Urteilskopf

140 III 610

90. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. AG gegen B. und C. (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_319/2014 vom 19. November 2014

Regeste (de):
Art. 697a Abs. 1 OR; Sonderprüfung; vorgängige Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts; Beweismass.

Voraussetzung gemäss Art. 697a Abs. 1 OR, dass vorgängig zum Gesuch um Sonderprüfung an der Generalversammlung das Recht auf Auskunft oder das Recht auf Einsicht ausgeübt wurde (E. 2.2). Der Gesuchsteller hat die vorgängige Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts nicht bloss glaubhaft zu machen, sondern nachzuweisen. Er muss das Gericht nach dem Regelbeweismass der vollen Überzeugung davon überzeugen, so dass es keine ernsthaften Zweifel mehr hat (E. 4).

Regeste (fr):
Art. 697a al. 1 CO; contrôle spécial; exercice préalable du droit à être renseigné ou à consulter les pièces; degré de la preuve.

Condition posée à l'art. 697a al. 1 CO, selon laquelle le droit aux renseignements ou le droit de consultation sera exercé à l'assemblée générale, préalablement à la requête proposant d'instituer un contrôle spécial (consid. 2.2). Le requérant ne doit pas seulement rendre vraisemblable, mais prouver l'exercice du droit à être renseigné ou à consulter les pièces. S'agissant du degré de preuve requis, le juge doit acquérir la certitude, au point de n'éprouver plus aucun doute sérieux (consid. 4).

Regesto (it):
Art. 697a cpv. 1 CO; verifica speciale; esercizio preliminare del diritto di ottenere ragguagli e di consultare documenti; grado della prova.

Presupposto previsto dall'art. 697a cpv. 1 CO secondo cui, prima di proporre l'esecuzione di una verifica speciale, occorre essersi valsi all'assemblea generale del diritto di ottenere ragguagli e di consultare documenti (consid. 2.2). L'istante deve provare, e non solo rendere verosimile, di essersi valso del suo diritto di ottenere ragguagli e di consultare documenti. Egli deve convincere il tribunale secondo il grado della prova richiesto in modo che questo non abbia più alcun serio dubbio (consid. 4).

Erwägungen ab Seite 611

BGE 140 III 610 S. 611

Aus den Erwägungen:

2.

2.2 Nach Art. 697a Abs. 1 OR kann ein Aktionär die Anordnung einer Sonderprüfung nur beanspruchen, wenn er das Auskunfts- oder das Einsichtsrecht gemäss Art. 697 OR bereits ausgeübt hat. Insoweit ist der Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers gegenüber dem Recht auf Auskunft und auf Einsicht subsidiär (BGE 123 III 261 E. 3a S. 264). In der aktienrechtlichen Informationsordnung bildet die Sonderprüfung das dritte Element neben der vom Verwaltungsrat ausgehenden Informationsvermittlung durch den Geschäftsbericht (Art. 696 OR) und der aktiven Informationsbeschaffung seitens des Aktionärs durch die Ausübung seines Auskunftsrechts (Art. 697 OR). Um eine Gleichstellung aller Aktionäre bezüglich des Informationsstandes zu erreichen, muss das Auskunftsrecht gemäss Art. 697 OR in der Generalversammlung ausgeübt werden (BGE 133 III 133 E. 3.3). Unter Umständen, namentlich bei Begehren um Informationen, die nicht ohne Weiteres zur Verfügung stehen, oder bei einem umfangreichen Fragenkatalog kann es angezeigt sein, das Auskunftsbegehren vor der Generalversammlung schriftlich einzureichen (siehe BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 16 Rz. 32). Die Auskunftsbegehren und die erteilten Antworten sind zu protokollieren (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Aus der Subsidiarität der Sonderprüfung folgt, dass das Sonderprüfungsbegehren thematisch vom vorgängigen Auskunfts- oder Einsichtsbegehren gedeckt sein muss. Durch dieses soll der Verwaltungsrat die Gelegenheit erhalten, das Informationsbedürfnis der Aktionäre von sich aus zu befriedigen, bevor das mit Aufwand und Umtrieben verbundene Verfahren auf Sonderprüfung eingeleitet wird. Massgebend für die thematische Begrenzung der Zulässigkeit eines Sonderprüfungsbegehrens ist deshalb das Informationsbedürfnis der antragstellenden Aktionäre, wie es der Verwaltungsrat nach Treu und Glauben aus dem vorgängigen Auskunfts- oder Einsichtsbegehren erkennen musste. Dabei darf sich der Verwaltungsrat zwar nicht hinter einer wortklauberischen Auslegung verschanzen und von vornherein nur ausdrücklich gestellte Fragen beantworten. Auf der anderen Seite ist aber auch den Aktionären zuzumuten, bei der Formulierung ihres Auskunfts- oder Einsichtsbegehrens eine gewisse Sorgfalt aufzuwenden und darin so klar, wie es ihnen aufgrund

ihres Kenntnisstandes möglich ist, zum Ausdruck zu bringen, worüber sie weiteren Aufschluss zu erhalten wünschen (BGE 123 III 261 E. 3a).
Personenidentität in dem Sinn, dass nur derjenige Aktionär, der zuvor selbst Auskunft verlangt hat, in der Generalversammlung auch den Antrag auf Sonderprüfung stellen kann, ist nach der Rechtsprechung nicht vorausgesetzt. Auch Aktionäre, die erst aufgrund des von einem anderen Aktionär gestellten Auskunftsbegehrens und der darauf vom Verwaltungsrat an der Generalversammlung erteilten Auskunft Kenntnis von bestimmten Sachverhalten und ihrer Tragweite erhalten, sollen die Möglichkeit haben, der Generalversammlung die Durchführung einer Sonderprüfung zu beantragen. Indessen gilt auch für sie die thematische Begrenzung des Sonderprüfungsbegehrens durch den Gegenstand des Auskunftsbegehrens (BGE 133 III 133 E. 3.2 S. 136 mit Hinweisen). (...)

4. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, hinsichtlich der Voraussetzung der vorgängigen Ausübung des Auskunfts- und des Einsichtsrechts in Verletzung von Bundesrecht anstelle des strikten Beweises ein blosses Glaubhaftmachen verlangt und mithin das falsche Beweismass angewandt zu haben. Selbst unter Zugrundelegung eines reduzierten Beweismasses habe die Vorinstanz die Beweise aber willkürlich gewürdigt, indem sie sich allein mit den unbelegten Behauptungen der Beschwerdegegner begnügt und sich auf haltlose Vermutungen gestützt habe.

4.1 Nach dem bundesrechtlichen Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass der vollen Überzeugung ergeben sich einerseits aus dem Gesetz; anderseits wurden sie durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet. Danach wird insbesondere eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet, wo ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach

nicht möglich oder nicht zumutbar ist und insofern eine "Beweisnot" besteht (BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 130 III 321 E. 3.2 S. 324 mit Hinweisen). Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen. Das

BGE 140 III 610 S. 613

Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist wiederum von der Glaubhaftmachung abzugrenzen. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 132 III 715 E. 3.1 S. 720; BGE 130 III 321 E. 3.3 mit Hinweisen).

4.2 In der Tat führte die Vorinstanz im Rahmen der rechtlichen Erörterungen aus, "die Anforderungen an das Glaubhaftmachen" betreffend die Ausübung des Auskunfts- und Einsichtsrechts dürften "nicht übersteigert werden". Die darauf folgende eingehende Prüfung schloss die Vorinstanz mit dem Satz, "gesamthaft erschein[e]glaubhaft", dass die Beschwerdegegner von der Beschwerdeführerin in der Generalversammlung (erfolglos) Auskünfte zum Geschäftsgang, insbesondere zur Reduktion der Beteiligung an der F. AG, verlangt hätten. Dem Subsidiaritätsprinzip sei damit Genüge getan. Geht man angesichts dieser Formulierung mit der Beschwerdeführerin davon aus, die Vorinstanz habe sich hinsichtlich der Voraussetzung der vorgängigen Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts mit dem Beweismass des Glaubhaftmachens begnügt, erweist sich die Rüge als begründet:

4.3

4.3.1 Zunächst bedeutet der Umstand, dass eine Angelegenheit - wie nach Art. 250 lit. c Ziff. 8 ZPO die Sonderprüfung bei der Aktiengesellschaft - in den Anwendungsbereich des summarischen Verfahrens nach Art. 248 ff. ZPO fällt, nicht, dass das Beweismass herabgesetzt ist. Grundsätzlich gilt auch in dieser Verfahrensart das Regelbeweismass, es sei denn, aus dem Gesetz oder dessen Auslegung ergebe sich etwas Abweichendes (siehe CHEVALIER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 5 zu Art. 254ZPO; GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO],2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 254 ZPO; GÜNGERICH, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2012, N. 24zu Art. 254 ZPO).

4.3.2 Die Vorinstanz verwies in der fraglichen Erwägung auf eine Kommentarstelle (WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. II, 4. Aufl. 2012, N. 3b zu Art. 697c OR). Aus dieser geht hervor, dass ihr Autor seine Aussage, "die Anforderungen an das Glaubhaftmachen des Subsidiaritätsprinzips" dürften nicht übersteigert

BGE 140 III 610 S. 614

werden, auf die Frage der thematischen Identität des Sonderprüfungsbegehrens zum vorgängig gestellten Auskunftsbegehren bezieht, führt er doch im gleichen Zusammenhang an, eine Ausweitung des Prüfungsgegenstands durch neue Fragen sei unzulässig, doch müssten Konkretisierungsfragen vor dem Richter noch möglich

sein. Dass an die Prüfung der thematischen Identität kein allzu strenger Massstab angelegt werden sollte, wird denn auch von anderen Autoren gefordert (so etwa CASUTT, Was brachte die Sonderprüfung als neues Instrument des Aktionärsschutzes, Der Schweizer Treuhänder 2002 S. 508 f.; MAROLDA MARTINEZ, Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, 2006, S. 257 f.; vgl. auch BÖCKLI, a.a.O., § 16 Rz. 41). Für die vorliegend zu beantwortende Frage, ob das Auskunftsrecht an der Generalversammlung überhaupt ausgeübt wurde, kann hingegen nichts daraus abgeleitet werden, ebenso wenig wie aus der bereits erwähnten Rechtsprechung (siehe BGE 123 III 261 E. 3a).

4.3.3 Im Gesetz besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass in Bezug auf die Voraussetzung der vorgängigen Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts ein blosses Glaubhaftmachen genügen soll. Vielmehr sieht Art. 697b Abs. 2 OR einzig hinsichtlich der materiellen Voraussetzung einer Gesetzes- oder Statutenverletzung und einer Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre vor, dass ein Glaubhaftmachen genügt. Die Rechtfertigung für diese Erleichterung liegt namentlich im Zweck des Instituts der Sonderprüfung. Dieses dient nämlich der Verbesserung der Information der Gesuchsteller, weshalb das Gericht von ihnen nicht diejenigen Nachweise verlangen darf, die erst der Sonderprüfer erbringen soll (vgl. BGE 120 II 393 E. 4c S. 398). Die vorgängige Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts stellt demgegenüber selbstredend keinen Umstand dar, über den erst die Sonderprüfung informieren soll. Vielmehr liegt er offensichtlich in der Wissenssphäre des Gesuchstellers selbst. Mit Bezug auf diese Voraussetzung besteht somit insofern kein Grund für eine Herabsetzung des Beweismasses auf eine blosse Glaubhaftmachung. Dem entspricht es im Übrigen, dass in der Rechtsprechung auch hinsichtlich der Aktionärseigenschaft und der Höhe der Kapitalbeteiligung der Nachweis und nicht ein blosses Glaubhaftmachen verlangt wurde (vgl. Urteil 4C.412/2005 vom 23. Februar 2006 E. 3.2). Ebenso wenig sind typische Beweisschwierigkeiten oder gar eine Beweisnot ersichtlich, die eine Herabsetzung des Beweismasses

rechtfertigen könnten, weil andernfalls die Anspruchsnorm kaum durchzusetzen wäre. Dem Aktionär, der die vorgängige Ausübung des Auskunftsrechts beweisen muss, steht insoweit namentlich das Protokoll der Generalversammlung zur Verfügung, sind doch die Begehren um Auskunft und die darauf erteilten Antworten zu protokollieren (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Sollte sich die Beweisführung im Einzelfall als schwierig herausstellen, weil das Protokoll nicht ordnungsgemäss erstellt wurde und der Gesuchsteller keine Richtigstellung erreichen konnte, bedeutet dies nicht, dass die Beweisführung der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar wäre. Systematische Beweisnot besteht insofern nicht, und eine Herabsetzung des Beweismasses ist auch von daher nicht angezeigt.

4.3.4 Der Gesuchsteller hat demnach die Voraussetzung, dass vorgängig zum Gesuch um Sonderprüfung an der Generalversammlung das Auskunfts- oder Einsichtsrecht ausgeübt wurde, nicht bloss glaubhaft zu machen, sondern nachzuweisen, d.h. er muss das Gericht nach dem Regelbeweismass davon überzeugen, so dass es keine ernsthaften Zweifel mehr hat (so auch KUNZ, Zur Subsidiarität der Sonderprüfung, SJZ 92/1996 S. 5, der aus diesem Grund empfiehlt, auf einer Protokollierung zu bestehen [Fn. 75]; ausdrücklich den vollständigen Beweis verlangend REICHENBACH/BLÄSI, Gerichtliche Anordnung der Sonderprüfung als systemkonforme Durchsetzung der Selbstverwaltung der Aktiengesellschaft, in: Jahrbuch des Handelsregisters 2003, 2005, S. 110 und 112; vgl. auch GABRIELLI, Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung, 1997, S. 42, der auf die Protokollierungspflicht betreffend Auskunftsbegehren sowie Auskunftserteilung und -verweigerung hinweist, damit diese Punkte bei einem Sonderprüfungsbegehren "beweiserheblich belegt werden können").

4.4 Indem sich die Vorinstanz in Bezug auf die Voraussetzung der vorgängigen Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts mit einem blossen Glaubhaftmachen begnügte, legte sie ihrem Entscheid ein falsches Beweismass zugrunde. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist in diesem Punkt begründet, ohne dass beurteilt werden

müsste, ob die Vorinstanz auch dadurch Bundesrecht verletzte, dass sie die Sachdarstellung der Beschwerdegegner als glaubhaft erachtete.