

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE120283-O

U/ei

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie die Gerichtsschreiberin
Helene Lampel

Verfügung vom 27. Dezember 2012

in Sachen

A._____,

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z._____

betreffend **Einsetzung eines Sonderprüfers**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 f.)

- "1. Es sei vom Gericht ein unabhängiger Sachverständiger mit der Durchführung einer Sonderprüfung im Sinne von Art. 697a ff. OR zu beauftragen;
2. Es sei der Sachverständige zu beauftragen, im Rahmen der Sonderprüfung die folgenden Prüfungen durchzuführen:
 - Prüfung der Grundlagen (Unterlagen, Informationen und/oder Bewertungen), gestützt auf welche der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin von einem Unternehmenswert der C. _____ AG von CHF 50'000'000 ausging und entschieden hat, die von der D. _____ AG an der C. _____ AG gehaltenen 538'656 Namenaktien zu einem Preis von CHF 1'800'000 zu kaufen;
 - Prüfung der Kenntnisse, welche der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin über den Wert der C. _____ AG hatte und gestützt auf welche der Kaufentscheid für die von der D. _____ AG an der C. _____ AG gehaltenen 538'656 Namenaktien für einen Kaufpreis von CHF 1'800'000 fiel;
 - Prüfung, ob der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin betreffend den Wert der 538'656 Namenaktien der C. _____ AG Abklärungen tätigte und insbesondere Fragen an die C. _____ AG richtete, und gegebenenfalls welche Abklärungen getätigt respektive welche Fragen gestellt wurden;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Gesuchsgegnerin."

Erwägungen:

1. Einleitung / Sachverhalt

1.1. Die Gesuchsgegnerin bzw. Beklagte (nachfolgend Beklagte) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Der Gesuchsteller bzw. Kläger (nachfolgend Kläger) ist Aktionär der Beklagten und besitzt 183 Namensaktien, was einer Quote von 23.46 % des Aktienkapitals entspricht. Weitere Aktionäre der Beklagten sind E. _____, der Vater des Klägers, F. _____, der Bruder des Klägers, sowie die G. _____ Ltd. und die C. _____ AG. Zudem hält die Beklagte eigene Aktien (Klä-

ger: act. 1 Rz. 2 f., Rz. 7 f.; Beklagte: act. 9 Rz. 45; Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung der Beklagten vom 7. März 2012: act. 3/1 S. 1; Handelsregisterauszug der Beklagten: act. 3/2).

1.2. Es ist unbestritten, dass verschiedene Verfahren zwischen den Beteiligten - so auch das vorliegende Sonderprüfungsgesuch - mit den Ereignissen rund um den Ausschluss des Klägers aus der C._____ im März 2009 in Zusammenhang stehen (Kläger: act. 1 Rz. 13 f.; Beklagte: act. 9 Rz. 6).

Auf diesen Zusammenhang ist nachfolgend einzugehen.

1.3. Gemäss den übereinstimmenden Ausführungen der Parteien wurde die Privatbank C._____ im Jahre 1968 von Mitgliedern der ... Bankiersfamilie A1._____ gegründet und war der Kläger mindestens seit dem Jahre 1987 für die Bank tätig. Die Beklagte legt dar, 1987 sei der Kläger und 1992 dessen Bruder F._____ neu als Kollektivgesellschafter aufgenommen worden. Nach dem Ausscheiden des Vaters und des Onkels des Klägers seien per Ende 2007 nur noch der Kläger und dessen Bruder Kollektivgesellschafter der Bank gewesen. Im Zusammenhang mit der Umwandlung der Bank in eine Kommanditgesellschaft am tt. Dezember 2007 ist unbestritten, dass sich daraufhin u.a. die D._____ AG (nachfolgend D._____) mit einer Summe von CHF 540'000 bzw. 3.6 % als Kommanditärin am Gesellschaftskapital der Bank beteiligte. Die Beklagte hält fest, dass Aktionäre der D._____ sechs Direktionsmitglieder der A1._____ Gruppe gewesen seien. Die Parteien sind sich darin einig, dass im Mai 2008 eine separate Vereinbarung zwischen dem Kläger, dessen Vater und dessen Bruder einerseits sowie der D._____ und ihren Aktionären andererseits geschlossen wurde. Dazu führt die Beklagte aus, die vorgenannten drei Mitglieder der Familie A1._____ hätten der D._____ im Mai 2008 ein Vorkaufsrecht über ihren direkt oder indirekt gehaltenen Anteil von damals 84.4 % am Gesellschaftskapital der Bank eingeräumt. Das Vorkaufsrecht habe unabhängig von der Rechtsform der Bank und solange wie der Aktionärsbindungsvertrag zwischen den Aktionären der D._____ gegolten. Dieser sei noch mindestens bis zum 20. Mai 2015 in Kraft (Kläger: act. 1 Rz. 9 f., Rz. 23 und act. 14 Rz. 6 f.; Beklagte: act. 9 Rz.12 ff. und Rz. 46; Vereinbarung von Mai 2008: act. 10/4).

1.4. Der Kläger hält dafür, trotz des formellen Rückzugs aus der Geschäftstätigkeit im Jahr 2004 übe sein Vater nach wie vor grossen Einfluss auf wichtige Entscheide bei der Geschäftstätigkeit des Bankenkonzerns aus. Da sich sein Bruder im Gegensatz zu ihm selber gegen die Einflussnahme des Vaters nicht widersetzt habe, habe dies zu einem immer grösseren Konflikt zwischen dem Kläger und dessen Bruder geführt (act. 1 Rz. 11 ff.). Die Parteien stimmen darin überein, dass diese Spannungen mit Entscheid der Gesellschafterversammlung vom 5. März 2009 im Ausschluss des Klägers aus der C._____ mündeten. Das in der Folge angerufene Schiedsgericht bestätigte mit Schiedsspruch vom 15. Dezember 2009 den Ausschlussentscheid. Nach dem Ausschluss des Klägers wurde die C1._____ im Mai 2010 in die C2._____ AG umgewandelt und Ende Februar 2012 in die C._____ AG (nachfolgend Bank) umfirmiert (Kläger: act. 1 Rz. 14 f., Rz. 24, Rz. 37, Rz. 69; Beklagte: act. 9 Rz. 6, Rz. 17, Rz. 48; Auszüge aus dem Schiedsurteil vom 15. Dezember 2009: act. 3/4 und act. 10/2; SHAB-Mitteilung vom 10. Juni 2010: act. 3/11; Handelsregisterauszug der Bank vom 3. Juli 2012: act. 3/12). Aktuell hält der Kläger keine direkte Beteiligung an der Bank, sondern ist einzig noch indirekt mit einer Beteiligungsquote von 12.11 % über andere Gesellschaften, wie die Beklagte oder die H._____ AG, an ihr beteiligt (Kläger: act. 1 Rz. 16; Beklagte: act. 9 Rz. 48; Auszug aus dem Geschäftsbericht der C2._____ AG von 2011: act. 3/5).

1.5. Die Beklagte hält dafür, die wiederholten Querelen unter den Gesellschaftern hätten nach Auffassung der FINMA die ordnungsgemässe Geschäftsführung der Bank gefährdet. Ab Juli 2009 habe die Aufsichtsbehörde daher eine Reorganisation der Bank verlangt, deren Ziel es sein sollte, dass die Familie A1._____ am Ende weniger als 50 % des Gesellschaftskapitals kontrollieren würde. Vor diesem Hintergrund sei die Bank nach dem Ausschluss und der Auszahlung des Klägers im Mai/Juni 2010 zunächst in eine Aktiengesellschaft umgewandelt und in der Folge nach einem strategischen Investor gesucht worden, der eine substantielle Beteiligung an der Bank erwerben würde. Ab Frühjahr 2011 hätten verschiedene Offerten von Investoren vorgelegen, welche die Übernahme einer Mehrheitsbeteiligung an der Bank angestrebt hätten. Die Verhandlungen mit einem strategischen Investor seien im Sommer 2011 so weit gediehen, dass über die

wesentlichen Punkte wie Beteiligungsquote und Preis grundsätzliche Einigung bestanden habe. Der Wert der Bank sei damals mit rund CHF 50 Mio. beziffert worden. Im Zuge dieser Verhandlungen sei auch das Vorkaufsrecht der D. _____ an den Aktien der Familie A1. _____ zum Thema geworden. Dieses Vorkaufsrecht habe die Verhandlungsposition der Bank erheblich geschwächt, weil es die Familie A1. _____, welche als Mehrheitsaktionärin mit einem Anteil von 68.35 % am Aktienkapital der Bank (Ende 2010) gemäss Auffassung der FINMA einen erheblichen Teil ihrer Beteiligung verkaufen sollte, an der Abgabe verbindlicher Zusicherungen hinsichtlich des Verkaufsgegenstandes gehindert habe. Angesichts des von der FINMA angedrohten Entzugs der Banklizenz seien die Bank und ihre Aktionäre damals unter erheblichem Druck gestanden, die Eigentumssituation zu bereinigen, weshalb die Beklagte - als eine von der Familie A1. _____ kontrollierte Aktionären der Bank - im Juli 2011 zwecks Ablösung des Vorkaufsrechts die 538'656 von der D. _____ gehaltenen Aktien der Bank zum Preis von CHF 1'800'000 übernommen habe, wobei CHF 325'000 des Kaufpreises als Entschädigung für den Verzicht der D. _____ auf ihr Vorkaufsrecht an den Aktien der Familie A1. _____ gegolten habe. Da ihre eigene Beteiligung an der Bank das mit Abstand grösste und wichtigste Aktivum der Beklagten gebildet habe, habe die Beseitigung des Vorkaufsrechts der D. _____ mit anderen Worten dem Schutz ihres wichtigsten Aktivums gedient und sei damit gesetzes- und statutenkonform gewesen. Die im Sommer 2011 geführten Verhandlungen betreffend den Verkauf einer Mehrheitsbeteiligung an der Bank an den erwähnten Investor hätten letztendlich ergebnislos geendet (act. 9 Rz. 18 ff., Rz. 35, Rz. 65; act. 18 Rz. 2). Gemäss der übereinstimmenden Darstellung der Parteien liefen in der Folge Verhandlungen in Bezug auf eine Fusion der C. _____ AG mit der I. _____ SA, was den Kläger zur Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung der Beklagten bewog. Diese Fusionsverhandlungen scheiterten noch vor der Durchführung der ausserordentlichen Generalversammlung vom 7. März 2012 (Kläger: act. 1 Rz. 55 f. und act. 14 Rz. 25 ff.; Beklagte: act. 9 Rz. 36 f., Rz. 63).

1.6. Der Kläger macht im Wesentlichen geltend, der Erwerb der von der D. _____ gehaltenen 538'656 Namenaktien an der Bank, welcher Grundlage des Gesuchs um Einsetzung eines Sonderprüfers bilde, habe sich sowohl für die Be-

klagte als auch für ihn finanziell nachteilig ausgewirkt. Dies begründet er damit, dass der Unternehmenswert der Bank im Zeitpunkt des Aktienkaufs weniger als CHF 50 Mio. betragen habe und die Aktien daher zu einem überhöhten Preis von der D._____ gekauft worden seien (act. 1 Rz. 19, Rz. 68, Rz. 87; act. 14 Rz. 14, Rz. 47). Die Beklagte bestreitet eine finanzielle Benachteiligung des Klägers sowie die Zahlung eines überhöhten Kaufpreises an die D._____ für die Aktien der Bank (act. 9 Rz. 9 f., Rz. 56 ff., Rz. 65 f.). Sie beantragt die Abweisung des klägerischen Gesuches (act. 9 S. 2).

2. Prozessverlauf

Mit Gesuch vom 16. Juli 2012 (Datum Poststempel) beantragte der Kläger die Einsetzung eines Sonderprüfers zur Prüfung des im Rechtsbegehren umschriebenen Geschäftsvorganges (act. 1). Mit Verfügung vom 19. Juli 2012 wurde dem Kläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Gerichtskosten von CHF 5'000 angesetzt, welcher fristgerecht einging. Gleichzeitig wurde der Beklagten Frist angesetzt, um die Klage schriftlich zu beantworten (Prot. S. 2 f.; act. 5). Die Gesuchsantwort datiert vom 11. September 2012 (act. 9). Mit Verfügung vom 13. September 2012 wurde dem Kläger mit Blick auf die in der Eingabe der Beklagten enthaltenen Noven und eingereichten Beilagen Frist zur Stellungnahme angesetzt (Prot. S. 4; act. 11). Die Stellungnahme wurde am 29. Oktober 2012 erstattet (act. 14). Mit Eingabe vom 5. November 2012 beantragte die Beklagte, die klägerische Eingabe vom 29. Oktober 2012 förmlich aus dem Recht zu weisen, eventualiter ihr Frist zur Einreichung einer weiteren Eingabe anzusetzen (act. 15). Mit Verfügung vom 8. November 2012 wurde der Antrag der Beklagten abgewiesen (Prot. S. 6 f.; act. 16). In der Folge nahm die Beklagte mit Eingabe vom 15. November 2012 zur klägerischen Eingabe vom 29. Oktober 2012 Stellung (act. 18). Die Eingabe der Beklagten wurde dem Kläger am 16. November 2012 zugestellt (Prot. S. 8).

3. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 5 Abs. 1 lit. g ZPO i.V.m. § 45 lit. a GOG) und blieb auch unbestritten (act. 1 Rz. 5; act. 9 Rz. 3).

4. Noven

4.1. Die Beklagte macht in ihrer Eingabe vom 5. November 2012 geltend, der Kläger äussere sich in seiner Rechtsschrift vom 29. Oktober 2012 nicht nur zu Noven in der Gesuchsantwort, sondern unterschiedslos zu sämtlichen Vorbringen der Beklagten, weshalb es sich materiell um eine Replik handle. Dieses Vorgehen stehe im Widerspruch zum erkennbaren Inhalt der Verfügung vom 8. Oktober 2012 und sei zudem prozessual unzulässig (act. 15 Rz. 2 ff., Rz. 8).

4.2. Im summarischen Verfahren sieht das Gesetz keinen doppelten Schriftenwechsel vor (Art. 253 ZPO). Der Kläger hat mithin das gesamte Klagefundament (substantiiertes Parteivortrag, Beweismittelnennung und - soweit möglich - Beweismittelvorlegung) mit dem Begehren zu liefern. Wird darüber hinaus eine Stellungnahme eingeholt, dient dies alleine dem Anspruch auf rechtliches Gehör. Es geht dabei im Wesentlichen darum, zu sogenannten Noven (Parteibehauptungen, Urkunden) im Sinne von Art. 229 i.V.m. Art. 219 ZPO Stellung nehmen zu können (vgl. dazu CHEVALIER, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER; Kommentar zur ZPO, 2010, N 11 f. zu Art. 253 ZPO; PAHUD, in: Brunner / Gasser / Schwander, DIKE Kommentar zur ZPO, 2011, N 23 und N 25 zu Art. 229 ZPO).

4.3. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, sind die Voraussetzungen zur Einsetzung eines Sonderprüfers vorliegend selbst dann nicht erfüllt, wenn sämtliche Parteivorbringen in die Beurteilung miteinbezogen werden. Es erübrigt sich daher, im Einzelnen darauf einzugehen, bei welchen Ausführungen in der klägerischen Eingabe vom 29. Oktober 2012 und in der beklagtischen Eingabe vom 15. November 2012 es sich um Noven handelt und welche Vorbringen unbeachtlich wären.

5. Einsetzung eines Sonderprüfers

5.1. Gesetzliche 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).

5.2. Quorum

Vorliegend ist unbestritten, dass der Kläger über 183 Namensaktien der Beklagten verfügt, was einer Quote von 23.46 % des Aktienkapitals entspricht (act. 1 Rz. 2, Rz. 91; act. 9 Rz. 72 ff.). Damit ist er aufgrund des erfüllten Quorums zur Klage aktivlegitimiert.

5.3. Bestimmtheit

5.3.1. Das Begehren um Durchführung einer Sonderprüfung muss sich auf einen bestimmten Gegenstand beziehen, d.h. auf einen hinreichend klar umschriebenen Bereich der Gesellschaftstätigkeit (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 16 N 43). Als reines Untersuchungsinstrument kann die Sonderprüfung nur Informationen liefern. Gegenstand einer Sonderprüfung sind folglich einzig Tatsachenfeststellungen, nicht aber die Beurteilung von Ermessensentscheidungen oder die Beantwortung von Rechtsfragen (WEBER, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 4. Aufl. 2012, N 16 f. zu Art. 697a OR).

5.3.2. Der Kläger führt aus, Gegenstand seines Gesuchs um Einsetzung eines Sonderprüfers bildeten die Konditionen des Aktienkaufs. Es gehe darum zu prüfen, gestützt auf welche Unterlagen und Informationen sowie gestützt auf welche Bewertungen der Verwaltungsrat der Beklagten sich dafür entschieden habe, die von der D._____ gehaltenen Namenaktien der Bank zu einem Preis von CHF 1.8

Mio. und basierend auf einem Unternehmenswert der Bank von CHF 50 Mio. zu kaufen (act. 1 Rz. 48, Rz. 93).

5.3.3. Mit dem auf die Abklärung der Grundlagen des Aktienkaufs beschränkten Gegenstand des Sonderprüfungsgesuches sind die Anforderungen an die Bestimmtheit des abzuklärenden Sachverhaltes erfüllt, was unbestritten ist (act. 9 Rz. 72 ff.).

5.4. Subsidiarität und Klagefrist

5.4.1. Der Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers ist gegenüber dem Recht auf Auskunft und auf Einsicht im Sinne von Art. 697 OR subsidiär. Entsprechend muss das Sonderprüfungsbegehren thematisch vom vorgängigen Auskunfts- oder Einsichtsbegehren abgedeckt sein. Dadurch 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 (BGE 123 III 261 E. 3a; BGE 133 III 133 E. 3.3). Gemäss Art. 697 Abs. 1 OR ist das Auskunftsrecht an der Generalversammlung auszuüben, was nicht ausschliesst, dass ein Aktionär schon vor der Generalversammlung dem Verwaltungsrat oder der Revisionsstelle seine Fragen unterbreitet (WEBER, a.a.O., N 4 zu Art. 697 OR). Anlässlich der Generalversammlung wird das Auskunftsrecht des Aktionärs in Form eines mündlichen Auskunftsbegehrens geltend gemacht. Die mündliche Form schliesst nicht aus, dass dieses zusätzlich schriftlich eingereicht wird. Spontan aus der Debatte und Diskussion hervorgehende Auskunftsbegehren werden hingegen regelmässig ausschliesslich mündlich vorgetragen (HORBER, Die Informationsrechte des Aktionärs, 1995, N 445 ff.). Die Fragen müssen einen Sachzusammenhang mit der Tätigkeit der Gesellschaft und den zur Debatte stehenden Traktanden aufweisen (WEBER, a.a.O., N 7 zu Art. 697 OR m.w.H.). Über Anträge zu nicht gehörig angekündigten Verhandlungsgegenständen können keine Beschlüsse gefasst werden; ausgenommen sind u.a. Anträge auf Durchführung einer Sonderprüfung (Art. 700 Abs. 3 OR). Der Antrag zur Einsetzung eines Sonderprüfers kann daher an jeder Generalversammlung gestellt und braucht - wie der Gegenstand der Sonderprüfung - nicht

traktandiert zu sein (WEBER, a.a.O., N 29 zu Art. 697a OR; BGE 138 III 246 E. 3.3).

5.4.2. Nachdem der Kläger am 13. Februar bzw. am 4. März 2012 zum Kauf der 538'656 Namenaktien zu einem Preis von CHF 1.8 Mio. von der D. _____ jeweils ein schriftliches Auskunftsbegehren gestellt hatte, informierte F. _____, in jenem Zeitpunkt noch Verwaltungsrat der Beklagten, anlässlich der vom Kläger einberufenen ausserordentlichen Generalversammlung der Beklagten vom 7. März 2012 über diese Transaktion. Der Antrag des Klägers, die Bedingungen des Beteiligungskaufs von der D. _____ einer Sonderprüfung zu unterziehen, wurde von der ausserordentlichen Generalversammlung abgelehnt (Kläger: act. 1 Rz. 45 ff., Rz. 52 ff., Rz. 102 und act. 14 Rz. 25 ff., Rz. 38 ff.; Beklagte: act. 9 Rz. 37 ff., Rz. 62 f.; Auskunftsbegehren des Klägers vom 13. Februar 2012, insbesondere Frage T, bzw. vom 4. März 2012, insbesondere Frage U: act. 3/18 und act. 3/22; Einladung zur ausserordentlichen Generalversammlung: act. 10/6; Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung der Beklagten vom 7. März 2012: act. 3/1 S. 7 f.).

Anlässlich der ordentlichen Generalversammlung vom 18. April 2012 stellte der Kläger erneut Fragen zur Berechnung des Kaufpreises für die von der D. _____ gehaltenen Namenaktien der Bank respektive betreffend die Unternehmensbewertung der Bank. Da die Fragen nach Auffassung des Klägers wieder nur ungenügend beantwortet wurden und er Zweifel an der Richtigkeit der Angaben hegte, stellte er zum zweiten Mal Antrag auf Einsetzung eines Sonderprüfers, welcher wiederum abgelehnt wurde (Kläger: act. 1 Rz. 60 ff., Rz. 92, Rz. 102 und act. 14 Rz. 30; Beklagte: 9 Rz. 42 ff., Rz. 63 ff.; Einladung zur ordentlichen Generalversammlung: act. 10/7; Protokoll der ordentlichen Generalversammlung vom 18. April 2012: act. 3/23 S. 4 und S. 6).

5.4.3. Die Beklagte macht geltend, der Kläger habe nach der ausserordentlichen Generalversammlung vom 7. März 2012 darauf verzichtet, innerhalb der gesetzlichen Dreimonatsfrist gemäss Art. 697b Abs. 1 OR den Richter um Einsetzung eines Sonderprüfers zu ersuchen (act. 9 Rz. 41). Er habe weder im Vorfeld noch an der ordentlichen Generalversammlung vom 18. April 2012 selbst ein Auskunfts-

oder Einsichtsbegehren gemäss Art. 697 OR gestellt. Im Rahmen der Diskussion zu Traktandum 1 der Tagesordnung ("Approbation du rapport de gestion 2011") habe der Kläger durch seinen Vertreter verschiedene Fragen stellen lassen, darunter auch zum Erwerb der Beteiligung der D._____. Die Fragen seien im Rahmen der Diskussion des Geschäftsberichts ausführlich beantwortet worden. Damit habe der Kläger indessen nur sein normales Debattier- und Fragerecht ausgeübt, aber kein Auskunftsbegehren gestellt. Dem anschliessend gestellten Sonderprüfungsgesuch fehle es daher an der Voraussetzung der Subsidiarität (act. 9 Rz. 42 ff., Rz. 52, Rz. 61 ff., Rz. 73 f.; act. 18 Rz. 3 f.). Der Kläger wendet ein, an der ordentlichen Generalversammlung vom 18. April 2012 sei ein Auskunftsbegehren im Sinne von Art. 697 OR gestellt worden, wobei er sich von Rechtsanwalt Dr. J._____ habe vertreten lassen. Sowohl die jeweiligen Fragen wie auch die ausweichenden und oberflächlichen Angaben des Verwaltungsrates der Beklagten seien protokolliert worden. Zudem sei seinem Vater E._____, welcher die ordentliche Generalversammlung geleitet habe, sein Anliegen genau bekannt gewesen (act. 14 Rz. 37 ff.).

5.4.4. Es ist unbestritten und geht aus dem Protokoll der ordentlichen Generalversammlung vom 18. April 2012 hervor, dass der Vertreter des Klägers, RA Dr. J._____, im Rahmen des ersten Traktandums "Approbation du rapport de gestion 2011" Fragen zu dem vorgängig vom Verwaltungsratspräsidenten E._____ bereits thematisierten Aktienkauf stellte und dass diese Fragen auch beantwortet wurden (act. 3/23 S. 2 und S. 4; vgl. auch act. 10/7). Der Sachzusammenhang der Fragen mit der Tätigkeit der Gesellschaft und den zur Debatte stehenden Traktanden ist daher zu bejahen. Sodann ist dem Kläger mit Blick auf die zitierte Literatur und Rechtsprechung darin beizupflichten, dass Auskunftsbegehren im Sinne von Art. 697 OR an der Generalversammlung selber gestellt werden können und eine Traktandierung oder formelle Beschlussfassung über die Fragen und Antworten nicht erforderlich ist (act. 14 Rz. 42 ff.). Nachdem der Kläger das Begehren um Auskunft und den nachfolgenden Antrag auf Einsetzung eines Sonderprüfers spontan und ohne jegliche Vorankündigung stellen konnte, kann die umstrittene Frage offen bleiben, ob RA Dr. J._____ die Traktandierung von Aus-

kunftsbegehren bereits vor der Generalversammlung vom 18. April 2012 beantragt hatte (Kläger: act. 14 Rz. 40 f.; Beklagte: act. 18 Rz. 5).

5.4.5. Relevant ist hingegen, dass der Kläger, nachdem anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom 7. März 2012 zu seinem Auskunftsbegehren Stellung genommen und das Begehren um Einsetzung eines Sonderprüfers abgelehnt worden war (act. 3/1 S. 7 f.), innert laufender Frist gemäss Art. 697b Abs. 1 OR (nachfolgend Klagefrist) anlässlich der ordentlichen Generalversammlung vom 18. April 2012 zur selben Thematik weitere Fragen und mit anderen Worten ein zweites Auskunftsbegehren stellte und erneut erfolglos die Einsetzung eines Sonderprüfers beantragte (act. 3/23 S. 4 ff.). Die Klagefrist bezüglich des Beschlusses der ausserordentlichen Generalversammlung vom 7. März 2012 lief am 7. Juni 2012 ab und verstrich ungenutzt. Der Kläger stellt sich sinngemäss auf den Standpunkt, die Klagefrist habe mit Beschluss der ordentlichen Generalversammlung vom 18. April 2012 zu laufen begonnen und sei mit dem klägerischen Gesuch vom 16. Juli 2012 gewahrt worden (act. 1 Rz. 92).

Die relative lange Frist von drei Monaten gemäss Art. 697b Abs. 1 OR dient im Allgemeinen der Suche von "Mitstreitern", um das Quorum für das Gesuch an den Richter bezüglich Einsetzung eines Sonderprüfers zu erreichen. Es handelt sich dabei um eine Verwirkungsfrist (WEBER, a.a.O., N 4 zu Art. 697b OR). Verwirkungsfristen sind in der Regel weder einer Erstreckung noch einer Unterbrechung oder Wiederherstellung zugänglich. Nach Auffassung eines Teils der Lehre können ausnahmsweise auch Verwirkungsfristen gehemmt werden, insbesondere wenn ein Gläubiger aus rechtlichen Gründen nicht in der Lage war, seinen Anspruch rechtzeitig geltend zu machen (BGE 126 II 145 E. 3.b/aa m.w.H.).

Der klägerische Standpunkt führt im Ergebnis dazu, dass er es mit seinem zweiten Auskunftsbegehren und Begehren um Einsetzung eines Sonderprüfers in der Hand gehabt hätte, eine neue Verwirkungsfrist auszulösen, analog der Unterbrechung und des Beginns einer neuen Frist, wie dies in bestimmten Fällen in Bezug auf Verjährungsfristen vorgesehen ist (Art. 135 i.V.m. Art. 137 Abs. 1 OR). Selbst wenn man die Auffassung vertreten wollte, eine Erstreckung oder Unterbrechung einer Verwirkungsfrist sei ausnahmsweise möglich, liegen vorliegend keine Grün-

de vor, welche die Annahme einer Ausnahme rechtfertigen würden. Dass der Kläger zwischen der ausserordentlichen und der ordentlichen Generalversammlung bezüglich des streitgegenständlichen Aktienkaufs wesentlich neue Erkenntnisse gewonnen hätte, welche ihn zu einem erneuten Auskunftsbegehren sowie einem weiteren Begehren um Einsetzung eines Sonderprüfers bewogen hätten, wird von ihm weder geltend gemacht noch ist dies ersichtlich. Stattdessen ist den Protokollen der beiden Generalversammlungen zu entnehmen, dass der Kläger anlässlich der ordentlichen Generalversammlung lediglich in Bezug auf den dem Kaufpreis zugrundeliegenden Unternehmenswert der Bank sowie die Informationsbeschaffung der Beklagten hinsichtlich dieses Unternehmenswertes weitere, präzisierende Fragen stellte. Dies wurde indessen bereits im Rahmen seines Auskunftsbegehrens anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom 7. März 2012 thematisiert. Nachdem die Fragen nach Auffassung des Klägers erneut nur unzureichend beantwortet worden waren und die Klagefrist hinsichtlich des Beschlusses der ausserordentlichen Generalversammlung noch bis zum 7. Juni 2012 lief, verblieben dem Kläger selbst nach der ordentlichen Generalversammlung noch rund sieben Wochen zur Stellung des Gesuches um Einsetzung eines Sonderprüfers. Unter diesen Umständen kann dem klägerischen Standpunkt, sein zweites, lediglich präzisierendes Auskunftsbegehren zur selben Thematik und das anschliessende zweite Begehren um Einsetzung eines Sonderprüfers habe eine neue Frist von drei Monaten ausgelöst, nicht gefolgt werden. Da sich das klägerische Vorgehen in Bezug auf das zweite Sonderprüfungsbegehren unter den gegebenen Umständen als rechtsmissbräuchliche Umgehung der Verwirkungsfrist gemäss Art. 697b Abs. 1 OR erweist, verdient dieses keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Es ist davon auszugehen, dass die Klagefrist bereits am 7. Juni 2012 verwirkte, weshalb auf das am 16. Juli 2012 gestellte Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers nicht einzutreten ist.

5.5. Erforderlichkeit (aktuelles Rechtsschutzinteresse)

5.5.1. Hinzu kommt, dass es dem Kläger vorliegend am aktuellen Rechtsschutzinteresse an der Einsetzung eines Sonderprüfers fehlt.

5.5.2. Die Sonderprüfung muss für die Ausübung von Aktionärsrechten erforderlich sein (Art. 697a Abs. 1 OR). Dieses Kriterium ist nur erfüllt, wenn der Antragsteller ein aktuelles Rechtsschutzinteresse hat. Es hat ein erkennbarer Zusammenhang zwischen dem Sonderprüfungsbegehren und der Ausübung der Aktionärsrechte vorzuliegen. Als solche Aktionärsrechte in Betracht kommen vor allem die Verantwortlichkeitsklage, aber auch die Nichtgenehmigung der Jahresrechnung, die Verweigerung der Décharge, die Abwahl von Verwaltungsrat oder Revisionsstelle oder die Anfechtungsklage (WEBER, a.a.O., N 25 f. zu Art. 697a OR; BÖCKLI, a.a.O., § 16 N 50). Zudem steht die Sonderprüfung nur zur Beschaffung von Informationen zur Verfügung, welche gesellschaftsinterne Verhältnisse betreffen. Tatsachen, die ausserhalb der Gesellschaft liegen, können auch dann nicht Gegenstand einer Sonderprüfung sein, wenn sie geeignet sind, den Geschäftsgang der Gesellschaft mitzubeeinflussen. Auch ist das Begehren nur zuzulassen, wenn 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 (BGE 123 III 261 E. 2a und E. 3a).

5.5.3. Der Kläger macht geltend, er sei gezwungen, seine Auskunftsansprüche auf dem Weg der Sonderprüfung geltend zu machen, da er von den Verwaltungsräten der Beklagten keine hinreichenden Auskünfte zum Aktienkauf erhalten habe (act. 1 Rz. 20; act. 14 Rz. 17 f., Rz. 21, Rz. 25 ff., Rz. 46). Die Beklagte vertritt demgegenüber die Auffassung, dass es an der Erforderlichkeit des Sonderprüfungsgesuches fehle, da das Auskunftsbegehren anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom 7. März 2012 vom Verwaltungsrat bereits aus-

föhrlich beantwortet worden sei. Der Verwaltungsrat habe seinen Entscheid betreffend Aktienkauf auf fundierte, und im Übrigen auch dem Kläger bestens bekannte Grundlagen gestützt. Es handle sich primär um die beiden vom Kläger selber ins Recht gelegten Bewertungsgutachten von Mai 2010, welche im Zusammenhang mit seinem eigenen Ausschluss aus der Bank erstellt worden seien. Es sei sodann klar, dass F._____, der im Sommer 2011 sowohl Verwaltungsrat der Beklagten als auch der Bank gewesen sei, über weitere, bankinterne Informationen verfügt habe, mittels denen er die Plausibilität der beiden Bewertungsgutachten von Mai 2010 habe beurteilen können. Soweit das Gesuch auf die Ermittlung dieses zusätzlichen Wissens abziele, beziehe es sich auf einen unzulässigen Prüfungsgegenstand, da es eine ausserhalb der Beklagten liegende Tatsache und nicht ein Gesellschaftsinterna der Beklagten betreffen würde (act. 9 Rz. 34, Rz. 39, Rz. 51, Rz. 76 ff.). Zum zuletzt genannten Einwand bringt der Kläger vor, die Beklagte habe sich das gesamte Wissen von F._____ in Bezug auf den Wert der Aktien im Sinne von Art. 55 Abs. 2 ZGB anrechnen zu lassen, da dieser im Zeitpunkt des Aktienkaufs gleichzeitig Verwaltungsrat der Beklagten und der Bank gewesen sei (act. 14 Rz. 48).

5.5.4. Als Gegenstand der beantragten Sonderprüfung nennt der Kläger als dritten und letzten Punkt die Prüfung, ob der Verwaltungsrat der Beklagten betreffend den Wert der Namenaktien der Bank Abklärungen tätigte und insbesondere Fragen an die Bank richtete, und gegebenenfalls welche Abklärungen getätigt respektive welche Fragen gestellt wurden (act. 1 S. 3; nachfolgend Rechtsbegehren Ziff. 2.3.). Dazu führt der Kläger aus, auf Nachfrage hin habe die Beklagte anlässlich der ordentlichen Generalversammlung eingestehen müssen, dass sie als Aktionärin der Bank nie eine formelle Anfrage an die Bank gerichtet habe, um den Wert der Bank, welcher der Berechnung zugrunde gelegen habe, genauer abzuklären mit der Begründung, dass F._____ als Verwaltungsrat beider Gesellschaften bereits über die hierfür notwendigen Informationen verfügt habe (act. 1 Rz. 64, Rz. 104, Rz. 109). Dass die Beklagte zur Abklärung des Wertes der Namenaktien keine Fragen an die Bank richtete, bestreitet die Beklagte nicht (act. 9 Rz. 65). Dem Protokoll der ordentlichen Generalversammlung vom 18. April 2012 ist denn auch zu entnehmen, dass die Beklagte in dieser Hinsicht nie eine formelle Anfra-

ge an die Bank gerichtet hatte in dem Sinne, dass F. _____ diese Frage an sich selber gestellt hätte (act. 3/23 S. 4). Nachdem unbestritten ist, dass die Beklagte keine Abklärungen im Sinne von Rechtsbegehren Ziff. 2.3. tätigte, fehlt es dem Kläger in dieser Hinsicht an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse, weshalb insoweit auf sein Begehren nicht einzutreten ist (Art. 59 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a ZPO).

Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, können die umstrittenen Fragen, ob der Kläger bezüglich des Aktienkaufs bereits hinreichend informiert worden ist und ob es sich bei den zusätzlichen Kenntnissen von F. _____ um Gesellschaftsinterna handelt, in Bezug auf die ersten beiden unter Rechtsbegehren Ziff. 2. beantragten Prüfungsgegenstände offen bleiben.

5.5.5. Bezüglich der auszuübenden Aktionärsrechte führt der Kläger aus, um die Prozesschancen einer Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 OR) gegen die Verwaltungsräte der Beklagten abschätzen zu können, sei er darauf angewiesen, die Grundlagen zu kennen, gestützt auf welche der Verwaltungsrat bei der Festlegung des Kaufpreises für die Aktien von einem Unternehmenswert der Bank von CHF 50 Mio. ausgegangen sei. Da dies für ihn mangels Einblicks in die entsprechenden Unterlagen nicht nachvollziehbar sei, habe er ein aktuelles Rechtsschutzinteresse. Nachdem er der Entlastung der Verwaltungsräte für das Geschäftsjahr 2011 nicht zugestimmt habe, habe er auch aus diesem Grund ein aktuelles Rechtsschutzinteresse (act. 1 Rz. 98 ff.; act. 14 Rz. 47).

5.5.6. Unter anderem die Mitglieder des Verwaltungsrates sind sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen (Art. 754 Abs. 1 OR).

Im gesamten Bereich des Verantwortlichkeitsrechts ist die Unterscheidung von unmittelbarer und mittelbarer bzw. direkter und indirekter Schädigung u.a. für den Aktionär von grundlegender Bedeutung. Mittelbar ist ein Schaden dann, wenn der Aktionär nur deshalb einen Schaden erleidet, weil die Gesellschaft zu Schaden kommt, wenn der Schaden im Vermögen der Aktionäre mithin einzig dadurch ein-

tritt, dass das Vermögen der Gesellschaft vermindert wurde. Der Aktionär wird etwa mittelbar geschädigt, wenn aufgrund einer Sorgfaltspflichtverletzung eines Organs die Gesellschaft einen Schaden erleidet und dadurch die Beteiligung des Aktionärs an der Gesellschaft an Wert verliert. Somit geht es um den Ersatz eines Reflexschadens. Eine unmittelbare oder direkte Schädigung des Aktionärs liegt demgegenüber vor, wenn die Pflichtwidrigkeit des Organs jene in ihrem Vermögen schädigt, ohne gleichzeitig das Vermögen der Gesellschaft zu schmälern. Der Aktionär wird etwa unmittelbar geschädigt, wenn ihm unrechtmässig Bezugsrechte vorenthalten oder ihm zustehende Dividenden nicht ausbezahlt werden (GERICKE/WALLER, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 4. Aufl. 2012, N 14 ff. und N 24 ff. zu Art. 754 OR m.w.H.).

Der Kläger macht geltend, der Verwaltungsrat der Beklagten (dem im relevanten Zeitpunkt u.a. F. _____ angehörte) hätte im Interesse der Gesellschaft dafür sorgen müssen, dass diese für Beteiligungen, die sie von anderen Gesellschaften abkaufe, keinen deutlich über dem tatsächlichen Wert dieser Beteiligung liegenden Kaufpreis bezahle. Es erscheine, dass der Verwaltungsrat dieser Pflicht nicht nachgekommen sei, da er sich einzig vom Verwaltungsratspräsidenten der Bank (F. _____) habe zusichern lassen, dass der Unternehmenswert von CHF 50 Mio. korrekt sei. Dass diese Zusicherung in Anbetracht der von der Beklagten selbst eingeräumten Personalunion wertlos sei, bedürfe keiner weiteren Ausführungen. Im Verhalten des Verwaltungsrates der Beklagten erblickt der Kläger einen Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht gemäss Art. 717 OR (act. 1 Rz. 107 ff.; act. 14 Rz. 24). Durch die Bezahlung eines überhöhten Preises für die Aktien der Bank sei die finanzielle Lage der Beklagten unnötig verschlechtert worden (act. 14 Rz. 47), was nach Auffassung des Klägers seine finanzielle Benachteiligung zur Folge habe (act. 1 Rz. 17 ff., Rz. 112).

Generell handelt es sich bei Art. 717 OR um eine Anspruchsgrundlage zur Geltendmachung einer mittelbaren Schädigung der Gesellschaft (vgl. GERICKE / WALLER, a.a.O., N 25 f. zu Art. 754 OR). Aufgrund der klägerischen Ausführungen wird denn auch deutlich, dass er im Wesentlichen geltend macht, die Sorgfaltspflichtverletzung des Verwaltungsrates habe in erster Linie eine Schädigung der Gesell-

schaft und aufgrund der dadurch verursachten Werteinbusse seiner Beteiligung mittelbar eine Schädigung von ihm selber zur Folge gehabt.

5.5.7. Geht es um die Geltendmachung eines Schadens der Gesellschaft und somit um einen mittelbaren Schaden, kommen die Art. 756 ff. OR zur Anwendung. Gemäss Art. 758 Abs. 1 OR wirkt der Entlastungsbeschluss der Generalversammlung nur für bekanntgegebene Tatsachen und nur gegenüber der Gesellschaft sowie gegenüber den Aktionären, die dem Beschluss zugestimmt oder die Aktien seither in Kenntnis des Beschlusses erworben haben. Das Klagerecht der übrigen Aktionäre erlischt sechs Monate nach dem Entlastungsbeschluss (Art. 758 Abs. 2 OR).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum Begriff der "bekanntgegebenen Tatsachen" bezieht sich der Entlastungsbeschluss zunächst auf Tatsachen, von denen sämtliche Aktionäre unbesehen der Informationsquelle tatsächlich Kenntnis haben. Zudem betrifft er Geschäftsvorfälle nach der Darstellung, wie sie an der Generalversammlung gegeben wird. Vom Bundesgericht offen gelassen wurde die in der Lehre umstrittene Frage, ob die Entlastung auch Tatsachen umfasst, die für die Aktionäre lediglich erkennbar sind, doch wurde festgehalten, dass an der Generalversammlung nicht verschwiegene, sondern wenigstens im Grundsatz bekannt gegebene Tatsachen nicht bloss erkennbar sind. Soweit ihre Tragweite nicht bewusst heruntergespielt wird und die an der Generalversammlung teilnehmenden Aktionäre durch die Art der Darstellung nicht getäuscht werden, sind die entsprechenden Tatsachen als im Sinne von Art. 758 Abs. 1 OR bekannt gegeben zu betrachten. Die Bekanntgabe sämtlicher Umstände eines Geschäftsvorfalles, die für den Entscheid über die Entlastung von Bedeutung sein könnten, ist in jedem Fall ausreichend (Urteil (des Bundesgerichts) 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005 E. 3.2. m.w.H. und dazu CHAMMARTIN / VON DER CRONE, in: SZW 2005, S. 330 und S. 336 f.).

Der Entlastungs- bzw. Déchargebeschluss stellt grundsätzlich einen Verzicht der Gesellschaft auf Schadenersatzansprüche gegen die verantwortlichen Organe dar. Aktionäre, die diesem zugestimmt haben, verzichten damit im Rahmen des inhaltlichen Geltungsbereichs des Entlastungsbeschlusses auf ihre Ansprüche.

Diejenigen Aktionäre, die dem Entlastungsbeschluss nicht zugestimmt haben, können grundsätzlich weiterhin die Rechte der Gesellschaft geltend machen, müssen dies gemäss Art. 758 Abs. 2 OR aber innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach der Generalversammlung tun. Dabei handelt es sich um eine Verwirklichungsfrist (GERICKE / WALLER, a.a.O., N 2 und N 8 f. zu Art. 758 OR). Die Durchführung einer Sonderprüfung kann der Vorbereitung einer Verantwortlichkeitsklage deshalb grundsätzlich nur dann dienen, wenn die Entlastung verweigert wurde und die ordentliche fünfjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 760 OR läuft. Da die Ergebnisse einer Sonderprüfung die Prozessführung erheblich zu erleichtern und zu unterstützen vermag, empfiehlt WEBER, mit Anhebung der Verantwortlichkeitsklage sogleich deren Sistierung zu beantragen (WEBER, a.a.O., N 13 zu Art. 697a OR).

5.5.8. Vorliegend ist unbestritten, dass der Aktienkauf, welcher Gegenstand des Sonderprüfungsgesuches bildet, im Juli 2011 stattfand. Anlässlich der ordentlichen Generalversammlung vom 18. April 2012 wurde dem Verwaltungsrat der Beklagten für das Geschäftsjahr 2011 Décharge erteilt (Kläger: act. 1 Rz. 45, Rz. 100; Beklagte: act. 9 Rz. 23, Rz. 42 ff.; Protokoll der ordentlichen Generalversammlung vom 18. April 2012: act. 3/23 S. 5). Der Aktienkauf wurde vorgängig im Rahmen des Traktandums 1, in welchem es um den Geschäftsbericht für das Jahr 2011 ging, thematisiert. Über den Hintergrund sowie die Tragweite dieses Aktienkaufs und die Eckwerte für die Festlegung des Kaufpreises für die Aktien von CHF 1'800'000 (Unternehmenswert der Bank von CHF 50 Mio., Ablösung des Vorkaufsrechts der D._____ für CHF 325'000) waren die Aktionäre der Beklagten bereits anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom 7. März 2012 informiert worden (act. 3/1 S. 7). Sodann ist unbestritten, dass der Kläger hinsichtlich des Unternehmenswertes der Bank bereits eigene Berechnungen vorgenommen hatte (act. 1 Rz. 72 ff.). Dem Protokoll der ordentlichen Generalversammlung vom 18. April 2012 ist in dieser Hinsicht folgende Ausführung von RA Dr. J._____ zu entnehmen: "...sachant qu'il y avait une valorisation pour la totalité du capital de la Banque à CHF 25 mio" (act. 3/23 S. 6). Zudem verfügte er gemäss eigener Darstellung neben den Jahresabschlüssen (einschliesslich Zwischenabschluss 2011) über die Bewertungsgutachten von Mai 2010 und wusste, dass keine for-

melle Anfrage an die Bank gerichtet worden war und keine neuen Bewertungsgutachten vorlagen, sondern sich der Verwaltungsrat bei seiner Entscheidung in erster Linie auf die Offerte eines potentiellen Investors gestützt hatte (act. 1 Rz. 64, Rz. 72 ff., Rz. 104; act. 14 Rz. 17). Selbst wenn dem Kläger - wie von ihm geltend gemacht - nicht sämtliche Grundlagen und Kenntnisse des Verwaltungsrates, welche für die Festlegung des Kaufpreises für die Aktien massgebend waren, bekannt gewesen sein könnten, verfügte er doch über die wesentlichen Informationen, die für den Entscheid über die Entlastung von Bedeutung waren. Zusammenfassend handelt es sich beim streitgegenständlichen Aktienkauf und dessen Umstände um vor der Abstimmung betreffend Décharge bekanntgegebene Tatsachen im Sinne von Art. 758 Abs. 1 OR. Der Kläger stimmte dem Entlastungsbeschluss nicht zu, weshalb für ihn ab dem 18. April 2012 die sechsmonatige Frist zur Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage lief. Diese Frist endete am 18. Oktober 2012. Der Kläger macht nicht geltend, dass er innert Frist eine Verantwortlichkeitsklage - etwa am Sitz der Gesellschaft im Kanton ... oder am Wohnsitz von F._____ im Kanton ... (Art. 40 ZPO) - erhoben habe, sondern er führt lediglich aus, dass er zur Abschätzung der Prozesschancen einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Verwaltungsräte der Beklagten darauf angewiesen sei, die Grundlagen zur Festlegung des Kaufpreises für die Aktien zu kennen (act. 1 Rz. 98) bzw. dass falls sich herausstellen sollte, dass der Verwaltungsrat der Beklagten den Unternehmenswert der Bank nicht ernsthaft abgeklärt habe, die Geltendmachung von verantwortlichkeitsrechtlichen Ansprüchen zu prüfen sei (act. 1 Rz. 110). Angesichts der Verwirkung von Verantwortlichkeitsansprüchen in Bezug auf den Kauf der Aktien der Beklagten von der D._____ fehlt es hinsichtlich der beantragten Sonderprüfung an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse des Klägers, weshalb auf sein Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers auch aus diesem Grund nicht einzutreten ist.

6. Glaubhaftmachen von Gesetzes- bzw. Statutenverletzung und Schädigung

6.1. Abgesehen davon wäre das Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers abzuweisen, falls darauf einzutreten wäre.

6.2. Gemäss Art. 697b Abs. 2 OR hat ein Gesuchsteller Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers, wenn er glaubhaft macht, dass durch die Gesellschaftsorgane Gesetz oder Statuten verletzt und dadurch die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt worden sind. Es braucht somit nicht die volle Überzeugung des Gerichts vom Vorhandensein dieser Umstände herbeigeführt zu werden, sondern es genügt, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten. Dem Gesuch auf Einsetzung eines Sonderprüfers ist jedenfalls dann zu entsprechen, wenn sich die rechtlichen Vorbringen zu den Anspruchsvoraussetzungen von Art. 697b Abs. 2 OR bei summarischer Prüfung als einigermaßen aussichtsreich oder doch zum mindesten als vertretbar erweisen (BGE 120 II 393 E. 4c).

6.3. Vorliegend ist unbestritten, dass Grundlage für die Festlegung des Kaufpreises der Namenaktien in erster Linie die Annahme eines Unternehmenswertes der Bank von CHF 50 Mio. bildete (Kläger: act. 1 Rz. 59, Rz. 67; Beklagte: act. 9 Rz. 27, Rz. 63). Der Kläger hält dafür, bei seinem Ausschluss aus der Bank, d.h. am 5. März 2009, sei diese nicht überbewertet gewesen (act. 14 Rz. 36). Die Parteien stimmen darin überein, dass im Hinblick auf die Abfindung des Klägers infolge seines Ausschlusses aus der Bank deren Unternehmenswert sowohl von der K._____ als auch von L._____ beurteilt worden war. Der Kläger hat diese Bewertungsgutachten auszugsweise eingereicht. Die darin per 31. Dezember 2009 ermittelten Unternehmenswerte von *insgesamt* CHF 73.6 Mio. (K._____) bzw. von CHF 73.3 Mio. (L._____) werden von den Parteien nicht angezweifelt (Kläger: act. 1 Rz. 69 ff. und act. 14 Rz. Rz. 19; Beklagte: act. 9 Rz. 10, Rz. 28 ff., Rz. 76; Auszug aus dem Bewertungsgutachten von K._____: act. 3/26; Auszug aus dem Bewertungsgutachten von L._____: act. 3/27). Der Kläger vertritt indessen die Auffassung, die in den genannten Unternehmenswerten enthaltene Beteiligung an der M._____ AG mit einem ermittelten Wert von CHF 28.1 Mio. (K._____) bzw. CHF 29.3 Mio. (L._____) dürfe nicht berücksichtigt werden, da diese im Jahr 2010 verkauft worden sei, der Erlös zur Auszahlung des Klägers und zur Deckung des operativen Verlusts verwendet worden sei und daher im Zeitpunkt des Aktienkaufs der Beklagten von der D._____ keinen Einfluss auf den

Unternehmenswert der Bank gehabt habe. Deshalb sei von einem finalen Unternehmenswert von CHF 45.4 Mio. (recte: CHF 45.5 Mio.; K._____) bzw. CHF 44 Mio. (L._____) auszugehen (act. 1 Rz. 72 ff.; act. 14 Rz. 10 ff., Rz. 19). Unbestritten ist, dass die Beteiligung der Bank an der M.____ AG per 30. April 2010 für rund CHF 20 Mio. veräussert wurde (Kläger: act. 1 Rz. 74, Rz. 79; Beklagte: act. 9 Rz. 31; Börsenabrechnung vom 30.04.10: act. 10/5). Die Beklagte anerkennt denn auch, dass der in den Gutachten ermittelte Unternehmenswert "massiv zu hoch" beziffert worden sei (act. 9 Rz. 58). Selbstverständlich ändere die separate Ausweisung der Beteiligung an der M._____ in den Bewertungsgutachten nichts daran, dass diese ein Aktivum der Bank dargestellt habe, welches deren Unternehmenswert massgeblich beeinflusst habe. Da der Verkaufserlös von CHF 20 Mio. vollumfänglich in die Bank geflossen sei, habe der Unternehmenswert nach dem Verkauf immer noch bei CHF 64 bis 65 Mio. gelegen. Selbst unter Berücksichtigung der Tatsache, dass rund die Hälfte des Erlöses aus dem Verkauf der Beteiligung an der M._____ zur Deckung der Kosten von Sonderaufwendungen verwendet worden sei, habe der Unternehmenswert im Sommer 2011 immer noch zwischen CHF 52 und CHF 54 Mio. gelegen (act. 9 Rz. 30 ff.).

Die Auffassung des Klägers vermag nicht zu überzeugen. Selbst wenn die Beteiligung an der M._____ in den Bewertungsgutachten rückblickend um rund 8 bzw. 9 Mio. zu hoch bewertet worden war, floss der Verkaufserlös von rund CHF 20 Mio. Ende April 2010 der Beklagten zu. Hinzu kommt, dass der Kläger selber darlegt, er habe im Zusammenhang mit seinem Ausschluss aus der Bank bereits im Geschäftsjahr 2009 eine einmalige Leistung im Umfang von CHF 12'713'000 erhalten (act. 1 Rz. 78). Es gibt daher keinen nachvollziehbaren Grund, um per Ende 2009 beim Unternehmenswert der Bank die Beteiligung an der M._____ AG nicht zu berücksichtigen. Wenn der Kläger einerseits die Beteiligung an der M._____ per Ende 2009 ausklammert, um andererseits den Verkaufserlös von rund CHF 20 Mio. vom Nettogewinn im Geschäftsjahr 2010 abzuziehen (act. 1 Rz. 79 ff.), offenbart dies die Inkonsequenz seiner Argumentation.

6.4. Weiter macht der Kläger im Wesentlichen geltend, die Bank habe bis zum Geschäftsjahr 2008 während mehrerer Jahre Gewinne erwirtschaftet, seit seinem

Ausschluss aus der Bank bzw. in den Jahren 2009 bis 2011 aber nur noch - zum Teil sehr hohe - Verluste (act. 1 Rz. 75 ff.; act. 14 Rz. 36).

In Bezug auf das **Geschäftsjahr 2009** räumt der Kläger indessen ein, der "horrende Nettoverlust von CHF 11'059'000" sei auf eine einmalige Leistung an ihn im Zusammenhang mit seinem Ausschluss aus der Bank zurückzuführen und habe mit dem operativen Geschäft der Bank nichts zu tun (act. 1 Rz. 77 f.; Bilanz der Bank per 31. Dezember 2009: act. 3/28). Wesentlich ist, dass der Wert der Bank in den Bewertungsgutachten per 31. Dezember 2009 ermittelt wurde und der Verlust im Geschäftsjahr 2009 somit bereits in die Bewertungen eingeflossen war.

Der Kläger bestreitet sodann nicht, dass die Bank das **Geschäftsjahr 2010** mit einem Nettogewinn von CHF 8'490'000 abschloss. Von der Summe des Nettogewinns und den Aufwendungen für Steuern zieht der Kläger den Erlös aus dem Verkauf der Beteiligung an der M._____ AG in der Höhe von rund CHF 20 Mio. ab um aufzuzeigen, dass die Bank ohne Erzielung dieses Verkaufserlöses im Geschäftsjahr 2010 einen hohen Verlust von CHF 10'315'000 erwirtschaftet hätte (act. 1 Rz. 80 f. und act. 14 Rz. 12; Geschäftsbericht der Bank für 2010: act. 3/31). Für den Abzug des Verkaufserlöses dieser Beteiligung vom Nettogewinn für das Geschäftsjahr 2010 gibt es indessen keinen nachvollziehbaren Grund.

Sodann legt der Kläger dar, auch im **Geschäftsjahr 2011** habe die Bank Verluste erwirtschaftet. Per 30. Juni 2011 habe die Bank einen Halbjahres-Nettoverlust von CHF 627'000 und per 31. Dezember 2011 einen Nettoverlust von CHF 2'783'000 ausgewiesen. Dabei weist der Kläger selber darauf hin, dass der Aktienkauf der Beklagten von der D._____ bereits zur Zeit des Halbjahresabschlusses erfolgt sei (act. 1 Rz. 82 f., vgl. auch act. 14 Rz. 12; Bilanz der Bank per 30. Juni 2011: act. 3/32). Nachdem unbestritten ist, dass die Beklagte die Aktien der Bank am 15. Juli 2011 von der D._____ kaufte, erweist sich der Nettoverlust der Bank im zweiten Halbjahr 2011 als irrelevant.

6.5. Unbestritten ist, dass der Unternehmenswert der Bank per 31. Dezember 2009 - unter Berücksichtigung der Beteiligung an der M._____ - auf CHF 73.6

Mio. (K._____) bzw. auf CHF 73.3 Mio. (L._____) geschätzt wurde. Dass der Unternehmenswert der Bank nach der Bewertung per Ende 2009 wesentlich abgenommen hätte, wurde nicht glaubhaft dargetan. Selbst wenn man berücksichtigt, dass die Beteiligung an der M._____ für rund CHF 8 bzw. 9 Mio. weniger als gemäss Bewertung in den Gutachten verkauft worden war und gemäss Ausführungen der Beklagten die Hälfte des Verkaufserlöses von rund CHF 10 Mio. zur Deckung der Kosten von Sonderaufwendungen verwendet worden war (act. 9 Rz. 32), hätte der Unternehmenswert der Bank im Zeitpunkt des Aktienkaufs der Beklagten von der D._____ immer noch bei über CHF 50 Mio. gelegen. Abgesehen davon vermag die klägerische Berechnungsweise des Unternehmenswertes der Bank im Zeitpunkt des streitgegenständlichen Aktienkaufs schon deshalb nicht zu überzeugen, weil er ausgehend von den von ihm nicht angezweifelte Unternehmenswerten per Ende 2009 durch das Abziehen oder das Hervorheben einzelner Positionen aus den Bilanzen und Erfolgsrechnungen der Jahre 2009 bis 2011 darzulegen versucht, dass der Unternehmenswert seit der Bewertung durch K._____ sowie L._____ massiv abgenommen habe. Nachdem davon ausgegangen werden kann, dass K._____ sowie L._____ aufgrund einer komplexen Berechnung und unter Einbezug verschiedener Faktoren zu ihren weitgehend übereinstimmenden Ergebnissen gelangten, ist die Fokussierung auf einzelne Positionen aus Bilanzen und Erfolgsrechnungen von Vornherein nicht dazu geeignet, den klägerischen Standpunkt eines massiv tieferen Unternehmenswertes der Bank im Zeitpunkt des Aktienkaufs glaubhaft zu machen.

6.6. Die Beklagte weist sodann darauf hin, dass im Kaufpreis der Aktien von CHF 1.8 Mio. ein Betrag von CHF 325'000 als Entschädigung für den Verzicht der D._____ auf ihr Vorkaufsrecht an den Aktien der Familie A1._____ enthalten gewesen sei (act. 9 Rz. 23). Darüber informierte F._____ anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom 7. März 2012 (act. 3/1 S. 7). Der Abschluss des Vertrages zwischen der Familie A1._____ und der D._____ sowie ihren Aktionären von Mai 2008, in welchem der D._____ das Vorkaufsrecht eingeräumt wurde (act. 10/4 Ziff. 2.2), wird vom Kläger nicht bestritten (act. 14 Rz. 6 f.). Auch berücksichtigt er die Entschädigung für den Verzicht auf das Vorkaufsrecht offenbar bei seiner hypothetischen Schadensberechnung, indem er ausführt, ausgehend

von einem Unternehmenswert der Bank von CHF 45 Mio. hätte der Kaufpreis lediglich CHF 1'327'500 und nicht CHF 1'475'000 (zuzüglich CHF 325'000 ergibt dies den Kaufpreis für die Aktien in der Höhe von CHF 1'800'000) betragen, weshalb die Beklagte damit CHF 150'000 zu viel für die von der D._____ gehaltenen Namenaktien der Bank bezahlt hätte (act. 1 Rz. 88). Der Kläger anerkennt somit, dass ein Teil des Kaufpreises für die Aktien im Verzicht auf das Vorkaufsrecht bestand und für dessen Festsetzung der Unternehmenswert der Bank nicht alleine massgebend war.

6.7. Zur Untermauerung seines Standpunktes, wonach der Unternehmenswert der Bank im Zeitpunkt des Aktienkaufs tiefer gewesen sei (act. 1 Rz. 68, Rz. 87 f.; act. 14 Rz. 24), weist der Kläger darauf hin, dass im Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung vom 7. März 2012 erwähnt werde, dass verschiedene Investoren der Bank einen Wert von CHF 41 Mio. bis 50 Mio. zugemessen hätten und demgemäss beim Aktienkauf ausgerechnet vom höchsten (zugemessenen) Unternehmenswert ausgegangen worden sei (act. 14 Rz. 27). Im genannten Protokoll steht wörtlich: "Ce prix s'inscrivait dans le cadre d'offres pour la Banque allant de CHF 41 millions à CHF 50 millions et faites par des tiers intéressés, la transaction privilégiée correspondant à l'offre valorisant la Banque à quelque CHF 50 millions" (act. 3/1 S. 7). Diese Formulierung entspricht der Darstellung der Beklagten, wonach im Sommer 2011 eine konkrete Offerte (im Protokoll offenbar als "la transaction privilégiée" bezeichnet) für die Übernahme einer Mehrheitsbeteiligung der Bank vorgelegen habe, welche auf einer Bewertung der Bank von CHF 50 Mio. basiert habe (act. 9 Rz. 65). Der Kläger bestreitet nicht, dass es im Zeitpunkt des Aktienkaufs einen interessierten Investor gab, welcher den Unternehmenswert der Bank mit CHF 50 Mio. bezifferte (act. 14 Rz. 17). Folgerichtig beantragt er auch nicht, dass der Sonderprüfer untersuchen solle, ob auf der Grundlage dieses Unternehmenswertes eine Offerte vorgelegen habe. Aus dem Umstand, dass gemäss Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung weitere Offerenten von einem tieferen Unternehmenswert der Bank ausgegangen waren, kann der Kläger für seinen Standpunkt nichts ableiten.

6.8. Schliesslich erweist sich die klägerische Darstellung der Entwicklung der Beteiligungsverhältnisse an der Bank seit Ende 2009 (act. 1 Rz. 23 ff.; act. 14 Rz. 32 ff.) vorliegend als ohne Relevanz. Die in diesem Zusammenhang gemachten Ausführungen des Klägers in Bezug auf die H._____ AG, in welcher Gesellschaft er selber, sein Vater und sein Bruder je ein Drittel des Aktienkapitals kontrollieren, zeigen die Entwicklung der Beteiligung dieser Gesellschaft an der Bank auf, welche gemäss Darstellung des Klägers durch das pflichtwidrige Verhalten der Verwaltungsräte der H._____ AG in den vergangenen Jahren abgenommen habe, wodurch ihm ein finanzieller Schaden entstanden sei. Selbst wenn dies zuträfe, wäre die klägerische Darstellung in Bezug auf die H._____ AG vorliegend ebenfalls irrelevant. Sodann weist die Beklagte zutreffend darauf hin (act. 9 Rz.54), dass der Kläger in diesem Zusammenhang wiederholt die Bezeichnung "Gesuchsgegnerin" verwendet, obgleich offenkundig die H._____ AG und nicht die Beklagte gemeint ist (vgl. act. 1 Rz. 27, Rz. 34, Rz. 37). Es erübrigt sich, auf die klägerischen Ausführungen zu den genannten Themen sowie auf die entsprechenden Einwendungen der Beklagten (act. 9 Rz. 57 ff.) weiter einzugehen.

6.9. Zusammenfassend hat der Kläger nicht glaubhaft dargetan, dass der Beklagten aus dem Aktienkauf, der Gegenstand der beantragten Sonderprüfung bildet, ein Schaden erwachsen ist.

7. Zusammenfassung

Auf das Begehren um Einsetzung eines Sonderprüfers ist nicht einzutreten.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Die Prozesskosten, welche die Gerichtskosten und die Parteientschädigung umfassen (Art. 95 Abs. 1 ZPO), werden der unterliegenden Partei auferlegt, wobei bei Nichteintreten die klagende Partei als unterliegend gilt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Auch gemäss Art. 697g Abs. 1 OR sind die Kosten nur dann der Gesellschaft zu überbinden, wenn der Richter dem Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers entspricht. Ausgangsgemäss wird der Kläger daher kosten- und entschädigungspflichtig.

8.2. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG), während die Höhe der Parteientschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen ist (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV).

8.3. Vorliegend ist von dem im Begehren des Klägers genannten Streitwert von CHF 50'000 auszugehen (act. 1 Rz. 4; vgl. STEIN-WIGGER, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, N 17 zu Art. 91 ZPO).

8.4. Die Gerichtsgebühr ist unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts auf rund drei Viertel der ordentlichen Gebühr festzusetzen (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG). Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr dem Kläger aufzuerlegen und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu decken.

8.5. Die Beklagte beantragt, es sei ihr die Parteientschädigung zuzüglich eines Mehrwertsteuerzuschlages von 8 % zuzusprechen mit der Begründung, die unterzeichnenden Rechtsvertreter bzw. ihre Anwaltskanzlei würden der Mehrwertsteuerpflicht unterliegen (act. 9 Rz. 84).

Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Prozessentschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfange zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Prozessentschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (Praxisänderung des Kassationsgerichts des Kantons Zürich, Entscheid vom 19. Juli 2005; ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.).

Dass die Beklagte nicht zum Abzug der Vorsteuer berechtigt sei, wird von ihr nicht behauptet, sondern es wird lediglich auf die in diesem Zusammenhang irrelevante Mehrwertsteuerpflicht ihrer Rechtsvertreter bzw. deren Anwaltskanzlei hingewiesen. Daher ist der Beklagten die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Die Grundgebühr für die Parteientschädigung beträgt CHF 7'000 (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Die unerbetene Eingabe vom 15. November 2012 (act. 18) ist nicht zu entschädigen. Die Grundgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 2 i.V.m. § 9 AnwGebV auf rund die Hälfte zu reduzieren und der Kläger dementsprechend zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 3'500 zu bezahlen.

Der Einzelrichter verfügt:

1. Auf das Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 4'200.00.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 3'500 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 50'000.00.

Zürich, 27. Dezember 2012

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. Helene Lampel