

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE180090-O

U/jo

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie die Gerichtsschreiberin
Adrienne Hennemann

Urteil vom 20. Juni 2018

in Sachen

1. **A._____ AG,**

2. **B._____,**

Kläger

1, 2 vertreten durch MLaw X._____

gegen

C._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Sonderprüfung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 ff.)

1. Es sei vom Gericht Herr D. _____ von der E. _____ ag oder ein anderer unabhängiger Sachverständiger mit der Durchführung einer Sonderprüfung im Sinne von Art. 697a ff. OR bei der Gesuchsgegnerin zu beauftragen.
2. Der Sachverständige sei zu beauftragen, im Rahmen der Sonderprüfung namentlich folgende Sachverhalte abzuklären:
 - 2.1. Verdeckte Gewinnausschüttungen an die Aktionäre F. _____ und G. _____:
 - Frage 1: Welche Leistungen erbrachten die Aktionäre F. _____ und G. _____ für die Gesuchsgegnerin aufgrund ihrer Arbeits- und/oder Beraterverträge im Rechnungsjahr 2016?
 - Frage 2: Sind im Beratungsaufwand der Gesuchsgegnerin für das Jahr 2016 auch Beratungsleistungen enthalten, welche durch die Aktionäre F. _____ und G. _____ erbracht wurden? Wenn ja, welche?
 - Frage 3: Sind im Beratungsaufwand sowie im ausserordentlichen Aufwand der Gesuchsgegnerin für das Jahr 2016 auch Leistungen enthalten, welche für die Aktionäre F. _____ und G. _____ als Privatpersonen, die H. _____ AG, die I. _____ AG oder andere Gesellschaften dieser Aktionäre erbracht worden sind, wie z.B. private Anwalts-, Bewirtungs-, Miet-, Fahrzeug- oder Reisekosten? Wenn ja, welche? Haben andere Gesellschaften marktgerechte Entschädigungen für die allfällige Mitbenützung der Infrastruktur der Gesuchsgegnerin geleistet?
 - Frage 4: Sind in der Position passive Rechnungsabgrenzung der Jahresrechnung 2016 der Gesuchsgegnerin zu erwartende Rechnungen der Aktionäre F. _____ und G. _____ für Beratungsleistungen zu Gunsten der Gesuchsgegnerin enthalten? Wenn ja, welche?
 - Frage 5: Sind in der Position passive Rechnungsabgrenzung der Jahresrechnung 2016 der Gesuchsgegnerin zu erwartende Rechnungen für anwaltliche Leistungen zu Gunsten von Aktionär F. _____ sowie generell Leistungen für die Aktionäre F. _____ und G. _____ als Privatpersonen, die H. _____ AG; die I. _____ AG oder andere Gesellschaften dieser Aktionäre enthalten, wie z.B. private Anwalts-, Bewirtungs-, Miet-, Fahrzeug- oder Reisekosten? Wenn ja, welche?
 - 2.3. Rechtliche Streitigkeiten
 - Frage 1: Sind im Beratungsaufwand sowie im ausserordentlichen Aufwand der Gesuchsgegnerin für das Jahr 2016 auch Leistungen enthalten, welche rechtliche Streitigkeiten der Gesuchsgegnerin betreffen? Wenn ja, welche?
 - Frage 2: Welcher Umstand liegt der aussergerichtlichen Zahlungsvereinbarung im Betrag von CHF 110'000.00 im ausser-

ordentlichen Aufwand der Jahresrechnung 2016 der Gesuchsgegnerin zu Grunde? Handelt es sich dabei um eine Zahlung zwecks Verzicht auf ein Rechtsverfahren?

2.3. Stille Reserven:

- Frage 1: Wie ergeben sich die Beträge für Abschreibungen von CHF 153'837.60 für das Rechnungsjahr 2015 und von CHF 112'891.14 für das Rechnungsjahr 2016? Für welche Vermögensdispositionen wurden in den Rechnungsjahren 2015 und 2016 bei der Gesuchsgegnerin welche Abschreibungen gemacht?
- Frage 2: Entspricht der Betrag von CHF 242'005.20 für die passive Rechnungsabgrenzung im Rechnungsjahr 2016 tatsächlich den in diesem Rechnungsjahr erbrachten Leistungen Dritter, welche per 31. Dezember 2016 der Gesuchsgegnerin noch nicht in Rechnung gestellt wurden?
- Frage 3: Wie ergibt sich der Betrag für Delkredere von CHF 22'424.55 für das Rechnungsjahr 2016 der Gesuchsgegnerin? Wie wird die Höhe dieses Abzugs von den Forderungen der Gesuchsgegnerin begründet?

2.4. Langfristige verzinsliche Verbindlichkeiten (Darlehen an die Gesuchsgegnerin:

- Frage 1: Wer ist per 31. Dezember 2016 zu welchen Beträgen Gläubiger der langfristigen verzinslichen Verbindlichkeiten mit und ohne Rangrücktritt und zu welchen Zinssätzen sind diese Beträge zu verzinsen?
- Frage 2: Entsprechen die per 31. Dezember 2016 in der Jahresrechnung 2016 der Gesuchsgegnerin bilanzierten langfristigen verzinslichen Verbindlichkeiten den vertraglichen Abmachungen mit den Gläubigern? Handelt es sich bei diesen Beträgen gemäss den Verträgen mit den Gläubigern tatsächlich um Darlehen oder um nicht rückzahlbares Kapital?

3. Die Gesuchsgegnerin sei zu verurteilen, einen angemessenen Kostenvorschuss für die Sonderprüfung zu leisten.
4. Eventualiter sei die Gesuchsgegnerin unter Androhung der Bestrafung der Organe nach Art. 292 StGB zu verurteilen, der Gesuchstellerin 1 und dem Gesuchsteller 2 die Kopien folgender Unterlagen per Briefpost oder E-Mail zuzustellen oder Einsicht mit der Möglichkeit vor Ort Kopien zu machen in folgende Unterlagen zu gewähren:
 - 4.1 Buchhaltungs-Kontoblätter über den Beratungsaufwand im Rechnungsjahr 2016 sowie die zugrundeliegenden Belege (eventualiter zu Anträgen 2.1, Fragen 1, 2 und 3, und 2.2, Frage 1).
 - 4.2 Buchhaltungs-Kontoblätter über den ausserordentlichen Aufwand im Rechnungsjahr 2016 sowie die zugrundeliegenden Belege (eventualiter zu Anträgen 2.1, Frage 3, und 2.2, Fragen 1 und 2).
 - 4.3 Buchhaltungs-Kontoblätter über die passive Rechnungsabgrenzung im Rechnungsjahr 2016 sowie die zugrundeliegenden Be-

ge (eventualiter zu Anträgen 2.1, Fragen 4 und 5, und 2.3, Frage 2).

- 4.4 Buchhaltungs-Kontoblätter über die langfristigen verzinslichen Verbindlichkeiten im Rechnungsjahr 2016 sowie die zugrundeliegenden Verträge (eventualiter zu Antrag 2.4, Fragen 1 und 2).
- 4.5 Auflistung über die stillen Reserven per Ende der Rechnungsjahre 2015 und 2016 (eventualiter zu Antrag 2.3, Fragen 1, 2 und 3).
5. Subeventualiter sei die Gesuchsgegnerin unter Androhung der Bestrafung der Organe nach Art. 292 StGB zu verurteilen, der Gesuchstellerin 1 und dem Gesuchsteller 2 schriftlich Auskunft über die folgenden Fragen zu erteilen:
 - 5.1. Für welche Leistungen wurde an wen mit welchen Beträgen bezüglich Beratungsaufwand im Rechnungsjahr 2016 Zahlungen geleistet und welche vertraglichen Abmachungen liegen diesen Zahlungen zugrunde? (subeventualiter zu Antrag 4.1)
 - 5.2. Für welche Angelegenheiten wurde an wen mit welchen Beträgen bezüglich ausserordentlichem Aufwand im Rechnungsjahr 2016 Zahlungen geleistet und welche vertraglichen Abmachungen liegen diesen Zahlungen zugrunde? (subeventualiter zu Antrag 4.2)?
 - 5.3. Für welche Leistungen resp. Angelegenheiten wurden für wen mit welchen Beträgen passive Rechnungsabgrenzungen im Rechnungsjahr 2016 vorgenommen und wie werden diese begründet? (subeventualiter zu Antrag 4.3)
 - 5.4. Wer ist zu welchen Beträgen Gläubiger der langfristigen verzinslichen Verbindlichkeiten im Rechnungsjahr 2016 und welche Verträge liegen denselben zugrunde? Handelt es sich dabei um Darlehen oder Kapital? (subeventualiter zu Antrag 4.4)
 - 5.5. Wie setzen sich die stillen Reserven per Ende der Rechnungsjahre 2015 und 2016 zusammen und wie wurden sie im Einzelnen gebildet? (subeventualiter zu Antrag 4.5)
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 20. Februar 2018 reichten die Kläger 1 und 2 das Gesuch hierorts ein (act. 1). Mit Verfügung vom 22. Februar 2018 wurde den Klägern Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von CHF 11'000.– und der Beklagten zur Stellung-

nahme zum Gesuch angesetzt (act. 4). Nach Eingang des Kostenvorschusses (act. 6) und der Gesuchsantwort (act. 9) wurde den Klägern mit Verfügung vom 27. März 2018 Frist angesetzt, um zu den genannten Unterlagen Stellung zu nehmen (act. 12). Am 24. April 2018 reichten die Kläger die Stellungnahme ein (act. 14), die alsdann an die Beklagte ging (Prot. S. 5; act. 17). Unter dem 14. Mai 2018 ging die beklagtische Stellungnahme hierorts ein (act. 18), die den Klägern infolge angezeigter Abwesenheit der klägerischen Rechtsvertreterin am 29. Mai 2018 zugestellt wurde (act. 16, 18 und 19). Die Kläger liessen sich nicht mehr vernehmen.

2. Zuständigkeit und Verfahren

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 (vgl. act. 9).

2.2. 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 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).

3. 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).

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. Die Prüfung kann sich auf viele Sachverhalte erstrecken, wenn der Gegenstand vom Antragsteller klar abgegrenzt wird. Die Abgrenzung muss sich auf die Art der zu untersuchenden Ereignisse (z.B. eine bestimmte Geschäftsart) und den betreffenden Zeitraum beziehen (zit. Urteil des Bundesgerichts 4A_260/2013 E. 4.1, Urteil des Bundesgerichts 4C.190/2005 vom 6. September 2006 E. 3.4.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_215/2010 vom 27. Juli 2010 E. 3.1.4).

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 Son-

derprüfung 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 Aktionärseigenschaft und der Höhe der Kapitalbeteiligung (BGE 140 III 610 E. 4.3.3).

Das Rechtsschutzinteresse stellt eine Prozessvoraussetzung dar. Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Sonderprüfungsbegehrens ist, dass die Aktionäre bei vernünftiger Betrachtung Anlass haben konnten, an der Vollständigkeit oder an der Richtigkeit der vom Verwaltungsrat erteilten Auskünfte zu zweifeln. Ansonsten fehlt es am Rechtsschutzinteresse und es ist auf das Gesuch nicht einzutreten (Art. 59 Abs. 1 i.V. m. Abs. 2 lit. a ZPO; BGE 123 III 261 E. 3).

Aus der Subsidiarität der Sonderprüfung folgt, dass das Sonderprüfungsbegehren thematisch vom vorgängigen Auskunfts- oder Einsichtsbegehren gedeckt sein muss. Durch dieses soll der Verwaltungsrat die Gelegenheit erhalten, das Informationsbedürfnis der Aktionäre von sich aus zu befriedigen, bevor das mit Aufwand und Umtrieben verbundene Verfahren auf Sonderprüfung eingeleitet wird. Massgebend für die thematische Begrenzung der Zulässigkeit eines Son-

derprüfungsbegehrens ist deshalb das Informationsbedürfnis der antragstellenden Aktionäre, wie es der Verwaltungsrat nach Treu und Glauben aus dem vorgängigen Auskunfts- oder Einsichtsbegehren erkennen musste. Dabei darf sich der Verwaltungsrat zwar nicht hinter einer wortklauberischen Auslegung verschanzen und von vornherein nur ausdrücklich gestellte Fragen beantworten. Auf der anderen Seite ist aber auch den Aktionären zuzumuten, bei der Formulierung ihres Auskunfts- oder Einsichtsbegehrens eine gewisse Sorgfalt aufzuwenden und darin so klar, wie es ihnen aufgrund ihres Kenntnisstandes möglich ist, zum Ausdruck zu bringen, worüber sie weiteren Aufschluss zu erhalten wünschen (BGE 140 III 610 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_215/2010 vom 27. Juli 2010 E. 3.1.1). Das Identitätserfordernis verlangt aber keine komplette Inhaltsgleichheit, sondern dass die beiden Gegenstände dem Inhalt und Ziel nach sinngemäss übereinstimmen (GABRIELLI, Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung, Zürich 1997, S. 160). Der Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung muss aber denselben Gegenstand oder Fragenkomplex wie das Auskunfts- oder Einsichtsbegehren betreffen, andernfalls die Voraussetzung des vorgängigen Stellens des Auskunftsbegehrens sinnlos wäre (CASUTT, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, S. 72).

4. Unbestrittener Sachverhalt

Es ist unbestritten, dass die beiden Kläger anlässlich der Generalversammlung der Beklagten vom 7. Dezember 2017, vertreten durch J._____, bezugnehmend auf die Jahresrechnung 2016 unter Traktandum 4 vom Verwaltungsrat folgende Auskunft verlangt haben (act. 3/9):

- Aufstellung über die stillen Reserven per Ende 2015 und 2016
- Aufstellung über die passiven Rechnungsabgrenzungen sowie Darlehen
- Details über den Beratungsaufwand
- Details über den ausserordentlichen Aufwand

Die Auskunft ist gemäss Protokoll vom Verwaltungsrat verweigert worden. Auch das gleichlautende Einsichtsbegehren der Kläger ist von der Generalversamm-

lung abgelehnt worden (act. 1 Rz. 2; act. 9 Rz. 45). Anlässlich derselben Generalversammlung der Beklagten vom 7. Dezember 2017 haben die Kläger die Durchführung einer Sonderprüfung verlangt, inhaltlich gleichlautend mit dem Auskunftsbegehren. Die Sonderprüfung wurde von der Generalversammlung gemäss Protokoll abgelehnt (act. 1 Rz. 3; act. 9 Rz. 46).

Soweit die Kläger in der Stellungnahme zu den Beilagen die Vollständigkeit des Protokolls (act. 3/9) bestreiten (act. 14 Ad 24), sind sie damit – da verspätet vorgebracht (vgl. Ziff. 2.2) – nicht mehr zu hören.

5. Frist

Beide Parteien gehen davon aus, dass die Generalversammlung die Anträge um Auskunft, Einsicht und Einleitung einer Sonderprüfung abgelehnt hat. Daher braucht auf den Umstand, dass im Protokoll eine Annahme mit 54.88% vermerkt ist (vgl. act. 3/9), nicht weiter eingegangen zu werden.

6. Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung

Ein Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung kann wie dargelegt nur angebracht werden, wenn vorgängig um Auskunft ersucht worden ist. Im vorliegenden Fall sind die an der Generalversammlung gestellten Begehren um Auskunft und um Sonderprüfung inhaltlich identisch. Mit der vorliegenden Klage wird nun ein umfangreicher Fragenkatalog zum Inhalt des Sonderprüfungsbegehrens erklärt (vgl. act. 1 S. 2, Anträge Ziff. 2). Folglich ist zu prüfen, ob die Kläger dem Erfordernis der Subsidiarität nachgekommen sind.

Auffallend ist, dass die an der Generalversammlung gestellten Auskunftsbegehren sehr rudimentär und nicht in Frageform gehalten sind. Lemma 1 und 2 verlangen in sehr allgemein gehaltener Form eine Aufstellung über die stillen Reserven per Ende 2015 und 2016, über die passiven Rechnungsabgrenzungen sowie über Darlehen. Lemma 3 und 4 verlangen Details über den Beratungs- sowie den ausserordentlichen Aufwand. Es wurde bereits dargelegt, dass Auskunftsbegehren klar und so genau wie möglich formuliert sein müssen und es den Aktionären zuzumuten ist, bei der Formulierung ihres Auskunftsbegehrens eine gewisse Sorg-

falt aufzuwenden. Nicht erlaubt sind Anträge in allgemeiner Form, die auf eine eigentliche Ausforschung hinauslaufen. Die anlässlich der Generalversammlung vom 7. Dezember 2017 gestellten Auskunftsbegehren laufen nun aber genau auf eine unzulässige fishing expedition hinaus. Wie das mit der vorliegenden Klage gestellte detaillierte Sonderprüfungsbegehren zeigt, wäre es den Klägern ohne weiteres möglich gewesen, bereits anlässlich der Generalversammlung konkrete Fragestellungen vorzulegen. Dies haben sie aber nicht getan. Folglich entspricht das an der Generalversammlung gestellte Auskunftsbegehren nicht den durch die Rechtsprechung entwickelten Erfordernissen. Vielmehr hätten die Kläger bereits anlässlich der Generalversammlung die nunmehr detailliert formulierten Fragen (vgl. Rechtsbegehren Ziff. 2) vorzulegen gehabt anstatt der Beklagten von Vornherein die Möglichkeit einer Beantwortung zu nehmen und sogleich ein (kostenintensives) Gerichtserfahren um Einsetzung eines Sonderprüfers einzuleiten. Damit wird das Subsidiaritätsprinzip verletzt. Das Begehren um Durchführung einer Sonderprüfung scheidet folglich bereits an der vorgängigen Ausübung einer Auskunftsbegehrens mit zulässigem Inhalt. Dies scheint auch den Klägern bewusst zu sein, stellten sie doch subeventualiter ein Auskunftsbegehren. Das Sonderprüfungsbegehren ist abzuweisen.

7. Begehren um Zustellung von Kopien bzw. Einsichtsgewährung

Eventualiter stellen die Kläger ein Begehren um Herausgabe von Kopien diverser Buchhaltungs-Kontoblätter und Auflistung über die stillen Reserven (act. 1 S. 3 Rechtsbegehren Ziff. 4). Gemäss unbestrittenem Sachverhalt haben die Kläger, vertreten durch J._____, an der Generalversammlung ein Einsichtsbegehren mit folgendem Inhalt gestellt:

- Aufstellung über die stillen Reserven per Ende 2015 und 2016
- Aufstellung über die passiven Rechnungsabgrenzungen sowie Darlehen
- Details über den Beratungsaufwand
- Details über den ausserordentlichen Aufwand

Das Begehren um Einsicht setzt zwangsläufig voraus, dass es sich um Dokumente handelt, die im Zeitpunkt des Einsichtsrechts bereits bestehen. Bereits daran

mangelt es nun aber im vorliegenden Fall. Aufstellungen müssen zuerst erstellt werden und Details über Aufwände sind eigentlich Auskunfts- und keine Einsichtsbegehren. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass es sich um bereits existierende Dokumente handeln würde – was nicht der Fall ist –, wäre es an den Klägern gewesen, ihr Einsichtsbegehren bereits an der Generalversammlung klar und spezifiziert vorzubringen und nicht erst in der erhobenen Klage. Das Einsichtsbegehren dient nicht dazu, unspezifiziert die Geschäftsbücher ausforschen zu können. Die Beklagte konnte aufgrund der Formulierung des Einsichtsbegehrens nicht erfassen, in welche Dokumente genau Einsicht genommen werden soll. Somit war es der Beklagten gar nicht möglich, dem Begehren nachzukommen. Das Begehren betreffend Zustellung von Kopien bzw. Einsichtsgewährung scheidet folglich bereits an einem zulässigen Einsichtsbegehren. Das Einsichtsbegehren ist abzuweisen.

8. Begehren um Auskunftserteilung

Die Kläger stellen sodann subeventualiter ein Begehren um schriftliche Auskunftserteilung (act. 1 S. 3 Rechtsbegehren Ziff. 5).

Das an der Generalversammlung gestellte Auskunftsbegehren entsprach inhaltlich dem ebenfalls an der Generalversammlung gestellten Sonderprüfungsbegehren. Es kann vorab auf die Erwägungen in Ziff. 6 verwiesen werden. Die Klage auf Auskunft setzt die vorherige Ausübung des Auskunftsrechts in der Generalversammlung voraus. Da in der Generalversammlung – wie in Ziff. 6 dargelegt – ein unklares und unspezifiziertes Ausforschungsbegehren gestellt wurde, das den Erfordernissen an ein Auskunftsbegehren nicht entspricht, verletzt die sogleich erhobene Auskunftsklage das Subsidiaritätsprinzip. Das Auskunftsbegehren ist abzuweisen.

9. Fehlende inhaltliche Deckungsgleichheit

Selbst wenn man nicht von einem unzulässigen unbestimmten Auskunfts- und Sonderprüfungsbegehren anlässlich der Generalversammlung ausgehen würde, würde es an der inhaltlichen Deckungsgleichheit fehlen, wird doch hinsichtlich des

nunmehr gestellten Rechtsbegehrens nach verdeckten Gewinnausschüttungen, Rechtsstreitigkeiten, Abschreibungen, Delkredere und Gläubigern bzw. vertraglichen Vereinbarungen hinsichtlich Darlehen gefragt. Über diese Thematiken als auch über die Aktionäre F._____ und G._____ findet sich in den an der Generalversammlung der Beklagten gestellten Begehren nichts. Auch aus diesem Grund wären die klägerischen Begehren sowohl in Bezug auf die Sonderprüfung, die Einsicht als auch die Auskunft abzuweisen gewesen. Gleichwohl soll im Folgenden noch kurz auf die klägerischen Begehren eingegangen werden.

10. Verdeckte Gewinnausschüttungen (Ziff. 2.1 des Rechtsbegehrens):

10.1. Zu den Fragen 1 und 2:

Die Kläger führen aus, es bestünde ein "grundsätzlicher Verdacht", dass die Verwaltungsräte F._____ und G._____, welche ebenfalls Aktionäre der Beklagten sind, sich übertriebene Saläre oder Entschädigungen ausbezahlt und sich einerseits private Kosten sowie andererseits Kosten ihrer weiteren Gesellschaften, nämlich der H._____ AG sowie der I._____ AG, durch die Beklagte habe finanzieren lassen, denn es falle auf, dass der Beratungsaufwand von 2015 zu 2016 um CHF 210'000.– angestiegen sei (act. 1 Rz. 5 und 6).

Die Beklagte führt aus, dass unter Beratungsaufwand nur Drittleistungen verbucht würden, nicht Leistungen der Angestellten F._____ und G._____. Deren Lohn werde unter Personalaufwand verbucht. Aus Persönlichkeitsgründen gehe es nicht an, irgendwelche Informationen über Saläre einzelner Mitarbeiter zu erhalten (act. 9 S. 13 Rz. 51). Sodann hätten die Kläger seit 2016 auf mehreren Ebenen rechtliche Schritte gegen die Beklagte eingereicht, beispielsweise das Verfahren HG160228 (Verantwortlichkeit) als auch ein Verfahren vor der Lauterkeitskommission, womit der Beratungsaufwand zwangsläufig steige (act. 9 Rz. 52).

Es wurde bereits ausgeführt, dass blosse Vermutungen resp. grundsätzliche Verdächtigungen nicht ausreichen, um eine Sonderprüfung in Gang setzen zu können, insbesondere wenn man unstrittig in einem Konkurrenzverhältnis zueinander steht (act. 9 Rz. 30; act. 14 Ad Rz. 30). Die Fragen 1 und 2 beruhen auf blossen

Vermutungen; einziges Indiz ist der gestiegene Beratungsaufwand. Die Beklagte legt nachvollziehbar dar, dass sich der Beratungsaufwand aufgrund rechtlicher Schritte im Jahr 2016 erhöht hat. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern eine weitergehende Auskunft zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sein soll. In ihrer Stellungnahme wollen die Kläger neu und von den Fragen 1 und 2 nicht abgedeckt, wissen, wer allfällige Dritte sind (act. 14 Ad 50). Dies ist unzulässig. Das klägerische Begehren läuft auf eine unzulässige Ausforschung hinaus. Folglich wäre das Begehren ohnehin abzuweisen gewesen.

10.2. Zu Frage 3:

Die Kläger vermuten im Umstand, dass neben dem Beratungsaufwand auch der ausserordentliche Aufwand eine Steigerung um CHF 112'822.09 erfahren habe, eine verdeckte Gewinnausschüttung (act. 1 Rz. 7). Die Kläger führen aber selber aus, dass sich aus dem Anhang zur Jahresrechnung ergebe, dass CHF 110'000.– aus einer aussergerichtlichen Zahlungsvereinbarung herrührten und CHF 2'822.09 übrige ausserordentliche Aufwände darstellen würden (act. 1 Rz. 7). Nachdem die Beklagte zudem dargelegt hat, dass es sich um eine Zahlungsvereinbarung mit K._____ handelt (vgl. act. 9 Rz. 55), mithin die klägerische Vermutung bestätigt (vgl. act. 14 Ad 55), ist nicht ersichtlich, inwiefern die Kläger hinsichtlich Frage 3 (noch offener Aufwand von CHF 2'822.09) weiterer Informationen zur Ausübung der Aktionärsrechte bedürften. Vor dem Hintergrund der Zahlungsvereinbarung laufen die unzulässigen Ausforschungsbegehren im Zusammenhang mit angeblichen Zivilverfahren, Flugreisen etc. (act. 1 Rz. 7) ins Leere. Gleiches gilt hinsichtlich dem klägerischen Vorwurf der allenfalls unentgeltlichen Benützung von Mieträumlichkeiten sowie der Infrastruktur der Beklagten durch allfällige Dritte. Es ist nicht ersichtlich, wie sich allfällige Mietzinse in der Position Aufwand der Beklagten niedergeschlagen haben sollten, würde es sich doch um einen Mittelzufluss handeln. Bei unentgeltlicher Benützung würde sich ebenso keine Auswirkung auf die Position Aufwand zeigen. Folglich wäre das Begehren ohnehin abzuweisen gewesen.

10.3. Zu den Fragen 4 und 5:

Die Kläger führen aus, dass aufgrund der Erhöhung der passiven Rechnungsabgrenzungen um fast CHF 200'000.– in einem Jahr die Vermutung nahe liege, dass geplant sei, dass die Aktionäre F._____ und G._____ überrassene Saläre oder Entschädigungen erhalten würden (act. 1 Rz. 8). Die Beklagte führt aus, dass per 31. Dezember 2016 über einen Betrag von CHF 164'000.– eine Rückstellung gebildet worden sei für laufende Verfahren (act. 9 Rz. 58).

Unter passiver Rechnungsabgrenzung wird die periodengerechte Abgrenzung von Aufwand, für den zum Zeitpunkt der Erstellung des Jahresabschlusses noch keine Rechnung vorliegt, bzw. von Ertrag, welcher in die neue Jahresrechnung gehört, verstanden. Das klägerische Begehren fusst auf blossen Vermutungen. Einziges Indiz ist eine Erhöhung der passiven Rechnungsabgrenzungen gegenüber dem Vorjahr. Die Beklagte erklärt nachvollziehbar, wie sich ein grosser Teil der passiven Rechnungsabgrenzungen erklären lässt (act. 9 Rz. 58). Dem setzen die Kläger substantiiert nichts entgegen. Soweit sie ausführen, dass die Beträge zu hoch seien (vgl. act. 14 Ad 58), handelt es sich um eine materielle Beurteilung. Darüber ist nicht im vorliegenden Verfahren zu entscheiden. Es ergibt sich nicht, inwiefern die Kläger weiterer Informationen zur Ausübung ihrer Aktionärsrechte bedürften. Es handelt sich erneut um ein unzulässiges Ausforschungsbegehren. Auch diese Begehren wären ohnehin abzuweisen gewesen.

10.4. Ergebnis

Es wurde bereits ausgeführt, dass es sich bei den von den Klägern gestellten Begehren um unzulässige Ausforschungsbegehren handelt. Im weiteren wurde dargelegt, dass nicht ersichtlich ist, inwiefern für die Ausübung der Aktionärsrechte weitere Auskünfte nötig wären. Die Kläger vermögen keine verdeckte Gewinnausschüttung glaubhaft zu machen. Damit ist auch keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes glaubhaft gemacht. Die entsprechenden Bilanzpositionen lassen sich erklären und eine vorsichtige Bilanzierung führt noch zu keiner Schädigung der Gesellschaft bzw. der Aktionäre. Denn es besteht kein aktienrechtlicher Anspruch auf Ausschüttung einer Dividende. Zusammenfassend wäre Ziff. 2.1 des Rechtsbegehrens auch deshalb abzuweisen.

11. Rechtliche Streitigkeiten (Ziff. 2.2 des Rechtsbegehrens, Fragen 1 und 2):

Mit Begehren Ziff. 2.2 zielen die Kläger im Wesentlichen darauf ab, herauszufinden, ob in den Positionen Beratungsaufwand und ausserordentlicher Aufwand auch anwaltliche Dienstleistungen im Zusammenhang mit rechtlichen Streitigkeiten der Beklagten enthalten sind (act. 1 Rz. 11). Die Kläger scheinen den Verwaltungsräten der Beklagten im Wesentlichen eine Sorgfaltspflichtverletzung (Aufschalten von Werbung) vorzuwerfen, die zu einem Schaden geführt haben soll (Entstehen von Rechtskosten, act. 1 Rz. 11-12). Die Beklagte bestätigt, dass der Beratungsaufwand auch anwaltliche Dienstleistungen enthalte (act. 9 Rz. 63) und die Zahlungsvereinbarung im Zusammenhang mit Werbung und K._____ stand (act. 9 Rz. 55 und Rz. 66). Insoweit kam die Beklagte den Begehren der Kläger nach. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Kläger weiterer Auskünfte zur Ausübung ihrer Aktionärsrechte benötigen würden. Rechtsbegehren Ziff. 2.2 wäre auch deshalb abzuweisen gewesen.

12. Stille Reserven (Ziff. 2.3 des Rechtsbegehrens):

12.1. Zu Frage 1 (Abschreibungen):

Soweit die Kläger die Fragen stellen, wie sich die Beträge für Abschreibungen ergeben würden, ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Informationen zur Ausübung ihrer Aktionärsrechte erforderlich sein sollten, führen sie doch selber im Gesuch bereits detailliert aus, was ihnen an den Buchhaltungspraktiken der Beklagten missfällt (act. 1 Rz. 15). Sodann weist die Beklagte zutreffend darauf hin, dass die Revisionsstelle keine Bemerkungen zu einer allfälligen Gesetzesverletzung angebracht hat, wozu sie verpflichtet gewesen wäre (act. 9 Rz. 69). Ohnehin ist umstritten, inwiefern stille Reserven überhaupt einer Sonderprüfung zugänglich sind. Jedenfalls kann eine Sonderprüfung nicht durchgeführt werden, um ohne weitere Anhaltspunkte den Bestand stiller Reserven überprüfen zu lassen (CASUTT, a.a.O., S. 58; WEBER, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 5. Aufl. Basel 2016, N 22 zu Art. 697a OR). Darauf läuft aber das von den Klägern gestellte Begehren hinaus, indem sie der Beklagten ohne konkrete Anhaltspunkte die willkürliche Bildung stiller Reserven vorwerfen. Sodann könnte eine Bildung von stil-

len Reserven grundsätzlich keine Schädigung der Gesellschaft bedeuten, denn wirtschaftlich fliessen der Gesellschaft keine Mittel ab. Auch ein Schaden der Aktionäre wird regelmässig nicht vorliegen, da den Aktionären grundsätzlich kein Recht auf Ausschüttung einer Dividende zusteht. Das Begehren Ziff. 2.3 Frage 1 wäre auch aus diesem Grund abzuweisen gewesen.

12.2. Zu den Fragen 2 und 3 (Betragshöhe und Delkredere):

Soweit die Kläger der Beklagten eine zu hohe Bewertung von passiven Rechnungsabgrenzungen vorwerfen, kann auf die Erwägungen unter Ziff. 10.3 sowie 12.1 verwiesen werden. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Kläger für die Ausübung ihrer Aktionärsrechte eine weitergehende Auskunft benötigen sollten. Eine Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre ist weder dargetan (vgl. act. 1 Rz. 18) noch hinsichtlich passiver Rechnungsabgrenzungen oder Delkredere ersichtlich, da wirtschaftlich kein Mittelabfluss stattfindet. Ein Anspruch auf die Ausschüttung einer Dividende besteht wie bereits ausgeführt nicht. Das Begehren wäre auch aus diesem Grund abzuweisen gewesen.

13. Langfristige Verbindlichkeiten (Ziff. 2.4 des Rechtsbegehrens):

Selbst wenn man das Auskunfts- und deckungsgleiche Sonderprüfungsbegehren anlässlich der Generalversammlung der Beklagten genügen lassen würde – was nicht der Fall ist –, würde es an der inhaltlichen Deckungsgleichheit in Bezug zum im Gesuch gestellten Sonderprüfungsbegehren fehlen. Denn während an der Generalversammlung bloss eine Aufstellung über Darlehen verlangt worden ist, geht es nun um andere Fragen, nämlich die jeweiligen Gläubiger, Rangrücktritte und Zinssätze. Auch die Frage hinsichtlich eines simulierten Darlehens wurde an der Generalversammlung nicht gestellt. Folglich wäre das Begehren ohnehin abzuweisen gewesen. Im Übrigen besteht – dies wurde bereits mehrfach erwähnt – kein Recht auf Ausschüttung einer Dividende. Anderes kann nur gelten, wenn ein Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot vorliegt. Dies ist nicht der Fall, denn in Bezug auf die Darlehen werden sämtliche Aktionäre gleich behandelt. Folglich ist weder ein Schaden der Gesellschaft noch der einzelnen Aktionäre ersichtlich. Das Begehren wäre auch aus diesem Grund abzuweisen gewesen.

13. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Kläger kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Ausgehend vom mit Verfügung vom 22. Februar 2018 geschätzten Streitwert von CHF 250'000.– (vgl. act. 4), ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 11'000.– festzusetzen, ausgangsgemäss solidarisch den Klägern aufzuerlegen und aus dem von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 106 Abs. 3 ZPO; Art. 111 Abs. 1 ZPO).

Die Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren zu bemessen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage bildet auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient. Für jede weitere notwendige Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Im summarischen Verfahren wird die Gebühr in der Regel auf zwei Drittel bis einen Fünftel ermässigt (§ 9 AnwGebV). Die vorgenannten Faktoren führen in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV sowie unter Berücksichtigung des vorliegenden Prozessverlaufs zu einer Parteientschädigung in der Höhe von CHF 11'000.–, welche ausgangsgemäss der Beklagten zuzusprechen ist. Die Parteientschädigung ist ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen (BGer 4A_552/2015 E.4.5).

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das klägerische Gesuch wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 11'000.–.
3. Die Kosten werden unter solidarischer Haftung den Klägern auferlegt und aus dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss bezogen.

4. Die Kläger werden solidarisch verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 11'500.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. 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 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, 20. Juni 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Adrienne Hennemann