



Kolloquium im Gesellschaftsrecht Gruppe 2 – HS 2023

12. Dezember 2023

Prof. Dr. iur. Aline Darbellay, LL.M.



BGE 133 III 133

Sachverhalt (abgewandelt)

- Y-AG hat zwei Aktionäre bzw. Aktionärsgruppen, nämlich die X-Holding AG mit 44,5% und die Aktionärsgruppe B mit 55,5%.
- Zwischen den Aktionären X-Holding-AG und der Aktionärsgruppe B besteht ein ABV:
 - Die X-Holding-AG und die Aktionärsgruppe B entsenden jeweils 2 VR-Mitglieder. VR-Präsidium – mit Stichentscheid bei Stimmgleichheit – steht der Aktionärsgruppe B zu.
 - Bei grundlegenden und besonders finanzträchtigen Entscheidungen steht der X-Holding-AG ein Vetorecht im VR zu.
- Z, ein Aktionär der Aktionärsgruppe B, beantragt an der GV Auskunft. Diese wird verweigert.
- Anschliessend beantragt die X-Holding-AG eine Sonderuntersuchung, die die GV ablehnt.
- Antrag der X-Holding AG auf gerichtliche Einsetzung des Sachverständigen.



BGE 133 III 133

Lösung (1)

- Anspruchsgrundlage: Klage auf Einsetzung eines Sachverständigen (OR 697d I)
 - Formell
 - Aktivlegitimation
 - Passivlegitimation
 - Frist
 - Sonderuntersuchung doppelt subsidiär
 - Materiell
 - Aktuelles Rechtsschutzinteresse
 - Glaubhaftmachen einer Gesetzes- oder Statutenverletzung
 - Glaubhaftmachen einer Eignung der Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre
 - Gegenstand: Tatsachenermittlung
 - Erforderlichkeit der Abklärung zur Ausübung der Aktionärsinteressen



BGE 133 III 133

Lösung (2)

- Aktivlegitimation: 10% des Aktienkapitals oder der Stimmen (bei nicht kotierten Aktien)
- Passivlegitimation: AG
- Frist: innerhalb von 3 Monaten



BGE 133 III 133

Lösung (3)

- Sonderuntersuchung doppelt subsidiär
 - Notwendig ist vorheriger Entscheid der GV nach OR 697c. Dieser setzt Auskunftsbegehren nach OR 697, 697a voraus. Hier wurde Auskunft verlangt und die GV hat eine Sonderuntersuchung abgelehnt.
 - Auskunft muss nicht im Wege des OR 697b geltend gemacht werden. Es kann direkt Sonderuntersuchung verlangt werden. Argumente:
 - Wortlaut von OR 697d sieht keine Subsidiarität zur Klage nach OR 697b vor.
 - Frist von 3 Monaten nach OR 697d könnte nie eingehalten werden, da Prozess nach OR 697b länger dauert.



BGE 133 III 133

Lösung (4)

- Person, die Sonderuntersuchung verlangt, muss nicht identisch sein mit der Person, die den Antrag auf Auskunft stellt oder die ggf. eine Klage nach OR 697 IV anstrengt. Denn andere Aktionäre können gerade durch das Verhalten des VR zu Antrag auf Sonderuntersuchung motiviert werden. Auch zeigt die Frist von 3 Monaten, dass den Aktionären Gelegenheit gegeben werden soll, Verbündete zu finden. Diese Regelung liefe leer, wenn man Personenidentität verlangen würde, da dann alle Gesuchsteller an der GV anwesend sein und zuvor eine Auskunft hätten verlangen müssen. Schliesslich ist das Auskunftsrecht ein Individualrecht auf kollektive Information, so dass alle Aktionäre Auskunft erhalten.
- Fraglich, ob Sonderuntersuchung auch subsidiär zu OR 715a I ist. X-Holding-AG hat VR-Mitglied nach OR 707 III entsandt. Dieses hat einen eigenen Auskunftsanspruch. Aber: Dieses Mitglied unterliegt der Pflicht zur Verschwiegenheit.



BGE 133 III 133

Lösung (5)

- Auskunft soll an alle Aktionäre gehen. Gleiches gilt für das Ergebnis der Sonderuntersuchung, das der nächsten GV zur Kenntnis zu geben ist (OR 697h). Mit dieser Zielrichtung verträgt es sich nicht, wenn man die X-Holding-AG darauf verweist, „ihr“ VR-Mitglied müsse sich die Auskunft selbst verschaffen.
- Gerade wenn das Mitglied des VR Teil einer sich zufällig findenden Aktionärsgruppe ist, die nur zusammen das Quorum von 10 % erreicht, müsste man das VR-Mitglied von der Verschwiegenheitspflicht entbinden, damit die Gesuchsteller die begehrten Informationen erhalten.
- Systematische Stellung von OR 697 und 697a ff. einerseits und OR 715a andererseits legen nahe, dass die Subsidiarität von OR 697d nur von OR 697, 697a abhängen kann.
- Die Klage auf Einsetzung des Sachverständigen ist also begründet.



BGer 4A_312/2020

Sachverhalt

- B beantragt an der GV 2019 der A-AG (nicht kotiert) Auskunft, warum deren Personalaufwand 2018 um 37% gestiegen sei. Die Antwort des VR ist sehr vage und nichtssagend.
- Die Mehrheit an der GV genehmigt die Jahresrechnung 2018.
- An der ausserordentlichen GV 2019 wiederholt B sein Auskunftsverlangen. Wieder ist die Antwort unbefriedigend.
- B und C beantragen eine Sonderuntersuchung der Personalkosten. Die ausserordentliche GV lehnt den Antrag ab.
- Daraufhin beantragen B und C, die zusammen mehr als 10 % der Aktien besitzen, fristgerecht beim Richter eine Sonderuntersuchung. Mit Erfolg?



BGer 4A_312/2020

Lösung (1)

- Anspruchsgrundlage: Klage auf Einsetzung eines Sachverständigen (OR 697d I)
 - Formell
 - Aktivlegitimation
 - Passivlegitimation
 - Frist
 - Sonderuntersuchung doppelt subsidiär
 - Materiell
 - Aktuelles Rechtsschutzinteresse
 - Glaubhaftmachen einer Gesetzes- oder Statutenverletzung
 - Glaubhaftmachen einer Eignung der Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre
 - Gegenstand: Tatsachenermittlung
 - Erforderlichkeit der Abklärung zur Ausübung der Aktionärsinteressen



BGer 4A_312/2020 Lösung (2)

- Sonderuntersuchung doppelt subsidiär
 - Vorheriger Antrag an die GV auf Sonderuntersuchung und ablehnender Beschluss der GV nach OR 697*d*. Es spielt keine Rolle, dass der Antrag nicht traktandiert war (OR 704*b*).
 - Vorheriges Auskunftsverlangen an der GV
(Hinweis: Die Erhebung einer Klage nach OR 697*b* ist keine Voraussetzung der Sonderuntersuchung, BGE 133 III 133, E. 3.2).



BGer 4A_312/2020

Lösung (3)

- Aktuelles Rechtsschutzinteresse
 - Die A-AG macht geltend, mit dem rechtsgültigen Abschluss des Geschäftsjahrs 2018 seien alle Aktionärsrechte verwirkt. Dies gelte auch hinsichtlich der Rückerstattung allfälliger im Jahre 2018 getätigter Bezüge. Sie beruft sich auf den Fall BGer 4A_107/2018, bei dem das BGer eine Sonderuntersuchung abgelehnt hatte, die sich auf einzelne Bilanzpositionen bezogen hatte, da die Bilanz von der GV genehmigt und der Beschluss nicht angefochten worden war.
 - Das BGer verneint die Parallele zum Entscheid 4A_107/2018. Mit Genehmigung der Bilanz werde nicht zugleich jede einzelne Personalausgabe genehmigt. Die Angabe der Personalkosten in der Bilanz als Gesamtsumme diene nur der Transparenz.



BGer 4A_312/2020

Lösung (4)

- Übersetzte Gehälter als Fehler materieller Art können nicht durch einen Beschluss der GV geheilt werden. Sie stehen damit im Gegensatz zu Fehlern formeller Art (wie einem fehlenden Gewinnausschüttungsbeschluss), die geheilt werden können.
- Das BGer lehnt auch den Einwand ab, dass eine nichtkотиerte AG nicht zur Offenlegung individueller Bezüge von Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitgliedern verpflichtet sei. Es gehe darum zu prüfen, ob die Bezüge überrissen und damit nach OR 678 zurückzuerstatten seien. Nur weil die AG nicht zur Publizität der Bezüge verpflichtet sei, gebe dies der AG keine *carte blanche* in der Festsetzung der Bezüge.



BGer 4A_312/2020

Lösung (5)

- Glaubhaftmachung von Gesetzes- oder Statutenverletzung
 - Die Würdigung durch die Vorinstanz sei nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz stützte sich auf verschiedene Indizien:
 - beharrliche, mehrfache Verweigerung sachdienlicher Auskünfte
 - markante Zunahme des Personalaufwands
 - zweigeteiltes Aktionariat
 - besondere Gefahr der Wegschaffung thesaurierter Gewinne
- Glaubhaftmachung der Möglichkeit der Schädigung der AG durch überrissene Bezüge
- Voraussetzung der Anordnung einer Sonderuntersuchung daher gegeben