



---

Kass.-Nr. AA050073/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## **Zirkulationsbeschluss vom 16. März 2006**

in Sachen

**B.R.**,

...,

Gesuchsteller, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

**T. AG**,

...,

Gesuchs-, Rekurs- und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend **Sonderprüfung gemäss Art. 697b OR**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. April 2005 (NL050007/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Der Gesuchsteller ist Aktionär der Gesuchsgegnerin (damals: N AG, heute T AG, vgl. ER act. 25) und hält 34 Namenaktien mit einem Nennwert von je Fr. 1'000.-- (ER act. 3/7). An der am 17. September 2004 auf Antrag des Gesuchstellers durchgeführten Generalversammlung wurde sein Begehren um Durchführung einer Sonderprüfung abgelehnt.

Mit Eingabe vom 21. September 2004 an den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Zürich stellte der Gesuchsteller das Begehren, es sei ein Sonderprüfer einzusetzen (ER act. 1). Die mündliche Verhandlung fand am 19. Oktober 2004 statt (ER Prot. S. 4 ff.). Mit Verfügung vom 21. Oktober 2004 auflegte der Einzelrichter der Gesuchsgegnerin einen Kostenvorschuss von Fr. 20'000.-- zur Durchführung der Sonderprüfung (ER act. 11). Die Gesuchsgegnerin teilte mit Schreiben vom 28. Oktober 2004 mit, sie verfüge nicht über die nötigen Geldmittel zur Leistung des Vorschusses (ER act. 8/18). In der Folge setzte der Einzelrichter dem Gesuchsteller mit Verfügung vom 29. Oktober 2004 Frist zur Leistung des Kostenvorschusses an, unter der Androhung, dass im Säumnisfall auf das Gesuch nicht eingetreten werde (ER act. 20). Mit weiterer Verfügung vom 9. November 2004 wies der Einzelrichter ein Wiedererwägungsgesuch des Gesuchstellers sinngemäss ab und erstreckte ihm die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses (ER act. 29). Der Vorschuss wurde in der Folge fristgerecht geleistet (ER act. 33). Mit Verfügung vom 11. Januar 2005 wies der Einzelrichter das Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers ab (ER act. 34 = OG act. 2). Dagegen erhob der Gesuchsteller Rekurs beim Obergericht (OG act. 1).

Das Obergericht (II. Zivilkammer) wies den Rekurs mit Beschluss vom 22. April 2005 ab und bestätigte die angefochtene einzelrichterliche Verfügung (OG act. 15 = KG act. 2). Dagegen führt der Gesuchsteller Berufung beim Bundesgericht (vgl. OG act. 17) und Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht (KG act. 1).

2. Mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Gesuchsteller, es sei der obergerichtliche Beschluss vom 22. April 2005 aufzuheben und ein unabhängiger Sonderprüfer im Sinne von Art. 697b OR einzusetzen, eventualiter sei der genannte Beschluss aufzuheben und das Obergericht anzuweisen, einen Sonderprüfer einzusetzen (KG act. 1 S. 2 f.). Die Gesuchsgegnerin beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 15). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 8).

Mit Verfügung vom 31. Mai 2005 setzte der Präsident des Kassationsgerichts dem Gesuchsteller Frist zur Leistung einer Prozesskaution an und verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde aufschiebende Wirkung hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen (KG act. 6). Der Gesuchsteller leistete die ihm auferlegte Prozesskaution fristgerecht (KG act. 9).

## II.

1. Unter lit. A und B seiner Beschwerdeschrift stellt der Beschwerdeführer seine Stellung als Minderheitsaktionär und früherer technischer Leiter der Beschwerdegegnerin sowie die Vorkommnisse, welche zum heutigen Rechtsstreit führten, aus seiner Sicht dar und rekapituliert die bisherige Prozessgeschichte (KG act. 1 S. 4 - 7 Ziff. 3 - 18). Soweit zeigt der Beschwerdeführer keine Nichtigkeitsgründe auf.

2. Gemäss Art. 43 Abs. 1 OG kann mit Berufung beim Bundesgericht gerügt werden, der angefochtene Entscheid beruhe auf einer Verletzung von Bundesrecht. Soweit die Berufung beim Bundesgericht zulässig ist, ist eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen (§ 285 ZPO) und hat das Kassationsgericht entsprechende Rügen nicht zu prüfen. Dies betrifft weite Teile der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde.

Der Beschwerdeführer macht geltend, das Obergericht stelle übertriebene Beweisforderungen und vereitele damit den Zweck der Sonderprüfung gemäss Art. 697b Abs. 2 OR (KG act. 1 S. 9 Ziff. 21 - 24).

Weiter begründet der Beschwerdeführer, weshalb aus seiner Sicht eine Gesetzes- bzw. Statutenverletzung durch die Organe der Beschwerdegegnerin vorliege. So seien über Jahre Handlungspflichten gemäss Art. 725 OR verletzt worden. Auch sei es zu rechtswidrigen Handlungen der Revisionsstelle und des Verwaltungsrates gekommen. Die Revisionsstelle habe durch ihr Handeln gegen das Gebot der Unabhängigkeit verstossen und damit zusammen mit dem Verwaltungsrat die zwingende Aufgabenteilung gemäss Art. 716a OR missachtet (KG act. 1 S. 10 - 12 Ziff. 25 - 30).

Sodann liege ein glaubhaft gemachter Schaden im Sinne von Art. 697b OR zula-  
sten der Gesellschaft bzw. der Aktionäre vor. Zum einen seien die zuständigen  
Organe ihren Pflichten gemäss Art. 725 und 725a OR zur Verhinderung einer  
Schädigung bzw. Vermeidung einer Vergrösserung des Schadens zu Lasten der  
Gesellschaft, der Aktionäre und der Gesellschaftsgläubiger (eine Generalver-  
sammlung einberufen und Sanierungsmassnahmen vorschlagen, eine Zwischen-  
bilanz erstellen und diese der Revisionsstelle zur Prüfung vorlegen, den Richter  
benachrichtigen) nicht nachgekommen. Weiter hätten der Verwaltungsrat, der  
Geschäftsführer und die Revisionsstelle der Beschwerdegegnerin Pflichten ver-  
letzt, indem sie Doppelfunktionen in einem aktuellen Interessenskonflikt wahrge-  
nommen hätten. Der Beschwerdeführer sei auch aufgrund des erlittenen Sub-  
stanzverlustes der Beschwerdegegnerin geschädigt. Der Beschwerdeführer habe  
zur Durchsetzung seiner Rechte auf Durchführung der Generalversammlungen  
einen Anwalt beiziehen müssen, was Kosten von mehreren tausend Franken ver-  
ursacht habe. Sodann habe der Beschwerdeführer anstelle der Beschwerdegeg-  
nerin einen Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 20'000.-- bezahlen müssen,  
da die Beschwerdegegnerin den Vorschuss nicht habe leisten können. Aufgrund  
der "beinahe hundertprozentigen Identität" der N IC AG mit der Beschwerdegeg-  
nerin hätten sämtliche Organe Doppelfunktionen wahrgenommen, welche  
schliesslich zur Überschuldung der Beschwerdegegnerin geführt hätten. Sodann  
seien seitens der Beschwerdegegnerin bedeutende Projekte und Verträge sowie  
der Internet-Domainname "www.N.ch" der N IC AG überlassen worden (KG act.  
S. S. 12 - 17 Ziff. 31 - 48).

Ob das vom Beschwerdeführer bemängelte Verhalten von Organen der Beschwerdegegnerin, so wie es sich aus den Akten ergibt, Grund für die Einsetzung eines Sonderprüfers bildet, richtet sich nach Bundesrecht. Dasselbe gilt für die Frage, ob Anwaltskosten zur Durchsetzung von Aktionärsrechten sowie die Auflegung von Prozesskautionen einen Schaden bilden, der einen Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers im Sinne von Art. 697a - h OR begründet. Entsprechende Rügen sind, wie bereits ausgeführt, mit Berufung beim Bundesgericht und nicht im kantonalen Kassationsverfahren zu erheben.

Bezüglich des Übergangs des Vertrags mit der Mercedes Benz (Schweiz) von der Beschwerdegegnerin auf die N IC AG bringt der Beschwerdeführer vor, dieser sei von der Beschwerdegegnerin nicht in Abrede gestellt worden, was jedoch das Obergericht nicht davon abhalte, dieses Vertragsverhältnis als irrelevant einzustufen. Dies komme einer willkürlichen Beweismwürdigung gleich (KG act. 1 S. 15 f. Ziff. 45). Ob das Vertragsverhältnis mit der M für den vorliegende Rechtsstreit irrelevant sei, ist wiederum Rechtsfrage. Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, dass das Obergericht in diesem Zusammenhang eine tatsächliche Feststellung getroffen habe, die zudem unvertretbar, also willkürlich sein soll.

3. Der Beschwerdeführer rügt, der Einzelrichter habe sich willkürlich auf die Prüfung des Vorliegens einzelner Voraussetzungen gemäss Art. 697b Abs. 2 OR beschränkt. Das obergerichtliche Rekursverfahren sei entsprechend eingeschränkt worden (KG act. 1 S. 17 Ziff. 49).

Nach Bundesrecht richtet sich, ob und wie weit die in Art. 697b Abs. 2 OR genannten Voraussetzungen zur richterlichen Einsetzung eines Sonderprüfers alternativ oder kumulativ erfüllt sein müssen. In dem Sinne ist es ebenfalls eine Frage des Bundesrechts, ob nach Verneinung einer solchen Voraussetzung durch den Richter noch von Bedeutung sei, ob allenfalls andere Voraussetzungen erfüllt seien bzw. ob in einem solchen Fall von der Prüfung weiterer Voraussetzungen abgesehen werden könne. Entsprechende Rügen können mit Berufung beim Bundesgericht angebracht werden. Soweit ist die Rüge im kantonalen Kassationsverfahren nicht zu prüfen.

Es besteht keine Bestimmung des kantonalen Prozessrechts, wonach alle Vorbringen einer Partei im einzelnen zu prüfen seien. Dies gilt umso mehr, wenn sich auf Grund der weiteren Aktenlage und der bisherigen Erkenntnisse des Richters zum vornherein ergibt, dass das Ergebnis einer solchen Prüfung sich jedenfalls nicht auf den Ausgang des Verfahrens auswirken würde. In dem Sinne weist der Beschwerdeführer auch keine Verweigerung des rechtlichen Gehörs nach.

4. Der Beschwerdeführer rügt, ihm sei im erstinstanzlichen Verfahren in willkürlicher Weise ein Kostenvorschuss von Fr. 20'000.-- (zur Durchführung der Sonderprüfung) auferlegt worden, dies nachdem die Beschwerdegegnerin geltend gemacht habe, den (ursprünglich ihr auferlegten) Kostenvorschuss nicht leisten zu können. Der Beschwerdeführer habe auf die vom Hauptaktionär J.L. übernommene Garantieerklärung aufmerksam gemacht. Dies sei vom Obergericht in willkürlicher Weise nicht berücksichtigt worden. Auch erweise sich die Vorschusszahlung als prohibitiv hoch und liege nicht im Einklang mit Art. 697g OR (KG act. 1 S. 18 Ziff. 51 - 53).

Gemäss Art. 697g OR überbindet der Richter, wenn er dem Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers entspricht, den Vorschuss und die Kosten der Gesellschaft. Wenn besondere Umstände es rechtfertigen, kann er die Kosten dem Gesuchsteller auferlegen. Die Auferlegung der Kosten der Sonderprüfung und des betreffenden Vorschusses richtet sich somit nach Bundesrecht. Dasselbe gilt für die Frage, ob im konkreten Fall besondere Umstände vorliegen, welche rechtfertigen, den Kostenvorschuss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen bzw. ob die Einsetzung eines Sonderprüfers von der Leistung des Vorschusses abhängig gemacht werden darf, gegebenenfalls in welcher Höhe ein solcher Vorschuss verlangt werden darf. Entsprechende Rügen sind mit Berufung beim Bundesgericht anzubringen.

Im übrigen leistete der Beschwerdeführer den ihm vom Einzelrichter auferlegten Kostenvorschuss, so dass sich die vorliegende Abweisung des Gesuchs um Einsetzung des Sonderprüfers nicht auf die Nichtleistung oder nicht ordnungsgemässe Leistung des Vorschusses stützt.

5. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 8 ZGB bzw. eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes. Er äussert sich zum bundesprivatrechtlich festgelegten Regelbeweismass und zu Ausnahmen, welche einzuräumen seien. Im vorliegenden Fall habe die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer wiederholt grundlos aktienrechtliche Informationen verweigert und ihn im Ergebnis in einen unverschuldeten Beweisnotstand gebracht. Der Beschwerdeführer habe sich weitgehend auf Indizien und Informationen aus dem Internet beschränken müssen, damit aber alle ihm zumutbaren Beweisvorkehrungen getroffen. Es könne nicht sein, dass eine Gesellschaft bzw. deren Organe, welche sämtliche Interna geheim behalte und einem Minderheitsaktionär vorbehalte, am Ende von diesem Verhalten profitiere, indem eine Sonderprüfung unterbunden werde (KG act. 1 S. 19 f. Ziff. 54 - 57).

Art. 697b Abs. 2 OR setzt zur Einsetzung eines Sonderprüfers voraus, dass der Gesuchsteller glaubhaft macht, dass die Gründer oder Organe der Gesellschaft Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben. Welche Anforderungen an die Glaubhaftmachung zu stellen sind und ob im vorliegenden Fall durch übertriebene Anforderungen der Zweck der Sonderprüfung vereitelt worden sei, richtet sich nach Bundesrecht. Der Beschwerdeführer argumentiert deshalb folgerichtig bundesrechtlich. Entsprechende Rügen sind mit Berufung beim Bundesgericht anzubringen.

6. Weiter rügt der Beschwerdeführer die Nichtberücksichtigung allgemeiner Lebenserfahrung im Sinne einer Rechtsnorm und macht geltend, damit verletzt die Vorinstanzen Bundesrecht im Sinne von Art. 43 OG (KG act. 1 S. 20 f. Ziff. 58 - 62). Soweit die Verletzung von Bundesrecht im Sinne von Art. 43 OG mit Berufung beim Bundesgericht gerügt werden kann, ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde unzulässig (§ 285 ZPO).

7. Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe in seinen Eingaben die personellen, infrastrukturellen und geschäftsmässigen Identitäten der Beschwerdegegnerin mit der NIC AG eingehend dargestellt und den verantwortlichen Organen rechtsmissbräuchliches Verhalten (Art. 2 ZGB) vorgeworfen. Neben den vorhandenen Identitäten seien auch die übrigen Umstände zu berücksichtigen, indem die

massgeblichen Organe die "neue" Gesellschaft erst gegründet hätten, nachdem sämtliche Versuche gescheitert seien, den Beschwerdeführer zur Rückgabe seiner Aktien zu bewegen. Hinzu komme das Verhalten der Organe der Beschwerdegegner. Hätten diese nichts zu verbergen, so hätten sie dem Beschwerdeführer ohne weiteres die Auskünfte erteilen und Informationen liefern können, auf die er von Gesetzes wegen Anspruch habe. Die Behauptungen des Beschwerdeführers seien in anderem Zusammenhang vom Geschäftsführer der Beschwerdegegnerin bestätigt worden. Auf die Frage, wann das neue Unternehmen (N IC AG) gegründet worden sei, habe dieser zur Antwort gegeben: 1997. Dies sei aber nachweislich das Gründungsjahr der Beschwerdegegnerin. Diese Aussage bestätige einmal mehr, dass es sich bei der heutigen N IC AG faktisch um die Beschwerdegegnerin handle. Über diesen rechtlich relevanten Sachverhalt fänden sich weder im bezirksgerichtlichen noch im obergerichtlichen Entscheid Ausführungen oder Erwägungen, was einer Verletzung von Art. 2 ZGB sowie § 57 ZPO gleich komme (KG act. 1 S. 21 f. Ziff. 63 - 66).

Das Obergericht hält fest, soweit der Beschwerdeführer die Einsetzung eines Sonderprüfers mit Bezug auf die N IC AG beantrage, könne seinem Begehren von vornherein nicht stattgegeben werden, da er nicht über Aktien dieser im Jahre 1999 gegründeten Firma, sondern lediglich über solche der im Jahre 1997 gegründeten Gesuchsgegnerin verfüge und daher nicht legitimiert sei, die Sonderprüfung beim Richter zu beantragen. Der Beschwerdeführer mache in seinem Rekurs im Wesentlichen geltend, die Organe der Gesuchsgegnerin hätten rechtsmissbräuchlich ein neues, mit der Gesuchsgegnerin identisches Unternehmen gegründet, die Gesuchsgegnerin stillgelegt und sämtliche Geschäfte und Gewinne über die neue Gesellschaft realisiert und ihn dabei kaltgestellt. Die von ihm eingereichten Unterlagen genügten indessen nicht, um seine Darstellung glaubhaft zu machen und es insbesondere als plausibel erscheinen zu lassen, dass er durch die Vorgehensweise der Beschwerdegegner geschädigt worden sei (KG act. 2 S. 3 f.),

Das Obergericht hat somit davon Kenntnis genommen, dass der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin rechtsmissbräuchliches Verhalten im Zusammen-

hang mit der Gründung der N IC AG vorwirft und geht auf dieses Vorbringen auch kurz ein. Zu Recht rügt der Beschwerdeführer keine Verweigerung des rechtlichen Gehörs. Indem das Obergericht festhält, der Beschwerdeführer sei nicht legitimiert, die Einsetzung eines Sonderprüfers mit Bezug auf die N IC AG zu beantragen, da er keine Aktien derselben besitze und es zudem dafür hält, die vom Beschwerdeführer eingereichten Unterlagen genügten nicht, um dessen Darstellung (bezüglich des rechtsmissbräuchlichen Vorgehens der Beschwerdegegnerin) glaubhaft zu machen, hat das Obergericht den Rechtsmissbrauchstatbestand von Art. 2 ZGB beachtet, jedoch ihn vorliegend nicht für gegeben bzw. für in tatsächlicher Hinsicht ungenügend glaubhaft gemacht erachtet. Die Rüge der unterlassenen Rechtsanwendung von Amtes wegen (§ 57 ZPO) ist somit unbegründet. Ob das Obergericht Art. 2 ZGB unrichtig angewandt hat, ist eine nicht im kantonalen Kassationsverfahren zu prüfende Frage des Bundesrechts.

8. Überwiegend ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde, in welcher sich der Beschwerdeführer im übrigen kaum mit den einzelnen Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinandersetzt, nicht einzutreten. Soweit ein Eintreten möglich ist, erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen. Folglich fällt die gewährte aufschiebende Wirkung der Beschwerde dahin.

### III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO).

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 1'800.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 272.-- Schreibgebühren,  
Fr. 190.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'800.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Zürich und das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: