

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE220117-O

U/pz

Mitwirkend: Oberrichterin Nicole Klausner
sowie Gerichtsschreiber Jan Busslinger

Urteil vom 14. Juni 2023

in Sachen

A._____,
Gesuchsteller

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw, Executive MBA UZH X._____,

gegen

B._____ AG,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y._____,

betreffend **Einsetzung eines Sonderprüfers**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 f.)

- " 1. Es sei ein Sonderprüfer bei der Gesuchsgegnerin einzusetzen.
2. Als Sonderprüfer sei entweder die C._____ AG, D._____ -strasse 1, ... Zürich, die E._____ AG, F._____ -strasse 2, ... Zürich oder die G._____ AG, H._____ -strasse 3, ... Zürich zu bestimmen.
3. Der Sonderprüfer sei zu beauftragen, folgende Fragen abzuklären:
 - A) Verbuchter Steueraufwand von CHF 4'467'994 im Geschäftsjahr 2021
 - i. Handelt es sich dabei (zumindest teilweise) um Zahlungen an die russischen Steuerbehörden?
 - ii. Falls ja, in welcher Höhe?
 - iii. Was ist der Rechtsgrund?
 - iv. Hat die Gesuchsgegnerin Rechnungen, Steuerveranlagungen oder andere Belege, Erläuterungen, dass eine entsprechende Forderung von russischen Steuerbehörden gegenüber der Gesuchsgegnerin bestanden?
 - v. Auf was für ein Konto wurden die Zahlungen überwiesen?
 - vi. Besteht die Möglichkeit, dass die Gesuchsgegnerin entsprechende russische Steuerschulden von nahestehenden Personen übernommen hat?
 - vii. Falls ja, von wem in welcher Höhe?
 - viii. Was ist der Rechtsgrund?
 - ix. Hat die Bezahlung der Steuern an die russischen Steuerbehörden zu einer Liquiditätskrise geführt? Falls ja, war diese Liquiditätskrise der Grund für die Nachlassstundung?
 - x. Verfügung betreffend provisorische Nachlassstundung vom 10.06.2022?
 - xi. Verfügung betreffend provisorische Nachlassstundung vom 4.10.2022?
 - B) Konsolidierung auf Stufe der Gesuchsgegnerin
 - i. Was ist der Grund für eine Konsolidierung beim Einzelabschluss der Gesuchsgegnerin?

- ii. Nach welchen Kriterien wird über Konsolidierung bzw. nicht-Konsolidierung von nahestehenden Gruppengesellschaften entschieden?
 - iii. Offenlegung zum Konsolidierungskreis
 - Aufstellung der Untergesellschaften, Gemeinschaftsunternehmen und assoziierten?
 - Gesellschaften mit Namen, Sitz, Kapitalanteil (ggf. abweichendem Stimmrechtsanteil) des Konzerns, Behandlung in der Konzernrechnung (Methode)?
 - Veränderungen im Konsolidierungskreis gegenüber dem Vorjahr mit Gründen und massgebenden Zeitpunkten?
 - Begründung der Kontrolle oder des massgeblichen Einflusses, wenn keine Stimmrechtsmehrheit bzw. weniger als 20 % Stimmrechtsanteil vorliegen?
 - Aufstellung wesentlicher Gemeinschaftsunternehmen (mit Kapitalanteil des Konzerns)?
 - Methode der Behandlung von Gemeinschaftsunternehmen?
 - iv. Steuerruling gemäss Ziff. 8 Anhang Jahresrechnung 2021 der Gesuchsgegnerin?
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge inkl. MWST zulasten der Gesuchsgegnerin."

Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Der Gesuchsteller stellte am 28. November 2022 ein Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers bei der Gesuchsgegnerin (act. 1; act. 2; act. 3/2-6). Den ihm mit Verfügung vom 29. November 2022 (act. 4) auferlegten Kostenvorschuss von CHF 11'000.00 leistete der Gesuchsteller am 2. Dezember 2022 fristgemäss (act. 6). Die Gesuchstellerin, welcher am 10. Juni 2022 eine provisorische Nachlassstundung gewährt worden war (act. 9/2-3), beantragte am 13. Dezember 2022, das Verfahren sei bis zum Abschluss des gerichtlichen Nachlassverfahrens zu sistieren (act. 7; act. 8; act. 9/2-3). Der Gesuchsteller beantragte mit Eingabe vom 29. Dezember 2022 die Abweisung des Sistierungsantrags der Gesuchsgeg-

nerin (act. 13). Mit Verfügung vom 3. Januar 2023 wurde das Verfahren betreffend Einsetzung eines Sonderprüfers einstweilen bis zum Abschluss des provisorischen Nachlassverfahrens sistiert (act. 14). Am 10. Februar 2023 wurde der Gesuchsgegnerin eine definitive Stundung von sechs Monaten bis 10. August 2023 gewährt (act. 17/4). Die Gesuchsgegnerin beantragte mit Eingabe vom 17. Februar 2023, es sei das Verfahren bis zum Ablauf der definitiven Nachlassstundung zu sistieren (act. 16; act. 17/4-6). Der Gesuchsteller beantragte mit Eingabe vom 3. März 2023 innerhalb der ihm mit Verfügung vom 22. Februar 2023 angesetzten Frist (act. 18) die Abweisung des Sistierungsantrags (act. 20). Die Gesuchsgegnerin machte mit Eingabe vom 16. März 2023 vom rechtlichen Gehör (sog. Replikrecht) Gebrauch (act. 22). Mit Verfügung vom 29. März 2023 wurde die Sistierung des Verfahrens aufgehoben und der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme zum Gesuch angesetzt (act. 23). Die Gesuchsgegnerin beantragte mit Eingabe vom 28. April 2023 die Abweisung des Gesuchs um Einsetzung eines Sonderprüfers, soweit darauf einzutreten sei (act. 25; act. 26/7-21). Der Gesuchsteller machte mit Eingabe vom 15. Mai 2023 vom rechtlichen Gehör Gebrauch (act. 28; act. 29/1-2). Die Eingabe des Gesuchstellers -ist der Gesuchsgegnerin mit der vorliegenden Entscheidung zur Kenntnisnahme zuzustellen.

2. Sachverhalt

Der Gesuchsteller ist eine natürliche Person mit Wohnsitz in I. _____ ZH (Ortsteil J. _____).

Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in K. _____ ZH; sie bezweckt das Gesamt-Engineering von ..., die Abwicklung von Handelsgeschäften aller Art sowie die Übernahme von ... und ... (act. 1 Rz. 2; act. 3/2). Das Aktienkapital der Gesuchsgegnerin beträgt (seit 3. Juni 1991) CHF 1'200'000 und ist in 1'200 Aktien zu CHF 1'000.00 eingeteilt (act. 1 Rz. 10; act. 3/2).

Mit Kaufvertrag vom 1. November 2016 erwarb der Gesuchsteller von einem bisherigen Aktionär 283 Aktien der Gesuchsgegnerin (act. 1 Rz. 2; act. 25 Rz. 19; act. 26/8). Einen Teil des Kaufpreises beglich der Gesuchsteller durch Amortisati-

on eines Verkäuferdarlehens, indem er die Dividendenansprüche bis zur Tilgung des offenen Betrages abtrat; zur Sicherung der Kaufpreisforderung verpfändete der Gesuchsteller die Aktien an den Verkäufer und hinterlegte sie bei einer Treuhandstelle (act. 25 Rz. 19; act. 26/8).

Die Anteile an der Gesuchsgegnerin halten neben dem Gesuchsteller der Mehrheitsaktionär 601 Aktien (rund 50.08 %) und ein weiterer Minderheitsaktionär 316 Aktien (rund 26.33 %) (act. 1 Rz. 2; act. 3/3 Präambel B S. 2). Die beiden anderen Aktionäre verfügen je über einen Sitz im Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin (act. 3/2; act. 3/4). Der Gesuchsteller ist demgegenüber nie Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin gewesen (act. 1 Rz. 5). Gemäss dem Aktionärbindungsvertrag vom 19. April 2019 setzt ein Anspruch auf Vertretung im Verwaltungsrat einen Anteil von 25 % aller ausgegebenen Aktien voraus (act. 1 Rz. 5; act. 3/3 Ziff. 2.1 S. 2).

Die Gesuchsgegnerin ist hauptsächlich im osteuropäischen und russischen Markt tätig (act. 1 Rz. 11). Ausweislich des Anhangs der revidierten Jahresrechnung 2021 vom 15. Juli 2022 verfügte die Gesuchsgegnerin per 31. Dezember 2021 über vier nichtkonsolidierte Tochtergesellschaften, davon drei Beteiligungen zu 100 % und eine Beteiligung zu 34 %, und neun vollkonsolidierte Beteiligungen zu 100 %, darunter namentlich die B1._____, die B2._____ und die B3._____ je mit Sitz in L._____ [Stadt in Osteuropa] (act. 1 Rz. 16; act. 3/5).

Das Geschäftsjahr 2021 schloss die Gesuchsgegnerin mit einem Verlust von CHF 8'253'318.00 vor bzw. CHF 12'721'312.00 nach Steuern ab (act. 1 Rz. 12; act. 3/5). Dabei machte der Steueraufwand CHF 4'467'993.60 aus (act. 1 Rz. 12, 14, 36; act. 3/5).

Mit Verfügung vom 10. Juni 2022 gewährte das Nachlassgericht des Bezirksgerichts Uster der Gesuchstellerin eine provisorische Nachlassstundung bis 10. Oktober 2022 (act. 1 Rz. 13; act. 7 Rz. 5; act. 9/2). Diese verlängerte es mit Verfügung vom 4. Oktober 2022 bis und mit 10. Februar 2022 (act. 7 Rz. 5; act. 9/3). Mit Verfügung vom 10. Februar 2023 gewährte das Nachlassgericht der

Gesuchsgegnerin eine definitive Stundung bis 10. August 2023 (act. 16 Rz. 3; act. 17/4).

3. Formelles

3.1. Die Gesuchsgegnerin hat ihren Sitz in K. _____ ZH. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO.

3.2. Die sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts des Handelsgerichts ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 lit. g ZPO i.V.m. § 45 lit. a GOG und Art. 250 lit. c Ziff. 8 ZPO i.V.m. § 45 lit. c GOG.

3.3. Die weiteren Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass.

3.4. Es gelten die Bestimmungen über das summarische Verfahren (Art. 250 lit. c Ziff. 8 ZPO).

4. Materielles

4.1. Am 1. Januar 2023 ist die Änderung vom 19. Juni 2020 des Obligationenrechts (Aktienrecht) in Kraft getreten (AS 2022 109), welche auch das Recht der Sonderprüfung betrifft (neu: Sonderuntersuchung; Art. 697c ff. OR). Gemäss Art. 1 der Übergangsbestimmungen i.V.m Art. 1 Abs. 1 und 2 SchlT ZGB gilt der Grundsatz der Nichtrückwirkung. Die Einreichung des vorliegenden Gesuchs erfolgte noch unter dem alten Recht. Sämtliche Tatsachen, welche für die Beurteilung relevant sind, haben sich vor Inkrafttreten des neuen Rechts ereignet. Das Gesuch ist nach dem bisherigen Recht bzw. den bisherigen Formulierungen zu beurteilen (Art. 697a ff. aOR).

4.2. Der Anspruch des Klägers stützt sich auf Art. 697b Abs. 1 aOR. Beim Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers handelt es sich um einen gegenüber den anderen Kontrollrechten der Aktionäre subsidiären Rechtsbehelf (BGE 140 III 610 E. 2.2 S. 611; BGE 138 III 246 E. 3.2 S. 247; BGE 133 III 133 E. 3.2 S. 135; BGE 123 III 261 E. 3a S. 264-265). Die Gutheissung des Gesuchs steht deshalb unter verschiedenen formellen Voraussetzungen. Diese hat der Gesuchsteller mit

dem Regelbeweismass der vollen Überzeugung nachzuweisen (zur vorgängigen Ausübung des Auskunfts- und Einsichtsrechts: BGE 140 III 610 E. 4.3.3 S. 614-615):

- Die gesuchstellenden Aktionäre vertreten zusammen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von 2 Millionen Franken (Art. 697b Abs. 1 aOR).
- Ein Aktionär hat vorgängig sein Auskunft- und Einsichtsrecht ausgeübt (Art. 697a Abs. 1 i.V.m. Art. 697 aOR). Dieser muss nicht mit dem gesuchstellenden Aktionär identisch sein (BGE 140 III 610 E. 2.2 S. 612; BGE 133 III 133 E. 3.2 S. 135-136). Eine gerichtliche Durchsetzung des Auskunfts- und Einsichtsrechts ist jedoch nicht erforderlich (BGE 138 III 252 E. 3.1 S. 256 = Pra 101 [2012] Nr. 109; BGE 138 III 246 E. 3.2 S. 247; BGE 133 III 133 E. 3.2 S. 135).
- Die Generalversammlung hat den Antrag auf Einsetzung eines Sonderprüfers abgelehnt (Art. 697b Abs. 1 aOR).
- Die dreimonatige gesetzliche Klagefrist ist eingehalten (Art. 697b Abs. 1 aOR).

Als materielle Voraussetzung muss der Gesuchsteller glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (Art. 697b Abs. 2 aOR). Die Sonderprüfung muss zudem zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sein (Art. 697a Abs. 1 aOR).

4.2.1. Der Gesuchsteller vertritt eine qualifizierte Beteiligung i.S.v. Art. 697b Abs. 1 aOR. Seine Beteiligung an der Gesuchsgegnerin beträgt rund 23.58 % (283 von 1'200 Aktien; act. 1 Rz. 2, 21; act. 25 Rz. 19). Die Verpfändung belässt die Mitwirkungsrechte grundsätzlich beim verpfändenden Aktionär (Art. 689b Abs. 2 aOR). Die Abtretung im Kaufvertrag vom 1. November 2016 beschränkt sich auf die Dividendenansprüche im Umfang des noch offenen Kaufpreises. Es

liegt keine Nutzniessung i.S.v. Art. 690 Abs. 2 OR vor. Der Gesuchsteller ist somit zur Stellung eines Gesuchs um Einsetzung eines Sonderprüfers legitimiert.

4.2.2. Die Generalversammlung vom 26. August 2022 lehnte den Antrag des Gesuchstellers auf Einsetzung eines Sonderprüfers ab. Der Protokollentwurf hält dazu wörtlich fest: "Der VR [der Gesuchsgegnerin] hat den Antrag abgelehnt." (act. 1 Rz. 20; act. 25 Rz. 13, 40; act. 28 Rz. 6; act. 3/4 Traktandum 10 S. 3). Aus demselben Dokument ergibt sich indessen auch, dass der Verwaltungsratspräsident als Vertreter des abwesenden Mehrheitsaktionärs und Verwaltungsrats sowie der weitere Minderheitsaktionär und Verwaltungsrat an der Generalversammlung vom 26. August 2022 teilnahmen (act. 3/4 Traktandum 1 S. 1). In einer kleinen, durch einen Aktionärbindungsvertrag ergänzten Aktiengesellschaft, wie dies bei der Gesuchsgegnerin der Fall ist, verwischen die Grenzen zwischen Aktionären und Verwaltungsräten. Sämtliche anwesenden Verwaltungsräte vertraten gleichzeitig auch Aktionäre. Wenn der anwesende Verwaltungsrat den Antrag des Gesuchstellers abgelehnt hat, kommt dies einer Ablehnung durch die übrigen Aktionäre gleich. Somit liegt eine Ablehnung des Antrags des Gesuchstellers durch die Generalversammlung vor.

4.2.3. Die dreimonatige Klagefrist von Art. 697b Abs. 1 aOR ist eingehalten. Die Generalversammlung fand unstreitig am 26. August 2022 statt (act. 1 Rz. 7; act. 7 Rz. 16). Die Klagefrist lief am 28. November 2022 ab (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR i.V.m. Art. 78 Abs. 1 OR und Art. 1 des BG über den Fristenlauf an Samstagen vom 21. Juni 1963 [SR 173.110.3]). Mit der Postaufgabe am 28. November 2022 hat der Gesuchsteller die Klagefrist gewahrt.

4.2.4. Die vorgängige Geltendmachung des Auskunfts- und Einsichtsrechts bedarf näherer Prüfung.

Das Gesuch des Gesuchstellers bezieht sich auf zwei Sachverhaltskreise: auf den verbuchten Steueraufwand von CHF 4'467'994 im Geschäftsjahr 2021 einerseits, auf die Konsolidierung im Einzelabschluss der Gesuchsgegnerin andererseits.

Das Sonderprüfungsbegehren muss thematisch vom vorgängigen Auskunfts- oder Einsichtsbegehren gedeckt sein (BGE 140 III 610 E. 2.2 S. 611-612; BGE 138 III 246 E. 3.3 S. 247; BGE 133 III 133 E. 3.2 S. 135-136; BGE 123 III E. 3a S. 264-265). Massgebend für die thematische Begrenzung der Zulässigkeit eines Sonderprüfungsbegehrens ist deshalb das Informationsbedürfnis der antragstellenden Aktionäre, wie es der Verwaltungsrat nach Treu und Glauben aus dem vorgängigen Auskunfts- oder Einsichtsbegehren erkennen musste. Dabei darf sich der Verwaltungsrat zwar nicht hinter einer wortklauberischen Auslegung verschanzen und [...] nur ausdrücklich gestellte Fragen beantworten. Auf der anderen Seite ist aber auch den Aktionären zuzumuten, 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 S. 611-312; BGE 123 III 261 E. 3a S. 265).

Der Gesuchsteller behauptet, er habe an der Generalversammlung vom 26. August 202 "über sämtliche mit der Sonderprüfung abzuklärenden Sachverhalte Auskunft" verlangt (act. 1 Rz. 20). Der einleitende Fragenkatalog entspreche im Wesentlichen den dem Verwaltungsrat unterbreiteten Fragen (act. 1 Rz. 22). Aufgrund der durch die E-Mail des CFO vom 3. Oktober 2022 gewonnenen Informationen sei "der Katalog mit einigen weiteren wesentlichen, sachlich eng mit den Inhalten des bereits bestehenden Fragekatalogs verbundenen Fragen, ergänzt" worden (act. 1 Rz. 22).

Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass der Gesuchsteller ein Auskunftsbegehren über sämtliche nun abzuklärenden Sachverhalte gestellt habe (act. 25 Rz. 8, 38).

Der Protokollentwurf hält unter Traktandum 10 fest: "[Der Gesuchsteller] hat eine Sonderprüfung verlangt, damit die Probleme in den russischen Gesellschaften der [...] Gruppe [der Gesuchsgegnerin] tiefgründiger analysiert werden können." (act. 3/4 Traktandum 10 S. 3). Bei isolierter Betrachtung dieses Traktandums ist nicht ersichtlich, ob das Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers innerhalb der thematischen Begrenzung liegt.

Allerdings ist zwischen dem Antrag auf Sonderprüfung i.S.v. Art. 697a Abs. 1 aOR und dem Auskunfts- und Einsichtsbegehren i.S.v. Art. 697 Abs. 1 aOR zu unterscheiden. Das Auskunfts- und Einsichtsbegehren stellte der Gesuchsteller nicht unter Traktandum 10 betreffend Diverses, sondern bereits unter dem Traktandum 4 betreffend den Revisionsbericht. Diese Reihenfolge ergibt insofern Sinn, als das Auskunfts- und Einsichtsbegehren gemäss Art. 697a Abs. 1 aOR dem Antrag auf Sonderprüfung zeitlich vorgelagert sein muss.

Der Protokollentwurf hält unter Traktandum 4 fest: "[Der Rechtsvertreter des Gesuchstellers] hat die höheren Personalkosten 2021 im Verhältnis zum Vorjahr und den hohen Steueraufwand von CHF 4.5 Mio. bei einem gleichzeitigen Verlust vor Steuern von CHF 8.3 Mio. bemängelt. Die Erklärungen zur Entwicklung der Personalkosten wurden im Rahmen der GV dargebracht und akzeptiert. [Der Rechtsvertreter des Gesuchstellers] benötigt zusätzliche Erklärungen zum Steueraufwand und hat um eine tiefgründigere Analyse gebeten." Auf das Traktandum 4 bezieht sich auch die vom Gesuchsteller referenzierte E-Mail vom 3. Oktober 2022 (act. 1 Rz. 14, 15, 22; act. 3/6). In der E-Mail vom 3. Oktober 2022 teilt der CFO der Gesuchsgegnerin mit, wie sich der Einkommenssteueraufwand von CHF 4'467'993.60 aufteilt (act. 3/6).

Hinsichtlich des verbuchten Steueraufwands von CHF 4'467'994 im Geschäftsjahr 2021 kann der Gesuchsteller damit beweisen, dass er an der Generalversammlung vom 30. August 2022 ein entsprechendes Auskunftsbegehren gestellt hat. Die Fragen A.i bis A.ix des Gesuchs sind thematisch vom vorgängigen Auskunfts- oder Einsichtsbegehren gedeckt.

Die Verfügungen betreffend provisorische Nachlasstundung vom 10. Juni 2022 und vom 4. Oktober 2022 stehen allenfalls in mittelbarem Zusammenhang mit dem verbuchten Steueraufwand. Diesbezüglich hat der Gesuchsteller an der Generalversammlung vom 30. August 2022 kein Auskunfts- und Einsichtsbegehren gestellt; bei der Verfügung vom 4. Oktober 2022 handelt es sich zudem um einen Sachverhalt, welcher sich erst nach der Generalversammlung ereignet hat. Die Fragen A.x und A.xi des Gesuchs sind vom vorgängigen Auskunfts- oder Einsichtsbegehren deshalb nicht gedeckt.

Hinsichtlich der Konsolidierung im Einzelabschluss der Gesuchsgegnerin lässt sich weder dem Protokollentwurf noch der E-Mail vom 3. Oktober 2022 entnehmen, dass der Gesuchsteller vorgängig entsprechende Fragen gestellt hätte. Ausweislich Traktandum 5 des Protokollentwurfs wurde die Jahresrechnung 2021 einstimmig genehmigt (act. 3/4 Traktandum 5 S. 2). Im Gegensatz zum Sachverhalt in BGer 4A_107/2018 E. 5.2 hat auch der Gesuchsteller der Jahresrechnung zugestimmt. Die Fragen B.i-iv des Gesuchs sind vom vorgängigen Auskunfts- oder Einsichtsbegehren nicht gedeckt.

4.2.5. Die Sonderprüfung muss zudem zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sein (Art. 697a Abs. 1 aOR). Der Gesuchsteller muss über ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse verfügen (BGE 123 III 261 E. 3a S. 266; BGer 4C.165/2004 v. 30.07.2004 E. 5.3 und E. 5.4).

4.2.5.1. Das Rechtsschutzinteresse entfällt, wenn die Fragen durch die vom Verwaltungsrat erteilten Auskünfte bereits zweifelsfrei geklärt sind (BGE 138 III 252 E. 3.1 S. 257; BGE 123 III 261 E. 3a S. 266; BGer 4A_129/2013 v. 20.06.2013 E. 5.1; 4A_215/2010 v. 27.07.2010 E. 3.1.2). Als Sachurteilsvoraussetzung muss das Rechtsschutzinteresse im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung vorliegen (BGE 127 III 41 E. 4c S. 43-44; BGer 4A_170/2022 v. 25.07.2022 E. 3.1). Während des Verfahrens erteilte Auskünfte sind deshalb ebenfalls zu berücksichtigen. Erfolgt die Erteilung berechtigter Auskünfte erst während des Verfahrens, ist dies allenfalls bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO).

A) Verbuchter Steueraufwand von CHF 4'467'994 im Geschäftsjahr 2021: Die Zusammensetzung des Steueraufwands 2021 von CHF 4'467'993.60 ist in der E-Mail des CFO vom 3. Oktober 2022 aufgeschlüsselt (act. 1 Rz. 14; act. 3/6). Demnach entfallen CHF 4'409'457.00 auf die Einkommenssteuer der russischen Gruppengesellschaften, davon CHF 3'706'647.00 auf die B2._____, CHF 109'190.00 auf die B3._____, CHF 365'062.00 auf die B1._____ und CHF 228'557.00 auf sonstige Nachzahlungen in Russland (act. 1 Rz. 14; act. 3/6; act. 27/5 Rz. 9).

Ausweislich des Sachwalterberichts vom 3. Februar 2023 erfolgte die Abbuchung des die B2._____ betreffenden Betrages von deren lokalem Konto bei der russischen Sberbank; in dem abgebuchten Betrag von RUB 569'874'852.72 sind Nachzahlungen für die Mehrwertsteuer, welche vom vorliegenden Gesuch nicht umfasst sind, und die streitgegenständlichen CHF 3'706'647.00 für die Nachzahlung von Einkommenssteuer (Einkommenssteuer, Verzugszinsen, Gebühren und Verfahrenskosten) von B2._____ enthalten (act. 25 Rz. 24; act. 17/5 Rz. 12). Grundlage der Abbuchung ist die Entscheidung des Föderalen Steueramts Elektrostal Nr. 11-15/3 vom 29. Januar 2021 (act. 25 Rz. 24; act. 17/5 Rz. 10, 11). Die übrigen die russischen Tochtergesellschaften betreffenden Zahlungen im Wert von CHF 702'809.00 erfolgten ebenfalls von den jeweiligen lokalen Konten (act. 25 Rz. 22; act. 3/6).

Bei der Gesuchsgegnerin handelt es sich um einen sog. Stammhauskonzern (vgl. ROLAND VON BÜREN, Der Konzern, Schweizerisches Privatrecht VIII/6, 2. Aufl. 2005, S. 50). Die im Rahmen der allfälligen Sonderprüfung interessierenden Steuerzahlungen – die Einkommenssteuer Mitteleuropa 2021 von CHF 58'537.60 scheint kaum zu Diskussionen Anlass zu geben – betreffen juristisch eigenständige Tochtergesellschaften der Gesuchstellerin. In Konzernverhältnissen kann das Einsichtsrecht auch bei der Obergesellschaft vorhandene Unterlagen über Tochtergesellschaften betreffen (BGE 132 III 71 E. 1.2 S. 75; BGer 4A_180/2017 v. 31.10.2017 E. 4.1). Die finanziellen Verhältnisse von Tochtergesellschaften können entsprechend auch Gegenstand einer Sonderprüfung sein (BGer 4A_180/2017 v. 31.10.2017 E. 4.1; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl. 2022, § 14 N 84).

Die Gesuchsgegnerin hat russische Bankbelege beigebracht, welche die Zahlung der B2._____ belegen sollen (act. 26/9-14). Es ist davon auszugehen, dass beim Gesuchsteller bzw. im Büro seiner Rechtsvertretung hinreichende Sprachkompetenzen vorhanden sind, um die Belege in russischer Sprache zu verstehen, denn mit der Eingabe vom 15. Mai 2023 hat der Gesuchsteller Auszüge aus dem russischen Handelsregister in russischer Sprache eingereicht und erläutert (act. 28 Rz. 14; act. 29/1-2), und er legt auch nichts anderes dar. Der Gesuchsteller zieht

generell in Zweifel, dass die Zahlungen tatsächlich von der russischen Tochtergesellschaft abgebucht wurden (act. 28 Rz. 12).

Die Gesuchsgegnerin legt nicht dar, wie sich die Summe von RUB 569'874'852.72 auf die Einziehungsaufträge verteilt, und die eingereichten Belege umfassen nicht nur die von der Gesuchsgegnerin genannten Einziehungsaufträge 8480, 22616, 22612, 8466, 8473 und 8471 (act. 25 Rz. 25). Zudem betreffen die Abbuchungen drei verschiedene Bankinstitute (neben der Sberbank auch die WTB und die TKB; act. 26/9-14). Insofern erscheint die Angabe im Sachwalterbericht vom 3. Februar 2023, wonach die Abbuchung vom lokalem Konto der Tochtergesellschaft bei der Sberbank erfolgt sei, nur teilweise zutreffend. Es bestehen jedoch keine erheblichen Zweifel daran, dass auch die weiteren Bankverbindungen auf die Tochtergesellschaft der Gesuchsgegnerin lauten. Bis auf einige Einzelheiten ist der Sachverhalt damit geklärt.

Abgesehen von der fehlenden vorgängigen Geltendmachung des Auskunfts- und Einsichtsanspruchs hat die Gesuchsgegnerin die Verfügungen betreffend provisorische Nachlassstundung vom 10. Juni 2022 und vom 4. Oktober 2022, welche als Handelsregisterbelege öffentlich einsehbar sind (Art. 936 Abs. 1 Satz 1 und 2 OR), mit der Eingabe vom 13. Dezember 2022 eingereicht (act. 7 Rz. 5, 6; act. 9/2-3).

Die vom Gesuchsteller in der Eingabe vom 15. Mai 2023 neu aufgeworfenen Fragen betreffen die Teilkonsolidierung und fallen ausserhalb des Gegenstands des Sonderprüfungsbegehrens (act. 28 Rz. 15).

B) Konsolidierung auf Stufe der Gesuchsgegnerin: Der Konsolidierungskreis Jahresrechnung der Gesuchsgegnerin per 31. Dezember 2021 ergibt sich aus Ziffer 8.2 des Anhangs; demnach sind namentlich die russischen Gruppengesellschaften B2._____, B3._____ und B1._____ voll konsolidiert (act. 1 Rz. 16; act. 3/5 S. 2). Ausweislich des Sachwalterberichts vom 3. Februar 2023 und der Stellungnahme der Revisionsstelle vom 17. April 2023 erstellte die Gesuchsgegnerin bis und mit Jahresrechnung 2021 jeweils teilkonsolidierte Abschlüsse (act. 1 Rz. 17, 32; act. 17/5 Rz. 9, 14; act. 26/17). Die russischen Gruppengesellschaften

B2._____, B3._____ und B1._____ wurden ausweislich Ziffer 8.2 bzw. 8.3 der Anhänge der Jahresrechnungen per 31. Dezember 2017, 2018, 2019 und 2020 jeweils voll konsolidiert (act. 26/18-21). Die Praxis, insbesondere russische Tochtergesellschaften in die Jahresrechnung zu integrieren, bestand seit dem Jahr 2004 (act. 25 Rz. 29, 30). Die Gesuchsgegnerin beruft sich darauf, dass aufgrund des schwierigen Geschäftsumfelds in Russland oftmals keine Intercompany Rechnungen für die entsprechenden Aufwendungen gestellt werden können, die Aufwendungen somit dort verbleiben, wo sie angefallen sind, ohne dass eine Weiterverrechnung erfolgt wäre (act. 25 Rz. 30; act. 26/17). Die Steuerauscheidung erfolgte pauschal nach einem Ruling mit dem kantonalen Steueramt vom 14. Januar 2004 (act. 25 Rz. 29; act. 26/16). Einzelabschlüsse der Gesuchsgegnerin bestehen nicht.

Der Gesuchsteller bestreitet nicht, dass er von der Teilkonsolidierung seit dem Erwerb seiner Aktien Kenntnis hatte oder hätte haben können, da die Anhänge der Jahresrechnungen jeweils darauf hinweisen (act. 25 Rz. 30). Unbeschadet des Umstands, dass es diesbezüglich bereits an einer vorgängigen Ausübung des Auskunfts- und Einsichtsrechts fehlt, mangelt es somit auch an einem Rechtsschutzinteresse. Der Sachverhalt ist geklärt.

Es kann offen bleiben, ob vorliegend der Verzicht auf handelsrechtliche Einzelabschlüsse der Gesuchsgegnerin gesetzeskonform ist. Die Sonderprüfung dient der Ermittlung konkreter Tatsachen und darf nicht auf eine rechtliche Beurteilung zielen (BGE 138 III 252 E. 3.1 S. 257 = Pra 101 [2012] Nr. 109; BGer 4A_129/2013 v. 20.06.2013 E. 7.1.1; 4A_215/2010 v. 27.07.2010 E. 3.1.4).

Mit Eingabe vom 15. Mai 2023 macht der Gesuchsteller gestützt auf Internet-Auszüge aus dem russischen Handelsregister vom 13. März 2023 neu geltend, die Anteile an den Gesellschaften B2._____ und B3._____ würden je von einer (natürlichen) Einzelperson und nicht von der Gesuchsgegnerin gehalten (act. 28 Rz.14; act. 29/1-2). Im summarischen Verfahren findet grundsätzlich nur ein einfacher Schriftenwechsel statt (BGE 146 III 237 E. 3.1 S. 240-243; BGE 144 III 117 E. 2.2 S. 118-119; BGE 138 III 252 E. 2.1 S. 254 = Pra 101 [2012] Nr. 109). Danach kann eine Partei neue Tatsachen und Beweismittel nur noch unter den Vo-

raussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorbringen. Der Gesuchsteller legt nicht dar, inwiefern es ihm nicht möglich gewesen wäre, die Internet-Auszüge bereits bei Stellung des Gesuchs abzurufen und einzureichen. Zudem hat der Gesuchsteller diesbezüglich das Auskunfts- und Einsichtsrecht vorgängig nicht ausgeübt.

4.2.5.2. Die Abklärung der fraglichen Sachverhalte muss zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sein, insbesondere für Investitionsentscheide, für die Ausübung der Mitwirkungsrechte oder für eine eventuelle Haftbarmachung (BGer 4A_180/2017 v. 31.10.2017 E. 4.1; 4A_260/2013 v. 06.08.2013 E. 4.1). Dazu muss der Gesuchsteller aufzeigen, "inwiefern die [...] verlangte Sonderprüfung zur Ausübung welcher konkrete[n] Aktionärsrechte erforderlich ist" (BGer 4A_107/2018 v. 29.10.2018 E. 7.3). Der Gesuchsteller beruft sich namentlich auf die Einleitung einer allfälligen Verantwortlichkeitsklage gegen Mitglieder des Verwaltungsrates der Gesuchsgegnerin (act. 1 Rz. 37).

A) Verbuchter Steueraufwand von CHF 4'467'994 im Geschäftsjahr 2021: Abgesehen von einigen fehlenden Einziehungsaufträgen und der Entscheidung des Föderalen Steueramts Elektrostal Nr. 11-15/3 vom 29. Januar 2021 ist nicht ersichtlich, welche Unterlagen zur Abklärung des Sachverhalts nicht vorliegen. Der Gesuchsteller macht jedoch nicht geltend, inwiefern er die noch fehlenden Unterlagen, namentlich die Entscheidung des Steueramts, zur Geltendmachung von Aktionärsrechten benötigt. Soweit Einzelheiten des Sachverhalts noch nicht geklärt sind, sind diese zur Ausübung der Aktionärsrechte nicht erforderlich.

B) Konsolidierung auf Stufe der Gesuchsgegnerin: Diesbezüglich macht der Gesuchsteller nicht geltend, inwiefern die bereits vorhandenen Informationen zur Geltendmachung von Aktionärsrechten nicht ausreichen.

4.2.6. Der Gesuchsteller muss glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (Art. 697b Abs. 2 aOR).

A) Verbuchter Steueraufwand von CHF 4'467'994 im Geschäftsjahr 2021: Ausweislich des Sachwalterberichts vom 3. Februar 2023 ist noch nicht entschieden,

ob hinsichtlich der Abbuchung von RUB 569'874'852.72 ein Rückforderungsverfahren eingeleitet werden soll (act. 17/5 Rz. 13). Diesbezüglich ist eine Pflichtverletzung der Organe der Gesuchsgegnerin nicht dargelegt oder ersichtlich.

B) Konsolidierung auf Stufe der Gesuchsgegnerin: Unter der Hypothese, dass der Verzicht auf einen Einzelabschluss der Gesuchsgegnerin eine Pflichtverletzung darstellt, ist nicht dargetan oder offensichtlich, dass dadurch die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt worden wären. Dem Verwaltungsrat kann kein Vorwurf daraus erwachsen, der Tochtergesellschaft B2._____ die flüssigen Mittel belassen zu haben (act. 28 Rz. 12, 15). Dieses Vorgehen würde nicht nur potenziell eine ausländische Steuerveranlagung verletzen, sondern würde auch auf einen abrupten Markrückzug hinaus laufen.

4.2.7. Im Ergebnis sind die Voraussetzungen des Anspruchs aus Art. 697b Abs. 1 aOR nicht erfüllt. Das Gesuch ist abzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Mit Verfügung vom 29. November 2022 wurde der Streitwert auf rund 10 % des streitgegenständlichen Steueraufwands von CHF 4'467'994 festgesetzt (act. 4 E. 2). Es ist von einem Streitwert von CHF 450'000.00 auszugehen.

5.2. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2020 (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). Die nach § 4 Abs. 1 GebV OG bestimmte ordentliche Gebühr beträgt beim genannten Streitwert CHF 19'750.00. In Anwendung von § 8 Abs. 1 ist diese auf rund 60 % zu reduzieren. Die Gerichtsgebühr ist auf CHF 11'000.00 festzusetzen.

Ausgangsgemäss sind die Kosten dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Gericht kann zwar von den Verteilungsgrundsätzen abweichen, wenn namentlich eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO), etwa weil die Erteilung berechtigter Auskünfte erst während des Verfahrens erfolgt ist (Ziffer 4.2.5.1 oben). Eine teilweise ab-

weichende Kostenverteilung kommt jedoch insbesondere nicht in Betracht, wenn der Gesuchsteller sein Auskunfts- und Einsichtsrecht vorgängig nicht oder nicht hinreichend ausgeübt hat. Aufgrund der aus dem Anhang zur Jahresrechnung der Gesuchsgegnerin per 31. Dezember 2021 ersichtlichen Teilkonsolidierung in Verbindung mit der E-Mail des CFO vom 3. Oktober 2022 ist mindestens auf die Möglichkeit zu schliessen, dass die Steueraufwandposition auch die Tochtergesellschaften betreffen kann (act. 3/5; act. 3/6; Ziffer 4.2.5.1 oben). Von der ihm in der E-Mail des CFO vom 3. Oktober 2022 vorprozessual angebotenen Möglichkeit zur Beantwortung weiterer Fragen hat der Gesuchsteller keinen Gebrauch gemacht (act. 25 Rz. 15, 16; act. 3/6). Deshalb rechtfertigt sich eine abweichende Kostenverteilung nicht.

5.3. Bei berufsmässig vertretenen Parteien bestimmt sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b, Art. 96 und Art. 105 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV bestimmte ordentliche Gebühr beträgt beim vorliegenden Streitwert CHF 22'400.00. In Anwendung von § 9 AnwGebV ist diese auf rund 60 % zu ermässigen. Der Gesuchsteller ist zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 13'500.00 zu bezahlen.

Die Einzelrichterin erkennt:

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 11'000.00 festgesetzt.
3. Die Kosten werden dem Gesuchsteller auferlegt und aus dessen Kostenvorschuss bezogen.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 13'500.00 zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage der Doppel von act. 28 und act. 29/1-2.
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 450'000.00.

Zürich, 14. Juni 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Jan Busslinger