

Urs Schenker*

Die Sonderprüfung –

ein schwieriges Instrument

Inhaltsübersicht

- I. Die gesetzgeberischen Ziele der Sonaerprüfung
- II. Ausgestaltung der Sonderprüfung nach heutigem Recht
 - 1. Antrag auf Sonderprüfung
 - 1.1 Vorherige Ausübung des Auskunftsrechts
 - 1.2 Fragen zur unternehmensinternen Sachverhaltsabklärung
 - 1,3 Die Fragen müssen zur Ausübung von Aktionärsrechten erforderlich sein
 - 2. Abstimmung der Generalversammlung über den Sonderprüfungsantrag
 - 3. Durchführung der Sonderprüfung nach einem positiven Beschluss der Generalversammlung
 - 4. Klage auf Sonderprüfung
 - 4.1 Klageberechtigung
 - 4.2 Klagefrist und Verfahren
 - 4.3 Materielle Voraussetzungen der Sonderprüfungsklage
 - 4.4 Einsetzung des Sonderprüfers durch das Gericht
 - 4.5 Durchführung der Sonderprüfung
 - 4.6 Erstellung des Berichts und Bekanntgabe
- III. Umsetzungsprobleme der Sonderprüfung
 - Probleme des Klägers mit den Voraussetzungen der Sonderprüfungsklage
 - 1.1 Kein Nachweis über den Ablauf der Generalversammlung
 - 1.2 Mangelnde Glaubhaftmachung von Rechtsverletzung und Schaden
 - 1.3 Mangelndes Rechtschutzinteresse: Zu intensiver Nachweis von Rechtsverletzung und Schaden
 - 1.4 Hohe Schwellenwerte
 - 2. Probleme bei der Durchführung der Sonderprüfung
 - 2.1 Probleme mit der Zahlung des Sonderprüfers
 - 2.2 Probleme des Sonderprüfers bei der Informationsbeschaffung
 - 2.3 Verfahrensrechte der Gesellschaft bei der Abgabe des Berichtes
 - 3. Zeitablauf als Feind der Sonderprüfung
- IV. Sonderprüfung in der Aktienrechtsrevision
 - 1. Einzelne Punkte der Revision
 - 1.1 Namensänderung: Sonderuntersuchung
 - 1.2 Identität der Fragestellung von Auskunftsbegehren und Sonderprüfungsklage
 - 1.3 Senkung der Schwellenwerte

- 1.4 Erleichterung beim Schadensnachweis
- 1.5 Prozessrechtlichte Bestimmungen
- 1.6 Änderung der Bestimmungen über das Verfanren zur Erstellung des Sonderuntersuchungsberichts
- 2. Führt die Revision zu einer Verbesserung der Situation?
- V. Alternativen zur Sonderprüfung
 - 1. Direkte Zivilklage mit Editionsbegehren
 - 1.1 Scheitern an der Substantiierungspflicht
 - 1.2 Ungenaue Bezeichnung der zu editierenden Urkunden
 - 1.3 Keine allgemeinen Gutachten aufgrund von Unterlagen der Gesellschaft
 - 1.4 Keine Erkenntnisse aufgrund von Zeugeneinvernahmen
 - 2. Vorsorgliche Beweisführung
 - 2.1 Schutzwürdiges Interesse
 - 2.2 Spezifizierung der Beweissätze und Beweismittel
 - 3. Strafanzeige gegen die Organe der Gesellschaft
- VI. Schlussfolgerungen für Praxis und Gesetzgebung

Die gesetzgeberischen Ziele der Sonderprüfung

Die Bestimmungen zur Sonderprüfung wurden mit der «grossen Aktienrechtsrevision» von 1991 eingeführt und traten am 1. Juli 1992 in Kraft. Der Gesetzgeber hatte bei den Vorarbeiten zur Revision erkannt, dass die Minderheitsaktionäre in der Schweiz ein Informationsdefizit gegenüber dem Verwaltungsrat bzw. den im Verwaltungsrat vertretenen Mehrheitsaktionären haben und es den Minderheitsaktionären deshalb schwerfällt, ihre Aktionärsrechte gezielt auszuüben. Oft fehlt es den Minderheitsaktionären schon an den Informationen, die notwendig sind, um die Leistungen des Verwaltungsrats zu beurteilen, was die Ausübung der Stimmrechte bei Wahlen und Décharge-Erteilung erschwert. Vor allem fehlt es den Minderheitsaktionären aber auch häufig an Informationen, die bei Gesetzesverletzungen zur Wahrnehmung ihrer Klagerechte notwendig sind - die Erfahrung zeigt, dass es ohne genaue Informationen über die Tätigkeit des Verwaltungsrates und die geschäftlichen Vorfälle im Unternehmen kaum je möglich ist, eine Verantwortlichkeits-, Anfechtungs- oder Auflösungsklage in genügend substantiierter Weise zu begründen. Die Einführung des Instituts der Sonderprüfung diente daher dem Ziel, Minderheitsaktionären zu Informationen zu verhelfen, die

Prof. Dr. iur. Urs Schenker, LL.M. Der Autor bedankt sich bei BLaw Viktoriya Chernaya für die Unterstützung und die kritische Durchsicht des Manuskripts und die Aufarbeitung der Fussnoten.

zur Ausübung ihrer Rechte und insbesondere zur Einleitung von Klagen notwendig sind.¹

Mit der konkreten Ausgestaltung der Sonderprüfung wollte der Gesetzgeber aber auch ein Gleichgewicht zwischen der Informationsbeschaffung zu Gunsten der Aktionäre und dem Geheimhaltungsbedürfnis der Gesellschaft schaffen.² Dementsprechend soll der Sonderprüfer zwar vollumfänglichen Zugang zu allen Informationen und Dokumenten der Gesellschaft haben, ohne dass sich die Gesellschaft ihm gegenüber auf das Geschäftsgeheimnis berufen kann, muss aber in seinem Bericht an den Minderheitsaktionär das Geschäftsgeheimnis wahren. Der Sonderprüfer soll nach dem Willen des Gesetzgebers somit eine neutrale Rolle als Informationsvermittler einnehmen. Er soll die Ergebnisse seiner Abklärungen mitteilen, aber die bei seinen Abklärungen offengelegten Geschäftsgeheimnisse geheim halten - ein Spagat, der dem Sonderprüfer in der Regel allerdings nur in Theorie gelingt.

Der Gesetzgeber versprach sich von der Sonderprüfung aber auch eine präventive Wirkung.³ Die blosse Möglichkeit der Einleitung eines Sonderprüfungsverfahrens sollte rechtswidriges Verhalten der Verwaltungsräte und der Mehrheitsaktionäre verhindern, da mit der Sonderprüfung Transparenz geschaffen wird und die Minderheitsaktionäre dann entsprechend Klage einleiten können.

Die Sonderprüfung sollte nach den Vorstellungen des Gesetzgebers ein Teil des gesamten gesetzlichen Informationskonzepts zu Gunsten der Aktionäre sein. In erster Linie sollten die Aktionäre durch die Berichterstattung der Gesellschaft in Jahresrechnung, Lage- und Revisionsbericht sowie durch die an der Generalversammlung üblichen Präsentationen informiert werden. Sofern diese Informationen nicht genügen, sollten die Aktionäre aufgrund des Auskunfts- und Einsichtsrechts von Art. 697 OR die Möglichkeit haben, in der Generalversammlung zusätzliche Fragen zu stellen, wobei das Auskunftsrecht mit einer Informationsklage durchgesetzt werden kann. Wenn auch diese Mittel zur Informationsbeschaffung nicht reichen bzw. Auskunftsbegehren unter Berufung auf Geschäftsgeheimnisse abgeblockt werden, sollte die Sonderprüfung entweder auf Beschluss der Generalversammlung oder aber aufgrund einer Klage eines Minderheitsaktionärs zum Tragen kommen.⁴ Diese Einbindung der Sonderprüfung in die allgemeinen Informationsrechte des Aktionärs zeigt sich insbesondere darin, dass die Sonderprüfung nur zur Anwendung kommen kann, wenn die betreffenden Informationen nicht aus der Jahresrechnung oder aus dem Lagebericht ersichtlich sind und die Aktionäre ihr Auskunftsrecht an der Generalversammlung zwar ausgeübt, aber keine befriedigende Antwort erhalten haben.

Ausgestaltung der Sonderprüfung nach heutigem Recht

1. Antrag auf Sonderprüfung

Gemäss Art. 697a Abs. 1 OR kann jeder Aktionär unabhängig von der Anzahl seiner Stimmen an der Generalversammlung einen Antrag auf Sonderprüfung stellen. Gemäss Art. 700 Abs. 3 OR ist es nicht nötig, dass die Sonderprüfung für die betreffende Generalversammlung traktandiert worden ist. Ein derartiger Antrag kann auch dann gestellt werden, wenn die Traktandenliste diesen Verhandlungsgegenstand nicht erwähnt. Der Antrag auf Sonderprüfung bedingt allerdings, dass folgende Voraussetzungen erfüllt werden:

1.1 Vorherige Ausübung des Auskunftsrechts

Die Sonderprüfung setzt voraus, dass ein Aktionär während der Generalversammlung dem Verwaltungsrat die Fragen, welche Gegenstand der Sonderprüfung werden sollen, im Rahmen seines Auskunftsrechts nach Art. 697 OR stellt. Die Sonderprüfung kann dementsprechend nur für Fragen beantragt werden, die mit den im Rahmen des Auskunftsrechts gestellten Fragen identisch sind.⁵ Das Bundesgericht leitet das Erfordernis der Identität daraus ab, dass der Verwaltungsrat die Chance haben muss, freiwillig und ohne Sonderprüfung die Fragen der Aktionäre zu beantworten.⁶

Die Tatsache, dass die Fragen, die Gegenstand der Sonderprüfung sind, im Rahmen des Fragerechts gemäss Art. 697 OR bereits in der Generalversammlung gestellt worden sind, muss vom Aktionär, der eine Sonderprü-

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 765 und 834 ff.; Felix Horber, Die Informationsrechte des Aktionärs – Eine systematische Darstellung, Zürich 1995, N 1078 ff.; Peter Forstmoser, Informationsund Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, in: Jean Nicolas Druey/Peter Forstmoser (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, 85 ff.

² Vgl. Peter Böckli, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für den Verwaltungsrat, SZW 1993, 272; Larissa Marolda Martinez, Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, SSHW Bd. 248, Diss., Zürich 2006, 249 Fn. 1339.

³ Andreas Casutt, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, (=SSHW Bd. 136), Diss., Zürich 1991, § 18 Rz. 16; Peter Böckli, Das neue Aktienrecht, Zürich 1992, Rz. 1895.

BGE 123 III 261, 264, E. 3a; 133 III 453, 461, E. 7.3; PETER FORST-MOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 35 Rz. 50; MAROLDA MARTINEZ (FN 2), 254 f.; vgl. auch PETER V. KUNZ, Zur Subsidiarität der Sonderprüfung, SJZ 1996, 3 f.

Vgl. BGE 123 III 261, 264 f., E. 3a m.w.H. auf die in der Lehre vertretenen Meinungen bezüglich der Anforderungen an die thematische Identität. Personenidentität zwischen dem Aktionär, der zuvor selbst Auskunft verlangt hat und dem in der Generalversammlung antragstellenden Aktionär ist laut BGE 140 III 610, 612, E. 2.2 hingegen nicht vorausgesetzt.

⁶ BGE 123 III 261, 265, E. 3a.

fungsklage einreicht, nachgewiesen werden. Nach der Praxis des Bundesgerichts genügt in diesem Punkt die blosse Glaubhaftmachung nicht. Der betreffende Aktionär muss vielmehr vollumfänglichen Beweis dafür erbringen, dass er die Fragen gestellt hat und dass diese tatsächlich mit den Fragen übereinstimmen, für die eine Sonderprüfung beantragt wurde.7 Dies ist erfahrungsgemäss nur möglich, wenn die Fragen im Protokoll der betreffenden Generalversammlung aufgeführt werden oder wenn anderweitig nachgewiesen werden kann, dass der Aktionär seine Fragen entweder vor der Generalversammlung dem Verwaltungsrat schriftlich zugestellt und in der Generalversammlung auf diese schriftlichen Fragen Bezug genommen hat oder dass er dem Verwaltungsrat in der Generalversammlung eine schriftliche Protokollerklärung mit den betreffenden Fragen übergeben hat. Auf Protokolle ist allerdings sehr wenig Verlass, weil diese manchmal gar nicht erstellt werden oder aber ganz im Dienste der Rechtsposition des Verwaltungsrates stehen und die Fragen, die gestellt werden entweder nicht oder falsch wiedergeben. Der Aktionär, der eine Sonderprüfungsklage plant, sollte daher vorgängig gemäss Art. 702 Abs. 3 OR in das Protokoll der Generalversammlung Einsicht nehmen und parallel zur Einleitung der Sonderprüfungsklage eine Richtigstellung des Protokolls verlangen, sofern dieses sich als unrichtig oder unvollständig herausstellt.8 In der Praxis gestalten sich Sonderprüfungsklagen, bei denen sich der Aktionär zum Beweis der Ausübung des Fragerechts nicht auf ein Generalversammlungsprotokoll stützen kann, allerdings sehr schwierig, weil er die Beweislast dafür trägt, dass das Generalversammlungsprotokoll unvollständig bzw. unrichtig ist und auch nachweisen muss, dass er entgegen dem Protokoll tatsächlich die Fragen, die Gegenstand der Sonderprüfung bilden, bereits gestellt hat. Um einen rechtsgenüglichen Beweis zu sichern, nehmen Aktionäre zum Teil auch Notare als Urkundspersonen in eine Generalversammlung mit, damit diese eine Urkunde über die Fragen und Antwortstellung erstellen.9 Der blosse Zeugenbeweis durch Aussagen von Drittaktionären ist dagegen oft nicht zielführend, da sich Zeugen oftmals an den Wortlaut der an der Generalversammlung gestellten Fragen nicht mehr genau erinnern können und der Verwaltungsrat immer Zeugen aufbieten können wird, die das Gegenteil behaupten.

Es ist für die Durchführung einer Sonderprüfung nicht notwendig, dass die Fragen des Aktionärs vom Verwaltungsrat tatsächlich beantwortet werden. Wenn der Verwaltungsrat keine Anstalten macht, die Fragen zu beantworten, ist es nach der Gerichtspraxis allerdings notwendig, dass der Aktionär auf eine Antwort insistiert. Weigert sich der Verwaltungsrat trotz nochmaliger Aufforderung weiterhin, auf die Fragen einzugehen, so gilt das Fragerecht als ausgeübt – Sinn des Fragerechts ist nur, dass der Verwaltungsrat die Möglichkeit hat, freiwillig Auskunft zu geben. Nimmt er diese Gelegenheit nicht wahr, so kann dies nicht ein Problem des die Sonderprüfung verlangenden Aktionärs sein. 10

1.2 Fragen zur unternehmensinternen Sachverhaltsabklärung

Die Fragen, die Gegenstand der Sonderprüfung sein sollen, dürfen sich nur auf die Feststellung von Tatsachen, nicht aber auf die rechtliche Würdigung des Sachverhalts beziehen.¹¹ Es ist in diesem Sinne zulässig, die Frage zu stellen, wie hoch das Honorar eines Verwaltungsrates ist, wie viele Stunden er für seine Arbeit aufwendet oder welche vertraglichen Vereinbarungen seiner Tätigkeit zugrunde liegen. Es ist dagegen nicht zulässig, die Frage zu stellen, ob das Honorar angemessen ist oder ob die Möglichkeit einer Rückforderung gemäss Art. 678 OR besteht.12 Die Sonderprüfung soll nur dazu dienen, die Sachverhaltsgrundlagen für Ansprüche bzw. allfällige Klagen zu erarbeiten. Die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts obliegt dagegen dem Richter, den der Aktionär später im Rahmen einer Verantwortlichkeits- oder Rückforderungsklage anruft.13

Die Sonderprüfung muss sich im Weiteren auf unternehmensinterne Sachverhalte beschränken, wobei die Verhältnisse und Kenntnisse der Organe, soweit sie in funktionalem Zusammenhang mit dem Unternehmen stehen, ebenfalls als unternehmensinterne Sachverhalte gelten. ¹⁴ Unzulässig ist es somit im Rahmen einer Sonderprüfung Fragen abzuklären, die sich auf Vorgänge ausserhalb des Unternehmens, wie z.B. das Verhalten von Konkurrenten, Vertragspartnern oder Kunden beziehen. Soll abgeklärt werden, ob ein Unternehmen seine Produkte einer

Zum Ganzen BGE 140 III 601, 615, E. 4.3.3 f.

and the same of th

ANDREAS CASUTT/PATRIK PEYER, Voraussetzung der Sonderprüfung – Nachweis der vorgängigen Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts, GesKR 2015, 140; BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 702 N 26.

Dies ist allerdings nur möglich, wenn die Statuten einem Aktionär erlauben, eine Urkundsperson als Vertreter für einen Teil seiner Aktien an die Generalversammlung mitzunehmen oder der Urkundsperson für die Zeit der Generalversammlung seine Aktien zu übertragen.

Letztlich ist ja gerade die mangelnde Beantwortung einer Frage Grund für die Sonderprüfung. Vgl. dazu Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 1), 836, PETER BÖCKLI, Schweizerisches Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 16 Rz. 41; BSK OR II-Weber, Art. 697a N 31.

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 1), 843; CASUTT (Fn. 3), § 6 Rz. 21 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 4), § 35 Rz. 25 ff.

¹² Vgl. dazu Casutt (Fn. 3), § 6 Rz. 25; Böckli (Fn. 10), § 16 Rz. 53 Fn. 116.

Vgl. dazu Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 1), 834; Andreas Casutt, Was brachte die Sonderprüfung als neues Instrument des Aktionärsschutzes? Praktische Erfahrungen der ersten zehn Jahre, ST 2002, 509; Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, 532 f.

BGE 123 III 261, 263, E. 2a; ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat – Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Aufl., Zürich 2014, 513.

dem Hauptaktionär nahestehenden Gesellschaft zu billig verkauft, kann die Frage gestellt werden, zu welchem Preis die Produkte an das betreffende Unternehmen geliefert werden, da diese Verkäufe als unternehmensinterne Vorgänge gelten. ¹⁵ Die Frage, wie hoch der Marktpreis für die betreffenden Produkte ist, kann dagegen nicht Gegenstand der Sonderprüfung sein, da es sich um eine Frage handelt, die sich auf Vorgänge ausserhalb des Unternehmens bezieht.

1.3 Die Fragen müssen zur Ausübung von Aktionärsrechten erforderlich sein

Art. 697a Abs. 1 OR setzt zusätzlich voraus, dass die Abklärung der vom Aktionär gestellten Fragen für die Ausübung von Aktionärsrechten erforderlich ist. Der Begriff der Aktionärsrechte wird dabei breit gefasst und umfasst nicht nur Klagerechte, sondern auch Mitwirkungsrechte. Dementsprechend kann eine Frage entweder damit begründet werden, dass der betreffende Sachverhalt Grundlage für eine Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 OR), eine Rückforderungsklage (Art. 678 OR) oder eine Überprüfungsklage (Art. 105 FusG) ist oder aber auch einfach damit, dass der Aktionär Klarheit über diese Frage haben muss, wenn er seine Stimmen betreffend Wahl des Verwaltungsrates oder Décharge ausübt. 16

2. Abstimmung der Generalversammlung über den Sonderprüfungsantrag

Stellt ein Aktionär in der Generalversammlung einen Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung, so muss der Verwaltungsrat diesen Antrag zur Abstimmung bringen.¹⁷ In der Praxis werden derartige Abstimmungen allerdings manchmal mit der Begründung verweigert, dass die Fragen nicht den Kriterien von Art. 697a Abs. 1 OR entsprechen¹⁸ – der Vorsitzende der Generalversammlung müsse dafür sorgen, dass nur gemäss den gesetzlichen Grundlagen zulässige Anträge zur Abstimmung gelangen, weil er für die rechtskonforme Durchführung der Generalversammlung verantwortlich sei. Eine derartige Rechtskontrolle von Anträgen ist durch das Gesetz allerdings nicht vorgesehen, weshalb der Verwaltungs-

rat alle gestellten Anträge zur Abstimmung bringen muss. 19 Wenn der Verwaltungsrat Sonderprüfungsfragen zur Abstimmung bringt, die seiner Ansicht nach nicht rechtskonform sind, so kann die Gesellschaft dies nach der Abstimmung der Generalversammlung immer noch geltend machen, um eine Sonderprüfung bezüglich dieser Fragen abzuwenden: Gehen die Fragen eines Aktionärs über die oben dargestellten Grenzen von Art. 697a Abs. 1 OR hinaus und beschliesst die Generalversammlung dennoch die Durchführung der Sonderprüfung zu diesen Fragen, so kann die Gesellschaft beim Richter, der die Sonderprüfung durchsetzt, die Einschränkung der Fragen auf den zulässigen Inhalt verlangen.²⁰ Lehnt die Generalversammlung die Sonderprüfung dagegen ab, so kann die Gesellschaft die Mängel der Fragestellung im Rahmen der Sonderprüfungsklage nach Art. 697b OR geltend machen und eine entsprechende Einschränkung der Sonderprüfung verlangen.

Bei der Abstimmung ist gemäss Art. 703 OR die einfache Mehrheit der an der Generalversammlung vertretenen Stimmen notwendig. Dabei werden allerdings gemäss Art. 693 Abs. 3 OR die Vorrechte von Stimmrechtsaktien nicht berücksichtigt. Die Abstimmung erfolgt daher rein proportional zu den Kapitalanteilen. Damit wollte der Gesetzgeber erreichen, dass die Sonderprüfung den Aktionären zur Verfügung steht, welche die Kapitalmehrheit halten, um Probleme abzuklären, die von Aktionären verursacht werden, welche die Gesellschaft dank Stimmrechtsaktien beherrschen.²¹

Verweigert der Verwaltungsrat die Durchführung der Abstimmung, so können Aktionäre, welche an der betreffenden Sonderprüfung interessiert sind, auch ohne ablehnenden Generalversammlungsentscheid direkt eine Sonderprüfungsklage im Sinne von Art. 697b OR einreichen, d.h. bei Weigerung des Verwaltungsrats noch einmal ausdrücklich die Durchführung der Abstimmung verlangen.²² Allerdings verlangt das Bundesgericht, dass die betreffenden Aktionäre in der Generalversammlung auf die Durchführung der Abstimmung insistieren.²³ Der

BGE 123 III 261, 263, E. 2a; Urteil des BGer 4A_129/2013 vom 20. Juni 2013, E. 7.2.2 m.w.H.

Urteil des BGer 4C.190/2005 vom 22. April 2005, E. 3.2; CHK-RAEMY/GABRIEL, Art. 697a N 6.

BGE 138 III 246, 248, E. 3.3; BSK OR II-Weber, Art. 697a N 31; Rolf H. Weber, Sonderprüfung – Hürdenlauf ohne Ende für den Aktionär?, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz, Bern 1998, 405; Fabrizio Gabrielli, Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung, Diss., Basel 1996, 166.

In der Praxis ist es auch schon vorgekommen, dass ein Verwaltungsrat die Abstimmung über eine Sonderprüfung mit der Begründung abgelehnt hat, dass die Mehrheit der Aktionäre ohnehin dagegen sei oder entgegen Art. 700 OR behauptet hat, dass eine derartige Abstimmung ohne Traktandierung gar nicht möglich sei.

¹⁹ CASUTT (Fn. 3), § 7 Rz. 26 ff.; Gabrielli (Fn. 17), 109; Horber (Fn. 1), N 1176.

Theoretisch wäre es dem Verwaltungsrat auch möglich, den Generalversammlungsbeschluss über die Sonderprüfung im Sinne von Art. 706 OR wegen Gesetzesverstoss anzufechten und die Sistierung des Sonderprüfungsverfahrens bis zum Entscheid über die Anfechtung zu verlangen. Dieses Vorgehen kann gewählt werden, um das Sonderprüfungsverfahren, das im summarischen Verfahren durchgeführt wird, zu verlangsamen. Ein derartiger Sistierungsantrag kann m.E. aber keinen Erfolg haben, da der mit der Durchsetzung der Sonderprüfung befasste Richter, die Kompetenz hat, unrechtmässige Fragen direkt einzuschränken und deshalb nicht mehrere Jahre auf den rechtskräftigen Entscheid im Anfechtungsverfahren warten muss.

BGE 132 III 707, 711 f., E. 3 m.w.H.; BÖCKLI (Fn. 10), § 9 Rz. 87.

²² BÖCKLI (Fn. 11), § 16 Rz. 37; CASUTT (Fn. 3), § 7 Rz. 26 und 30 f.; GABRIELLI (Fn. 17), 109.

Vgl. dazu BGE 138 III 246, 248, E. 3.3. Um diesen Punkt zu beweisen, ist wohl ebenfalls eine schriftliche Protokollerklärung, die dem

Aktionär, der eine Sonderprüfungsklage einleitet, trägt die Beweislast dafür, dass er oder ein anderer Aktionär in der Generalversammlung eine Sonderprüfung verlangt hat und dass eine Abstimmung über diese durchgeführt wurde oder dass sich der Verwaltungsrat trotz entsprechender Aufforderung geweigert hat, eine Abstimmung über die Sonderprüfung durchzuführen. Dieser Beweis ist schwierig zu erbringen, wenn Antrag und Abstimmung zur Sonderprüfung nicht im Protokoll ausgewiesen werden – dazu kann auf die Beweisschwierigkeit zur Ausübung des Fragerechts verwiesen werden.²⁴

Die Verweigerung der Abstimmung ist für den Verwaltungsrat, der eine Sonderprüfung vermeiden will, allerdings in jedem Fall ein lohnender taktischer Schachzug - würde über die Sonderprüfung abgestimmt und der Antrag angenommen, so könnten die an der Sonderprüfung interessierten Aktionäre die Sonderprüfung beim zuständigen Gericht auf der Basis des Generalversammlungsbeschlusses gemäss Art. 697a Abs. 2 OR durchsetzen, was relativ rasch zur Durchführung der Sonderprüfung führen würde. Verweigert der Verwaltungsrat dagegen die Abstimmung, so können die an der Sonderprüfung interessierten Aktionäre die Sonderprüfung nur durch eine Sonderprüfungsklage durchsetzen, was nicht nur wesentlich aufwendiger ist, sondern auch zu einem mehrjährigen und meistens fruchtlosen Verfahren führt. Damit kann ein Verwaltungsrat, der von Aktionären gewählt wird, die über Stimmrechtsaktien verfügen, auch die oben erwähnten Rechte der Stammaktionäre nach Art. 693 Abs. 3 OR aushebeln. Trotz ihrer Stimmenmehrheit in der Generalversammlung können diese Aktionäre dann keine Sonderprüfung durch Generalversammlungsbeschluss durchsetzen, sondern müssen eine Sonderprüfungsklage einleiten. Dies zeigt, dass die vom Bundesgericht für die Verweigerung der Abstimmung definierte Rechtsfolge nicht sachgerecht ist. Wenn der Verwaltungsrat eine Abstimmung verweigert, so wäre es angebracht in analoger Anwendung von Art. 156 Abs. 3 OR und dem Grundsatz, dass niemand aus eigenem rechtswidrigen Verhalten einen Vorteil ziehen kann, im Sinne einer rechtlichen Fiktion von einem positiven Entscheid der Generalversammlung auszugehen, sodass in diesem Fall die Aktionäre die Durchführung einer Sonderprüfung gemäss Art. 697a Abs. 2 OR durchsetzen können. Diese Rechtsfolge erscheint zwar ungewöhnlich, ist aber sachgerecht - es ist nämlich davon auszugehen, dass der Verwaltungsrat die Abstimmung verweigert hat, weil er annahm, dass der Antrag genehmigt würde - wäre die Mehrheit klar gegen den Antrag gewesen, so wäre auch die Abstimmung durchgeführt worden.

²⁴ Vgl. Ziff. II.1.1.

Durchführung der Sonderprüfung nach einem positiven Beschluss der Generalversammlung

Nach einem positiven Beschluss der Generalversammlung kann gemäss Art. 697a Abs. 2 OR jeder Aktionär beim zuständigen Gericht die Durchführung der Sonderprüfung und die Einsetzung eines Sonderprüfers verlangen. 25 Ein derartiger Antrag muss innert 30 Tagen nach dem Beschluss der Generalversammlung gestellt werden. Antragsberechtigt ist nicht nur der Aktionär, der an der Generalversammlung den Antrag gestellt hat, sondern jeder Aktionär der Gesellschaft unabhängig von seiner Anwesenheit und Stimmabgabe an der Generalversammlung. 26

Das Gericht bestimmt den Sonderprüfer und definiert seinen Auftrag aufgrund des Beschlusses der Generalversammlung. Der Richter überprüft dabei, ob die Fragen tatsächlich den Kriterien von Art. 697a Abs. 1 OR entsprechen. Wenn der Beschluss der Generalversammlung die durch diese Bestimmung gesetzten Grenzen überschreitet, reduziert der Richter die Fragen auf den zulässigen Inhalt.²⁷ Beispielsweise müsste der Richter die Sonderprüfung gegenüber dem Generalversammlungsbeschluss einschränken, wenn im Beschluss rechtliche Abklärungen verlangt werden.²⁸ Die Gesellschaft wie auch der Aktionär, der dem Gericht den Antrag gestellt hat, können zwar zur Person des Sonderprüfers Anträge stellen, das Gericht ist aber frei, den Sonderprüfer unabhängig von diesen Anträgen zu bestimmen.²⁹ Der Sonderprüfer muss gemäss Art. 697c Abs. 2 OR neutral sein, d.h. weder Beziehungen zur Gesellschaft noch zu den Aktionären haben und auch über die notwendige Sachkompetenz verfügen.30 Typischerweise werden mit dieser Aufgabe Revisionsgesellschaften, Revisoren oder Rechtsanwälte beauftragt.31 Das Gericht setzt für die Tätigkeit des Sonderprüfers gemäss Art. 697g OR einen Vorschuss fest, der von der Gesellschaft bezahlt werden muss. Das rechtskräftige Urteil des Gerichtes über die Sonderprüfung erlaubt es dem Sonderprüfer, den Vorschuss bei der Gesellschaft einzufordern, da er mit dem betreffenden Urteil einen definitiven Rechtsöffnungstitel nach Art. 80 Abs. 1 SchKG erhält.

Verwaltungsrat an der Generalversammlung unter Zeugen übergeben wird, notwendig.

²⁵ Vgl. Beschluss der Generalversammlung der SAir Group vom 24. April 2001.

BGE 133 III 133, 136, E. 3.2; BSK OR II-Weber, Art. 697b N 3; Böckli (Fn. 10), § 16 Rz. 40; von der Crone (Fn. 13), 535.

²⁷ CASUTT (Fn. 3), § 8 Rz. 13.

FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 4), § 35 Rz. 58 ff.; CASUTT (Fn. 3), § 11 Rz. 5 ff. Für Beispiele für die Umschreibung des Auftrags des Sonderprüfers vgl. CASUTT (Fn. 3), § 11 Rz. 8.

BÖCKLI (Fn. 10), § 16 Rz. 58; GABRIELLI (Fn. 17), 122, MAROLDA MARTINEZ (Fn. 2), 254.

FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 4), § 35 Rz. 54 ff.; CASUTT (Fn. 3), § 11 Rz. 9; BSK OR II-Weber, Art. 697c N 8.

³¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 4), § 35 Rz. 54; CASUTT (Fn. 3), § 11 Rz. 10 ff.

Der Entscheid über die Sonderprüfung ergeht gemäss Art. 250 lit. c Ziff. 8 ZPO im summarischen Verfahren, wobei die Kantone gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. g ZPO eine einzige Instanz für die Behandlung von Begehren auf Einsetzung eines Sonderprüfers vorsehen müssen. Gegen den entsprechenden Gerichtsentscheid ist eine Beschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 72 Abs. 1 BGG möglich. Da sich die Beschwerde gegen den Entscheid eines Gerichtes richtet, das als einzige kantonale Instanz entschieden hat, muss die Streitwertgrenze für Beschwerden an das Bundesgericht nach Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG nicht beachtet werden.

4. Klage auf Sonderprüfung

4.1 Klageberechtigung

Wird der Sonderprüfungsantrag an der Generalversammlung abgelehnt, so können gemäss Art. 697b OR Aktionäre, die mindestens 10 % der Aktien der betreffenden Gesellschaft oder Aktien mit einem Nennwert von mindestens CHF 2 Mio. halten, auf Durchführung der Sonderprüfung klagen. Bei der Sonderprüfungsklage handelt es sich dementsprechend nicht um ein Individualrecht, das jedem Aktionär aufgrund seiner individuellen Aktionärsstellung zusteht, sondern um ein Recht, das eine gewisse Beteiligungshöhe voraussetzt.32 Nachdem die Sonderprüfung dem Aktionär dazu dienen soll, Verantwortlichkeits- und Rückforderungsklagen im Sinne von Art. 754 OR bzw. Art. 678 OR vorzubereiten, die Individualrechte darstellen und deshalb von jedem Aktionär unabhängig von der Höhe seiner Beteiligung eingeleitet werden können, ist diese Beschränkung der Sonderprüfung auf bedeutende Aktionäre eigentlich nicht logisch. Motiv des Gesetzgebers für die Beschränkung der Klage war aber, dieses Instrument auf Fälle zu beschränken, an denen eine grössere Anzahl von Aktionären interessiert ist.33

Die für die Klage notwendige Beteiligung bildet Prozessvoraussetzung und muss bis zur rechtskräftigen Bestimmung des Sonderprüfers durch das Gericht gehalten werden. ³⁴ Da das Verfahren zur Bestimmung des Sonderprüfers bis zu zwei Jahre dauern kann, wenn das erstinstanzliche Verfahren durch mehrfachen Schriftenwechsel ³⁵ verzögert und eine Beschwerde beim Bundesgericht eingereicht wird, führt dies dazu, dass die betreffenden Aktionäre ihre Aktien relativ lange halten müssen. Bei

nicht kotierten Gesellschaften, bei denen die Aktien nicht gehandelt werden, stellt dies normalerweise kein Problem dar, da die betreffenden Aktionäre ihre Aktien meist langfristig halten. Bei kotierten Gesellschaften kann die lange Immobilisierung aber zu Problemen führen. Wenn der Gesamtbestand der klagenden Aktionäre unter die Grenze von 10 % bzw. CHF 2 Mio. Nennwert fällt, bevor ein Urteil ergeht, so wird das Verfahren wegen Wegfall einer Prozessvoraussetzung abgeschrieben.

Bei grossen Publikumsgesellschaften mit hoher Börsenkapitalisierung stellt die Grenze von 10 % eine sehr hohe Hürde dar, da der Verkehrswert einer derartigen Beteiligung sehr hoch ist. Die alternative Grenze von CHF 2 Mio. Nominalkapital ist keine Erleichterung, wenn das Aktienkapital der betreffenden Gesellschaft unter CHF 20 Mio. liegt.³⁶ Bei kotierten Gesellschaften mit hohem Kapital, wie z.B. Nestlé, UBS, Credit Suisse oder Novartis, stellt die Nominalwertgrenze dagegen eine starke Erleichterung dar. So reicht bei Nestlé für eine Sonderprüfungsklage eine Beteiligung von 0,65 % ³⁷ und bei Novartis eine Beteiligung von 0,16 %.³⁸

Der bzw. die Kläger müssen nicht mit den Personen identisch sein, welche den Sonderprüfungsantrag in der Generalversammlung bzw. die Fragen gemäss Art. 697 OR gestellt haben.³⁹ Jeder Aktionär, unabhängig davon, ob er an der betreffenden Generalversammlung teilgenommen hat, kann die Sonderprüfungsklage einleiten bzw. in einem Klägerkollektiv teilnehmen.

4.2 Klagefrist und Verfahren

Die Klage muss gemäss Art. 697b Abs. 1 OR innerhalb von drei Monaten nach dem Generalversammlungsbeschluss eingeleitet werden. Diese Frist gilt unabhängig davon, ob in diesem Zeitpunkt tatsächlich ein Protokoll vorliegt, das die Fragen des Aktionärs sowie die Abstimmung über den Sonderprüfungsantrag und die Ablehnung des Antrages beweist. Fehlt ein derartiges Protokoll muss der betreffende Aktionär diese Punkte mit anderen Beweismitteln nachweisen. Die Sonderprüfungsklage wird im summarischen Verfahren durchgeführt, wobei die Kantone eine einzige Instanz bestimmen, die für derartige Klagen zuständig ist.⁴⁰

 $^{^{32}}$ Böckli (Fn. 10), \S 16 Rz. 24; von der Crone (Fn. 14), 536; BSK OR II-Weber, Art. 697b N 1.

³³ Urteil des BGer 4C.412/2005 vom 23. Februar 2006, E. 3.3; BÖCKLI (Fn. 10), § 16 Rz. 24; Von der Crone (Fn. 14), 536.

BGE 133 III 180, 183, E. 3.3; BSK OR II-Weber, Art. 697b N 2; vgl. auch Katja Roth Pellanda, Q&A zur Klage auf Durchführung einer Sonderprüfung nach Art. 697a ff. OR, GesKR 2007, 302.

Zur Ausnützung des unbedingten Replikrechts vgl. BGE 139 I 189,
 191 f., E. 3.2; BGE 138 I 154, 157, E. 2.3.3; BGE 137 I 195, 197,
 E. 2.3.1; BGE 133 I 100, 102 ff., E. 4.3 ff.

Viele kotierte Gesellschaften haben in den letzten Jahren ihr Kapital durch Rückzahlungen reduziert, um so ihren Aktionären im Sinne eines Dividendenersatzes steuerfrei Kapital zurückzuführen, weshalb es heute zahlreiche kotierte Gesellschaften gibt, die zwar eine hohe Börsenkapitalisierung aufweisen, deren Aktienkapital aber unter CHF 20 Mio. liegt.

Die Nestlé AG hat ein Aktienkapital von CHF 306'300'000 (Statuten der Nestlé AG, geändert durch die ordentliche Generalversammlung vom 12. April 2018).

Die Novartis AG hat ein Aktienkapital von CHF 1'275'312'410 (Statuten der Novartis AG vom 2. März 2018).

³⁹ BGE 133 III 133, 135 f., E. 3.2 m.w.H. auf die in der Lehre vertretenen Meinungen bezüglich der Personenidentität.

Vgl. dazu Ziff. II.3.

4.3 Materielle Voraussetzungen der Sonderprüfungsklage

Die Klage muss folgende Voraussetzungen erfüllen, um erfolgreich zu sein:

a. Voraussetzungen gemäss Art. 697a OR

Eine Sonderprüfungsklage kann nur erfolgreich sein, wenn die Fragen, welche Gegenstand der Sonderprüfung sind, die Bedingungen von Art. 697a Abs. 1 OR erfüllen, d.h. an der Generalversammlung das Auskunftsrecht gemäss Art. 697 OR ausgeübt worden ist und dabei die identischen Fragen wie in der Sonderprüfungsklage gestellt worden sind, sich die Fragen auf Sachverhaltsabklärungen bezüglich interner Vorgänge im Unternehmen und seiner Organe beziehen41 und die Beantwortung der Fragen zur Ausübung von Aktionärsrechten erforderlich ist. Nach der Bundesgerichtspraxis muss der Kläger die Tatsache, dass er Fragen gestellt hat und dass diese mit den Fragen des Sonderprüfungsantrags in der Generalversammlung identisch sind nicht nur glaubhaft machen, sondern beweisen.⁴² Wenn entsprechende Protokolle fehlen, ist dies nur mit Zeugenaussagen, privat erstellten Protokollen sowie mit schriftlichen Abstimmungsanträgen möglich. M.E. ist die strenge Bundesgerichtspraxis beim Fehlen von Protokollen nicht berechtigt, da der Verwaltungsrat gemäss Art. 702 Abs. 2 OR ein Protokoll erstellen muss. Der Beweisnotstand des Klägers geht daher in diesen Fällen auf eine gesetzwidrige Handlung der Gesellschaft zurück, was m.E. zu einer Beweislastumkehr führen muss, da ein Fall der Beweisvereitelung vorliegt.⁴³ Wird von der Gesellschaft ein inhaltlich falsches Protokoll vorgelegt, um die Sonderprüfungsklage zu verhindern, so muss der Kläger dagegen tatsächlich den Beweis erbringen, dass entgegen dem Protokoll Fragen im Sinne von Art. 697 OR gestellt worden sind. 44 Gelingt dieser Nachweis, so würde allerdings auch eine Urkundenfälschung durch den Verwaltungsrat vorliegen, da ein Generalversammlungsprotokoll mindestens in den Teilen, in denen Fragen im Sinne von Art. 697 OR wiedergegeben werden und ein Antrag sowie eine Abstimmung über eine Sonderprüfung protokolliert werden müssen, zum Beweis von Tatsachen mit rechtlicher Bedeutung dient und deshalb als Urkunde im Sinne von Art. 110

StGB qualifiziert wird. Der Verwaltungsrat, der in dieser Weise vorgeht, um eine Sonderprüfungsklage zu vereiteln, geht deshalb ein erhebliches Risiko ein.

Der Nachweis des Sonderprüfungsantrages in der Generalversammlung und dessen Ablehnung

Der Kläger muss auch nachweisen, dass er an der Generalversammlung den Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung gestellt hat und dass dieser Antrag abgelehnt worden ist. Auch in diesem Punkt muss der Kläger vollen Beweis erbringen. Zu den Beweisschwierigkeiten kann auf die obigen Ausführungen zu den Voraussetzungen gemäss Art. 697a OR verwiesen werden.

Die Glaubhaftmachung von Statutenbzw. Gesetzesverletzung und Schaden

Der Kläger muss bei der Sonderprüfungsklage aber auch glaubhaft machen, dass Gesetz oder Statuten verletzt wurden und dass dadurch die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt worden sind. Bei der Frage der Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre genügt es nach der Gerichtspraxis allerdings nicht, glaubhaft zu machen, dass das Verhalten des Verwaltungsrates nach allgemeiner Lebenserfahrung geeignet ist, Aktionäre oder Gesellschaft zu schädigen. Das Bundesgericht verlangt vielmehr, dass glaubhaft gemacht wird, dass eine aktuelle und nicht bloss eine drohende Schädigung vorliegt. 45 Die Praxis ist dabei sehr streng: In einem konkreten Fall wurde die Glaubhaftmachung verneint, obwohl der Kläger nachwies, dass Mitglieder des Verwaltungsrates am Standort der Gesellschaft eine eigene Gesellschaft betrieben, die in der gleichen Branche tätig war wie die betroffene Gesellschaft und die beiden Gesellschaften in einem Konkurrenzverhältnis standen – das Bundesgericht ging zwar davon aus, dass eine Schädigung möglich sei, verlangte aber die Glaubhaftmachung des Eintritts eines konkreten Schadens.46

Glaubhaftmachen ist eine Reduktion der Beweisintensität. Der Kläger muss die Verletzung von Statuten bzw. Gesetz und die Schädigung nicht nachweisen – es genügt, wenn er aufgrund von Indizien zeigen kann, dass diese Tatsachen mit «überwiegender Wahrscheinlichkeit» tatsächlich eingetreten sind. ⁴⁷ Das Bundesgericht ist bei der Glaubhaftmachung im Rahmen der Sonderprüfung allerdings relativ streng und wendet einen strengeren Massstab an als bei der Glaubhaftmachung, die für vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 261 ZPO notwendig

Harman BGE 123 III 261, 263, E. 2a; Müller/Lipp/Plüss (Fn. 14), 513.

⁴² BGE 140 III 601, 615, E. 4.3.3 (im vorliegenden Fall war lediglich der Antrag auf Sonderprüfung im Protokoll der Generalversammlung festgehalten, nicht aber die Geltendmachung des Auskunftsrechts, weshalb der volle Beweis nicht erbracht werden konnte).

Das Bundesgericht ist allerdings gemäss BGE 140 III 601, 615, E. 4.3.3 klar anderer Meinung. Es sah beim Fehlen eines Protokolls keinen Beweisnotstand und leitete aus der Verletzung der Protokollierungspflicht auch nichts zu Gunsten des Minderheitsaktionärs ab.

Vgl. BGE 140 III 601, 615, E. 4.3.3, wonach nicht nur keine Beweislastumkehr stattfindet, sondern auch keine Beweisnot entsteht, wenn die Protokollierung i.S.v. Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR mangelhaft ist.

Urteil des BGer 4A_260/2013 vom 6. August 2013, E. 4. Teilweise wird allerdings in der Lehre propagiert, dass eine drohende Schädigung ausreichen soll; so Gabrielli (Fn. 17), 113; Weber (Fn. 17), 409 f.; Daniel Jenny, Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers nach Art. 697b OR, GesKR 2013, 596 ff.

Urteil des BGer 4A_260/2013 vom 6. August 2013, E. 4.3.

⁴⁷ BGE 132 III 715, 720, E. 3.1; BGE 130 III 321, 325, E. 3.3; Weber (Fn. 17), 410; BÖCKLI (Fn. 10), § 16 Rz. 44.

ist. 48 Dieser strenge Massstab für die Glaubhaftmachung steht in einem gewissen Widerspruch zum Zweck der Sonderprüfung - mit ihr soll gerade abgeklärt werden, ob sich gewisse Sachverhaltselemente, welche Anlass zu einer Klage geben, verwirklicht haben.⁴⁹ Wenn diese mit hoher Intensität glaubhaft gemacht werden müssen, so ist der Kläger in der Praxis fast schon am Punkt, an dem er eine substantiierte Verantwortlichkeits- oder Rückforderungsklage einreichen könnte und genügend Beweismittel hat, um die Edition der Beweise zu verlangen, die ihm noch fehlen. Die Sonderprüfungsklage kann bei derart hoher Intensität der Glaubhaftmachung aber genau denjenigen Aktionären nicht mehr helfen, die nur ungenügende Informationen haben und deshalb keine Verantwortlichkeits- oder Rückforderungsklage einleiten können.

In der Praxis ist aber nicht nur die hohe Hürde der Glaubhaftmachung problematisch. Die Sonderprüfungsklage kann auch abgelehnt werden, wenn der Kläger im Rahmen der Glaubhaftmachung derart viele Indizien vorlegt, dass die Verletzung von Statuten oder Gesetz bzw. die Schädigung nach Ansicht des Gerichts nachgewiesen sind. Das Gericht lehnt den Sonderprüfungsantrag in einem derartigen Fall ab, weil kein schutzwürdiges Interesse mehr an einer weiteren Untersuchung des Sachverhalts besteht.⁵⁰ Der Kläger steht daher bei der Sonderprüfung in einer schwierigen Situation, da er zwar den Sachverhalt, den er mit der Sonderprüfung abklären möchte, mit hoher Intensität glaubhaft machen muss, gleichzeitig aber die Sonderprüfungsklage gefährdet, wenn es ihm gelingt, sehr starke Indizien für das gesetzes- bzw. statutenwidriges Verhalten oder die Schädigung vorzubringen. Dieses Problem zeigt sich beispielsweise dann, wenn ein Aktionär mit der Sonderprüfungsklage abklären will, wie hoch das Honorar eines Verwaltungsrats ist, um auf diese Weise eine Verantwortlichkeits- oder Rückforderungsklage im Sinne von Art. 754 bzw. 678 OR vorzubereiten. Die blosse Behauptung, dass der betreffende Verwaltungsrat ein sehr hohes Salär bezieht, genügt nicht. Der Kläger müsste Indizien dafür vorbringen, dass tatsächlich ein Salär bezahlt wird, das wesentlich über dem branchenüblichen Salär liegt, um eine Gesetzverletzung und eine Schädigung der Gesellschaft glaubhaft zu machen. Hat er keine genügenden Indizien für die Höhe des Salärs und kann er nur auf Gerüchte und vage Aussagen von früheren Mitarbeitern sowie auf den hohen Lebenshaltungsstandard des betreffenden Verwaltungsrates hinweisen, so wird die Sonderprüfungsklage wohl mangels genügender Glaubhaftmachung abgelehnt. Gelingt es ihm aber, mit öffentlich zugänglichen Steuerunterlagen, Aussagen des Verwaltungsrates gegenüber Zeitschriften und mittels der in den Medien publizierten Ranglisten zu zeigen, dass sich das Honorar in einer bestimmten Grössenordnung bewegt, so wird die Sonderprüfungsklage aber allenfalls schon deshalb abgelehnt, weil der Aktionär bereits Kenntnis von der ungefähren Höhe des Salärs hat und daher für eine Klage keine weiteren Unterlagen benötigt.

Wie das oben erwähnte Urteil des Bundesgerichts zeigt, ist auch die Glaubhaftmachung der konkreten Schädigung oft eine nicht zu unterschätzende Hürde, da zwar häufig die Eignung einer Tatsache zur Schädigung nachgewiesen werden kann – im betreffenden Fall ging es um ein Konkurrenzverhältnis zwischen einer Gesellschaft und einem anderen von ihren Verwaltungsräten betriebenen Unternehmen – aber nicht glaubhaft gemacht werden kann, dass tatsächlich eine Vermögensverminderung eingetreten ist, da dazu das Vorliegen einzelner schädigender Transaktionen glaubhaft gemacht werden müsste.⁵¹

4.4 Einsetzung des Sonderprüfers durch das Gericht

Wenn das Gericht der Sonderprüfungsklage stattgibt, setzt es den Sonderprüfer ein, der gemäss Art. 697c Abs. 2 OR unabhängig und sachverständig sein muss und definiert aufgrund des Rechtsbegehrens die Fragen, welche im Rahmen der Sonderprüfung abzuklären sind. Das Gericht reduziert dabei den vom Kläger vorgelegten Fragenkatalog jeweils auf die Fragen, die den in Art. 697a und 679b OR festgehaltenen Kriterien entsprechen.⁵² In diesem Sinne werden Fragen gestrichen, bei denen die Ausübung des Fragerechts in der Generalversammlung nicht nachgewiesen werden kann oder die sich nicht auf Sachverhaltsabklärungen beschränken. Ebenfalls gestrichen werden Fragen, bei denen die Gesetz- bzw. Statutenverletzung und die Schädigung nicht glaubhaft gemacht werden konnten.

In seinem Entscheid über die Einsetzung des Sonderprüfers setzt das Gericht auch den Vorschuss fest, den die Gesellschaft dem Sonderprüfer zahlen muss. Der Vorschuss muss so festgelegt werden, dass er bei einer normalen Abwicklung des Sonderprüfungsmandats sämtliche Aufwendung des Sonderprüfers nach den üblicherweise anwendbaren Stundensätzen abdeckt. Kommt es zu unvorhergesehenen Komplikationen bei der Ausführung der Sonderprüfung, so kann der Sonderprüfer

⁴⁸ BGE 120 II 393, 397, E. 4c; vgl. dazu auch RICHARD GASSMANN, Aktienrechtliche Sonderprüfung – doch mehr als nur ein Papiertiger?, recht 1995, 234 ff.

GASUTT (Fn. 13), 510; ROLF H. WEBER, Stille Reserven und Sonderprüfung, SJZ 1993, 303; BRUNO TRINGANIELLO/GARRY-PHILIPPE OBERTIN, Vereinfachte Sonderprüfung – Führt die kommende Aktienrechtsrevision zu vermehrten Verantwortlichkeitsklagen?, TREX 2015, 334.

Vgl. dazu Casutt (Fn. 13), 509; Jean Nicolas Druey, Sonderprüfung/Contrôle spécial, SZW 1997, 40.

Urteil des BGer 4A_260/2013 vom 6. August 2013, E. 4 ff.

⁵² CASUTT (Fn. 3), § 8 Rz. 13; BSK OR II-WEBER, Art. 697c N 5 f.; BÖCKLI (Fn. 10), § 16 Rz. 55.

beim Gericht einen Antrag für eine Erhöhung des Vorschusses stellen.

Gegen den Entscheid des kantonalen Gerichts über die Einsetzung des Sonderprüfers, die Definition der Fragen und auch die Festlegung des Vorschusses können Kläger und Gesellschaft eine Beschwerde beim Bundesgericht einlegen, was zu einer entsprechenden Verlängerung des Verfahrens führt. Erfahrungsgemäss dauert ein Sonderprüfungsverfahren von der Generalversammlung bis zum Entscheid des Bundesgerichts rund zwei Jahre, dies jedenfalls, wenn die Gesellschaft alle sich bietenden prozessualen Möglichkeiten im erstinstanzlichen Verfahren ausschöpft und vor Bundesgericht detaillierte Rügen vorbringt.

4.5 Durchführung der Sonderprüfung

Die Sonderprüfung ist gemäss Art. 697d OR innert «nützlicher» Frist⁵³ und ohne unnötige Störung des Geschäftsgangs durchzuführen. Der Sonderprüfer hat Anrecht auf vollständige Einsicht in die Gesellschaftsakten und kann auch die Personen befragen, welche innerhalb der Gesellschaft Berührungspunkte mit dem zu klärenden Sachverhalt haben.

Die Gesellschaft muss dem Sonderprüfer die für die Durchführung seines Auftrags notwendigen Unterlagen und Informationen herausgeben.⁵⁴ Gemäss Art. 697d Abs. 2 OR müssen insbesondere alle Organe, Beauftragte und Arbeitnehmer der Gesellschaft dem Sonderprüfer über alle für die Sonderprüfung relevanten Sachverhalte Auskunft erteilen. Gegenüber dem Sonderprüfer kann sich die Gesellschaft nicht auf das Geschäftsgeheimnis berufen.55 Geltend gemacht werden können aber Rechte und Interessen von Drittpersonen, so insbesondere Persönlichkeitsrechte von Organen und Arbeitnehmern sowie auch Rechte Dritter, die aufgrund von Geheimhaltungsklauseln oder Datenschutzbestimmungen einen Anspruch auf Geheimhaltung bestimmter Informationen haben. Ausserdem kann die Gesellschaft die Herausgabe von Informationen verweigern, wenn die betreffenden Informationen für den zu untersuchenden Sachverhalt nicht relevant sind.56 Die Gesellschaft kann sich bei den Abklärungen überdies auch darauf berufen, dass die Geschäftstätigkeit übermässig gestört werden würde, was bei umfassenden Archivsuchen oder Abklärungen auf IT-Servern oft vorgebracht wird. Organe, Beauftragte und Arbeitnehmer können Aussagen gegenüber dem Sonderprüfer insofern verweigern, als der Sonderprüfer Fragen stellt, die über ihre Funktion beim Unternehmen hinausgehen.

Wird dem Sonderprüfer eine Auskunft oder die Herausgabe von Dokumenten und Informationen verweigert, so entscheidet auf Antrag des Sonderprüfers das Gericht über die Herausgabe. Da Art. 5 ZPO nur für den Entscheid über die Sonderprüfung eine einzige kantonale Instanz vorsieht, aber nicht für Klagen im Zusammenhang mit dem Sonderprüfungsverfahren, sind in den meisten Kantonen die erstinstanzlichen Gerichte für die Anträge des Sonderprüfers zur Herausgabe von Dokumenten und weiteren Informationen des Sonderprüfers zuständig, was zu einem zweistufigen Rechtsmittelverfahren führt. Setzt sich eine Gesellschaft gegen jede Untersuchungsmassnahme des Sonderprüfers zur Wehr und leitet dabei gegen die entsprechenden Entscheide auch Rechtsmittelverfahren ein, so kann das Sonderprüfungsverfahren erheblich in die Länge gezogen werden.

Richten sich die Herausgabe- und Informationsbegehren des Sonderprüfers gegen bestimmte Organe oder Arbeitnehmer⁵⁷, so müssen diese selbständig vom Gericht angehört werden und haben selbst die Möglichkeit, gegen den Entscheid des Gerichts Rechtsmittel zu ergreifen, da sie als Dritte durch den betreffenden Eingriff direkt berührt werden.

4.6 Erstellung des Berichts und Bekanntgabe

Nach der Durchführung der Untersuchung erstellt der Sonderprüfer einen Bericht, in dem er die im Rahmen der Sonderprüfung gestellten Fragen beantwortet. Bei der Beantwortung dieser Fragen muss er gemäss Art. 697e Abs. 1 OR das Geschäftsgeheimnis der Gesellschaft wahren. Es gilt somit der Grundsatz, wonach der Sonderprüfer den Sachverhalt ohne Berücksichtigung des Geschäftsgeheimnisses untersuchen kann, dass er aber bei seinem Bericht das Geschäftsgeheimnis wahren muss.58 Häufig besteht natürlich ein gewisser Widerspruch zwischen der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses und den Punkten, die in der Sonderprüfung abgeklärt werden sollen. Aus der subjektiven Sicht der betroffenen Gesellschaft gehören die Punkte, die Anlass zu einer Klage gegen die Gesellschaft und ihre Organe geben können, natürlich zu den Geschäftsgeheimnissen einer Gesellschaft, weshalb sich die betroffene Gesellschaft meistens gerade in diesen Punkten auf das Geschäftsgeheimnis beruft. In diesem Bereich kann das Geschäftsgeheimnis aber, dem Zweck der Sonderprüfung entsprechend, den Bericht des Sonderprüfers nicht einschränken.⁵⁹ Der Sonderprü-

Vgl. dazu Casutt (Fn. 3), § 12 Rz. 15 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 4), § 35 Rz. 68.

⁵⁴ Casutt (Fn. 3), § 12 Rz. 63 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 4), § 35 Rz. 77.

⁵⁵ Gemäss BSK OR II-Weber, Art. 697e N 4, gilt der Grundsatz «volles Prüfen – beschränktes Berichten»; Böckli (Fn. 10), § 16 Rz. 61 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 4), § 35 Rz. 76.

Zu den Schranken von Auskunfts- und Einsichtsrecht vgl. insb. Casutt (Fn. 3), § 12 Rz. 66 ff.; Böckli (Fn. 10), § 16 Rz. 64.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 4), § 35 Rz. 74 ff.

Z.B. Überprüfung der persönlichen Handys.

FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 5), § 35 N 99; BSK OR II-Weber, Art. 697e N 4.

⁵⁹ Vgl. Urteil des BGer 4C.165/2004 vom 30. Juli 2004, E. 6.

fer muss vielmehr trotz dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft über diejenigen Punkte offen Bericht erstatten, die zur Beantwortung der vom Gericht definierten Fragen offengelegt werden müssen. 60 Bezüglich gesetzes- und statutenwidriger Handlungen gibt es in diesem Sinne kein Geschäftsgeheimnis – das subjektive Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft ist in diesem Bereich nicht schützenswert. Das Geschäftsgeheimnis kann daher nur in Punkten geltend gemacht werden, die sich nicht auf ein potentiell rechtsverletzendes Verhalten beziehen.

Wenn der Sonderprüfer seinen Bericht fertiggestellt hat, legt er diesen gemäss Art. 697d Abs. 3 OR zunächst der Gesellschaft vor und räumt dieser eine angemessene Frist zur Stellungnahme ein. Nach Anhörung der Gesellschaft erstellt er den definitiven Bericht, den er gemäss Art. 697e Abs. 1 OR dem Gericht vorlegt. Das Gericht wiederum legt gemäss Art. 697e Abs. 2 OR diesen Bericht zunächst nur der Gesellschaft vor, damit diese allfällige Verletzungen des Geschäftsgeheimnisses geltend machen kann. Nach der Stellungnahme der Gesellschaft bereinigt das Gericht gemäss Art. 697e Abs. 3 OR den Bericht des Sonderprüfers, legt diesen der Gesellschaft sowie dem Kläger vor und gibt ihnen Gelegenheit, Stellung zu nehmen und Ergänzungsfragen zu stellen. Da die Sonderprüfung von vorneherein auf die Fragen beschränkt ist, für die an der Generalversammlung das Fragerecht im Sinne von Art. 697 OR ausgeübt worden ist, können sich die Ergänzungsfragen nur auf Punkte beziehen, die bereits durch die ursprünglich gestellten Fragen abgedeckt worden sind, aber vom Sonderprüfer nicht beantwortet wurden - es kann daher immer nur um Fragen zur Vertiefung der Abklärungen des Sonderprüfers gehen.⁶¹ Die Kläger können aber auch geltend machen, dass der Schutz des Geschäftsgeheimnisses und anderer betroffener Interessen zu weit geht und eine weitergehende Offenlegung im Bericht verlangen. Das Gericht entscheidet über die Zulässigkeit von Ergänzungsfragen und ergänzt gegebenenfalls den Auftrag des Sonderprüfers, worauf der Sonderprüfer sein Verfahren bezüglich der betreffenden Punkte wiederholen muss. Das Gericht entscheidet auch über die Frage von Geschäftsgeheimnissen und weiteren schutzwürdigen Interessen. Auch diese Entscheide können mit Beschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden.

Wenn der Bericht in dieser Weise bereinigt und fertiggestellt worden ist, wird er an der nächsten Generalversammlung gemäss Art. 697f OR bekanntgeben. Die

Erfahrung zeigt, dass bei hartnäckigem Widerstand der Gesellschaft zwischen der Generalversammlung, bei der die für die Sonderprüfung relevanten Fragen gestellt wurden, und der Ablieferung des Berichts durchaus fünf Jahre vergehen können.

III. Umsetzungsprobleme der Sonderprüfung

Die Sonderprüfung hat in den letzten 25 Jahren im schweizerischen Gesellschaftsrecht nicht die Bedeutung erlangt, welche ihr vom Gesetzgeber zugedacht worden ist. Die Rechte von Minderheitsaktionären sind nicht wesentlich gestärkt worden, da die meisten Sonderprüfungsklagen an den hohen Hürden scheitern. Vor allem gelingt es in der Praxis nicht, ein Sonderprüfungsverfahren in einem zeitlichen Rahmen abzuschliessen, der es erlauben würde, die Ergebnisse tatsächlich für eine Klage zu verwenden. 62 Die Umsetzungsprobleme der Sonderprüfung und ihr Scheitern in der Praxis lassen sich auf folgende Punkte zurückführen:

1. Probleme des Klägers mit den Voraussetzungen der Sonderprüfungsklage

Die Durchsicht der verfügbaren Urteile zeigt, dass Kläger bei der Sonderprüfungsklage häufig an folgenden Punkten scheitern bzw. dass einzelne für den Kläger wesentliche Fragen aus diesen Gründen vom Gericht abgelehnt werden:

1.1 Kein Nachweis über den Ablauf der Generalversammlung

Wie vorne dargestellt, muss der Kläger nachweisen, dass er im Rahmen seines Fragerechts gemäss Art. 697 OR in der Generalversammlung die Fragen gestellt hat, deren Abklärung er im Rahmen der Sonderprüfung verlangt und dass diese Fragen entweder überhaupt nicht oder nur ungenügend bzw. inhaltlich falsch beantwortet wurden. Ausserdem muss er nachweisen, dass an der Generalversammlung ein Antrag auf Sonderprüfung gestellt wurde und dass dabei wiederum die gleichen Fragen gestellt wurden, die auch mit der Sonderprüfungsklage durchgesetzt werden sollen. Da das Bundesgericht, wie vorne

Dem Autor sind aufgrund eigener Erfahrung, Gesprächen mit Kolleginnen und Kollegen, wie auch aufgrund der Durchsicht von Urteilen sehr viele Sonderprüfungsverfahren bekannt, die nicht zu den gewünschten Ergebnissen führten bzw. an den Voraussetzungen

oder bei der Ausarbeitung des Sonderprüfungsberichts scheiterten

oder mindestens so lange dauerten, dass ihre Ergebnisse irrelevant

wurden. Es ist ihm aber kein Beispiel einer Sonderprüfung bekannt,

61 Urteil des BGer 4P.183/2005 vom 2. November 2005, E. 3.3; Casutt (Fn. 3), § 14 Rz. 5 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 4), § 35 Rz. 91 und 61 ff. das zu Ergebnissen geführt hätte, die im späteren Verfahren verwendet werden konnten. Der Autor wäre entsprechend für Hinweise auf erfolgreiche Verfahren dankbar.

So Casutt (Fn. 313), § 13 Rz. 53 ff.; hingegen sprechen sich BSK OR II-Weber, Art. 697e N 7 und Graziano Pedroja, Die Sonderprüfung im neuen Aktienrecht, AJP 1992, 780 für eine Interessenabwägung aus.

in Ziff. II.1 dargestellt, in diesen Punkten einen vollumfänglichen Beweis fordert, scheitern Sonderprüfungsklagen oftmals bereits an dieser Voraussetzung - fehlt ein Protokoll, das diese Punkte belegt, so muss der Kläger auf die vorne im Ziff. II.4.3 dargestellten Beweismittel ausweichen, welche die Gerichte oft nicht überzeugen.

MangeInde Glaubhaftmachung von Rechtsverletzung und Schaden

Aufgrund der hohen Hürde, die das Bundesgericht bei der Glaubhaftmachung setzt, kommt es häufig dazu, dass die Vorbringen des Klägers als blosse Behauptungen qualifiziert werden, weil es ihm nicht gelingt, genügende Indizien für die Glaubhaftmachung beizubringen. Der Kläger muss daher seine Klage sehr gut vorbereiten und möglichst viele Indizien sammeln, um Statuten- oder Gesetzesverletzung sowie den Schaden glaubhaft zu machen. Problematisch ist allerdings, dass der Zwang zur Suche nach Beweismittel dazu führt, dass die Sonderprüfung ihren Sinn verliert, dem Aktionär unbekannte Sachverhaltselemente abzuklären und bei zu intensivem Nachweis sogar die Ablehnung mangels Rechtschutzinteresse droht, weil sich das Gericht auf den Standpunkt stellt, dass der Sachverhalt dem Kläger bereits vollumfänglich bekannt ist. Schwierig wird es das Beweismass der Glaubhaftmachung zu erreichen, wenn der Aktionär auf seine Fragen in der Generalversammlung ausweichende, ungenügende oder falsche Auskünfte erhalten hat, da er glaubhaft machen muss, dass Teile der Auskünfte unrichtig oder unvollständig sind, was in der Praxis eine noch höhere Intensität der Beweisführung erfordert.63

Besonders schwierig ist der Nachweis der Schädigung, da ein aktueller und nicht nur ein potentieller Schaden von Gesellschaft oder Aktionär glaubhaft gemacht werden muss und vom Bundesgericht in diesem Bereich sehr hohe Anforderungen gestellt werden. Illustrativ ist der oben in Ziff. II.4.3 erwähnte Fall, in dem ein Konkurrenzverhältnis zwischen der betroffenen Gesellschaft und einem anderen Unternehmen bestand, das verschiedenen Verwaltungsräten der betroffenen Gesellschaft gehörte. Obwohl bei einer derartigen Konstellation die Möglichkeit einer Schädigung auf der Hand liegt und im Rahmen der Sonderprüfung gerade untersucht werden soll, ob es zu schädigenden Handlungen, d.h. zur Übertragung von Geschäften von der betroffenen Gesellschaft auf die Gesellschaft der Verwaltungsratsmitglieder kam, verlangte das Bundesgericht, dass ein konkreter Schaden glaubhaft gemacht wird. Dies bedeutet, dass der betreffende Aktionär nur dann eine Sonderprüfung durchführen konnte, wenn er glaubhaft machen konnte, dass die konkurrenzierende Gesellschaft tatsächlich Güter an Drittkunden verkauft und Dienstleistungen erbracht hatte, die diese Kunden sonst bei der betroffenen Gesellschaft bezogen hätten – ein Detailierungsgrad der Glaubhaftmachung, der über ein vernünftiges Mass hinausgeht und den Zweck der Sonderprüfung unterläuft, da er den Kläger dazu zwingt, gerade das nachzuweisen, was abgeklärt werden soll.64

Mangelndes Rechtschutzinteresse: Zu intensiver Nachweis von Rechtsverletzung und Schaden

Wie jede Klage setzt auch die Sonderprüfungsklage ein schutzwürdiges Interesse des Klägers voraus. Dieses ist nach der bundesgerichtlichen Praxis nicht gegeben, wenn die Antworten auf die Fragen, welche der Kläger im Rahmen der Sonderprüfung abklären will, schon bekannt sind.65 Zu einer derartigen Situation kommt es in all den Fällen, in denen das Bundesgericht der Ansicht ist, dass die Information, die der Kläger in der Jahresrechnung bzw. im Lagebericht sowie in der Generalversammlung erhalten hat, ausreicht, um seine Fragen zu beantworten. Zur Ablehnung mangels schutzwürdigen Interesses kann es, wie oben in Ziff. II.4.3 dargestellt, aber auch dann kommen, wenn der Kläger aufgrund der hohen Hürde der Glaubhaftmachung äusserst viele Indizien vorbringt. Wenn sich diese Indizien genügend verdichten, kann ein Gericht die Position einnehmen, dass keine Sonderprüfung mehr notwendig ist, weil dem Aktionär der ganze Sachverhalt bereits genügend bekannt ist.66 Ein derartiges Urteil ist allerdings noch keine Garantie dafür, dass der betreffende Aktionär tatsächlich eine taugliche Grundlage für eine Verantwortlichkeitsoder Rückforderungsklage hat, da die Feststellung des Gerichts im Rahmen des summarischen Verfahrens zur Sonderprüfung das über die Verantwortlichkeits- oder Rückforderungsklage urteilende Gericht nicht bindet.

1.4 Hohe Schwellenwerte

Wie vorne dargestellt, kann es vor allem bei kotierten Gesellschaften mit breit gestreutem Aktionariat äussert schwierig sein, eine Gruppe von Klägern zusammenzustellen, die mehr als 10 % der Aktien oder Aktien im Nominalwert von CHF 2 Mio. halten und die betreffenden Aktien dann auch tatsächlich die 10 %-Grenze bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Einsetzung des

Vgl. Fn. 49. Es sei im Übrigen anzunehmen, dass die Sonderprü-

fungsklage mangels Rechtsschutzinteresse abgelehnt worden wäre, wenn der Kläger tatsächlich einzelne schädigende Handlungen nachgewiesen hätte, da dann der abzuklärende Sachverhalt bereits erstellt gewesen wäre. (Vgl. Ziff. 2.4.4 oben). BGE 123 III 261, 264, E. 3.a/b; CASUTT (Fn. 3), § 8 Rz. 48; FORST-MOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 4), § 35 Rz. 30 f.

Vgl. Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 30. Dezember 2016, E. 4.1.

BGE 123 III 261, 266, E. 3a; Urteil des BGer 4C.64/2003 vom 18. Juli 2003, E. 5.4; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 4), § 35 Rz. 29 f.; BSK OR II-WEBER, Art. 697a N 25.

Sonderprüfers nicht unterschreiten. Dieses Erfordernis hält auch in der Praxis viele Aktionäre davon ab, eine Sonderprüfungsklage anzustreben, selbst wenn sie die Abklärung von Problemen grundsätzlich als notwendig betrachten.⁶⁷

Probleme bei der Durchführung der Sonderprüfung

Gelingt es dem Kläger, eine Sonderprüfung und die Einsetzung eines Sonderprüfers zu erwirken, so gibt es in der Praxis immer noch zahlreiche Probleme, welche den erfolgreichen Abschluss einer Sonderprüfung verhindern können:

2.1 Probleme mit der Zahlung des Sonderprüfers

Der Sonderprüfer, der vom Gericht eingesetzt wird, muss gemäss Art. 697g OR unabhängig vom Ergebnis der Sonderprüfung von der Gesellschaft bezahlt werden.68 Damit der Sonderprüfer keine Probleme mit der Geltendmachung seines Honorars hat, legt das Gericht bei der Einsetzung des Sonderprüfers auch einen Vorschuss für sein Honorar fest. Es gab jedoch auch Fälle, in welchen die Gesellschaft dieser Zahlungspflicht nicht nachgekommen ist, obwohl ein rechtskräftiges Urteil über die Einsetzung des Sonderprüfers vorlag. Wird der Vorschuss nicht bezahlt, so muss der Sonderprüfer die Zahlung auf dem Betreibungsweg einfordern, was einen entsprechenden Zeitverlust nach sich zieht. Da das Urteil über die Einsetzung des Sonderprüfers und dessen Vorschuss als definitiver Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 SchKG dient, führt das Betreibungsverfahren aber immerhin doch innert ca. zwei bis drei Monaten zur Zahlung.

Problematisch ist, dass Verzögerungen in der Sonderprüfung und ein renitentes Verhalten der betroffenen Gesellschaft oft dazu führen, dass die Kosten über den ursprünglichen Vorschuss hinaus ansteigen und der Sonderprüfer beim Gericht, welches ihn eingesetzt hat, einen zusätzlichen Vorschuss beantragen muss. Dieser Erhöhungsentscheid unterliegt genau wie der Einsetzungsentscheid der Beschwerde an das Bundesgericht. Auch dieses Beschwerdeverfahren hat eine erhebliche Verzögerung zur Folge.

2.2 Probleme des Sonderprüfers bei der Informationsbeschaffung

Gemäss Art. 697d Abs. 2 OR ist die Gesellschaft verpflichtet, dem Sonderprüfer alle für die Sonderprüfung relevanten Informationen offenzulegen. In diesem Bereich können sich in der Praxis erhebliche Probleme entwickeln. Die Gesellschaft kann sich z.B. weigern, Dokumente offenzulegen, weil der Sonderprüfer die von ihm geforderten Dokumente nicht genügend genau bezeichnet habe. Sie kann aber auch behaupten, dass die Suche nach Informationen den Geschäftsablauf zu stark stören würde, weil der Sonderprüfer zu viele Dokumente anfordere oder die spezifisch bezeichneten Dokumente nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand im IT-System der Gesellschaft lokalisiert werden können.⁶⁹ Zum Teil wird auch geltend gemacht, dass die verlangte Information für die Fragestellung gar nicht relevant sei, oder dass die Offenlegung Geheimhaltungsverpflichtungen der Gesellschaft gegenüber Dritten verletzen würde. 70 Bei derartigen Problemen kann der Sonderprüfer beim Gericht gemäss Art. 697d Abs. 2 OR Antrag auf eine Verfügung stellen, mit der die Offenlegung angeordnet wird. Derartige Verfahren sind allerdings zeitraubend, mühsam und verursachen Rechtskosten, was die Sonderprüfung erschwert und vor allem auch zu wiederum zeitraubenden - Verfahren zur Erhöhung des Kostenvorschusses für den Sonderprüfer führt. Resigniert der Sonderprüfer in Anbetracht des Widerstands, führt dies sogar dazu, dass überhaupt kein Sonderprüfungsbericht erstellt wird.71

2.3 Verfahrensrechte der Gesellschaft bei der Abgabe des Berichtes

Bei der Abgabe des Berichtes hat die Gesellschaft drei Mal die Möglichkeit zum Bericht Stellung zu nehmen⁷²: Der Sonderprüfer muss der Gesellschaft nach Abschluss seines Berichtes, aber vor der Vorlage des Berichtes beim Gericht die Möglichkeit geben, zum Bericht inhaltlich Stellung zu nehmen. Nach der Einreichung des bereinigten Berichtes beim Gericht muss dieses den Bericht gemäss Art. 697e Abs. 2 OR wiederum der Gesellschaft vorlegen, damit sie Geschäftsgeheimnisse anzeigen und

Vgl. dazu Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 4), § 35 Rz. 74 ff.; Casutt (Fn. 13), 510.

FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 4), § 35 Rz. 83 ff.; von der Crone (Fn. 14), 542.

⁶⁷ RETO HEIZMANN, Sonderuntersuchung statt Sonderprüfung – Hundertmetersprint statt Hürdenlauf, in: Rolf H. Weber et al. (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Caspar von der Crone, Zürich 2017, 120; Rolf H. Weber/Orsolya Fercsik Schnyder, Von der Sonderprüfung zur Sonderuntersuchung, GesKR Sondernummer 2008, 113.

Dabei rechnet der Sonderprüfer gemäss BSK OR II-Weber, Art. 697g N 5 nach Art. 394 Abs. 3 OR ab.

⁶⁹ Vgl. dazu Böckli (Fn. 10), § 16 Rz. 53; von der Crone (Fn. 14), 533; Stefan Knobloch, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Zürich 2011, 328.

Während Casutt, § 15 Rz. 20 ff. ein jederzeitiges und unbeschränktes Kündigungsrecht des Sonderprüfers befürwortet, will Andreas Binder, Die Verfassung der Aktiengesellschaft, Diss. Basel 1987, 274 eine Kündigung nur aus wichtigen Gründen zulassen. Unabhängig von diesen unterschiedlichen Auffassungen ist es dem Sonderprüfer aber möglich bei heftigem Widerstand der Gesellschaft, das Mandat aufzulösen, da bei einem gewissen Grad an Widerstand eine weitere Untersuchung nicht mehr zumutbar ist.

deren Entfernung aus dem Bericht verlangen kann. Der entsprechende Entscheid kann dann von der Gesellschaft auch noch angefochten werden, wenn ihrer Meinung nach zu viel offengelegt wird. Gemäss Art. 697e Abs. 3 OR können danach beide Parteien gegenüber dem Gericht noch einmal zum Inhalt der Sonderprüfung Stellung nehmen und Ergänzungsfragen stellen. Die Verweigerung von Ergänzungsfragen und Änderungen kann ebenfalls mit entsprechenden Rechtsmitteln angefochten werden.

3. Zeitablauf als Feind der Sonderprüfung

Wenn die Gesellschaft von ihrem Recht zur Stellungnahme, Geheimhaltungsanträgen und Ergänzungsfragen konsequent Gebrauch macht, sich konsequent gegen jede Herausgabe von Dokumenten und Informationen wehrt und auch alle möglichen Rechtsmittel einlegt, so führt dies zu ganz erheblichen Verzögerungen im Ablauf des Sonderprüfungsverfahrens.⁷³

Während das Verfahren von der Generalversammlung bis zur rechtskräftigen Einsetzung des Sonderprüfers 18 Monate bis zwei Jahre dauert, wird es schon bei einer milden Gegenwehr weitere drei Jahre dauern, bis der Bericht des Sonderprüfers der Generalversammlung vorgelegt werden kann. Daher muss ein Aktionär damit rechnen, dass er die Ergebnisse der Sonderprüfung frühestens nach Ablauf von fünf Jahren seit der Generalversammlung, an der er den Antrag auf eine Sonderprüfung stellt, erhält.

Diese Verzögerung macht es illusorisch, die Erkenntnisse der Sonderprüfung für die Ausübung von Mitwirkungsund/oder Klagerechten zu nutzen. Für die Ausübung von Mitwirkungsrechten kommen die Resultate aus dem Sonderprüfungsverfahren ohnehin zu spät, da sie nach derart langer Zeit für das Abstimmungsverhalten an der Generalversammlung irrelevant sind. Die Erkenntnisse, die nach fünf Jahren vorliegen, können in der Praxis aber auch nicht mehr für Aktionärsklagen verwendet werden, wenn der Aktionär mit der Klageerhebung wirklich bis zur Vorlage der Ergebnisse aus dem Sonderprüfungsverfahren wartet. In Anbetracht des zusätzlichen Zeitablaufs bis zur rechtskräftigen Erledigung einer Verantwortlichkeits- oder Rückforderungsklage im Sinne von Art. 754 OR bzw. Art. 678 OR müsste der Aktionär gesamthaft mit einer Verfahrensdauer von mehr als zehn Jahren rechnen. Aus diesem Grund macht es kaum Sinn, ein Verfahren einzuleiten. Ausserdem dürften die relevanten Fristen schon lange abgelaufen sein.74

Der Umstand, dass in einer Sonderprüfung abzuklärende Sachverhalte mit dem Zeitablauf an Relevanz verlieren und dass die betroffene Gesellschaft bzw. ihre Anwälte, die möglichen Verzögerungsstrategien meist genau kennen, führt dazu, dass viele Sonderprüfungen, selbst wenn sie vom Gericht angeordnet wurden, früher oder später «einschlafen» oder nur noch zu Ergebnissen führen, die niemanden mehr interessieren.

Die Sonderprüfung verfehlt so in der Praxis das gesetzgeberische Ziel, das Informationsdefizit der Aktionäre auszugleichen und die Grundlagen für weitere Verfahren zu beschaffen. Es gibt m.E. kein Sonderprüfungsverfahren, dessen Erkenntnisse tatsächlich in einer weiteren Klage umgesetzt werden konnten. Aus diesem Grund verfehlt das Sonderprüfungsverfahren natürlich auch die vom Gesetzgeber angestrebte präventive Wirkung. Gesellschaften und Verwaltungsräte müssen sich keine Sorgen darüber machen, dass bezüglich ihres Verhaltens innert nützlicher Frist Transparenz geschaffen wird.

IV. Sonderprüfung in der Aktienrechtsrevision

Die Sonderprüfung ist kein Brennpunkt der Aktienrechtsrevision. Im Rahmen des allgemeinen Ziels der Revision, die Aktionärsrechte zu stärken, werden aber einige Retuschen zur Verbesserung der Sonderprüfung vorgesehen.

Einzelne Punkte der Revision

1.1 Namensänderung: Sonderuntersuchung

Die Sonderprüfung wird neu als «Sonderuntersuchung» bezeichnet.⁷⁵ Dies entspricht dem Zweck der Sonderprüfung besser, da sie nicht dazu dient, Sachverhalte im Sinne einer Revision zu prüfen, sondern den Aktionären offenzulegen. Die Namensänderung ist allerdings für die Rechte der Aktionäre irrelevant.

1.2 Identität der Fragestellung von Auskunftsbegehren und Sonderprüfungsklage

Die vorausgehende Ausübung des Auskunfts- und Einsichtsrechts soll gemäss Art. 697c E-OR weiterhin Vo-

BSK OR II-Weber, Art. 697a N 13; Karim Maizar, Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, Grundlagen – Analysen – Ansätze einer Reform, SSHW Bd. 308, Zürich/St. Gallen 2012, 267 Fn. 1943.

⁷⁴ Gemäss Art. 706a OR muss die Anfechtungsklage innert zwei Monaten nach der Generalversammlung eingeleitet werden, sodass

das Sonderprüfungsverfahren für die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen keinerlei Bedeutung haben kann. Verantwortlichkeitsansprüche verjähren dagegen gemäss Art. 760 OR innert fünf Jahren von dem Tag an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des ersatzpflichtigen erlangt hat wenn der Kläger aber Rechtsverletzung und Schädigung glaubhaft machen kann, was Voraussetzung für die Sonderprüfungsklage ist, so hat er auch ausreichende Kenntnisse, um das Verfahren in Gang zu setzten.

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 1), 543.

raussetzung für eine Sonderprüfungsklage sein. Die Sonderprüfung soll aber nicht mehr auf Fragestellungen beschränkt sein, die von einem Aktionär ausdrücklich im Rahmen eines Auskunftsbegehrens gestellt wurden, sondern kann auch Fragen umfassen, welche in der Diskussion des Antrags an der Generalversammlung auftauchten.⁷⁶ M.E. ist dies keine echte Erleichterung, sondern alleine eine Präzisierung der heutigen Praxis. Bei der Ausübung des Fragerechts kommt es nämlich nicht darauf an, wann eine bestimmte Frage an der Generalversammlung gestellt wird. Das Fragerecht wird nicht nur ausgeübt, wenn jemand zu Beginn der Generalversammlung bzw. der Diskussion eines bestimmten Traktandums unter Berufung auf Art. 697 OR eine Frage stellt. Es genügt, wenn ein Aktionär die betreffende Frage nach den ersten Antworten des Verwaltungsrats bzw. der Diskussion der Antworten im Rahmen der Generalversammlung stellt. Entscheidend ist schon unter der heutigen Regelung allein, dass die Frage an der Generalversammlung an den Verwaltungsrat gestellt wurde.

1.3 Senkung der Schwellenwerte

Die Schwellenwerte sollen gemäss Art. 697b Abs. 1 E-OR bei börsenkotierten Gesellschaften auf 3 % des Aktienkapitals oder einen Nennwert von CHF 1 Mio. gesenkt werden. 77 Wie oben dargestellt, stellt der Grenzwert von 10 % des Aktienkapitals bzw. von CHF 2 Mio. Nennwert bei kotierten Gesellschaften eine sehr hohe Hürde für Anleger dar. Die Senkung der Schwellenwerte würde deshalb bei kotierten Gesellschaften die Sonderprüfung in der Praxis tatsächlich erleichtern. 78

1.4 Erleichterung beim Schadensnachweis

Wie oben in Ziff. III.1.2 dargestellt, ist die Glaubhaftmachung eines aktuellen Schadens bei gewissen Formen der Rechtsverletzung ausserordentlich schwierig. Gemäss Art. 697b Abs. 3 E-OR soll es genügen, wenn glaubhaft gemacht werden kann, dass die vom Kläger behauptete Rechtsverletzung geeignet ist, einen Schaden zu bewirken. 79 Mit dieser Änderung fällt eine wesentliche Hürde für die Sonderprüfung dahin. Diese Erleichterung ist auch sachlich gerechtfertigt: Wie das Bundesgericht in seiner Praxis zur Anfechtungsklage festgestellt hat, hat der Aktionär einen Anspruch darauf, dass sich die Organe gesetzeskonform verhalten, weshalb Aktionäre unabhängig von einer konkreten Schädigung von Gesellschaft und Aktionären ein rechtsgenügliches Interesse an einer Anfechtungsklage haben. Genau das Gleiche muss

auch bei der Sonderprüfung gelten – da der Aktionär Anspruch auf eine rechtskonforme Tätigkeit der Organe hat, muss er auch ohne Schadensnachweis diese Tätigkeit im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme abklären können.

1.5 Prozessrechtlichte Bestimmungen

Mit der Einführung der Zivilprozessordnung wurde bereits im Jahr 2011 sichergestellt, dass das summarische Verfahren bei der Einsetzung des Sonderprüfers und allen damit zusammenhängenden Fragen zur Anwendung kommt (Art. 225 lit. c Ziff. 8 ZPO). Überdies müssen die Kantone gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. g ZPO eine einzige Instanz für die Prüfung des Antrags auf Sonderprüfung bestimmen. Die Revision sieht keine weiteren Änderungen an den prozessualen Bestimmungen vor. M.E. wäre es allerdings angezeigt, vorzusehen, dass auch sämtliche Entscheide im Zusammenhang mit der Durchführung der Sonderprüfung von einer einzigen kantonalen Instanz gefasst werden müssen. Diese Instanz sollte insbesondere auch über alle Begehren des Sonderprüfers betreffend Erhebung von Dokumenten und Informationen entscheiden, da diese Auseinandersetzungen oft zu erheblichen Verzögerungen führen, wenn sie über drei Instanzen geführt werden.

1.6 Änderung der Bestimmungen über das Verfahren zur Erstellung des Sonderuntersuchungsberichts

Der Entwurf sieht keine Änderungen beim Verfahren zur Erstellung des Sonderprüfungsberichts vor. Damit bleibt es auch nach der Revision beim oben dargestellten schwerfälligen Verfahren, bei dem der Entwurf der Gesellschaft zunächst vom Sonderprüfer zur Stellungnahme und sodann vom Gericht zur Bereinigung von Geschäftsgeheimnissen zugestellt wird und erst danach der Bericht den Parteien zur generellen Kommentierung und zur Stellung von Ergänzungsfragen eröffnet wird. Nachdem dieses Verfahren mindestens sechs Monate, unter maximaler Ausnützung der Rechtsmittel sogar bis zu achtzehn Monaten dauern kann, wäre m.E. eine Änderung angezeigt.

Führt die Revision zu einer Verbesserung der Situation?

Der Bundesrat stellt in der Botschaft selbst fest, dass die Sonderprüfung in der Praxis keine Bedeutung erlangt und dementsprechend letztlich nichts zur Verbesserung der Information der Minderheitsaktionäre beigetragen hat.⁸⁰ Die Revision konzentriert sich allerdings sehr stark auf die Frage der Senkung der Schwellenwerte

⁷⁶ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 1), 544.

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 1), 458 und 543 f.

NICOLAS FACINCANI/RETO SUTTER, Schwerpunkte der geplanten Aktienrechtsrevision, TREX 2018, 42; CASUTT/PEYER (Fn. 8), 140.

Potschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 1), 544; CASUTT/PEYER (Fn. 8), 140.

⁸⁰ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 1), 458.

die unter den Dritten belasteten Vergleichspreisen lagen, so muss er auch bei einer Stufenklage substantiiert behaupten, welche Leistungen erbracht wurden und inwieweit der Preis von den einem Dritten verrechneten Preisen abwich. Nur die Bezifferung des Schadens kann bis zum Ende des Beweisverfahrens aufgeschoben werden. Der Kläger muss den Schaden beziffern, sobald er aufgrund der Edition von Buchhaltungsunterlagen den genauen Umfang der einzelnen Lieferungen an den Hauptaktionär feststellen kann.

1.2 Ungenaue Bezeichnung der zu editierenden Urkunden

Kläger, die nicht über die nötigen Beweise verfügen, setzten häufig grosse Hoffnung in die Edition von Urkunden durch die beklagte Gesellschaft und machen in der Klageschrift entsprechend weitreichende Editionsanträge. Die Edition von Urkunden im Sinne von Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO setzt voraus, dass die betreffenden Urkunden so genau bezeichnet werden, dass das Gericht die Edition genau identifizierbarer Dokumente anordnen kann, sodass beim Beklagten keine Unsicherheit darüber entstehen kann, welche Urkunden herauszugeben sind.86 Die gewünschten Urkunden müssen daher eindeutig erfasst werden können. Meistens scheitern Editionsbegehren, mit denen das Klagefundament bewiesen werden soll, an dieser Hürde - die Gerichte halten in derartigen Fällen fest, dass das Beweisverfahren nicht zum Nachholen einer mangelnden Substantiierung dienen kann.

1.3 Keine allgemeinen Gutachten aufgrund von Unterlagen der Gesellschaft

Manchmal versuchen Kläger, die Probleme der Edition von Urkunden dadurch zu umgehen, dass sie als Beweismittel ein durch das Gericht anzuordnendes Gutachten verlangen, das ihren Standpunkt begründen soll.⁸⁷ Auch Gutachten im Sinne von Art. 183 ZPO müssen auf klar substantiierten Behauptungen basieren. Daher kann auch ein Gutachten nicht dazu dienen, die Substantiierung im Beweisverfahren nachzuholen.⁸⁸ Dementsprechend werden allgemeine Gutachten, mit denen Rechtsverletzungen bewiesen werden sollen, die nicht substantiiert behauptet werden können, von den Gerichten konsequent abgelehnt.

1.4 Keine Erkenntnisse aufgrund von Zeugeneinvernahmen

Zum Teil versuchen Kläger, den behaupteten Sachverhalt auch dadurch nachzuweisen, dass sie die Einvernahme von Zeugen nach Art. 169 ff. ZPO verlangen, die beim beklagten Unternehmen tätig sind. ⁸⁹ Die Erfahrung zeigt, dass diese Beweisanträge zum Teil abgelehnt werden, da die Behauptungen, die bewiesen werden sollen, nicht genügend substantiiert werden – auch Zeugeneinvernahmen können somit nicht die Substantiierung der Klage ersetzen. Sofern es tatsächlich zu Zeugeneinvernahmen kommt, zeigt sich in der Praxis fast immer das bekannte Phänomen, dass Zeugen grundsätzlich nur im Sinne ihrer eigenen Interessen bzw. im Interesse ihres Arbeitsgebers aussagen und zu Themen, die den Arbeitgeber belasten, überhaupt kein Erinnerungsvermögen haben oder schlicht lügen.

Dies zeigt, dass Klagen, die ohne Beweismittel und deshalb im Normalfall auch ohne genügende Substantiierung eingereicht werden meistens schon im Substantiierungsstadium scheitern. Wenn es überhaupt zum Beweisverfahren kommt, zeigt sich, dass der Versuch durch Edition, Zeugeneinvernahme oder Gutachten das Klagefundament zu beweisen, kaum je erfolgreich ist – der Kläger verliert das Verfahren und trägt dessen gesamten Kosten einschliesslich Parteientschädigungen und eigener Anwaltskosten.

2. Vorsorgliche Beweisführung

Die vorsorgliche Beweisabnahme im Sinne von Art. 158 ZPO kann vor einem Prozess eingesetzt werden, um Tatsachen abzuklären, die es dem Kläger ermöglichen, die nötigen Beweismittel zu beschaffen und so einerseits die Prozesschancen für ein späteres Verfahren besser abzuschätzen aber auch die daraufhin eingereichte Klage auf dieser Basis zu substantiieren. Der wesentliche Vorteil der vorsorglichen Beweisführung liegt also darin, dass der Kläger die Beweismittel bereits vor dem Behauptungsstadium des Prozesses erhält.

Die vorsorgliche Beweisführung kann aber nicht zum Zweck einer «fishing expedition»⁹¹ verwendet werden, die es dem Kläger ermöglichen soll, irgendwelche Anhaltspunkte für eine rechtswidrige Tätigkeit zu finden. Der Kläger muss vielmehr folgende Voraussetzungen

BSK ZPO-SCHMID, Art. 160 N 23; BSK ZPO-RÜETSCHI, Art. 160 ZPO N 23; ANDREAS RÜD/MATTHIAS MICHLIG, Beweismittelbeschaffung aus der Sicht des Geschädigtenvertreters, in: Flavio Romerio/Claudio Bazzani (Hrsg.), Europa Institut Zürich Bd. 172, Zürich 2016, 153 ff.

⁸⁷ Z.B. «Gutachten aufgrund der Buchhaltung der Beklagten über unrechtmässige Bezüge des Hauptaktionärs und die nahestehenden Personen».

⁸⁸ Vgl. dazu BSK ZPO-Dorschner, Art. 183 N 16; OFK ZPO-Wullschleger, Art. 183 N 3b.

⁸⁹ Chef der Buchhaltungsabteilung zur Verrechnung von Preisen an den Hauptaktionär, Verkaufschef zur Preisfestlegung gegenüber Dritten, etc.

⁹⁰ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBI 2006 7221, 7315; BGE 138 III 76, 81, E. 2.4.2; BSK ZPO-GUYAN, Art. 158 N 5.

BGE 138 III 252, 257, E. 3.1; Urteil des BGer 4A_129/2013 vom 20. Juni 2013, E. 7.2.1; 4A_215/2010 vom 27. Juli 2010, E. 3.1.4; 4A_359/2007 vom 26. November 2007, E. 2.2.

erfüllen, damit die vorsorgliche Beweisabnahme gewährt wird:

2.1 Schutzwürdiges Interesse

Der Kläger muss einen Anspruch glaubhaft machen, auf dessen Basis er eine Klage einleiten kann. ⁹² Er muss damit, ähnlich wie bei der Sonderprüfung, Indizien für das Vorliegen eines Anspruchs aufgrund einer Gesetzes- oder Statutenverletzung vorbringen. Der Grad der Glaubhaftmachung ist aber in der Praxis wesentlich geringer als der sehr strenge Massstab, den das Bundesgericht an die Glaubhaftmachung bei der Sonderprüfung stellt. Es genügen im Allgemeinen glaubhafte Behauptungen mit gewissen Indizien, die auf ein rechtswidriges Verhalten schliessen lassen. Höhere Anforderungen an die Glaubhaftmachung würden dem Zweck der vorsorglichen Beweisführung, die Prozesschancen abzuklären, widersprechen.

2.2 Spezifizierung der Beweissätze und Beweismittel

Der Kläger muss Beweissätze aufstellen und die Urkunden spezifizieren, deren Edition er verlangt bzw. genau angeben, zu welchen Punkten ein Gutachten erstellt werden soll. ⁹³ Damit müssen letztlich die gleichen Vorarbeiten geleistet werden, wie bei einem Prozess. Der Kläger trägt aber nicht das mit einem Prozess verbundene Kostenrisiko, da er auf die Durchführung eines Prozesses verzichten kann, wenn die betreffenden Beweismittel nicht genügen, um den von ihm angestrengten Beweis zu führen. Sein Risiko beschränkt sich letztlich darauf, dass er Anwalts- und Verfahrenskosten des vorsorglichen Beweisverfahrens tragen muss, ohne daraus Vorteile ziehen zu können. ⁹⁴

Die Analyse der Vorschriften und der Entscheide zur vorsorglichen Beweisführung zeigt, dass Beweise schneller und einfacher erhoben werden können als in einem Sonderprüfungsverfahren. Aufgrund des geringeren Prozessrisikos ist es auch ein besserer Weg zur Beschaffung von Beweisen als die Einleitung eines Zivilprozesses mit Anträgen zur Beweisführung. Grundsätzlich empfiehlt es sich daher für einen Aktionär, auf die vorsorgliche Beweisabnahme anstatt auf eine Sonderprüfung zu setzen. Die vorsorgliche Beweisabnahme hat vor allem auch den grossen Vorteil, dass der Aktionär im Gegensatz zu Sonderprüfung nicht 10 % der Aktien im Nominalwert von CHF 2 Mio. halten muss – ein Gesuch um vorsorgliche

Beweisführung kann von jedem einzelnen Aktionär gestellt werden.

3. Strafanzeige gegen die Organe der Gesellschaft

Grundsätzlich kann auch ein Strafverfahren dazu benutzt werden, um für ein Zivilverfahren Beweise zu sammeln. Zu diesem Zweck reicht ein Aktionär eine Strafanzeige gegen Organe der Gesellschaft ein, in der er ihnen vorwirft, zu Lasten der Gesellschaft und ihrer Aktionäre, Vermögensdelikte, wie insbesondere ungetreue Geschäftsbesorgung oder Veruntreuung, begangen zu haben. Ziel einer derartigen Anzeige ist, dass die Strafuntersuchungsbehörden die Angelegenheit mit den ihnen zustehenden strafprozessualen Mitteln untersuchen und Beweismittel für das rechtswidrige Verhalten der Organe erheben. Der Aktionär kann dann gemäss Art. 101 StPO als Geschädigter in die Untersuchungsakten Einsicht nehmen und erhält so Zugang zu Informationen, die es ihm ermöglichen, ein Zivilverfahren einzuleiten. 95

Das strafprozessuale Verfahren hat für den Aktionär den Vorteil, dass er keine Kosten hat und dass die Strafuntersuchungsbehörden die Möglichkeit haben, relativ schnell und in sehr breitem Rahmen Dokumente und andere Beweismittel zu erforschen und Zeugen einzuvernehmen. Dennoch führen derartige Strafanzeigen selten zu dem vom Aktionär gewünschten Ziel. Die Strafverfahrensbehörden eröffnen eine Strafuntersuchung nur, wenn sie einen hinreichenden Anfangsverdacht haben. 96 Eine Strafuntersuchung wird somit nur eingeleitet, wenn der Anzeiger das Vorliegen einer Straftat zumindest glaubhaft machen kann. Da die Strafverfolgungsbehörden im Allgemeinen Vermögensdelikten eine relativ geringe Priorität zuordnen und meist auch nicht gewillt sind, Strafverfahren zu führen, die primär zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche dienen sollen, ist es in der Praxis nur möglich, ein Strafverfahren einzuleiten, wenn der Aktionär handfeste Beweise für strafrechtliches Verhalten vorlegen kann. Daher werden die Hoffnungen, welche Aktionäre in ein Strafverfahren setzen, im Normalfall enttäuscht. Strafverfahren taugen daher in der Regel nicht, um Beweise für ein Zivilverfahren zu sammeln.

⁹² BGE 138 III 76, 81, E. 2.4.2; vgl. auch Urteil des BGer 4A_322/2012 vom 21. Februar 2013, E. 2.2.1 und BGE 140 III 16, 19, E. 2.2.1

Urteil des BGer 5A_295/2016 vom 23. Februar 2017, E. 4.4.1 m.w.H.; Isaak Meier, Vorsorgliche Beweisführung zur Wahrung eines schutzwürdigen Interesses, SJZ 2014, 316.

⁹⁴ Urteil des BGer 4D_54/2013 vom 6. Januar 2014, E. 4; BSK ZPO-GUYAN, Art. 158 N 10.

LORENZ DROESE, Vom (zweifelhaften) Nutzen von Strafverfahren für die Durchsetzung von Zivilansprüchen, recht 2017, 200 und 196; RÜD/MICHLIG (Fn. 86), 168; vgl. auch CLAUDIA M. FRITSCHE/NADINE STUDER, Arbeitsprodukte interner Untersuchungen, AJP 2018, 180.

⁹⁶ Urteil des BGer 6B_830/2013 vom 10. Dezember 2013, E. 1.4; DROESE (Fn. 95), 196; ausführlich dazu HANS WALDER, Strafverfolgungspflicht und Anfangsverdacht, recht 1990, 1 ff.

VI. Schlussfolgerungen für Praxis und Gesetzgebung

Die Bilanz nach 25 Jahren Sonderprüfung fällt ernüchternd aus. Die Sonderprüfung leistet in der Praxis entgegen ihrem gesetzgeberischen Zweck keinen Beitrag zur Durchsetzung von Aktionärsrechten. Die Hürden zur Eröffnung des Verfahrens sind zu hoch, das Verfahren selbst ist sehr schwerfällig und dauert lange. Überdies kann es von der Gesellschaft und ihren Organen relativ einfach gestört und verzögert werden. Dem Autor ist kein einziges Sonderprüfungsverfahren bekannt, das tatsächlich zur Vorbereitung einer Klage eines Aktionärs dienen konnte.

Die heute geplante Revision des Aktienrechts verbessert die Situation nicht in entscheidender Weise. Das Verfahren wird weiterhin lange dauern und kann auch nach der Revision relativ einfach verzögert und gestört werden. Ausserdem bleibt das grundlegende Problem bestehen, dass die Hürde des Glaubhaftmachens sehr hoch ist. Der Aktionär muss die Rechtsverletzung, die in der Sonderprüfung abgeklärt werden soll, bereits bei der Einleitung des Sonderprüfungsverfahrens weitgehend nachweisen. Dies widerspricht der Grundidee der Sonderprüfung und macht ihren Wert in der Praxis zunichte. M.E. könnten nur folgende Schritte zu einer Verbesserung der Position des Minderheitsaktionärs führen:

- Bei den Voraussetzungen der Sonderprüfung wird auf das Glaubhaftmachen der Rechtsverletzung und des Schadens verzichtet. Es sollte genügen, dass der Kläger «ernsthafte Anzeichen» für Gesetzes- und Statutenverletzung aufzeigen kann. Damit müsste er nicht mehr die überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Rechtverletzung darlegen, sondern nur noch Indizien vorbringen, die darauf hindeuten, dass es zu einer Rechtsverletzung gekommen ist - eine Hürde, die leichter genommen werden kann als die Glaubhaftmachung. Auf Nachweise bezüglich der Schädigung von Gesellschaft und Aktionären sollte dagegen vollständig verzichtet werden, da Aktionäre ganz unabhängig von der Schädigung der Gesellschaft und ihres eigenen Vermögens Anspruch auf rechtskonformes Verhalten der Gesellschaftsorgane haben.
- Das Verfahren zur Erstellung des Sonderprüfungsberichts sollte gestrafft werden. Der Entwurf des Berichts sollte ohne weitere Stellungnahme der Gesellschaft nach Art. 697d Abs. 3 OR vom Sonderprüfer dem Gericht vorgelegt werden, woraufhin das Gericht den Bericht beiden Parteien offenlegt und ihnen Gelegenheit gibt, Stellung zu nehmen. Die Gesellschaft hat dann Gelegenheit unrichtige Aussagen des Sonderprüfers zu korrigieren, während die Klägerin bei unklaren Aussagen Erläuterungen verlangen und Ergänzungsfragen stellen kann bzw. eine vertiefte Abklärung beantragen kann, wenn gewisse Fragen nicht beantwortet werden konnten. Mit der

- Beschränkung auf eine einzige Stellungnahme der Parteien wird auch auf die in Art. 697e Abs. 2 OR vorgesehene «Zwischenrunde» zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses verzichtet – es obliegt dem Sonderprüfer, die Geschäftsgeheimnisse zu schützen.
- Sämtliche Entscheide über die Sonderprüfung, insbesondere auch die Durchsetzung der Informationsrechte gegenüber Organen und Gesellschaft, sollten nur von einer einzigen kantonalen Instanz beurteilt werden. Art. 5 Abs. 1 lit. g ZPO sollte daher auf alle Verfahren im Zusammenhang mit der Sonderprüfung ausgedehnt werden.
- Die Möglichkeit Rechtsmittel einzulegen, sollte auf die Einleitung der Sonderprüfung sowie auf den Entscheid des Gerichts über Änderungsanträge und Ergänzungsfragen beschränkt werden. Zwischenentscheide über die Durchsetzung der Informationsrechte des Sonderprüfers sowie über die allfällige Erhöhung seines Vorschusses sollten dagegen nicht separat anfechtbar sein. Probleme mit derartigen Zwischenentscheiden können mit der Anfechtung des Entscheids über Änderungsanträge und Ergänzungsfragen des Berichts vorgebracht werden. Vorbehalten bleiben nur die Zwischenentscheide, welche im Rahmen der Beweiserhebung in die Rechte Dritter eingreifen.⁹⁷ Den betroffenen Dritten muss nicht nur das rechtliche Gehör beim betreffenden Entscheid, sondern auch ein Rechtsmittel offenstehen, da sie keine andere Möglichkeit haben, sonst in das Verfahren einzugreifen.

Mit derartigen starken Änderungen an der heutigen Gestaltung der Sonderprüfung könnte dieses Instrument tatsächlich die vom Gesetzgeber ursprünglich geplante Funktion erhalten. Vorausgesetzt wird natürlich ein gewisses Umdenken des Gesetzgebers. Der Gesetzgeber muss den Rechten der Aktionäre einen höheren Stellenwert einräumen und die Gesetzgebung weniger danach ausrichten, das Schreckgespenst aktivistischer oder gar querulatorischer Aktionäre zu bekämpfen. Die Erfahrung zeigt, dass solche Aktionäre wesentlich seltener sind als Verwaltungsräte und Hauptaktionäre, welche ihre Position missbrauchen. Eine höhere Priorität des Rechtschutzes der Aktionäre würde auch dem Umstand Rechnung tragen, dass der Aktionär in wirtschaftlicher Hinsicht Risikokapitalgeber und Eigentümer des Unternehmens ist und dass die Organe sein Kapital verwalten und keine eigenen Rechte am Unternehmen oder dessen Kapital haben.

Ohne derartige tiefgreifende Änderungen in der Ausgestaltung der Sonderprüfung kann man die Einleitung des Sonderprüfungsverfahrens einem betroffenen Aktionär weder heute noch nach der geplanten Revision des Ak-

⁹⁷ Z.B. Erhebung von Beweismitteln im Privatbereich von Organen oder von Urkunden, die sich im Besitz Dritter befinden.

tienrechts ernsthaft anraten – meist ist es besser, sich Beweismittel auf andere Art zu erarbeiten und dann direkt eine Klage einzureichen oder aber mit der vorsorglichen Beweisabnahme im Sinne von Art. 158 ZPO, die für eine Klage notwendigen Beweismittel einzufordern.