

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE160157-O

U/ee

Mitwirkend: der Ersatzoberrichter Dr. Stephan Mazan sowie der Gerichtsschreiber Adrian Joss

## Urteil vom 13. Juli 2016

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.**\_\_\_\_\_ **AG**,  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Einsetzung eines Sonderprüfers**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1)

"Es sei ein unabhängiger Sachverständiger mit der Durchführung einer Sonderprüfung und der Beantwortung folgender Fragen zu beauftragen:

1. Welche finanziellen Leistungen, anderen geldwerten Leistungen und sonstigen Vorteile haben Verwaltungsratspräsident C.\_\_\_\_\_ und Verwaltungsrat D.\_\_\_\_\_ von der Beklagten und ihrer Tochtergesellschaft E.\_\_\_\_\_ AG in den Geschäftsjahren 2011 bis 2015 bezogen?
2. Welche finanziellen Leistungen, anderen geldwerten Leistungen und sonstigen Vorteile haben die übrigen Familienmitglieder von Verwaltungsratspräsident C.\_\_\_\_\_ (F.\_\_\_\_\_ [Ehefrau von C.\_\_\_\_\_], G.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_, I.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ [Nachkommen von C.\_\_\_\_\_]) von der Beklagten und ihrer Tochtergesellschaft E.\_\_\_\_\_ AG in den Geschäftsjahren 2011 bis 2015 bezogen?
3. Hat die Beklagte Verwaltungsratspräsident C.\_\_\_\_\_ oder seinen Familienmitgliedern (F.\_\_\_\_\_ [Ehefrau von C.\_\_\_\_\_], Verwaltungsrat D.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_, I.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ [Nachkommen von C.\_\_\_\_\_]) neben dem Darlehen vom 1. Dezember 2015 weitere Darlehen gewährt?

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich MWSt) zu Lasten der Beklagten."

**Erwägung:**

1. Sachverhaltsüberblick

1.1 Die "B.\_\_\_\_\_ AG" (fortan: die Beklagte) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in .... Sie wurde im Jahr 2000 von K.\_\_\_\_\_ gegründet. Der Hauptzweck der Beklagten ist der Betrieb von ...zentren und Wohnüberbauungen mit Service. Das Aktienkapital beträgt Fr. 400'000.00 und ist eingeteilt in 400 Namenaktien mit einem Nennwert von je Fr. 1'000.00 (act. 2).

1.2 Nebst der Beklagten gründete K.\_\_\_\_\_ verschiedene weitere Gesellschaften, die im Wesentlichen auch den Betrieb von ...- und ...heimen bezweckten. Zu erwähnen ist namentlich die L.\_\_\_\_\_ Holding AG, die verschiedene Tochtergesellschaften (u.a. die L.\_\_\_\_\_ AG) und Enkelgesellschaften hielt. Die Klägerin

("B.\_\_\_\_\_ AG") war nicht Teil der "L.\_\_\_\_\_ Holding AG" (act. 3/1 [Organigramm der "L.\_\_\_\_\_ Gruppe"]).

1.3 Die Aktien der hier einzig interessierenden Beklagten ("B.\_\_\_\_\_ AG") befinden sich seit je im Eigentum der Familie K.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_ sowie deren Nachkommen C.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_ (fortan: die Klägerin) und N.\_\_\_\_\_. Nach dem Tod von K.\_\_\_\_\_ (gestorben am tt.mm.2010) und M.\_\_\_\_\_ (gestorben am tt.mm.2011) hielten deren Nachkommen - C.\_\_\_\_\_, die Klägerin und N.\_\_\_\_\_ - in einem Erbteilungsvertrag vom 23. Oktober 2014 fest, dass sich alle Aktien der Beklagten im Eigentum der Erbengemeinschaft der M.\_\_\_\_\_ befänden und dass diese Aktien den Erben wie folgt zugewiesen würden (act. 3/8, insbes. S. 8):

- 263 Namenaktien an C.\_\_\_\_\_
- 96 Namenaktien an die Klägerin und
- 41 Namenaktien an N.\_\_\_\_\_.

Seit der Erbteilung ist C.\_\_\_\_\_ mit knapp 66% der Aktien Mehrheitsaktionär der Beklagten. Die Klägerin mit 24% der Aktien und N.\_\_\_\_\_ mit gut 10% der Aktien sind Minderheitsaktionäre.

1.4 Verwaltungsratspräsident der Beklagten war ursprünglich K.\_\_\_\_\_. Die übrigen Familienmitglieder hatten Verwaltungsratsmandate inne. Nach dem Tod von K.\_\_\_\_\_ übernahm C.\_\_\_\_\_ das Verwaltungsratspräsidium der Beklagten. Am 14. April 2015 wurde D.\_\_\_\_\_ (Sohn von C.\_\_\_\_\_) als weiteres Mitglied in den Verwaltungsrat der Beklagten aufgenommen.

1.5 Mit Schreiben vom 22. Dezember 2015 wandte sich die Klägerin an den Verwaltungsrat der Beklagten - dem sie damals auch selbst noch angehörte - und stellte ein Auskunfts- und Einsichtsbegehren zu Händen der ordentlichen Generalversammlung der Beklagten vom 22. Januar 2016; Hintergrund des Auskunfts- und Einsichtsbegehrens war insbesondere die Vermutung der Klägerin, dass ungerechtfertigte Bezüge von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ die Dividendenansprüche der Aktionäre schmälern könnten (act. 3/13/1). Weiter stellte die Klägerin gestützt auf Art. 699 Abs. 3 OR den Traktandierungsantrag für die Generalversammlung vom

22. Januar 2016, es sei für das Geschäftsjahr 2014 eine Dividende von Fr. 1'000'000.00 (Fr. 333'333.33 je Aktionär) auszuschütten (act. 3/13/4).

1.6 Mit Schreiben vom 28. Dezember 2015 wies der Vertreter von C.\_\_\_\_\_ die Vermutung von unrechtmässigen und die Dividendenansprüche der Mitaktionäre schmälernde Bezüge durch C.\_\_\_\_\_ und dessen Sohn D.\_\_\_\_\_ zurück und schlug vor, die Vorwürfe durch einen neutralen Wirtschaftsprüfer untersuchen zu lassen (act. 3/16/1). Weiter äusserte sich der Vertreter von C.\_\_\_\_\_ in einem separaten Schreiben vom gleichen Tag zu den Dividendenvorstellungen der Klägerin (act. 3/16/2).

1.7 An der Generalversammlung der Beklagten vom 22. Januar 2016 wurden N.\_\_\_\_\_ und die Klägerin als Verwaltungsräte der Beklagten abgewählt (act. 3/10 S. 4) und am 29. Januar 2016 im Handelsregister gestrichen (act. 3/2/3). Weiter wurde anlässlich der Generalversammlung der Beklagten vom 22. Januar 2016 der Antrag auf Einsetzung eines Sonderprüfers abgelehnt (act. 3/10 S. 5 f.).

1.8 Nach der Ablehnung ihres Antrages auf Einsetzung eines Sonderprüfers beantragt die Klägerin dem Handelsgericht gestützt auf Art. 697b OR die gerichtliche Einsetzung eines Sonderprüfers.

## 2. Prozessverlauf

2.1 Mit Klage vom 7. April 2016 beantragte die Klägerin die Einsetzung eines Sonderprüfers zur Prüfung der im Rechtsbegehren umschriebenen Vorwürfe (act. 1).

2.2 Mit Verfügung vom 12. April 2016 wurde der Klägerin Frist für die Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten von Fr. 6'600.00 und der Beklagten Frist für die schriftliche Beantwortung der Klage angesetzt (Prot. S. 2, act. 4).

2.3 Der Vorschuss ging am 15. April 2016 rechtzeitig ein (act. 6).

2.4 Mit Eingabe vom 19. April 2016 reichte die Klägerin eine Ergänzung zur Begründung ihrer Klage ein (act. 7). Mit Verfügung vom 25. April 2016 wurde diese

Ergänzung der Beklagten zur Stellungnahme innerhalb der bereits angesetzten Frist zur Beantwortung der Klage zugestellt (act. 9).

2.4 Innert einmal erstreckter Frist reichte die Beklagte ihre Klageantwort am 15. Juni 2016 ein. Im Hauptstandpunkt beantragte die Beklagte die Abweisung der Klage, soweit darauf einzutreten sei. Im Eventualstandpunkt beantragte sie, die Klägerin zur Tragung der Kosten der Sonderprüfung zu verpflichten (act. 14).

2.5 Die Klageantwort wurde der Klägerin am 20. Juni 2016 zugestellt (Prot. S. 5), worauf die Klägerin am 1. Juli 2016 eine kurze Stellungnahme einreichte (act. 20). Diese Stellungnahme wurde der Beklagten zugestellt (Prot. S. 6).

### 3. Prozessuales

3.1 Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 5 Abs. 1 lit. g ZPO i.V.m. § 45 lit. a GOG). Dies ist unbestritten (act. 1 Rz. 12; act. 14 Rz. 3 und 83).

3.2 Die gerichtliche Anordnung der Sonderprüfung untersteht dem summarischen Verfahren (Art. 250 lit. c Ziff. 8 ZPO). Das Gesetz sieht für das summarische Verfahren keinen doppelten Schriftenwechsel vor (Art. 253 ZPO). Die klagende Partei hat mithin das gesamte Klagefundament (substantiierte Parteibehauptungen und Bezeichnung der Beweismittel) mit der Klage vorzutragen. Nach dem Eingang der Klageantwort ist der Schriftenwechsel grundsätzlich abgeschlossen.

3.3 Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs wurde die Klageantwort der Klägerin (Prot. S. 5) und die alsdann eingegangene Stellungnahme der Beklagten zugestellt (Prot. S. 6). Das Verfahren ist spruchreif.

### 4. Materielles

#### 4.1. Gesetzliche Regelung

4.1.1 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 Einsicht gemäss Art. 697 OR bereits ausgeübt hat (Art. 697a Abs. 1 OR). Wenn die Generalversammlung dem Antrag entspricht, kann die Gesellschaft oder jeder Aktionär innert 30 Tagen den Richter um Einsetzung eines Sonderprüfers ersuchen (Art. 697a Abs. 2 OR). Wenn die Generalversammlung dem Antrag nicht entspricht, können Aktionäre, die zusammen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von 2 Millionen Franken vertreten, innert dreier Monate den Richter ersuchen, einen Sonderprüfer einzusetzen (Art. 697b Abs. 1 OR). 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. 697 Abs. 2 OR).

4.1.2 In Bezug auf die formellen Voraussetzungen für die Durchführung einer Sonderprüfung (insbesondere das Erfordernis der Subsidiarität [vorgängige Ausübung des Auskunfts- und Einsichtsrechts]) gilt das Regelbeweismass, d.h. es ist der volle Beweis zu erbringen. Demgegenüber genügt in Bezug auf die materiellen Voraussetzungen der Sonderprüfung gemäss Art. 697b Abs. 2 OR das Beweismass der Glaubhaftmachung (BGE 140 III 610 E. 4.3 mit Hinweisen).

4.1.3 Das Begehren um Durchführung der Sonderprüfung muss sich auf einen bestimmten Gegenstand beziehen, d.h. auf einen hinreichend klar umschriebenen Bereich der Gesellschaftstätigkeit (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage 2009, § 16 N 43). Als reines Untersuchungsinstrument kann die Sonderprüfung nur Informationen liefern. Gegenstand einer Sonderprüfung sind folglich einzig Tatsachenfeststellungen, nicht aber die Beurteilung von Ermessensentscheidungen oder die Beantwortung von Rechtsfragen (BSK OR II-Weber, 4. Auflage 2012, Art. 697a N. 16 f.).

#### 4.2. Formelle Voraussetzung der Sonderprüfung

4.2.1 Die Klägerin machte ihr Auskunfts- und Einsichtsrecht mit Schreiben vom 22. Dezember 2015 geltend (act. 3/13/1). In der Folge übte sie ihr Einsichtsrecht am 8. Januar 2016 aus (act. 1 Rz. 6 und Rz. 36 ff., act. 10 S. 5). Nach Ausübung des Auskunfts- und Einsichtsrechts (Art. 697 OR) stellte die Beklagte an der Generalversammlung vom 22. Januar 2016 einen Sonderprüfungsantrag (Art. 697a f. OR; act. 3/10 S. 5 f.). Die Voraussetzung der Subsidiarität ist erfüllt.

4.2.2 Der klägerische Sonderprüfungsantrag wurde anlässlich der Generalversammlung vom 22. Januar 2016 abgewiesen (act. 10 S. 5 f.). Am 7. April 2016 gelangte die Klägerin ans Handelsgericht und beantragte die gerichtliche Einsetzung eines Sonderprüfers (act. 1). Damit ist die Frist von 3 Monaten für die gerichtliche Anordnung der Sonderprüfung gewahrt (Art. 697b Abs. 1 OR).

4.2.3 Die Klägerin ist Eigentümerin von 93 von 400 Aktien bzw. 24% der Aktien. Sie hält damit mehr als 10% der Aktien, die für eine Sonderprüfungsklage erforderlich ist (Art. 697b Abs. 1 OR). Das Quorum ist erfüllt.

#### 4.3. Materielle Voraussetzungen der Sonderprüfung

##### 1.1.1. Behauptungen, welche nicht die Beklagte betreffen

Im vorliegenden Verfahren wurde die Einsetzung eines Sonderprüfers betreffend die Beklagte - "B.\_\_\_\_\_ AG" - verlangt. Die Sonderprüfung kann sich nur auf Sachverhalte beziehen, welche diese Gesellschaft und ihrer Tochter "E.\_\_\_\_\_ AG" betreffen. In ihrem *Rechtsbegehren* nennt die Klägerin richtigerweise nur Sachverhalte, welche sich auf die Beklagte - "B.\_\_\_\_\_ AG" - und deren Tochter "E.\_\_\_\_\_ AG" beziehen. In ihrer *Begründung* nimmt die Klägerin jedoch Bezug auf Sachverhalte, die andere "L.\_\_\_\_\_ -Gesellschaften" betreffen, die von der Beklagten zu unterscheiden sind. Es wurde bereits erwähnt (E. 1.2 mit Hinweis auf das Organigramm der "L.\_\_\_\_\_ Gruppe"), dass die Beklagte - "B.\_\_\_\_\_ AG" - eine selbständige Gesellschaft ist. Sie ist unabhängig von weiteren "L.\_\_\_\_\_ -Gesellschaften" wie der "L.\_\_\_\_\_ Holding AG" und deren Tochter "L.\_\_\_\_\_ AG". Deshalb haben die Ausführungen der Klägerin im Zusammenhang mit dem "Kontokorrent bei der L.\_\_\_\_\_ AG" (act. 1 Rz. 39-47) nichts mit der Beklagten zu tun;

die Beklagte kann und muss sich nicht zu einem Sachverhalt äussern, die andere Gesellschaften betreffen. Weiter haben die Ausführungen der Klägerin mit der angeblichen Nutzung einer im Eigentum der "L.\_\_\_\_\_ AG" stehenden Liegenschaft durch C.\_\_\_\_\_ und seiner Ehefrau (act. 1 Rz. 52 und 53) nichts mit der Beklagten zu tun; die Beklagte - "B.\_\_\_\_\_ AG" - ist nicht mit der "L.\_\_\_\_\_ AG" verbunden und kann sich nicht zu Sachverhalten betreffend einer anderen Aktiengesellschaft äussern. Weiter haben die Ausführungen betreffend die private Nutzung eines angeblich von der "L.\_\_\_\_\_ -Gruppe" finanzierten Wagenparkes (act. 1 Rz. 54-57) nichts mit der Beklagten - "B.\_\_\_\_\_ AG" - zu tun; die Beklagte - "B.\_\_\_\_\_ AG" - ist eine unabhängige Gesellschaft, die mit anderen "L.\_\_\_\_\_ -Gesellschaften" - weder mit der "L.\_\_\_\_\_ Holding AG" noch mit deren Tochter "L.\_\_\_\_\_ AG" - etwas zu tun hat. Sodann betreffen die angeblichen Arbeitsverträge der Familienangehörigen von C.\_\_\_\_\_ mit Gesellschaften der "L.\_\_\_\_\_ -Gruppe" (act. 1 Rz. 58-59) nicht die Beklagte, sondern die "L.\_\_\_\_\_ AG" (act. 3/23-29); zu Verträgen der "L.\_\_\_\_\_ AG" mit Familienangehörigen von C.\_\_\_\_\_ kann und muss sich die Beklagte - "B.\_\_\_\_\_ AG" - nicht äussern. Schliesslich betreffen auch die Vorwürfe von eigenmächtigen Bezügen von C.\_\_\_\_\_ bei "L.\_\_\_\_\_ -Gesellschaften" (act. 1 Rz. 116-132) und Abzweigung von Mitteln der Erbengemeinschaft (act. 1 Rz. 133-141) nicht die Beklagte. Die Beklagte macht somit zutreffend geltend, dass Sachverhalte, die andere "L.\_\_\_\_\_ -Gesellschaften" betreffen, nicht Gegenstand einer Sonderprüfungsklage gegen sie - die Beklagte - sein könnten (act. 14 Rz. 8, 15 und 18 ff.). Insbesondere ändert daran auch der Hinweis der Klägerin in ihrer Stellungnahme vom 1. Juli 2016 nichts, die involvierten Personen seien persönlich und wirtschaftlich identisch (act. 20 Rz. 1-3). Diese Aussage ist angesichts der rechtlichen Selbständigkeit der Beklagten und der übrigen "L.\_\_\_\_\_ -Gesellschaften" nicht nur irrelevant, sondern überdies auch noch falsch. Richtig ist vielmehr, dass die Gesellschaften nicht nur rechtlich getrennt und eigenständig sind, sondern auch personell und wirtschaftlich getrennt sind, seit die Klägerin aus dem Verwaltungsrat der von C.\_\_\_\_\_ beherrschten Beklagten (vgl. act. 3/2/3) und C.\_\_\_\_\_ aus den Verwaltungsräten der "L.\_\_\_\_\_ -Gesellschaften" ausgeschieden sind (vgl. act. 3/2/2 [L.\_\_\_\_\_ Holding AG] und act. 3/2/4 [L.\_\_\_\_\_ AG]). Es erstaunt daher, dass die Klägerin in Bezug auf Sachver-

halte, welche die "L.\_\_\_\_\_-Gesellschaften" betreffen, von der Beklagten Auskunft und Einsicht verlangt, obwohl sie zusammen mit ihrem Bruder in den Verwaltungsräten der genannten "L.\_\_\_\_\_-Gesellschaften" sitzt.

#### 1.1.2. Behauptungen, welche die Beklagte betreffen

a. Nebst den irrelevanten - weil die "L.\_\_\_\_\_-Gesellschaften" betreffenden - Vorbringen macht die Klägerin geltend, C.\_\_\_\_ habe sich von der Beklagten am 1. Dezember 2015 ein ungesichertes und nicht marktkonform verzinstes Darlehen von Fr. 500'000.00 mit einer Laufzeit von 20 Jahren auszahlen lassen (act. 1 Rz. 48-51). Ferner habe er sich am 22. März 2016 ein weiteres Aktionärsdarlehen über Fr. 1'000'000.00 auszahlen lassen (act. 1 Rz. 75 und 159 ff.). Beide Darlehen sind unbestritten und belegt (Darlehen vom 1. Dezember 2015 über Fr. 500'000.00 [act. 3/19, act. 14 Rz. 40, act. 30 S. 2]; Darlehen vom 22. März 2016 über Fr. 1'000'000.00 [act. 3/31]). Unbestrittene Sachverhalte können nicht Gegenstand einer Sonderprüfung sein. Die Sonderprüfung kann nur die Abklärung von Sachverhalten beinhalten, die zur Ausübung von Aktionärsrechten *erforderlich* sind (Art. 697a Abs. 1 OR). Diese Voraussetzung ist bei bekannten Sachverhalten nicht gegeben. In Bezug auf das zweite Darlehen vom 22. März 2016 über Fr. 1'000'000.00 kommt hinzu, dass die Klägerin die Durchführung einer Sonderprüfung betreffend Vorgänge in den Geschäftsjahren 2011 bis 2015 beantragt. Von diesem Rechtsbegehren wird das Darlehen von 22. März 2016 über Fr. 1'000'000.00 nicht erfasst. Die Dispositionsmaxime verbietet es, mehr oder anderes zuzusprechen, als von der Klägerin verlangt (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Insgesamt fehlt es diesbezüglich an der Voraussetzung der Erforderlichkeit (Art. 697a Abs. 1 OR). Ob diese Aktionärsdarlehen der Beklagten (vertreten durch die Verwaltungsräte C.\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_) an den Mehrheitsaktionär C.\_\_\_\_ als sorgfalts- und/oder treuwidriges Handeln eines Organs im Sinn von Art. 717 OR zu qualifizieren ist (so act. 1 Rz. 102 und 146), auf unzulässigem Selbstkontrahieren und damit auf einem zivilrechtlich nichtigen Rechtsgeschäft beruht (so act. 1 Rz. 51, 104, 152 und 154) und vor diesem Hintergrund Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 754 OR nach sich ziehen könnten (so act. 1 Rz. 97), kann die Klägerin in einem Verantwortlichkeitsverfahren geltend machen, wenn sie dies für ange-

bracht hält; eine Sonderprüfung steht zur Klärung dieser Rechtsfragen nicht zur Verfügung. Wenn sie der Meinung sein sollte, dass die Darlehensgewährung bzw. angebliche Darlehensverheimlichung auch "unter strafrechtlichem Blickwinkel zu prüfen wäre" (so act. 1 Rz. 154 ff.), steht es ihr frei, das Notwendige vorzukehren. Auch dieses Argument bildet keinen Grund für eine Sonderprüfung.

b. Nebst den unbestrittenen Darlehen vom 1. Dezember 2015 über Fr. 500'000.00 und vom 26. März 2016 über Fr. 1'000'000.00 mutmasst die Klägerin, dass es sich dabei nicht um die beiden einzigen Darlehen handeln könnte (act. 1 Rz. 106, 111, 147, 150 f.); an anderer Stelle geht sie davon aus, es bestehe "kein Zweifel", dass sich C.\_\_\_\_\_ bei der Beklagten weitere Darlehen genehmigt habe (act. 1 Rz. 147). Schliesslich vermutet sie, dass weitere Arbeits- und Dienstleistungsverträge zwischen der Beklagten und C.\_\_\_\_\_ resp. seinen Familienmitgliedern abgeschlossen worden sein könnten (act. 1 Rz. 166 ff.).

Auch diesbezüglich rechtfertigt sich keine Sonderprüfung, weil die klägerischen Vorbringen nicht genügend substantiiert sind. Die Klägerin äussert sich nicht einmal ansatzweise dazu, wann welche Darlehen gewährt worden sein sollen. Dies erstaunt deshalb, weil die Beklagte in der relevanten Zeit zwischen 2011 und 2015 Verwaltungsrätin der Beklagten gewesen war und damit aufgrund der unübertragbaren Finanzkompetenzen des Verwaltungsrates (insbes. Art. 716a Ziff. 3 OR) wenigstens ansatzweise Kenntnis hätte haben müssen von allfälligen Darlehen an Aktionäre bzw. nahestehende Dritte. Auch wenn die Ausschöpfung des Auskunftsanspruchs des Verwaltungsrats kein formelles Erfordernis der Sonderprüfung darstellt (Art. 715a OR; BGE 133 III 133 E. 3.3), mutet es seltsam an, dass die Klägerin während ihrer Amtszeit als Verwaltungsrätin der Beklagten ihr Auskunftsrecht nicht ausgeübt hätte, wenn ihr Informationen vorenthalten worden sein sollten. Hinzu kommt, dass der Klägerin und ihrem Rechtsvertreter am 8. Januar 2016 umfassend und während sechs Stunden Einsicht in die Geschäftsunterlagen der Beklagten gewährt wurde (act. 1 Rz. 36-38, act. 14 Rz. 96-97), so dass sie hätte in der Lage sein sollen, ihr Begehren wenigstens ansatzweise zu substantiieren.

Für den Fall, dass von einer genügenden Substantiierung ausgegangen werden sollte, wären die Tatsachenbehauptungen der Klägerin nicht glaubhaft gemacht. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 140 III 610 E. 4.1 S. 613 mit Hinweisen). Die Beklagte trägt blosse Vermutungen vor, gibt aber keine objektiven Anhaltspunkte für ihre Behauptungen an. Damit sind die Behauptungen nicht glaubhaft gemacht.

Für den Fall, dass die Behauptungen der Klägerin genügend substantiiert und auch glaubhaft gemacht sein sollten, wäre zu berücksichtigen, dass die Beklagte der Klägerin umfassende Einsicht in die Geschäftsunterlagen gewährte und dass die Beklagte davon im Beisein ihres Rechtsvertreters und einer weiteren Vertrauensperson am 8. Januar 2016 während mehreren Stunden Gebrauch machte. Wie erwähnt ist die Sonderprüfung subsidiär zum Anspruch auf Auskunft und Einsicht (Art. 697a Abs. 1 OR). Da der Klägerin unbestritten am 8. Januar 2016 während mehreren Stunden Einsicht gewährt wurde, wäre es deren Sache gewesen, wenigstens ansatzweise anzugeben, *wann* in der Zeit zwischen 2011 und 2015 *welche* Aktionärsdarlehen ausgerichtet wurden, was ihr möglich gewesen wäre, nachdem Finanzanlagen in der Bilanz ausgewiesen werden müssen (vgl. act. 16/9 Blatt 5 bez. des Darlehens von Fr. 500'000.00 [Pos. "Langfristiges Darlehen Aktionäre"]). Es ist auch nicht nachvollziehbar, weshalb die Klägerin, die am 8. Januar 2016 während mehreren Stunden Einsicht in die Geschäftsunterlagen der Beklagten nehmen konnte, nicht in der Lage war, Anhaltspunkte dafür zu geben, welche Arbeits- und Dienstleistungsverträge mit C.\_\_\_\_\_ resp. seinen Familienmitgliedern abgeschlossen wurden.

#### 4.4. Fazit

Ein Grossteil der Behauptungen betreffen nicht die Beklagte, sondern andere "L.\_\_\_\_\_-Gesellschaften" (E. 4.3.1). Die Behauptungen, welche die Beklagte betreffen, sind entweder unbestritten (E. 4.3.2 lit. a) bzw. unsubstantiiert und nicht glaubhaft gemacht (E. 4.3.2 lit. b). Die Klage ist abzuweisen.

## 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1 Die Klägerin beziffert den Streitwert auf Fr. 100'000.00 (act. 1 Rz. 13). Die Beklagte geht von einem Streitwert von maximal Fr. 30'000.00 aus (act. 14 Rz. 4). Die Streitigkeit ist vermögensrechtlich, lautet aber nicht auf eine bestimmte Geldsumme. Wenn die Parteien wie im vorliegenden Fall unterschiedliche Streitwerte angeben, setzt das Gericht den Streitwert fest (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Dabei ist der Streitwert nach dem Ermessen des Gerichtes zu schätzen. Anhaltspunkte geben die Interessen des Klägers (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2016, Art. 91 Rz. 25 f.). Die Klägerin verlangt die Einsetzung eines Sonderprüfers im Hinblick auf eine aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage. Sie beargwöhnt finanzielle Unregelmässigkeiten zulasten der Beklagten in erheblicher Höhe. Namentlich stört sie sich an der Gewährung von zwei Aktionärsdarlehens über Fr. 500'000.00 und Fr. 1'000'000.00 an C.\_\_\_\_\_. Zudem rügt sie weitere geldwerte Bezüge, die teils nicht bestimmt sind und teils nicht die Beklagte betreffen, sondern andere "L.\_\_\_\_\_-Gesellschaften". Insgesamt scheint angesichts der von der Klägerin erwähnten finanziellen Ansprüche ein Streitwert von Fr. 100'000.00 angemessen.

5.2 Bei einem Streitwert von Fr. 100'000.00 resultiert eine einfache Gerichtsgebühr von Fr. 8'750.00 (§ 4 GebV OG). Im summarischen Verfahren rechtfertigt sich eine Reduktion der Gerichtsgebühr (§ 8 Abs. 1 GebV OG), weshalb eine Gerichtsgebühr von Fr. 6'600.00 festzusetzen ist. Entsprechend dem Verfahrensausgang wird die Klägerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

5.3 Ferner wird die Klägerin unter Berücksichtigung des Verfahrensausgangs auch entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die einfache Parteientschädigung beträgt beim vorliegenden Streitwert Fr. 10'900.00 (§ 4 AnwGebV). Auch bezüglich der Parteientschädigung rechtfertigt sich im summarischen Verfahren eine Reduktion (§ 9 AnwGebV), weshalb die Prozessentschädigung auf Fr. 7'200.00 festzusetzen ist. Die Beklagte beantragt zwar die Vergütung der Mehrwertsteuer (act. 14 S. 2), äussert sich aber nicht zur Möglichkeit des Vorsteuerabzugs, welche bei ihr mit grösster Wahrscheinlichkeit gegeben ist. Es ist daher kein Zuschlag für die Mehrwertsteuer zuzusprechen (vgl. Kreisschreiben

des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006/17. September 2010 und BGE 5A\_552/2015 vom 25.05.2016 E. 4.5).

**Der Einzelrichter erkennt:**

1. Die Klage um Einsetzung eines Sonderprüfers wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 6'600.00 festgesetzt.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 7'200.00 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 100'000.00.

Zürich, 13. Juli 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Adrian Joss