung glaubhaft zu machen. Die vom Kläger glaubhaft zu machende Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre muss ihrerseits wiederum Folge dieser Gesetzes- oder Statutenverletzung sein (zit. Urteil des Bundesgerichts 4A_260/2013 E. 4.1). Nicht zulässig ist hingegen, eine Sonderprüfung alleine aufgrund blosser Vermutungen

anzuordnen, dass gewisse Vorgänge sich ereignet haben könnten. Die Sonderprüfung ist 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 der Kläger keine Kenntnis hatte (zit. Urteil des Bundesgerichts 4A_260/2013 E. 4.1, Urteil des Bundesgerichts 4C.190/2005 vom 6. September 2006 E. 3.4.2).

- 10 - Das Glaubhaftmachen betrifft sowohl Tat- wie auch Rechtsfragen. In tatsächlicher Hinsicht sind bestimmte Handlungen oder Unterlassungen von Gründern oder Organen und der damit zusammenhängende Schaden glaubhaft zu machen. In Bezug auf diese Tatsachen darf das Gericht weder blosser Behauptungen genügen lassen, noch einen stringenten Beweis verlangen. Ziel der Sonderprüfung ist es, die Informationslage des Klägers zu verbessern. Das Gericht darf deshalb vom Kläger nicht diejenige Nachweise verlangen, die erst die Sonderprüfung erbringen soll. Auf der anderen Seite hat es aber die vom Kläger vorgebrachten Verdachtsmomente auf ihre Plausibilität hin zu prüfen. Aufgrund dieser Verdachtsmomente muss eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, dass Handlungen oder Unterlassungen von Gründern oder Organen in der Tat Schaden angerichtet haben könnten. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Rechtsfragen, wie sie sich namentlich im Zusammenhang mit den vom Kläger behaupteten Pflichtverletzungen von Gründern oder Organen stellen. Auch hier hat das Gericht die Rechts- oder Statutenwidrigkeit nicht abschliessend zu beurteilen. Das Gesuch auf Einsetzung eines Sonderprüfers ist vielmehr bereits dann zu entsprechen, wenn sich die rechtlichen Vorbringen zu den Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 697b Abs. 2 OR bei summarischer Prüfung als einigermaßen aussichtsreich oder zumindest als vertretbar erweisen (zit. Urteil 4A_260/2013 E. 4.2). Hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen einer Gesetzes- oder Statutenverletzung und einer Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre gilt, wie erwähnt, das Beweismass der Glaubhaftmachung. Die Voraussetzung der vorgängigen Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts untersteht dem Regelbeweismass. Gleiches gilt hinsichtlich der Aktionärserschaft und der Höhe der Kapitalbeteiligung (BGE 140 III 610 E. 4.3.3). Auskunfts- und Sonderprüfungsbegehren haben sich inhaltlich zu entsprechen, da ansonsten die Subsidiarität des Sonderprüfungsverfahrens ausgehebelt würde. Den Aktionären ist zuzumuten, bei der Formulierung ihres Auskunftsbegehrens eine gewisse Sorgfalt aufzuwenden und darin so klar, wie es ihnen auf-

- 11 - grund ihres Kenntnisstands möglich ist, zum Ausdruck zu bringen, worüber sie weiteren Aufschluss zu erhalten wünschen (BGE 140 III 610 E. 2.2).

E. 3

Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, den Kostenvorschuss (zzgl. MwSt.) für die Sonderprüfung zu leisten sowie die Kosten der Sonderprüfung (zzgl. MwSt.) zu tragen.

E. 4

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Gesuchsgegnerin. Der Einzelrichter zieht in Erwägung 1. Prozessverlauf Am 22. September 2017 (Datum Poststempel) reichte der Kläger ein Begehren um Einsetzung eines Sonderprüfers hierorts ein (act. 1). Mit Verfügung vom 26. September 2017 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss von CHF 12'000.– zu leisten, und der Beklagten, um zum klägerischen Gesuch Stellung zu nehmen (act. 4). Innert erstreckter Frist reichte die Beklagte die Gesuchsantwort ein (act. 7 und 10). Mit Verfügung vom 23. November 2017

wurde dem Kläger Frist für eine allfällige Stellungnahme angesetzt (act. 12), die unter dem 18. Dezember 2017 hierorts einging (act. 14). Innert mit Verfügung vom 21. Dezember 2017 angesetzter Frist für eine allfällige Stellungnahme an die Beklagte reichte die Beklagte unter dem 18. Januar 2018 eine Stellungnahme zur Stellungnahme des Klägers ein (act. 17 und 21). Die beklagtische Stellungnahme wurde alsdann dem Kläger zugestellt (Prot. S. 7). In der Folge ging eine klägerische Stellungnahme vom 26. Januar 2018 hierorts ein (act. 24), die alsdann der

- 4 - Beklagten zugestellt wurde (Prot. S. 8; act. 25). Die Beklagte liess sich nicht mehr vernehmen. Auf die Vorbringen der Parteien wird nur eingegangen, soweit dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist. 2. Prozessvoraussetzungen

E. 5

Erfordernisse zur Berechtigung der Einleitung eines Verfahrens um Einsetzung eines Sonderprüfers Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass der Kläger mit 22% über die erforderlichen 10% des Aktienkapitals der Beklagten verfügt (act. 1 Rz. 2; act. 10 Rz. 2 ff.). Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass der Kläger zwar das Begehren um Auskunft an der Generalversammlung vom 23. Juni 2017 gestellt habe, ein Sonderprüfungsbegehren aber erst gestellt werden könne, wenn die Auskunft in der Generalversammlung zu Protokoll erteilt worden sei (act. 10 Rz. 61-72). Der Kläger widerspricht dem (act. 14 Rz. 56 ff.). Der Kläger hat anlässlich der Generalversammlung sowohl ein Auskunftsbegehren als auch ein Sonderprüfungsbegehren gestellt, was sich aus dem von ihm verfassten Eigenprotokoll der GV ergibt (act. 3/5). Das offizielle Protokoll liegt nicht vor. Dies kann aber nicht zulasten des Klägers gehen. Der Kläger weist denn auch zutreffend darauf hin, dass die Beklagte nicht zeige, inwiefern die Nichtbeantwortung der Fragen nicht protokolliert worden sei (vgl. act. 14 Rz. 59) oder mit anderen Worten: Die Beklagte widerlegt nicht, dass das Eigenprotokoll des Klägers falsch sei. Dort steht aber, dass der Verwaltungsrat die Fragen nicht beantwortet hat. Die beklagtische Argumentation hinkt aber alleine schon deshalb, da mit einer Vertröstung auf die nächste Generalversammlung die Verwirklichungsfrist für eine Verantwortlichkeitsklage verstrichen wäre. Es kann nicht sein, dass es ins Belieben der Gesellschaft gestellt wird, wann eine Auskunft erteilt wird, könnte sich doch ein Minderheitsaktionär nicht gegen die Inaussichtstellung einer schriftlichen Stellungnahme wehren. Vielmehr ist in dieser Konstellation davon auszugehen, dass bei später erfolgter schriftlicher Stellungnahme allenfalls das Rechtsschutzinteresse an einer Sonderprüfung entfallen könnte. Der Kläger führt aus, das thematische Identitätserfordernis von Auskunfts- und Sonderprüfungsbegehren sei erfüllt. Es würden dieselben Fragen gestellt. Einzig

- 12 - die Frage gemäss Antrag Ziff. 2 a) sei am Schluss um den Zusatz "Wenn ja, an wen?" ergänzt worden (act. 1 Rz. 84-85). Die Beklagte hält dem nichts entgegen. Folglich erübrigen sich Ausführungen hierzu. Die dreimonatige Frist ist eingehalten (vgl. Art. 697b Abs. 1 OR).

E. 6

Statuten- oder Gesetzesverletzung

E. 6.1

Standpunkte des Klägers Der Kläger macht geltend, dass der Verwaltungsrat der Beklagten zwischen dem 1. Januar 2015 und dem 31. Dezember 2016 alle Tochtergesellschaften und

da- mit das B. _____-Taxiunternehmen veräussert habe, was einer faktischen Liquidation gleichkomme (act. 1 Rz. 40). Anlässlich der Generalversammlung vom 23. Juni 2017 sei die Ausschüttung einer Dividende von CHF 300'000.– beantragt worden. Es sei unter diesen Umständen zweifelhaft, ob die Mehrheitsaktionäre und der Verwaltungsrat der Beklagten überhaupt beabsichtigten, die Beklagte weiterzuführen, zumal die Beklagte kaum noch Vermögenswerte besitze, die ihrem Holdingzweck entsprächen (act. 1 Rz. 39). Die veräusserten Tochtergesellschaften würden heute noch existieren oder hätten inzwischen miteinander fusioniert, wobei J. _____ und I. _____ nach wie vor in diversen Verwaltungsräten der betroffenen Gesellschaften sässen. Einzig der Verwaltungsrat der Beklagten habe sich verändert, so dass nunmehr nur noch J. _____ Verwaltungsrat der Beklagten sei. Sämtliche noch existierenden, veräusserten Tochtergesellschaften hätten ihren Sitz – wie vor der Veräusserung – in den Räumlichkeiten der Geschäftsliegenschaft in P. _____. Diese Geschäftsliegenschaft habe am 20. Oktober 2016 im Eigentum der B. _____ Immobilien AG gelegen und es sei zu vermuten, dass dies auch heute noch so sei. Vermutungsweise handle es sich bei der "F. _____ AG" (vormals "E. _____ AG") um die neue Holdinggesellschaft (act. 1 Rz. 47 ff.). J. _____ habe den Verwaltungsrat der Beklagten bis im Jahr 2010 präsiert. Im Jahr 2010 habe J. _____ die Führung des B. _____-Taxi-Unternehmens an seinen Sohn I. _____ übergeben. Seit dem 2. November 2016 amte J. _____ erneut als Verwaltungsratspräsident der Beklagten, während I. _____, K. _____ und L. _____

- 13 - aus dem Verwaltungsrat der Beklagten ausgeschieden seien. I. _____ (seit Ende 2010) und K. _____ (seit Ende 2016) seien als Verwaltungsratsmitglieder der "F. _____ AG" im Handelsregister eingetragen. Bei der "F. _____ AG" sei nach erfolgter Umfirmierung (vormals E. _____ AG) eine Kapitalerhöhung durchgeführt worden, wobei sämtliche 300 neue Aktien von J. _____ (200 Aktien) und I. _____ (100 Aktien) gezeichnet worden seien. Es läge die Vermutung nahe, dass I. _____ sämtliche Aktien der "F. _____ AG" von der Beklagten erworben habe. Damit liege möglicherweise ein pflichtwidriges In-sich-Geschäft bzw. eine verdeckte Gewinnausschüttung (Differenz Kaufpreis zu Marktwert der Aktien) vor (act. 1 Rz. 50 ff.). Die ehemaligen Tochtergesellschaften der Beklagten, die D. _____ AG und die G. _____ AG, hätten mittels Schwesterfusion fusioniert. Dies sei möglich gewesen, da die F. _____ AG alle Aktien gehalten habe. Dies impliziere, dass I. _____, allenfalls auch J. _____, die Aktien an der D. _____ AG und der G. _____ AG über die F. _____ AG erworben hätten (act. 1 Rz. 59). Die H. _____ AG sei am tt.mm.2017 infolge Fusion aus dem Handelsregister gelöscht worden. Bei der übernehmenden Gesellschaft handle es sich um die F. _____ AG. Bis zur Fusion sei der bestehende Verwaltungsrat der H. _____ AG unverändert fortbestanden. Dem Verwaltungsrat habe auch I. _____ angehört. Gemäss Fusionsvertrag habe die F. _____ AG 93.5% der Aktien an der H. _____ AG gehalten. Dieser Sachverhalt deute darauf hin, dass J. _____ und I. _____ die von der Beklagten gehaltenen Aktien direkt oder indirekt über ein von ihnen beherrschtes Unternehmen erworben hätten (act. 1 Rz. 60 ff.). Es bestehe der Verdacht, dass sich ähnliches auch mit der B. _____ Immobilien AG, der B. _____ Management AG und der C. _____ AG ereignet habe, da der Verwaltungsrat der Gesellschaften unverändert geblieben sei. Es sei auch merkwürdig, dass keine Firma geändert worden sei. Dies gelte zumindest für die B. _____ Immobilien AG und die B. _____ Management AG, womit eine Beziehung zur Beklagten angedeutet werde (act. 1 Rz. 65 ff.). Zusammenfassend habe der Kläger damit gezeigt, dass die Beklagte faktisch liquidiert worden sei und nur noch eine leere Hülle darstelle. Die Generalversamm-

- 14 - lung habe den Verwaltungsrat aber nie zu einer faktischen Liquidation ermächtigt bzw. der Kläger sei nie darüber informiert resp. nie zu einer solchen Generalversammlung eingeladen worden (act. 1 Rz. 70 ff.). Durch den Aufbau eines Konkurrenzunternehmens würden die Verwaltungsräte ihre Treuepflicht gegenüber der Beklagten verletzen (act. 1 Rz. 9).

E. 6.2

Standpunkte der Beklagten Die Beklagte stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass es sich hinsichtlich der faktischen Liquidation der Beklagten um eine unbelegte und tatsachenwidrige Unterstellung handle. Die Beklagte werde weiterbestehen (act. 10 Rz. 58). Der Kläger mache nicht in irgendeinem Punkt auch nur ansatzweise glaubhaft, dass es zu Unregelmässigkeiten gekommen sei. Seine Klage erschöpfe sich in falschen Unterstellungen, falschen Annahmen und falschen Verdächtigungen, die in keinem Fall einen Anspruch auf Sonderprüfung glaubhaft machen könne (act. 10 Rz. 84).

E. 6.3

Würdigung Entgegen der Darstellung der Beklagten handelt es sich bei den vom Kläger behaupteten Gesetzesverletzungen nicht um unbelegte Vorwürfe. Vielmehr hat der Kläger sorgsam objektive Anhaltspunkte für eine allfällige Gesetzesverletzung geliefert. Die Beklagte bestreitet nicht, dass sämtliche ihrer Tochtergesellschaften zwischen dem 1. Januar 2015 und dem 31. Dezember 2016 verkauft worden sind bzw. aktuelle oder damalige Verwaltungsräte der Beklagten in den verkauften Gesellschaften teils immer noch Einsitz haben. Sie äussert sich auch nicht dazu, dass I. _____ Junior die Beklagte verliess und neu wieder J. _____ Senior (und neu sogar alleine) Einsitz im Verwaltungsrat der Beklagten hat. Ebenso hüllt sie sich in Bezug auf die Dividendenausschüttung in der Höhe von CHF 300'000.– in Schweigen. Soweit die Beklagte die Marktsituation mit Q. _____ anspricht (vgl. act. 10 Rz. 54 ff.), vermag ihr diese Argumentation nicht zu helfen. Eine schwierige finanzielle Lage kann zwar einen Grund für allfällige Verkäufe darstellen. Der Verkauf sämtlicher Tochtergesellschaften bei gleichzeitiger Dividendenausschüt-

- 15 - tung von CHF 300'000.– passt da aber nicht ins Bild. Insgesamt vermag der Kläger Anhaltspunkte für eine allfällige faktische Liquidation ("Aushöhlung") und allfällige Verletzung einer Treuepflicht glaubhaft zu machen, könnte es doch sein, dass die bei der Beklagten involvierten Personen sich vom Kläger trennen möchten und dies in der Weise, dass sie sämtliche Tochtergesellschaften in eine neue Holding überführen, an der dem Kläger keine Beteiligung zusteht. Es kann auch sein, dass der Beklagten durch diese Vorgänge Kapital abgeflossen ist. Damit liegt ein Verstoss gegen Art. 717 OR und Art. 678 OR im Raum. Zu prüfen ist, ob durch diese glaubhaft gemachten Gesetzesverletzungen eine Schädigung der Gesellschaft glaubhaft erscheint.

E. 7

Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre

E. 7.1

Standpunkte des Klägers Der Kläger führt aus, die Steuerveranlagung 2015 habe den Unternehmenswert der Beklagten mit CHF 3'150'000.– ausgewiesen. Im Geschäftsbericht 2016 sei der Unternehmenswert mit CHF 857'262.– angegeben, was einer Reduktion um CHF 2'292'738 entspräche. Der Beteiligungswert des Klägers sei von CHF 631'750.– auf CHF 190'026.– gefallen (act. 1 Rz. 46). Aktionäre oder Verwaltungsratsmitglieder, die für

sich selbst und für die Gesellschaft handelten, würden regelmässig ihr eigenes Interesse über das Gesellschaftsinteresse stellen. Bei solchen Geschäften bestehe die Gefahr, dass das Geschäft nicht zu Drittbedingungen abgeschlossen werde, sodass die Gesellschaft zugunsten des Aktionärs bzw. des Verwaltungsratsmitglieds geschädigt werde (act. 1 Rz. 104 f.).

E. 7.2

Standpunkte der Beklagten Die Beklagte hält dagegen, durch die Veräusserung der Beteiligungen hätten Schulden getilgt werden können und aufgrund eines ausserordentlichen Veräusserungsgewinns habe auch der Kläger anteilmässig eine Sonderdividende ausbezahlt erhalten (act. 10 S. 4 und Rz. 37 und 82). Die Beklagte führt weiter aus, die Bewertung der Beteiligungen sei vor dem Verkauf von einem unabhängigen Dritten vorgenommen worden (act. 10 Rz. 53). Mit dem Schuldenabbau sei der Fortbestand des Unternehmens gesichert worden (act. 10 Rz. 56). Hätte der Experte tatsächlich die Verkehrswerte zu tief angesetzt, was zu einer Begünstigung der Erwerber und zu einer Schädigung der Gesellschaft geführt hätte, so würde der Experte dafür nach Art. 398 OR haftbar (act. 10 Rz. 80). Die vermögensmässigen Interessen des Aktionärs seien gewahrt (act. 10 Rz. 83). Weiter führt die Beklagte aus, der Kläger versuche den ihm entstandenen Vermögensschaden durch seine Steuerveranlagungen zu belegen, was nicht zielführend und nicht beweistauglich sei (act. 10 Rz. 86).

E. 7.3

Würdigung Eine Sonderprüfung dient gemeinhin dem Zweck, eine Hauptklage (sei dies eine Verantwortlichkeits- oder eine Rückerstattungsklage oder dergl.) vorzubereiten. Daher dürfen die Anforderungen an die Behauptung eines Schadens nicht überstrapaziert werden. Entsprechend verlangt denn das Gesetz zur Einleitung einer Sonderprüfung bloss Glaubhaftmachung einer Schädigung des Aktionärs oder der Gesellschaft. Die Beklagte führt zwar zutreffend aus, dass die vom Kläger aufgestellten Schadensberechnungen, rechnend mit den Steuerwerten, nicht sehr zielführend sind. Da die entsprechenden Informationen aber erst beschafft werden sollen, war es dem Kläger gar nicht möglich, eine genauere Schadensberechnung anzustellen. Eine Unternehmensbewertung vor und nach den Kapitalabflüssen liegt denn auch nicht vor. Vor diesem Hintergrund vermag der Kläger glaubhaft zu machen, dass durch den Verkauf sämtlicher Tochtergesellschaften der Beklagten und entsprechendem Aufbau eines Konkurrenzunternehmens eine Schädigung bei der Beklagten i.S.v. Art. 697b Abs. 2 OR eingetreten sein könnte.

- 17 -

E. 8

Erforderlichkeit zur Ausübung der Aktionärsrechte c) Wurden die Beteiligungen an (i) C._____ AG (CHE-1), (ii) D._____ AG (CHE-2), (iii) E._____ AG (heute F._____ AG; CHE-3), (iv) G._____ AG (CHE-4), (v) B._____ Management AG (CHE-5), (vi) H._____ AG (CHE-6) und (vii) B._____ Immobilien AG (CHE-7) insgesamt und je einzeln unter oder über deren Marktwert verkauft? Falls ja, um wie viel Franken unter bzw. über dem Marktwert insgesamt und je einzeln? Es ist Sache des Gerichtes, den Prüfungsgegenstand zu umschreiben (Art. 697c Abs. 2 OR). Der Begriff des Marktwertes impliziert, dass es für den Gegenstand einen Markt gibt. Davon kann vorliegend ernsthaft nicht gesprochen werden. Zudem würde es um Bewertungsfragen gehen, welche einen grossen Ermessens-

spielraum geben. Man gelangte zu einem Gerichtsgutachten, dessen Erstellung nicht die Aufgabe des Sonderprüfers sein kann (vgl. in diesem Zusammenhang ZR 2002 Nr. 9 E. VIII.2). Deshalb ist dieser Teil des Gesuches abzuweisen. In maiore minus ist aber nachfolgend unter lit. f eine Zusatzfrage zu stellen (dazu sogleich). a) Wurden die Beteiligungen an (i) C._____ AG (CHE-1), (ii) D._____ AG (CHE-2), (iii) E._____ AG (heute F._____ AG; CHE-3), (iv) G._____ AG (CHE-4), (v) B._____ Management AG (CHE-5), (vi) H._____ AG (CHE-6) und (vii) B._____ Immobilien AG (CHE-7) an Aktionäre, I._____, J._____, K._____ und L._____ oder diesen nahestehende Personen veräußert? Wenn ja, an wen? b) Zu welchem Preis wurden die Beteiligungen (i) C._____ AG (CHE-1), (ii) D._____ AG (CHE-2), (iii) E._____ AG (heute F._____ AG; CHE-3), (iv) G._____ AG (CHE-4), (v) B._____ Management AG (CHE-5), (vi) H._____ AG (CHE-6) und (vii) B._____ Immobilien AG (CHE-7) insgesamt und je einzeln verkauft? d) Wie viele externe Gutachter haben die Verkaufspreise der Beteiligungen an (i) C._____ AG (CHE-1), (ii) D._____ AG (CHE-2), (iii) E._____ AG (heute F._____ AG; CHE-3), (iv) G._____ AG (CHE-4), (v) B._____ Management AG (CHE-5), (vi) H._____ AG (CHE-6) und (vii) B._____ Immobilien AG (CHE-7) ermittelt? Wie heissen diese? e) Wie wurden die jeweiligen Verkaufspreise der Beteiligungen an (i) C._____ AG (CHE-1), (ii) D._____ AG (CHE-2), (iii) E._____ AG (heute F._____ AG; CHE-3), (iv) G._____ AG (CHE-4), (v) B._____ Management AG (CHE-5), (vi) H._____ AG (CHE-6) und (vii) B._____ Immobilien AG (CHE-7) ermittelt? f) Welche Bewertungsmethode wurde bei der Ermittlung der jeweiligen Verkaufspreise der Beteiligungen an (i) C._____ AG (CHE-1), (ii) D._____ AG (CHE-2), (iii) E._____ AG (heute F._____ AG; CHE-3), (iv) G._____ AG (CHE-4), (v) B._____ Management AG (CHE-5), (vi) H._____ AG (CHE-6) und (vii) B._____ Immobilien AG (CHE-7) verwendet? Der Kläger führt aus, dass die Beantwortung der Frage a) wichtig dafür sei, ob ein In-Sich-Geschäft vorliege und ob der Verwaltungsrat in Verletzung seiner Treue-

- 18 - pflicht ein Konkurrenzunternehmen aufbaue. Die Beantwortung der Frage sei wichtig, da davon abhängt, ob überhaupt eine Rückerstattungsklage in Frage komme (act. 1 Rz. 119; act. 14 Rz. 18). Zur Frage b) führt der Kläger aus, die Kenntnis des Verkaufspreises der einzelnen Beteiligungen sei für eine allfällige Verantwortlichkeits- bzw. Rückerstattungsklage erforderlich, da nur so beurteilt werden könne, ob der Verwaltungsrat vom wirklichen Wert bzw. von einem allfälligen Bewertungsgutachten abgewichen sei und damit eine Pflichtverletzung begangen habe (act. 1 Rz. 121). Im Lagebericht zum Geschäftsbericht für das Jahr 2016 werde zwar – so der Kläger weiter – bestätigt, dass "externe Gutachter" die Verkaufspreise ermittelt hätten. R._____, seit Jahrzehnten Revisor der von J._____ und I._____ geführten Gesellschaften, gelte als externer Gutachter in diesem Sinne. Aufgrund der engen langjährigen Beziehung würde ein Gutachten von ihm von vornherein nicht überzeugen. Ob er alleine oder ein anderer oder doch mehrere "externe Gutachter" Bewertungen erstellt hätten, sei nicht bekannt. Die Antwort auf die Frage d) helfe aber, um eine allfällige Pflichtverletzung des Verwaltungsrats zu beweisen. Pflichtbewusste Verwaltungsräte würden die Beteiligungen von einem qualifizierten, unabhängigen Wirtschaftsprüfer bewerten lassen (act. 1 Rz. 126 ff.). In der klägerischen Stellungnahme zur Gesuchsantwort hält der Kläger fest, dass sich nun bestätigt habe, dass die fraglichen Bewertungen sowohl formell wie auch inhaltlich an erheblichen Mängeln leiden würden. Die Bewertungen würden von R._____ stammen (act. 14 Rz. 3). Gleichzeitig hält der Kläger nach wie vor daran fest, dass der Name der Bewertungsgutachter erforderlich sei, um die Unabhängigkeit und Fachkompetenz

begutachten zu können (act. 14 Rz. 22). Weiter führt der Kläger aus, dass die Kontrollfrage e) kläre, ob der Verkaufspreis der Beteiligungen auf der Grundlage der Bewertungsgutachten, sofern solche bestünden, bestimmt worden sei oder ob der Verkaufspreis das Ergebnis einer Auktion oder Verhandlungen gewesen sei, der allenfalls unter Herbeiziehung von Bewertungsgutachten auf die Plausibilität geprüft worden sei. Das Vorgehen sei für eine Pflichtverletzung von Bedeutung und zeige auch, inwiefern der Verwaltungsrat geeignete Massnahmen ergriffen habe, um das Gesellschaftsinteresse zu schützen (act. 1 Rz. 129). Replicando macht der Kläger geltend, ein Verkauf der Beteiligungen an der E. _____ AG und der C. _____ AG zum Buch-

- 19 - wert schliesse stille Reserven nicht aus. Im Übrigen werde bestritten, dass die beiden Gesellschaften seit fünf Jahren inaktiv seien (act. 14 Rz. 95 ff.). Sodann seien bei der Bewertung der G. _____ AG zwei Unternehmenswerte angegeben worden, ohne dass klar sei, welcher Unternehmenswert massgebend sei (act. 14 Rz. 101.4). Hinsichtlich der B. _____ Immobilien AG liege eine veraltete Bewertung vor (act. 14 Rz. 107.1). Die weiteren Bewertungen (D. _____ AG, H. _____ AG und B. _____ Management AG) seien falsch (act. 14 Rz. 98). Die Kenntnis der Bewertungsmethode (Frage f) ermögliche es, zu erfahren, ob der Verwaltungsrat eine für Dienstleistungsunternehmen bzw. Immobiliengesellschaften vertretbare Bewertungsmethode berücksichtigt und damit seine Pflichten eingehalten habe (act. 1 Rz. 131). Replicando macht der Kläger geltend, dass die Bewertungen sowohl formal als auch materiell den einschlägigen Richtlinien nicht zu genügen vermögen (act. 14 Rz. 88 und 94 ff.). Die Beklagte hält dagegen, dass der Kläger keine schützenswerten Interessen an einer Nennung der Käufer, der Veräusserungspreise oder der Bewertenden habe (act. 10 Rz. 5, 7 und 9). Die D. _____ AG, die G. _____ AG sowie die B. _____ Management AG seien von mehreren unabhängigen Experten bewertet worden. Die H. _____ AG sei von einem unabhängigen Experten bewertet worden. Die B. _____ Immobilien AG sei von mehreren unabhängigen Experten des Hauseigentümergebietes bewertet worden (act. 10 Rz. 90 ff.). Die E. _____ AG und die C. _____ AG seien vor dem 1.1.2016 während mehr als fünf Jahren inaktiv gewesen und hätten keine Erträge erwirtschaftet. Sie seien deshalb zum Buchwert verkauft worden (act. 10 Rz. 90 ff.). Da die Fragen a, b, d, e und f eng miteinander zusammenhängen, ist diesbezüglich eine Gesamtwürdigung vorzunehmen. Der Kläger hat glaubhaft dargelegt, dass eine Gesetzesverletzung im Raum steht (vgl. E. 6). Dagegen begnügt sich die Beklagte mit dem pauschalen Einwand, der Kläger habe kein schützenswertes Interesse an der Nennung der Käufer, der Veräusserungspreise oder der Bewertenden. Die vom Kläger avisierte Verantwortlichkeits- bzw. Rückerstattungsklage steht in Zusammenhang mit der Frage, ob die Aktien an die genannten Personen veräussert worden sind. Denn eine Verletzung der Treuepflicht liegt – was die

- 20 - Käuferschaft anbelangt – nicht vor, wenn die Aktien an aussenstehende Dritte veräussert worden sind. Insofern ist der Name entscheidend für die Frage der Passivlegitimation. Die vom Kläger avisierte Verantwortlichkeits- bzw. Rückerstattungsklage steht auch im Zusammenhang mit der Thematik, ob der Verwaltungsrat von einer Bewertung abgewichen ist. Wurden nämlich angemessene Bewertungen erstellt und die Tochtergesellschaften in der Folge unter dem Wert der Bewertungsgutachten verkauft, so würde dies unter Umständen einen Anwendungsfall einer Verantwortlichkeitsklage bzw. Rückerstattungsklage darstellen. Folglich ist die Kenntnis der Veräusserungspreise zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich. Der Kläger bemerkt zutreffend, dass der

Verkauf zum Buchwert alleine (Verkauf der Beteiligungen an der E. _____ AG und der C. _____ AG) nichts über die stillen Reserven aussagt. So vermag der Kläger glaubhaft zu machen, dass allenfalls bewusst die stillen Reserven im Verborgenen geblieben sind, um einen tieferen Verkaufspreis annehmen zu können. Die Auskunft steht auch im Zusammenhang mit der glaubhaft gemachten Gesetzesverletzung sowie dem glaubhaft gemachten Schaden. Folglich sind diese Fragen dem Sonderprüfer zu unterbreiten. Die Beklagte hat die Frage, wie viele Gutachter die Verkaufspreise der Beteiligungen ermittelt haben (Frage 1) in ihrer Stellungnahme nicht abschliessend beantwortet. Insbesondere ist nach wie vor unklar, ob und wenn ja, von wie vielen Gutachtern die E. _____ AG und die C. _____ AG bewertet wurden. Auch die Namen der einzelnen Bewerber hat die Beklagte nicht umfassend bekannt gegeben. Angesichts des glaubhaft gemachten Grundverdachtes (vgl. E. 6.3) ist ein klägerisches Interesse an einem vollständigen Wissen betreffend Anzahl und Namen der Bewerber zu bejahen. Diese Fragen sind zuzulassen. Zur Frage, wie die Verkaufspreise ermittelt wurden, hat die Beklagte zwar nunmehr ausgeführt, dass hinsichtlich der E. _____ AG und der C. _____ AG der Verkaufspreis dem Buchwert entsprochen habe. Weitere Ausführungen hierzu lässt die Beklagte aber vermissen. Auch hinsichtlich der übrigen Gesellschaften äussert sich die Beklagte nicht explizit. Der Kläger hat dargelegt, dass die Frage zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sei, da sich so ergebe, ob man allfälli-

- 21 - ge Bewertungsgutachten nur als Hilfe genommen habe oder nicht. Dies beantwortete die Beklagte nach wie vor nicht, obwohl für die Erhebung einer Verantwortlichkeits- oder Rückerstattungsklage gerade von Bedeutung ist, ob von den Bewertungsgutachten abgewichen worden ist oder nicht. Es ist folglich nach wie vor unklar, ob die eingereichten Bewertungen Grundlage für die Bestimmung des Kaufpreis bildeten oder der dadurch ermittelte Preis dem Verkaufspreis entsprach. Die Auskunft steht auch im Zusammenhang mit der glaubhaft gemachten Gesetzesverletzung sowie dem glaubhaft gemachten Schaden. Folglich ist diese Frage dem Sonderprüfer zu unterbreiten. Die klägerische Frage nach den Bewertungsmethoden beantwortet die Beklagte in ihrer Stellungnahme nicht. Es bleibt auch nach wie vor unklar, ob hinsichtlich der E. _____ AG und der C. _____ AG Bewertungen erstellt worden sind. Folglich ist die Frage nach den Bewertungsmethoden zuzulassen. Wie unter Frage c) ausgeführt, ist in maiore minus anstelle der Frage im Zusammenhang mit dem Marktwert folgende Zusatzfrage zu stellen: "Entsprechen die gefundenen Bewertungsmethoden dem Üblichen?" g) Gehörten die Veräusserungen der Beteiligungen an (i) B. _____ Immobilien AG (CHE- 7) und (ii) H. _____ AG (CHE-6) im Geschäftsjahr 2015 zum selben Devestitionsprogramm wie die Veräusserung der Beteiligungen an (i) C. _____ AG (CHE-1), (ii) D. _____ AG (CHE-2), (iii) E. _____ AG (heute F. _____ AG; CHE-3), (iv) G. _____ AG (CHE-4), (v) B. _____ Management AG (CHE-5)? Gemäss Kläger soll damit ermittelt werden, ob die seit dem Jahr 2015 vollzogenen Beteiligungsveräusserungen Teil ein und desselben Plans gewesen oder gesondert zu beurteilen seien. Damit könne bewiesen werden, ob der Verwaltungsrat eine faktische Liquidation ohne ermächtigenden Generalversammlungsbeschluss von Anfang an beabsichtigt und damit seine Pflichten verletzt habe (act. 1 Rz. 133). Die Beklagte führt aus, dass die Devestitionen 2016 mit den Devestitionen 2015 einen Zusammenhang hätten. Damit sei die Frage beantwortet und das Rechtsschutzinteresse entfalle. Auf diese Frage sei folglich nicht einzutreten (act. 1 Rz. 18 ff.). Der Kläger scheint zu übersehen (vgl. act. 14 Rz. 28), dass die Beklagte die Frage in der Gesuchantwort beantwortet hat, indem sie den entsprechenden Lage-

- 22 - berichtet präzisiert und festgehalten hat, dass ein Zusammenhang zwischen den Investitionen bestehe (vgl. act. 1 Rz. 19). Folglich besteht kein Rechtsschutzinteresse (mehr) an einer Auskunft, weshalb die entsprechende Frage dem Sonderprüfer nicht zu unterbreiten ist. h) Bestehen Beschlüsse des Verwaltungsrats, die den Verkauf der Beteiligungen an (i) C._____ AG (CHE-1), (ii) D._____ AG (CHE-2), (iii) E._____ AG (heute F._____ AG; CHE-3), (iv) G._____ AG (CHE-4), (v) B._____ Management AG (CHE-5), (vi) H._____ AG (CHE-6) und (vii) B._____ Immobilien AG (CHE-7) betreffen? Falls ja, wann wurden diese Beschlüsse gefasst? Der Kläger hält fest, dass der Verwaltungsrat der Beklagten mit Schreiben vom 17. Juli 2017 bestätigt habe, dass bezüglich der Beteiligungsveräusserungen Verwaltungsratsbeschlüsse bestehen würden. Der Zeitpunkt bleibe jedoch unbekannt, sei aber wichtig um bestimmen zu können, welche Verwaltungsratsmitglieder mitgewirkt und sich damit möglicherweise pflichtwidrig verhalten haben könnten (act. 1 Rz. 135; act. 14 Rz. 29). Die Beklagte verweist auf ihre Antwort, dass Beschlüsse des Verwaltungsrats bestehen würden. Die Auskunft sei damit hinreichend erteilt (act. 10 Rz. 22). Der Kläger widerspricht dem. Nach wie vor sei unbeantwortet geblieben, wann die Beschlüsse gefasst worden seien (act. 14 Rz. 29). Während der Kläger einlässlich begründet, warum der Zeitpunkt der Beschlüsse massgebend ist, lässt die Beklagte hierzu Ausführungen vermissen. Der Kläger legt dar, dass diese Information für ihn erforderlich ist, da davon unter anderem die Passivlegitimation und die Frage des Zeitpunkts einer allfälligen Pflichtverletzung in einem Verantwortlichkeitsprozess abhängen kann. Die Auskunft steht auch im Zusammenhang mit der glaubhaft gemachten Gesetzesverletzung sowie dem glaubhaft gemachten Schaden. Folglich ist die zweite Frage ("Wann wurden diese Beschlüsse gefasst?") dem Sonderprüfer zu unterbreiten. In Bezug auf die erste Frage ("ob") fehlt es an einem Rechtsschutzinteresse. i) Hat der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin Investitionspläne? Wenn ja, welche? Der Kläger begründet die Frage damit, dass eine Verneinung von Investitionen die Vermutung einer faktischen Liquidation erhärten würde (act. 1 Rz. 137). Die Beklagte verweist auf den Lagebericht 2016, woraus hervorgehe, dass die Ge-

- 23 - sellschaft (die Beklagte) fortgeführt werden solle. Es sei aber noch offen, wo und wie die B._____ Holding AG neue Investitionen tätige. Die Rechnungslegung beruhe auf Fortführungswerten. Im übrigen sei die Zeit noch nicht reif, zu entscheiden, in welcher Nische sich die Beklagte engagieren wolle (act. 10 Rz. 29 ff.). Soweit der Kläger entgegnet, er wolle mit dieser Frage vor allem verstehen, ob der Verwaltungsrat der Beklagten die Auflösung der Gesellschaft in die Länge zu ziehen versuche, um sich bis zur Liquidation noch möglichst lange ein Honorar auszahlen zu können (act. 14 Rz. 35), ist er damit – da verspätet vorgebracht – nicht mehr zu hören. Die Frage nach Investitionsplänen hat die Beklagte beantwortet, führte sie doch aus, dass aktuell keine Investitionspläne bestünden. Diese Antwort reicht zur Ausübung der Aktionärsrechte, denn der Kläger verfügt nun über die Information, dass den Devestitionen aktuell keine Investitionen entgegen stehen und aktuell auch nicht geplant sind. Das Rechtsschutzinteresse des Klägers besteht somit nicht mehr. Darauf ist nicht einzutreten. j) Weshalb dürfen die von der Gesuchsgegnerin veräusserte B._____ Management AG und B._____ Immobilien AG weiterhin den Begriff "B._____" als Firmenbestandteil führen? k) Erhält die Gesuchsgegnerin ein Entgelt für die Duldung der Weiterführung des Firmenbestandteils "B._____" durch die B._____ Management AG (CHE-5) und/oder B._____ Immobilien AG (CHE-7)? Wenn ja, wie viel? Wenn nein, warum nicht? Gibt es Verträge? Der Kläger führt aus, dass Firmen von

veräusserten Gesellschaften regelmässig nur dann verändert bleiben würden, wenn die veräussernde Partei der erwerben- den Partei ein entsprechendes entgeltliches Recht einräumt. Mit dieser Frage soll ermittelt werden, ob eine Vereinbarung bestehe, oder die Firmen unverändert blieben, da die veräusserten Tochtergesellschaften nach wie vor von denselben wirtschaftlich berechtigten Personen gehalten würden (act. 1 Rz. 139). Fehle ein Entgelt und seien die Aktien nahestehenden Personen veräussert worden, so sei damit bewiesen, dass diese vorenthaltenen Einnahmen eine verdeckte Gewinnausschüttung darstellen würden (act. 1 Rz. 141). Die Beklagte hält dagegen, dass es nicht üblich sei, bei Firmenverkäufen eine Änderung der Firma zu erzwingen und eine solche Auflage einen Minderwert zur

- 24 - Folge gehabt hätte (act. 10 Rz. 39). Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, es bestehe ein Rechtsschutzinteresse, sollte nämlich die Auskunft ergeben, dass die Tochtergesellschaften die Firmenbestandteile B._____ unentgeltlich weiterführen sollten, könne damit eine verdeckte Gewinnausschüttung verbunden sein, die wiederum zu einem Schaden beim Kläger und der Beklagten führen könne (act. 14). Die Beklagte hat festgehalten, dass eine Auflage, die Firma zu ändern, einen Minderwert zur Folge gehabt hätte. Damit gibt die Beklagte preis, dass hinsichtlich der Firma keine Vergütung vereinbart oder geleistet worden ist. Eine weitere Auskunftserteilung der Beklagten ist nicht erforderlich. Damit fehlt es am Rechtsschutzinteresse. Darauf ist nicht einzutreten. 1) Welche Geld- und Sachleistungen haben I._____, J._____, M._____, K._____, N._____, O._____ und L._____ sowie diesen nahestehende Personen von der Gesuchsgegnerin bzw. den von der Gesuchsgegnerin beherrschten Gesellschaften im Geschäftsjahr 2016 bezogen? Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, dass die Frage darauf abziele, ob die genannten Personen einen Vorteil erhalten hätten, aus dem sich der Vollzug der erwähnten Beteiligungsveräusserungen nachvollziehen liesse. Es gehe um die Ermittlung von Interessenkonflikten sowie allenfalls verdeckte Gewinnausschüttungen (act. 1 Rz. 143). Die Beklagte sieht darin eine unzulässige fishing expedition (act. 14 Rz. 41). Der Kläger legt nicht nachvollziehbar dar, inwiefern die Beantwortung dieser Frage zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sein soll. Objektive Anhaltspunkte dafür, dass den Verwaltungsräten Geld- und Sachleistungen zugewendet worden sein sollen, behauptet der Kläger nicht. Eine Sonderprüfung kann aber nicht verlangt werden in der Hoffnung, auf eine Rechtsverletzung zu stossen. Bei der Frage handelt es sich um eine unzulässige fishing expedition. Die Klage ist in diesem Punkt abzuweisen.

E. 9

Zusammenfassung Zusammenfassend obsiegt der Kläger in Bezug auf Rechtsbegehren 2a, 2b, 2d, 2e, 2f und 2h (Frage 2). Zur Abklärung dieser Fragen/Sachverhalte ist ein Sonderprüfer einzusetzen. Im übrigen ist die Klage abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

E. 10

Konkrete Anordnungen und weiteres Vorgehen

E. 10.1

Zweigeteiltes Verfahren Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 4A_260/2013 (E. 1) vom 6. August 2013 festgehalten, dass es sich bei einer Entscheidung über die Einsetzung eines Sonderprüfers um eine Endentscheidung handelt. Folglich hat im vorliegenden Verfahren

ein dieses abschliessende Urteil zu ergehen. Allerdings ist das Gericht verpflichtet, die Sonderprüfung gewissermassen zu begleiten, indem es einen Sonderprüfer ernennen und über gewisse Streitigkeiten entscheiden muss (Art. 697d Abs. 2 OR), indem es den Bericht über die Sonderprüfung entgegennimmt (Art. 697e Abs. 1 OR) und dessen Abnahme regelt (Art. 697e Abs. 2 und 3 OR). Diese gerichtlichen Tätigkeiten sind in einem zweiten Verfahren vorzunehmen. Es erscheint angemessen, dieses nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Abweisung der Beschwerde des vorliegenden Urteils von Amtes wegen zu eröffnen, wobei der erste Schritt die Suche nach und die Ernennung des Sonderprüfers sein dürfte. Da die Parteien unterschiedliche Anträge zur Person des Sonderprüfers stellen, steht es den Parteien frei, bis 10 Tage nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Abweisung der Beschwerde dem Gericht (weitere) Vorschläge betreffend der Person des Sonderprüfers zu unterbreiten.

E. 10.2

Kostenvorschuss für die Durchführung der Sonderprüfung Der Kläger beantragt, die Beklagte sei zu verpflichten, den Kostenvorschuss für die Sonderprüfung zu leisten (act. 1 S. 2 und Rz. 148 f). Die Beklagte macht geltend, dass sie derzeit nur noch über Mittel von CHF 126'662.– verfüge und es kaum Sinne ergebe, eine Gesellschaft in Konkurs zu treiben (act. 10 Rz. 107 ff.). Entspricht der Richter dem Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers, so überbindet er den Vorschuss die Kosten der Gesellschaft. Wenn besondere Umstände es rechtfertigen, kann er die Kosten ganz oder teilweise den Gesuchstellern auferlegen (Art. 697g OR). Der Gesetzeswortlaut ist klar. Besondere Umstände, um

- 26 - von der gesetzlichen Regelung abzuweichen, sind nicht ersichtlich. Die Beklagte ist folglich zu verpflichten, einen Kostenvorschuss für die Durchführung der Sonderprüfung von einstweilen CHF 10'000.– zu leisten. Eine spätere Erhöhung bleibt vorbehalten. Im Weigerungsfalle wird der Kläger den Vollzug des gerichtlich verfügten Kostenvorschusses zu verlangen haben (vgl. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 16 N 86).

E. 11

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie im Dispositivauszug an die Kasse des Obergerichts.

E. 12

Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

- 30 - Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 250'000.–. Zürich, 22. Februar 2018 Handelsgericht des Kantons Zürich Einzelgericht
Gerichtsschreiberin: Adrienne Hennemann

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