

ZH_HANDELSGERICHT HE210130 vom 17. Januar 2022

Zh Handelsgericht, 2022-01-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE210130

FR: ZH_HANDELSGERICHT HE210130 du 17 janvier 2022

IT: ZH_HANDELSGERICHT HE210130 del 17 gennaio 2022

Erwägungen

E. 2

Der Sachverständige gemäss Ziffer 1 sei damit zu beauftragen, im Rahmen der Sonderprüfung insbesondere folgende Fragen zu klären: a. Zum Themenkomplex "Finanzierung" i. Welche Finanzverpflichtungen der Gesellschaft (Fi- nanzleasing, Darlehen, Cashpooling etc.) bestehen gegenüber anderen Gesellschaften, sind diese richtig bilanziert und werden diese at-arm's-length gehand- habt? Wenn nicht, welche Benachteiligungen der Ge- sellschaft lassen sich erstellen? ii. Welche Leistungen hat die Gesellschaft an andere Ge- sellschaften vergeben (bspw. Outsourcing)? Werden alle von der Gesellschaft an andere Gesellschaften vergebenen Leistungen at-arms's-length gehandhabt? Wenn nicht, welche Benachteiligungen der Gesell- schaft lassen sich erstellen? iii. Welche Leistungen erbringt die Gesellschaft gegen- über anderen Gesellschaften? Werden alle von der Gesellschaft für andere Gesellschaften erbrachten Leistungen at-arm's-lenght gehandhabt? Wenn nicht, welche Benachteiligungen der Gesellschaft lassen sich erstellen? b. Zum Themenkomplex "Einkauf" i. Bei wem und zu welchen Preisen wurden in den Ge- schäftsjahren 2019 und 2020 Medizintechnik, Heilmitt- tel- und Medizinprodukte (insbesondere Verbrauchs- materialien, Medikamente sowie Kontrastmittel etc.) von der Gesellschaft eingekauft. ii. Verfolgte in den Geschäftsjahren 2019 und 2020 und verfolgt die Gesellschaft heute einen nachvollziehbaren Einkaufsprozess, der ihr Gewähr für den besten Preis und die beste Qualität der bestellten Dienstleistungen, Medizintechnik, Heilmittel- und Medizinprodukte (ins- besondere Verbrauchsmaterialien, Medikamente wie Kontrastmittel etc.) bietet? Wenn nicht, welche Mängel lassen sich erstellen? iii. Wie stellt die Gesellschaft sicher, dass keine Transfer- zahlungen von Dienstleistern und Lieferanten für Auf-

- 3 - träge und Einkäufe der Gesellschaft an andere Gesell- schaften erfolgen (wie Rabatte, Kickback, Retrozessio- nen, Vermittlungsgebühr etc.)? iv. Bei wem und zu welchem Preis wurden im Geschäfts- jahr 2020 Heilmittel- und Medizinprodukte, insbesonde- re Verbrauchsmaterialien, Kontrastmittel und andere Medikamente etc. von der Gesellschaft eingekauft? v. Zu welchem Preis werden Heilmittel- und Medizinpro- dukte, insbesondere Verbrauchsmaterialien, Kontrast- mittel und andere Medikamente etc. den Kostenträgern verrechnet?

E. 2.1

Am 30. September 2021 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin das Begehren um Einsetzung eines Sonderprüfers mit den oben aufgeführten An- trägen ein (act. 1).

E. 2.2

Mit Verfügung vom 4. Oktober 2021 wurde der Gesuchstellerin Frist ange- setzt, um einen Kostenvorschuss von CHF 12'000.– zu leisten. Weiter wurde der Gesuchsgegnerin Frist

angesetzt, um zum Gesuch Stellung zu nehmen (act. 4).

E. 2.3

Der Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (act. 6).

E. 2.4

Innert einmal erstreckter Frist reichte die Gesuchsgegnerin rechtzeitig die Stellungnahme ein und beantragte, dass das Gesuch der Gesuchstellerin abzuweisen sei, soweit darauf einzutreten sei (act. 9).

E. 2.5

Mit Eingabe vom 10. Januar 2022 äusserte sich die Gesuchstellerin zur Stellungnahme der Gesuchsgegnerin.

- 5 - 3. Formelles

E. 3

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

E. 3.1

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 ist unbestritten.

E. 3.2

Die Gesuchstellerin bezifferte den Streitwert auf CHF 100'000.00 (act. 1 Rz. 4). Die Gesuchsgegnerin geht von einem gegen 0 tendierenden Streitwert aus (act. 9 Rz. 3). Das Einzelgericht hat in der Verfügung vom 4. Oktober 2021 begründet, weshalb von einem Streitwert von CHF 300'000.00 auszugehen sei (act. 4 S. 2 E. 2). Die Parteien haben nicht ausgeführt, inwieweit diese Begründung falsch sein soll. Mit Verweis auf die betreffende Begründung ist daher an einem geschätzten Streitwert von CHF 300'000.00 festzuhalten.

E. 3.3

Die gerichtliche Anordnung der Sonderprüfung untersteht dem Summarverfahren (Art. 250 lit. c Ziff. 8 ZPO). Im Summarverfahren ist kein doppelter Schriftenwechsel vorgesehen (Art. 253 ZPO). Folglich kann sich die Partei nicht darauf verlassen, dass das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel anordnet, weshalb die Behauptungen in den ersten Rechtsschriften vorzubringen sind (BGE 144 III 117 E. 2.2). Dementsprechend hielt das Gericht in der Verfügung vom 17. Dezember 2021 ausdrücklich fest, dass kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werde, sondern dass die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin nur zur Wahrung des rechtlichen Gehörs (Replikrecht) zugestellt werde und dass das Gericht keine unechten Noven, die schon im Gesuch hätten vorgetragen werden können, berücksichtigen werde (act. 11).

E. 3.4

Die Eingabe der Gesuchstellerin vom 10. Januar 2022, mit welcher sich diese zur Stellungnahme der Gesuchsgegnerin äusserte (act. 13), ist der Gesuchsgegnerin mit dem vorliegenden Urteil zur Kenntnisnahme zuzustellen.

E. 3.5

Die Sache ist spruchreif.

- 6 -

E. 4

Rechtliches

E. 4.1

Ausgangslage 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).

E. 4.2

Formelle Voraussetzungen a. Für die gerichtliche Anordnung einer Sonderprüfung müssen zunächst formelle Voraussetzungen erfüllt sein. Im Einzelnen ist erforderlich, - dass der Aktionär vorgängig sein Auskunftsrecht ausgeübt hat (Art. 697a Abs. 1 OR i.V.m. Art. 697 OR), - dass der Antrag eines Aktionärs auf Einsetzung eines Sonderprüfers von der Generalversammlung abgelehnt wurde (Art. 697b Abs. 1 OR), - dass die Beteiligung des Aktionär bzw. der Aktionärsgruppe, die nach dem ablehnenden Entscheid der Generalversammlung eine gerichtliche Anordnung einer Sonderprüfung durchsetzen will, die gesetzlich definierte Schwelle erreicht (Art. 697b Abs. 1 OR) und - dass die dreimonatige gesetzliche Klagefrist eingehalten wird (Art. 697b Abs. 1 OR). In Bezug auf diese formellen Voraussetzungen (vorgängige Ausübung des Auskunftsrechts, abgelehnter Antrag auf Anordnung einer Sonderprüfung, Beteili-

- 7 - gungsschwelle und Klagefrist) gilt das Regelbeweismass der vollen Überzeugung (BGE 140 III 610 E. 4.3.3). b. Im vorliegenden Fall hat die Gesuchstellerin im Vorfeld der Generalversammlung ihr Auskunftsrecht mit Schreiben vom 22. Juni 2021 wahrgenommen (act. 3/10). Ferner hat sie anlässlich der Generalversammlung vom 30. Juni 2021 einen Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung gestellt, welcher von der Generalversammlung abgewiesen wurde (act. 3/5 S. 5 ["Dieser Antrag wird mit 85% Nein-Stimmen zu 15% Ja-Stimmen abgelehnt"]). Weiter hält die Gesuchstellerin unbestritten 15% der Aktien der Gesuchsgegnerin (act. 1 Rz. 27 [Gesuchstellerin], act. 9 Rz. 23 [Gesuchsgegnerin]) und erreicht damit die in Art. 697b Abs. 1 OR definierte Beteiligungsschwelle, um die gerichtliche Einsetzung eines Sonderprüfers zu verlangen. Schliesslich ist die dreimonatige Klagefrist für die gerichtliche Anordnung einer Sonderprüfung eingehalten. Damit ist das Vorliegen der formellen Voraussetzungen grundsätzlich nachgewiesen. c. In Bezug auf die formelle Voraussetzung der vorgängigen Ausübung des Auskunftsrechtes drängen sich jedoch vertiefte Ausführungen auf. Wie gesagt ist im Rahmen des Regelbeweismasses der vollen Überzeugung nachgewiesen, dass mit Schreiben vom 22. Juni 2021 das Auskunftsrecht ausgeübt wurde. Damit ist aber noch nichts über die thematische Identität des Auskunftsbegehrens mit dem späteren

Sonderprüfungsbegehren gesagt. Aus dem Erfordernis der vorgängigen Ausübung des Auskunftsrechts folgt die Subsidiarität des gerichtlichen Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers. Daraus wird abgeleitet, dass das Sonderprüfungsbegehren thematisch vom vorgängigen Auskunftsbegehren gedeckt sein muss. Grund dafür ist, dass der Verwaltungsrat die Gelegenheit erhalten soll, das Informationsbedürfnis der Aktionäre zu befriedigen, bevor ein aufwändiges Verfahren auf Sonderprüfung eingeleitet wird. Massgebend für die thematische Begrenzung der Zulässigkeit eines Sonderprüfungsbegehrens ist deshalb das Informationsbedürfnis des antragstellenden Aktionärs, wie es der Verwaltungsrat nach Treu und Glauben aus dem vorgängigen Auskunftsbegehren erkennen musste (BGE 140 III 610 E. 2). In Bezug auf die thematische Identität des Auskunftsbegehrens mit dem späteren Sonderprüfungsbegehren hat das Bundesgericht unter Hinweis auf verschiedene Literaturstellen angedeutet, dass ein nicht allzu strenger Prüfungsmassstab anzusetzen ist (BGE 140 III 610 E. 4.3.2 mit Hinweis auf verschiedene Literaturstellen).

d. Die Gesuchstellerin macht geltend, dass die mit dem vorliegenden Sonderprüfungsbegehren aufgegriffenen Themen bereits Gegenstand des Auskunftsbegehrens gewesen seien (act. 1 Rz. 33). Dies wird von der Gesuchsgegnerin zu Recht bestritten (act. 9 Rz. 27). Gegenstand des Sonderprüfungsbegehrens sind - Themenkomplex I (act. 1 Rz. 33 erster Strich): nicht marktkonforme Leistungen an Dritte (Verstoss gegen arm's-length-Prinzip) und damit unsorgfältige Geschäftsführung (Art. 717 OR) und verdeckte Gewinnausschüttungen (Art. 678 Abs. 2 OR) und - Themenkomplex II (act. 1 Rz. 33 zweiter Strich): Wahrung von Drittinteressen (mutmasslich der F. _____ AG) anstatt der eigenen Gesellschaftsinteressen (Art. 717 OR). Diese Themenkomplexe werden vom Auskunftsbegehren kaum – oder höchstens ansatzweise – abgedeckt. Die Fragen 1a (Rückzahlung des COVID-19-Überbrückungskredits), 1b und 1d (Dividendenausschüttung) und 1c (Reduktion von Finanzverbindlichkeiten) haben mit den erwähnten Themenkomplexen "unsorgfältige Geschäftsführung/verdeckte Gewinnausschüttung und Wahrung von Dritt- anstatt Gesellschaftsinteressen" nichts zu tun. Auch die Fragen 2a (Drittleistungen), 2b (Verwaltungs-, Rechts- und Beratungsaufwand), 2c (sonstiger Büroaufwand), 2d (Einkauf von Heilmitteln und Verbrauchsmaterial, insbesondere Kontrastmittel), 2e (Abrechnung mit Versicherern), 2f (Anzahl Mitarbeiter), 2g (Dienstleistungen von Mitarbeitern an Dritte), 2h (Leasingzahlungen an Schwestergesellschaften) und 2i (Zinszahlungen) haben mit den oben erwähnten Themen des Sonderprüfungsbegehrens entweder nichts oder dann nur sehr wenig zu tun. Einzig bei der Frage 1e wird ein vager Verdacht auf nicht marktkonforme Zahlungen geäussert, allerdings ohne dies zu konkretisieren. Aufgrund dieser Gegenüberstellung kann kaum von einer thematischen Identität zwischen Auskunftsbegehren und Sonderprüfungsbegehren ausgegangen werden. Insbesondere wird dieser Befund auch dadurch erhärtet, dass der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin anlässlich der Generalversammlung bei der Beantwortung des Auskunftsbegehrens

- 9 - keinen Anlass zur Annahme hatte, dass die mit dem Sonderprüfungsbegehren thematisierten Vorwürfe zu beantworten wären. Vielmehr ist aufgrund der vollständigen Abarbeitung der mit dem Auskunftsbegehren gestellten Fragen und mit der sorgfältigen Protokollierung der Antworten (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR) davon auszugehen, dass der Verwaltungsrat keinen Anlass für die Annahme hatte, dass Vorwürfe der unsorgfältigen Geschäftsführung und der Verfolgung von Dritt- anstatt Gesellschaftsinteressen im Raum stehen könnten. Selbst unter der Annahme, dass an die thematische Identität zwischen

Auskunfts- und Sonderprüfungsbegehren keine hohen Anforderungen zu stellen sind – und insbesondere nicht das Regelbeweismass der vollen Überzeugung massgebend ist – fehlt es aus den dargelegten Gründen an dieser formellen Voraussetzung für die gerichtliche Anordnung einer Sonderprüfung. e. Das Sonderprüfungsbegehren scheitert daher schon daran, dass die formalen Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

E. 4.3

Materielle Voraussetzungen a. Nebst den soeben abgehandelten formellen Voraussetzungen müssen für die gerichtlichen Anforderungen auch materielle Voraussetzungen erfüllt sein. Gemäss Art. 697b Abs. 2 OR muss glaubhaft gemacht werden, dass die Organe Gesetzes- oder Statutenbestimmungen verletzt und dadurch die Gesellschaft oder Aktionäre geschädigt haben. Das Glaubhaftmachen betrifft sowohl Tat- wie auch Rechtsfragen. In tatsächlicher Hinsicht sind bestimmte Handlungen oder Unterlassungen von Organen und der damit zusammenhängende Schaden glaubhaft zu machen. In Bezug auf diese Tatsachen darf das Gericht weder blosser Hauptungen 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 Organen in der Tat Schaden ange richtet haben könnten. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Rechtsfragen, wie sie

- 10 - sich namentlich im Zusammenhang mit den vom Kläger behaupteten Pflichtverletzungen von Organen stellen. Auch hier hat das Gericht die Rechts- oder Statutenwidrigkeit nicht abschliessend zu beurteilen. Einem 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 (BGE 138 III 252 E. 3.1 S. 257, BGE 120 II 393 E. 4c S. 297 f., BGE 4A_260/2013 vom 6. August 2013 E. 4.1). Die Frage, ob eine Schädigung infolge des Verhaltens der Organe aufgrund der tatsächlichen Vorbringen der Parteien und aufgrund der von ihnen beigebrachten beweismässigen Anhaltspunkte hinreichend glaubhaft erscheint, betrifft die Beweiswürdigung, die vom Bundesgericht nur auf Willkür überprüft wird (BGE 4A_260/2012 vom 6. August 2013 E. 4.1). b. Im vorliegenden Fall werden die materiellen Voraussetzungen für die gerichtliche Anordnung einer Sonderprüfung nicht im oben umschriebenen Sinn glaubhaft gemacht. Zunächst fällt auf, dass die Gesuchstellerin keine Belege für ihre Behauptungen beibringt. Dies allein kann allerdings noch nicht entscheidend sein, weil der Hinweis der Gesuchstellerin nachvollziehbar ist, sie sei nicht in der Lage, umfassende Beweismittel zu offerieren (act. 13 Rz. 8). Entscheidend ist vielmehr, dass sich die zentralen Vorwürfe an die Gesuchsgegnerin in kaum konkretisierten Behauptungen erschöpfen, und zwar in Einzelnen wie folgt: - Vorwurf I: "Erbringung von Dienstleistungen gegenüber anderen Konzerngesellschaften der F. _____ AG unter Missachtung des at-arm's-lenght-Prinzips" (act. 1 Rz. 47 erster Strich): Die Gesuchstellerin führt nicht aus, welche Gesellschaften damit angesprochen sind. Ferner äussert sie sich nicht zur Antwort des Verwaltungsrates anlässlich der Generalversammlung, dass selten Dienstleistungen an andere Konzerngesellschaften erbracht worden seien (act. 3/5 S. 4 ad. 2g). - Vorwurf II: "Einkauf von Dienstleistungen bei anderen Konzerngesellschaften der

F._____ AG unter Missachtung des at-arm's length-Prinzips bzw. obschon die Gesuchsgegnerin die Dienstleistungen kostengünstiger selbst

- 11 - erbringen könnte" (act. 1 Rz. 47 zweiter Strich): Die Gesuchstellerin führt nicht aus, um welche Dienstleistungen es sich handeln soll. Ferner äussert sie sich auch nicht zur Antwort des Verwaltungsrates anlässlich der Generalversammlung, dass es sich hauptsächlich um Dienstleistungen des Kantonsospitals E._____ ... gehandelt habe (act. 3/5 S. 3 ad. 2a). - Vorwurf III: "Finanzierung der nötigen Investitionsmittel zu nicht marktgerechten Preisen konzernintern statt günstiger bei Dritten" (act. 1 Rz. 47 dritter Strich): Die Gesuchstellerin führt nicht aus, auf welche Finanzierung abgezielt wird, obwohl sie bei ihren Fragen im Rahmen des Auskunftsbegehrens noch zwischen Leasing und Zinszahlung für Verbindlichkeiten unterschieden hat (act. 5/10 Fragen 2h und 2i). Ebenso wenig geht sie auf die Antwort des Verwaltungsrates anlässlich der Generalversammlung ein (vgl. act. 3/5 S. 4 ad 2h und 2i i.V.m. 1c). - Vorwurf IV: "Wahrung von Fremdinteressen (mutmasslich der F._____ AG) statt Eigeninteressen beim Einkauf von Heilmitteln und Medizinprodukten sowie Medizintechnik" (act. 1 Rz. 47 vierter Strich): Auch hier geht die Gesuchstellerin nicht auf die Antwort des Verwaltungsrates anlässlich der Generalversammlung ein, wonach zum Teil bei der Klinikapotheke (das heisst bei der Gesuchstellerin selbst) und im Kontrastmittelbereich bei allen grossen Anbietern eingekauft worden sei (vgl. act. 3/5 S. 4 ad 2d). Insgesamt erschöpfen sich die Ausführungen der Gesuchstellerin somit auf Mutmassungen, für welche keine objektivierbaren Hinweise beigebracht werden können. Die tatsächlichen Voraussetzungen für eine gerichtlich angeordnete Sonderprüfung sind nicht erfüllt.

E. 4.4

Fazit Da weder die formellen (vgl. E. 4.2) noch die materiellen Voraussetzungen (vgl. E. 4.3) für die gerichtliche Anordnung einer Sonderprüfung erfüllt sind, ist das Gesuch abzuweisen.

E. 5

Kosten- und Entschädigungsfolgen

- 12 - a. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchstellerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO). b. Zum Streitwert hat sich das Gericht bereits in der Verfügung vom 14. April 2021 geäussert. Darauf ist zu verweisen (act. 4 E. 3c). c. Bei einem geschätzten Streitwert von CHF 300'000 ist die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung der summarischen Natur des Verfahrens auf CHF 12'000.00 festzusetzen (§§ 4 und 8 GebV OG). d. Die Gesuchstellerin ist zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine Prozessentschädigung von CHF 13'000.00 zu bezahlen (§§ 4, 9 und 11 AnwGebV). Da der Vorsteuerabzug möglich ist, ist keine Mehrwertsteuer geschuldet. Der Einzelrichter erkennt:

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