[Briefkopf Anwaltskanzlei]

Einschreiben

Kantonsgericht Zug

Postfach 760

6301 Zug

[Ort], [Datum]

Einsetzung eines Sonderprüfers nach Art. 697a OR

[Anrede]

In Sachen

A.A. Gesuchsteller 1

[Adresse], Zürich

B.B. Gesuchstellerin 2

[Adresse], Basel

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

Betreffend

Sonderprüfung

reiche ich namens und im Auftrag der Gesuchsteller das

GESUCH UM EINSETZUNG EINES SONDERPRÜFERS

ein mit den folgenden

Anträgen

* 1. Es sei vom Gericht ein unabhängiger Sachverständiger mit der Durchführung einer Sonderprüfung im Sinne von Art. 697a ff. OR bei der Z AG, 6301 Zug (ZG) (nachfolgend «Z AG») zu beauftragen.
  2. Der Sachverständige sei zu beauftragen, im Rahmen der Sonderprüfung namentlich folgende Sachverhalte bezüglich der Reduktion der Beteiligung der Z AG an der P AG abzuklären:
     1. Wann wurde von wem aus welchen Gründen darüber entschieden, Aktien an der P AG zu veräussern?
     2. Wer hat zu welchem Zeitpunkt welche Vorbereitungen für die Durchführung der Veräusserungsgeschäfte in welcher Weise vorgenommen?
     3. Wann wurden von wem wie viele Aktien der P AG an wen und zu welchen Konditionen veräussert?
     4. Was war der Zweck dieser Veräusserungen?
     5. Wie viele Aktien an der P AG wurden per Ende 2014 und werden bei Abschluss des Sonderprüfungsberichts von der Z AG gehalten und zu welchem Wert werden diese in den Büchern der Z AG geführt?
     6. Zu welchen Zeitpunkten wurde die Beteiligung an der P AG von wem zu welchem Markt- bzw. Verkehrswert bewertet?
     7. Welches waren die von der Steuerbehörde anerkannten Werte der Beteiligung P AG per Ende 2013 und per Ende 2014?

Bemerkung 1: Vergleiche hierzu das Urteil des HGer ZH HE130274-O vom 09.04.2014 E. 4.5.2.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt.) zulasten der Z AG, 6301 Zug (ZG).

und dem folgenden

prozessualen Antrag

Die Z AG sei zu verpflichten, einen Kostenvorschuss für die Sonderprüfung zu leisten.

Begründung

I. Formelles

* 1. Die ordentliche Generalversammlung der Z AG, Zug, fand am 12. Mai 2015 statt. Die Frist nach Art. 697a Abs. 2 OR ist mit der heutigen Eingabe gewahrt.
  2. Die Gesuchsteller sind durch den unterzeichneten Rechtsanwalt gehörig vertreten.

BO: Vollmacht Gesuchsteller 1 vom [Datum] Beilage A

BO: Vollmacht Gesuchstellerin 2 vom [Datum] Beilage B

* 1. Das angerufene Gericht ist für die Beurteilung des vorliegenden Begehrens örtlich und sachlich zuständig.

Bemerkung 2: Im internationalen Verhältnis richtet sich der Gerichtsstand im Anwendungsbereich des LugÜ nach den allgemeinen Regeln von Art. 2 ff. LugÜ (Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, § 9 Rz 147; Schnyder, LugÜ-Killias, Art. 22 Nr. 2 N 77 f.; der besondere Gerichtsstand von Art. 22 Ziff. 2 LugÜ ist auf die Sonderprüfung nicht anwendbar).

Bemerkung 3: Im Anwendungsbereich des IPRG sind nach Art. 151 Abs. 1 IPRG für gesellschaftsrechtliche Angelegenheiten die schweizerischen Gerichte am Sitz der Gesellschaft zuständig. Der Begriff der «gesellschaftsrechtlichen Streitigkeit» bestimmt sich nach der lex fori. Namentlich fallen auch die Begehren auf richterliche Intervention und somit die Sonderprüfung darunter (BSK IPRG-Eberhard/Von Planta, Art. 151 N 7).

Bemerkung 4: Im Binnenverhältnis ist nach Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO das Gericht am Sitz der Gesellschaft örtlich zuständig (BSK ZPO-Vock/Nater, Art. 40 N 3; ZPO Komm-Rüetschi, Art. 40 N 7).

Bemerkung 5: Die sachliche Zuständigkeit wird vom kantonalen Recht geregelt. Im Kanton Zürich ergibt sich die sachliche Zuständigkeit bei einem Streitwert von mindestens CHF 30'000.00 aus Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 45 lit. c GOG/ZH i.V.m. Art. 250 lit. c Nr. 8 ZPO. In diesem Fall entscheidet das Einzelgericht des Handelsgerichts als einzige kantonale Instanz. Liegt der Streitwert unter CHF 30'000.00, ist das Bezirksgericht als Einzelgericht nach § 24 lit. c GOG/ZH i.V.m. Art. 250 lit. c Nr. 8 ZPO zuständig. Im Kanton Zug ergibt sich die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts als Einzelgericht aus § 27 Abs. 1 i.V.m. § 28 Abs. 2 lit. c GOG/ZG i.V.m. Art. 250 lit. c Nr. 8 ZPO. Im Kanton Aargau entscheidet das Handelsgericht als einzige kantonale Instanz und als Einzelgericht nach Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 12 Abs. 1 lit. a i.V.m. 13 Abs. 1 lit. a EG ZPO/AG i.V.m. Art. 250 lit. c Nr. 8 ZPO.

Bemerkung 6: Nach Art. 250 lit. c Ziff. 8 ZPO kommt das summarische Verfahren zur Anwendung.

* 1. Der Streitwert des vorliegenden Verfahrens ist nicht bestimmbar. Die Gesuchsteller gehen von einem CHF 30'000.00 übersteigenden Streitwert aus.

Bemerkung 7: Der Streitwert ist für die zur Verfügung stehenden Rechtsmittel (siehe nachstehend Rz **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**) sowie u.U. für die Bestimmung des zuständigen Gerichts relevant (siehe II. Klageschrift, Bemerkung 4).

* 1. Die Gesuchsteller offerieren den rechtsgenügenden Beweis für ihre Darstellung, sofern und soweit ihnen die Beweislast obliegt. Die Gesuchsteller behalten sich weitere Beweisofferten zu einem späteren Zeitpunkt auch dort vor, wo sie bereits in dieser Rechtsschrift Beweise offerieren.

II. Materielles

A. Tatsächliches: Zustimmung der Generalversammlung zur Sonderprüfung

* 1. Die Gesuchsteller stellten anlässlich der ordentlichen Generalversammlung der Z AG vom 12. Mai 2015 Fragen zur Reduktion der Beteiligung der Z AG an der P AG.
  2. Die Fragen der Gesuchsteller wurden von A.B., Präsident des Verwaltungsrates, und C.D., Mitglied des Verwaltungsrates, nicht bzw. nur unzureichend beantwortet.

BO: Protokoll der ordentlichen Generalversammlung der Z AG vom 12.05.2015 Beilage 1

* 1. Die Gesuchstellerin 2 stellte in der Folge unter dem Traktandum 12 (Verschiedenes) den Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung nach Art. 697a OR zur Abklärung der gestellten Fragen. Der Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung wurde mit 62% der Aktienstimmen angenommen.

BO: Protokoll der ordentlichen Generalversammlung der Z AG vom 12.05.2015 Beilage 1

B. Rechtliches

a) Materielle Voraussetzungen für die Einsetzung eines Sonderprüfers nach Art. 697a OR

* 1. Gemäss Art. 697a Abs. 1 OR kann jeder Aktionär 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.

Bemerkung 8: Die materiellen Voraussetzungen der Sonderprüfung nach Art. 697a Abs. 2 OR bestehen darin, dass die Sonderprüfung «zur Ausübung der Aktionärsrechte» erforderlich (**Erforderlichkeitskriterium**) und das «Recht auf Auskunft oder das Recht auf Einsicht bereits ausgeübt» worden ist **(Subsidiarität** der Sonderprüfung).

Bemerkung 9: Die Sonderprüfung dient nur zur Abklärung von Sachverhalten**.** Sie darf nicht auf eine rechtliche Beurteilung oder ein Werturteil abzielen (BGE 138 III 252 E. 3.1). Abgeklärt werden können Gegenstände aus allen Bereichen der Gesellschaft**.** Tatsachen, die ausserhalb der Gesellschaft liegen, können auch dann nicht Gegenstand einer Sonderprüfung sein, wenn sie geeignet sind, den Geschäftsgang der Gesellschaft mit zu beeinflussen; es wird den Aktionären zugemutet, sich über solche Tatsachen anderweitig zu informieren (BGE 123 III 261 E. 2.a). Der Sonderprüfer hat «bestimmte», d.h. einzelne und konkrete Sachverhalte abzuklären. Die Sonderprüfung ist eine «fact finding mission» und nicht eine «fishing expedition» (BGer 4C.190/2005 vom 06.09.2006 E. 3.4.2; Böckli, Aktienrecht, § 16 Rz 86). Z.B. hat die Sonderprüfung grundsätzlich nicht zum Ziel, eine umfassende Bilanzprüfung einer gesetzmässigen Revisionsstelle zu ersetzen (BGE 133 III 453 E. 7.5).

Bemerkung 10: Nach Art. 697a Abs. 1 OR setzt ein Anspruch auf Abklärung bestimmter Sachverhalte durch eine Sonderprüfung voraus, dass dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sein muss (BGer 4C.165/2004 vom 30.07.2004 E. 5.3). Das Erforderlichkeitskriterium ist erfüllt, wenn der Antragssteller ein aktuelles Rechtsschutzinteresse hat (BSK OR II-Weber, Art. 697a N 25). Ein Rechtsschutzinteresse wird anerkannt, wenn der Verwaltungsrat eine ungenügende oder falsche Auskunft an der Generalversammlung gegeben hat (BGer 4A\_215/2010 vom 27.07.2010 E. 3.1.2). Am aktuellen Rechtsschutzinteresse einer Sonderprüfung fehlt es jedoch, wenn Sachverhalte abgeklärt werden sollen, welche bereits aufgrund der Auskunftserteilung des Verwaltungsrates offen zu Tage liegen (BGE 123 III 261 E. 3.a). Für ein Beispiel einer vom Verwaltungsrat bereits zweifelsfrei geklärten Frage siehe BGer 4A\_215/2010 vom 27.07.2010 E. 3.2.1–3.2.2.

Bemerkung 11: Die Sonderprüfung ist insoweit ein subsidiärer Rechtsbehelf**,** als der Aktionär zuerst das Recht auf Auskunft oder das Recht auf Einsicht (Art. 697 OR) ausüben muss, bevor er der Generalversammlung den Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung stellen kann (BGE 133 III 133 E. 3.2). Eine gerichtliche Durchsetzung des Auskunfts- oder Einsichtsanspruchs (Art. 697 Abs. 4 OR) wird nicht verlangt (BGE 138 III 246 E. 3.2; 133 III 133 E. 3.2). Die Klage auf richterliche Einsetzung eines Sonderprüfers und die gerichtliche Durchsetzung des Auskunfts- und Einsichtsrechts sind alternative Rechtsbehelfe (BGE 133 III 133 E. 3.2). Ebenso wenig muss ein Aktionär, der persönlich dem Verwaltungsrat angehört oder in ihm vertreten ist, das Recht auf Auskunft und Einsicht gemäss Art. 715a OR vor Einleitung einer Sonderprüfung ausgeübt haben (BGE 133 III 133 E. 3.3). Allerdings hat der Gesuchsteller die vorgängige Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts nicht bloss glaubhaft zu machen, sondern nachzuweisen (BGE 140 III 610 E. 4.3.4). Das Generalversammlungsprotokoll ist Hauptbeweismittel für den Nachweis, dass das Auskunfts- oder Einsichtsrecht vorgängig ausgeübt worden ist. Es ist deshalb auf die korrekte Protokollierung der Fragen und Antworten in der Generalversammlung zu achten (Casutt/Peyer, Voraussetzung, S. 140). Das Sonderprüfungsbegehren muss im Wesentlichen zu den gleichen Gegenständen wie das vorab ausgeübte Auskunfts- oder Einsichtsbegehren gestellt werden **(**thematische Identität**).** Massgebend für die thematische Begrenzung der Zulässigkeit eines Sonderprüfungsbegehrens ist das Informationsbedürfnis der antragsstellenden Aktionäre, wie es der Verwaltungsrat nach Treu und Glauben aus dem vorgängigen Auskunfts- oder Einsichtsbegehren erkennen musste (BGE 123 III 261 E. 3.a). Durch das vorgängige Auskunfts- oder Einsichtsbegehren soll der Verwaltungsrat die Gelegenheit erhalten, das Informationsbedürfnis der Aktionäre von sich aus zu befriedigen, bevor das mit Aufwand und Umtrieben verbundene Verfahren auf Sonderprüfung eingeleitet wird. Von den Aktionären wird erwartet, bei der Formulierung ihres Auskunfts- oder Einsichtsbegehrens eine gewisse Sorgfalt aufzuwenden und darin so klar, wie es ihnen aufgrund ihres Kenntnisstandes möglich ist, zum Ausdruck zu bringen, worüber sie weiteren Aufschluss zu erhalten wünschen (BGE 140 III 610 E. 2.2). Eine inhaltliche Erweiterung der Fragen ist unzulässig; für ein Beispiel siehe BGer 4A\_215/2010 vom 27.07.2010 E. 3.3.

* 1. Die Reduktion der Beteiligung der Z AG an der P AG hat wesentliche Auswirkungen auf den Geschäftsgang der Z AG. Kenntnis des Geschäftsgangs der Z AG ist Voraussetzung für die Ausübung der Aktionärsrechte der Gesuchsteller, namentlich des Stimmrechts, und die Meinungsbildung hinsichtlich der Abnahme der Jahresrechnung der Z AG und Décharge-Erteilung sowie der Einreichung einer Verantwortlichkeitsklage. Ein aktuelles Rechtsschutzinteresse der Gesuchsteller ist deshalb zu bejahen.
  2. Die Gesuchsteller haben an der Generalversammlung um Beantwortung ihrer Fragen ersucht. Damit haben sie ihr Recht auf Auskunft nach Art. 697 Abs. 1 OR ausgeübt.

BO: Protokoll der ordentlichen Generalversammlung der Z AG vom 12.05.2015 Beilage 1

* 1. Folglich sind alle materiellen Voraussetzungen für die Durchführung einer Sonderprüfung erfüllt.

b) Formelle Voraussetzung für die Einsetzung eines Sonderprüfers nach Art. 697a OR

* 1. Nach Art. 697a Abs. 2 OR kann die Gesellschaft oder jeder Aktionär, sofern die Generalversammlung dem Antrag auf Einsetzung eines Sonderprüfers entspricht, innert 30 Tagen den Richter um Einsetzung eines Sonderprüfers ersuchen.

Bemerkung 12: Der Antrag und die Abstimmung auf Durchführung einer Sonderprüfung an der Generalversammlung sind unverzichtbar; einen direkten Weg zum Richter gibt es nicht (BGE 138 III 246 E. 3.3). Die konkrete Beschlussfassung durch die Generalversammlung entscheidet, welches Verfahren zur Anwendung gelangt: bei Gutheissung dasjenige nach Art. 697a Abs. 2 OR, bei Ablehnung des Antrags dasjenige nach Art. 697b OR. Der Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung ist nicht traktandierungspflichtig (Art. 700 Abs. 3 OR). Verweigert der Verwaltungsrat die Abstimmung über den Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung, so wird dies einer Abstimmung mit ablehnendem Ergebnis gleichgesetzt und öffnet den Weg zum Richter nach Art. 697b OR (BGE 138 III 246 E. 3.3).

Bemerkung 13: In der Abstimmung der Generalversammlung auf Einsetzung eines Sonderprüfers entscheidet die absolute Mehrheit der vertretenen Stimmen (BSK OR II-Weber, Art. 697a N 32). Das Stimmenprivileg von Stimmrechtsaktien gilt nicht (Art. 693 Abs. 3 Ziff. 3 OR).

Bemerkung 14: Aktivlegitimiert sind nach Art. 697a Abs. 2 OR jeder Aktionär und die Gesellschaft selbst sowie nach Art. 656c Abs. 3 OR der Partizipant. Personenidentität ist nicht erforderlich: Ein Antrag auf Sonderprüfung in der Generalversammlung kann von jedem Aktionär gestellt werden und ist nicht auf die Aktionäre, welche zuvor selbst Auskunft bzw. Einsicht verlangt haben, beschränkt (siehe Art. 700 Abs. 3 OR), ebenso kann jeder Aktionär (Art. 697a Abs. 2 OR) ein entsprechendes Begehren auf Durchführung einer Sonderprüfung beim Gericht einreichen, unabhängig davon, ob er zuvor in der Generalversammlung das Begehren auf Auskunft und Einsicht und/oder den Antrag auf Sonderprüfung gestellt hat (BGE 133 III 133 E. 3.2; Casutt, Sonderprüfung, S. 72; Roth Pellanda, Q&A, S. 302).

* 1. Die ordentliche Generalversammlung der Z AG vom 12. Mai 2015 hat dem Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung stattgegeben.

BO: Protokoll der ordentlichen Generalversammlung der Z AG vom 12.05.2015 Beilage 1

* 1. Damit ist die formelle Voraussetzung zur Stellung des vorliegenden Antrags auf Einsetzung eines Sonderprüfers ebenfalls erfüllt.

c) Bestimmung des Sonderprüfers

* 1. Die Bestimmung des Sonderprüfers obliegt dem Richter, der Vorschläge der Parteien entgegennehmen kann.
  2. Die Gesuchsteller schlagen als Sonderprüferin die XY AG vor.

d) Verfahren und Kostentragung

* 1. Der vorliegende Antrag auf Einsetzung eines Sonderprüfers erfolgt gestützt auf einen entsprechenden Beschluss der ordentlichen Generalversammlung der Z AG vom 12. Mai 2015, mit dem die Durchführung einer Sonderprüfung gutgeheissen wurde. Das vorliegende Verfahren richtet sich mithin nach Art. 697a Abs. 2 OR.
  2. Die Kosten der Sonderprüfung, welcher die Generalversammlung zugestimmt hat, sind gemäss Art. 697g Abs. 2 OR von der Gesellschaft zu tragen; diese hat für diese Kosten sodann auch Vorschuss zu leisten (Art. 697g Abs. 1 OR; BGer 4C.190/2005 vom 06.09.2006 E. 4.1).
  3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen für die Einsetzung eines Sonderprüfers sowie die Durchführung einer Sonderprüfung vorliegend erfüllt sind. Ich ersuche Sie daher um Gutheissung des vorliegenden Begehrens um Einsetzung eines Sonderprüfers.

Mit vorzüglicher Hochachtung

[Unterschrift des Rechtsanwaltes der Gesuchsteller]

[Name des Rechtsanwaltes der Gesuchsteller]

Dreifach

Beilage: Beweismittelverzeichnis dreifach mit den Urkunden im Doppel