

Die Sonderuntersuchung: ein schwieriges, aber kein schlechtes Instrument

Bundesgerichtsurteil 4A_84/2023 vom 9. Oktober 2023

Mit Bemerkungen von Markus Vischer und Dario Galli*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
- III. Bemerkungen
 - 1. Zum Sonderuntersuchungsrecht im Allgemeinen
 - 2. Zum Element der Glaubhaftmachung im Besonderen
 - 3. Schlussbemerkungen: Einsatz der Sonderuntersuchung in der Praxis

I. Sachverhalt

Die A AG (Gesuchsgegnerin, Beschwerdeführerin, nachfolgend: A AG) wurde im Jahr 2016 gegründet. C hält rund 70% der Namenaktien der A AG. Die restlichen Namenaktien werden überwiegend von (ehemaligen) Mitarbeitern der A AG gehalten, die ihre Aktionärsstellung im Rahmen eines Mitarbeiterbeteiligungsprogramms der A AG erhalten haben.¹

Hintergrund der Auseinandersetzung ist eine im Sommer 2020 vollzogene Transaktion, an der die A AG beteiligt war. Im Zuge dieser Transaktion wurde in einem ersten Schritt die D Inc. mit Sitz in den USA gegründet. In einem zweiten Schritt trat C der D Inc. eine gegenüber der A AG zustehende Darlehensforderung von USD 39.1 Mio. ab und erhielt im Gegenzug 52,5% der Aktien der D Inc. In einem dritten Schritt übertrug die A AG gestützt auf ein *Sale and Contribution Agreement* vom 14.8.2020 unter anderem gewisse ihrer in Entwicklung befindlichen Softwareprodukte an die D Inc. Der Kaufpreis für die Übertragung des Kaufobjekts wurde gestützt auf den Bewertungsbericht der E AG auf USD 46.6 Mio. festgelegt. Getilgt wurde der Kaufpreis durch die Verrechnung der (zuvor abgetretenen) Darlehensforderung der D Inc. gegenüber der A AG sowie durch die Übertragung von 3 Mio. Aktien der D Inc. (entsprechend einer 10%igen Beteiligung am Aktienkapital der D Inc.). Gleichzeitig brachte die US-amerikanische Grossbank F ihr Blockchaingeschäft «X» in die D Inc. ein und erhielt im Gegenzug ebenfalls 3 Mio. Aktien der D Inc.²

Am 30.9.2021 lud der Verwaltungsrat (VR) der A AG zu einer ausserordentlichen Generalversamm-

lung (GV) der A AG ein zwecks Wahl der Revisionsstelle. Die Revisionsstelle wurde gewählt. Zudem beantwortete der VR an dieser GV ausgewählte Fragen, welche gewisse Aktionäre über den unabhängigen Stimmrechtsvertreter hatten stellen lassen. Der von den Aktionären gestellte Antrag auf Sonderprüfung wurde vom VR der GV nicht zur Abstimmung vorgelegt. Am 15.12.2021 fand die ordentliche GV der A AG statt. Im Hinblick auf diese GV beauftragten gewisse Aktionäre den unabhängigen Stimmrechtsvertreter unter anderem, ein Begehren um Einsicht und Auskunft sowie einen Antrag auf Einsetzung eines Sonderprüfers zu stellen. Der VR gab Antworten auf die Fragen. Die Anträge auf Einsichtnahme und auf Sonderprüfung wurden hingegen abgelehnt.³

Am 1.3.2022 stellten die im Rubrum aufgeführten Aktionäre sowie weitere Personen (nachfolgend: Gesuchsteller) beim Obergericht des Kantons Zug ein Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers. Zur Begründung machten sie im Wesentlichen geltend, dass der VR der A AG aufgrund des Interessenkonflikts des Mehrheitsaktionärs und VR-Präsidenten (VRP), C, das Softwarekerngeschäft unter Wert an die D Inc. übertragen und die A AG (und damit indirekt die Gesuchsteller) geschädigt habe. Sie würden die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage prüfen und ersuchten in diesem Zusammenhang um eine Sonderprüfung. Die A AG machte im Wesentlichen geltend, die Übertragung des Kaufobjekts sei zum Marktpreis, gestützt auf das von der E AG erstellte Gutachten erfolgt und vor dem Hintergrund der desolaten Finanzlage der A AG in deren bestem Interesse gewesen.⁴

In teilweiser Gutheissung des Gesuchs einiger Gesuchsteller⁵ setzte das Obergericht des Kantons Zug mit Urteil vom 5.1.2023 bei der A AG einen Sonderprüfer ein und beauftragte diesen, die in seinem Urteil wiedergegebenen Fragen schriftlich zu beantworten. In der Sache kam es zum Ergebnis, dass das Gesuch um Sonderprüfung (teilweise) gutzuheissen sei. Es führte aus, es sei unbestritten, dass C im Zeitpunkt der D Inc.-Transaktion Mehrheitsaktionär und VRP der A AG gewesen sei. Weiter sei unstrittig, dass das Kauf-

³ BGer 4A_84/2023 vom 9.10.2023 Sachverhalt Teil A.c.

⁴ BGer 4A_84/2023 vom 9.10.2023 Sachverhalt Teil B.a.

⁵ Das Obergericht des Kantons Zug schrieb das Verfahren bezüglich einer Gesuchstellerin infolge Rückzugs ab und wies das Gesuch in Bezug auf zwei andere Gesuchsteller ab, soweit es darauf eintrat (BGer 4A_84/2023 vom 9.10.2023 Sachverhalt Teil B.b).

* Dr. iur. Markus Vischer, LL.M., und Dr. iur. Dario Galli, LL.M., sind Rechtsanwälte in Zürich.

¹ BGer 4A_84/2023 vom 9.10.2023 Sachverhalt Teil A.a.

² BGer 4A_84/2023 vom 9.10.2023 Sachverhalt Teil A.b.