

Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigersamtheit entwickelt und diese seither mehrfach bestätigt hat).

4.3.2 Das vorliegende Verfahren wurde von der damals noch aufrecht stehenden Gesellschaft anhängig gemacht. Mit der Eröffnung des Konkurses über diese wurde ihr Anspruch durch denjenigen der Gesamtheit der Gläubiger abgelöst. Nachdem die Konkurseröffnung nach Fällung des erstinstanzlichen Urteils und Einreichung der Berufung durch die damalige Klägerin erfolgte, ist sie in Anwendung von § 205 Abs. 1 ZPO als sogenannt echtes Novum im Berufungsverfahren zu berücksichtigen. Dies führt dazu, dass die eben unter Ziff. 4.3.1 beschriebenen Rechtsfolgen des Konkurses der Gesellschaft ihre Wirkung auch hinsichtlich des vorliegend zu beurteilenden Sachverhaltes entfalten. Die Auffassung der Klägerinnen, dass die Beklagten nunmehr mit ihren Einreden, die sich gegen die Gesellschaft richten, d.h. mit jener der Einwilligung der Gesellschaft in die schädigende Handlung sowie jener der Décharge durch die Generalversammlung, ausgeschlossen sind, erweist sich demnach als zutreffend. (...)

Obergericht, I. Zivilabteilung, 8. März 2011

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 20. September 2011 ab (4A_231/2011)

Art. 697a und 697b OR – Eine Sonderprüfung ist nur zulässig, wenn erstens ein Aktionär in der Generalversammlung einen entsprechenden Antrag stellt und die Generalversammlung zweitens über diesen Antrag abstimmt. Anderes gilt nur dann, wenn der Verwaltungsrat oder die GV eine Abstimmung über den Sonderprüfungsantrag verweigern, zumal der Aktionär einen Anspruch auf Durchführung einer Abstimmung hat.

Aus den Erwägungen:

(...)

4.1.1 Jeder Aktionär kann der Generalversammlung (GV) beantragen, bestimmte Sachverhalte durch eine Sonderprüfung abklären zu lassen, sofern dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und er das Recht auf Auskunft oder Einsicht bereits ausgeübt hat (Art. 697a Abs. 1 OR). Entspricht die GV dem Antrag nicht, so können Aktionäre, die zusammen mindestens 10 % des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von 2 Millionen Franken vertreten, innert dreier Monate

den Richter ersuchen, einen Sonderprüfer einzusetzen (Art. 697b Abs. 1 OR). Die Gesuchsteller haben Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers, wenn sie glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (Art. 697b Abs. 2 OR).

4.1.2 Dreh- und Angelpunkt jeder Sonderprüfung ist ein entsprechender Antrag in der GV der AG. Ein solcher Antrag, der ohne Traktandierung an jeder GV möglich ist, muss aber nicht bloss gestellt werden, sondern die GV hat zusätzlich darüber abzustimmen, weil erst dadurch entschieden wird, ob die GV dem Anliegen «entspricht» oder eben «nicht entspricht» (vgl. den Wortlaut der Art. 697a Abs. 2 u. 697b Abs. 1 OR). Die konkrete Beschlussfassung – sei diese positiv oder negativ – führt in der Folge zu unterschiedlichen Sonderprüfungsverfahren bzw. zu einer eigentlichen Verfahrensspaltung. Deshalb ist eine Sonderprüfung nur zulässig, wenn erstens ein Aktionär in der GV einen entsprechenden Antrag stellt und die GV zweitens über diesen Antrag abstimmt. Dass diese beiden Voraussetzungen erfüllt sind, liegt grundsätzlich im Verantwortlichkeitsbereich des Aktionärs. Er hat m.a.W. eine sog. Abstimmungsverfolgungsobliegenheit in der GV. Dies bedeutet konkret, dass der Antrag bei Unterbleiben einer entsprechenden Abstimmung in der GV grundsätzlich nicht als abgelehnt i.S.v. Art. 697b Abs. 1 OR gilt, weshalb eine in der Folge eingereichte Sonderprüfungsklage mangels Durchführung einer Abstimmung in der GV ohne weiteres abgewiesen werden muss. Anderes soll nach den einschlägigen Lehrmeinungen nur dann gelten, wenn der Verwaltungsrat oder die GV eine Abstimmung über den Sonderprüfungsantrag verweigern, zumal der Aktionär einen Anspruch auf Durchführung einer Abstimmung habe (zum Ganzen Peter V. Kunz, *Der Minderheitenschutz im Schweizerischen Aktienrecht*, Bern 2001, S. 850 f.; auch Rolf H. Weber, *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, 3. Aufl., Basel 2008, Art. 697a N 29 ff.; Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 2263 ff.).

4.2 Im vorliegenden Fall verlangte der Gesuchsteller mit Schreiben vom 15. April 2011 von A.B., welcher bei beiden Gesuchsgegnerinnen einziger Verwaltungsrat ist, die Einberufung ausserordentlicher Generalversammlungen der beiden Gesellschaften. Nachdem er keine Reaktion auf dieses Schreiben erhalten hatte, wiederholte der Gesuchsteller sein Begehren gegenüber A.B. in einem weiteren Schreiben vom 29. April 2011. In keinem der beiden Schreiben vom April 2011 stellte er allerdings zuhanden der Generalversammlungen der Gesuchsgegnerinnen Anträge auf Sonderprüfung. Des weiteren verzichtete er darauf, seine – seitens des Verwaltungsrats der Gesuchsgegnerinnen unerfüllt gebliebenen – Forderungen nach Einberufung ausserordentlicher Generalversammlungen gerichtlich durchzusetzen, obschon ihm dies in Anbetracht seiner behaupteten Beteiligungen

von 10% am jeweiligen Aktienkapital der Gesuchsgegnerinnen gestützt auf Art. 699 Abs. 4 OR durchaus möglich gewesen wäre. Dementsprechend fanden nach Angaben des Gesuchstellers in den letzten drei Monaten vor der Einreichung der beiden Gesuche auch keine Generalversammlungen der Gesuchsgegnerinnen statt, anlässlich derer er Anträge auf Durchführung von Sonderprüfungen gestellt hätte, welche die Generalversammlungen der Gesuchsgegnerinnen abgelehnt hätten. Hat der Gesuchsteller aber nach seinen eigenen Angaben weder gegenüber dem jeweiligen Verwaltungsrat (zuhanden der GV) noch in einer GV Anträge auf Durchführung von Sonderprüfungen bei den Gesuchsgegnerinnen gestellt, ist er seiner – sich aus dem klaren Gesetzeswortlaut ergebenden – Abstimmungsverfolgsobliegenheit offenkundig nicht nachgekommen. Seine gegenteilige Auffassung, wonach bereits die (sinngemässe) Weigerung des Verwaltungsrats der Gesuchsgegnerinnen, ausserordentliche Generalversammlungen einzuberufen, als Ablehnung seiner Anträge auf Durchführung von Sonderprüfungen zu qualifizieren sei, übergeht offenkundig den Unterschied zwischen dem Anspruch auf Einberufung einer GV gemäss Art. 699 Abs. 3 OR und dem Antragsrecht betreffend Sonderprüfung nach Art. 697a Abs. 1 OR. Die Nichterfüllung des vom Gesuchsteller mit den beiden Schreiben vom April 2011 geltend gemachten Anspruchs auf Einberufung einer ausserordentlichen GV durch den Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerinnen, kann nicht ernsthaft mit einer Weigerung des Verwaltungsrats oder der Generalversammlungen selbst gleichgesetzt werden, eine Abstimmung über einen Antrag auf Sonderprüfung durchzuführen. Dies ergibt sich gerade in casu schon daraus, dass der Gesuchsteller gemäss seinen eigenen Angaben bzw. den von ihm selbst eingereichten Unterlagen bis anhin noch gar keinen entsprechenden Antrag stellte. Seine Argumentation widerspricht insofern bereits den Gesetzen der Logik. Das Gesagte gilt im Übrigen aber generell, zumal die direkte Einsetzung eines Sonderprüfers durch den Richter der gesetzlichen Ordnung klar widersprechen würde (vgl. Peter Böckli, a.a.O., S. 2263). Die Auffassung des Gesuchstellers findet in der seinerseits zitierten Lehre denn auch keinerlei Stütze (vgl. dazu die Literaturhinweise vorne in Erwägung 4.1.2). Den beiden Gesuchen kann schon unter diesem Aspekt kein Erfolg beschieden sein. (...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 21. Juli 2011

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 10. Februar 2012 ab (4A_554/2011)