Urteilskopf

120 II 393

72. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. Oktober 1994 i.S. Firma S. gegen A. und Konsorten (Berufung)
Regeste (de):
Art. 697b OR, Art. 8 ZGB. Aktienrecht; Sonderprüfung.

Berufungsfähigkeit des Entscheids über das Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers (E. 2).

Intertemporalrechtliche Zulässigkeit der Sonderprüfung in bezug auf Sachverhalte, die sich vor dem Inkrafttreten des neuen Aktienrechts ereignet haben (E. 3).

Voraussetzungen, unter denen ein gesetzes- oder statutenwidriges Verhalten der Organe und ein dadurch verursachter Schaden glaubhaft gemacht sind; Geltungsbereich von Art. 8 ZGB in diesem Zusammenhang (E. 4).

Regeste (fr):
Art. 697b CO, art. 8 CC. Droit de la société anonyme; contrôle spécial.

La décision rendue au sujet de la requête tendant à la désignation d'un contrôleur spécial peut faire l'objet d'un recours en réforme (consid. 2).

Admissibilité, au point de vue du droit transitoire, d'un contrôle spécial portant sur des faits qui se sont produits avant l'entrée en vigueur du nouveau droit de la société anonyme (consid. 3).

Conditions qui doivent être remplies pour qu'un comportement illégal ou contraire aux statuts des organes et le dommage qui en est résulté soient rendus vraisemblables; champ d'application de l'art. 8 CC dans ce contexte (consid. 4).

Regesto (it):
Art. 697b CO, art. 8 CC. Diritto della società anonima; verifica speciale.

La decisione concernente una richiesta di designazione di un controllore speciale può essere oggetto di un ricorso per riforma (consid. 2).

Ammissibilità, sotto il profilo del diritto transitorio, della verifica di fatti che sono accaduti prima dell'entrata in vigore del nuovo diritto della società anonima (consid. 3).

Presupposti che devono essere adempiuti affinché un comportamento illegale o contrario agli statuti e il danno che ne risulta siano resi verosimili; campo di applicazione dell'art. 8 CC in questo ambito (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 394

Am 26. Februar 1993 führte die Firma S., eine Aktiengesellschaft mit Sitz in B., eine ausserordentliche Generalversammlung über eine Änderung ihrer Statuten durch. Einige Aktionäre verlangten Auskunft über bestimmte Geschäftsvorgänge und stellten Antrag auf Sonderprüfung, den die Versammlung indessen ablehnte. Darauf verlangten 93 Aktionäre am 26. Mai 1993 beim Kantonsgerichtspräsidium Zug die Einsetzung eines Sonderprüfers. Am 30. Juni 1993 hielt die Firma S. die ordentliche Generalversammlung über das Geschäftsjahr 1991/92 ab. Wiederum verlangten verschiedene Aktionäre Auskunft über den Geschäftsverlauf sowie die Durchführung einer Sonderprüfung, was die Versammlung ablehnte. In der Folge stellten 90 Aktionäre am 16. Juli 1993 beim Kantonsgerichtspräsidium Zug ebenfalls ein Begehren um Einsetzung eines Sonderprüfers. Das Kantonsgerichtspräsidium vereinigte am 17. August 1993 die beiden Verfahren und hiess die Gesuche am 22. Oktober 1993 teilweise gut. Es setzte die Treuhandgesellschaft C. AG als Sonderprüferin ein und beauftragte sie damit, bestimmte Fragen schriftlich zu beantworten. Die Firma S. focht diesen Entscheid mit Beschwerde an, die von der Justizkommission des Obergerichts des Kantons Zug mit Urteil vom 21. Januar 1994 abgewiesen wurde. Die Firma S. legte gegen den Entscheid der Justizkommission Berufung ein, die vom Bundesgericht abgewiesen wird, soweit es auf sie eintritt.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Der Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers im Sinne von Art. 697b OR ist - wie das Auskunftsrecht gemäss Art. 697 OR - als selbständiges Mitgliedschaftsrecht der Aktionäre zu verstehen. Der darüber ergehende gerichtliche Entscheid stellt einen Endentscheid in einer Zivilrechtsstreitigkeit dar, welcher bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen mit Berufung angefochten werden kann (vgl. BGE 112 II 145 E. 2b S. 147 mit Hinweisen; OR-WEBER, N. 4 zu Art. 697c OR; ANDREAS CASUTT, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1991, S. 102 Rz. 51). Beim Urteil der Justizkommission handelt es sich um einen letztinstanzlichen kantonalen Entscheid im Sinne von Art. 48 OG, womit die funktionale Berufungsfähigkeit gegeben ist. Nach Auffassung der Beklagten liegt sodann eine nicht vermögensrechtliche Zivilrechtsstreitigkeit im

Sinne von Art. 44 OG vor. Hiegegen spricht indessen, dass einerseits die kapitalbezogene Struktur der Aktiengesellschaft auch die Ausgestaltung der Mitgliedschaft bestimmt und anderseits die richterliche Einsetzung eines Sonderprüfers nach dem Gesetz von einer glaubhaft gemachten Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre abhängt (Art. 697b Abs. 2 OR). Dies richtet die Sonderprüfung mindestens vornehmlich, wenn nicht sogar ausschliesslich auf die Überprüfung der Verantwortlichkeit von Gründern oder Organen aus (Botschaft des Bundesrates vom 23. Februar 1983 über die Revision des Aktienrechts, BBl 1983 II 745 ff., 834 f.; BÖCKLI, Das neue Aktienrecht, S. 506 Rz. 1852; HIRSCH, Le contrôle spécial, in Le nouveau droit des sociétés anonymes, S. 413 ff., 418; MÜLLER/LIPP, Der Verwaltungsrat, S. 327). Daraus aber folgt, dass der Anspruch auf richterliche Einsetzung eines Sonderprüfers, obschon er an sich zu den nicht vermögensmässigen Schutzrechten der Aktionäre zählt (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 7. Aufl., S. 283 Rz. 85), zur Wahrung vermögensmässiger Interessen der Aktionäre bestimmt ist. Die gerichtliche Auseinandersetzung gehört deshalb zu den vermögensrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten im Sinne von Art. 46 OG. Entgegen den gesetzlichen Vorschriften (Art. 51 Abs. 1 lit. a und Art. 55 Abs. 1 lit. a OG) finden sich weder in der Berufungsschrift noch im angefochtenen Urteil Angaben zum Streitwert. Aus den Erwägungen der Justizkommission zur Höhe des mutmasslichen Schadens kann indessen abgeleitet werden, dass der Streitwert jedenfalls mehr als Fr. 8'000.- beträgt. Auf die Berufung ist daher grundsätzlich einzutreten.

3. Die Beklagte hält eine Sonderprüfung in bezug auf Sachverhalte, die sich vor dem Inkrafttreten des neuen Aktienrechts ereignet haben, aus intertemporalrechtlichen Gründen für ausgeschlossen. Diese Auffassung ist rechtsirrtümlich. Die im vorliegenden Fall anwendbaren Schlussbestimmungen zum Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Änderung des Obligationenrechts (AS 1992 781 ff.) verweisen vorab auf den Schlusstitel des Zivilgesetzbuches (Art. 1) und enthalten daneben eigenständige intertemporalrechtliche Regeln zum Verhältnis von Gesetz und Statuten (Art. 2 ff.). Dazu gehört der Vorbehalt, dass bestimmte statutarische Vorschriften, die mit dem neuen Recht unvereinbar sind, noch während längstens fünf Jahren in Kraft bleiben (Art. 2 Abs. 3). Das Recht auf Sonderprüfung ist indessen als gesetzlich gewährleistetes Informationsrecht

der Aktionäre einer allfällig bestehenden einschränkenden oder abweichenden Regelung durch die Statuten entzogen und fällt deshalb nicht unter den Vorbehalt von Art. 2 Abs. 3. Der in diesem Sinne zwingende Anspruch auf Sonderprüfung untersteht inhaltlich uneingeschränkt dem Grundsatz der sofortigen Anwendbarkeit des neuen Rechts, und zwar unabhängig davon, wann sich die zu prüfenden Sachverhalte ereignet haben (FORSTMOSER, Vom alten zum neuen Aktienrecht, SJZ 88/1992, S. 159; BÖCKLI, a.a.O., S. 559 Rz. 2054). Das Rückwirkungsverbot nach Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB gilt einzig für die rechtliche Beurteilung dieser Sachverhalte (BÖCKLI, a.a.O., S. 579 Rz. 2148).

4. Das Institut der Sonderprüfung hat den Zweck, die Informationsrechte der Aktionäre, namentlich der Minderheitsaktionäre, und damit die Transparenz gesellschaftsrechtlich bedeutsamer Vorgänge zu verbessern (Botschaft des Bundesrates, BBl 1983 II 834 ff.; BÖCKLI, a.a.O., S. 505 ff. Rz. 1850 ff.; HIRSCH, a.a.O., S. 413; CASUTT, a.a.O., S. 16 ff.; OR-WEBER, N. 1 und 2 zu Art. 697a OR; MÜLLER/LIPP, a.a.O., S. 326 ff.; PETRA SCHMITT, Das Verhältnis zwischen Generalversammlung und Verwaltung in der Aktiengesellschaft, Diss. Basel 1991, S. 92 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., S. 293 Rz. 127; FORSTMOSER, Alter Wein in neuen Schläuchen?, ZSR 111/1992 I S. 1 ff., 12). Lehnt die Generalversammlung einen entsprechenden Antrag ab, so können Aktionäre, die zusammen mindestens 10 % des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von 2 Millionen Franken vertreten, innerhalb dreier Monate die gerichtliche Einsetzung eines Sonderprüfers verlangen, wenn sie glaubhaft machen, dass Gründer oder Gesellschaftsorgane Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (Art. 697b OR). a) Die formellen Voraussetzungen für die Einsetzung eines Sonderprüfers (ablehnender Generalversammlungsbeschluss, Höhe der Kapitalbeteiligung, Klagefrist) sind im vorliegenden Fall unstreitig gegeben. b) Streitig ist dagegen das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen. In diesem Zusammenhang macht die Beklagte geltend, die Justizkommission habe bundesrechtliche Beweisanforderungen missachtet, indem sie an den Hauptbeweis der Kläger einen anderen, tieferen Massstab angelegt habe als an den Gegenbeweis; während sie beim Hauptbeweis statt des gesetzlich geforderten Glaubhaftmachens blosses Behaupten habe genügen lassen, habe sie von der Beklagten einen eigentlichen Beweis des Gegenteils verlangt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich aus Art. 8 ZGB nicht nur das Recht zum Beweis, sondern auch das Recht zum Gegenbeweis. Der Gegner der beweisbelasteten Partei hat einen Anspruch darauf, zum Beweis von Umständen zugelassen zu werden, die beim Richter Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Sachbehauptungen wachhalten und diesen dadurch vereiteln sollen (BGE 115 II 305). Für das Gelingen des Gegenbeweises ist mithin bloss erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird,

nicht aber auch, dass der Richter von der Schlüssigkeit der Gegendarstellung überzeugt wird (BGE 76 II 188 E. 3 S. 194). Insoweit unterscheidet sich der Gegenbeweis vom Beweis des Gegenteils, der sich gegen eine gesetzliche Vermutung richtet und seinerseits ein Hauptbeweis ist (KUMMER, Berner Kommentar, N. 107 f. zu Art. 8 ZGB), für welchen das entsprechende Beweismass gilt. Ob die vom Gegenbeweis erfassten Tatsachen geeignet sind, den Hauptbeweis zu erschüttern, ist eine Frage der Beweiswürdigung, die vom Bundesgericht im Berufungsverfahren nicht geprüft wird. Das gilt auch im Fall, dass das Beweismass für den Hauptbeweis - wie hier - bundesrechtlich festgesetzt ist. Bundesrechtliche Beweisvorschriften sind dagegen dann verletzt, wenn der kantonale Sachrichter den Hauptbeweis als erschüttert betrachtet, aber dennoch auf die Sachdarstellung der beweisbelasteten Partei abstellt mit der Begründung, die Gegendarstellung des Beweisgegners sei ihrerseits unbewiesen geblieben. Davon kann jedoch im vorliegenden Fall keine Rede sein. Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich vielmehr, dass die Justizkommission in Würdigung der im kantonalen Verfahren erhobenen Beweise zum Ergebnis gekommen ist, die Kläger hätten glaubhaft gemacht, dass der Verwaltungsrat gesetzeswidrig gehandelt und dadurch die Aktionäre oder die Gesellschaft geschädigt habe. Eine Verletzung von Art. 8 ZGB scheidet damit aus. c) In den soeben erwähnten Plausibilitätsvoraussetzungen liegt der Angelpunkt des Sonderprüfungsrechts, da es einerseits bei übertriebenen Anforderungen toter Buchstabe bleiben könnte, und anderseits bei grosszügiger Handhabung ein Widerspruch zum Regelungsgedanken des Gesetzgebers entstände, wonach die zwangsweise Sonderprüfung nicht leichthin zuzulassen sei (HIRSCH, a.a.O., S. 418). Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass das Glaubhaftmachen sowohl Tat- wie Rechtsfragen betrifft. In tatsächlicher Hinsicht sind bestimmte Handlungen oder Unterlassungen von Gründern oder Organen und der damit zusammenhängende Schaden glaubhaft zu machen. Es braucht somit nicht die

volle Überzeugung des Gerichts vom Vorhandensein dieser Tatsachen herbeigeführt zu werden, sondern es genügt, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten (GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., S. 323 Fn. 27; KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., S. 135). Das Gericht darf weder blosse Behauptungen genügen lassen noch einen stringenten Beweis verlangen. Es hat vielmehr in wertender Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen die von den Gesuchstellern behaupteten Verdachtsmomente auf ihre Wahrscheinlichkeit hin zu prüfen. Das Gericht hat sich dabei vor Augen zu halten, dass es die mit Hilfe des Gesuchs im allgemeinen mittelbar angestrebte Haftung von Organen oder Gründern nicht antizipiert zu beurteilen, sondern bloss die Möglichkeit zu gewähren hat, deren tatbeständliche Voraussetzungen durch den Sonderprüfer abklären zu lassen. Zu beachten ist im übrigen, dass die Sonderprüfung der Verbesserung der Information der Gesuchsteller zu dienen bestimmt ist und das Gericht deshalb von ihnen nicht diejenigen Nachweise verlangen darf, welche erst der Sonderprüfer erbringen soll (CASUTT, a.a.O., S. 94).
Entsprechendes gilt in bezug auf die sich stellenden Rechtsfragen, namentlich jene im Zusammenhang mit den behaupteten Pflichtverletzungen von Organen oder Gründern. Auch hier hat das Gericht die Frage nach dem rechts- oder statutenwidrigen Verhalten und damit nach der Verantwortlichkeit nicht abschliessend zu beantworten, sondern es darf sich mit einer summarischen Prüfung begnügen (CASUTT, a.a.O., S. 99). Zu weit ginge allerdings, die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum vorsorglichen Rechtsschutz uneingeschränkt zu übernehmen, wonach einem Begehren bereits zu entsprechen ist, wenn es sich nach einer summarischen Prüfung der massgebenden Rechtsfragen nicht als aussichtslos erweist (BGE 108 II 69 E. 2a S. 72). Dem Gesuch auf Einsetzung eines Sonderprüfers ist aber jedenfalls dann zu entsprechen, wenn sich die rechtlichen Vorbringen zu den Anspruchsvoraussetzungen von Art. 697b Abs. 2 OR bei summarischer Prüfung als einigermassen aussichtsreich oder doch zum mindesten als vertretbar erweisen (vgl. in diesem Sinne für den vorsorglichen Rechtsschutz: DAVID, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/2, S. 189 f.). aa) Die Justizkommission hält für glaubhaft gemacht, dass der Verwaltungsrat der Beklagten die von der Sonderprüfung betroffenen

Veräusserungs- und Erwerbsgeschäfte pflicht- und kompetenzwidrig selbst beschlossen habe, anstatt sie der Generalversammlung zu unterbreiten. Diese Auffassung ist im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 649 aOR (BGE 100 II 384 E. 2b S. 390 f.) und des von der Justizkommission - jedenfalls im Rahmen einer summarischen Prüfung - zutreffend ausgelegten statutarischen Zweckartikels der Beklagten vertretbar. Dass die Generalversammlung von den einzelnen Geschäften gewusst haben soll, schliesst im übrigen die Annahme einer Pflichtwidrigkeit durch Kompetenzanmassung nicht aus. Ebensowenig steht der Gesuchsgutheissung eine allfällig dem Verwaltungsrat erteilte Décharge entgegen, selbst wenn sie unter anderem durch die am vorliegenden Verfahren beteiligten Aktionäre erfolgt wäre, denn einerseits ist die gesetzliche Kompetenzordnung bereits hinsichtlich der Behandlung und Beschlussfassung im zuständigen Organ zwingend, und anderseits sollen mit der Sonderprüfung nicht nur die Interessen der einzelnen Aktionäre, sondern auch jene der Gesellschaft selbst gewahrt werden (vgl. CASUTT, a.a.O., S. 93 Rz. 27). Der gegen die Justizkommission erhobene Vorwurf einer Bundesrechtsverletzung erweist sich somit als unbegründet. Unter diesen Umständen kann sodann offenbleiben, ob der Verwaltungsrat auch darum gesetzes- oder statutenwidrig gehandelt hat, weil bestimmte Mitglieder nicht in den Ausstand getreten sind. Auf die mit der Berufung in diesen Zusammenhang erhobenen Einwände braucht deshalb nicht eingegangen zu werden. bb) Nach Auffassung der Justizkommission ist - wie bereits erwähnt - auch das Vorliegen eines Schadens von den Klägern glaubhaft gemacht worden. Im Berufungsverfahren gilt die Regel, dass die Ermittlung des Schadens grundsätzlich eine vom kantonalen Richter abschliessend zu beurteilende Tatfrage ist. Rechtsfrage und vom Bundesgericht in einem solchen Verfahren zu prüfen ist nur, ob der kantonale Richter den Rechtsbegriff des Schadens verkannt oder Rechtsgrundsätze der Schadensberechnung verletzt hat (BGE 119 II 249 E. 3a S. 251 mit Hinweisen). Solche Rügen werden mit der Berufung indessen nicht erhoben. Was die Beklagte vorbringt, erschöpft sich vielmehr in einer unzulässigen Kritik an der Beweiswürdigung der Justizkommission. Insoweit ist deshalb auf die Berufung nicht einzutreten.