



Entscheidung des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht

vom 15. Mai 2012 (430 11 369)

Aktienrecht

Anordnung einer Sonderprüfung

Besetzung

Präsident Thomas Bauer
Gerichtsschreiber Andreas Linder

Parteien

A. _____,
B. _____,
beide vertreten durch Advokat Moritz Gall, Elisabethenstrasse 28, Post-
fach 425, 4010 Basel,
Kläger

gegen

C. _____,
vertreten durch Advokat Jan Bangert, St. Jakobs-Strasse 41, Postfach
2348, 4002 Basel,
Beklagte

Gegenstand

Aktienrecht /
Anordnung einer Sonderprüfung

A. Die C. _____ ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in X. _____. A. _____ und B. _____ sind Aktionäre dieser Aktiengesellschaft. Anlässlich der 43. ordentlichen Generalversammlung vom 29. September 2011 wurde eine ordentliche Kapitalerhöhung beschlossen. Das Kapital von bisher CHF 50'000'000.00 wurde auf neu CHF 65'000'000.00 erhöht, wobei eine Forderung in der Höhe von CHF 15'000'000.00 verrechnet wurde und dafür 15'000 Inhaberaktien zu CHF 1'000.00 ausgegeben wurden. A. _____ beantragte in diesem Zusammenhang die Durchführung einer Sonderprüfung. Dieser Antrag wurde durch die Generalversammlung abgewiesen.

B. Mit Klage vom 15. Dezember 2011 gelangten A. _____ und B. _____, beide vertreten durch Advokat Moritz Gall aus Basel, an das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht. Sie liessen beantragen, dass bei der Beklagten eine Sonderprüfung durch einen unabhängigen Sachverständigen anzuordnen sei, wobei der Sonderprüfer mit der Prüfung folgender Fragen zu beauftragen sei:

- a. Die Eigenkapitalquote betrug per Abschluss Geschäftsjahr 55.4%. Wie hoch war die Eigenkapitalquote zum Zeitpunkt unmittelbar vor der genehmigten Kapitalerhöhung am 29. Oktober 2011?
- b. War die Kapitalerhöhung notwendig zur Finanzierung der als Grund hierfür aufgeführten drei Hotels in V. _____, W. _____ und Y. _____?
- c. War die Finanzierung der Neuerwerbungen zum Zeitpunkt der Neuerwerbungen nicht sichergestellt?
- d. Wie viel hat die Gesellschaft jeweils für die Neuerwerbungen in V. _____, W. _____ und Y. _____ bezahlt?
- e. Wie wurden die drei Neuerwerbungen in V. _____, W. _____ und Y. _____ finanziert (Hypotheken, Darlehen, Eigenkapital / Kapitalreserven / Gewinnreserven)?
- f. Hat sich die Revision bis zum Zeitpunkt der zur Veröffentlichung freigegebenen Konzernrechnung 2010/2011 mit der Finanzierung einer oder mehrerer Neuerwerbungen seit dem 16. Januar 2009 befasst?
- g. Wenn ja, wurde die Finanzierung der Neuerwerbung in V. _____ (Dezember 2009) in irgendeiner Form zu irgendeinem Zeitpunkt in der vorgenannten Form und/oder aufgrund der vorhandenen Mittel beanstandet oder als kritisch beurteilt?
- h. Welche Verwaltungsratssitzungen haben sich mit der Kapitalerhöhung befasst (Datum)?
- i. Können wir die Protokolle dieser Sitzungen einsehen und können Sie uns diese zustellen?
- j. Handelt es sich bei der beantragten Kapitalerhöhung um einen faktischen Bezugsrechtsentzug?
- k. Wann ist der definitive Entschluss des Verwaltungsrates gefasst worden, bei der Generalversammlung die Kapitalerhöhung zu beantragen?
- l. Wo und wann wurde der Ad-hoc Publizitätspflicht Folge geleistet?
- m. In welcher Form hat Herr D. _____ gegenüber der Gesellschaft unwiderruflich und unbedingt erklärt, sein Sonderrecht gemäss § 4 der Statuten ausüben zu wollen?
- n. Wo und wann wurde der daraus resultierenden Publizitätspflicht Folge geleistet?
- o. Werden durch die beantragte Kapitalerhöhung Gesetzes- und/oder Statutennormen verletzt?
- p. Was gewährt § 4 der Statuten den Inhabern von Aktien der Serie B für Rechte im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung (rein vermögensrechtlicher Vorteil, zehnfache Bezugsrechte oder ausschliessliche Bezugsrechte)?
- q. Ist der Inhalt von § 3 und § 4 der Statuten und deren Auslegung durch den Verwaltungsrat unter Beachtung von Art. 656 Abs. 1 OR gesetzeskonform?
- r. Wurden von einem Inhaber der Aktie der Serie B (vor 2004 einer auf den Namen lautenden Stammaktie) bei einer vorgängigen Kapitalerhöhung Aktien zu pari bezogen, was einer Nutzung des Sonderrechts entsprechen würde?

- s. War die Kapitalerhöhung per se erforderlich und in ihrem Umfang angemessen, um das angestrebte Verhältnis von Fremdkapital zu Eigenkapital von 1:1 zu erhalten oder zu erreichen?
- t. Entspricht die beschlossene Kapitalerhöhung den formulierten Zielen der kapitalseitigen strategischen Neuausrichtung der Gruppe, unter Beachtung der Medienmitteilung vom 28. April 2008 und der Informationen unter Investor Relations, Die D. _____ Aktie vom 27. November 2011?

Es seien die Kosten der Sonderprüfung sodann der Beklagten zu übertragen, unter o/e Kostenfolge zu Lasten der Beklagten. In der Begründung wurde vorgebracht, die Klägerschaft habe anlässlich der 43. ordentlichen Generalversammlung vom 29. September 2011 und gestützt auf ihren vorgängigen Antrag auf Auskunft bzw. Einsicht einen Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung gestellt. Die Generalversammlung der Beklagten habe diesen Sonderprüfungsantrag mit Beschluss vom 29. September 2011 abgewiesen. Die aufgeführten Fragestellungen der Klagparteien an den Sonderprüfer würden sich allesamt auf die beantragte Kapitalerhöhung der Beklagten und deren Bezug zu § 3 und § 4 der Statuten der Gesellschaft beziehen. Insbesondere solle der Sonderprüfer mit der Prüfung der Rechtmässigkeit sowohl der Kapitalerhöhung als auch der § 3 und § 4 der Statuten beauftragt werden. Es gehe um fundamentale Rechte der Aktionäre sowie um den aktienrechtlichen Minderheitenschutz, welche durch die bewilligte Kapitalerhöhung und dem damit verbundenen faktischen Bezugsrechtsentzug verletzt würden. Die Durchführung der Sonderprüfung ermögliche den antragstellenden Parteien die Ausübung ihrer Rechte sowie die Beurteilung von Chancen, wozu sie sonst nicht in der Lage wären. Die Klagparteien hätten bereits im Vorfeld der Generalversammlung vom 29. September 2011 ihre Bedenken über die Zulässigkeit der beantragten Kapitalerhöhung geäussert und dem Verwaltungsrat der Beklagten im Zusammenhang mit der beantragten Kapitalerhöhung und deren Bezug zu den § 3 und § 4 der Statuten folgende Fragen gestellt:

1. Die Eigenkapitalquote beträgt per Abschluss Geschäftsjahr 55.4%. Wie hoch ist die Eigenkapitalquote zum Zeitpunkt unmittelbar vor der genehmigten Kapitalerhöhung am 29. Oktober 2011?
2. Ist die Kapitalerhöhung notwendig zur Finanzierung der als Grund hierfür aufgeführten drei Hotels in V. _____, W. _____ und Y. _____?
3. War die Finanzierung der Neuerwerbungen zum Zeitpunkt der Neuerwerbungen nicht sichergestellt?
4. Wie viel hat die Gesellschaft jeweils für die Neuerwerbungen in V. _____, W. _____ und Y. _____ bezahlt?
5. Wie wurden die drei Neuerwerbungen in V. _____, W. _____ und Y. _____ finanziert (Hypotheken, Darlehen, Eigenkapital / Kapitalreserven / Gewinnreserven)?
6. Hat sich die Revision bis zum Zeitpunkt der zur Veröffentlichung freigegebenen Konzernrechnung 2010/2011 mit der Finanzierung einer oder mehrerer Neuerwerbungen seit dem 16. Januar 2009 befasst?
7. Wenn ja, wurde die Finanzierung der Neuerwerbung in V. _____ (Dezember 2009) in irgendeiner Form zu irgendeinem Zeitpunkt in der vorgenannten Form und/oder aufgrund der vorhandenen Mittel beanstandet oder als kritisch beurteilt?
8. Waren die § 3 und 4 (respektive der sinngemässe Inhalt der §) der heutigen Statuten bereits in den „Vorgänger-Statuten“ enthalten?
9. Wenn ja, seit wann sind die § 3 und 4 in den älteren Statuten?
10. Können wir alle „Vorgänger-Statuten“ der heutigen Statuten bei der Gesellschaft einsehen? Können Sie uns diese zustellen?
11. Welche Verwaltungsratssitzungen haben sich mit der Kapitalerhöhung befasst (Datum)?
12. Können wir die Protokolle dieser Sitzungen einsehen und können Sie uns diese zustellen?

13. Handelt es sich bei der beantragten Kapitalerhöhung um einen faktischen Bezugsrechtsentzug?
14. Wann ist der definitive Entschluss des Verwaltungsrates gefasst worden, bei der Generalversammlung die Kapitalerhöhung zu beantragen?
15. Wo und wann wurde der Ad-hoc Publizitätspflicht Folge geleistet?
16. Wann hat Herr D. _____ gegenüber der Gesellschaft unwiderruflich und unbedingt erklärt, sein Sonderrecht gemäss § 4 der Statuten ausüben zu wollen?
17. In welcher Form ist dies gegenüber der Gesellschaft erfolgt?
18. Wo und wann wurde der daraus resultierenden Publizitätspflicht Folge geleistet?
19. Wann ist die Eintragung der Kapitalerhöhung erfolgt oder wann wird sie erfolgen?

Diese thematisch im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung stehenden Fragen habe die Klägerschaft gegenüber der Beklagten bereits im Vorfeld der Generalversammlung vom 29. September 2011 teils mündlich, teils via E-Mail-Verkehr gestellt. Die Beklagte wiederhole die aufgeführten Fragen der Klagparteien in einem Schreiben vom 18. Oktober 2011 und halte diese schriftlich fest. Dabei habe sich die Beklagte mit dem Hinweis darauf begnügt, dass diese Fragen im Vorfeld der Generalversammlung vom 29. September 2011 sowie anlässlich derselben bereits gestellt und hinreichend beantwortet worden wären. Die aufgeführten Begehren um Auskunft der Klagparteien seien vom Verwaltungsrat jedoch weder im Vorfeld der Generalversammlung noch an dieser selber hinreichend beantwortet worden. Zudem seien sie an der Generalversammlung vom 29. September 2011 weder detailliert aufgenommen noch protokolliert worden. Die von den Klagparteien gestellten Fragen seien durch den Präsidenten des Verwaltungsrates vielmehr als zeitverschwendend und unsachlich bezeichnet und infolgedessen abgeblockt worden. Der Verwaltungsrat habe sich mit einem generellen Hinweis auf eine vorgängig getroffene Abklärung des Anwaltsbüros Böckli Bodmer & Partner begnügt, ohne dass er weiter auf die Fragen der Kläger eingegangen wäre. Anzumerken sei, dass die vorgenannte Abklärung die von den Klagparteien gestellten Fragen nicht beantworten würden. Lediglich die Fragen 8, 9 und 10 betreffend die Statutenbestimmungen hätten in der Zwischenzeit dadurch beantwortet werden können, dass die Klagparteien in die „Vorgänger-Statuten“ Einsicht haben können. Der Verwaltungsrat der Beklagten habe es somit unterlassen, sich mit den von den Klagparteien gestellten Fragen auseinanderzusetzen. Aus den von den Klagparteien vorgängig gestellten Fragen sei ihm jedoch das Informationsbedürfnis der Klagparteien ohne weiteres erkennbar gewesen. Der Fragenkatalog der Klagparteien gemäss dieser Klage bewege sich innerhalb des durch die vorherigen Einsichts- und Auskunftsbegehren und das Begehren um Sonderprüfung gesteckten Rahmens. Das Sonderprüfungsbegehren der Klagparteien sei thematisch vom vorgängigen Auskunfts- und Einsichtsbegehren ohne weiteres abgedeckt. Den Klagparteien dürfe aus dem Umstand, dass die von ihnen anlässlich der Generalversammlung gestellten Fragen nicht vollständig protokolliert worden seien, kein Nachteil erwachsen. Gemäss Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR gehörten die Begehren um Auskunft von Aktionären sowie die darauf erteilten Antworten zum Mindestinhalt des Protokolls der Generalversammlung und es wäre die Pflicht des Verwaltungsrates gewesen, für die richtige und sorgfältige Führung des Protokolls der Generalversammlung zu sorgen.

Durch die bewilligte Kapitalerhöhung und den damit verbundenen faktischen Bezugsrechtsentzug würden fundamentale Aktionärsrechte in unsachlicher Weise entzogen und/oder verletzt. Denn die Kapitalerhöhung verwässere die Stimm- und Vermögensrechte von Minderheitsaktio-

nären; liege nicht per se im Gesellschaftsinteresse; werde durch die Statuten nicht legitimiert; entspreche nicht den formulierten Zielen hinsichtlich der kapitalseitig strategischen Neuausrichtung der Gruppe; sei sachlich weder erforderlich noch angemessen und halte einem einzigen Aktionär in nicht gerechtfertigter Ungleichbehandlung, der zugleich Mehrheitsaktionär und Verwaltungsrat sei, einen nicht unbeachtlichen Vermögensvorteil zu. Gemäss § 4 der Statuten von 2004 gewähre bei einer Kapitalerhöhung jede Aktie der Serie B ihrem Inhaber das Recht, zehn neue Aktien der Serie A zu pari zu beziehen, wobei dieses Sonderrecht erlösche, wenn in einer oder mehreren Kapitalerhöhungen die Inhaber der Aktien Serie B neue Aktien der Serie A im Nennwert von 30 Millionen Franken bezogen hätten. Sämtliche 3'000 Inhaberaktien der Serie B seien im Besitz von Dr. D. _____, Vizepräsident des Verwaltungsrates der Beklagten. Im Rahmen der angekündigten Kapitalerhöhung wolle dieser von seinem Sonderrecht Gebrauch machen und 15'000 Aktien der Serie A zu pari beziehen. Würde hingegen eine ordentliche und jedermann zugängliche Kapitalerhöhung durchgeführt und die Aktien zum heutigen Eigenkapitalwert/Inhaberaktie von rund CHF 1'383.00 gezeichnet, ohne dass es Sonderrechte für bestimmte Aktien gebe, würde die Gesellschaft bei Ausgabe von 15'000 neuen Aktien 5 bis 7 Millionen Franken mehr Kapital einnehmen oder die 15 Millionen Franken gewünschtes Neukapital mit rund 10'840 neu gezeichneten Aktien erhalten. Ebenso führe die dargelegte Kapitalerhöhung zu einer Verwässerung des Vermögenswertes, wie der Verwaltungsrat im Protokoll der 43. ordentlichen Generalversammlung vom 29. September 2011 bekenne. Aufgrund dieser Ausführungen ergebe sich, dass sämtliche formellen und materiellen Voraussetzungen für die Einsetzung eines Sonderprüfers gemäss Art. 697b OR erfüllt seien. Entsprechend sei durch das Gericht eine Sonderprüfung durch einen unabhängigen Sachverständigen anzuordnen, welcher mit der Prüfung der eingangs gestellten Fragestellungen zu beauftragen sei.

B. Nach Eingang des Kostenvorschusses wurden die Parteien mit Vorladung vom 19. Januar 2011 zu einer Instruktionsverhandlung vor das Präsidium des Kantonsgerichts geladen. An dieser Verhandlung vom 20. Februar 2012 erschien für die Klägerschaft Advokat Moritz Gall und die Beklagte wurde durch E. _____, Finanzchef der C. _____, und Advokat Jan Bangert vertreten. Der Rechtsvertreter der Beklagten erstattete eine einlässliche Stellungnahme. Er beantragte, das Gesuch auf Einsetzung eines Sonderprüfers abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, und die Kosten des Verfahrens sowie die Parteientschädigung den beiden Klägern in solidarischer Verbindung aufzuerlegen.

Im Wesentlichen wurde vorgetragen, soweit die Kläger vorgängig zum Antrag auf Sonderprüfung in der Generalversammlung vom 29. September 2011 überhaupt Auskunft und Einsicht verlangt hätten, sei diese umfassend gewährt worden. Den Klägern fehle daher in Bezug auf jene Fragen das schutzwürdige Interesse an weiterer Abklärung. Soweit die Kläger nun eine Sonderprüfung verlangen würden, um zusätzlich finanzielle Sachverhalte im Zusammenhang mit der Akquisition neuer Hotelbetriebe, über das Verhältnis von Eigenkapital und Fremdkapital oder über die frühere Ausübung von Sonderrechten in Erfahrung zu bringen, fehle es hingegen überhaupt schon am Erfordernis des vorangehenden Begehrens auf Auskunft oder Einsicht. Schliesslich fehle es überhaupt an einem Zweck für die aufwendige Übung, welche die Kläger der C. _____ zumuten wollten: Die Kläger könnten nicht aufzeigen, inwiefern die C. _____ Gesetz oder Statuten verletzt hätte und inwiefern die Sachverhalte, die sie geprüft wissen wollten, bei der Beurteilung einer solchen Verletzung wichtig wären. Auf die weitergehenden Ausführun-

gen und die Entgegnungen zu den einzelnen Fragen der Klägerschaft ist in den Erwägungen zurückzukommen, soweit sich dies als notwendig erweist.

In der Folge behielt sich der Vertreter der Klägerschaft vor, nach Studium der Verlautbarung der Beklagten und Rücksprache mit der Mandantschaft das Gesuch auf Einleitung einer Sonderprüfung ganz oder teilweise zurückzuziehen. Das Verfahren wurde alsdann mit Verfügung vom 20. Februar 2012 ausgestellt und der Klägerschaft eine Frist zur Stellungnahme angesetzt, ob und gegebenenfalls in welchem Umfange am Gesuch um Sonderprüfung festgehalten werde. Ausserdem wurde verfügt, soweit die Klägerschaft ganz oder teilweise am besagten Gesuch festhalten sollte, alsdann kein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen sei, zumal vorliegend das summarische Verfahren zur Anwendung gelange. Das Gericht werde diesfalls vielmehr ohne Durchführung einer weiteren Verhandlung aufgrund der Akten entscheiden.

C. Mit Eingabe vom 20. März 2012 brachte die Klägerschaft dem Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, zur Kenntnis, dass die Fragen Ziff. 1 lit. a, c, und l der Klage vom 15. Dezember 2011 mit Stellungnahme der Beklagten vom 20. Februar 2012 beantwortet worden seien. Entsprechend werde ein im genannten Umfang beschränkter Klagerückzug erklärt, wobei die hieraus resultierenden ordentlichen und ausserordentlichen Kosten durch die Beklagte zu tragen seien. Diese hätte es in der Hand gehabt, die mit Stellungnahme vom 20. Februar 2012 unterbreiteten Antworten bereits zu einem früheren Zeitpunkt zu liefern und die Anhebung eines gerichtlichen Verfahrens zumindest in diesem Umfang zu verhindern. Dies habe sie versäumt, weshalb sie gemäss dem Verursacherprinzip die hieraus resultierenden Kosten zu tragen habe. Die Fragen Ziff. 1 lit. d, k und r der Klage vom 15. Dezember 2011 seien mit Stellungnahme vom 20. Februar 2012 nur teilweise beantwortet, währenddessen alle übrigen Fragen einmal mehr unbeantwortet geblieben seien. Entsprechend dieser Ausgangslage würden die Klagparteien an den mit Klage vom 15. Dezember 2011 formulierten Rechtsbegehren unter Berücksichtigung des zuvor erklärten partiellen Klagerückzugs unter ordentlicher und ausserordentlicher Kostenfolge festhalten. In der Folge gab die Klägerschaft nochmals eine einlässliche Vernehmlassung ab, welche sich strukturell an der von der Beklagten mit Stellungnahme vom 20. Februar 2012 gewählten Nummerierung orientierte.

D. Die Beklagte liess mit Replik vom 26. März 2012 nachtragen, wie in der Verhandlung vom 20. Februar 2012 vorgetragen, seien die Fragen gemäss den Rechtsbegehren Ziff. 1 Bst. c und l bereits lange vor Einreichung des Gesuchs um Einsetzung eines Sonderprüfers beantwortet gewesen, während sich die Antwort auf die Frage Bst. a aus dem ohnehin veröffentlichten Halbjahresabschluss 2012 ergeben würde. Die Gesuchsteller hätten die Antworten mithin nicht erst durch die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin erfahren; sie seien vielmehr bereits vorher für alle Aktionäre frei zugänglich vorgelegen. Die Kosten für das unnötige Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers seien daher vollumfänglich von den Gesuchstellern zu tragen. Im Übrigen habe der Kantonsgerichtspräsident in der Verhandlung vom 20. Februar 2012 unzweideutig zum Ausdruck gebracht, dass die Angelegenheit spruchreif sei und den Gesuchstellern nur deshalb eine Frist zur Erklärung über den Rückzug des Gesuchs eingeräumt, weil die Gesuchsteller selbst an der Verhandlung nicht anwesend gewesen seien und, gemäss Angaben von deren Rechtsvertreter, mit den Gesuchstellern zuerst Rücksprache genommen werden sollte. Es sei ausdrücklich angemerkt worden, dass keine weitere Stellungnahme zur Sache erwar-

tet werde. In krasser Missachtung dieser Anordnung hätten die Gesuchsteller nun eine Replik im Umfang von 20 Seiten eingereicht. Es werde beantragt, diese Ausführungen zur Sache in der Eingabe vom 20. März 2012 sowie die Beilagen 1 bis 6 aus dem Recht zu weisen, soweit die Gesuchsteller nicht aufzeigen könnten, dass es sich dabei um Noven handle.

Erwägungen

1. Für die Einsetzung eines Sonderprüfers nach Art. 697b OR bezeichnen die Kantone gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. g ZPO ein Gericht, welches als einzige kantonale Instanz zuständig ist. Art. 250 lit. c Ziff. 8 ZPO schreibt für die richterliche Anordnung einer Sonderprüfung bei der Aktiengesellschaft das summarische Verfahren vor. Bei der Beklagten handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in X. _____. Gemäss § 5 Abs. 1 lit. c EG ZPO BL ist das Präsidium der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts Basel-Landschaft zuständig für Streitigkeiten, die in die Zuständigkeit des Kantonsgerichts, Abteilung Zivilrecht, als einziger kantonaler Instanz fallen, in denen das summarische Verfahren zur Anwendung gelangt. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Präsidiums des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, ist unbestrittenermassen erstellt. Der Kostenvorschuss für das Verfahren wurde von der Klägerschaft fristgerecht geleistet.

2.1 Einleitend ist über den Antrag der Gesuchsbeklagten vom 26. März 2012 zu befinden, dass die Ausführungen der Klägerschaft zur Sache in der Eingabe vom 20. März 2012 sowie die Beilagen 1 bis 6 aus dem Recht zu weisen seien, soweit diese nicht aufzeigen könne, dass es sich dabei um Noven handle. Der besagte Antrag der Beklagten ist unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs zu prüfen. Gemäss Art. 53 Abs. 1 ZPO haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet unter anderem das Recht auf gleichmässige Anhörung der Parteien vor dem Entscheid und das Recht, sich zu Vorbringen des Gegners sowie hinsichtlich des Beweisergebnisses äussern zu können (BGE 124 I 49 E. 3c; vgl. SUTTER-SOMM/CHEVALIER, in: Sutter-Somm/Hasen-böhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. Art. 53 N 6). Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) umfasst der fragliche Anspruch das Recht der Parteien, von jedem Aktenstück und jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äussern, sofern sie dies für erforderlich halten. Unerheblich ist, ob eine Eingabe neue Tatsachen oder Argumente enthält und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag (BGE 133 I 100 E. 4.3 mit Hinweis auf weitere Urteile des EGMR). Sieht das anwendbare Prozessrecht lediglich einen einfachen Schriftenwechsel vor, kann sich die Behörde in einer ersten Phase darauf beschränken, weitere Eingaben einer Partei der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zuzustellen, ohne sie formell auf ihr Replikrecht hinzuweisen. Damit ist die Gegenpartei in der Lage, ihr Replikrecht auszuüben. Enthält sie sich einer Stellungnahme, kann nach Ablauf einer angemessenen Frist angenommen werden, sie habe auf ihr Replikrecht verzichtet (BGE 133 I 98 E. 2.2; 132 I 42 E. 3.3.3 f.). Stellt indes eine Partei unverzüglich nach Erhalt einer Eingabe ausdrücklich ein Gesuch um Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme, so hat das Gericht über diesen Antrag vor dem Sachentscheid zu befinden, andernfalls das rechtliche Gehör der ersuchenden Partei verletzt wird (BGE 133 I 100 E. 4.7 und 4.8).

2.2 Vorliegend präsentiert sich die massgebliche Prozessgeschichte in diesem Zusammenhang wie folgt: Am 20. Februar 2012 führte das Präsidium des Kantonsgerichts, Abteilung Zivilrecht, eine Parteiverhandlung durch. Anlässlich dieser Verhandlung erstattete der Rechtsvertreter der Beklagten eine einlässliche mündliche Stellungnahme, welche zudem schriftlich abgegeben wurde. Der Rechtsvertreter der Kläger behielt sich vor, nach Studium dieser Stellungnahme der Beklagten und nach Rücksprache mit den Mandanten das Gesuch um Durchführung einer Sonderprüfung ganz oder teilweise zurückzuziehen. Das Verfahren wurde in der Folge ausgestellt und der Klägerschaft mit Verfügung vom 20. Februar 2012 eine Frist zur Stellungnahme angesetzt, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang am Gesuch um Sonderprüfung festgehalten werde. Im Weiteren wurde verfügt, sofern die Klägerschaft ganz oder teilweise am fraglichen Gesuch festhalten sollte, alsdann kein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen sei. Das Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, werde diesfalls vielmehr ohne Durchführung einer weiteren Verhandlung aufgrund der Akten entscheiden. Mit Eingabe vom 20. März 2012 brachte die Klägerschaft dem Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, zur Kenntnis, dass diverse Fragen durch die Stellungnahme der Beklagten vom 20. Februar 2012 beantwortet worden seien und erklärte im genannten Umfang einen Klagerückzug. Im Weiteren gab die Klägerschaft nochmals eine einlässliche Replik ab. Aus der dargestellten Prozessgeschichte erhellt, dass dem Antrag der Beklagten vom 26. März 2012 zu entsprechen ist. Das Gesuch um Anordnung einer Sonderprüfung ist im summarischen Verfahren zu behandeln, welches in Art. 253 ZPO vorsieht, dass der Gegenpartei Gelegenheit zu geben ist, mündlich oder schriftlich Stellung zu nehmen. Die Beklagte machte von diesem Recht anlässlich der Sitzung vom 20. Februar 2012 denn auch Gebrauch und trug eine mündliche Antwort vor, die zudem noch in Schriftform zu den Akten gegeben wurde. Im Gegensatz zum ordentlichen Verfahren sieht das summarische Verfahren nicht vor, dass ein zweiter Schriftenwechsel abgehalten werden kann (Botschaft ZPO, S. 7350), zumal ein solcher dem Wesen des summarischen Verfahrens zuwiderlaufen würde. Aus Art. 53 ZPO oder aus der EMRK lässt sich nach dem Dafürhalten des Kantonsgerichts, Abteilung Zivilrecht, gleichfalls kein genereller Anspruch auf einen weiteren Schriftwechsel ableiten. Vorliegend konnte die Klagpartei insbesondere eine mündliche Replik an der Verhandlung vom 20. Februar 2012 vorbringen, behielt sich daselbst allerdings lediglich vor, nach (nochmaligem) Studium der schriftlichen Stellungnahme der Beklagten und nach Rücksprache mit der Mandantschaft das Gesuch um Durchführung einer Sonderprüfung ganz oder teilweise zurückzuziehen. Der Kantonsgerichtspräsident hielt denn auch in der anschliessenden Verfügung ausdrücklich fest, dass kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werde, falls die Klägerschaft ganz oder teilweise an ihrem Gesuch festhalten sollte. Vor diesem Hintergrund erweist sich die schriftliche Replik als nicht statthaft und ist samt den entsprechenden Beilagen aus dem Recht zu weisen.

3.1 Jeder Aktionär kann der Generalversammlung beantragen, bestimmte Sachverhalte durch eine Sonderprüfung abklären zu lassen, sofern dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und er das Recht auf Auskunft oder das Recht auf Einsicht bereits ausgeübt hat (Art. 697a Abs. 1 OR). Entspricht die Generalversammlung dem Antrag, so kann die Gesellschaft oder jeder Aktionär innert 30 Tagen den Richter um Einsetzung eines Sonderprüfers ersuchen (Art. 697a Abs. 2 OR). Entspricht die Generalversammlung dem Antrag nicht, so können Aktionäre, die zusammen mindestens 10 % des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von 2 Millio-

nen Franken vertreten, innert dreier Monate den Richter ersuchen, einen Sonderprüfer einzusetzen (Art. 697b Abs. 1 OR). Die Sonderprüfung soll dem Informationsdefizit abhelfen, das dadurch entsteht, dass die Minderheitsaktionäre kaum Möglichkeiten haben, an Interna der Gesellschaft heranzukommen (BGE 123 III 261 E. 2a). Während sie den Aktionären die erforderlichen Informationen zur Ausübung ihrer Rechte verschaffen soll, stellt sie für die Gesellschaft eine Belastung dar, denn sie ist stets mit der Offenlegung vertraulicher Informationen verbunden, behindert den normalen Geschäftsablauf und verursacht unproduktive Arbeit (BSK OR II-WEBER, Art. 697a N 11 ff. mit Nachweisen). Den Ausgleich zwischen den widerstrebenden Interessen hat der Gesetzgeber so getroffen, dass im Falle der Ablehnung einer Sonderprüfung durch die Generalversammlung nur eine qualifizierte Minderheit der Aktionäre die Einsetzung eines Sonderprüfers gegen den Willen der Mehrheit beim Gericht durchsetzen kann. Diesem vom Gesetzgeber gewollten Interessenausgleich entspricht, dass die qualifizierte Minderheit während des Verfahrens auf Anordnung der Sonderprüfung und Einsetzung des Sonderprüfers - und damit wenigstens bis zum Beginn der Prüfung - an ihrem Anliegen festhalten muss. Mit dem Quorum soll sichergestellt werden, dass eine repräsentative Minderheit der Aktionäre das Anliegen unterstützt (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 16 N. 26).

3.2 Bei der beklagten C. _____ handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von 65 Millionen Franken. Dieses ist eingeteilt in 62'000 Inhaberaktien zu CHF 1'000.00 (Serie A) und 3'000 Inhaberaktien zu CHF 1'000.00 (Serie B; Vorzugsaktien). Die Kläger sind unbestrittenermassen Aktionäre der Gesellschaft. Sie wurden mit Verfügung vom 20. Februar 2012 aufgefordert, dem Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, nachzuweisen, dass sie zurzeit Aktien im Nennwert von mindestens CHF 2 Mio. halten. Dieser Aufforderung sind die Kläger im Rahmen der Eingabe vom 20. März 2012 nachgekommen. Den beigebrachten Dokumenten (Beilagen 8 und 9) lässt sich entnehmen, dass dem Kläger 1'000 und der Klägerin 3'000 Inhaberaktien zu CHF 1'000.00 zustehen. Sie vertreten zusammen insgesamt 4'000 Inhaberaktien im Nennwert von 4 Millionen Franken und sind somit als Streitgenossen gemeinsam legitimiert. Weitere persönliche Voraussetzungen, wie z.B. die Teilnahme an der Generalversammlung oder persönliche Interessen, sind nicht zu erfüllen. Im Weiteren kann dem Protokoll der 43. ordentlichen Generalversammlung vom 29. September 2011 entnommen werden, dass dem Antrag des heutigen Klägers um Durchführung einer Sonderprüfung durch die Generalversammlung nicht entsprochen wurde und der entsprechende Antrag mit Ausnahme von zwei Aktionären mit zusammen 4'000 Gegenstimmen und keiner Enthaltung aller Aktionäre abgelehnt wurde. Das Gesuch um Sonderprüfung erfolgte sodann unter Wahrung der dreimonatigen Klagefrist gemäss Art. 697b Abs. 1 OR. Die Kläger sind somit berechtigt, dem Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, einen Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung zu stellen.

4.1 Das Institut der Sonderprüfung ist anlässlich der Aktienrechtsrevision von 1991 mit dem Ziel eingeführt worden, die Informationslage der Aktionäre zu verbessern. Mit diesem Mittel der Informationsbeschaffung soll den Aktionären ermöglicht werden, in hinreichender Kenntnis der Sachlage darüber zu entscheiden, ob und wie sie von ihren Aktionärsrechten Gebrauch machen wollen (BSK OR II-WEBER, Art. 697a N 1). In der aktienrechtlichen Informationsordnung bildet die Sonderprüfung das dritte Element neben der vom Verwaltungsrat ausgehenden Informationsvermittlung durch den Geschäftsbericht (Art. 696 OR) und der aktiven Informations-

beschaffung seitens des Aktionärs durch die Ausübung seines Auskunftsrechts (Art. 697 OR). Da dieses Instrument für die Gesellschaft mit erheblichen Umtrieben und Kosten verbunden ist, stellt es unter den drei Möglichkeiten die letzte Stufe dar und ist gegenüber den beiden anderen subsidiär. Allen drei Elementen ist im Übrigen gemeinsam, dass die Information an die Gesamtheit der Aktionäre ergeht. Um eine Gleichstellung aller Aktionäre bezüglich des Informationsstandes zu erreichen, muss das Auskunftsrecht gemäss Art. 697 OR in der Generalversammlung ausgeübt werden, wobei die erteilte Antwort zu protokollieren ist (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Eine Sonderprüfung kann ein Aktionär nach Art. 697a Abs. 1 OR mithin nur beanspruchen, wenn er das Auskunfts- oder das Einsichtsrecht bereits ausgeübt hat. Daraus folgt, dass das Sonderprüfungsbegehren thematisch vom vorgängigen Auskunfts- oder Einsichtsbegehren abgedeckt sein muss. Wie hoch die Anforderungen an die thematische Identität anzusetzen sind, ist umstritten. 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. Massgebend für die thematische Begrenzung der Zulässigkeit eines Sonderprüfungsbegehrens ist laut Bundesgericht 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 zum vornherein 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 123 III 261 E. 3 mit Hinweisen).

4.2 Die Klagpartei hält dafür, sie habe vorgängig einen Antrag auf Auskunft bzw. Einsicht gestellt und sei ihrer Pflicht auf vorgängige Fragestellung nachgekommen, ohne jedoch befriedigende oder hinreichende Antworten erhalten zu haben, welche ihnen die Beurteilung der Situation erlaubt habe. Vielmehr seien die bereits im Vorfeld der Generalversammlung gestellten Begehren und Fragen ohne hinreichende Begründung und ohne inhaltliche Auseinandersetzung abgetan worden. Es liege nicht lediglich eine ungenügende Auskunftserteilung, sondern mindestens teilweise ebenso eine Verweigerung von Auskünften vor. Man habe bereits im Vorfeld der Generalversammlung vom 29. September 2011 Bedenken über die Zulässigkeit der beantragten Kapitalerhöhung geäussert und dem Verwaltungsrat der Beklagten im Zusammenhang mit der fraglichen Kapitalerhöhung und deren Bezug zu den §§ 3 und 4 der Statuten diverse Fragen - teils mündlich, teils via E-Mail-Verkehr - gestellt. Die Beklagte habe die aufgeführten Fragen der Kläger in einem Schreiben vom 18. Oktober 2011 wiederholt und sich dabei mit dem Hinweis begnügt, dass diese Fragen vor und anlässlich der Generalversammlung vom 29. September 2011 bereits gestellt und hinreichend beantwortet worden seien. Die verlangte Auskunft sei vom Verwaltungsrat jedoch weder im Vorfeld der Generalversammlung noch an dieser selber zureichend erstattet worden. Zudem seien die Fragen an der Generalversammlung weder detailliert aufgenommen noch protokolliert worden, woraus der Klägerschaft kein Nachteil erwachsen dürfe. Aus den vorgängig gestellten Fragen sei der Beklagten allerdings das Informationsbedürfnis der Klagparteien ohne weiteres erkennbar gewesen und der Fragen-

katalog gemäss der Klage bewege sich innerhalb des durch die vorherigen Einsichts- und Auskunftsbegehren und das Begehren um Sonderprüfung gesteckten Rahmens. Das Sonderprüfungsbegehren der Klagparteien sei thematisch vom vorgängigen Auskunfts- und Einsichtsbegehren ohne weiteres abgedeckt.

4.3 Die Beklagte lässt zusammengefasst entgegnen, die Kläger würden im Gesuch eine Liste mit 19 Fragen zitieren und suggerieren, all diese Fragen hätten sie bereits im Vorfeld der Generalversammlung vom 29. September 2011 "teils mündlich, teils via E-Mail Verkehr" gestellt und keine hinreichende Antwort darauf erhalten, was nicht stimme. Die Liste mit den 19 Fragen sei der C. _____ vielmehr erst über eine Woche nach der Generalversammlung, am 7. Oktober 2011 zugestellt worden. Die schriftliche Antwort der C. _____ darauf haben die Kläger ins Recht gelegt. Wenn man den E-Mail-Verkehr vor der Generalversammlung und das Protokoll derselben ansehe, so ergebe sich, dass dem Kläger bereits diverse Fragen beantwortet worden seien. An der Generalversammlung selbst sei keine einzige der von den Klägern nun behaupteten Fragen gestellt worden. Bestritten werde, dass die Generalversammlung unzureichend oder lückenhaft protokolliert worden wäre. Anhand der vor und in der Generalversammlung gestellten Begehren des Klägers auf Auskunft und Einsicht habe die Gesellschaft nach Treu und Glauben schliessen dürfen, dass die rechtlichen und statutarischen Rahmenbedingungen sowie die börsenrechtlichen Publizitätspflichten der Gegenstand seines Informationsbedürfnisses gewesen seien. Keine einzige vor oder an der Generalversammlung gestellte Frage habe hingegen darauf abgezielt, wie einzelne Akquisitionen der C. _____ historisch finanziert worden seien, was an Verwaltungsratssitzungen diskutiert worden sei, ob es "notwendig" sei, Fremdkapital durch Eigenkapital zu ersetzen, oder welches die Eigenkapitalquote sei. Die im Gesuch unter den Buchstaben a bis i sowie r bis t vorgestellten Fragen für eine Sonderprüfung seien nicht Gegenstand von Begehren auf Auskunft oder Einsicht gewesen, die anlässlich oder vor der besagten Generalversammlung gestellt worden wären. Im Übrigen habe der Verwaltungsratspräsident anlässlich der Generalversammlung vom 29. September 2011 umfassend über den Hintergrund der Kapitalerhöhung informiert. Die Generalversammlung sei darüber informiert worden, dass diese Kapitalerhöhung dazu gedacht sei, Fremdkapital im Umfang von CHF 15 Mio. durch Eigenkapital zu ersetzen; Fremdkapital, das aufgenommen worden sei, um die Akquisition neuer Hotelbetriebe in W. _____, Y. _____ und V. _____ zu ermöglichen. In der Generalversammlung habe niemand, auch nicht einer der Kläger, hier nachgehakt, Zusatzfragen gestellt oder zu erkennen gegeben, dass die Erläuterung unvollständig oder an ihrer Richtigkeit zu zweifeln wäre.

4.4 Die zutreffenden Entgegnungen der Beklagten entsprechen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur sog. Subsidiarität des Rechtsbehelfs der Sonderprüfung. Nach der Konzeption des Gesetzgebers kann eine Sonderprüfung zu einem bestimmten Sachverhalt eben bloss dann verlangt werden, wenn vorgängig das Recht des Aktionärs auf Auskunft oder Einsicht geltend gemacht wurde. Die Auskunft oder Einsicht muss zeitlich vor der Abstimmung über den Antrag auf Sonderprüfung in der Generalversammlung verlangt worden sein und Auskunft bzw. Einsicht muss thematisch grundsätzlich zum gleichen Gegenstand verlangt worden sein wie jenem, auf den die beantragte Sonderprüfung abzielt. Die Klägerschaft hat mit dem Gesuch vom 15. Dezember 2011 nicht hinreichend nachgewiesen, dass die vorerwähnten In-

formationsrechte tatsächlich ausgeschöpft wurden. Aus den Akten erhellt, dass die unter Ziffer 23 des Gesuchs aufgeführten Fragen nach der Generalversammlung vom 29. September 2011 abgefasst und der Beklagten unterbreitet wurden. Die Klägerschaft führt denn auch keinerlei Beweisofferten an, welche ihre gegenteilige Behauptung stützen könnte. Der Electronic-Mail-Verkehr zwischen dem Kläger und dem Finanzchef der Beklagten, welche die Klägerschaft als Beilage 8 ihres Gesuchs vorlegt, bietet jedenfalls keinen tauglichen Beweis. Aus dem besagten E-Mail-Austausch kann erschlossen werden, dass dem Kläger vor der Generalversammlung Einsicht in die rechtliche Stellungnahme von Böckli Bodmer & Partner vom 30. Mai 2011 zur beabsichtigten Kapitalerhöhung gewährt wurde. Der Kläger erkundigte sich mit der Mail vom 20. September 2011, wann der Verwaltungsrat beschlossen habe, der Generalversammlung eine Kapitalerhöhung zu beantragen, wann Herr D. _____ unwiderruflich und unbedingt erklärt habe, er wolle das Vorzugsrecht ausüben, und ob die börsenrechtliche Ad hoc-Publizität erfüllt worden sei. Die Beklagte verwies in der Folge mit Mail vom 21. September 2011 auf ihre Medienmitteilung vom 22. August 2011, welche zeitgleich auch der Börse und weiteren rechtlich vorgeschriebenen Adressaten zugestellt worden sei. Alsdann erkundigte sich der Kläger unter Verdankung der vorigen Mail, seit wann Aktien der Beklagten an der Schweizer Börse kotiert seien, worauf die Beklagte am Folgetag antwortete, man sei seit dem 2. August 1996 kotiert. Mit Mail vom 22. September 2011 bedankt sich der Kläger, dass ihm mit "relativer Offenheit" Auskunft und Einsicht in Unterlagen erteilt worden sei, zugleich wird bedauert, dass Auskunfts- und Einsichtsbegehren betreffend "Kapitalerhöhung und die Statuten, insbesondere die § 3 und 4 betreffend", noch nicht vollumfänglich erteilt worden sei. Auch zur Behauptung der Kläger, die massgeblichen Fragen seien an der Generalversammlung gestellt, aber durch die Beklagte weder detailliert aufgenommen noch protokolliert worden, werden keine tauglichen Beweise erbracht. Mit dem blossen Hinweis auf Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR, wonach der Verwaltungsrat für die Führung des Protokolls sorgt, welches Begehren um Auskunft und die darauf erteilten Antworten festzuhalten hat, ist ein angebliches Versäumnis nicht dargetan, zumal die Beklagte dies ausdrücklich bestreitet. Die Kläger verweisen lediglich auf das entsprechende Protokoll. Daraus lässt sich im Wesentlichen bloss entnehmen, dass der Kläger das Gutachten Böckli Bodmer & Partner vom 30. Mai 2011 bestritten und zu Protokoll gegeben hat, dass er bei Annahme durch die Generalversammlung einen Antrag auf Sonderprüfung über die Kapitalerhöhung beantragen werde und er dazu legitimiert sei. Im Weiteren ist daselbst festgehalten, der Verwaltungsratspräsident habe sich beim Kläger erkundigt, ob dieser seine Absicht eines Antrages zu einer Sonderprüfung über die Kapitalerhöhung beibehalten wolle. Im Ergebnis fehlt es dem Sonderprüfungsantrag der Klägerschaft am gebotenen Nachweis, dass sie ihre Informationsrechte vorgängig gehörig wahrgenommen haben.

5.1 Die Gesuchsteller haben laut Art. Art. 697b Abs. 2 OR Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers, wenn sie glaubhaft machen, dass Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben. Verletzung von Gesetz oder Statuten durch Organe bedeutet Verstoss gegen geschriebene Rechtsnormen oder ungeschriebene aktienrechtliche Grundsätze (z.B. Verletzung von Sorgfaltspflichten, Gebot der schonenden Rechtsausübung). Verletzung meint Pflichtwidrigkeit oder Widerrechtlichkeit einer Tätigkeit, nicht nur Unzweckmässigkeit (vgl. BSK OR II-WEBER, Art. 697b N 6 mit Beispielen). Eine Schädigung von Gesellschaft oder Aktionären beinhaltet eine eingetretene, unfreiwillige Vermögens-

verminderung, nicht nur eine zukünftige oder drohende Schädigung. Nicht relevant sind Vermögensschädigungen Dritter. Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt im Erfordernis der Glaubhaftmachung einer Schädigung, die auf Gesetzes- oder Statutenverletzungen von Organen zurückzuführen ist, der Angelpunkt des Sonderprüfungsrechts. Bei übertriebenen Anforderungen könnte der Anspruch auf Sonderprüfung toter Buchstabe bleiben. Bei zu grosszügiger Handhabung entstünde dagegen ein Widerspruch zum Regelungsgedanken des Gesetzgebers, wonach die zwangsweise Sonderprüfung nicht leichthin zuzulassen sei. Das Glaubhaftmachen betrifft sowohl Tat- wie Rechtsfragen. In tatsächlicher Hinsicht sind bestimmte Handlungen oder Unterlassungen von Organen und der damit zusammenhängende Schaden glaubhaft zu machen. In Bezug auf diese Tatsachen darf das Gericht weder blosser Behauptungen genügen lassen, noch einen stringenten Beweis verlangen. Ziel der Sonderprüfung ist es, die Informationslage der Gesuchsteller zu verbessern. Das Gericht darf deshalb von den Gesuchstellern nicht diejenige Nachweise verlangen, die erst der Sonderprüfer erbringen soll. Auf der anderen Seite hat es aber die von den Gesuchstellern vorgebrachten Verdachtsmomente auf ihre Plausibilität hin zu prüfen. Aufgrund dieser Verdachtsmomente muss eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, dass Handlungen oder Unterlassungen von Organen in der Tat Schaden angerichtet haben könnten. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Rechtsfragen, wie sie sich namentlich im Zusammenhang mit den von den Gesuchstellern behaupteten oder vermuteten Pflichtverletzungen von Organen stellen. Auch hier hat das Gericht die Rechts- oder Statutenwidrigkeit nicht abschliessend zu beurteilen. Dem Gesuch auf Einsetzung eines Sonderprüfers ist vielmehr bereits dann zu entsprechen, wenn sich die rechtlichen Vorbringen zu den Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 697b Abs. 2 OR bei summarischer Prüfung als einigermaßen aussichtsreich oder doch zum Mindesten als vertretbar erweisen (Urteil 4A_359/2007 vom 26. November 2007; BGE 120 II 393 E. 4c mit Hinweisen).

5.2 Zu den vorgenannten materiellen Voraussetzungen lassen die Kläger vortragen, durch die bewilligte Kapitalerhöhung und den damit verbundenen faktischen Bezugsrechtsentzug würden fundamentale Aktionärsrechte in unsachlicher Weise entzogen und/oder verletzt. Denn die Kapitalerhöhung verwässere die Stimm- und Vermögensrechte von Minderheitsaktionären; liege nicht per se im Gesellschaftsinteresse; werde durch die Statuten nicht legitimiert; entspreche nicht den formulierten Zielen hinsichtlich der kapitalseitig strategischen Neuausrichtung der Gruppe; sei sachlich weder erforderlich noch angemessen und halte einem einzigen Aktionär in nicht gerechtfertigter Ungleichbehandlung, der zugleich Mehrheitsaktionär und Verwaltungsrat sei, einen nicht unbeachtlichen Vermögensvorteil zu. Gemäss § 4 der Statuten von 2004 gewähre bei einer Kapitalerhöhung jede Aktie der Serie B ihrem Inhaber das Recht, zehn neue Aktien der Serie A zu pari zu beziehen, wobei dieses Sonderrecht erlösche, wenn in einer oder mehreren Kapitalerhöhungen die Inhaber der Aktien Serie B neue Aktien der Serie A im Nennwert von 30 Millionen Franken bezogen hätten. Sämtliche 3'000 Inhaberaktien der Serie B seien im Besitz von Dr. D. _____, Vizepräsident des Verwaltungsrates der Beklagten. Im Rahmen der angekündigten Kapitalerhöhung wolle dieser von seinem Sonderrecht Gebrauch machen und 15'000 Aktien der Serie A zu pari beziehen. Würde hingegen eine ordentliche und jedermann zugängliche Kapitalerhöhung durchgeführt und die Aktien zum heutigen Eigenkapitalwert/Inhaberaktie von rund CHF 1'383.00 gezeichnet, ohne dass es Sonderrechte für bestimmte Aktien gebe, würde die Gesellschaft bei Ausgabe von 15'000 neuen Aktien 5 bis 7 Millionen

Franken mehr Kapital einnehmen oder die 15 Millionen Franken gewünschtes Neukapital mit rund 10'840 neu gezeichneten Aktien erhalten. Ebenso führe die dargelegte Kapitalerhöhung zu einer Verwässerung des Vermögenswertes, wie der Verwaltungsrat im Protokoll der 43. ordentlichen Generalversammlung vom 29. September 2011 anerkenne. Bei einem Aktienkapital von 50 Millionen Franken und einem Eigenkapital/Inhaberaktie in der Höhe von CHF 1'383.00 betrage das Eigenkapital 69'150 Millionen Franken. Durch die geplante Kapitalerhöhung in der Höhe von 15 Millionen Franken betrage das Aktienkapital 84'150 Millionen Franken (69'150 Millionen Franken + 15 Millionen Franken). Der neue Eigenkapitalwert/Inhaberaktie betrage folglich nur noch CHF 1'294.61 (84'150 Millionen Franken / 65 Millionen Franken), was zu einer Vermögenswert-Verwässerung von CHF 88.39 pro Aktie führe. Die Klagparteien, welche über 4'000 Inhaberaktien der Serie A verfügen würden, erlitten somit einen Wertverlust in der Höhe von mindestens CHF 353'560.00. Die dargelegte Kapitalerhöhung verletze somit nicht nur fundamentale Aktionärsrechte sondern schädigt darüber hinaus sowohl die Aktionäre als auch die Gesellschaft in ihrem Vermögen.

5.3 Die Beklagte lässt erwidern, seit der Gründung der C. _____ gebe es Aktien dieser Gesellschaft, mit denen ein Vorrecht verknüpft sei. Vor 2004 habe es 30'000 Stimmrechtsaktien im Nennwert von je CHF 100 gegeben, deren jede im Falle einer Kapitalerhöhung das Recht auf den Bezug einer Inhaberaktie im Nennwert von CHF 1'000 zu pari verliehen habe. 2004 seien diese 30'000 Stimmrechtsaktien in 3'000 Inhaberaktien "Serie B" zum Nennwert von je CHF 1'000 umgewandelt worden. In der Fassung der Statuten aus dem Jahr 2004 stehe, dass jede dieser 3'000 Aktien "Serie B" dem Inhaber das Recht verleihe, im Falle einer Kapitalerhöhung 10 neue Aktien "Serie A" zu pari, also zum Preis von CHF 1'000, zu beziehen. Die Statuten, auch in früheren Fassungen, könne jeder Interessierte beim Handelsregisteramt oder der Gesellschaft einsehen; die jeweils aktuelle Fassung auf der Website. Der Handelsregisterauszug weise ausdrücklich auf "Vorrechte bezüglich neuer Aktien gemäss Statuten" hin. Die Geschäftsberichte der C. _____, man könne sie jederzeit auf den Websites der Gesellschaft und der SIX einsehen, würden ausführen: "Bei einer Kapitalerhöhung gewährt jede Aktie der Serie B ihrem Inhaber das Recht, zehn neue Aktien der Serie A zu pari zu beziehen. Dieses Sonderrecht erlischt, wenn in einer oder mehreren Kapitalerhöhungen die Inhaber der Aktien Serie B neue Aktien der Serie A im Nennwert von CHF 30'000'000 bezogen haben". Solche Vorzugsrechte seien zulässig. Sie könnten sich nach ausdrücklichem Gesetzeswortlaut auf die Bezugsrechte für den Fall der Ausgabe neuer Aktien beziehen (Art. 656 Abs. 2 OR). Die Vorzugsrechte der 3'000 Aktien "Serie B" gehörten also zu den transparenten und zulässigen Regeln, unter denen alle Aktionäre der C. _____ angetreten seien. In der Generalversammlung der C. _____ vom 29. September 2011 sei eine Kapitalerhöhung um 15'000 börsennotierte Aktien der "Serie A" beschlossen worden. Die von Dr. D. _____ beherrschte Ingro Finanz AG sei, was der Geschäftsbericht offen gelegt habe, Inhaberin aller 3'000 Aktien "Serie B". Sie hätte bereits vorher angekündigt, sie werde das Vorzugsrecht ausüben und alle 15'000 neu ausgegebenen Aktien beziehen. Die Kapitalerhöhung sei inzwischen durchgeführt und im Handelsregister eingetragen worden. Alle neu ausgegebenen Aktien habe die Ingro Finanz AG übernommen und durch Verrechnung mit einem Darlehen in Höhe von CHF 15'000'000 liberiert. Das passe den Klägern nicht. Zunächst stimme an der Rechnung der Kläger die Prämisse nicht, dass die Aktien von Dritten zu einem wesentlich über pari liegenden Preis gezeichnet worden wären. Die Aktien

"Serie A" seien an der Börse kotiert. Der Bösenkurs der "A-Aktien" habe im massgeblichen Zeitraum zwischen CHF 1'000.00 - also pari - und CHF 1'050.00 variiert. Angesichts eines Konzern-Jahresgewinns von CHF 881'000.00 ganze CHF 17.62 pro Aktie, was einen Aktienwert in Höhe des 57-fachen Jahresgewinnanteils ergebe - und eines gedämpften Ausblicks sei das sogar noch viel. Als die Kapitalerhöhung durchgeführt worden sei, sei der Kurs zeitweilig unter pari gelegen. Der von den Klägern genannte Ausgabepreis von CHF 1'383.00 sei pure Zweckphantasie und durch keine Fakten gedeckt. Vor allem aber würden die Kläger übersehen, dass es der Gesellschaft gar nicht zu Gebote gestanden habe, eine Kapitalerhöhung durchzuführen, ohne dabei die statutarischen Vorrechte zu beachten, die mit den Aktien "Serie B" verknüpft seien. Die "ordentliche und für jedermann zugängliche" - was wohl heissen solle für jeden Aktionär mit derselben Chance auf Ausübung des Bezugsrechts offenstehende Kapitalerhöhung - hätten die Aktionäre bereits vor Jahren ausgeschlossen, indem sie die Vorrechte der "Serie B" eingeführt und bestätigt hätten. Diese Vorrechte, in § 4 der Statuten geregelt und von ihren Aktionären seinerzeit so beschlossen worden, habe die Gesellschaft nun nicht einfach ignorieren dürfen. Was den Klägern vorschwebe, wäre Unrecht. Was die Generalversammlung am 29. September 2011 beschlossen habe, sei dagegen Recht.

5.4 Einen Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers hätten die Kläger gemäss Art. 697b Abs. 2 OR nur dann, wenn sie glaubhaft gemacht hätten, dass Organe Gesetz oder Statuten verletzt haben und durch diese Verletzung der Gesellschaft oder den Aktionären ein Schaden entstanden ist. Beide Voraussetzungen sind jedoch mit dem Gesuch vom 15. Dezember 2011 nicht genügend glaubhaft gemacht worden. Im Zusammenhang mit der Glaubhaftmachung einer Verletzung von Gesetz oder Statuten lässt es die Klagpartei bei der blossen Aussage bewenden, durch die Kapitalerhöhung und dem damit verbundenen faktischen Bezugsrechtsentzug würden fundamentale Aktionärsrechte in unsachlicher Weise entzogen und/oder verletzt. Sie versäumt es augenscheinlich, konkrete Pflichtverletzungen der Organe der Beklagten anzuführen und ihre Vorwürfe klar zu umreissen. Wie die Beklagte zutreffend anführt, geniessen Vorzugsaktien gegenüber den Stammaktien die Vorrechte, die ihnen in den Statuten ausdrücklich eingeräumt sind. Die Vorrechte können sich namentlich auf die Bezugsrechte für den Fall der Ausgabe neuer Aktien erstrecken (Art. 656 OR). In § 4 der Statuten der Beklagten wird ausdrücklich festgehalten, dass bei einer Kapitalerhöhung jede Aktie der Serie B ihrem Inhaber das Recht gewährt, zehn neue Aktien der Serie A zu pari zu beziehen, wobei dieses Sonderrecht erlischt, wenn in einer oder mehreren Kapitalerhöhungen die Inhaber der Aktien Serie B neue Aktien der Serie A im Nennwert von 30 Millionen Franken bezogen haben. Es werden von den Klägern mithin keine objektiven Anhaltspunkte dargelegt, aus denen sich der Schluss ergeben könnte, dass die Beklagte durch die bewilligte Kapitalerhöhung sowohl Gesetzes- als auch Statutennormen verletzt und gegen aktienrechtliche Grundsätze verstösst. Auch die Ausführungen der Gesuchsteller zur Voraussetzung der Schädigung von Gesellschaft oder Aktionären erweisen sich vor dem Hintergrund der statutarischen Bestimmung in § 4 als von vornherein untauglich. Im Übrigen weist der Börsenkurs, wie ihn die Beklagte in Beilage 3 ihrer Stellungnahme dokumentiert, im relevanten Zeitraum keine generelle Wertentwicklung aus, die auf einen Ausgabenpreis pro Aktie von CHF 1'383.00 schliessen liesse. Zusammenfassend sprechen die behaupteten Tatsachen gegen eine gewisse Wahrscheinlichkeit und erweisen sich die rechtlichen Vorbringen der Gesuchsteller als zu wenig aussichtsreich, so dass dem Antrag, es

sei bei der Beklagten eine Sonderprüfung durch einen unabhängigen Sachverständigen anzuordnen, abzuweisen ist.

6. Abschliessend ist noch über die Verlegung der Prozesskosten zu befinden. Massgebend für die Regelung der Kostenfolgen sind die Bestimmungen der Art. 104 ff. ZPO. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Sind am Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenparteien beteiligt, so bestimmt das Gericht ihren Anteil an den Prozesskosten. Es kann auf solidarische Haftung erkennen (Art. 106 Abs. 3 ZPO). Entsprechend dem vorliegenden Verfahrensausgang hat die Klägerschaft somit für die Prozesskosten aufzukommen. Eine Anwendung von Art. 107 ZPO, der ein Abweichen von den Verteilungsgrundsätzen und das Verteilen der Prozesskosten nach Ermessen ermöglicht, ist nicht angebracht. Die Entscheidungsbüher wird in Anwendung von § 9 Abs. 1 i.V. mit § 8 Abs. 1 lit. f der Verordnung vom 15. November 2010 über die Gebühren der Gerichte (SGS 170.31; Gebührentarif) auf pauschal CHF 5'000.00 festgelegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet (Art. 111 ZPO). Darüber hinaus hat die Klägerschaft der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen. Der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten hat eine vom 20. Februar 2012 datierende Honorarnote eingereicht. Das darin geltend gemachte Honorar ist tarifkonform und nicht zu beanstanden. Die Kläger haben der Beklagten somit eine Parteientschädigung von CHF 12'500.00 zuzüglich Auslagen von CHF 146.40 und 8 % MWST von CHF 1'011.70 zu bezahlen, wobei sie für die Parteientschädigung solidarisch haften, zumal das Interesse beider Kläger am vorliegenden Verfahren gleichgerichtet war.

Demnach wird erkannt:

- ://:
1. Die schriftliche Replik der Kläger vom 20. März 2012 wird mitsamt den Beilagen 1 - 6 aus dem Recht gewiesen.
 2. Das Gesuch vom 15. Dezember 2011 der Kläger, es sei bei der Beklagten eine Sonderprüfung durch einen unabhängigen Sachverständigen anzuordnen, wird abgewiesen.
 3. Die Entscheidungsbüher von CHF 5'000.00 wird den Klägern unter Solidarhaftung auferlegt.
 4. Die Kläger haben der Beklagten eine Parteientschädigung unter solidarischer Haftbarkeit von CHF 13'658.10 (inklusive Auslagen von CHF 146.40 und 8 % MWST von CHF 1'011.70) zu bezahlen.

Präsident

Gerichtsschreiber

Thomas Bauer

Andreas Linder

