

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE120526-O

U/ee

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie der Gerichtsschreiber
Christian Fischbacher

Urteil vom 23. Mai 2013

in Sachen

1. **A.** _____,

2. **B.** _____,

Kläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

C. _____ **AG** ...,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2. _____

betreffend **Informationsklage (Art. 697 Abs. 4 OR)/ vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

AUSKUNFTS- UND EINSICHTSGESUCH

- "1. Es sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, den Gesuchstellern Auskunft darüber zu erteilen, (i) ob bezüglich die Gesuchsgegnerin in den vergangenen Monaten eine Anzeigepflicht gemäss Art. 725 OR bestanden hat bzw. aller Voraussicht nach ohne Durchführung der am 7. Dezember 2012 beschlossenen Aktienkapitalerhöhung im Zeitraum bis zum 31. März 2013 bestehen wird; (ii) ob die Gesuchsgegnerin bis 31. März 2013 - auch ohne Durchführung der am 7. Dezember 2012 beschlossenen Aktienkapitalerhöhung - ihren finanziellen Verpflichtungen jeweils fristgerecht nachkommen können (oder demgegenüber eine Insolvenz der Gesuchsgegnerin droht), (iii) ob diesfalls ein Sanierungskonzept des Verwaltungsrates besteht und welche Massnahmen ein solches Sanierungskonzept vorsieht, (iv) wie sich die Zukunftsaussichten der Gesuchsgegnerin kurz- und mittelfristig präsentieren und (v) ob eine Verbreiterung des Aktionariates geplant ist und zu welchen Bedingungen neuen Aktionären diesfalls Aktien angedient werden.
2. Es sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, den Gesuchstellern Einsicht in die Quartalsabschlüsse per Ende März, Juni und September 2012 sowie sämtliche im Hinblick auf die Beschlussfassung vom 7. Dezember 2012 erstellten Unterlagen (u.a. in einen allfälligen Zwischenabschluss per 31. Oktober oder 30. November 2012, die Liquiditätsplanung ab 1. Juni 2012, allfällige Sanierungskonzepte des Verwaltungsrates, Angebote an Dritte zur Zeichnung bzw. zum Erwerb von Aktien in Zusammenhang mit dieser Aktienkapitalerhöhung etc.) sowie Einsicht in allfällige Berichte der Revisionsstelle zu den Quartalsabschlüssen 2012 und den im Hinblick auf eine Beschlussfassung über die ordentliche Aktienkapitalerhöhung erstellten Unterlagen zu gewähren.
3. Für die den Gesuchstellern gemäss Rechtsbegehren 2 zu gewährende Einsicht seien diesen die genannten Unterlagen in Kopie auszuhändigen; eventualiter sei die Gewährung einer Einsichtnahme, mit der Möglichkeit, Kopien zu erstellen, anzuordnen; subeventualiter sei die Gewährung einer Einsichtnahme während einer von den Gesuchstellern zu bestimmenden, jedoch acht Stunden nicht übersteigenden Zeitdauer, anzuordnen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zu lasten der Gesuchsgegnerin."

BEGEHREN UM ANORDNUNG VORSORGLICHER UND SUPER- PROVISORISCHER MASSNAHMEN

- "4. Es sei anzuordnen, dass die Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin die im Zusammenhang mit der am 7. Dezember 2012 beschlossenen Aktienkapitalerhöhung stehenden Zeichnungsscheine innert einer Frist von zehn Tagen, beginnend am ersten Tag nach (i) Auskunftserteilung gemäss vorstehendem Rechtsbegehren 1 sowie (ii) Gewährung der Einsicht gemäss den vorstehenden Rechtsbegehren 2 und 3, einreichen können.
5. Es sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, vor Ablauf einer Frist gemäss Rechtsbegehren 4 einen Feststellungsbeschluss gemäss Art. 652g OR bezüglich die am 7. Dezember 2012 beschlossene Aktienkapitalerhöhung zu fassen und es sei das Notariat D. _____ hierüber umgehend in Kenntnis zu setzen.
6. Es sei dem Handelsregister des Kantons Zürich vorläufig zu untersagen, eine Kapitalerhöhung der Gesuchsgegnerin im Handelsregister einzutragen.
7. Obige Verbote und Massnahmen seien umgehend zu erlassen und mit der Androhung der Bestrafung der Organe der Gesuchsgegnerin im Zuwiderhandlungsfalle mit Busse wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung nach Art. 292 StGB zu verbinden.
8. Obige Verbote und Massnahmen seien superprovisorisch mit sofortiger Wirksamkeit und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin zu erlassen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zu lasten der Gesuchsgegnerin."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Prozessgeschichte

Die Kläger stellten ihre oben genannten Rechtsbegehren mit Eingabe vom 22. Dezember 2012 (eingegangen am 24. Dezember 2012; act. 1). Mit Verfügung vom 27. Dezember 2012 wurde gegenüber der Beklagten mit sofortiger Wirkung das folgende Verbot ausgesprochen (act. 4, Dispositiv-Ziffer 1):

"Der Beklagten wird **mit sofortiger Wirkung** und unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit Busse im Widerhandlungsfalle **einstweilen verboten**, bezüglich der am 7. Dezember 2012 beschlossenen Aktienkapitalerhöhung die den Klägern bei

Ausübung des Bezugsrechtes zustehenden Aktien anderen Aktionären oder Dritten zuzuweisen. Positiv ausgedrückt heisst dies, die entsprechenden Aktien sind einstweilen von der Beklagten zugunsten der Kläger zu halten."

Ferner wurde den Klägern Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses angesetzt (act. 4, Dispositiv-Ziffer 2). Mit Eingabe vom 4. Januar 2013 ersuchte die Beklagte um Erläuterung und Ergänzung des Entscheids (act. 6). Mit Verfügung vom 7. Januar 2013 wurde daraufhin Ziffer 1 der Verfügung vom 27. Dezember 2012 nach Satz 1 wie folgt modifiziert (act. 8, Dispositiv-Ziffer 1):

"Die treuhänderische Zeichnung der Aktien zugunsten der Kläger durch andere Aktionäre oder Dritte bleibt zulässig. Positiv ausgedrückt heisst dies, die entsprechenden Aktien sind einstweilen bei der Beklagten zu hinterlegen und von der Beklagten zugunsten der Kläger zu halten."

Die Stellungnahme der Beklagten erfolgte mit Eingabe vom 14. Januar 2013 (act. 11). Den Klägern wurde daraufhin mit Verfügung vom 16. Januar 2013 Frist eingeräumt, um sich ein weiteres Mal zu äussern (act. 14). Noch vor der klägerischen Stellungnahme teilte die Beklagte mit Eingabe vom 18. Februar 2013 mit, dass die mit Generalversammlungsbeschluss vom 7. Dezember 2012 beschlossene Aktienkapitalerhöhung definitiv gescheitert sei. Mangels Rechtsschutzinteresse der Kläger sei deshalb auf das Begehren nicht einzutreten (act. 18). Fristgerecht nahmen die Kläger zu den beklagtischen Eingaben Stellung (act. 22). Diese Eingabe wurde von der Beklagten wiederum mit Schreiben vom 16. April 2013 beantwortet (act. 27).

2. Parteistandpunkte

Im Streit befinden sich der ehemalige Geschäftsführer (Kläger 1) und der ehemalige CEO und Verwaltungsratspräsident (Kläger 2) mit deren ehemaligen Arbeitgeberin (Beklagte; act. 11 Rz. 7). Die Kläger sind auch nach ihrem Austritt bei der Beklagten weiterhin als Minderheitsaktionäre an der Beklagten beteiligt geblieben (act. 1 Rz. 9). In ihrer Position als Aktionäre berufen sie sich heute auf ihr Auskunfts- und Einsichtsrecht (act. 1 Rz. 18 ff.; act. 22 Rz. 11 ff., insb. Rz. 20). Die Beklagte macht demgegenüber im Wesentlichen ein Geheimhaltungsinteresse gegenüber den Klägern geltend (act. 11 Rz. 6 ff.). Darüber hinaus seien die In-

formationsbegehren (teilweise) nicht innerhalb der zeitlich vorgeschriebenen Schranken gestellt worden (act. 11 Rz. 24 ff.) und würden den Rahmen einer ausserordentlichen Generalversammlung sprengen (act. 11 Rz. 34 ff.).

Auslöser des Gerichtsverfahrens war der ausserordentliche Generalversammlungsbeschluss vom 7. Dezember 2012, mit dem eine Kapitalerhöhung beschlossen worden war. Die Kläger stellten sich auf den Standpunkt, sie könnten mangels genügender Informationen nicht abwägen, ob sie von ihrem Bezugsrecht Gebrauch machen wollten. Nachdem die Beklagte mitteilte, dass die Kapitalerhöhung zwischenzeitlich definitiv gescheitert sei, berufen sich die Kläger weiterhin auf ihr Auskunfts- und Einsichtsrecht, da die Problematik eines im Raum stehenden Liquiditätsengpasses bei der Beklagten zum Thema gemacht worden sei, wörüber die Beklagte auskunftspflichtig sei. Diese Auskunft sei zeitnah und nicht erst anlässlich einer ordentlichen Generalversammlung zu erteilen (act. 22 Rz. 15 ff.). Die Beklagte behauptet, die Kläger wollten sie lediglich aushorchen mit der Absicht, sie als unliebsame Konkurrentin zu behindern und zu stören (act. 11 Rz. 13).

3. Superprovisorische Massnahme

Mit Scheitern der Kapitalerhöhung wird die mit Verfügungen vom 27. Dezember 2012 und 7. Januar 2013 angeordnete Massnahme hinfällig. Die Entscheide sind damit aufzuheben.

4. Auskunftsbegehren

4.1. Das klägerische Auskunftsbegehren ist begrenzt auf einen Zeitraum bis zum 31. März 2013. Aus der heutigen Sicht (Mai 2013) präsentiert sich das Auskunftsbegehren wie folgt: Die Kläger verlangen Auskunft darüber, ob

- (i) in den vergangenen Monaten (Formulierung am 22. Dezember 2012) bis am 31. März 2013 eine Anzeigepflicht gemäss Art. 725 OR bestanden hat;
- (ii) die Beklagte bis am 31. März 2013 ihren finanziellen Verpflichtungen jeweils fristgerecht nachkommen konnte;

- (iii) für den Fall, dass die Insolvenz drohte, ein Sanierungskonzept des Verwaltungsrates bestand und welche Massnahmen diese Konzept vorsah;
- (iv) wie sich die Zukunftsaussichten der Beklagten kurz- und mittelfristig präsentieren und
- (v) eine Verbreiterung des Aktionariates geplant ist und zu welchen Bedingungen neuen Aktionären diesfalls Aktien angedient werden.

4.2. Gegenstandslosigkeit infolge Beantwortung

In der Eingabe vom 14. Januar 2013 erklärte die Beklagte, dass weder eine Überschuldung noch eine Illiquidität bestehe, die nach Art. 725 OR Anlass zur Bilanzdeponierung gäbe (act. 11 Rz. 30). Auch in ihrer Eingabe vom 16. April 2013 erklärt die Beklagte, dass die Kläger davon ausgehen dürften, dass sie – die Beklagte – ihren gesetzlichen oder finanziellen Verpflichtungen bis und mit dem 31. März 2013 nachgekommen sei und selbstverständlich auch weiterhin nachkommen werde (act. 27 Rz. 4 f.). Aus dem Kontext betrachtet kann diese Aussage nicht anders verstanden werden, als dass die Beklagte damit ihre Erklärung vom 14. Januar 2013 wiederholt. Eine Anzeigepflicht gemäss Art. 725 OR bestand im fraglichen Zeitraum demnach nicht, und die Beklagte war in der Lage, ihren finanziellen Verpflichtungen nachzukommen.

Damit hat die Beklagte die klägerischerseits verlangten Auskünfte (i) und (ii) erteilt, weshalb das Verfahren in diesem Umfang zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben ist.

4.3. Zeitliche Schranken der Auskunftsrechte des Aktionärs

4.3.1. Aus dem Gesetzeswortlaut wird klar, dass nach geltendem Recht ein Informationsanspruch nur *während* der Generalversammlung besteht bzw. nur dann ausgeübt werden kann (siehe Art. 697 Abs. 1 OR). Es steht den Aktionären zwar frei, bereits im Vorgang Fragen an den Verwaltungsrat zu richten. Diesem ist es auch nicht verwehrt, die Fragen zu beantworten, doch ein Rechtsanspruch eines Aktionärs auf Beantwortung des Auskunftsbegehrens ausserhalb der Generalversammlung besteht nicht (siehe dazu PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht,

4. Aufl. 2009, § 12 Rz. 148a). Erst wenn der Informationsanspruch unrechtmässig verweigert wurde, kann ein Aktionär diesen im Nachgang zur Generalversammlung klageweise geltend machen. Eine Verwirkungsfrist besteht nicht, doch schwindet das Rechtsschutzinteresse mit dem Verfliessen der Monate nach der Generalversammlung allmählich dahin (siehe dazu PETER BÖCKLI, a.a.O., § 12 Rz. 162).

Haben die Kläger ihr Auskunftsbegehren folglich nicht bereits vor oder anlässlich einer Generalversammlung geltend gemacht, sind sie damit auf die nächste ordentliche Generalversammlung zu verweisen. Dies gilt insbesondere, nachdem davon auszugehen ist, dass die ordentliche Generalversammlung in den nächsten Wochen stattfindet, was es den Klägern grundsätzlich zumutbar macht, mit ihrer Frage bis dahin zuzuwarten (siehe dazu PETER BÖCKLI, a.a.O., § 12 Rz. 162).

4.3.2. Die Kläger erwähnen zwei Generalversammlungen vom 26. Juni 2012 und 7. Dezember 2012, an denen ihnen Informationsrechte verweigert worden seien. Aus ihren Vorbringen wird jedoch ersichtlich, dass sie nur die an der Versammlung vom 7. Dezember 2012 verweigerten Auskunftsrechte klageweise geltend machen. Zwar bleibt unklar, welchen Zeitraum die Kläger mit ihrem Auskunftsbegehren genau abgedeckt wissen wollen. Man kann sich die Frage stellen, inwieweit die Kläger damit dem Bestimmtheitsgebot Genüge getan haben. Angesichts der Tatsache, dass die Kläger in ihrem Begehren am 22. Dezember 2012 Auskunft über die Verhältnisse "in den vergangenen Monaten" verlangten und mit Blick auf die im Rahmen des Begehrens um Einsicht (Ziffer 2 des Rechtsbegehrens) eingeforderten Unterlagen erscheint jedoch die Annahme berechtigt, dass die Kläger mit ihrem Begehren nicht mehr und nicht weniger als den Zeitraum Geschäftsjahr 2012 bis 31. März 2013 abdecken wollen (ausgenommen hiervon ist selbstredend das Begehren um Einschätzung der kurz- und mittelfristigen Zukunftsaussichten der Beklagten). Unter diesen Umständen erweist es sich grundsätzlich als irrelevant, inwieweit den Klägern ein Informationsanspruch anlässlich der ordentlichen Generalversammlung vom 26. Juni 2012 verweigert wurde. Die diesbezüglichen Ausführungen (act. 22 Rz. 5 ff.) sollen offenbar nur zur Beschreibung der beklagtischen Haltung dienen. Gleich verhält es sich auch in Bezug auf

die Ausführungen betreffend die ordentliche Generalversammlung zum Geschäftsjahr 2012 (act. 22 Rz. 9 ff.). Diese Auffassung wird durch die klägerischen Ausführungen untermauert, wonach sie das "hier zu beurteilende Auskunfts- und Einsichtsgesuch [...] gestellt [hätten], weil die Fragen der Kläger anlässlich der Generalversammlung vom 7. Dezember 2012 zur finanziellen und wirtschaftlichen Situation der Beklagten nicht beantwortet worden sind." (act. 22 Rz. 18). Die Kläger bringen damit deutlich zum Ausdruck, dass es ihnen mit der vorliegenden Informationsklage nicht um die Beanstandung allfälliger verletzter Informationsrechte im Rahmen der ordentlichen Generalversammlung vom 26. Juni 2012 geht. Im Übrigen wäre den Klägern im heutigen Zeitpunkt ein Rechtsschutzinteresse für Auskünfte über einen über das Geschäftsjahr 2012 hinaus zurückliegenden Zeitraum abzusprechen, weil es ihnen durchaus zuzumuten ist, ihre Fragen an der kommenden ordentlichen Generalversammlung unter dem aktualisierten Stand des Wissens erneut zu stellen (siehe dazu PETER BÖCKLI, a.a.O., § 12 Rz. 162).

Nachfolgend ist deshalb (nur) zu prüfen, inwieweit die Kläger die klageweise geltend gemachten Auskunftsrechte bereits vor oder anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom 7. Dezember 2012 eingefordert haben: Die Beklagte hat diese Analyse in ihrer Rechtsschrift vom 14. Januar 2013 detailliert vorgenommen (act. 11 Rz. 27 ff.). Dabei hat sie übersehen, dass die Kläger bereits vorgängig zur Generalversammlung mit Schreiben vom 9. November 2012 (act. 3/6) Fragen an den Verwaltungsrat der Beklagten gerichtet hatten. Dies ist – wie gesagt – zulässig und von diesem zu berücksichtigen (siehe dazu BSK OR-II-WEBER, 4. Aufl. 2012, N 4 zu Art. 697). Der Vergleich zwischen den im hängigen Rechtsbegehren verlangten Auskünften (Ziffer 1 des Rechtsbegehrens) und denjenigen im Schreiben vom 9. November 2012 (act. 3/6) sowie dem Generalversammlungsprotokoll vom 7. Dezember 2012 (act. 3/5) zeigt, dass die Kläger ihren Fragenkatalog im Nachgang zur Generalversammlung in dem von der Beklagten bezeichneten Umfang erweitert haben. Ausgenommen hiervon ist die Frage nach der Verbreiterung des Aktionariats: Diese Frage wurde bereits im Schreiben vom 9. November 2012 aufgeworfen (act. 3/6) und wäre deshalb vom Verwaltungsrat der Beklagten anlässlich der Generalversammlung zu beantworten gewesen. Nachdem die Auskünfte zu den Fragen (i) und (ii) von der Beklagten zwischen-

zeitlich erteilt wurden (siehe Ziffer 4.2. der Erwägungen), ist nur noch die Frage (iii) nach dem allfälligen Sanierungskonzept der Beklagten von dieser zeitlichen Einschränkung zur Geltendmachung betroffen (siehe dazu die Ausführungen der Beklagten in act. 11 Rz. 27 ff.). Nach dem Gesagten braucht diese Frage von der Beklagten erst anlässlich der nächsten ordentlichen Generalversammlung beantwortet zu werden. Dies gilt, soweit die Frage nicht ohnehin dahinfällt, denn sie ist eng an die ersten beiden Elemente des Auskunftsbegehrens ((i) und (ii)) geknüpft ("... ob diesfalls ein Sanierungskonzept des Verwaltungsrates besteht...", Hervorhebung nicht im Original). Nach beklagtischer Darstellung herrscht bzw. herrschte keine Situation vor, die ein Sanierungskonzept erfordern würde.

4.4. Umfang des Auskunftsrechts

4.4.1. Gemäss Art. 697 OR ist jeder Aktionär berechtigt, an der Generalversammlung vom Verwaltungsrat Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft und von der Revisionsstelle Auskunft über Durchführung und Ergebnis ihrer Prüfung zu verlangen (Abs. 1). Die Auskunft ist insoweit zu erteilen, als sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist. Sie kann verweigert werden, wenn durch sie Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet werden (Abs. 2).

4.4.2. Erforderlichkeit zur Ausübung der Aktionärsrechte

4.4.2.1. Das Auskunftsrecht dient dazu, dem Aktionär jene Informationen zu verschaffen, die zur sinnvollen Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sind. In Betracht kommen insbesondere das Stimmrecht, das heisst die Meinungsbildung hinsichtlich der Abnahme der Jahresrechnung und der Gewinnverteilung sowie in Bezug auf Wahlen und Décharge-Erteilung, sodann das Recht auf Durchführung einer Sonderprüfung, die Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung und die Verantwortlichkeitsklage. Auch das Recht auf Veräusserung der Aktien kann zu Auskunftsbegehren Anlass geben, wenn der Aktionär den wirklichen Wert seiner Aktien erfahren will. Ob die verlangte Auskunft zur Meinungsbildung hinsichtlich der Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist, bestimmt sich nach dem Massstab eines vernünftigen Durchschnittsaktionärs. Festzuhalten ist

schliesslich, dass das Informationsrecht inhaltlich nicht auf die Punkte der Traktandenliste beschränkt ist, obwohl es während der Generalversammlung ausgeübt werden muss.

Der Aktionär hat im Streitfall zu beweisen, dass die verlangte Auskunft im Hinblick auf die Ausübung seiner Rechte erforderlich ist. Es genügt aber der Beweis, dass der entsprechende Bezug in genereller Art für einen Durchschnittsaktionär gegeben ist. Ein spezifischer Nachweis bezogen auf die individuelle Situation des Aktionärs und seine konkreten Interessen ist nicht erforderlich. In diesem Rahmen ergibt sich eine natürliche Vermutung zu Gunsten des Aktionärs, die von der Gesellschaft allenfalls entkräftet werden kann. Liegt das Auskunftsbegehren dagegen ausserhalb dieses Rahmens, hat der Aktionär sein Interesse unter Nachweis entsprechender konkreter Umstände zu belegen. In beiden Fällen reicht ein blosses Glaubhaftmachen nicht aus (Urteil des Bundesgerichts 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003 E. 4.1, 4.2.1 und 4.2.2 mit entsprechenden Verweisen auf die Lehrmeinungen).

4.4.2.2. Die Kläger legen nicht dar, zur Ausübung welcher Aktionärsrechte sie Auskünfte über die Zukunftsaussichten der Beklagten benötigen. Dies gilt zumindest, seit die Kapitalerhöhung gescheitert ist und die Ausübung allfälliger Bezugsrechte nicht mehr zur Diskussion steht. Zur Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage (act. 22 Rz. 8) tragen Auskünfte über die Zukunft naturgemäss nichts bei. Auskünfte über die Liquiditätsverhältnisse sind durch die übrigen, mittlerweile beantworteten Fragen abgedeckt. Es bleibt somit unklar, wofür die Kläger eine Einschätzung des Verwaltungsrats der Beklagten über die Zukunftsaussichten verlangen. Die Kläger behaupten auch nicht, dass sie ihre Anteile verkaufen möchten und deshalb den tatsächlichen Wert ihrer Aktien in Erfahrung bringen müssten. Die Kläger haben folglich nicht dargelegt, weshalb die verlangten Auskünfte über die Zukunftsaussichten zur Ausübung der Aktionärsrechte für einen Durchschnittsaktionär oder für sie im Besonderen notwendig sein sollen. Das Auskunftsbegehren ist deshalb in Bezug auf Ziffer 1, Frage (iv), des Rechtsbegehrens bereits aus diesem Grund abzuweisen.

4.4.2.3. Noch unklarer erscheint das Rechtsschutzinteresse der Kläger in Bezug auf die Frage betreffend Verbreiterung des Aktionariats (v). Es ist nicht nachvollziehbar, für welches Aktionärsrecht diese Information benötigt werden könnte. Ausserdem besteht keine Gefahr, dass die Kläger über derartige Pläne nicht rechtzeitig informiert würden. Die Verbreiterung der Aktionariats durch Massnahmen der Gesellschaft bedingte eine Kapitalerhöhung, die zwingend von der Generalversammlung, an der die Kläger als Aktionäre partizipieren können, beschlossen werden muss (Art. 650 Abs. 1 in Verbindung mit 698 Abs. 2 Ziff. 6 OR). Damit ist auch dieses Auskunftsbegehren abzuweisen.

4.4.3. Geheimhaltungsinteresse

4.4.3.1. Gemäss Art. 697 Abs. 2 OR kann die Auskunft verweigert werden, wenn durch sie Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet werden. Beruft sich die Gesellschaft darauf, sind die Informationsinteressen des Aktionärs gegenüber den Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft abzuwägen. Die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen oder anderer schutzwürdiger Interessen sowie für deren Gefährdung durch die Auskunftserteilung liegt bei der Gesellschaft.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 697 Abs. 3 aOR galt der Grundsatz, dass die Gefährdung der Interessen der Gesellschaft durch konkrete Vorbringen behauptet werden und zudem als wahrscheinlich erscheinen muss. Diese Formulierung darf indessen nicht so verstanden werden, dass die von der Gesellschaft vorgetragenen Behauptungen ausreichen würden und im Bestreitungsfall kein weiterer Nachweis verlangt werden könnte. Blosses Glaubhaftmachen der Gefährdung ihrer Interessen genügt somit nicht, sondern die Gesellschaft hat grundsätzlich den vollen Beweis zu erbringen. Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass die Gesellschaft nicht gezwungen werden darf, die von ihr behaupteten Verweigerungsgründe auf eine Art beweisen zu müssen, die zwangsläufig zur Offenlegung der geheim zu haltenden Tatsachen führt. Dies kann jedoch durch prozessrechtliche Vorkehren und einer dem Einzelfall angepassten leichten Verminderung des Beweismasses verhindert werden (Urteil des Bundes-

gerichts 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003, E. 4.3.1 mit entsprechenden Verweisen auf die Lehrmeinungen).

4.4.3.2. Die Beklagte stützt sich auf ihr Geheimhaltungsinteresse und bringt schwergewichtige Argumente gegen eine (weitergehende, als bis anhin gewährte) Informationspflicht ihrerseits vor. Bei den Klägern handle es sich um ehemalige Kadermitglieder (Geschäftsführer, CEO und VRP) der Beklagten, die nach ihrem Weggang von der Beklagten ein Konkurrenzunternehmen gegründet hätten. Parallel zur Neugründung hätten die Kläger Mitarbeiter abgeworben, Eigentum der Beklagten wie Geschäftsunterlagen, Personalakten, Arbeitsergebnisse, usw. mitgenommen, Telefonnummern der Beklagten umgeleitet und die Kündigung der Büroräumlichkeiten veranlasst, damit sie sich mit ihrem Konkurrenzunternehmen selbst hätten einmieten können. Ferner hätten sie nach ihrem Austritt unerlaubterweise Informationen heruntergeladen und beschädigt. An der letzten ordentlichen Generalversammlung sei es den Klägern denn auch darum gegangen, sie – die Beklagte – auszuhorchen, um sie danach weiter zu behindern und zu stören (act. 11 Rz. 7 ff.).

Die Kläger bestreiten, dass das Verweigern von Auskünften durch eine Konkurrenzsituation gerechtfertigt sei. Begründend legen sie dar, wie die Beklagte von ihnen über die Jahre aufgebaut worden sei, dass die Beklagte zwischenzeitlich eine zweite Schweizer Aktiengesellschaft gegründet habe mit beinahe der identischen Firma und dem identischen Zweck und wie die Mitarbeiter, Kunden und selbst der Vermieter aus eigenen Stücken die Vertragsverhältnisse mit der Beklagten gekündigt und sich auf sie resp. ihre neue Unternehmung zubewegt hätten. Schliesslich würden die beklagtischen Geheimhaltungsinteressen ja geschützt. Sie – die Kläger – hätten keine Informationen zu Kundenbeziehungen, zur detaillierten strategischen Planung oder zu internen Prozessen verlangt. Es gehe ihnen einzig darum, Klarheit über die finanzielle Situation der Beklagten zu haben, um ihre Aktienbeteiligung beurteilen und bewerten zu können (und einen Beschluss über ein weiteres Investment fassen zu können). Die gestellten Fragen liessen sich ohne weiteres beantworten, ohne dass sensible und der Geheimhaltung unterstehende Informationen offengelegt werden müssten (act. 22 Rz. 14,

24, 26 f., 29, 32 f.; act. 23/16). Es treffe ferner nicht zu, dass sie auf die Computersysteme der Beklagten zugegriffen, Informationen heruntergeladen und "beschädigt" hätten (act. 22 Rz. 33).

4.4.3.3. Aus den klägerischen Ausführungen erhellt, dass sie nicht bestreiten, die Beklagte verlassen und ein Konkurrenzunternehmen gegründet zu haben. Unbestritten ist auch, dass mehrere Mitarbeiter der Beklagten zur neuen Unternehmung der Kläger übertraten. Unbestritten ist ferner, dass der ehemalige Kundestamm zumindest teilweise zur neu gegründeten Unternehmung der Kläger übergetreten ist (siehe dazu act. 23/16 S. 4). Unbestritten ist gar, dass die Kläger die Telefonnummern, unter denen die Kunden sie ehemals in ihrer Funktion als Mitarbeiter der Beklagten kontaktiert hatten, auf sich überschrieben haben. Der klägerische Rechtsvertreter führt in einem Schreiben vom 4. April 2012 an die Beklagte zwar aus, dass diese Telefonnummern bereits vor Gründung der Beklagten von den Klägern verwendet worden seien und nach deren Austritt einfach wieder zurück übertragen worden seien (act. 23/16 S. 9). Nach acht Jahren (2004 - 2011) im Geschäftsgebrauch scheint allerdings klar, dass die Beklagte bei der gegebenen Ausgangslage den besseren Anspruch auf diese Nummern hätte und der Rechtfertigungsversuch des klägerischen Rechtsvertreters lediglich als Vorwand dient, um das zweifelhafte Verhalten der Kläger zu erklären. Im Lichte dieser Erwägungen ist klar, dass die Parteien in einem verschärften Konkurrenzkampf stehen. In einer solchen Situation ist es das Recht und die Pflicht des Verwaltungsrats der Beklagten, diese vor der Konkurrenz zu schützen. In der Abwägung zwischen den Aktionärsrechten auf Auskunftserteilung und den Geheimhaltungsinteressen muss der Verwaltungsrat (bereits gestützt auf Art. 717 Abs. 1 OR) den Interessen der Gesellschaft Vorrang einräumen (so die bundesgerichtliche Rechtsprechung: siehe dazu Ziffer 4.4.3.1. der Erwägungen hiervor; in diesem Sinne auch PETER FORSTMOSER, Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, in: Rechtsfragen um die Generalversammlung, Schriften zum neuen Aktienrecht 11, Zürich 1997, S. 96 f.). Im konkreten Fall steht ausser Frage, dass die Gesellschaftsinteressen akut gefährdet sind. Die Beklagte befürchtet, dass die Kläger nach Kundgabe weiterer Informationen (insbesondere über ihre Zukunftsaussichten) versuchen könnten, ihr – der Beklagten – in den neu geplanten Tätig-

keitsfeldern zuvorzukommen (act. 11 Rz. 20). Diese Besorgnis erscheint unter den gegebenen Verhältnissen berechtigt. Wie gesagt, kann von der Beklagten nicht verlangt werden, dass sie die einzelnen Informationen dartut, welche von den Klägern keinesfalls in Erfahrung gebracht werden dürfen, denn damit wäre sie ihrer schärfsten Konkurrenz schutzlos ausgeliefert. Die ausserordentlich zurückhaltende Informationspolitik der Beklagten erscheint deshalb gerechtfertigt, zumindest solange als die klägerischen Informationsbegehren nicht präziser werden, sodass im Einzelfall abgeklärt werden kann, ob eine Gefahr des Missbrauchs der verlangten Information besteht oder nicht.

4.5. Fazit

Im Lichte dieser Erwägungen sind die Auskunftsbegehren der Kläger mangels Nachweis der Erforderlichkeit und wegen überwiegenden Geheimhaltungsinteresses der Beklagten abzuweisen, soweit sie nicht als gegenstandslos geworden abzuschreiben sind.

5. Einsichtsbegehren

- 5.1. Die Kläger verlangen in Ziffer 2 ihres Rechtsbegehrens Einsicht in
- die Quartalsabschlüsse per Ende März, Juni und September 2012,
 - sämtliche im Hinblick auf die Beschlussfassung vom 7. Dezember 2012 erstellten Unterlagen und
 - Berichte der Revisionsstelle zu den Quartalsabschlüssen 2012.

5.2. Gegenstand des Einsichtsrechts sind gemäss Art. 697 Abs. 3 OR die Geschäftsbücher und Korrespondenzen der Gesellschaft. Darin liegt nach zutreffender Lehrmeinung nicht eine abschliessende Aufzählung der Schriftstücke, in die Einsicht genommen werden kann. Die beiden Begriffe sind vielmehr extensiv auszulegen. Mögliche Gegenstände des Einsichtsrechts sind alle bei der Gesellschaft befindlichen schriftlichen Unterlagen, die für eine Beurteilung der Lage der Gesellschaft von Bedeutung sind bzw. sich auf das vom Einsicht verlangenden Aktionär bezeichnete Geschäft beziehen. Nach mehrheitlicher Lehrmeinung steht die Erteilung oder Verweigerung der Einsicht im freien Ermessen der Generalver-

sammlung oder des Verwaltungsrates. Damit hat das vom Aktionär gestützt auf Art. 697 Abs. 4 OR angerufene Gericht lediglich zu entscheiden, ob der ablehnende Entscheid sachlich vertretbar ist, was einer auf Willkür beschränkten Prüfung entspricht (Urteil des Bundesgerichts 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003, E. 6.2 f. mit entsprechenden Verweisen auf die Lehrmeinungen). Der Verweigerung der Informationsvermittlung durch den Verwaltungsrat ist die Nichtbehandlung des Begehrens gleichzusetzen (BSK OR-II-WEBER, a.a.O., N 21 zu Art. 697 m.w.H.).

5.3. Entscheiden die Generalversammlung oder der Verwaltungsrat nach Ermessen über die Gewährung der Einsicht in die Geschäftsbücher oder Korrespondenzen, haben sie dieses Ermessen pflichtgemäss zu handhaben. Dagegen verstossen sie, wenn sie ihr Ermessen missbrauchen, indem sie beim Entscheid auf Gesichtspunkte abstellen, die keine Rolle spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Acht lassen, deren Berücksichtigung sich aufdrängt. Sachlich haltbar und damit nicht missbräuchlich ist die Berücksichtigung des Umfangs des Einsichtsbegehrens. Wird generell Einsicht in Geschäftsunterlagen verlangt, die ein bestimmtes Geschäft oder eine geschäftliche Beziehung betreffen, ist die Gefahr, dass Geheimhaltungs- oder andere Gesellschaftsinteressen verletzt werden können, wesentlich höher, als wenn nur um Einsicht in ein einzelnes genau bezeichnetes Dokument ersucht wird. Ferner darf bei einem solchen Sachverhalt berücksichtigt werden, dass seitens der Gesellschaft ein erheblicher Aufwand nötig wäre, um alle in Frage kommenden Schriftstücke darauf hin zu prüfen, ob einzelne Stellen aus Gründen der Geheimhaltung unleserlich gemacht werden müssen. Schliesslich ist festzuhalten, dass sich das Ermessen der Organe der Gesellschaft auch auf die Frage erstreckt, ob und inwieweit Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft bestehen und ob eine allfällige Einsicht des Aktionärs diese Interessen gefährden würde. Auch in dieser Hinsicht wird der Ermessensentscheid vom Gericht nur mit Zurückhaltung überprüft, so dass es sich unter Umständen damit begnügen darf, auf blosser, allerdings glaubwürdig erscheinende Parteibehauptungen abzustellen (siehe Urteil des Bundesgerichts 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003, E. 6.4.2 mit entsprechenden Verweisen auf die Lehrmeinungen).

In casu verlangen die Kläger zum einen Einsicht in sämtliche im Hinblick auf die Beschlussfassung vom 7. Dezember 2012 erstellten Unterlagen. Nach dem Gesagten ist es der Beklagten nicht zuzumuten, den Klägern eine derart weitgehende Einsicht zu gewähren. In Bezug auf die Quartalsabschlüsse berufen sich die Kläger auf eine Übereinkunft mit der Beklagten resp. deren Verwaltungsrat (act. 1 Rz. 11). Diese Übereinkunft wird von der Beklagten ausdrücklich bestritten (act. 11 Rz. 33). Es wäre nun Aufgabe der Kläger gewesen, substantiiert zu behaupten und zu beweisen, dass eine derartige Vereinbarung zustande gekommen ist. Dies haben sie – soweit ersichtlich – nicht getan. Die Behauptung ist damit ungenügend substantiiert und es kann nicht darauf abgestellt werden. Generell erscheint der Entscheid des Verwaltungsrats der Beklagten, den Klägern die Einsicht in die geforderten Unterlagen zu verwehren, angesichts der unbestrittenen Konkurrenzsituation zwischen den Parteien zumindest nicht als willkürlich. Das klägerische Einsichtsbegehren ist damit abzuweisen. Umfasst wird damit auch Ziffer 3 des Rechtsbegehrens.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Das klägerische Begehren ist abzuweisen, soweit es nicht zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben ist. Die Gegenstandslosigkeit wurde von der Beklagten verursacht, zumal sie anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom 7. Dezember 2012 die klägerischerseits gestellten Fragen entweder gar nicht oder – wie sie selbst ausführt (act. 11 Rz. 17) – bloss sehr oberflächlich beantwortete (siehe dazu act. 4, Ziffer 5 der Erwägungen). Erst nach Rechtshängigkeit der Klage im Rahmen ihrer Parteivorträge beantwortete die Beklagte diese Auskunftsbegehren bezüglich zweier gewichtiger Kernfragen mit der erforderlichen Klarheit (siehe Ziffer 4.2 der Erwägungen). Dies ist bei den Kosten- und Entschädigungsfolgen zu berücksichtigen. Zu berücksichtigen ist weiter, dass das klägerische Rechtsschutzinteresse im Zeitpunkt der Klageeinleitung bedeutend höher war, als nach definitivem Scheitern der Kapitalerhöhung. Unter Umständen, die hier nicht abschliessend zu beurteilen sind, hätte dieses Rechtsschutzinteresse gegenüber den Geheimhaltungsinteressen der Beklagten (zumindest teilweise) gar überwogen. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr

zu rund 1/2 den Klägern unter solidarischer Haftung und zu 1/2 der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 ZPO, Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Die Parteientschädigungen sind wettzuschlagen.

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 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). Vorliegend beträgt der Streitwert rund CHF 76'000. (vgl. act. 1 Rz. 3 ff. nicht bestritten von der Beklagten; STEIN-WIGGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUEN-BERGER, ZPO Komm., Art. 91 N 17 ff.). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 8 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf rund 2/3 der Grundgebühr festzusetzen.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 27. Dezember 2012 und Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 7. Januar 2013 werden aufgehoben.
2. Die Klage wird abgewiesen, soweit sie nicht als gegenstandslos geworden abgeschrieben wird.
3. Die Gerichtgebühr wird festgesetzt auf CHF 5'000.--
4. Die Kosten werden von den Klägern bezogen und aus dem von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern den Betrag von CHF 2'500.-- zu ersetzen.
5. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.
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 76'000.–.

Zürich, 23. Mai 2013

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

der Gerichtsschreiber:

lic.iur. Christian Fischbacher