

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE170080-O

U/ei

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

Urteil vom 30. Mai 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger

vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Sonderprüfung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 1 f.)

"Es sei betreffend der Jahresrechnung der Beklagten für den Zeitraum vom 05.03.14 – 31.12.15 richterlich eine Sonderprüfung gemäss Art. 697b OR anzuordnen zur Abklärung der folgenden Sachverhalte:

- Die Jahresrechnung ist nicht innert 6 Monaten seit Ablauf des Geschäftsjahres (31.12.) erfolgt (Art. 958 OR).
- Die Jahresrechnung entspricht nicht dem Gesetz (Art. 957ff. OR) und den Statuten (Art. 9 Abs. 2).
- Missachtung der Kapitalschutzbestimmungen im allgemeinen (Art. 725 Abs. 1 OR)
- Missachtung der Kapitalschutzbestimmungen im besonderen (Art. 725 Abs. 2 OR), insbesondere nicht gesetzeskonform zustande gekommener Rangrücktritt des Schuldners, Aktionärs & Verwaltungsrat C._____ durch Rückdarlehen an ihn
- eventuell Verletzung Einlagerückgewähr (Art. 680 OR)
- Revisionsbericht entspricht nicht dem SER Standard Eingeschränkte Revision von Expert Suisse & Treuhand Suisse, Ausgabe 2015
- damit eventuell Vorliegen einer Konkursverschleppung (Art. 725 OR; Kapitalverlust & Überschuldung).

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten"

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Am 15. März 2017 (Datum Poststempel) reichte der Kläger ein Begehren um Sonderprüfung hierorts ein (act. 1). Mit Verfügung vom 16. März 2017 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss von CHF 6'600.– zu leisten und dem Beklagten, um zum klägerischen Gesuch Stellung zu nehmen (act. 4). Der Kläger leistete den Kostenvorschuss fristgerecht (act. 6). Innert erstreckter Frist erstattete die Beklagte die Stellungnahme (act. 7 und 10), die alsdann an den Kläger ging (Prot. S. 4). Es folgten weitere Stellungnahmen, klägerseits datierend vom 8. Mai 2017 (act. 12), beklagtenseits vom 10. Mai 2017 (act. 15). Der Kläger liess 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 (act. 10 Rz. 3).

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 (zit. Urteil des Bundesgerichts 4A_260/2013 E. 4.1, Urteil des Bundesgerichts 4C.190/2005 vom 6. September 2006 E. 3.4.2).

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

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). Das Bundesgericht hat hierzu in BGE 123 III 261 E. 3 ausgeführt:

" Nebst der vorgängigen Ausübung des Auskunfts- oder des Einsichtsrechts setzt das Begehren um Sonderprüfung - wie jede Klage - ein aktuelles Rechtsschutzinteresse des Antragstellers voraus (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., S. 404 Rz. 29; WEBER, a.a.O., N. 15 zu Art. 697a OR). Die Durchführung der Sonderprüfung muss dem Antragsteller die Ausübung von Rechten oder die Beurteilung von Chancen ermöglichen, wozu er sonst nicht in der Lage wäre (CASUTT, a.a.O., Diss., S. 38 Rz. 8). Das meint das Gesetz, wenn es eine Sonderprüfung nur zulässt, sofern sie "zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich" ist (Art. 697a Abs. 1 OR). An der Erforderlichkeit einer Sonderprüfung fehlt es insbesondere, wenn die Sachverhalte, die abgeklärt werden sollen, aufgrund der Auskunftserteilung des Verwaltungsrats bereits offen zu Tage liegen (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., S. 405 Rz. 30). Dabei bleibt es zwar grundsätzlich Sache der betroffenen Aktionäre zu entscheiden, ob sie sich mit den vom Verwaltungsrat gelieferten Informationen zufrieden geben wollen (BÖCKLI, a.a.O., S. 991 Rz. 1866). Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Sonderprüfungsbegehrens ist jedoch, dass die Aktionäre bei vernünftiger Betrachtung Anlass haben konnten, an der Vollständigkeit oder an der Richtigkeit der vom Verwaltungsrat erteilten Auskünfte zu zweifeln. An einer Sonderprüfung zu Fragen, die durch die Auskünfte

des Verwaltungsrats bereits zweifelsfrei geklärt sind, besteht kein hinreichendes Rechtsschutzinteresse. Es wäre sinnlos, eine Sonderprüfung durchzuführen, die den Aktionären keine neuen Perspektiven eröffnen kann (CASUTT, a.a.O., Diss., S. 41 Rz. 12)."

4. Zur Frage des "leeren" Sonderprüfungsantrags

4.1. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass es an einem rechtsgültig gestellten Antrag auf Einleitung einer Sonderprüfung mangle, da sich aus dem Protokoll der Generalversammlung ergebe, dass der *"Inhalt der Sonderprüfung (...) nach Vorliegen der Antworten zum Fragenkatalog (...) definiert werden"* solle und damit erst nach Erhalt der schriftlichen Antwort des Verwaltungsrats nach der Generalversammlung. Diese schriftliche Antwort sei dem Kläger mit E-Mail vom 31. Januar 2017 zugestellt worden. Der an der Generalversammlung gestellte leere Sonderprüfungsantrag sei mangels jeglicher Bestimmung des Prüfungsgegenstands sowie seiner Abhängigkeit von den Antworten auf das Auskunftsbegehren als unzulässig zu betrachten. Es handle sich nicht um einen Antrag, sondern um eine Ankündigung eines künftigen Sonderprüfungsantrags (act. 10 Rz. 7; act. 15 Rz. 2).

4.2. Dem widerspricht der Kläger und wirft der Beklagten überspitzten Formalismus vor (act. 12 S. 2). Sie habe dem Beklagten am 2. Dezember 2016 im Sinne eines Auskunfts- und Einsichtsbegehrens einen entsprechenden Fragenkatalog übermittelt, wobei die Fragen teilweise nicht, teilweise unbefriedigend im Protokoll der Generalversammlung und wortgetreu in der separaten Mitteilung an den Kläger beantwortet worden seien. Der rechtsgenügeliche klägerische Antrag auf Sonderprüfung sei an der Generalversammlung vom 16. Dezember 2016 abgelehnt worden (act. 1 S. 2 und 4 f. mit Hinweis auf act. 3/4 und 3/17-18; act. 12 S. 2).

4.3. Vorab ist festzuhalten, dass der Kläger die Richtigkeit der im Protokoll enthaltenen und von der Beklagten angerufenen Passagen nicht bestreitet. Die vorliegend relevanten Protokollauszüge lauten wie folgt (act. 3/4 Ziff. 7 und 8):

" 7. **Antrag A._____ zur Durchführung einer Sonderprüfung**

A._____ hat bereits im Vorfeld der GV einen Antrag auf Sonderprüfung gestellt.

Dr. X._____ beantragt im Namen seines Mandanten die Annahme des Antrages auf Sonderprüfung. Der Inhalt der Sonderprüfung soll nach Vorliegen der Antworten zum Fragenkatalog, welcher zu Händen der GV der Gesellschaft zugestellt wurde, definiert werden.

[...]

8. Varia

Dr. X._____ stellt den Antrag, dass die Beantwortung der Fragen zur Sonderprüfung rasch erfolgt, d. h. mit einer Frist bis 31. Januar 2017 (bei ihm eingetroffen, auch per mail möglich).

Er verweist nochmals ausdrücklich auf den Vorbehalt der Strafanklage wegen ungetreuer Geschäftsführung bzw. Betrugs gegen C._____.

[...]"

Der Kläger hat vorgängig das Auskunftsrecht ausgeübt und an der Generalversammlung auch Antworten dazu erhalten (act. 3/4). Es ist zwar nicht ersichtlich, warum nicht der Fragenkatalog bzw. die unbeantwortet gebliebenen Fragen zum Inhalt des Sonderprüfungsbegehrens gemacht worden sind. Unklar ist auch, warum schriftliche Antworten vereinbart worden sind, sind die Fragen doch mündlich anlässlich der Generalversammlung in gleicher Weise wie im späteren schriftlichen Schreiben beantwortet worden. Gleichwohl war an der Generalversammlung aufgrund der Umstände klar, was Inhalt des Sonderprüfungsbegehrens ist; ja es wurde sogar darüber abgestimmt. Daher wäre es überspitzt formalistisch, darin keinen genügend gestellten Antrag zu sehen.

5. Inhaltliche Würdigung

5.1. Die Beklagte bringt vor, der Kläger habe an der Generalversammlung einen langen Fragenkatalog eingereicht. Im Rechtsbegehren der vorliegenden Sonderprüfungsklage habe er nunmehr lediglich sieben Prüfungsgegenstände vorgebracht (act. 10 Rz. 18). Der Kläger habe in Ziff. III/B/5 der Klageschrift keine Rechtsbegehren mit zusätzlichen Prüfungsgegenständen gestellt, sondern in diesem Abschnitt lediglich dargelegt, welche Antworten auf sein Auskunftsbegehren mangelhaft beantwortet worden seien. Sollte der anwaltlich vertretene Kläger für

die vorliegende Sonderprüfungsklage weitere Prüfungsgegenstände zu denjenigen im Rechtsbegehren beantragen, so hätte er dies entsprechend ausdrücklich in der Klageschrift beantragen müssen, was er unterlassen habe (act. 15 Rz. 4).

Der Kläger hält dagegen, schon in der Klage seien die nicht oder nicht befriedigend beantworteten Fragen hervorgehoben und deshalb im Rechtsbegehren einzeln aufgeführt worden. Diesbezüglich bestehe eindeutig Deckungsgleichheit (act. 12).

5.2. Nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz ist das Rechtsbegehren so bestimmt zu formulieren, dass es bei Gutheissung der Klage zum Urteil erhoben werden kann. Sonderprüfungsbegehren bilden von diesem Grundsatz keine Ausnahme. Das Rechtsbegehren definiert den Streitgegenstand resp. im vorliegenden Fall den Inhalt der Sonderprüfung. Das Sonderprüfungsbegehren muss zumindest so bestimmbar sein, dass der Sonderprüfer genau weiss, was er zu untersuchen hat und es der Beklagten möglich ist, die gestellten Begehren zu beantworten bzw. sich dagegen zu wehren. Eine zu formalistische Betrachtungsweise ist abzulehnen. Sind die Begehren an sich unbestimmt, so kann dennoch eine genügende Bestimmtheit des Rechtsbegehrens angenommen werden, sollte sich aus den Rechtsbegehren zusammen mit der Begründung eine genügende Bestimmtheit ergeben (vgl. auch BGE 137 III 617 E. 6.2).

Zweifellos entsprechen sich die Fragen des Auskunftsbegehrens und die in der Begründung der Klage genannten Fragen. Dies wird auch von der Beklagten nicht in Abrede gestellt. Die Beklagte weist aber zutreffend darauf hin, dass im Rechtsbegehren des Sonderprüfungsbegehrens diese Fragen nicht aufgeführt wurden, sondern "Sachverhalte" gebildet worden sind, was zu einem sehr unbestimmt formulierten Rechtsbegehren führt. In der Tat erstaunt, dass die Fragen des Auskunftsbegehrens nicht *tel quel* in das Sonderprüfungsbegehren übernommen worden sind. Entgegen der Ansicht des Klägers sind die Fragen nicht Teil des Rechtsbegehrens, was sich schon daraus ergibt, dass sie unter dem Titel "Begründung" aufgeführt sind. Auf die Begehren ohne Weiteres nicht einzutreten, wäre aber als überspitzt formalistisch zu werten. Sollte sich wie gezeigt ergeben, dass die Rechtsbegehren zusammen mit der Begründung genügend bestimmt

sind, so hätte dies zur Folge, dass die Rechtsbegehren den zivilprozessualen Erfordernissen genügen würden. Richtig ist, wie die Beklagte ausführt, dass die gestellten Rechtsbegehren durch die Begründung nicht erweitert werden können, es geht einzig darum, die weit gefassten Begehren anhand der Begründung einzuschränken. Dies wird im Folgenden zu prüfen sein.

5.3. Zu den Rechtsbegehren im Einzelnen

5.3.1. Erstes Lemma: Die Jahresrechnung ist nicht innert sechs Monaten seit Ablauf des Geschäftsjahres (31.12.) erfolgt

Der Kläger wusste bereits vor Einleitung dieses Verfahrens, dass die Jahresrechnung 2014/2015 vom Verwaltungsrat am 25. November 2016 genehmigt (act. 3/13) und die Einladung zur Generalversammlung den Aktionären alsdann zugestellt worden ist (act. 3/12). Die Generalversammlung befassete sich sodann am 16. Dezember 2016 mit der Jahresrechnung (act. 1 S. 4 und 7; act. 10 Rz. 10). Es kann offen gelassen werden, ob dieses Begehren den Erfordernissen an die Bestimmtheit des Rechtsbegehrens genügt resp. ob es sich überhaupt um einen im Rahmen einer Sonderprüfung zulässigen Prüfgegenstand handelt, da es sich – wie die Beklagte zutreffend bemerkt (act. 10 Rz. 22) –, um eine dem Kläger bereits bekannte Tatsache handelt. Ein weitergehendes Interesse an einer Auskunft ist nicht dargetan. In Ermangelung eines Rechtsschutzinteresses ist auf das Begehren (erstes Lemma) nicht einzutreten.

Hinzu tritt, dass der Kläger nicht dargelegt hat, inwiefern die Feststellung, dass die Jahresrechnung nicht innert sechs Monaten seit Ablauf des Geschäftsjahres erfolgt ist, zur Ausübung seiner Aktionärsrechte erforderlich sein soll, womit das Begehren ohnehin abzuweisen wäre. Dem Kläger ist es aufgrund der in Art. 697b Abs. 1 OR genannten dreimonatigen Verwirkungsfrist überdies auch nicht möglich, diese Begehren nochmals einzureichen.

5.3.2. Zweites Lemma: Die Jahresrechnung entspricht nicht dem Gesetz (Art. 957 ff OR) und den Statuten (Art. 9 Abs. 2)

5.3.2.1. Die Beklagte bringt vor, dass es sich bei diesem Begehren um eine unzulässige Rechtsfrage handle, zudem mangle es an der Bestimmtheit des Rechtsbegehrens (act. 10 Rz. 11). Sodann unterlasse es der Kläger, substantiiert den Zusammenhang zwischen dem (nicht spezifizierten) konkreten Prüfungsgegenstand und der Ausübung der Aktionärsrechte darzulegen. Weiter unterlasse der Kläger es auch, glaubhaft Elemente darzulegen, um an der Vollständigkeit und der Richtigkeit des Revisionsberichts, der festhalte, dass die Jahresrechnung Gesetz und Statuten entspreche, zu zweifeln (act. 10 Rz. 23).

Der Kläger stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass es sich um Sachverhaltsfragen handle, so könne ganz einfach aufgrund der Geschäftsakten festgestellt werden, ob die Jahresrechnung dem Gesetz und den Statuten entspreche (act. 1 S. 1; act. 12 S. 2).

5.3.2.2. Das Rechtsbegehren erfüllt die Anforderungen an die Bestimmtheit nicht, würde eine Prüfung der Jahresrechnung auf Übereinstimmung mit Gesetz und Statuten doch im Ergebnis auf eine (unzulässige) fishing expedition hinauslaufen, indem quasi der Sonderprüfer dazu angehalten würde, möglichst alles zu überprüfen. Dessen scheint sich auch der Kläger bewusst zu sein, indem er auf die detaillierten Fragen in der Begründung hinweist (vgl. act. 12 S. 2 f.). Es trifft zwar zu, dass in der Begründung die nach Ansicht des Klägers nicht beantworteten Fragen gelb markiert worden sind. Eine eigentliche Begründung liefert der Kläger aber nicht, abgesehen davon, dass die Jahresrechnung (Bilanz und Erfolgsrechnung) nicht Gesetz und Statuten entspreche, u.a. da allenfalls Aktiven überbewertet oder Wertberichtigungen notwendig gewesen wären (act. 1 S. 6; auch act. 3/17). Der Kläger legt nicht dar, inwiefern überhaupt Umstände vorliegen, die darauf schliessen liessen, dass Wertberichtigungen notwendig würden oder Aktiven überbewertet sein könnten. Auf den im Rechtsbegehren aufgeführten Art. 9 Abs. 2 der Statuten (vgl. act. 3/1) nimmt der Kläger in der Begründung nicht einmal Bezug. Zudem reicht ein bloss genereller Hinweis auf Art. 957 ff OR nicht aus, dies gilt umso mehr, als die Revisionsstelle in ihrem Bericht die Übereinstimmung mit Gesetz und Statuten bestätigt und der Kläger gar nicht erst auf diese Bestätigung eingeht bzw. Indizien glaubhaft macht, inwiefern an dieser Bestä-

tigung zu zweifeln sein sollte, er mithin ein Interesse an einer weitergehenden Auskunft haben könnte und dies selbst nach erfolgtem diesbezüglichem Hinweis durch die Gegenpartei. Damit kommt der Kläger seiner Behauptungs- und Substantiierungslast nicht nach. Auf das Begehren ist mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten. Es wäre mangels Darlegung der Erforderlichkeit zur Ausübung der Aktionärsrechte ohnehin mangels Substantiierung abzuweisen.

Ohnehin würde der Kläger nicht nachvollziehbar darlegen, welche der in der Begründung aufgeführten Fragen unter das zweite Lemma des Rechtsbegehrens (Jahresrechnung entspricht nicht dem Gesetz und den Statuten) fallen sollen. Selbst wenn man zugunsten des (anwaltlich vertretenen) Klägers die einzelnen Fragen dem Rechtsbegehren zuzuordnen versuchte (was doch schon sehr weit gehen würde), so würde sich einzig in act. 1 S. 6 der Hinweis finden, dass im aktienrechtlichen Anhang keine Erläuterungen des Verwaltungsrates (Art. 958a, Abs. 3 OR) aufzufinden seien, wobei der Schweizer Standard zur eingeschränkten Revision (SER) vorschreibe, dass in so einem Fall (gemeint wohl Überschuldungs- und Unterbilanzsituation, vgl. act. 1 S. 6) eine eingeschränkte oder gar verneinende Prüfungsaussage zum Zuge komme. Der Kläger würde sich aber auch hier in keiner Weise mit der Antwort des Verwaltungsrates auseinandersetzen, dass die Darlehen- und Kontokorrentverträge von der Revisionsstelle eingesehen und auf ihre formelle und inhaltliche Korrektheit überprüft und die Bonität der involvierten privaten und juristischen Personen für gut befunden worden sei, was die Werthaltigkeit der Darlehen sichere (vgl. Antwortschreiben act. 3/18; auch act. 10 Rz. 23, wonach im Revisionsbericht der Revisionsstelle klar festgehalten sei, dass die Jahresrechnung Gesetz und Statuten entspreche). Der Kläger führt auch nicht aus, inwiefern zur Ausübung seiner Aktionärsrechte weitere Auskünfte erforderlich sein sollen bzw. legt nicht dar, wieso der diesbezügliche Revisionsbericht der Revisionsstelle nicht korrekt sein sollte. Selbst wenn man das Rechtsbegehren dahingehend zugunsten des Klägers auslegen würde, dass er damit fehlende Erläuterungen in der Jahresrechnung monieren würde, so wäre diesem Rechtsbegehren kein Erfolg beschieden.

5.3.3. Drittes Lemma: Missachtung der Kapitalschutzbestimmungen im allgemeinen (Art. 725 Abs. 1 OR)

5.3.3.1. Die Beklagte macht geltend, dass es sich um eine unzulässige Rechtsfrage handle. Sowieso mangle es dem Prüfungsbegehren an der erforderlichen Individualisierung, sei doch eine generelle Überprüfung der Geschäftsführung unter dem Aspekt der Einhaltung von Kapitalschutzbestimmungen unzulässig (act. 10 Rz. 12). Ohnehin sei der Kapitalverlust in der Jahresrechnung ausgewiesen und sei auch im Sinne von Art. 725 Abs. 1 OR im Revisionsbericht erwähnt. Bestand und Höhe des Kapitalverlustes würden feststehen und seien dem Kläger bekannt. Die beantragten Sanierungsmassnahmen seien vom Kläger vollumfänglich genehmigt worden. Der Kläger unterlasse es, darzulegen, welche konkrete Sachverhaltserklärung der Wahrung welcher Aktionärsrechte diene, womit es am erforderlichen Rechtsschutzinteresse fehle (act. 10 Rz. 24).

Der Kläger bestreitet das Vorliegen einer unzulässigen Rechtsfrage in Bezug auf das dritte Lemma (act. 1 S. 1; act. 12 S. 2).

5.3.3.2. Dieser klägerische Antrag ist äusserst unbestimmt verfasst, worauf die Beklagte hinweist. Der Kläger setzt dem nichts entgegen (vgl. act. 12). Der Kläger begnügt sich mit dem alleinigen Hinweis auf Art. 725 Abs. 1 OR, ohne auch nur aufzuzeigen, was genau der Sonderprüfer untersuchen soll bzw. welche Information zur Wahrung seiner Aktionärsrechte erforderlich sein soll. Eine GV hat stattgefunden und Sanierungsmassnahmen wurden getroffen. Der Kapitalverlust ist im Revisionsbericht ausgewiesen (vgl. act. 3/16). Der Kläger setzt sich mit diesen Umständen aber nicht auseinander, womit er seiner Behauptungslast nicht nachkommt. Das Begehren ist daher mangels Substantiierung der Erforderlichkeit zur Ausübung der Aktionärsrechte abzuweisen.

Selbst die nur in der Begründung aufgeführten Fragen liessen sich nicht diesem Sachverhalt zuordnen, geht es in der genannten Gesetzesbestimmung doch um die Einberufung einer Generalversammlung und das Beantragen von Sanierungsmassnahmen. Dazu finden sich im Gesuch keine Fragen, geschweige denn

substantiierte Ausführungen, inwiefern allfällige Antworten zu den Fragen zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sein sollten.

5.3.4. Viertes Lemma: Missachtung der Kapitalschutzbestimmungen im besonderen (Art. 725 Abs. 2 OR), insbesondere nicht gesetzeskonform zustande gekommener Rangrücktritt des Schuldners, Aktionärs & Verwaltungsrat C._____ durch Rückdarlehen an ihn

5.3.4.1. Die Beklagte moniert, dabei handle es sich um unzulässige reine Rechtsfragen, weshalb das Begehren abzuweisen sei (act. 10 Rz. 14). Sodann gehe aus der Jahresrechnung und dem Revisionsbericht hervor, dass keine Überschuldung nach Art. 725 Abs. 2 OR vorliege. Es seien auch keine Rückdarlehen gewährt worden, sondern die aufgelaufenen Kontokorrentforderungen der Gesellschaft gegenüber dem Aktionär seien in einem zweiten Schritt durch Darlehen an die Gesellschaft gesichert worden. Die Revisionsstelle habe die Konformität dieser Vorgänge sowie der Rangrücktritte mit Gesetz und Statuten im Revisionsbericht bestätigt. Ohnehin sei zu beachten, dass die Aktiven auch ohne die beiden Nachrangigkeitserklärungen das Fremdkapital bei weitem decken würden, so dass in jedem Falle kein Überschuldungstatbestand gegeben sei. Der Kläger unterlasse es im Übrigen auch, glaubhaft den Zusammenhang zwischen dem Prüfungsgegenstand und der Ausübung der Aktionärsrechte darzulegen, um an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Jahresrechnung und dem Revisionsbericht sowie auch der Antworten des Verwaltungsrates zu zweifeln. Damit fehle es auch hier am erforderlichen Rechtsschutzinteresse (act. 10 Rz. 25).

Der Kläger hält fest, dass es sich beim unter dem vierten Lemma aufgeführten Prüfungsgegenstand keineswegs um eine Rechtsfrage handle (act. 1 S. 2; act. 12 S. 2).

5.3.4.2. Dieser Antrag ist – dies wird auch von der Beklagten nicht bestritten (vgl. act. 10 Rz. 13) – genügend bestimmt, umreisst er doch den dem Sonderprüfer zu unterbreitenden Prüfgegenstand. Der Kläger führt in der Begründung aus, dass angenommen werden müsse, dass sich der Hauptaktionär gegen sein Darlehensguthaben unter Rangrücktritt von CHF 27'000.– ein Rückdarlehen in dersel-

ben Höhe, bzw. CHF 22'968.37 gewährt habe. Es bestünden deshalb erhebliche Zweifel, dass der Rangrücktritt über CHF 27'000.– gesetzeskonform vollzogen worden sei (act. 1 S. 6). Im zuhanden der Generalversammlung verfassten Fragenkatalog war dieser Sachverhalt so nicht genannt, immerhin ist im Fragenkatalog die Frage aufgeführt, ob die Rangrücktrittserklärungen den formellen und materiellen Anforderungen genügen (act. 3/17), was ausreicht für die Deckungsgleichheit.

Der Kläger legt nicht dar, was am Rangrücktritt nicht gesetzeskonform gewesen sein soll bzw. wie "rechtmässiges" Verhalten ausgesehen hätte. Zudem hat der Verwaltungsrat der Beklagten anlässlich der Generalversammlung ausgeführt, dass die Forderungen (d.h. CHF 22'968.37) ausschliesslich aus Kontokorrentbewegungen gegenüber dem Aktionär C._____ beständen, wobei es einen entsprechenden Vertrag gäbe. Zur Absicherung des Kontokorrents habe C._____ der Gesellschaft ein zinsloses Darlehen in der Höhe von CHF 27'000.– gewährt. Für dieses Darlehen sei C._____ im Rang zurückgetreten (act. 3/4 Ziff. 3). Der Kläger lässt jede Auseinandersetzung mit dieser Antwort vermissen, auch fehlt jede Auseinandersetzung mit der Behauptung der Beklagten, dass gar keine Überschuldung vorgelegen habe. Richtig ist, dass die Anrufung des Richters im Falle einer Überschuldung mit einem Rangrücktritt abgewendet werden kann. Der Umkehrschluss, dass ein Rangrücktritt zwangsläufig eine Überschuldungssituation im Sinne des Gesetzes bedeutet, lässt sich daraus aber nicht ohne Weiteres ziehen. Vielmehr ergibt sich aus der Jahresrechnung ein Kapitalverlust i.S.v. Art. 725 Abs. 1 OR und nicht eine Überschuldung i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR. Dies hat aber nicht das Erfüllen der in Art. 725 Abs. 2 OR aufgeführten Handlungsweisen zur Folge. Der Kläger führt nicht aus, inwiefern er trotz der Antwort der Beklagten ein weitergehendes Interesse an einer Auskunftserteilung haben soll; eine solches Interesse ist auch nicht ersichtlich. Auf das Begehren ist daher mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten. Zudem wäre das Begehren mangels Substantiierung abzuweisen.

Darüber hinaus bleibt auch unklar, ob der Kläger die in der Begründung genannten Fragen beantwortet haben will oder nur den im vierten Lemma genann-

ten Prüfgegenstand. Der Kläger legt zumindest nicht dar, welche Fragen des Fragenkatalogs nicht bzw. nicht genügend beantwortet worden sind, bzw. welche Fragen überhaupt von diesem Themenkomplex umfasst sein sollen, vielmehr begnügt er sich mit einer (ungenügenden) Hervorhebung in gelb (vgl. act. 1 S. 5 f.), wobei ausgerechnet die vorangehend zitierte Passage über die Rangrücktritte nicht gelb markiert worden ist, also als beantwortet betrachtet worden ist (vgl. act. 1 S. 6). Selbst wenn man zu Gunsten des Klägers aufgrund der Systematik davon ausgehen würde, dass die (gelb markierten) Fragen von Ziff. 2 gemeint sein müssten (vgl. act. 1 S. 5), so stellt der Kläger keinerlei Behauptungen auf, inwiefern diese Fragen vom Rechtsbegehren viertes Lemma umfasst sein sollen und warum diese Fragen zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sein sollen.

Die Frage, ob der Sachverhalt überhaupt einer Sonderprüfung zugänglich wäre oder ob es sich um eine unzulässige Rechtsfrage handelt (so die Beklagte in act. 10 Rz. 13), kann daher offen gelassen werden.

5.3.5. Fünftes Lemma: Eventuell Verletzung Einlagerückgewähr (Art. 680 OR)

5.3.5.1. Die Beklagte führt aus, dass es sich dabei einerseits um eine unzulässige Rechtsfrage handle, andererseits fehle es dem Begehren auch an der erforderlichen Individualisierung (act. 10 Rz. 14). Dem Kläger sei schon mehrfach erklärt worden, dass erst die Kontokorrentforderungen der Aktionäre aufgelaufen seien. In einem zweiten Schritt seien diese durch Aktionärsdarlehen an die Gesellschaft und damit durch neue Mittelzuflüsse gesichert worden. Die Revisionsstelle habe die Konformität mit Gesetz und Statuten bestätigt. Der Kläger unterlasse es auch, substantiiert den Zusammenhang zwischen dem zu untersuchenden Prüfungsgegenstand und der Ausübung der Aktionärsrechte darzulegen. Der Kläger unterlasse es auch, glaubhaft die erforderlichen Elemente zu behaupten, um an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Jahresrechnung, des Revisionsberichts sowie auch der Antworten des Verwaltungsrates zu zweifeln, womit es am erforderlichen Rechtsschutzinteresse fehle (act. 10 Rz. 26).

Der Kläger bestreitet das Vorliegen einer unzulässigen Rechtsfrage (act. 12 S. 2).

5.3.5.2. Der Kläger umschreibt den zu untersuchenden Sachverhalt nicht, nennt er im Prüfungsbegehren doch nicht einmal, dass es um Darlehen geht. Wenn man zugunsten des Klägers anhand der Begründung das Begehren eingrenzen würde, so scheint er damit den Sachverhalt geklärt haben zu wollen, ob die (Rück-)Darlehensgewährung gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstosse, führt er doch aus, Darlehensgewährungen an Aktionäre ohne Eigenkapitalreserve und ohne Sicherheiten entsprächen verbotener Einlagenrückgewähr (act. 1 S. 6 f.). Aktionärsdarlehen sind nicht per se unerlaubt, sondern nur, wenn gewisse Kriterien nicht eingehalten werden, denn nur in diesem Fall besteht die Gefahr, dass geschütztes Kapital an die Aktionäre zurückfliessen könnte. Der Kläger unterlässt es, den Zusammenhang zwischen dem zu untersuchenden Prüfungsgegenstand und der Ausübung der Aktionärsrechte aufzuzeigen oder sich mit der Antwort der Beklagten in irgendeiner Form auseinanderzusetzen. Es ist nicht klar, welche weitere Information er zur Ausübung seiner Aktionärsrechte benötigen würde, er stellt hierzu auch keine Behauptungen auf. Auf das Begehren ist daher mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten. Ohnehin wäre es mangels Substantiierung abzuweisen. Die Frage, ob es sich um eine unzulässige Rechtsfrage handelt, kann damit offen bleiben.

*5.3.6. Sechstes Lemma: Revisionsbericht entspricht nicht dem SER Standard
Eingeschränkte Revision von Expert Suisse & Treuhand Suisse, Ausgabe 2015*

5.3.6.1. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass in keiner Weise ersichtlich sei, welcher Zusammenhang zwischen dieser generellen, nicht individualisierten Prüfung des angewendeten Revisionsstandards und der Ausübung der Aktionärsrechte des Klägers gegeben sein soll, nicht zuletzt, da jeglicher Überschuldungstatbestand fehle (act. 10 Rz. 27).

5.3.6.2. Dieses Rechtsbegehren ist äusserst unbestimmt gehalten. Der Kläger bezeichnet keine zu untersuchende Handlung oder Unterlassung im Bereich des Prüfgegenstands. In der Begründung führt der Kläger immerhin aus, dass Erläute-

rungen vorgeschrieben seien, die nicht gemacht worden seien (vgl. act. 1 S. 6). Er legt aber nicht dar, inwiefern eine solche Information, ob der Revisionsbericht dem Standard entspricht oder nicht, zur Ausübung seiner Aktionärsrechte (eine Konkretisierung, welches Aktionärsrecht der Kläger geltend machen will, nennt er auch nicht) erforderlich sein soll. Daher ist dieses Begehren mangels Substantiierung abzuweisen.

5.3.7. Siebtes Lemma: damit eventuell Vorliegen einer Konkursverschleppung (Art. 725 OR; Kapitalverlust & Überschuldung)

5.3.7.1. Die Beklagte bringt vor, dass es sich dabei inhaltlich um eine Wiederholung der Prüfungsbegehren Nr. 3 und 4 handle. Dieses Begehren stelle eine unzulässige Rechtsfrage dar, es fehle auch an der erforderlichen Bestimmtheit des Rechtsbegehrens. Der Kläger unterlasse es, den Zusammenhang zwischen dem Prüfungsgegenstand und der Ausübung der Aktionärsrechte darzulegen. Das Fehlen eines Überschuldungstatbestandes nach Art. 725 Abs. 2 OR sei belegt. Der Bestand des Kapitalverlustes nach Art. 725 Abs. 1 OR sei korrekt und klar vom Verwaltungsrat ausgewiesen und von der Revisionsstelle bestätigt worden. Die erforderlichen Sanierungsmassnahmen seien getroffen und vom Kläger genehmigt worden. Weitere Sanierungsanträge habe der Kläger an der Generalversammlung nicht gestellt. Der Kläger unterlasse es auch, die erforderlichen Elemente glaubhaft zu behaupten, um an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Jahresrechnung, des Revisionsberichts sowie der Antworten des Verwaltungsrates zu zweifeln. Damit fehle es am erforderlichen Rechtsschutzinteresse (act. 10 Rz. 28).

Der Kläger bestreitet, dass es sich um eine unzulässige Rechtsfrage handle (act. 12 S. 2).

5.3.7.2. Dieses Begehren ist wiederum sehr unbestimmt gehalten. Soweit der Kläger eine Konkursverschleppung zu vermuten scheint, bleibt unklar, was der Sonderprüfer mit solch einem Begehren genau untersuchen soll. Es wäre zu erwarten gewesen, dass der Kläger die Handlungen bzw. Unterlassungen umschreibt, die der Sonderprüfer nach Ansicht der Klägers zu untersuchen hat. Erst

in einem späteren Schritt wäre die Frage zu klären, ob ein solches Verhalten zu einer Schädigung geführt hätte, indem der Schaden zu spät dem Richter mitgeteilt worden wäre. Ob eine Konkursverschleppung vorliegt oder nicht, ist eine Rechtsfrage. Dessen scheint sich auch der Kläger bewusst zu sein, indem er einleitend das Wort "damit" verwendet. Da es sich um einen unzulässigen Prüfgegenstand handelt, ist das Begehren abzuweisen.

Sofern der Kläger damit zum Ausdruck bringen wollte, eine Prüfung zu verlangen, ob Art. 725 OR verletzt worden sei, so stände diese Frage in engem Zusammenhang mit dem dritten und vierten Lemma des Rechtsbegehrens. Diesbezüglich kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden. Dem Begehren wäre aus den dort genannten Gründen kein Erfolg beschieden.

5.4. Zusammenfassend ist festhalten, dass das Begehren um Einsetzung eines Sonderprüfers abzuweisen ist, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der 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 16. März 2017 geschätzten Streitwert von CHF 100'000.– (vgl. act. 4), ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 6'600.– festzusetzen. Die Beklagte hat teils die Antworten vor der Klageeinreichung geliefert, teils ist der Kläger seiner Substantiierungspflicht nicht nachgekommen oder es handelt sich um eine unzulässige Rechtsfrage. Folglich ist der (für den Kläger negative) Ausgang des Verfahrens alleine ihm zuzurechnen. Daher sind die Gerichtskosten dem Kläger aufzuerlegen und aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

6.2. 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 6'000.–, welche ausgangsgemäss der Beklagten zuzusprechen ist.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Auf die Begehren 1., 2. und 4. und 5. Lemma wird nicht eingetreten.
2. Im Übrigen (3., 6. bis 7. Lemma) wird das Begehren um Einsetzung eines Sonderprüfers abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 6'600.–.
4. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 6'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. 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 100'000.–.

Zürich, 30. Mai 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Adrienne Hennemann