Art. 697d Abs. 2 OR. Sonderprüfung in Konzernverhältnissen – Hält die Muttergesellschaft 100% der Aktien ihrer Tochtergesellschaft und bildet die Beteiligung an der Tochtergesellschaft mit den entsprechenden Wertschriftenbeständen das einzige wesentliche Aktivum der Muttergesellschaft, haben die verantwortlichen Organe der Muttergesellschaft der Sonderprüferin sämtliche für den Gegenstand der Sonderprüfung notwendigen Unterlagen der Tochtergesellschaft auszuhändigen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

Aus den Erwägungen:

1. Streitig ist im vorliegenden Fall einzig die Frage, ob die Beschwerdeführerin der mit der Sonderprüfung beauftragten X. AG auch Unterlagen betreffend Wertschriftentransaktionen ihrer 100%-igen Tochtergesellschaft, der A. Ltd., auszuhändigen hat.

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, bezüglich aller an die Sonderprüferin gerichteten Fragen bestehe ein Geheimhaltungsinteresse der A. Ltd. Besonders deutlich manifestiere sich dieses anhand der Frage drei, wo – nach Ansicht der Vorinstanz – sogar nach «Vertragsparteien» der A. Ltd. gefragt werden solle. Da die A. Ltd. nicht in der Schweiz domiziliert sei, sei fraglich, ob die angefochtene Verfügung überhaupt zu deren Lasten Wirkungen entfalten könne. Dies abzuklären, habe die Vorinstanz jedenfalls unterlassen. Wäre die A. Ltd. aufgrund der angefochtenen Verfügung nicht zur Herausgabe von Unterlagen oder Informationen verpflichtet oder stünden einer grundsätzlich bestehenden Herausgabepflicht im Einzelfall höhere (Geheimhaltungs-)Interessen der A. Ltd. einer Herausgabe entgegen, setzten sich ihre Organe (die Organe der Beschwerdeführerin) bei der Beschaffung und der Weiterleitung entsprechender Informationen einem Haftungsrisiko gegenüber der A. Ltd. aus. Auf der anderen Seite drohe den Organen in der Schweiz Haft oder Busse, sollten sie die Beschaffung und Weiterleitung entsprechender Informationen unterlassen. Diese Situation sei unhaltbar. Die Mangelhaftigkeit der vorinstanzlichen Verfügung beruhe auf der Annahme, sie (die Beschwerdeführerin) oder ihre Organe seien mit der A. Ltd. gleichzusetzen. Diese Auffassung sei falsch. Einerseits verfüge die A. Ltd. über eine eigene Rechtpersönlichkeit. Andererseits habe im massgeblichen Zeitpunkt keine Personalunion ihrer Organe und der Organe der A. Ltd. bestanden. Es könne nicht angehen, die Organe einer Muttergesellschaft zu verpflichten, «sämtliche» Unterlagen und Auskünfte über eine Tochtergesellschaft zuerst zu beschaffen und dann auszuhändigen; es sei vielmehr kumulativ nach Ort, Zeit und Inhalt der Informationen zu differenzieren und einzuschränken. In örtlicher Hinsicht sei die Herausgabe- und Auskunftspflicht auf das zu beschränken, was bei ihren Organen in der Schweiz vorhanden sei. In zeitlicher Hinsicht sei die Herausgabe- und Auskunftspflicht auf den massgebenden Zeitpunkt (in casu Juni 2002) zu beschränken. In inhaltlicher Hinsicht sei die Herausgabe- und Auskunftspflicht

auf das zu beschränken, was nicht durch (überwiegende) Geheimhaltungsinteressen der A. Ltd. geschützt sei.

b) Die B. AG (Mehrheitsaktionärin der Beschwerdeführerin) hält dem entgegen, die Informationsrechte der Sonderprüferin seien umfassend. Der Richter dürfe die umfassende Auskunftspflicht nur ablehnen, wenn die Auskunft für die Erfüllung des Prüfungsauftrages als nicht erheblich erscheine, nicht dagegen wegen Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft. Es liege die Vermutung nahe, dass zwischen den Organen der Beschwerdeführerin und denjenigen der A. Ltd. im für die Sonderprüfung massgebenden Zeitpunkt eine Personalunion bestanden habe. Selbst wenn wider Erwarten keine Personalunion bestanden hätte, sei mindestens von einer faktischen Organstellung auszugehen. Im vorliegenden Fall handle es sich um einen atypischen Konzern, bei welchem die Muttergesellschaft nicht nur 100% der Aktien der Tochter besitze, sondern darüber hinaus auch noch rund 93% der Wertschriftenbestände der Mutter bei der Tochter konzentriert seien. Zwischen der Muttergesellschaft und der Tochtergesellschaft bestehe faktisch nahezu Identität. Die Muttergesellschaft könne in diesem Fall von ihren Aktionären ohne Einbezug der Verhältnisse bei der Tochtergesellschaft gar nicht wirklichkeitsgetreu eingeschätzt und beurteilt werden. Beim Auskunftsrecht des Aktionärs im Konzern sei zwischen der vollständigen oder beherrschenden Beteiligung einerseits und einer Minderheitsbeteiligung andererseits zu differenzieren. Werde eine Tochtergesellschaft vollständig beherrscht, so sei bei der Auskunftspflicht mit Bezug auf die Tochtergesellschaft nicht auf die formelle Rechtslage, sondern auf die wirtschaftlichen Verhältnisse abzustellen. Die finanziellen und geschäftlichen Vorgänge der Tochter unterlägen gegenüber dem Aktionär der Mutter der gleichen aktienrechtlichen Aufschlusspflicht durch die Organe der herrschenden Gesellschaft wie sie für die Verhältnisse und Vorgänge der herrschenden Gesellschaft bestünden. Ausgehend von der herrschenden Lehre, wonach die Einsichts- und Auskunftsrechte der Sonderprüfung im Lichte des Auskunftsrechtes des Aktionärs analog auszulegen seien, ergebe sich ein Durchgriff zugunsten der Sonderprüfung selbst. Der Durchgriff führe dazu, dass die Sonderprüfung sachlich und örtlich nicht zu begrenzen sei. Das Herausgabe- und Einsichtsrecht müsse für sämtliche Unterlagen gewährt werden, auch für solche, welche sich bei der Gesellschaft selbst befänden. In zeitlicher Hinsicht seien sämtliche Akten des Jahres 2002 herauszugeben. Die Begrenzung auf einen oder mehrere Monate hiesse, das Ziel der Sonderprüfung, nämlich die umfassende Abklärung der getätigten Transaktionen, weitgehendst zu verunmöglichen.

2. a) Der Zweck der Sonderprüfung besteht darin, die Kontrolle der Aktionäre über den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung zu verbessern. «Die Aktionäre sollen besser informiert werden, damit sie von ihren Mitwirkungs- und Kontrollrechten sinnvoll Gebrauch machen können» (Casutt, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich

1991, § 3 N 10; vgl. auch Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. A., Zürich 1996, N 1850 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 35 N 8; Weber, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 2. A., Basel/Genf/München 2002, N 1 zu Art. 697a). Die Sonderprüfung dient insbesondere der Vorbereitung einer Verantwortlichkeitsklage (vgl. Casutt, a.a.O., § 3 N 13; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 35 N 9; Weber, a.a.O., N 14 zu Art. 697a).

b) Nach Böckli gibt es in der Schweiz keine Sonderprüfung dergestalt, dass die Aktionäre der Obergesellschaft direkt eine Sonderprüfung bei einer Untergesellschaft veranlassen könnten – oder gar umgekehrt. Solange es kein allgemeines Konzernrecht gebe, richte sich der Antrag der Minderheitsaktionäre notwendigerweise gegen die Gesellschaft, an der sie direkt beteiligt seien und betreffe die Ausübung der Aktionärsrechte an dieser Gesellschaft. In diesem Rahmen seien auch Begehren um Auskünfte über Beziehungen zu Untergesellschaften denkbar (a.a.O., N 1858). Gemäss Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel besteht weder ein Auskunfts- noch ein Einsichtsrecht des Sonderprüfers gegenüber Dritten. Der Sonderprüfer könne also keine Informationen von Tochtergesellschaften und ihren Organen verlangen. Wohl aber könne er allenfalls bei Organen der einer Sonderprüfung unterliegenden Muttergesellschaft Informationen über Tochtergesellschaften einholen und Einsicht in bei ihnen liegende Dokumente von Tochtergesellschaften nehmen. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel weisen sodann darauf hin, dass die Überlegungen zum Auskunftsrecht analog geltend würden, wonach, wenn eine Tochtergesellschaft vollständig beherrscht werde oder eine Beteiligung zu 100% bestehe, die finanziellen und geschäftlichen Vorgänge der abhängigen Gesellschaft der gleichen aktienrechtlichen Aufschlusspflicht durch die Organe der herrschenden Gesellschaft unterlägen (a.a.O., § 35 N 78 und FN 25). Weber führt unter Hinweis auf Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel aus, in Konzernverhältnissen müssten die Organe der betroffenen Muttergesellschaften über ihre Kenntnisse bei der Tochtergesellschaft berichten. Hingegen könne der Sonderprüfer bei fehlender Personenidentität die Organe von Untergesellschaften nicht direkt befragen (a.a.O., N 8 zu Art. 697d). Casutt hält fest, dass die Informationsrechte leicht ausgeschaltet werden könnten, wenn eine Aktiengesellschaft, bzw. die Mehrheit der Aktionäre, eine zu 100% beherrschte Tochter gründen und fortan alle Geschäfte über diese abwickeln würden und den übrigen Aktionären dort jegliche Einsicht verweigert würde. Wie das Auskunftsrecht könne sich deshalb auch die Sonderprüfung grundsätzlich auf die Tochtergesellschaften beziehen. Massstab bilde die Erforderlichkeit der Information für die Ausübung der Aktionärsrechte im Rahmen der eigenen Gesellschaft. Dies sei auch davon abhängig, wie intensiv die Tochter von der Mutter beherrscht werde. Dem Sonderprüfer komme aber kein Auskunftsrecht gegenüber den Organen der Untergesellschaft zu. Es sei ihm verwehrt, direkt bei der Tochter Nachforschungen anzustellen. Deren Organe und Arbeitnehmer usw. seien nicht zur Auskunft

verpflichtet. Die Organe der Mutter seien aber zu Auskünften über ihre Tochter verpflichtet, und das Einsichtsrecht beziehe sich, unter der Voraussetzung der Erheblichkeit, auch auf alle Unterlagen der Muttergesellschaft, die die Tochter beträfen. Diese sollten in der Regel auch genügen, um die Verhältnisse ausreichend abzuklären. Der Sonderprüfer könne auch Aufschlüsse über die Tochtergesellschaft verlangen, wenn sich diese im Ausland befinde (a.a.O., § 12 N 93 ff.). Gabrielli vertritt die Ansicht, dass der Sonderprüfer gegenüber Dritten weder ein Auskunfts- noch ein Einsichtsrecht habe. Dies gelte namentlich in Konzernverhältnissen. Der Sonderprüfer könne daher einzig bei Organen der einer Sonderprüfung unterliegenden Muttergesellschaft Informationen über die Tochter einholen und Einsicht in bei ihnen liegende Dokumente von Tochtergesellschaften nehmen (Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung, Diss. Zürich 1997, S. 126). Nach Bertschinger erstrecken sich das Auskunftsrecht und die Sonderprüfung grundsätzlich auch auf Konzernverhältnisse (Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, N 320). Horber weist schliesslich darauf hin, dass die Verhältnisse in den hundertprozentig oder mehrheitlich kontrollierten Unternehmen prinzipiell der Aufschlusspflicht durch die Organe der beherrschenden Unternehmen unterlägen, weil die herrschende Gesellschaft ohne Einbezug der Verhältnisse bei der beherrschten Gesellschaft gar nicht wirklichkeitsgetreu eingeschätzt und beurteilt werden könne (Die Informationsrechte des Aktionärs, Zürich 1995, S. 291 f.).

c) In einem in der SAG 1973, S. 49, auszugsweise publizierten Entscheid vom 28. Juni 1967 kam die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich zum Schluss, dass der Aktionär der Muttergesellschaft aufgrund des allgemeinen Auskunftsrechts nach Art. 697 OR auch das Recht auf Mitteilung der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bilanz, des Geschäfts- und Kontrollberichtes der Tochtergesellschaft habe. Bei solchen Verhältnissen sei «nicht auf die formelle Rechtslage, sondern auf die wirtschaftlichen Verhältnisse abzustellen und davon auszugehen, dass herrschende und abhängige Gesellschaft eine wirtschaftliche Einheit bilden». Somit unterlägen finanzielle Verhältnisse und geschäftliche Vorgänge der abhängigen Gesellschaft «der gleichen aktienrechtlichen Aufschlusspflicht durch die Organe der herrschenden Gesellschaft, wie sie für die Verhältnisse und Vorgänge bei der herrschenden Gesellschaft besteht». Der Handelsgerichtspräsident des Kantons St. Gallens führte in einem Entscheid vom 10. Dezember 2001 aus, dass, wenn eine Holdinggesellschaft hundert Prozent der Aktien der Tochtergesellschaften hält und diese gleichzeitig die einzigen wesentlichen Aktiven der Holding bilden, sich eine Sonderprüfung auch mit den Beziehungen der Holding zu ihren Tochterunternehmungen zu befassen hat. Bei solchen Verhältnissen «liegt es auf der Hand, dass sich die beantragte Sondeprüfung bei der [Muttergesellschaft] in erheblichem und massgeblichen Umfange mit den Beziehungen der [Muttergesellschaft] zu ihren Tochterunternehmungen

zu befassen hat...». Der Sonderprüfer hat sich bei seiner Untersuchung «primär an die Geschäftsunterlagen der [Muttergesellschaft] zu halten. Er hat aber auch die Kompetenz, Unterlagen von den Tochtergesellschaften anzufordern, soweit solche bei der [Muttergesellschaft] nicht vorhanden sind und soweit es für die Abklärung der Beziehungen zwischen Mutter- und Tochterfirma erforderlich erscheint» (SGGVP 2001 Nr. 44, S. 138 ff.). Eine von der Muttergesellschaft dagegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde wurde von der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts mit Urteil vom 25. November 2002 abgewiesen (BGE 129 III 301 ff. [auszugsweise] bzw. BGE-Urteil Nr. 4P.141/2002).

d) Im vorliegenden Fall hält die Beschwerdeführerin 100% der Aktien ihrer Tochtergesellschaft, der A. Ltd. Per 31. Dezember 2001 verfügte sie über ein Vermögen von total Fr. 67'299'389.–, wovon ein Anteil von Fr. 62'416'000.– (rund 93%) als Beteiligung an der Tochtergesellschaft bilanziert war. Die Beteiligung an der A. Ltd. mit den entsprechenden Wertschriftenbeständen bildet somit das einzige wesentliche Aktivum der Beschwerdeführerin. Offenbar wurden sämtliche zu prüfenden Wertschriftentransaktionen in der Tochtergesellschaft A. Ltd. abgewickelt und verbucht. Will sich daher die Sonderprüferin – wie im Fragenkatalog verlangt – ein Bild von den Cash Positionen, der Anlagepolitik, den getätigten Transaktionen und der Werthaltigkeit der erworbenen Private-Equitiy Beteiligungen machen, hat sie sich notwendigerweise mit den Beziehungen der Beschwerdeführerin zur A. Ltd. zu befassen. Nur so kann sie die massgeblichen finanziellen Verhältnisse umfassend prüfen und ihren Auftrag als Sonderprüferin pflichtgemäss erfüllen. Zu diesem Zweck sind der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung der Beschwerdeführerin gehalten, der Sonderprüferin sämtliche Geschäftsunterlagen der Beschwerdeführerin, welche die Beteiligung der Beschwerdeführerin an der A. Ltd. betreffen, herauszugeben, soweit diese erheblich sind. In zeitlicher Hinsicht ist die Prüfung auf das Geschäftsjahr 2002, d.h. auf die Periode vom 1. Januar 2002 bis zum 31. Dezember 2002, zu beschränken.

e) Nicht einzusehen ist nun aber, weshalb dieses Auskunfts- und Einsichtsrecht in örtlicher, zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht einzuschränken ist, wie dies die Beschwerdeführerin verlangt. Wie bereits erwähnt, hat sich die Sonderprüferin notwendigerweise mit den Beziehungen der Beschwerdeführerin zur A. Ltd. zu befassen, wenn sie sich – wie im Fragenkatalog verlangt – ein Bild von den Cash Positionen, der Anlagepolitik, den getätigten Transaktionen und der Werthaltigkeit der erworbenen Private-Equitiy Beteiligungen machen will. Die Sonderprüferin benötigt daher einen umfassenden Einblick in die Akten, weshalb sie, falls die Unterlagen der Beschwerdeführerin nicht ausreichen bzw. bei ihr nicht vorhanden sind, diese anhalten darf, die entsprechenden Unterlagen bei der A. Ltd. anzufordern. Entsprechend ist das Herausgabe- und Auskunftsrecht – entgegen dem Antrag der Beschwerdeführerin – in örtlicher Hinsicht nicht auf das zu beschränken, was bei den Organen der Beschwerdeführerin in der Schweiz vor-

handen ist. Auch in zeitlicher Hinsicht drängt sich keine Einschränkung auf. Wie aus dem an die Sonderprüferin gerichteten Fragenkatalog klar hervor geht, erstreckt sich die Prüfung auf das ganze Geschäftsjahr 2002 («während der Periode 1.1.2002 bis dato»). Die Formulierung «während der Periode 1.1.2002 bis dato» wurde von der Beschwerdeführerin in ihrem Gesuch vom 10. Dezember 2002 selber so gewählt und vom Kantonsgerichtspräsidium in der Verfügung vom 24. Januar 2003 unverändert übernommen. Es besteht daher kein Grund, die Prüfung auf den Monat Juni 2002 zu beschränken, wie dies die Beschwerdeführerin verlangt. In inhaltlicher Hinsicht wurde bereits darauf hingewiesen, dass sich die Herausgabe- und Auskunftspflicht auf diejenigen Angaben und Unterlagen beschränkt, welche für die Abklärung der Gegenstand der Sonderprüfung bildenden Beziehungen zwischen der Beschwerdeführerin und der A. Ltd. erforderlich sind. Diesbezüglich besteht kein Geheimhaltungsinteresse der Beschwerdeführerin. Die Vorinstanz hat daher zu Recht die verantwortlichen Organe der Beschwerdeführerin verpflichtet, der Sonderprüferin sämtliche für den Gegenstand der Sonderprüfung notwendigen Unterlagen der A. Ltd. auszuhändigen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Dementsprechend ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Justizkommission, 6. Oktober 2003