

Beschluss vom 28. Mai 2018

ZK2 2017 53

Mitwirkend Kantonsgerichtsvizepräsidentin lic. iur. Daniela Pérez-Steiner,
Kantonsrichterinnen Dr. Veronika Bürgler Trutmann und Walter Christen,
Gerichtsschreiber lic. iur. Claude Brüesch.

In Sachen 1. A. _____,
2. B. _____,
Gesuchsteller und Berufungsführer,
vertreten durch Rechtsanwalt C. _____,

gegen

D. _____ AG,
Gesuchsgegnerin und Berufungsgegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt E. _____,

betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen, Rechnungslegung
(Berufung gegen die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe
vom 12. Mai 2017, ZES 2017 50);-

hat die 2. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben:

A. Die Parteien schlossen am 28. Juni 2013 rückwirkend per 1. Januar 2013 einen Kaufvertrag, worin die Gesuchsteller ihre Anteile an zwei bzw. indirekt drei Gesellschaften (die „F. _____-Gesellschaften“) der Gesuchsgegnerin veräusserten (Vi-KB 2, S. 1, 2 und 15). Zu den F. _____-Gesellschaften zählen die G. _____ AG, also die H. _____ AG, die I. _____ GmbH und die J. _____ AG (Tochter der G. _____ AG; Vi-KB 2, Präambel lit. D). Der Verkaufspreis umfasste zwei Komponenten: Die erste Komponente bestand in einem Festkaufpreis von 2 Millionen Franken. Das zweite Element beinhaltete einen gemäss Anhang 2.1.2(a) zum Aktienkaufvertrag (AKV) definierten variablen Teil (Vi-KB 2, S. 2). Gemäss erwähntem Anhang wird die variable Komponente fällig, wenn der EBIT der F. _____-Gesellschaften in der sog. Earn-out Periode vom 1. Juli 2013 bis 30. Juni 2014 mindestens Fr. 500'000.00 beträgt (Vi-KB 6). In diesem Anhang wurde auch festgelegt, wie die variable Komponente zu berechnen ist (vgl. Vi-KB 6 Ziff. 2). EBIT bedeutet die Summe der EBIT's gemäss den von der K. _____ AG geprüften Einzelabschlüssen der F. _____-Gruppengesellschaften betreffend die Earn-Out Periode, wobei die Einzelabschlüsse nach dem Prinzip der Stetigkeit in Einklang mit dem OR, den Grundsätzen ordnungsgemässer Rechnungslegung und soweit damit vereinbar, den Vorperioden erstellt werden sollen (Vi-KB 6, Ziff. 1).

Nach längerer und umfassender vorprozessualer Korrespondenz liessen die Gesuchsteller ein Gutachten zum relevanten EBIT erstellen (Vi-KB 30) und ersuchten am 11. Februar 2016 den Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe um vorsorgliche Beweisabnahme, insbesondere um die Erstellung eines gerichtlichen Buchhaltungsgutachtens zum relevanten EBIT. Der Einzelrichter wies dieses Gesuch ab im Wesentlichen mit der Begründung, dass zuerst die vereinbarte Prüfung durch die K. _____ AG stattfinden müsse (Vi-KB 31).

Bezugnehmend auf das Schreiben der Gesuchsteller vom 24. November 2016 bestätigte die Gesuchsgegnerin am 30. November 2016, dass sie die Prüfung durch die K._____ AG gemäss Anhang 2.1.2(a) des Aktienkaufvertrags vom 28. Juni 2013 in Auftrag geben werde (VI-KB 34 und 35). Am 2. Dezember 2016 forderten die Gesuchsteller die Gesuchsgegnerin auf, den Auftrag für die Durchführung der erwähnten Prüfung zu erteilen und bis 8. Dezember 2016 schriftlich zu bestätigen, dass der Auftrag erteilt worden sei. Im Weiteren setzten sie ihr für die Durchführung der Prüfung eine Frist bis Ende Februar 2017 an (Vi-KB 36). Mit E-Mail vom 5. Dezember 2016 antwortete die Gesuchsgegnerin, dass eine weitere Bestätigung nicht nötig sei und von der Frist bis Ende Februar 2017 Vormerk genommen werde (Vi-KB 37). Am 1. Februar 2017 liess die Gesuchsgegnerin die Berichte der K._____ AG zur freiwilligen Prüfung der Abschlüsse 2013/2014 der L._____, der M._____ AG und der I._____ GmbH, je vom 13. Januar 2017, den Gesuchstellern zukommen (Vi-BB 6-9).

B. Bereits mit Eingabe vom 26. Januar 2017 hatten die Gesuchsteller gegen die Gesuchsgegnerin beim Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe ein Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen mit folgenden Rechtsbegehren gestellt (Vi-act. A/I):

1. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, die Einzelabschlüsse der J._____ AG (heute umfirmiert: M._____ AG), der H._____ AG (heute infolge Fusion: L._____) und der I._____ GmbH (heute infolge Fusion: L._____) für die Periode vom 1.7.2013 bis 30.6.2014 uneingeschränkt von der K._____, auf die Einhaltung folgender Kriterien prüfen zu lassen: Sie sollen nach dem Prinzip der Stetigkeit und in Einklang mit dem Schweizerischen Obligationenrecht (OR), den Grundsätzen ordnungsgemässer Rechnungslegung und soweit damit vereinbar, den Vorperioden erstellt sein.
2. Die Gesuchsteller seien vom Richter zu ermächtigen, den Auftrag zur Prüfung gemäss vorstehendem Antrag Ziff. 1 in Ersatzvornahme für die Gesuchsgegnerin zu erteilen.

3. Es sei zudem für jeden Tag der Nichterfüllung eine Ordnungsbusse von Fr. 1'000.00 gegen die Gesuchsgegnerin anzuordnen.
4. Eventualiter zu Ziff. 3 sei der Gesuchsgegnerin für die Widerhandlung gegen die Verfügung zudem Busse nach Art. 292 StGB anzu drohen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer von 8 % zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

Am 9. März 2017 reichte die Gesuchsgegnerin die Gesuchsantwort ein mit dem Antrag, das Gesuch sei als gegenstandslos abzuschreiben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST unter solidarischer Haftung zu Lasten der Gesuchsteller (Vi-act. A/II).

Die Gesuchsteller nahmen dazu mit Eingabe vom 15. März 2017 Stellung, wozu sich die Gesuchsgegnerin am 31. März 2017 vernehmen liess (Vi-act. A/III und A/IV).

Mit Verfügung vom 12. Mai 2017 trat der Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe auf das Gesuch nicht ein, auferlegte die Gerichtskosten von Fr. 2'000.00 den Gesuchstellern und verpflichtete diese, die Gesuchsgegnerin mit Fr. 3'000.00 zu entschädigen.

C. Gegen diesen Entscheid erhoben die Gesuchsteller mit Eingabe vom 1. Juni 2017 fristgerecht Berufung mit folgenden Anträgen (KG-act. 1):

1. Die Verfügung des Einzelrichters des Bezirkes Höfe vom 12. Mai 2017 (ZES 2017 50) sei aufzuheben.
2. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, die Einzelabschlüsse der J._____ AG (heute umfirmiert: M._____ AG), der H._____ AG (heute infolge Fusion: L._____) und der I._____ GmbH (heute infolge Fusion: L._____) für die Periode vom 1.7.2013 bis 30.6.2014 uneingeschränkt von der K._____, auf die Einhaltung folgender Kriterien prüfen zu lassen: Sie sollen nach dem Prinzip der Stetigkeit und in Einklang mit

dem Schweizerischen Obligationenrecht (OR), den Grundsätzen ordnungsgemässer Rechnungslegung und soweit damit vereinbar, den Vorperioden erstellt sein.

3. Die Berufungskläger seien vom Richter zu ermächtigen, den Auftrag zur Prüfung gemäss vorstehendem Antrag Ziff. 1 in Ersatzvornahme für die Gesuchsgegnerin zu erteilen.
4. Es sei zudem für jeden Tag der Nichterfüllung eine Ordnungsbusse von Fr. 1'000.00 gegen die Berufungsbeklagte anzuordnen.
5. Eventualiter zu Ziff. 4 sei der Berufungsbeklagten für die Widerhandlung gegen die Verfügung zudem Busse nach Art. 292 StGB anzudrohen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer von 8 % für das erstinstanzliche sowie das Berufungsverfahren zu Lasten der Berufungsbeklagten.

Mit Berufungsantwort vom 19. Juni 2017 trägt die Gesuchsgegnerin in Bestätigung der angefochtenen Verfügung auf Abweisung der Berufung an, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST unter solidarischer Haftung zu Lasten der Gesuchsteller (KG-act. 8).

Es folgen am 28. Juni 2017, 29. Juni 2017, 11. Juli 2017 und 18. Juli 2017 weitere Eingaben der Parteien (vgl. KG-act. 10, 12, 14 und 16).

Auf die Vorbringen wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen;-

in Erwägung:

1. Die Vorinstanz erwog, die Parteien seien sich einig darüber, dass die Gesuchsgegnerin Einzelabschlüsse der „F. _____-Gruppengesellschaften“ vorzulegen habe, die „nach dem Prinzip der Stetigkeit und in Einklang mit dem Schweizerischen Obligationenrecht, den Grundsätzen ordnungsgemässer Rechnungslegung und soweit damit vereinbar den Vorperioden erstellt werden sollen,“ (Vi-KB 6). Indessen sei zwischen den Parteien strittig, wie die zitierte Regelung im Anhang 2.1.2(a) zum Aktienkaufvertrag zu verstehen sei. Die Gesuchsgegnerin habe den Gesuchstellern „Berichte zur freiwilligen Prüfung des Abschlusses 2013/2014 im Auftragsverhältnis“ für die betreffenden Gesellschaften zukommen und behaupten lassen, damit sei der diesbezügliche vertragliche Anspruch der Gesuchsteller erfüllt (Vi-BB 6-8), was die Gesuchsteller bestreiten. Damit fehle es an einem natürlichen Konsens bezüglich der Anforderungen an die Prüfung der Einzelabschlüsse. Daher habe das Gericht die strittige vertragliche Regelung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, um festzustellen, nach welchen Kriterien die Prüfung zu erfolgen habe sowie ob und inwiefern sie insbesondere über eine Prüfung der Vereinbarkeit mit Gesetz und Statuten hinausgehe, wie sie in den Berichten der K. _____ AG erfolgt sei. Eine solche Prüfung könne aber nicht im Rahmen des Rechtsschutzes in klaren Fällen erfolgen. Daher sei auf das Gesuch nicht einzutreten (angef. Verfügung, E. 2 S. 5). Die Vorinstanz führte weiter aus, es sei anzumerken, dass auch die Frage der Gegenstandslosigkeit des Verfahrens vorab einer Prüfung bedürfe, ob die eingereichten Berichte der K. _____ AG den Rechtsbegehren und somit den im Anhang zum Kaufvertrag definierten Prüfkriterien genügten, was im vorliegenden Verfahren nicht zulässig sei (angef. Verfügung, E. 3 S. 5 f.).

2. Die Gesuchsteller bringen vor, zwischen den Parteien bestehe ein Konsens darüber, dass die Gesuchsgegnerin die Einzelabschlüsse der F. _____-Gesellschaften für die Earn-Out Periode gemäss den Definitionen

im Anhang 2.1.2(a) zum Aktienkaufvertrag vom 28. Juni 2013 (Vi-KB 6), die zur Ermittlung des relevanten EBIT führen würden, durch die K._____ AG zu prüfen lassen habe (KG-act. 1, S. 8 f. N 19-21). Davon ging auch die Vorinstanz aus (vgl. angef. Verfügung, E. 2 S. 5). Die Gesuchsgegnerin macht dazu keine Ausführungen bzw. bestreitet diese Feststellung nicht (vgl. KG-act. 8, S. 6 N 13 f.). Somit erübrigen sich weitere Bemerkungen dazu.

3. Die Gesuchsteller machen weiter geltend, die Gesuchsgegnerin habe in der Gesuchsantwort vom 9. März 2017 die Rechtsbegehren gemäss Gesuch vom 26. Januar 2017 grundsätzlich anerkannt (KG-act. 1, S. 9 N 21), was von der Gesuchsgegnerin bestritten wird (KG-act. 8, S. 6 N 14).

Die Gesuchsteller beantragten mit Gesuch vom 26. Januar 2017, es sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, die Einzelabschlüsse der J._____ AG, der H._____ AG und der I._____ GmbH für die Periode vom 1. Juli 2013 bis 30. Juni 2014 uneingeschränkt von der K._____, insoweit prüfen zu lassen, ob sie nach dem Prinzip der Stetigkeit und in Einklang mit dem Schweizerischen Obligationenrecht, den Grundsätzen ordnungsgemässer Rechnungslegung und soweit damit vereinbar, den Vorperioden erstellt worden seien (Vi-act. A/I, S. 2 Antrag-Ziff. 1). Die Gesuchsgegnerin stellte mit Gesuchsantwort vom 9. März 2017 das Rechtsbegehren, es sei das Gesuch als gegenstandslos geworden abzuschreiben (Vi-act. A/II, S. 2 Antrag-Ziff. 1). Zur Begründung führte die Gesuchsgegnerin aus, sie habe die verlangten Prüfberichte von der K._____ AG erstellen lassen und den Gesuchstellern zugestellt, die den Empfang bestätigt hätten. Dies führe zur Gutheissung des Rechtsbegehrens Ziffer 1 und das Verfahren werde gegenstandslos (Vi-act. A/II, S. 9 N 28). Diese Gegenstandslosigkeit hätten die Gesuchsteller selber verursacht, weil sie vor dem 1. März 2017 keinen Anlass gehabt hätten, ihr Gesuch einzureichen. Denn die Gesuchsgegnerin habe die verlangten Berichte, je datiert vom 13. Januar 2017, den Gesuchstellern am 1. Februar 2017 und somit vor der ihr bis Ende Februar 2017 angesetzt Frist zukommen lassen

(Vi-act. A/II, S. 11 N 33-36). Vor diesem Hintergrund kann nicht geschlossen werden, die Gesuchsgegnerin habe den Anspruch gemäss Gesuchsbegehren Ziffer 1 anerkannt, oder anders gewendet, die Gesuchsgegnerin sprach nur davon, dass die Erstellung des verlangten Prüfberichts durch die K. _____ AG mit Weiterleitung an die Gesuchsteller zur Gutheissung bzw. zur nicht von ihr verursachten Gegenstandslosigkeit führe.

4. a) Die Gesuchsteller halten dafür, die Gesuchsgegnerin habe nicht (substanziert) behauptet, dass die von ihr eingereichten Berichte der K. _____ AG die Kriterien gemäss Gesuchsantrag erfüllen würden. Insbesondere habe die Gesuchsgegnerin nicht vorgetragen, es sei geprüft worden, ob das Prinzip der Stetigkeit eingehalten und die Abschlüsse in Einklang mit den Vorperioden erstellt worden seien, soweit dies mit den übrigen Kriterien vereinbar sei. Lägen keine genügenden Einwände gegen das Gesuch vor, sei dieses gutzuheissen (KG-act. 1, S. 11 f. N 27 f.).

Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass sich die erwähnten Berichte ausdrücklich auf die Kriterien der Stetigkeit, des Einklangs mit dem OR, der ordnungsgemässen Rechnungslegung und der Vereinbarkeit mit Vorperioden beziehen müssten. Anhang 2.1.2(a) zum Aktienkaufvertrag verlange bloss „von der K. _____ AG geprüfte Einzelabschlüsse“. Sie habe solche Berichte den Gesuchstellern eingereicht. Die Gesuchsteller würden die Beweislast verkenne. Weil die Gesuchsteller geltend machen würden, dass die von der Gesuchsgegnerin eingereichten Berichte der K. _____ AG ungenügend seien und sie somit Anspruch auf eine erneute Beauftragung der K. _____ AG hätten, seien sie hierfür gestützt auf Art. 8 ZGB beweispflichtig. Die Gesuchsteller hätten diesbezüglich aber weder substantiierte Behauptungen vorgebracht noch Beweise erbracht (KG-act. 8, S. 6 f. N 16-18 und S. 9 f. N 28 f.).

b) Die Gesuchsteller trugen im erstinstanzlichen Verfahren vor, die Gesuchsgegnerin habe nicht substantiiert dargetan, dass die von ihr am 1. Februar 2017 eingereichten Berichte der K. _____ AG (Vi-BB 6-8) den Prü-

fungskriterien gemäss Aktienkaufvertrag entsprechen würden, wonach die Einzelabschlüsse der F. _____-Gesellschaften nach dem Prinzip der Stetigkeit in Einklang mit dem Obligationenrecht, den Grundsätzen ordnungsgemässer Rechnungslegung und soweit damit vereinbar, den Vorperioden zu erstellen seien (Vi-act. A/III, S. 4 N 9 f.). Die Gesuchsgegnerin hielt dem entgegen, sie habe in der Gesuchsantwort in N 25.1 mit Verweis auf BB 3 vorgebracht, dass die Auftragserteilung gemäss Anhang 2.2.2a zum Aktienkaufvertrag vom 28. Juni 2013 erfolgt sei. Das Prinzip der Stetigkeit und der Einklang mit den Vorperioden sei Bestandteil dieses Anhangs. Ihre Behauptungen seien daher vollständig (Vi-act. A/IV, S. 2 N 5).

Die Gesuchsgegnerin führte mit Gesuchsantwort vom 9. März 2017 aus, sie habe die Auftragserteilung mit Schreiben vom 30. November 2016 explizit bestätigt. Dabei verwies die Gesuchsgegnerin auf dieses Schreiben, welchem entnommen werden kann, dass sie die Prüfung durch die K. _____ AG gemäss Anhang 2.1.2(a) des Aktienkaufvertrags vom 28. Juni 2013 in Auftrag geben werde (Vi-act. A/II, S. 8 N 25.1; Vi-BB 3). Aus diesem Verweis in der Gesuchsantwort selbst wird klar, dass das Schreiben vom 30. November 2016 in seiner Gesamtheit als Parteibehauptung gelten soll. Es umfasst nur ein paar Zeilen. Daher ist nicht ersichtlich, weshalb dieser Verweis nicht zulässig sein soll (vgl. Urteil ZK1 2013 30 vom 18. November 2014 E. 3a/cc S. 14 f., insbesondere mit Hinweis auf Willisegger, Basler Kommentar, N 27 zu Art. 221 ZPO). Dies gilt umso mehr, als der Anhang nur aus zwei Seiten besteht (neben einer Beilage, die eine Seite umfasst) und unter dem Titel „1. Definitionen“ namentlich erklärt wird, dass die Einzelabschlüsse nach dem Prinzip der Stetigkeit in Einklang mit dem OR, den Grundsätzen ordnungsgemässer Rechnungslegung und soweit damit vereinbar, den Vorperioden erstellt werden sollen (Vi-KB 6). Insoweit kann der Gesuchsgegnerin nicht vorgeworfen werden, sie habe nicht rechtsgenügend substantiiert, dass die Berichte der K. _____ AG (Vi-BB 6-8) den Prüfungskriterien gemäss Akti-

enkaufvertrag entsprechen würden. Es ist nicht ersichtlich, was die Gesuchsgegnerin noch mehr hätte behaupten sollen.

5. Die Gesuchsteller machen weiter geltend, es sei belegt und werde von der Gesuchsgegnerin ausdrücklich anerkannt, dass ein tatsächlicher Konsens bezüglich der Anforderungen an die Prüfung der K._____ AG bestehe. Liege besagter tatsächlicher Konsens vor, seien die Voraussetzungen für den Rechtsschutz in klaren Fällen erfüllt, müsse keine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip erfolgen und sei die angefochtene Verfügung aufzuheben. Die Vorinstanz habe die Verhandlungs- und Dispositionsmaxime nach Art. 55 und 58 ZPO verletzt. Daher sei nicht mehr entscheidrelevant, ob die von der Gesuchsgegnerin vorgelegten Berichte der K._____ AG den gemäss tatsächlichem Konsens vereinbarten Kriterien entsprächen, was – entgegen der Meinung der Gesuchsgegnerin – nicht zutrefte (KG-act. 1, S. 7 N 16 und S. 9 f. N 22-25).

Die Gesuchsgegnerin wendet ein, die Vorinstanz habe korrekt festgestellt, dass zwischen den Parteien keine Einigkeit darüber bestehe, ob die eingereichten Berichte der K._____ AG den Vorgaben des Anhangs 2.1.2(a) des Aktienkaufvertrages entsprechen würden. Bestehe somit diesbezüglich ein Dissens, könne kein Rechtsschutz in klaren Fällen erfolgen, weil die rechtlichen Verhältnisse nicht klar seien, weswegen die Vorinstanz einen Nichteintretensentscheid habe treffen müssen. Der Nichteintretensentscheid stütze sich nicht auf die Illiquidität des Sachverhalts, sondern auf die Unklarheit der Rechtslage. Daher habe die Vorinstanz die Gegenstandslosigkeit nicht prüfen müssen (KG-act. 8, S. 6 f. N 15-20).

a) Das Gericht gewährt Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 ZPO). Klares Recht liegt vor, wenn über die Bedeutung einer Rechtsvorschrift kein begründeter Zweifel besteht. Mit anderen Worten muss

eine Auslegung nach bewährter Lehre und Überlieferung zu einem eindeutigen Ergebnis führen. Auch die Anwendung einer Vertragsklausel kann rechtlich klar sein. Ist die Subsumtion dagegen nicht offenkundig, müssen ausgiebige juristische Recherchen angestellt werden, stellen sich heikle juristische Abgrenzungsfragen, verweist die Norm auf richterliches Ermessen bzw. handelt es sich um Generalklauseln, insbesondere wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordert, wie dies namentlich bei der Beurteilung von Treu und Glauben der Fall ist, so liegt keine klare Rechtslage vor (Göksu, in Brunner/Gasser/Schwander, ZPO, 2. A., 2016, N 11 zu Art. 257 ZPO; Hofmann, in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., 2017, N 11 zu Art. 257 ZPO; Sutter-Somm/Lötscher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, N 9 zu Art. 257 ZPO). Die Frage, ob und mit welchem Inhalt zwischen den Parteien ein Vertrag abgeschlossen wurde, also die Vertragsauslegung, wirft komplexe Fragen im Bereich der Abgrenzung zwischen klarem Sachverhalt und klarem Recht auf. Liegt kein unbestrittener tatsächlicher Konsens vor, kann also ein tatsächlicher bzw. natürlicher Konsens nicht liquide nachgewiesen werden, so ist der Sachverhalt illiquid. Denn in diesem Fall bedarf die vertragliche Regelung der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip, was eine Rechtsfrage darstellt (Sutter-Somm/Lötscher, a.a.O., N 10a zu Art. 257 ZPO). Zudem ist auch die Rechtslage nicht klar, weil die Rechtsanwendung bzw. Vertragsauslegung gerichtliches Ermessen erfordert. Muss im Rahmen eines Verfahrens nach Art. 257 ZPO ein Vertrag nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden, so kann auf das Gesuch aus den erwähnten Gründen nicht eingetreten werden (Hofmann, a.a.O., N 11a zu Art. 257 ZPO). An das Erfordernis klaren Rechts sind strenge Anforderungen zu stellen, weil bei einer Gewährung des Rechtsschutzes nach Art. 257 ZPO ein definitives, der materiellen Rechtskraft fähiges Urteil ergeht (BGer, Urteil 4A_329/2013 vom

10. Dezember 2013 E. 4). Kann dieser Rechtsschutz nicht gewährt werden, so tritt das Gericht auf das Gesuch nicht ein (Art. 257 Abs. 3 ZPO).

b) Die Parteien schlossen am 28. Juni 2013 einen Kaufvertrag, worin die Gesuchsteller ihre Anteile an zwei bzw. indirekt drei Gesellschaften der Gesuchsgegnerin veräusserten (Vi-KB 2, S. 1, 2 und 15). Der variable Teil des Verkaufspreises beinhaltete einen gemäss Anhang 2.1.2(a) zum Aktienkaufvertrag (AKV) definierten variablen Teil (Vi-KB 2, S. 2), gemäss welchem die variable Komponente fällig wird, wenn der EBIT der F._____ - Gesellschaften in der sog. Earn-out Periode vom 1. Juli 2013 bis 30. Juni 2014 mindestens Fr. 500'000.00 beträgt (Vi-KB 6). In diesem Anhang wurde auch festgelegt, wie die variable Komponente zu berechnen ist (vgl. Vi-KB 6 Ziff. 2). EBIT bedeutet die Summe der EBIT's gemäss den von der K._____ AG geprüften Einzelabschlüssen der F._____ - Gruppengesellschaften betreffend die Earn-Out Periode, wobei die Einzelabschlüsse nach dem Prinzip der Stetigkeit in Einklang mit dem OR, den Grundsätzen ordnungsgemässer Rechnungslegung und soweit damit vereinbar, den Vorperioden erstellt werden sollen (Vi-KB 6 Ziff. 1).

c) Die Gesuchsteller brachten im erstinstanzlichen Verfahren vor, es fehle an der Bestätigung der Prüfer, dass die Einzelabschlüsse der F._____ - Gesellschaften uneingeschränkt nach dem Prinzip der Stetigkeit in Einklang mit dem OR, den Grundsätzen ordnungsgemässer Rechnungslegung und soweit damit vereinbar, den Vorperioden erstellt worden seien. Denn hätte die K._____ AG eine solche Prüfung vorgenommen, hätte sie dies auch so bestätigt, was sie aber nicht getan habe. Solange eine solche Bestätigung nicht erfolgt sei, fehle es an der vereinbarten Prüfung. Ausserdem hätten die Prüfer ihren Bericht selber sehr einschränkend umschrieben. Es sei bloss geprüft worden, ob die Abschlüsse frei von wesentlichen falschen Angaben seien. Sodann werde eingeschränkt, dass sie sich auf das interne Kontrollsystem

abstützen würden, ohne zu prüfen, ob dieses auch existiere oder funktioniere (Vi-act. A/III, S. 4 f. N 9-12). Die Gesuchsgegnerin hielt mit Stellungnahme vom 31. März 2017 dagegen, die Gesuchsteller hätten gemäss Kaufvertrag vom 28. Juni 2013 und Anhang 2.1.2(a) nur Anspruch auf den Erhalt der Berichte der K._____ AG, aber nicht auch auf die von ihnen erwähnte zusätzliche ausdrückliche Bestätigung. Die Gesuchsgegnerin habe die entsprechenden Berichte den Gesuchstellern zugestellt. Die K._____ AG habe die Berichte richtigerweise als „freiwillige Prüfung“ bezeichnet, zumal diese heute nicht Revisorin der genannten Gesellschaften sei, weshalb jeglicher Auftrag als eine „freiwillige Prüfung“ in einem Auftragsverhältnis qualifiziert werden müsse. Die Gesuchsteller würden in ihrer Stellungnahme nicht einmal behaupten, dass die Berichte der K._____ AG falsch seien oder inhaltlich den Anforderungen an den Kaufvertrag vom 28. Juni 2013 inkl. Anhang 2.1.2(a) nicht entsprechen würden. Daher seien die weiteren Ausführungen der Gesuchsteller inhaltlicher Art wie Buchhaltung/Sesam-System irrelevant. Es würden namentlich Behauptungen fehlen, aus welchen Gründen die Berichte der K._____ AG unzutreffend sein sollen (Vi-act. A/IV, S. 2 f. N 6-8).

Nach dem Gesagten ist zwischen den Parteien strittig, wie die Regelung im Anhang 2.1.2(a) zum Aktienkaufvertrag vom 28. Juni 2013, wonach die Einzelabschlüsse der F._____ -Gruppengesellschaften nach dem Prinzip der Stetigkeit und in Einklang mit dem Schweizerischen Obligationenrecht, den Grundsätzen ordnungsgemässer Rechnungslegung und soweit damit vereinbar den Vorperioden zu erstellen sind (Vi-KB 6), zu verstehen ist, bzw. ob die Gesuchsgegnerin mit der am 1. Februar 2017 erfolgten Zustellung der Berichte der K._____ AG vom 13. Januar 2017 den vertraglichen Anspruch der Gesuchsteller erfüllt hat oder nicht. Es fehlt somit an einem unbestrittenen natürlichen Konsens der Parteien hinsichtlich des Inhalts bzw. Umfangs der Anforderungen an die Prüfung der Einzelabschlüsse der F._____ -Gruppengesellschaften. Kann diesbezüglich der massgebende

übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien, der eine Tatfrage darstellt (BGE 133 III 406 E. 2.2 S. 409; BGer, Urteil 5A_473/2011 vom 29. Mai 2012 E. 6), nicht mehr festgestellt bzw. bewiesen werden, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Willens der Parteien deren Erklärungen aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen, was eine Rechtsfrage darstellt (BGE 133 III 406 E. 2.2 S. 409; BGer, Urteil 5A_473/2011 vom 29. Mai 2012 E. 6). Diese subjektive Auslegung geht unmittelbar vom (geäusserten) Willen der Parteien (innere Tatsache, über die Beweis geführt werden kann, z.B. mittels Partei- oder Zeugenaussagen zum tatsächlichen Willen der Parteien bei Vertragschluss) aus (Jäggi/Gauch/Hartmann, Zürcher Kommentar, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 2014, N 360 f. zu Art. 18 OR). Das Gericht hat also zu prüfen, wie die Parteien diese vertragliche Regelung verstanden haben, als sie diese am 28. Juni 2013 schlossen, was gerichtliches Ermessen erfordert. Eine solche Prüfung kann nicht im Rahmen des Rechtsschutzes in klaren Fällen erfolgen, weshalb die Vorinstanz zu Recht auf das Gesuch nicht eintrat.

Im vorliegenden Verfahren kann somit offen bleiben, ob die Berichte der K._____ AG vom 13. Januar 2017 die strittigen Prüfkriterien einhalten, was die Gesuchsgegnerin bejaht und die Gesuchsteller verneinen (vgl. KG-act. 1, S. 12 f. N 29; KG-act. 8, S. 7-10 N 22-26 und 30).

d) Die Vorinstanz führte aus, es sei anzumerken, dass auch die Frage der Gegenstandslosigkeit des Verfahrens vorab einer Prüfung bedürfe, ob die eingereichten Berichte der K._____ AG den Rechtsbegehren der Gesuchsteller und somit den im Anhang zum Kaufvertrag definierten Prüfkriterien genügten, was im vorliegenden Verfahren nicht zulässig sei (angef. Verfügung, E. 3 S. 5 f.). Die Gesuchsgegnerin schliesst sich dem an (vgl. KG-act. 8, S. 9 N 27).

Für den vorliegenden Fall, dass es an einem tatsächlichen Konsens fehlt bzw. eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip erfolgen muss, verlangen auch die Gesuchsteller keine Prüfung der von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Gegenstandslosigkeit (vgl. KG-act. 1, S. 7 N 16 und S. 10 f. N 26). Es erübrigen sich deshalb weitere Erörterungen dazu.

6. Die Vorinstanz wies das Gesuch unter Kosten- und Entschädigungsfolgen der Gesuchsteller ab (angef. Verfügung, E. 4 S. 6).

a) Die Gesuchsteller bringen vor, die Vorinstanz habe unberücksichtigt gelassen, dass sie jedenfalls in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst gewesen seien. Denn der Anspruch der Gesuchsteller auf die Berichte der K. _____ AG sei längst fällig gewesen. Daher hätten die Kosten und Entschädigung gestützt auf Art. 107 lit. b ZPO zulasten der Gesuchsgegnerin festgelegt werden müssen (KG-act. 1, S. 14 N 30).

Die Gesuchsgegnerin bestreitet dies, da die Gesuchsteller ihr eine Frist bis Ende Februar 2017 angesetzt habe, um die betreffenden Berichte beizubringen, aber bereits vor Ablauf dieser Frist ihr Gesuch am 26. Januar 2017 eingereicht hätten (KG-act. 8, S. 10 N 31). Die Gesuchsteller äussern sich in ihrer Eingabe vom 28. Juni 2017 nicht dazu (vgl. KG-act. 10, S. 6).

b) Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO). Insbesondere unklare Korrespondenz kann begründeten Anlass zur Einreichung eines Massnahmengesuchs geben, dessen Verfahrenskosten trotz Abweisung des Gesuchs der obsiegenden Gegenpartei überbunden werden können (Rüegg/Rüegg, in; Spühler/Tenchio/Infanger, a.a.O., N 5 zu Art. 107 ZPO mit Hinweis auf BGer, Urteil 4A_166/2011).

c) Bezugnehmend auf das Schreiben der Gesuchsteller vom 24. November 2016 bestätigte die Gesuchsgegnerin am 30. November 2016, dass sie die Prüfung (der Einzelabschlüsse der F. _____-Gruppengesellschaften) durch die K. _____ AG gemäss Anhang 2.1.2(a) des Aktienkaufvertrags vom 28. Juni 2013 in Auftrag geben werde (VI-KB 34 und 35). Am 2. Dezember 2016 forderten die Gesuchsteller die Gesuchsgegnerin auf, den Auftrag für die Durchführung der erwähnten Prüfung zu erteilen und bis 8. Dezember 2016 schriftlich zu bestätigen, dass der Auftrag erteilt worden sei. Im Weiteren setzten sie ihr für die Durchführung der Prüfung eine Frist bis Ende Februar 2017 an (VI-KB 36). Mit E-Mail vom 5. Dezember 2016 antwortete die Gesuchsgegnerin, dass eine weitere Bestätigung nicht nötig sei und von der Frist bis Ende Februar 2017 Vormerk genommen werde (VI-KB 37). Insoweit musste für die Gesuchsteller klar sein, dass die Gesuchsgegnerin gewillt war, die Prüfung bis Ende Februar 2017 durchführen zu lassen. Noch bevor die Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 1. Februar 2017 die Berichte der K. _____ AG zur freiwilligen Prüfung der Abschlüsse 2013/2014 der F. _____-Gruppengesellschaften vom 13. Januar 2017 den Gesuchstellern zukommen liess (Vi-BB 6-9), reichten die Gesuchsteller mit Eingabe vom 26. Januar 2017 gegen die Gesuchsgegnerin beim Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe ein Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen ein (Vi-act. A/I). Vor diesem Hintergrund musste die Vorinstanz die Prozesskosten nicht gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO der Gesuchsgegnerin, sondern durfte diese i.S.v. Art. 106 Abs. 1 Satz 2 ZPO den Gesuchstellern als unterliegend auferlegen.

7. Zusammenfassend ist die Berufung abzuweisen, weshalb die Gesuchsteller für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig werden.

a) Die Kosten des Berufungsverfahrens sind auf pauschal Fr. 2'000.00 (vgl. KG-act. 4 und 5) festzusetzen.

b) Mangels Vorliegens einer Kostennote des Rechtsvertreters der Gesuchsgegnerin, ist die Höhe der Parteientschädigung nach pflichtgemäßem Ermessen festzusetzen (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 1 und 3 GebTRA). Im summarischen Verfahren beträgt das Honorar Fr. 300.00 bis Fr. 4'800.00 (§ 10 GebTRA). Im Übrigen ist bei der Bemessung der Vergütung § 2 zu beachten. Der Aufwand für den Rechtsvertreter der Gesuchsgegnerin bestand im Wesentlichen im Studium der vier Eingaben der Gesuchsteller (vgl. KG-act. 1, 10, 12 und 16) sowie in der Ausarbeitung der zehnsseitigen Berufungsantwort und der sechsseitigen Eingabe vom 11. Juli 2017 (KG-act. 8 und 14). In Anbetracht dieser Umstände sowie der Schwierigkeit und Wichtigkeit der Streitsache ist die Parteientschädigung auf Fr. 1'800.00 (inkl. Auslagen und MWST) festzusetzen;-

beschlossen:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von pauschal Fr. 2'000.00 werden den Gesuchstellern auferlegt und von dessen Kostenvorschüssen bezogen.
3. Die Gesuchsteller werden verpflichtet, unter solidarischer Haftbarkeit der Gesuchsgegnerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'800.00 (inkl. Auslagen und MWST) zu bezahlen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Massgabe von Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes *Beschwerde in Zivilsachen* beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die

Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert ist unbestimmt.

5. Zufertigung an Rechtsanwalt C. _____ (3/R), Rechtsanwalt E. _____ (2/R) und die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, unter Rückgabe der Akten) und an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 2. Zivilkammer
Die Kantonsgerichtsvizepräsidentin

Der Gerichtsschreiber

Versand

30. Mai 2018 kau