

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE150238-O

U/ei

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie die Gerichtsschreiberin
Susanna Schneider

Urteil vom 26. Januar 2016

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ AG in Liquidation,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Einleitung einer Sonderprüfung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 f.)

- " 1. Es sei ein Sonderprüfer einzusetzen.
2. Der Sonderprüfer sei zu beauftragen, folgende Fragen abzuklären:
- A) Fragen zur Bilanz per 31. Dezember 2014 (vom 23. Januar 2015)
- i. Aktiven: Forderungen gegenüber Beteiligungsunternehmen: Wer ist Schuldner der Forderung von CHF 84'042?
 - ii. Aktiven: Warum hat die Gesellschaft so schnell so viele Vorräte aufgebaut? Wer hat die Beschaffung bzw. Zahlung abgesegnet? Welche Überlegungen stehen hinter der konkreten Bewertung der Vorräte?
 - iii. Aktiven: Warum wurden die immateriellen Werte in der Bilanz gegenüber dem Zeitpunkt der Sacheinlage – unter Annahme der Fortführung der Gesellschaft – nur noch zum hälftigen Wert eingesetzt?
 - iv. Aktiven: Ist die Verbindlichkeit der Aktionäre C._____ und D._____, weitere CHF 100'000 der B._____ AG als Kredit zur Verfügung zu stellen, aktiviert? (gestützt auf Ziffer 3.3 des Aktionärbindungsvertrags)
 - v. Bitte legen Sie uns eine Liste der Gläubiger mit den geschuldeten Beträgen offen.
- B) Fragen zur Erfolgsrechnung per 31. Dezember 2014 (vom 23. Januar 2015)
- vi. Personalaufwand: Wie setzt sich dieser zusammen? Wie hoch ist der Anteil Lohn D._____? Ab welchem Zeitpunkt hat B._____ AG D._____ Lohn bezahlt?
 - vii. Raumaufwand: Wie setzt sich dieser zusammen?
 - viii. Verwaltungs- und Informatikaufwand: Wie setzt sich dieser zusammen?
 - ix. Sonstiger betrieblicher Aufwand: Wie setzt sich dieser zusammen?
- C) Fragen zum Bilanzanhang per 31. Dezember 2014 (vom 23. Januar 2015)
- x. Haben die Aktionäre C._____ und D._____ gegenüber B._____ AG einen Rangrücktritt für ihre Darlehensforderung abgegeben (wie das gemäss Ziffer 3.3 des AVB geschuldet wäre)? Warum gibt es keinen Hinweis darauf im Anhang?

- xi. Gemäss Ziffer 2.1 sind Vorräte im Umfang von CHF 104'238 bei Dritten. Wer sind diese Dritten, wo liegen dies Vorräte und was ist der Grund für die Konsignation?
- xii. Ziffer 2.5: Bitte erläutern Sie die Position Forderungen / Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen aus den gegenseitigen Beziehungen mit A1. _____ AG: Um welche Forderungen geht es genau? Wer ist jeweils Gläubiger, wer Schuldner?
- xiii. Ziffer 2.6: Was ist der Grund für die Rechtskosten? Wurde oder wird die Gesellschaft von einem Rechtsanwalt beraten und falls ja durch wen?

D) Weitere Fragen

- xiv. Mit E-Mail vom 15. Dezember 2014 sandten Sie den Aktionären in Ihrer Eigenschaft als Präsident des Verwaltungsrates den Entwurf einer Liquidationsbilanz zu, welche Aktiven von CHF 418'353.71 und Fremdkapitalverbindlichkeiten von insgesamt CHF 735'877.97 aufzeigte, was auf eine Überschuldung der Gesellschaft hinwies. In ihrem Revisionsbericht vom 23. Januar 2015 betreffend die Bilanz zu Fortführungswerten per 31. Dezember 2014 weist die neue Revisionsstelle E. _____ auf Zweifel an der Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft hin. Warum hat der Verwaltungsrat bisher unterlassen, gemäss Art. 725 Abs. 2 OR die Bilanz der Gesellschaft zu deponieren?
- xv. In Ziffer 3.3 des Aktionärbindungsvertrags haben sich die Aktionäre C. _____ und D. _____ verpflichtet, der Gesellschaft ein Darlehen von insgesamt CHF 500'000.- zu gewähren, und zwar nachrangig. Gemäss der Bilanz vom 23. Januar 2015 stellten Beteiligte und Organe der Gesellschaft per 31. Dezember 2014 ein Darlehen von lediglich CHF 400'000.- zur Verfügung. Warum wurde die – im Bilanzentwurf vom 15. Dezember 2014 noch enthaltene – Restforderung der Gesellschaft über CHF 100'000.- gegenüber diesen Aktionären gestrichen? Wer hat das veranlasst und wer hat dem zugestimmt? Wie war der genaue Ablauf bei der Einräumung des Darlehens bzw. des noch ausstehenden Restbetrags? Wurde ein Rangrücktritt abgegeben?
- xvi. Welche Zahlungen (Vergütungen, Darlehensrückzahlungen, Eigengeschäfte oder aus welchem Grund auch immer) sind von B. _____ AG an die Verwaltungsratsmitglieder C. _____ und D. _____ geflossen?
- xvii: Haben C. _____ und D. _____ der Gesellschaft Aufwendungen für die Zeit vor ihrer Gründung belastet und falls ja wofür und in welchem Umfang?

- xviii. Wie sieht die finanzielle Situation der Gesellschaft heute (Ende Februar 2015) aus: Stand von Liquidität, Total der Aktiven, Totals des kurzfristigen Fremdkapitals, Total des langfristigen Fremdkapitals, Total des Eigenkapitals?
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge inkl. MWST zulasten der Beklagten."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Sachverhaltsübersicht und Streitgegenstand

1.1. Die Beklagte wurde am 16. Januar 2014 mit einem Aktienkapital von CHF 1'000'000.–, eingeteilt in 1'000'000 Namenaktien à nominal CHF 1.–, gegründet. 200'000 Aktien wurden durch die Klägerin, 290'000 Aktien durch die A1.____ AG, 410'000 Aktien durch C.____ und 100'000 Aktien durch D.____ gezeichnet (act. 1 Rz. 6; act. 11 Rz. 130). Vor der Gründung wurde ein Aktionärbindungsvertrag abgeschlossen, in welchem sich damals die "C.____-Investoren" (d.h. C.____ und D.____) als Mehrheitsaktionäre mit 51 % Aktienanteil und die "A.____-Aktionäre" (d.h. die Klägerin und die A1.____ AG) als Minderheitsaktionärinnen mit 49 % Aktienanteil gegenüber standen (act. 1 Rz. 7; act. 11 Rz. 131 f.; act. 3/7).

Der Aktionärbindungsvertrag sah unter anderem vor, dass die Aktien der "A.____-Aktionäre" durch Sacheinlagen und jene der "C.____-Investoren" durch CHF 500'000.– in bar zu liberieren waren. Weiter waren die "C.____-Investoren" zur Bereitstellung einer Überbrückungsfinanzierung in Form eines nachrangigen Darlehens von maximal CHF 500'000.– verpflichtet. Während die gültige Liberierung der Aktien der "C.____-Aktionäre" unstrittig ist, bildet die Frage der Rechtsgültigkeit der durch die "A.____-Aktionäre" vorzunehmenden Liberierung durch Sacheinlage einen grossen Streitpunkt zwischen den Parteien (act. 1 Rz. 8; act. 11 Rz. 133). Die Klägerin ist der Auffassung, die gemäss Sacheinlagevertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten vom 13. Januar 2014 (act. 12/5) vereinbarten Sacheinlagen, nämlich die "Kontrollsoftware (Ergebnis IT-Entwicklung) für F.____ und G.____ im Wert von CHF 180'000.–" und die "Anwendungssoftware (Ergebnis IT-Entwicklung) für Tintenzufuhrsystem im Wert von

CHF 20'000.–" (vgl. act. 11 Rz. 59) in die Beklagte eingebracht zu haben und damit ihrer Liberierungsverpflichtung vollumfänglich nachgekommen zu sein (act. 18 Rz. 46). Die Beklagte ist hingegen der Auffassung, dass die Softwarekomponenten der Klägerin nicht aktivierbar seien (act. 11 Rz. 84). Sie vertritt weiter den (von der Klägerin bestrittenen) Standpunkt, die Klägerin rechtsgültig kaduziert zu haben, weshalb mit Wirksamkeit ab 20. Juni 2015 die Klägerin nur noch 5'000 Aktien, d.h. eine Beteiligung von 0.5 %, halte (act. 11 Rz. 94). Gestützt darauf bestreitet sie die Aktivlegitimation der Klägerin, weil sie nicht mehr die für die gerichtliche Einsetzung eines Sonderprüfers erforderlichen 10 % der Aktien halte (act. 11 Rz. 7-9).

Der Aktionärsbindungsvertrag sah weiter vor, dass beide Aktionärsgruppen je zwei Mitglieder des Verwaltungsrates bestimmen können (act. 1 Rz. 7; act. 11 Rz. 132). Bei bzw. nach der Gründung der Beklagten wurden C._____ und D._____ als Vertreter der "C._____-Investoren" sowie H._____ und I._____ als Vertreter der "A._____-Aktionäre" in den Verwaltungsrat der Beklagten gewählt. Das Präsidium wurde von C._____ übernommen (act. 1 Rz. 10, act. 11 Rz. 135 f.). H._____ ist überdies einziges Mitglied der Geschäftsleitung der Klägerin und Präsident des Verwaltungsrats der A1._____ AG (act. 11 Rz. 45; act. 18 Rz. 36 f.; act. 12/2). Im Sommer 2014 kam es unbestrittenermassen zu Streitigkeiten zwischen den Aktionären, wobei sich die Parteien betreffend die weiteren Hintergründe und die Auslöser der Konflikte uneins sind (act. 1 Rz. 11, act. 11 Rz. 137). In der Folge trat I._____ aus dem Verwaltungsrat der Beklagten zurück (act. 1 Rz. 11; act. 11 Rz. 138).

Mit Schreiben vom 24. November 2014 luden C._____ und D._____ zu einer ausserordentlichen Generalversammlung der Beklagten auf den 16. Dezember 2014 bei einem Notar in Zug ein. Traktandiert waren unter anderem die Abwahl der bisherigen und die Neuwahl einer neuen Revisionsstelle, eine Information über die finanzielle Situation der Beklagten, ein Kapitalschnitt sowie die Wahl eines Verwaltungsrats. Anfangs Dezember 2014 entzog der Verwaltungsrat der Beklagten H._____ die Unterschriftsberechtigung für die Beklagte (act. 1 Rz. 12 f.; act. 11 Rz. 139). Mit E-Mail vom 15. Dezember 2014 wurde den Aktionären der

Beklagten eine "Saldobilanz per 18. November 2014 zu Fortführungs- und Liquidationswerten" (act. 3/10; nachfolgend: Saldobilanz) zugestellt. Diese sollte am Folgetag anlässlich der Generalversammlung besprochen werden. Anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom 16. Dezember 2014 wurde durch die Stimmen der "C.____-Investoren" H.____ aus dem Verwaltungsrat abberufen. Die von der Klägerin beantragte Zuwahl von J.____ (Ehemann der Tochter von A.____) wurde – aus zwischen den Parteien strittigen Gründen – abgelehnt. Ab jenem Zeitpunkt waren die "A.____-Aktionäre" nicht mehr im Verwaltungsrat der Beklagten vertreten (act. 1 Rz. 14 f.; act. 11 Rz. 140 f.). Einzige Verwaltungsratsmitglieder der Beklagten waren ab jenem Zeitpunkt mithin C.____ und D.____. Weiter wurde durch die Stimmen der Mehrheitsaktionäre die E.____ AG als neue Revisionsstelle gewählt. C.____ wies anlässlich jener ausserordentlichen Generalversammlung überdies gestützt auf die Saldobilanz darauf hin, dass die Beklagte sanierungsbedürftig sei (act. 1 Rz. 16 f.; act. 11 Rz. 142 f.). Allerdings fehlte damals der Prüfbericht über die Zwischenbilanz, sodass nicht über den vom Verwaltungsrat der Beklagten beantragten Kapitalschnitt abgestimmt werden konnte. C.____ kündigte in der Folge eine nächste ausserordentliche Generalversammlung für den 21. Januar 2015 an. Die diesbezügliche Einladung erging am 18. Dezember 2014. Traktandiert war unter anderem wiederum ein Kapitalschnitt. Mit E-Mail vom 16. Januar 2015 wurde den Aktionären mitunter der Entwurf für die Jahresrechnung 2014 (act. 3/14) und der Entwurf des Prüfberichtes der E.____ AG für die Kapitalherabsetzung zugestellt (act. 1 Rz. 22 ff.; act. 11 Rz. 151 ff.).

Anlässlich der Generalversammlung vom 21. Januar 2015 verlangte der Vertreter der Klägerin unter Traktandum 6 verschiedene Auskünfte. Die Fragen und Antworten wurden protokolliert. Die Fragen wurden mehrheitlich nicht beantwortet. Weiter beantragte die Klägerin, dass die Jahresrechnung der Beklagten ordentlich revidiert werde. Ein Beschluss über den Kapitalschnitt wurde nicht gefasst. Eine Beschlussfassung war nicht möglich, da die entsprechenden Anträge des Verwaltungsrats nicht bereits 20 Tage vor der ausserordentlichen Generalversammlung vorgelegen waren und die Klägerin mit der Durchführung einer Universalversammlung nicht einverstanden war (act. 1 Rz. 29 f.; act. 11 Rz. 160 f.).

Mit Schreiben vom 30. Januar 2015 luden C._____ und D._____ abermals zu einer ausserordentlichen Generalversammlung auf den 27. Februar 2015 beim gleichen Notar in Zug ein. Diesem Schreiben lagen unter anderem die Traktandenliste für die entsprechende Versammlung, die Jahresrechnung 2014 mit unterzeichnetem Revisionsbericht, der Prüfbericht der E._____ AG für die Kapitalherabsetzung sowie der Entwurf für einen Zeichnungsschein bei (act. 1 Rz. 31; act. 11 Rz. 177).

Mit Schreiben vom 15. Februar 2015 forderte der Rechtsvertreter der Klägerin C._____ und D._____ auf, bis vor der ausserordentlichen Generalversammlung vom 27. Februar 2015 ihren Verpflichtungen gemäss Ziffer 3.3 des Aktionärbindungsvertrags zur Gewährung eines Überbrückungsdarlehens nachzukommen (act. 1 Rz. 32; act. 11 Rz. 178). Mit Schreiben vom 25. Februar 2015 übermittelte der klägerische Rechtsvertreter dem Verwaltungsrat der Beklagten den Fragekatalog gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 und stellte einen Antrag auf Sonderprüfung (act. 1 Rz. 33; act. 11 Rz. 179). Unter Traktandum 3 der Generalversammlung vom 27. Februar 2015 wurde der Antrag des Verwaltungsrates betreffend Kapitalherabsetzung um CHF 960'000.–, d.h. von CHF 1 Mio. auf CHF 40'000.–, mit gleichzeitiger Wiedererhöhung des Aktienkapitals um CHF 60'000.– auf CHF 100'000.– plus Agio verlesen. Der Vertreter der Aktien von C._____ und D._____ stellte daraufhin den Antrag, dass schriftlich und geheim abzustimmen sei, was mit den Stimmen der Mehrheitsaktionäre im Verhältnis von 51 zu 49 angenommen wurde. Die darauf folgende schriftliche Abstimmung ergab, dass der Antrag einstimmig abgelehnt wurde, mithin auch von C._____ und D._____ (act. 1 Rz. 36; act. 11 Rz. 180). Unter Traktandum 4 verlangte der klägerische Rechtsvertreter nochmals Auskunft über die im Schreiben vom 25. Februar 2015 aufgelisteten Fragen. Diese wurden nicht beantwortet. Es folgte die Abstimmung über den vom klägerischen Rechtsvertreter gestellten Antrag auf Sonderprüfung, welcher mit 510'000 Nein-Stimmen der "C._____ -Investoren" gegen 490'000 Ja-Stimmen der "A._____ -Aktionäre" abgelehnt wurde (act. 1 Rz. 37; act. 11 Rz. 181).

An der Verwaltungsratssitzung der Beklagten vom 20. April 2015 wurde beschlossen, die "A.____-Aktionäre" zur Nachliberierung ihrer Sacheinlagen aufzufordern (act. 11 Rz. 85; act. 18 Rz. 78). Mit Schreiben vom 20. April 2015 und 5. Mai 2015 wurde das Kaduzierungsverfahren seitens der Beklagten eingeleitet. Am 9. Juni 2015 wurde vom Verwaltungsrat der Beklagten eine letzte, freiwillige Nachfrist zur Nachliberierung angesetzt, welche (ebenfalls) unbenutzt verstrich (act. 1 Rz. 39; act. 11 Rz. 88, 91, 184; act. 18 Rz. 94). Strittig ist mitunter zwischen den Parteien in dieser Hinsicht, ob der von der Beklagten behauptete Verwaltungsratsbeschluss vom 19. Juni 2015 betreffend Kaduzierung der Klägerin gültig ist. Die Klägerin macht geltend, dieser sei nichtig, weil das gleichtags an sie versendete Schreiben mit dem Protokoll der betreffenden Verwaltungsratssitzung, welche gemäss Protokolleintrag zwischen 18:00 Uhr und 19:00 Uhr stattgefunden haben solle, gemäss Poststempel bereits um 15:51 Uhr zur Post gegeben worden sei. Während die Klägerin daraus ableitet, die Verwaltungsratssitzung habe nie stattgefunden, stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, diese sei vorgezogen worden, da eines der Verwaltungsratsmitglieder kurzfristig einen Flug ins Ausland habe antreten müssen (act. 11 Rz. 93; act. 18 Rz. 98; act. 28 Rz. 77).

Am 1. Juni 2015 lud der Verwaltungsrat der Beklagten zur ordentlichen Generalversammlung auf den 30. Juni 2015 ein (act. 11 Rz. 107; act. 18 Rz. 114). Diese wurde in der Folge verschoben. Unmittelbar nach Vorliegen des Revisionsberichts am 6. Juli 2015 wurde unter Beilage der ordentlich revidierten Jahresrechnung (act. 12/56) neu auf den 28. Juli 2015 zur ordentlichen Generalversammlung eingeladen, welche an jenem Datum durchgeführt wurde (act. 11 Rz. 108, 111; act. 18 Rz. 115, 118). Seit dem 1. Oktober 2015 befindet sich die Beklagte in Liquidation (act. 22; 23/1).

1.2. Die Klägerin wirft den Verwaltungsratsmitgliedern der Beklagten, C.____ und D.____, verschiedene Verfehlungen vor. Im Zentrum steht das absichtliche bzw. wider besseren Wissens erfolgte Konstruieren eines Sanierungsfalls bzw. einer Überschuldung im Zusammenhang mit dem vom Verwaltungsrat der Beklagten beantragten Kapitalschnitt sowie eine von ihr geltend gemachte damalige Verpflichtung des Verwaltungsrats zur Deponierung der Bilanz. Weiter wirft sie

den genannten Personen unter anderem das Aushöhlen der Beklagten sowie die Belastung betriebsfremden Aufwands im Zusammenhang mit der K. _____ AG vor und beantragt vor diesem Hintergrund die Klärung der im Rechtsbegehren Ziffer 2 aufgeführten Fragen durch einen Sonderprüfer.

Die Beklagte schliesst auf Nichteintreten zufolge mangelnder Aktivlegitimation der Klägerin, eventualiter auf vollständige Abweisung der Klage, subeventualiter auf Beschränkung der Untersuchung auf vom Gericht zu bestimmende, klar umrissene Sachverhalte und/oder Behandlung der Klage als Klage auf Auskunftserteilung im Sinne von Art. 679 OR. Ferner beantragt sie für den Fall der Anordnung einer Sonderprüfung, es sei die Klägerin zur Kostenübernahme zu verpflichten, eventualiter sei die Klägerin zur Bevorschussung der Kosten der Sonderprüfung zu verpflichten oder subeventualiter sei die Klägerin zur Sicherstellung eines angemessenen Anteils der zu erwartenden Kosten der Sonderprüfung zu verpflichten, um der Beklagten die künftige Einbringlichkeit einer anteiligen Rückforderung (je nach Ergebnis der Sonderprüfung) zu garantieren (act. 11 S. 2). Wie gesehen, verneint die Beklagte die Aktivlegitimation der Klägerin aufgrund der von ihr geltend gemachten rechtsgültigen Kaduzierung der Klägerin. Weiter macht sie geltend, die Klägerin verletze den Grundsatz der Subsidiarität, weil sie die vorliegende Klage eingereicht habe, bevor die ordentliche Generalversammlung 2015 stattgefunden hat. Anlässlich der ordentlichen Generalversammlung vom 28. Juli 2015 seien sämtliche Fragen bereits beantwortet worden, weshalb der Klägerin vorliegend ein Rechtsschutzinteresse fehle. Sodann wirft sie der Klägerin rechtsmissbräuchliches Verhalten vor und bestreitet ferner die von der Klägerin geltend gemachten Pflichtverletzungen.

1.3. Auf die Vorbringen der Parteien sowie auf die Akten wird – soweit für die Entscheidungsfindung notwendig – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

2. Prozessverlauf

Mit Klage vom 27. Mai 2015 beantragte die Klägerin die Einsetzung eines Sonderprüfers zur Abklärung der im Rechtsbegehren aufgeführten Fragen (act. 1). Den mit Verfügung vom 29. Mai 2015 unter Hinweis auf Art. 98 ZPO verlangten Vorschuss von CHF 8'000.– leistete sie fristgerecht (act. 4, 6). Die Klageantwort ging mit Datum vom 31. Juli 2015 ein (act. 11). Mit Verfügung vom 4. August 2015 wurde der Klägerin Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 14). Diese wurde mit Eingabe vom 21. September 2015 erstattet (act. 18). Mit Verfügung vom 24. September 2015 wurde der Beklagten Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 20). Mit Eingabe vom 8. Oktober 2015 orientierte die Beklagte das hiesige Gericht, dass sie sich seit dem 1. Oktober 2015 in Liquidation befinde und sich der Sitz an einer neuen Adresse befinde (act. 22). Das Rubrum wurde entsprechend angepasst (act. 26). Die Stellungnahme der Beklagten datiert vom 2. November 2015 (act. 28). Diese wurde der Klägerin am 4. November 2015 übermittelt (Prot. S. 6), welche dazu wiederum mit Eingabe vom 18. November 2015 Stellung nahm (act. 30). Die Beklagte liess sich dazu mit Eingabe vom 3. Dezember 2015 vernehmen (Prot. S. 7; act. 32). Diese Stellungnahme wurde der Klägerin am 6. Januar 2016 übermittelt und ging ihr am Folgetag zu (Prot. S. 8; act. 35). Sie liess sich dazu nicht mehr vernehmen.

3. Zuständigkeit und Verfahren

3.1. Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Das Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist für die vorliegende Klage örtlich zuständig (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO). Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 lit. g ZPO i.V.m. § 45 lit. a GOG. Die Zuständigkeit blieb denn auch zu Recht unbestritten (act. 11 Rz. 2).

3.2. Grundsätze des summarischen Verfahrens

Vorliegend kommt das summarische Verfahren zur Anwendung (Art. 250 lit. c Ziff. 8 ZPO). Dieses ist in den Art. 252 ff. ZPO geregelt. Zusätzlich gelten sinngemäss die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 219 ZPO). Gemäss Art. 254 Abs. 1 ZPO ist im summarischen Verfahren Beweis grundsätzlich durch Urkunden zu erbringen. Weiter sieht das Gesetz im summarischen Verfahren keinen doppelten Schriftenwechsel vor (Art. 253 ZPO). Der Kläger hat im summarischen Verfahren mithin das gesamte Klagefundament (substantiiertes Parteivortrag, Beweismittelnennung und – soweit möglich – Beweismittelvorlegung) mit dem Begehren zu liefern. Davon ausgenommen sind Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, bei welchen es sich um Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO handelt. Zudem kann der Kläger im Rahmen des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu den Vorbringen der Gegenpartei, insbesondere zu allfälligen Noven, Stellung nehmen. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass im summarischen Verfahren der Aktenschluss nach dem ersten Schriftenwechsel eintritt. Werden darüber hinaus Stellungnahmen eingeholt, dient dies alleine dem Anspruch auf rechtliches Gehör und nicht dazu allfällig in der Klage bzw. Klageantwort Verpasstes in den Prozess einzubringen (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 5A_82/2015 vom 16. Juni 2015 E. 4.1, 4.2.1; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Dezember 2014 (LF140087) E. 7; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm, Hasenböhler, Leuenberger [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 18-20 zu Art. 257 ZPO).

4. Einsetzung eines Sonderprüfers

4.1. Rechtliche Grundlagen

Jeder Aktionär kann der Generalversammlung beantragen, bestimmte Sachverhalte durch eine Sonderprüfung abklären zu lassen, sofern dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und er das Recht auf Auskunft oder das Recht auf Einsicht bereits ausgeübt hat (Art. 697a Abs. 1 OR). Entspricht die Generalversammlung dem Antrag nicht, so können Aktionäre, die zusammen min-

destens 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). Die Gesuchsteller haben Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers, wenn sie glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (Art. 697b Abs. 2 OR).

Zu diesem Zweck müssen sie glaubhaft machen, dass ein Verhalten oder Unterlassen der Organe eine bestimmte gesetzliche oder eine statutarische Bestimmung verletzt hat, und aufzeigen, worin diese Verletzung besteht (Urteil des Bundesgerichts 4A_260/2013 vom 6. August 2013 E. 3.1). Die Antragsteller müssen dazu mindestens ihren Vorwurf klar umreissen und objektive Anhaltspunkte darlegen, aus denen sich der Schluss ergibt, dass das Behauptete wahrscheinlich ist. Sie haben mithin konkret darzulegen, welche Verhaltenspflicht die Unternehmensleitung nach der Meinung der Gesuchsteller wodurch verletzt hat und warum dieser Verstoss gegen die Regeln einen Schaden der Gesellschaft angerichtet hat (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 16 N. 45).

Die Sonderprüfung ist ein Mittel der Informationsbeschaffung des Aktionärs über interne Vorgänge der Gesellschaft. Sie muss darauf ausgerichtet sein, konkrete Tatsachen zu ermitteln, und darf nicht auf eine rechtliche Beurteilung oder ein Werturteil abzielen (zit. Urteil 4A_260/2013 E. 4.1).

Weiter wird vorausgesetzt, dass die Abklärung der fraglichen Sachverhalte zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist. Im Vordergrund steht dabei die Relevanz der abzuklärenden Sachverhalte für eine allfällige Verantwortlichkeitsklage oder für die Ausübung der Mitwirkungsrechte. Dem Gesuchsteller obliegt es, einen Zusammenhang zwischen den von ihm avisierten Aktionärsrechten und dem Thema der beantragten Untersuchung glaubhaft zu machen. Die vom Gesuchsteller glaubhaft zu machende Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre muss ihrerseits wiederum Folge dieser Gesetzes- oder Statutenverletzung sein (zit. Urteil des Bundesgerichts 4A_260/2013 E. 4.1). Nicht zulässig ist hingegen, eine Sonderprüfung alleine aufgrund blosser Vermutungen anzuordnen, dass gewisse Vorgänge sich ereignet haben könnten. Die Sonderprüfung ist we-

der eine flächendeckende Ausforschung noch eine "fishing expedition". Sie kann nicht verlangt werden in der Hoffnung, dabei auch auf eine Rechtsverletzung zu stossen, von welcher der Gesuchsteller keine Kenntnis hatte (zit. Urteil des Bundesgerichts 4A_260/2013 E. 4.1, Urteil des Bundesgerichts 4C.190/2005 vom 6. September 2006 E. 3.4.2).

Das Glaubhaftmachen betrifft sowohl Tat- wie auch Rechtsfragen. In *tatsächlicher* Hinsicht sind bestimmte Handlungen oder Unterlassungen von Gründern oder Organen und der damit zusammenhängende Schaden glaubhaft zu machen. In Bezug auf diese Tatsachen darf das Gericht weder blosser Behauptungen genügen lassen, noch einen stringenten Beweis verlangen. Ziel der Sonderprüfung ist es, die Informationslage der Gesuchsteller zu verbessern. Das Gericht darf deshalb von den Gesuchstellern nicht diejenige Nachweise verlangen, die erst der Sonderprüfer erbringen soll. Auf der anderen Seite hat es aber die von den Gesuchstellern vorgebrachten Verdachtsmomente auf ihre Plausibilität hin zu prüfen. Aufgrund dieser Verdachtsmomente muss eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, dass Handlungen oder Unterlassungen von Gründern oder Organen in der Tat Schaden angerichtet haben könnten. Entsprechendes gilt hinsichtlich der *Rechtsfragen*, wie sie sich namentlich im Zusammenhang mit den von den Gesuchstellern behaupteten Pflichtverletzungen von Gründern oder Organen stellen. Auch hier hat das Gericht die Rechts- oder Statutenwidrigkeit nicht abschliessend zu beurteilen. Das Gesuch auf Einsetzung eines Sonderprüfers ist vielmehr bereits dann zu entsprechen, wenn sich die rechtlichen Vorbringen zu den Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 697b Abs. 2 OR bei summarischer Prüfung als einigermaßen aussichtsreich oder zumindest als vertretbar erweisen (zit. Urteil 4A_260/2013 E. 4.2).

Hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen einer Gesetzes- oder Statutenverletzung und einer Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre gilt, wie erwähnt, das *Beweismass* der Glaubhaftmachung. Die Voraussetzung der vorgängigen Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts untersteht dem Regelbeweismass. Gleiches gilt hinsichtlich der Aktionärserschaft und der Höhe der Kapitalbeteiligung (BGE 140 III 610 E. 4.3.3).

4.2. Glaubhaftmachen von schadenskausalen Gesetzes- und Statutenverletzungen und der Erforderlichkeit der beantragten Abklärung zur Ausübung der Aktionärsrechte

4.2.1. Ausgangslage

Wie gesehen, setzt die Einsetzung eines Sonderprüfers in materieller Hinsicht zunächst das Glaubhaftmachen einer durch die Gesellschaftsorgane begangene Gesetzes- oder Statutenverletzung voraus, wobei von der klagenden Partei konkret darzulegen ist, welche Verhaltenspflicht wodurch verletzt wurde und warum dieser Verstoss einen Schaden der Gesellschaft oder der Aktionäre angerichtet hat bzw. haben könnte. Weiter ist ein Zusammenhang zwischen den avisierten Aktionärsrechten und dem Thema der beantragten Untersuchung glaubhaft zu machen. Dies bedeutet, dass von der klagenden Partei darzulegen ist, dass und inwiefern die von ihr angebehrten Informationen für die von ihr behaupteten Pflichtverletzungen oder Schädigungen relevant sind. Somit sind in einem ersten Schritt die dahingehenden Behauptungen der Klägerin zu prüfen.

4.2.2. Parteivorbringen

Die Klägerin wirft den Verwaltungsratsmitgliedern der Beklagten, C._____ und D._____, in verschiedener Hinsicht ein Fehlverhalten vor.

Sie macht einerseits geltend, sie hätten in der vom Verwaltungsrat der Beklagten erstellten Saldobilanz durch ungerechtfertigte Abschreibungen (vollständige Abschreibung der Sacheinlagen der Klägerin von CHF 200'000.– auf CHF 0.– [Position 1720]; Abschreibung des grössten Teils der Sacheinlagen der A1._____ AG von CHF 257000.– auf CHF 9'500.– [Position 1700]; nicht nachvollziehbare Abschreibungen auf den Vorräten [Positionen 1200, 1210, 1260, 1270, 1280]) in der Bilanz zu Liquidationswerten, durch eine Darlehensrückzahlung von CHF 100'000.– und durch das Nichtberücksichtigen einer aufgrund des Aktionärsbindungsvertrags bestehenden Rangrücktrittsverpflichtung im Umfang von CHF 500'000.– einen *künstlichen Sanierungsfall* konstruiert bzw. wider besseren Wissens eine *Überschuldung zu konstruieren versucht*, was sich nur schon aus

dem Vergleich zwischen der vom Verwaltungsrat erstellten Saldobilanz und der von der Revisionsgesellschaft der Beklagten, der E._____ AG, revidierten Bilanz per 31. Dezember 2014 (act. 3/21) ergebe. Diese "fadenscheinige" Dokumentation habe als Vorwand für den von den Verwaltungsräten geplanten Kapitalschnitt dienen sollen. Ziel des Kapitalschnittes sei es gewesen, die Beteiligung der Klägerin und der A1._____ AG als Minderheitsaktionärinnen zu verwässern, weil C._____ und D._____ aufgrund der im Rahmen der Gründung der Beklagten gewonnenen Informationen gewusst hätten, dass die Minderheitsaktionärinnen nicht über genügend liquide Mittel verfügten, um nach dem Kapitalschnitt an der Wiederaufstockung des Aktienkapitals zu partizipieren (act. 1 Rz. 17-21, 43). Sie macht in dieser Hinsicht weiter geltend, der Aufwand und damit der Gesellschaftsschaden für die Durchführung des Kapitalschnittes sei mit mindestens CHF 30'000.– zu veranschlagen. Dabei sei der Beizug eines Anwalts durch die Beklagte zu berücksichtigen, da gemäss Ziffer 2.6 des Anhangs zur Jahresrechnung 2014 (act. 3/21) Rechtskosten in der Höhe von CHF 21'456.– ausgewiesen seien. Mit ihrem auch inhaltlich ungerechtfertigten Vorgehen hätten die Verwaltungsratsmitglieder der Beklagten folglich einen Schaden von mindestens CHF 30'000.– zugefügt. Der Hintergrund dieser Rechtsschutzkosten solle mit der Frage gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 A) [recte: C)] xiii. abgeklärt werden. Sodann gebe die zielgerichtete Schädigung der Klägerin ihr einen direkten Anspruch auf Ersatz ihrer Verteidigerkosten, welche sich bereits weit über CHF 30'000.– bewegen würden (act. 1 Rz. 44). Weiter solle mit den Fragen zur Bilanz, Erfolgsrechnung und zum Bilanzanhang per 31. Dezember 2014 überprüft werden, wie weit die Pflichtwidrigkeit der Verwaltungsratsmitglieder in der Bilanzierung im Hinblick auf den Kapitalschnitt gehe. Mit den Fragen gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 A)iv., C)x. und D)xv. solle abgeklärt werden, ob C._____ und D._____ ihren vertraglichen Verpflichtungen zur Bereitstellung eines Überbrückungsdarlehens sowie zur Abgabe eines Rangrücktritts nachgekommen seien, was für die Beurteilung der Sanierungsbedürftigkeit der Beklagten entscheidend sei. Weiter solle mit den Fragen gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 A)i., A)v., C)xi., C)xii. abgeklärt werden, ob tatsächlich nicht existente Forderungen in die Bilanz aufgenommen worden seien, um das Bilanzbild zu verzerren. Gleiches gelte für die Frage gemäss

Rechtsbegehren Ziffer 2 A)iii. im Zusammenhang mit der ungerechtfertigten Abschreibung der Sacheinlagen, deren Wert von C._____ und D._____ noch im Gründerbericht vom 16. Januar 2014 ausdrücklich anerkannt worden sei (act. 1 Rz. 45).

Weiter wirft die Klägerin C._____ und D._____ vor, dass sie die liquiden Mittel der Beklagten durch den Aufbau von erheblichen *Vorräten* seit der Gründung der Gesellschaft möglichst schnell haben aufbrauchen wollen, um eine Sanierung zu provozieren. Eine solche würde Gelegenheit für Abschreibungen bieten, welche mit einem Kapitalschnitt aufgefangen werden könnten. Damit hätten sie die Minderheitsaktionäre verwässern und alsbald ganz ausschalten wollen. Sie macht in dieser Hinsicht geltend, für den Aufbau der Vorräte habe insbesondere D._____ verantwortlich gezeichnet. Die entsprechenden Hintergründe seien nun durch die Frage gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 A)ii. zu klären (act. 1 Rz. 46).

Die Klägerin bringt weiter vor, C._____ und D._____ hätten mit der am 4. März 2015 gegründeten Gesellschaft K._____ AG ein Konkurrenzunternehmen der Beklagten aufgebaut. Es stelle sich deshalb die Frage, ob sie hierfür der Beklagten den entsprechenden Aufwand verrechnet hätten. Weiter sei D._____ nur relativ selten am Sitz der Beklagten in Wädenswil aufgetaucht, weshalb sich die Frage nach der *Rechtfertigung eines Salärs* stelle. All dies solle mit den Fragen gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 B)vi.-ix. abgeklärt werden (act. 1 Rz. 47). In Bezug auf die K._____ AG lässt die Klägerin überdies ausführen, dass sie in Erfahrung gebracht habe, dass die Beklagten im grösseren Stil Aktiven veräussere, wahrscheinlich an die K._____ AG. Die Klägerin habe allen Grund zur Annahme, dass die Aushöhlung der Beklagten durch die Verwaltungsratsmitglieder C._____ und D._____ bereits weit vorangeschritten sei, was durch die für die ausserordentliche Generalversammlung vom 30. September 2015 traktandierte Liquidation der Beklagten bestätigt werde (act. 1 Rz. 40; act. 18 Rz. 189).

Des Weiteren macht die Klägerin geltend, die Beklagte liege sowohl mit der Klägerin als auch der A1._____ AG über *zahlreiche Forderungen aus der umfangreichen gegenseitigen Geschäftstätigkeit* im Streit. Sie habe deshalb Grund zur Annahme, dass die Beklagte ihre Verbindlichkeiten gegenüber der Klägerin und

der A1._____ AG in der Bilanz per 31. Dezember 2014 (act. 3/21) nicht ausreichend bilanziert habe, um sich den entsprechenden Verbindlichkeiten zu entziehen und das Bilanzbild der Beklagten weiter zu verzerren. Sie verweist in diesem Zusammenhang auf die Frage gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 C)xii. (act. 1 Rz. 48).

Die Klägerin macht weiter geltend, der Verwaltungsrat der Beklagten habe mit der Saldobilanz (act. 3/10) zunächst eine massive Überschuldung und später gestützt auf die durch die E._____ AG revidierte Bilanz per 31. Dezember 2014 (act. 3/21) immerhin noch einen erheblichen Kapitalverlust als Begründung für den beantragten Kapitalschnitt behauptet. Die Revisionsstelle habe alsdann erhebliche Zweifel an der Fortführungsfähigkeit der Beklagten angebracht. Schon aufgrund der vom Verwaltungsrat im Dezember 2014 aufbereiteten und den Aktionären zugesandten Unterlagen (act. 3/10) wäre der Verwaltungsrat verpflichtet gewesen, die Bilanz der Beklagten zu deponieren. Mit der seitherigen Verzögerung des Konkurses und den geschäftsschädigenden Streitereien habe die Beklagte viel Geld verloren und habe wahrscheinlich kaum noch weitere Erträge erzielt. Mit den Fragen gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 D)xiv. und D)xviii. solle das Ausmass dieses von den Verwaltungsratsmitgliedern C._____ und D._____ verursachten *Konkursverschleppungsschadens* abgeschätzt werden (act. 1 Rz. 49).

Sodann macht die Klägerin geltend, aufgrund der vertragswidrigen Verringerung des Aktionärsdarlehens der "C._____ -Investoren" von CHF 500'000.– auf CHF 400'000.– habe sie Grund zur Annahme, dass sowohl C._____ als auch D._____ mit der Beklagten weitere *Eigengeschäfte* zum Nachteil der Beklagten getätigt hätten, was mit der Frage gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 D)xvi. abgeklärt werden solle (act. 1 Rz. 50).

Die Klägerin macht überdies geltend, sie habe aufgrund der in der durch die E._____ AG revidierten Bilanz per 31. Dezember 2014 ausgewiesenen Lohnkosten Grund zur Annahme, dass C._____ die *Lohnkosten von D._____ der Monate Oktober bis Dezember 2013* für die Vorbereitung der Gründung der Beklagten nicht wie zwischen den Gründern vereinbart selber getragen, sondern der Beklagten belastet habe. Eine entsprechende Belastung stellte eine weitere Benachteiligung

gung der Klägerin und der A1._____ AG dar. Auf diesem Hintergrund basiere die Frage gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 D)xvii. (act. 1 Rz. 51).

Weiter bringt die Klägerin vor, die Verwaltungsratsmitglieder C._____ und D._____ hätten mit ihrem ungerechtfertigten Projekt des Kapitalschnitts ihre gesetzlichen und statutarischen Pflichten verletzt. Die ersten zwei ausserordentlichen Generalversammlungen zu jenem Thema seien nicht rechtsgültig einberufen worden. Bei der Versammlung vom 16. Dezember 2014 habe der dafür erforderliche Prüfbericht gemäss Art. 732 Abs. 2 OR gefehlt. Für die Versammlung vom 21. Januar 2015 sei der Prüfbericht in Verletzung von Art. 700 Abs. 1 OR und Art. 9 der Statuten nicht rechtzeitig zugesandt worden. Zudem würden die Differenzen zwischen den verschiedenen Bilanzen zeigen, dass der Verwaltungsrat willkürlich und damit in Verletzung seiner Sorgfaltspflichten in der Rechnungslegung gehandelt habe. Sie sieht darin ein Verstoss gegen Art. 717 Abs. 1 i.V.m. Art. 716a OR. Sodann habe das Handeln des Verwaltungsrates konsequent auf eine Benachteiligung der Minderheitsaktionäre gezielt, wodurch der Verwaltungsrat seine Pflicht zur Gleichbehandlung aller Aktionäre wiederholt verletzt habe. Am schwersten wiege indessen, dass die Beklagte gemäss Bekunden des Verwaltungsrats bereits Mitte Dezember 2014 überschuldet gewesen sei und der Verwaltungsrat seither seine Pflicht zur Deponierung der Bilanz gemäss Art. 725 Abs. 2 OR verletze. Schliesslich verletzten die Mitglieder des Verwaltungsrats mit dem Aufbau der Konkurrenzgesellschaft K._____ AG massiv ihre Treuepflicht gemäss Art. 717 OR, wobei sie die Beklagte vor allem zum Schaden der an der K._____ nicht beteiligten Minderheitsaktionäre aushöhlten (act. 1 Rz. 55).

Mit ihrer Stellungnahme vom 21. September 2015 macht die Klägerin zusätzlich eine weitere Verfehlung der beklagten Organe im Zusammenhang mit der Verschiebung der ursprünglich auf den 30. Juni 2015 angesetzten ordentlichen Generalversammlung auf Ende Juli 2015 und eine Verletzung der in Art. 699 Abs. 2 OR statuierten Pflicht des Verwaltungsrates zum Schaden der Minderheitsaktionäre geltend (act. 18 Rz. 115).

Die Beklagte wendet demgegenüber ein, sie sei gestützt auf die Saldobilanz sanierungsbedürftig gewesen. Die Wertberichtigungen auf den Sacheinlagen der

Klägerin und der A1._____ AG seien gerechtfertigt, gar noch vorsichtig gewesen, denn die von der Klägerin und der A1._____ AG eingebrachten Sacheinlagen seien gemäss Art. 959 Abs. 2 OR nicht aktivierbar. Auch die Wertberichtigung auf den Vorräten sei gerechtfertigt gewesen. Sie habe den üblichen Wertberichtigungen bei der Erstellung von Liquidationsbilanzen entsprochen. Es sei nie das Vorhaben von C._____ und D._____ gewesen, die Beteiligung der Minderheitsaktionäre massgeblich zu verwässern. Vielmehr hätten sie das Ziel verfolgt, die Gesellschaft durch den Einschuss von frischem Kapital zu sanieren. So blieben denn auch bei einem Kapitalschnitt die Bezugsrechte vollumfänglich gewahrt. Entsprechend sei es gar nicht in ihrer alleinigen Möglichkeit gestanden, die Minderheitsaktionäre zu verwässern, da sie ihre Bezugsrechte hätten ausüben können. Dass die Klägerin dazu nicht in der Lage (gewesen) sei, habe sie nie offengelegt. Weiter wird die *Konstruktion einer Überschuldung* bestritten (act. 11 Rz. 143, 146, 183, 189). Zu den von der Klägerin ins Feld geführten Anwaltskosten macht die Beklagte geltend, diese seien grossmehrheitlich durch C._____ bevorschusst worden (act. 11 Rz. 193). Sodann bestreitet die Beklagte die Ausführungen der Klägerin zu den von ihr zur Bilanz, Erfolgsrechnung und dem Bilanzanhang per 31. Dezember 2014 gestellten Fragen und bringt vor, C._____ und D._____ seien ihren Pflichten nachgekommen, indem sie auch unter Einsatz von erheblichen eigenen Mitteln die Gesellschaft haben sanieren wollen. Sodann sei die Abschreibung der Sacheinlagen gerechtfertigt gewesen (act. 11 Rz. 197).

Auch die Ausführungen der Klägerin betreffend die *Vorräte* der Beklagten werden bestritten. Die Beklagte macht überdies geltend, es sei H._____ gewesen, welcher die operativen Geschäfte der Beklagten geführt habe. Hätte D._____ keinen Einhalt geboten, wären die Vorräte noch viel höher aufgebaut worden. Auch habe H._____ ein Interesse daran gehabt, die liquiden Mittel in Vorräten zu binden, weil er sich den ungehinderten Zugriff darauf auch für die A1._____ AG erhofft habe (act. 11 Rz. 198).

In Bezug auf die K._____ AG bestreitet die Beklagte, dass der Verwaltungsrat im grösseren Stil Aktiven veräussert habe und dass dies zur Aushöhlung der Beklagten geführt habe. Der Verwaltungsrat sei anwaltlich beraten und sei sich

seiner Verantwortlichkeit für den Schutz der Interessen der Beklagten bewusst. Weiter bestreitet sie die Verrechnung betriebsfremden Aufwands und moniert in dieser Hinsicht unsubstanzierte Behauptungen der Gegenseite mit dem Hinweis, dass reine Verdächtigungen zur Glaubhaftmachung nicht genügten (act. 11 Rz. 185, 199). Zu den *Lohnkosten von D._____* lässt die Beklagte ausführen, D._____ habe das Salär, welches er schon vor der Gründung der Beklagten von der A1._____ AG bezogen und mit H._____ vereinbart habe, proportional an sein höheres Pensum angepasst weiterbezogen. D._____ habe schon zur Zeit seiner Tätigkeit für die A1._____ AG am Genfer See gewohnt. Er verbringe den Grossteil seiner Arbeitszeit bei Kunden, Lieferanten oder am Geschäftssitz (act. 11 Rz. 200).

Zu den Vorwürfen *nicht bilanzierter Forderungen* macht die Beklagte geltend, es handle sich um nicht substanzierte Unterstellungen, welche keiner weiteren Kommentierung bedürften (act. 11 Rz. 201).

Die Beklagte bestreitet alsdann die von der Klägerin geltend gemachte *Konkursverschleppung*. C._____ habe jederzeit im erforderlichen Umfang einen Rangrücktritt für seine Darlehen erklärt, weshalb nie Handlungspflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR entstanden seien. Ferner sei der Verwaltungsrat seinen Verpflichtungen zum Ergreifen von Sanierungsmassnahmen im Sinne von Art. 725 Abs. 1 OR nachgekommen, sei aber von der Klägerin und der A1._____ AG ausgebremst worden, obschon diese nie Willens und in der Lage gewesen seien, daran zu partizipieren (act. 11 Rz. 203).

In Bezug auf die Verringerung des Aktionärsdarlehens macht die Beklagte geltend, C._____ und D._____ hätten ihre Finanzierungsverpflichtungen aus dem Aktionärsbindungsvertrag erfüllt und hätten nie *Eigengeschäfte* mit der Beklagten abgeschlossen (act. 11 Rz. 205). In dieser Hinsicht führt sie weiter aus, es sei nie ein Darlehensrückzug erfolgt. Vielmehr sei ein am 24. Mai 2014 von C._____ begebenes Überbrückungsdarlehen von CHF 100'000.– am 26. Juni 2014 wieder zurückbezahlt worden. Es habe sich nie um ein langfristiges Darlehen gehandelt (act. 11 Rz. 148).

Schliesslich bestreitet die Beklagte die von der Klägerin behauptete Absprache betreffend die Tragung der *Lohnkosten von D._____ für die Gründung der Beklagten* durch C._____ (act. 11 Rz. 207) sowie das Vorliegen von materiell erheblichen Verletzungen von gesetzlichen oder statutarischen Pflichten (act. 11 Rz. 211).

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass die von der Klägerin geltend gemachten Verfehlungen der beklagten Organe zwischen den Parteien strittig sind. Somit sind nachfolgend ihre diesbezüglichen Vorbringen zu würdigen.

4.2.3. Würdigung

Indem die Klägerin einerseits behauptet, C._____ und D._____ hätten mit der durch den Verwaltungsrat der Beklagten erstellten Saldobilanz einen *künstlichen Sanierungsfall* konstruieren wollen bzw. wider besseren Wissens eine Überschuldung zu konstruieren versucht, und gleichzeitig und gestützt auf dieselben Urkunden geltend macht, der Verwaltungsrat sei gemäss Art. 725 Abs. 2 OR verpflichtet gewesen, die Bilanz der Beklagten Mitte Dezember 2014 zu deponieren, weil die Beklagte damals überschuldet gewesen sei, erweisen sich die Vorbringen der Klägerin als widersprüchlich. Bestand nämlich aufgrund der Saldobilanz eine Verpflichtung zur Bilanzdeponierung, ist nicht von einem konstruierten Sanierungsfall auszugehen. Ist hingegen von einem konstruierten Sanierungsfall auszugehen, bestand umgekehrt keine Verpflichtung zur Bilanzdeponierung. Schliessen sich somit die von der Klägerin geltend gemachten Pflichtverletzungen gegenseitig aus, ist weder die eine noch die andere glaubhaft gemacht und es ist grundsätzlich nicht weiter auf sie einzugehen. Jedenfalls ist es nicht Aufgabe des Gerichts, danach zu forschen, welche der beiden sich gegenseitig ausschliessenden Pflichtverletzungen sich als wahrscheinlicher erweist. Sind keine entsprechenden Pflichtverletzungen glaubhaft gemacht, ist das Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers in Bezug auf jene Fragestellungen abzuweisen. Somit ist das vorliegende Gesuch in Bezug auf die Fragen gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 A)i., A)iii., A)iv., A)v., C)x.-xiii. und D)xiv., xv., xviii. abzuweisen. Anzuführen bleibt, dass gemäss der vom Verwaltungsrat der Beklagten erstellten Saldobilanz

(act. 3/10) nur bei der Bilanzierung zu Liquidationswerten eine Überschuldung vorlag und nur unter Berücksichtigung der von der Klägerin als ungerechtfertigt bezeichneten Abschreibungen auf den Sacheinlagen der Klägerin und der A1._____ AG. Würden nämlich zu den in Bilanz zu Liquidationswerten der Saldobilanz zum Gesamtwert der bilanzierten Aktiven von rund CHF 418'353.– die monierten Abschreibungen von CHF 200'000.– und CHF 247'500.– dazugezählt, ergäbe dies einen Gesamtwert der Aktiven von rund CHF 865'853.–, während der Gesamtwert der Passiven gemäss Saldobilanz zu Liquidationswerten rund CHF 735'878.– betrug. Zählte man auch noch die von der Klägerin als nicht nachvollziehbar bezeichneten Abschreibungen der Vorräte von insgesamt CHF 173'137.– dazu, ergäbe dies gar einen Gesamtwert der bilanzierten Aktiven von CHF 1'038'990.–. Dies ist weiteres Indiz für die Widersprüchlichkeit der klägerischen Behauptungen, legt sie doch in keiner Art und Weise dar, dass und inwiefern auch bei Abschreibungen in dem nach ihrer Ansicht gerechtfertigten Umfang noch immer eine Überschuldung der Beklagten vorgelegen hätte.

Sodann hat gemäss Art. 725 Abs. 2 OR eine Bilanzdeponierung erst dann zu erfolgen, wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind. Somit ist nicht einzusehen, weshalb der Verwaltungsrat der Beklagten – wie von der Klägerin geltend gemacht – Mitte Dezember 2014 gestützt auf die Saldobilanz hätte verpflichtet gewesen sein sollen, die Bilanz zu deponieren. Jedenfalls macht die Klägerin im Rahmen ihrer Klage keine substantiierten Ausführungen, aus welchen sich eine entsprechende Verpflichtung ableiten liesse. Auch ist in Bezug auf die klägerische Argumentationslinie hinsichtlich der konstruierten Überschuldung bzw. der willkürlichen Bilanzierung durch die Verwaltungsräte der Beklagten festzuhalten, dass aus dem Vergleich der Saldobilanz und der von der E._____ AG revidierten Bilanz per 31. Dezember 2014 nicht ohne Weiteres auf ein entsprechendes Fehlverhalten geschlossen werden kann. Bei der von der Klägerin monierten Saldobilanz handelt es sich um eine Bilanz zu Liquidationswerten, während es sich bei der von der E._____ AG revidierten Bilanz um eine Bilanz zu Fortführungswerten handelt. Dass in Letzterer die Abschreibungen auf den Sacheinlagen und Vorräten geringer ausfallen, ist somit nicht weiter erstaunlich. Was aus dem Vergleich dieser

beiden Urkunden weiter auf eine konstruierte Überschuldung schliessen lassen sollte, führt die Klägerin nicht aus. Es ist auch in dieser Hinsicht nicht Aufgabe des Gerichts, entsprechende Überlegungen von sich aus anzustrengen. Vielmehr sind solche Fakten von der behauptungsbelasteten Partei und damit von der Klägerin in den Prozess einzubringen. Festzuhalten ist schliesslich, dass die Klägerin auch jene durch die E._____ AG in der revidierten Bilanz per 31. Dezember 2014 vorgenommenen Abschreibungen auf den Sacheinlagen als ungerechtfertigt erachtet und somit (implizit) auch in dieser Hinsicht von einer positiveren finanziellen Lage der Beklagten im damaligen Zeitpunkt ausgeht als der Verwaltungsrat bzw. die Revisionsstelle der Beklagten. Insgesamt erweist sich somit die Argumentation der Klägerin auch bei näherer Betrachtung als nicht schlüssig, weshalb nicht darauf abgestellt werden kann und das Gesuch in diesem Punkt, wie erwähnt, abzuweisen ist (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.5). Schliesslich bleibt zu diesem Thema anzufügen, dass nicht ersichtlich ist und durch die Klägerin auch nicht schlüssig dargelegt wird, inwiefern die von der Klägerin ins Feld geführten Pflichtverletzungen des Verwaltungsrats formeller Natur in Bezug auf die ausserordentlichen Generalversammlungen von 16. Dezember 2014 und 21. Januar 2015 (vgl. act. 1 Rz. 55) einer Abklärung durch einen Sonderprüfer bedürfen bzw. in Bezug auf welche Fragen gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 sie von Relevanz sein könnten.

In Bezug auf den von der Klägerin erhobenen Vorwurf betreffend den Aufbau von *Vorräten* fehlen Behauptungen einer konkreten Pflichtverletzung sowie zu einem damit kausalen Schaden. Es ist den klägerischen Vorbringen nicht zu entnehmen, wer und warum durch diese Handlung geschädigt worden sein könnte. Somit genügt das klägerische Gesuch in diesem Punkt den vorerwähnten Anforderungen nicht und ist damit auch in Bezug auf die Frage gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 A)ii. abzuweisen.

Hinsichtlich der Vorwürfe der Klägerin betreffend die Gesellschaft K._____ AG ist festzuhalten, dass die Existenz dieser Gesellschaft allein für die Glaubhaftmachung der Aushöhlung der Beklagten und vor allem einer allfälligen Schädigung der Klägerin nicht ausreicht. Die Klägerin führt zwar an, sie habe in Erfah-

rung bringen können, dass die Beklagte im grösseren Stil Aktiven veräussert. Sie belegt diese Behauptungen jedoch im Rahmen ihrer Klage an entsprechender Stelle (vgl. act. 1 Rz. 40) in keiner Art und Weise und substantiiert dies auch nicht weiter. Die Einreichung des E-Mails der Beklagten vom 1. April 2015 (act. 19/48) im Rahmen der klägerischen Stellungnahme vom 21. September 2015 (act. 18 Rz. 189) erweist sich als verspätet, da die Klage vom 27. Mai 2015 datiert und die Klägerin nicht darlegt, weshalb eine Einreichung des betreffenden E-Mails ihr damals nicht möglich war. Somit kann dieses zum Beweis nicht herangezogen werden. Auch verursacht die Veräusserung von Aktiven nicht per se einen Schaden, solange dies nicht unter deren Wert geschieht, was die Klägerin jedoch nicht behauptet. Insofern kann die Klägerin auch aus dem Umstand, dass die Beklagte zwischenzeitlich in Liquidation gesetzt wurde, in dieser Hinsicht nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die (bestrittene) Behauptung, dass die veräusserten Aktiven betriebsnotwendig gewesen seien (act. 18 Rz. 189; act. 28 Rz. 163), erweist sich als verspätet und ist nicht zu hören, sodass darauf nicht weiter einzugehen ist. Somit ist festzuhalten, dass die Klägerin weder eine Veräusserung von beklagti-schen Aktiven durch die Verwaltungsratsmitglieder der Beklagten im grossen Stil, noch eine damit einhergehende Pflichtverletzung glaubhaft machen konnte, so-dass in dieser Hinsicht die Voraussetzungen für eine Sonderprüfung fehlen. So-dann ist festzuhalten, dass nicht ersichtlich ist, welche der klägerischen Fragestel-lungen im Zusammenhang mit den von ihr behaupteten Pflichtverletzungen ste-hen, sodass nach dem Gesagten auch unter diesem Gesichtspunkt die Einset-zung einer Sonderprüfung zu verwehren ist.

Auch in Bezug auf ihren zweiten in Bezug auf die K._____ AG erhobenen Vorwurf bringt die Klägerin keine weiteren Anhaltspunkte vor, die für die Verrechnung ei-nes betriebsfremden Aufwands für den Aufbau der K._____ AG sprechen würde. Auch hier reicht das blosses Faktum, dass die K._____ AG (unbestrittenermassen; vgl. act. 11 Rz. 185 f.) am 4. März 2015 mit dem gleichen Gesellschaftszweck wie die Beklagte und mit Sitz an der Adresse einer von C._____ kontrollierten Gesell-schaft gegründet wurde und dass D._____ verschiedene Domainnamen am 27. Februar 2015 hat eintragen lassen, nicht für die Glaubhaftmachung des von der Klägerin geltend gemachten Fehlverhaltens. In dieser Hinsicht ist weiter zu

beachten, dass die vorliegenden Fragen der Klägerin, deren Klärung sie durch Einsetzung eines Sonderprüfers beantragt, das Jahr 2014 beschlagen. Die K._____ AG wurde indessen am 4. März 2015 gegründet. Sowohl die von der Klägerin ins Feld geführte Eintragung der Domainnamen wie auch die Markenmeldungen erfolgten allesamt im Februar bzw. März 2015. Dies allein spricht schon gegen die Belastung betriebsfremden Gründungsaufwandes der K._____ AG in der Jahresrechnung der Beklagten für das Jahr 2014. Auch legt die Klägerin nicht weiter dar, welche Gründungshandlungen und damit welcher Aufwand bereits drei Monate zuvor und damit bereits im Jahre 2014 hätte anfallen und damit der Beklagten in der Jahresrechnung 2014 hätte pflichtwidrig belastet worden sein sollen. Somit erscheint die von der Klägerin geltend gemachte Verrechnung betriebsfremden Aufwandes insgesamt als nicht glaubhaft. Jedenfalls ist nicht glaubhaft gemacht, dass dies – wenn überhaupt – bereits im Jahre 2014 geschehen sein soll, weshalb das klägerische Gesuch zur Einsetzung eines Sonderprüfers zwecks Klärung der Fragen zur Erfolgsrechnung 2014 (Rechtsbegehren Ziffer 2 B)vi.-ix.) abzuweisen ist.

Die Behauptungen der Klägerin in Bezug auf die Frage der *Rechtfertigung eines Salärs von D._____* erweisen sich als gänzlich unsubstanziert. Sie legt nicht dar, inwiefern in dieser Hinsicht eine Pflichtverletzung vorliegen soll und von wem. Weiter macht sie keine Ausführungen zu einem möglichen Schaden. Auch ist nicht ersichtlich, weshalb die Beantwortung der Fragen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 2 B)vi-ix relevant sein soll, um zu eruieren, ob D._____ ein Salär zusteht. Somit sind auch in diesem Punkt die Voraussetzungen für die Einsetzung eines Sonderprüfers nicht erfüllt und das Begehren ist in Bezug auf die vorgenannten Fragen auch in dieser Hinsicht abzuweisen.

Weiter erweisen sich die Ausführungen der Klägerin hinsichtlich des von ihr ins Feld geführten Fehlverhaltens der *nicht ausreichenden Bilanzierung* der seitens der Beklagten gegenüber der Klägerin und der A1._____ AG bestehenden *Verbindlichkeiten* als nicht nachvollziehbar. Einerseits leuchtet nicht ein, weshalb sich die Beklagte durch die von der Klägerin behauptete nicht ausreichende Bilanzierung der genannten Verbindlichkeiten diesen entziehen könnte. Auch ge-

nügt die einfache Behauptung, die Beklagte sei so vorgegangen, um das Bilanzbild der Beklagten weiter zu verzerren, den Anforderungen an die substantiierte Behauptung einer Pflichtverletzung nicht. Und schliesslich fehlen jegliche Ausführungen, wer durch dieses Verhalten wie hätte geschädigt worden sein können und sollen. Somit genügt das klägerische Gesuch auch unter diesem Punkt den vorgenannten Anforderungen nicht, weshalb es auch unter diesem Punkt in Bezug auf die Frage gemäss Rechtsbegehren Ziff. 2 C)xii abzuweisen ist.

Weiter ist der klägerische Vorwurf von weiteren *Eigengeschäften* zum Nachteil der Beklagten zu prüfen. Als einzigen Anhaltspunkt bringt die Klägerin dazu vor, dass eine ungerechtfertigte Rückzahlung eines Aktionärsdarlehens im Umfang von CHF 100'000.– erfolgt sei. Die Ausführungen der Beklagten, wonach es sich beim in Frage stehenden Darlehen nie um ein langfristiges Darlehen gehandelt habe, welches am 24. Mai 2014 begeben und entsprechend am 26. Juni 2014 wieder zurückbezahlt worden sei, blieben seitens der Klägerin unbestritten (act. 18 Rz. 158). Inwiefern in dieser Hinsicht – wie von ihr in der Stellungnahme vom 21. September 2015 (wohl verspätet und) pauschal vorgebracht – Ungeheimheiten vorlagen, führt sie indessen nicht weiter aus. Insbesondere bringt sie im Rahmen ihrer Klage nicht weiter vor, weshalb eine Darlehensrückzahlung in jenem Zeitpunkt nicht hätte erfolgen dürfen. Somit wird aufgrund der Ausführungen der Klägerin nicht weiter klar, weshalb die damalige Darlehensrückzahlung ungerechtfertigter Weise erfolgte. Insofern kann diese Darlehensrückzahlung auch nicht als Indiz für allfällige weitere Eigengeschäfte zum Nachteil der Beklagten dienen. Aber selbst wenn davon auszugehen wäre, dass die Darlehensrückzahlung ungerechtfertigter Weise erfolgte, so genügten die Ausführungen der Klägerin in ihrer Klageschrift für ein Glaubhaftmachen weiterer Eigengeschäfte zum Nachteil der Beklagten nicht. Sie erweisen sich als sehr unsubstanziert. So legt die Klägerin im Rahmen der Klage nicht dar, worin solche Eigengeschäfte hätten bestehen können. Auch reicht der Umstand eines ungerechtfertigten Geschäfts für einen Generalverdacht für unzulässiges Geschäftsgebaren der beklaglichen Organe nicht aus. So führt die Klägerin selbst aus, dass sie lediglich annehme, dass Eigengeschäfte getätigt worden seien. Indessen reichen, wie erwähnt, blosse Vermutungen für eine Sonderprüfung nicht aus. Vielmehr braucht

es weiterer (objektiver) Anhaltspunkte, welche die Klägerin vorliegend im Rahmen der Klage nicht geltend macht. Die klägerischen Vorbringen in Bezug auf ein Eigengeschäft durch die Beauftragung der L._____ AG mit der Buchhaltung der Beklagten erweisen sich unter Hinweis auf Ziff. 3.2 hiervor als verspätet und sind entsprechend nicht zu hören. Somit genügt das klägerische Begehren auch unter diesem Punkt den vorgenannten Anforderungen nicht, weshalb das vorliegende Gesuch auch hinsichtlich der Frage gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 D)xvi. abzuweisen ist.

In Bezug auf den Vorwurf der Klägerin wonach die *Lohnkosten von D._____ für den Zeitraum Oktober 2013 bis Dezember 2013* vereinbarungswidrig der Beklagten belastet worden seien, ist zunächst festzuhalten, dass die Beklagte eine entsprechende Belastung nicht in Abrede stellt. Indessen macht sie geltend, dies sei so vereinbart gewesen. Da die Klägerin eine solche Pflichtverletzung behauptet, ist sie für die entsprechende Vereinbarung zwischen den Gründern beweispflichtig (Art. 8 ZGB). Indessen bezeichnet sie im Rahmen ihrer Klage an entsprechender Stelle dazu keine Beweismittel (vgl. act. 1 Rz. 519). Entsprechend gelingt es ihr nicht, ihre Behauptungen glaubhaft zu machen. Jedenfalls reicht die blosser Behauptung einer solchen Verpflichtung zu deren Glaubhaftmachen nicht aus. Somit ist auch in dieser Hinsicht eine glaubhaft gemachte Pflichtverletzung zu verneinen. Sodann ist zu beachten, dass die Klägerin im Rahmen ihrer Klage auch nicht darlegt, dass durch die entsprechende Belastung der Lohnkosten ein Schaden entstanden sein und bei wem ein solcher eingetreten sein soll, sondern lediglich geltend macht, eine entsprechende Belastung der betreffenden Lohnkosten stellte eine weitere Benachteiligung der Klägerin und der A1._____ AG dar. Ihre diesbezüglichen Ausführungen in ihrer Stellungnahme vom 21. September 2015, wonach C._____ und D._____ der Beklagten durch die Belastung der entsprechenden Kosten ohne Grundlage einen Schaden zugefügt hätten, erweisen sich unter Hinweis auf Ziff. 3.2 hiervor als verspätet und damit unbeachtlich. Entsprechend ist das klägerische Begehren in Bezug auf die Frage gemäss Ziffer 2 D) xvii. abzuweisen.

Als letzte Verfehlung bleibt die seitens der Klägerin neu im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 21. September 2015 geltend gemachte Verfehlung der beklaglichen Organe im Zusammenhang mit der Verschiebung der ordentlichen Generalversammlung vom 30. Juni 2015 auf den 28. Juli 2015 zu prüfen. Diese Vorbringen sind in Anwendung von Art. 219 i.V.m. Art. 229 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen, da sie offensichtlich einen Sachverhalt betreffen, welcher sich erst nach der Einreichung der Klage zugetragen hat. Ob es sich dabei tatsächlich um eine Pflichtverletzung handelt, kann indessen dahingestellt bleiben. Auch unter diesem Punkt macht die Klägerin keine weiteren Ausführungen, weshalb den Minderheitsaktionärinnen daraus ein Schaden entstanden sein und worin ein solcher bestehen könnte. Auch ist ein Konnex zum Thema der beantragten Sonderprüfung nicht ersichtlich, sodass sich diese neu ins Feld geführte Pflichtverletzung vorliegend als nicht weiter relevant erweist.

Abschliessend ist festzuhalten, dass sich die von der Klägerin erst im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 21. September 2015 in den vorliegenden Prozess eingebrachten neuen bzw. ergänzenden Vorbringen zu Verfehlungen der beklaglichen Organe (vgl. etwa act. 18 Rz. 59, 102, 113, 133, 135, 151, 157, 164, 172, 174, 182, 196, 200) sich unter Hinweis auf Ziff. 3.2 hiervor allesamt als verspätet erweisen, sodass nicht weiter darauf einzugehen ist.

4.3. Fazit

Der Klägerin gelingt es nicht, die für die Einsetzung eines Sonderprüfers vorausgesetzte schadenskausale Statuten- oder Gesetzesverletzungen bzw. den dafür erforderlichen Zusammenhang zwischen den avisierten Aktionärsrechten und dem Thema der beantragten Untersuchung glaubhaft zu machen.

5. Zusammenfassung

Nachdem das Vorliegen von schadenskausalen Statuten- oder Gesetzesverletzungen bzw. ein Zusammenhang zwischen den avisierten Aktionärsrechten und dem Thema der beantragten Untersuchung mangels Glaubhaftmachung in Bezug auf sämtliche Fragen gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 zu verneinen ist, ist

die Klage insgesamt abzuweisen. Entsprechend sind die weiteren Voraussetzungen der Einsetzung eines Sonderprüfers nicht zu prüfen und es ist auf die weiteren Einwendungen der Beklagten betreffend die mangelnde Aktivlegitimation der Klägerin, die Verletzung des Grundsatzes der Subsidiarität und das mangelnde Rechtsschutzinteresse sowie den Verstoss gegen Treu und Glauben nicht weiter einzugehen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Mit Verfügung vom 29. Mai 2015 wurde der vorliegende Streitwert auf CHF 200'000.– geschätzt (act. 4). Die Beklagte wendet dagegen ein, der Streitwert sei mindestens auf den Gegenwert des Nominalwerts der von der Klägerin zusammen mit der ihr wirtschaftlich verbundenen Aktionärin A1.____ AG gezeichneten Beteiligung und damit auf CHF 490'000.– festzusetzen, da die Klägerin behaupte, die Sonderprüfung sei notwendig, um zu verhindern, dass C.____ und D.____ die alleinige Kontrolle über die Beklagte und deren Vermögenswerte übernehmen könnten (act. 11 Rz. 15 ff.). Somit stellt sich zunächst die Frage, von welchem Streitwert für die vorliegende Kostenverlegung auszugehen ist.

Lautet das Rechtsbegehren wie vorliegend nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Vorliegend ist der massgebliche Streitwert zwischen den Parteien strittig, weshalb das Gericht den Streitwert nach Ermessen mit Blick auf objektive Kriterien zu schätzen hat. Dabei sind die Vorbringen und Interessen der Parteien zu berücksichtigen (STEIN-WIGGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm, Hasenböhler, Leuenberger [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 25 zu Art. 91 ZPO). In BGE 123 III 268 E. 4a hat sich das Bundesgericht eingehend mit der Frage auseinandergesetzt, wie der Streitwert im Zusammenhang mit einem

Antrag auf Einsetzung eines Sonderprüfers gemäss Art. 697b OR festzulegen ist. Es erwog, ein solcher Antrag ziele auf die Beschaffung von Information ab. Mittels Sonderprüfung sollten sich die Aktionäre die nötigen Informationen beschaffen können, bevor sie sich zu einer Leistungsklage mit den entsprechenden Kostenrisiken entschliessen würden. Das Kostenrisiko solle daher im Vergleich zu jenem einer Leistungsklage bescheiden bleiben, was aber nicht bedeute, dass der geltend gemachte mutmassliche Schaden bedeutungslos bleiben müsse. Der Vermögenswert der Informationen, welche der Antragsteller mit der Sonderprüfung zu erlangen suche, hänge vom mutmasslichen Schaden ab, allerdings nur indirekt, da der Ausgang der Sonderprüfung noch offen sei. Das Bundesgericht erachtete es insbesondere nicht als willkürlich, wenn das Gericht für die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zunächst vom glaubhaft zu machenden Schaden ausgehe, solange das Kostenrisiko eines Gesuchs um Einsetzung eines Sonderprüfers nicht in die Nähe des Kostenrisikos einer direkten Leistungsklage gerückt werde und die Gebühren und Entschädigungen nicht in einem krassen Missverhältnis zum verursachten Aufwand stehe. Somit hat sich auch hier der Streitwert – entgegen den Vorbringen der Beklagten – an dem glaubhaft zu machenden Schaden zu orientieren. Dies umso mehr, als die Klägerin – was sie zu Recht einwendet (act. 18 Rz. 17) – die von der Beklagten zur Begründung des Streitwerts angerufene Behauptung nicht aufgestellt hat. Vorliegend ergibt sich indessen die Schwierigkeit, dass die Klägerin teilweise einen Schaden gar nicht behauptet oder diesen nicht oder nicht abschliessend quantifiziert. Angesichts dessen, dass vorliegend ein Konkursverschleppungsschaden im Raum steht und die Bilanzsummen der Beklagten per 31. Dezember 2014 sich zwischen rund CHF 1.3 Mio. und CHF 653'049.– bewegen (vgl. act. 3/10, 21; act. 12/565) erscheint die ursprüngliche Streitwertschätzung von CHF 200'000.– angemessen. Weiter hat die Klägerin gestützt auf diese Schätzung den Kostenvorschuss geleistet, woraus geschlossen werden kann, dass dieser auch etwa ihrem Interesse an der vorliegenden Klage entspricht bzw. zumindest dieses nicht übersteigt. Somit ist in der Folge von einem Streitwert von CHF 200'000.– auszugehen. Die in den massgeblichen Verordnungen zur Kostenverlegung vorgesehenen Reduktionsmöglichkeiten aufgrund des vorliegend summarischen Verfahrens (vgl. § 8 Abs. 1

GebV OG; § 9 AnwGebV) gewährleisten sodann, dass das vorliegende Kostenrisiko erheblich geringer ist als bei einer im vereinfachten oder ordentlichen Verfahren durchzuführenden Leistungsklage.

6.2. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 8'000.– festzusetzen, der Klägerin aufzuerlegen und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

6.3. Die Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren zu bemessen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage bildet auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient. Für jede weitere notwendige Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Im summarischen Verfahren wird die Gebühr in der Regel auf zwei Drittel bis einen Fünftel ermässigt (§ 9 AnwGebV). Die vorgenannten Faktoren führen in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV sowie unter Berücksichtigung des vorliegenden Prozessverlaufs (vgl. Ziff. 2). zu einer Prozessentschädigung in der Höhe von CHF 13'000.–, welche ausgangsgemäss der Beklagten zuzusprechen ist.

Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.). Die Beklagte verlangt eine Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer (act. 11 S. 2). Sie behauptet aber keine für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände. Daher ist der Beklagten die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 8'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 13'000.– 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 200'000.–.

Zürich, 26. Januar 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Susanna Schneider