

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE220090-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan sowie Gerichtsschreiberin
Dr. Corina Bötschi

Verfügung und Urteil vom 23. Februar 2023

in Sachen

A._____,
Gesuchsteller

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X2._____

gegen

B._____ AG,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y2._____

betreffend **Einsetzung eines Sonderprüfers**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 ff.)

- "1. Es sei ein unabhängiger Sachverständiger als Sonderprüfer einzusetzen und mit der Durchführung einer Sonderprüfung im Sinne von Art. 697a ff. OR bei der Gesuchsgegnerin zu beauftragen, um im Rahmen der Sonderprüfung die folgenden Sachverhalte und Fragen abzuklären:
- 1.1. Worin bestanden die in der Jahresrechnung der Gesuchsgegnerin für das Geschäftsjahr 2021 verbuchten Aufwendungen für (i) "*Accounting, auditing, legal & tax*" von CHF 1'552'652 und für (ii) "*Related party service expenses*" von CHF 1'713'930?
 - 1.2. Welche Handlungen und/oder Geschäfte und/oder Beschlüsse des Verwaltungsrats und/oder der Geschäftsführung der Gesuchsgegnerin führten zu diesen Aufwendungen und welche Dienstleistungen und/oder Produkte hat die Gesuchsgegnerin zu welchen Preisen unter diesen zwei Positionen erworben, bezogen und/oder in Auftrag gegeben?
 - 1.3. Welche Honorare wurden im Geschäftsjahr 2021 an welche Berater geleistet und für welche Dienstleistungen wurden diese Aufwendungen gemäss den entsprechenden Rechnungen und/oder Time Sheets der Berater, unter Angabe der einzelnen Beträge und Positionen, entrichtet?
 - 1.4. Welche zivil-, straf- oder verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten, an denen die Gesuchsgegnerin als Partei oder in anderer Stellung am Verfahren beteiligt ist bzw. war, waren im Geschäftsjahr 2021 hängig?
 - 1.5. Welche Massnahmen traf der Verwaltungsrat und/oder die Geschäftsleitung im Geschäftsjahr 2021, um sicherzustellen, dass Leistungen an Personen, welche bei einer von Herrn C._____ als Mehrheitsaktionär direkt oder indirekt kontrollierten Gesellschaft beschäftigt sind und/oder für diese handeln, zu Marktkonditionen (at arm's length) erbracht werden?
 - 1.6. Welche konkreten Massnahmen traf die Gesuchsgegnerin im Geschäftsjahr 2021, um sicherzustellen, dass mit allfälligen Interessenskonflikten, insbesondere mit Bezug auf die Mandatierung von nahestehenden Gesellschaften, korrekt umgegangen wird?

Eventualiter sei der Sonderprüfer zu beauftragen, im Rahmen der Sonderprüfung die im Anhang zum Schreiben des Gesuchstellers an die Gesuchsgegnerin vom 4. November

2021 enthaltenen Fragen 1-17 abzuklären und zu beantworten.

2. Es sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, den Kostenvorschuss (zzgl. MwSt.) für die Sonderprüfung zu leisten sowie die Kosten der Sonderprüfung (zzgl. MwSt.) zu tragen;
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Sachverhaltsüberblick

1.1. Am tt.mm 2018 gründeten A._____ (Gesuchsteller) und C._____ die B._____ AG (Gesuchsgegnerin). Der Gesuchsteller hält 49% der Gesuchsgegnerin. 51% der Aktien werden von der B1._____ AG gehalten, die von C._____ kontrolliert wird. Die Gründung der Gesuchsgegnerin steht im Zusammenhang mit dem geplanten Aufbau eines Risikokapitalfonds in D._____ [Ortschaft], der auf Investitionen in nachhaltige Lebensmittelsysteme fokussiert.

1.2. Die im vorliegenden Verfahren im Zentrum stehende Gesuchsgegnerin bezweckt gemäss ihren Statuten vom tt.mm 2018 die "Erbringung von ... und Analysen im Bereich von ...".

1.3. Nach der Gründung der Gesuchsgegnerin waren zunächst der Gesuchsteller Präsident des Verwaltungsrates und C._____ Vizepräsident des Verwaltungsrates (act. 1 Rz. 28). Ab Sommer 2020 setzte sich der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin neu aus vier Personen zusammen, nämlich (act. 1 Rz. 72):

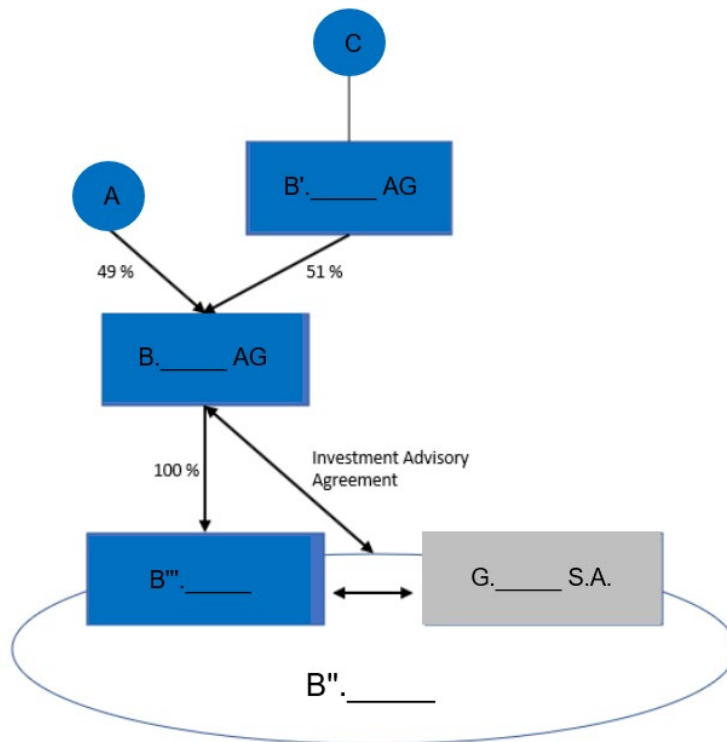
- dem Gesuchsteller (Präsident des Verwaltungsrates)
- C._____ (Vizepräsident des Verwaltungsrates und gleichzeitig Präsident des Verwaltungsrats der B1._____)
- E._____ (CEO der B1._____)
- F._____ (CFO der B1._____).

Im Mai 2021 traten der Gesuchsteller und C._____ aus dem Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin zurück, so dass sich der Verwaltungsrat seither nur noch aus Vertretern der B1._____ AG zusammensetzt, nämlich (act. 1 Rz. 81):

- E._____ (Präsident des Verwaltungsrates und CEO der B1._____) und
- F._____ (CFO der B1._____).

1.4. Im Februar 2019 wurde der eingangs erwähnte Plan der Gründung eines Risikokapitalfonds in D._____ für Investitionen in nachhaltige Lebensmittelsysteme umgesetzt. Zu diesem Zweck wurde die D._____ Gesellschaft "B2._____ " (nachfolgend "B2._____") gegründet. Rund um den Risikokapitalfonds B2._____ wurde eine Struktur von Gesellschaften aufgebaut und zwischen diesen diverse Vereinbarungen abgeschlossen (act. 1 Rz. 32 ff.).

- a. Im Zentrum steht die B3._____. Diese Gesellschaft ist eine 100% Tochtergesellschaft der Gesuchsgegnerin. Die B3._____ ist als unbeschränkt haftender Gesellschafter (General Partner) und Geschäftsführer der Fondsgesellschaft (B2._____) vorgesehen. Die Geschäftsführer der B3._____ waren der Gesuchsteller und ein in D._____ ansässiger zweiter Geschäftsführer (act. 1 Rz. 31).
- b. Neben der B3._____ als General Partner wurde die G._____ S.A. mit Sitz in D._____ als "Alternativer Investmentfondsmanager" eingesetzt (act. 1 Rz. 35). Die Beteiligten regelten ihre Zusammenarbeit in einem Investment Advisory Agreement, welches zwischen der G._____ S.A., der B3._____, der B2._____ und der Gesuchsgegnerin (B._____ AG) abgeschlossen wurde (act. 3/10). In diesem Investment Advisory Agreement mandatierte der B2._____ die Gesuchsgegnerin, gegen Bezahlung von Advisory Fees Beratungsdienstleistungen für B2._____ zu erbringen (act. 1 Rz. 36). Die Struktur kann wie folgt skizziert werden (kopiert aus act. 1 Rz. 35 des Gesuchstellers, vgl. die ähnliche Skizze aus der Beilage act. 14/57 S. 5 der Gesuchsgegnerin).



- c. Da die Gesuchsgegnerin die unter dem Investment Advisory Agreement geschuldeten und unter lit. b beschriebenen Beratungsdienstleistungen nicht alleine erbringen konnte, schloss sie einen Beratervertrag mit der H._____ AG ab, um die notwendigen Beratungsdienstleistungen von dieser zu beziehen. Die H._____ AG ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in I._____, die vom Gesuchsteller gehalten wird (act. 1 Rz. 37 und Rz. 47).

1.5. Nachdem der Gesuchsteller und C._____ im Mai 2021 aus dem Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin zurückgetreten waren (vgl. E. 1.3), kam es im Juni 2021 zum endgültigen Zerwürfnis zwischen der Gesuchsgegnerin und dem Gesuchsteller. Am 7. Juni 2021 meldeten E._____ und F._____ (die beiden verbliebenen Verwaltungsräte der Gesuchsgegnerin) beim Handelsregisteramt des Kantons Zürich die Löschung des Gesuchstellers als Geschäftsführer der Gesuchsgegnerin an (act. 1 Rz. 84). Gemäss der Darstellung des Gesuchstellers sollen sich die zwei Aktionäre der Gesuchsgegnerin - der Gesuchsteller als 49%-Minderheitsaktionär und C._____, welcher die B1._____ als 51%-

Mehrheitsaktionärin kontrolliert - spätestens seit Herbst 2020 nicht mehr über die künftige Strategie des B2.____-Funds einig gewesen sein (act. 1 Rz. 55-69). Gemäss der Darstellung der Gesuchsgegnerin habe sie Ende Mai/Anfang Juni 2021 bemerkt, dass der Gesuchsteller Mitarbeiter der Gesuchsgegnerin abgeworben und versucht habe, sich das Geschäft der Gesuchsgegnerin "anzueignen" (act. 12 Rz. 79 ff.).

1.6. Im Anschluss an den Rücktritt aus dem Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin (Mai 2021) und der Entlassung als Geschäftsführer der Gesuchsgegnerin (Juni 2021) stellte der Gesuchsteller dem Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom **28. Juni 2021** ein Auskunftsbegehren mit 18 Fragen. Unter anderem beanstandete der Gesuchsteller, dass die ordentliche Generalversammlung der Gesuchsgegnerin nicht innert 6 Monaten seit Abschluss des Geschäftsjahres durchgeführt wurde (act. 1 Rz. 104 ff. mit Hinweis auf act. 3/45). In der Folge lud der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin die Aktionäre mit Schreiben vom 9. August 2021 zur ordentlichen Generalversammlung vom 31. August 2021 ein; als Traktandum 9 war "Fragen der Aktionäre" aufgeführt (act. 3/46). Im Protokoll der Generalversammlung vom 31. August 2021 wurde festgehalten, dass der Gesuchsteller dem Verwaltungsrat mit Schreiben vom 18. August 2021 eine Frageliste eingereicht habe (möglicherweise eine überarbeitete Liste der Fragen vom 28. Juni 2021). Zu diesen Fragen werde der Verwaltungsrat in einem separaten Schreiben Stellung nehmen (act. 3/47 Blatt 7). Ein solches Antwortschreiben wurde dann allerdings nicht verfasst (act. 1 Rz. 108 [Gesuchsteller], act. 12 Rz. 305 [Gesuchsgegnerin]).

1.7. Mit Schreiben vom **4. November 2021** ersuchte der Gesuchsteller um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung. Dabei verwies er auf seine am 28. Juni 2021 gestellten Fragen, ersuchte um die Beantwortung von 17 im Anhang gestellten Fragen und stellte den Antrag auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung, an welcher die Abberufung des bisherigen Verwaltungsrates und die Ernennung des Gesuchstellers als Verwaltungsrat (Traktandum 1) und die Einsetzung eines Sonderprüfers (Traktandum 2) zu traktandieren sei (act. 3/48). Anlässlich der a.o. Generalversammlung vom 18. Januar

2022 wurden die im Anhang zum Schreiben vom 4. November 2021 gestellten 17 Fragen beantwortet und die Antworten protokolliert. Die übrigen Anträge (Neubesetzung des Verwaltungsrates und Einsetzung eines Sonderprüfers) wurden abgewiesen (act. 1 Rz. 109 ff. mit Hinweis auf act. 3/39 [Gesuchsteller], act. 12 Rz. 306 ff. [Gesuchsgegnerin]).

1.8. Am 7. Juni 2022 lud der Verwaltungsrat die Aktionäre der Gesuchsgegnerin zur ordentlichen Generalversammlung vom 28. Juni 2022 ein (act. 1 Rz. 147 ff. mit Hinweis auf act. 3/54). Die Einladung umfasste auch die Jahresrechnung 2021 (act. 3/40). Nach Kenntnisnahme der Jahresrechnung teilte der Gesuchsteller dem Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom **20. Juni 2022** mit, dass er mit Interesse festgestellt habe, dass die Gesuchsgegnerin im Jahr 2021 CHF 1,5 Mio. für Anwälte und mehr als CHF 1,7 Mio. für Dienstleistungen an Nahestehende ausgegeben habe. Details seien ihm trotz Auskunftsbegehren verweigert worden. Er stelle daher im Hinblick auf die Generalversammlung vom 28. Juni 2022 den Traktandierungsantrag, es sei ein Sonderprüfer einzusetzen (act. 3/55). Anlässlich der ordentlichen Generalversammlung vom 28. Juni 2022 wurde der Antrag auf Einsetzung eines Sonderprüfers mit 51% der Stimmen (den Stimmen der Gesuchsgegnerin) abgewiesen (act. 1 Rz. 147 ff. [Gesuchsteller]; act. 12 Rz. 322 [Gesuchsgegner]).

1.9. Mit dem vorliegenden Gesuch beantragt der Gesuchsteller die gerichtliche Anordnung einer Sonderprüfung. Die Gesuchsgegnerin opponiert gegen die gerichtliche Anordnung einer Sonderprüfung.

2. Prozessverlauf

2.1. Am 22. September 2022 reichte der Gesuchsteller das Begehren um Einsetzung eines Sonderprüfers mit den oben aufgeführten Anträgen ein (act. 1).

2.2. Mit Verfügung vom 23. September 2022 wurde dem Gesuchsteller Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss von CHF 20'000.– zu leisten. Weiter wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Gesuch Stellung zu nehmen (act. 5).

2.3. Der Kostenvorschuss ging rechtzeitig innert erstreckter Frist ein (act. 11).

2.4. In ihrer Stellungnahme vom 7. November 2022 beantragte die Gesuchsgegnerin, das Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers sei vollumfänglich abzuweisen (act. 12).

2.5. Am 23. Dezember 2022 und 12. Januar 2023 reichte der Gesuchsteller zwei Noveneingaben je mit einer Beilage ein (act. 15 und act. 16/61 sowie act. 18 und act. 19/62).

2.6. Mit Verfügung vom 2. Februar 2023 stellte das Gericht dem Gesuchsteller die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin samt Beilagen (act. 12 und act. 14/2-72) zur Kenntnis zu. Gleichzeitig orientierte das Gericht die Gesuchsgegnerin über die oben erwähnten Noveneingaben des Gesuchstellers (act. 21).

2.7. Auf Ersuchen der Gesuchsgegnerin stellte das Gericht die oben erwähnten Noveneingaben zur Kenntnis zu (Prot. S. 5). Eine Stellungnahme der Gesuchsgegnerin ging nicht ein.

2.8. Demgegenüber reichte der Gesuchsteller am 13. Februar 2023 eine Stellungnahme ein, mit welcher er an den Anträgen im Gesuch vom 22. September 2022 festhielt und überdies folgenden prozessualen Antrag stellte (act. 25):

"Es seien die Gesuchsantwortbeilagen 28, 46, 49, 52, 53, 54 und 56 (act. 14/28, 14/46, 14/49, 14/52, 14/53, 14/54, 14/56) aus den Akten zu weisen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

3. Formelles

3.1. Das Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist für das vorliegende Verfahren örtlich zuständig (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies ist unbestritten (act. 1 Rz. 2 [Gesuchsteller], act. 12 Rz. 3 [Gesuchsgegnerin]).

3.2. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 lit. g ZPO i.V.m. § 45 lit. a GOG. Auch die sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts des Han-

delsgericht ist unbestritten (act. 1 Rz. 2 [Gesuchsteller], act. 12 Rz. 3 [Gesuchsgegnerin]).

3.3. Die gerichtliche Anordnung der Sonderprüfung untersteht dem Summarverfahren (Art. 250 lit. c Ziff. 8 ZPO).

3.4. Auf den vom Gesuchsteller im Rahmen der Eingabe vom 13. Februar 2023 gestellten prozessualen Antrag, diverse Gesuchsantwortbeilagen aus dem Recht zu weisen, ist mangels schutzwürdigen Interesses (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO) nicht einzutreten, weil sich zeigen wird, dass die betreffenden Beilagen für die Entscheidungsfindung irrelevant sind, zumal auch der Gesuchsteller behauptet, die betreffenden Beilagen seien "völlig irrelevant" (act. 25 Rz. 6 am Ende).

3.5. Das Verfahren ist spruchreif. Die Eingabe vom 13. Februar 2023 (act. 25) samt Beilagen (act. 26/63-71) ist der Gesuchsgegnerin mit dem vorliegenden Entscheid zur Kenntnisnahme zuzustellen.

4. Rechtliches

4.1. Übergangsrecht

a. Die Bestimmungen zur Sonderprüfung (alte Formulierung) bzw. Sonderuntersuchung (neue Formulierung) wurden mit dem Bundesgesetz vom 19. Juni 2020 revidiert und sind am 1. Januar 2023 in Kraft getreten. Da das vorliegende Verfahren vor dem 1. Januar 2023 eingeleitet wurde und der vorliegende Entscheid nach dem 1. Januar 2023 ergeht, stellen sich übergangsrechtliche Fragen. Gemäss Art. 1 Abs. 1 der Übergangsbestimmungen des Bundesgesetzes vom 19. Juni 2020 sind die Art. 1-4 des SchIT ZGB massgebend, soweit die erwähnten Übergangsbestimmungen nichts anderes vorsehen, was nicht der Fall ist.

b. Gemäss Art. 1 Abs. 1 SchITZGB werden die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes eingetreten sind, nach dem damals geltenden Recht beurteilt. Mit dem vorliegenden Gesuch verlangt der Gesuchsteller (insbesondere) die Abklärung des Sachverhaltes im Zusammenhang mit zwei Aufwandpositionen in der Jahresrechnung 2021 des Gesuchsgegnerin

("Accounting, auditing, legal & tax" im Betrag von CHF 1'552'652 und "Related party service expenses" im Betrag von CHF 1'713'903). Die Jahresrechnung wurde dem Gesuchsteller mit der Einladung zur ordentlichen Generalversammlung vom 7. Juni 2022 als Anhang 3 zugestellt (act. 3/54). Mit Schreiben vom 20. Juni 2022 an den Verwaltungsratspräsidenten der Gesuchsgegnerin beanstandete der Gesuchsteller, dass seine Auskunftsbegehren zu diesen Positionen nicht beantwortet worden seien, weshalb er einen Traktandierungsantrag auf Einsetzung eines Sonderprüfers stelle (act. 3/55). Anlässlich der Generalversammlung vom 28. Juni 2022 wurde der Antrag auf Einsetzung eines Sonderprüfers abgelehnt (act. 3/56). Sämtliche Tatsachen, die für die Beurteilung des Gesuchs relevant sind, sind somit vor dem 31. Dezember 2022 und damit unter der Geltung des früheren Rechts eingetreten.

c. Aus diesen Gründen gelangen übergangsrechtlich die bisherigen Bestimmungen zur Sonderprüfung - und somit auch die bisherigen Formulierungen - zur Anwendung.

4.2. Ausgangslage

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 (aArt. 697a Abs. 1 OR). Entspricht die Generalversammlung dem Antrag nicht, so können Aktionäre, die zusammen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von 2 Millionen Franken vertreten, innert dreier Monate den Richter ersuchen, einen Sonderprüfer einzusetzen (aArt. 697b Abs. 1 OR). Dabei haben sie Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers, wenn sie glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (aArt. 697b Abs. 2 OR).

4.3. Formelle Voraussetzungen: im Allgemeinen

- a. Für die gerichtliche Anordnung einer Sonderprüfung müssen zunächst formelle Voraussetzungen erfüllt sein. Im Einzelnen ist erforderlich,
- dass der Aktionär vorgängig sein Auskunftsrecht ausgeübt hat (aArt. 697a Abs. 1 OR i.V.m. aArt. 697 OR),
 - dass der Antrag eines Aktionärs auf Einsetzung eines Sonderprüfers von der Generalversammlung abgelehnt wurde (aArt. 697b Abs. 1 OR),
 - dass die Beteiligung des Aktionärs bzw. der Aktionärsgruppe, die nach dem ablehnenden Entscheid der Generalversammlung eine gerichtliche Anordnung einer Sonderprüfung durchsetzen will, die gesetzlich definierte Schwelle erreicht (aArt. 697b Abs. 1 OR) und
 - dass die dreimonatige gesetzliche Klagefrist eingehalten wird (aArt. 697b Abs. 1 OR).

In Bezug auf diese formellen Voraussetzungen (vorgängige Ausübung des Auskunftsrechts, abgelehnter Antrag auf Anordnung einer Sonderprüfung, Beteiligungsschwelle und Klagefrist) gilt das Regelbeweismass der vollen Überzeugung (BGE 140 III 610 E. 4.3.3).

b. Im vorliegenden Fall hat der Gesuchsteller mit Schreiben vom 20. Juni 2022 den Traktandierungsantrag gestellt, dass anlässlich der Generalversammlung vom 28. Juni 2022 ein Sonderprüfer einzusetzen sei (act. 3/55), worauf an der Generalversammlung vom 28. Juni 2022 dieser Antrag abgelehnt wurde (act. 3/56, Traktandum 10). Weiter hält der Gesuchsteller unbestritten 49% der Aktien der Gesuchsgegnerin und erreicht damit die in aArt. 697b Abs. 1 OR definierte Beteiligungsschwelle, um die gerichtliche Einsetzung eines Sonderprüfers zu verlangen. Schliesslich ist die dreimonatige Klagefrist für die gerichtliche Anordnung einer Sonderprüfung eingehalten. Insoweit sind die formellen Voraussetzungen für die gerichtliche Anordnung einer Sonderprüfung erfüllt. Vertiefte Abklärungen drängen sind jedoch zur Frage auf, ob das Auskunftsrecht vorgängig ausgeübt wurde.

4.4. Formelle Voraussetzungen: Insbesondere vorgängige Ausübung des Auskunftsrechts

a. Im vorliegenden Fall ist umstritten, ob der Auskunftsanspruch vorgängig ausgeübt wurde. Der Gesuchsteller macht im Wesentlichen geltend, er habe dem Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin zweimal, nämlich am 28. Juni 2021 (act. 3/45) und am 4. November 2021 (act. 3/48), eine Reihe von Fragen gestellt. Die im vorliegenden Gesuch gestellten Sachverhaltsfragen entsprächen inhaltlich den Fragen, welche der Gesuchsteller dem Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin in den Schreiben vom 28. Juni 2021 und 4. November 2021 unterbreitet habe. Im Gesuch würden lediglich "Ergänzungs- und Vertiefungsfragen" zum gleichen Gegenstand bzw. Fragenkomplex (Aufwendungen/Honorare) gestellt, die sich aufgrund der Einsicht in die Jahresrechnung 2021 ergeben hätten. Es sei folglich erwiesen, dass das vorliegende Sonderprüfungsbegehren thematisch vom vorgängigen Auskunfts- und Einsichtsbegehren abgedeckt sei (act. 1 Rz. 162-171; act. 25 Rz. 22 ff.).

b. Dagegen wendet die Gesuchsgegnerin im Wesentlich ein, dass dem vorliegenden Sonderprüfungsbegehren kein Auskunftsbegehren des Gesuchstellers vorausgegangen sei. In seinem Schreiben vom 20. Juni 2022 habe der Gesuchsteller keine Fragen und keine Informationsbegehren gestellt, erst recht keine Fragen, die denjenigen im Rechtsbegehren des Gesuchs entsprächen. Insbesondere sei der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin aufgrund des Schreibens vom 20. Juni 2022 auch nicht verpflichtet gewesen, die am 4. November 2021 gestellten und anlässlich der Generalversammlung vom 18. Januar 2022 soweit möglich bereits beantworteten Fragen nochmals zu beantworten (act. 12 Rz. 159 ff.).

c. Gerichtliche Beurteilung: Wie gesagt ist im Rahmen des Regelbeweismasses der vollen Überzeugung nachzuweisen, dass im Vorfeld bzw. anlässlich der Generalversammlung vom 28. Juni 2022 das Auskunftsrecht ausgeübt wurde. Aus dem Erfordernis der vorgängigen Ausübung des Auskunftsrechts folgt die Subsidiarität des gerichtlichen Anspruchs auf Einsetzung eines Sonderprüfers. Daraus wird abgeleitet, dass das Sonderprüfungsbegehren *thematisch identisch*

mit dem vorgängigen Auskunftsbegehren sein muss. Grund dafür ist, dass der Verwaltungsrat die Gelegenheit erhalten soll, das Informationsbedürfnis der Aktionäre zu befriedigen, bevor ein aufwändiges Verfahren auf Sonderprüfung eingeleitet wird. Massgebend für die thematische Begrenzung der Zulässigkeit eines Sonderprüfungsbegehrens ist deshalb das Informationsbedürfnis des antragstellenden Aktionärs, wie es der Verwaltungsrat nach Treu und Glauben aus dem vorgängigen Auskunftsbegehren erkennen musste (BGE 140 III 610 E. 2). In Bezug auf die thematische Identität des Auskunftsbegehrens mit dem späteren Sonderprüfungsbegehren hat das Bundesgericht unter Hinweis auf verschiedene Literaturstellen angedeutet, dass ein nicht allzu strenger Prüfungsmassstab anzusetzen ist (BGE 140 III 610 E. 4.3.2 mit Hinweis auf verschiedene Literaturstellen).

Im vorliegenden Fall ist vorab festzuhalten, dass der Gesuchsteller in seinem Schreiben vom 20. Juni 2022 keine expliziten Auskunftsbegehren gestellt hat. Der Gesuchsteller stellte lediglich "mit Interesse" fest, dass gemäss Jahresrechnung 2021 für Anwälte CHF 1,5 Mio. und für Dienstleistungen an Nahestehende CHF 1,7 Mio. ausgegeben worden seien und dass seine Auskunftsbegehren verweigert worden seien (vgl. act. 3/55). Konkrete Fragen enthielt dieses Schreiben nicht. Soweit der Gesuchsteller das Fehlen eines konkreten Auskunftsbegehrens im Schreiben vom 20. Juni 2022 mit dem Hinweis zu relativieren versucht, er sei in dieser Phase nicht rechtskundig vertreten gewesen und an sein Auskunftsbegehren dürften keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden, ist ihm entgegenzuhalten, dass es dem geschäftsgewandten Gesuchsteller zumutbar gewesen wäre, nach dem Vorliegen der Jahresrechnung 2021 mit den von ihm beanstandeten Aufwandpositionen die von ihm im Schreiben vom 28. Juni 2021 formulierten Fragen (vgl. act. 3/45) und die von seinem zwischenzeitlichen Rechtsvertreter im Anhang zum Schreiben vom 4. November 2021 verfassten Fragekatalog (vgl. act. 3/48) gezielt auf die von ihm beanstandeten Aufwandposition "Accounting, auditing, legal & tax" (CHF 1'552'652) und "Related party service expenses" (CHF 1'713'903) zu adaptieren.

Insbesondere war auch aus der Sicht des Verwaltungsrates der Gesuchstellerin nach Treu und Glauben nicht erkennbar, dass der Gesuchsteller mit seinem

Schreiben vom 20. Juni 2022 ein Auskunftsbegehren im Hinblick auf die Generalversammlung vom 28. Juni 2022 gestellt hatte. Und erst recht konnte der Verwaltungsrat mangels Vorliegens von konkreten Fragen nicht erkennen, welche Fragen zu beantworten gewesen wären. Jedenfalls kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin den Auskunftsanspruch des Gesuchstellers generell missachtet, wurden doch die Fragen vom 4. November 2021 anlässlich der Generalversammlung vom 18. Januar 2021 soweit möglich und notwendig einzeln beantwortet und in Anwendung von aArt. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR korrekt protokolliert (vgl. act. 3/39). In Bezug auf die Fragen, die im Hinblick auf die damals noch ausstehende Jahresrechnung 2021 nicht beantwortet werden konnten, wäre es dem Gesuchsteller aus den dargelegten Gründen nach Vorliegen der Jahresrechnung 2021 mit dem von ihm beanstandeten Aufwandpositionen "Accounting, auditing, legal & tax" (CHF 1'552'652) und "Related party service expenses" (CHF 1'713'903) möglich und zumutbar gewesen, die relevanten Fragen zu wiederholen bzw. neu zu formulieren.

Würde man der Meinung des Gesuchstellers folgen, dass der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin aufgrund des Schreibens vom 20. Juni 2022, das keine konkreten Fragen enthielt, verpflichtet gewesen wäre, beim Auftreten einer neuen Sachverhaltsthematik (Zustellung der Jahresrechnung 2021 am 7. Juni 2022 [Einladung zur Generalversammlung vom 28. Juni 2022]) von sich aus und ohne konkrete Fragestellung Auskunft zu erteilen, liefe dies darauf hinaus, dass der Verwaltungsrat aufgrund früher gestellter Fragen verpflichtet gewesen wäre, die aufgrund des damaligen Wissensstandes bereits beantwortet und die Antworten protokolliert wurden, erneut aufzugreifen und nochmals zu beantworten. Dies wäre dem Verwaltungsrat nach Treu und Glauben nicht zumutbar und ginge zu weit. Richtig ist vielmehr, dass es dem geschäftserfahrenen Gesuchsteller möglich und zumutbar gewesen wäre, nach Auftreten einer neuen Sachverhaltsthematik (Zustellung der Jahresrechnung 2021 am 7. Juni 2022 [Einladung zur Generalversammlung vom 28. Juni 2022]) früher gestellte Fragen, die aus seiner Sicht nicht beantwortet wurden, nochmals aufzuwerfen und vor dem Hintergrund der unterdessen im Geschäftsbericht 2021 bekanntgegebenen Zahlen zu konkretisieren.

4.5. Fazit

Da der Gesuchsteller in Bezug auf die vom Sonderprüfer zu untersuchende Sachverhaltsthematik keine Fragen gestellt und damit sein Auskunftsrecht nicht ausgeübt hatte, fehlt es an der formellen Voraussetzung der vorgängigen Ausübung des Auskunftsrechts (aArt. 697a Abs. 1 OR). Das Gesuch um gerichtliche Einsetzung eines Sonderprüfers ist daher aus formellen Gründen abzuweisen, ohne dass auf die materiellen Voraussetzungen für die Anordnung einer Sonderprüfung einzugehen wäre.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

- a. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Gesuchsteller kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO).
- b. Zum Streitwert hat sich das Gericht bereits in der Verfügung vom 23. September 2022 geäußert. Darauf ist zu verweisen (act. 5 E. 2).
- c. Bei einem geschätzten Streitwert von CHF 800'000 ist die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung der summarischen Natur des Verfahrens auf CHF 20'000.00 festzusetzen (§§ 4 und 8 GebV OG).
- d. Der Gesuchsteller ist zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine Prozessentschädigung von CHF 20'000.00 zu bezahlen (§§ 4, 9 und 11 AnwGebV).

Der Einzelrichter verfügt:

1. Auf den prozessualen Antrag, die Gesuchsantwortbeilagen act. 14/28, 14/46, 14/49, 14/52, 14/53, 14/54, 14/56 aus den Akten zu weisen, wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das Gesuch um gerichtliche Anordnung einer Sonderprüfung wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 20'000.00 festgesetzt.
3. Die Kosten werden dem Gesuchsteller auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 20'000.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage des Doppels von act. 25.
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 800'000.00 (geschätzt).

Zürich, 23. Februar 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Dr. Corina Bötschi