

terlassene Anmeldung der erwähnten Gebühr im öffentlichen Inventar bewirkt keine Befreiung der Erben.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. August 2014 F 2014 24

II. Zivilrecht

1. Aktienrecht

1.1 Art. 697b OR

Regeste:

Art. 697b – Die gerichtliche Anordnung einer Sonderprüfung setzt unter anderem voraus, dass diese dem Aktionär weitere Kenntnisse verschaffen könnte, welche ihm die Ausübung seiner Aktionärsrechte oder die Beurteilung von Prozesschancen erst möglich machen würden. Dies ist vom gesuchstellenden Aktionär glaubhaft zu machen. Zu einem bereits bekannten Sachverhalt bedarf es keiner Einsetzung eines Sonderprüfers.

Aus dem Sachverhalt:

A. ist Aktionär der Z. Holding AG und war vom 28. Mai 2008 bis 16. Dezember 2013 Mitglied des Verwaltungsrates, wobei ihm von Oktober 2008 bis April 2010 das Präsidium oblag. Zudem war er von August 2008 bis November 2013 Mitglied bzw. von Januar 2009 bis März 2011 Präsident des Verwaltungsrates der – von der Z. Holding AG beherrschten – ZB AG. Nachdem B. Mitte Juli 2013 als Verwaltungsratspräsident der ZB AG zurückgetreten ist, war A. bis zu seinem Austritt im November 2013 alleiniger Verwaltungsrat der ZB AG. Am 4. November 2013 beauftragte er – als einziger Verwaltungsrat der ZB AG – die R. AG mit einer stichprobenweisen Überprüfung, ob die von B. veranlassten Mittelabflüsse geschäftsmässig begründet sind. Mit Schreiben vom 22. November 2013 wurde A. aufgefordert, alle Handlungen und Geschäftstätigkeiten für und namens der ZB AG einzustellen. An der ausserordentlichen Generalversammlung vom 16. Dezember 2013 wurde A. aus dem Verwaltungsrat der Z. Holding AG abberufen. Dieser stellte darauf dem Verwaltungsratspräsidenten diverse Fragen, u.a. in Bezug auf Mittelabflüsse zugunsten von B. und der D. GmbH. Nachdem der Verwaltungsratspräsident nicht sämtliche Fragen beantwortet hatte, beantragte A. die Einsetzung eines Sonderprüfers. Dieser Antrag wurde von der Generalversammlung abgelehnt. Darauf gelangte A. an das Obergericht und beantragt die gerichtliche Einsetzung eines Sonderprüfers bei der Z. Holding AG.

Aus den Erwägungen:

(...)

4. Im Folgenden ist demnach zu prüfen, ob auch die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, nämlich ob die verlangte Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte des Gesuchstellers erforderlich ist (Art. 697a Abs. 1 OR) und vom Gesuchsteller glaubhaft gemacht worden ist, dass Organe der Gesuchsgegnerin Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (Art. 697b Abs. 2 OR). Das Erforderlichkeitskriterium ist sodann nur erfüllt, wenn das bei jeder Klage vorausgesetzte aktuelle Rechtsschutzinteresse vorliegt; die Sonderprüfung ist mithin nur zuzulassen, wenn die Aktionäre bei vernünftiger Betrachtung Anlass haben konnten, an der Vollständigkeit oder an der Richtigkeit der vom Verwaltungsrat erteilten Auskünfte bzw. an der Rechtfertigung der allfälligen Auskunftsverweigerung zu zweifeln (BGE 123 III 261 E. 3a S. 266; Weber, Basler Kommentar, OR II, 4. A., Basel 2012, Art. 697a N 25; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, S. 2267 f. N 42).

(...)

4.2 Die Sonderprüfung ist – wie das Auskunfts- und Einsichtsrecht der Aktionäre (Art. 697 OR) – ein Mittel, das den Aktionären Zugang zu Informationen über Angelegenheiten der Gesellschaft verschaffen soll, damit diese ihre Kontrollrechte über den Geschäftsgang ausüben können. Mit diesem Mittel der Informationsbeschaffung soll den Aktionären ermöglicht werden, in hinreichender Kenntnis der Sachlage darüber zu entscheiden, ob und wie sie von ihren Aktionärsrechten Gebrauch machen wollen (vgl. Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, S. 402 N 8; Casutt, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1991, S. 21 Rz. 13). Ziel der Sonderprüfung ist es, die Aktionäre in die Lage zu versetzen, einen gesellschaftsinternen Vorgang korrekt beurteilen zu können; der Sonderprüfungsbericht soll für den Aktionär Grundlage für allfällige Entscheide über die Rechtsausübung (z. B. Verantwortlichkeitsklage, Rückerstattungsklage) bilden. Das Begehren um Sonderprüfung setzt somit – wie bereits erwähnt – ein aktuelles Rechtsschutzinteresse des Gesuchstellers voraus. An der Erforderlichkeit einer Sonderprüfung fehlt es insbesondere, wenn die Sachverhalte, die abgeklärt werden sollen, tatsächlich nicht mehr im Dunkeln liegen (Bühler, Informationspflichten des Unternehmers im Gesellschafts- und Börsenrecht, Bern/Stuttgart/Wien 2003, S. 75). Es besteht kein hinreichendes Rechtsschutzinteresse, mit einer Sonderprüfung Fragen abklären zu lassen, die bereits geklärt sind. Es wäre sinnlos, eine Sonderprüfung durchzuführen, die den Aktionären keine neuen Perspektiven eröffnen kann (BGE 123 III 261 mit Hinweis auf Casutt, a.a.O., S. 41 Rz. 12).

Das Vorliegen der Voraussetzungen einer Sonderprüfung ist glaubhaft zu machen. Dabei ist zu berücksichtigen, 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. Das Gericht darf weder blossе 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. Dasselbe 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 (BGE 120 II 393 E. 4c S. 397 f.).

4.3.1 Der Gesuchsteller verlangt eine Sonderprüfung zur Abklärung von Mittelabflüssen zulasten der Gesuchsgegnerin sowie der von ihr beherrschten ZB AG und ZB GmbH in den Jahren 2012 und 2013 zugunsten der Familie B. und der D. GmbH. Von Mai 2008 bis zu seiner Abberufung am 16. Dezember 2013 war der Gesuchsteller Mitglied des Verwaltungsrates der Gesuchsgegnerin, zeitweise auch Verwaltungsratspräsident. Zudem gehörte er von August 2008 bis November 2013 dem Verwaltungsrat der ZB AG an, welchem er von Januar 2009 bis März 2011 als Präsident vorstand. Dem Verwaltungsrat obliegt u.a. die Finanzkontrolle sowie die Oberaufsicht über die Geschäftsführung, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen (Art. 716a OR). Zur Wahrnehmung dieser unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben hat jedes Mitglied ein Auskunftsrecht über alle Angelegenheiten der Gesellschaft (Art. 715a OR). Der Verwaltungsrat muss sich um seine umfassende Information kümmern (Böckli, a.a.O., S. 1605 N 167). Das Informationsrecht eines Mitglieds des Verwaltungsrates einer Obergesellschaft im Konzern bezieht sich grundsätzlich auch auf relevante Tatsachen in den Untergesellschaften (vgl. Böckli, a.a.O., S. 1609 N 182), hier somit auch auf die ZB GmbH. Zwar setzt die Sonderprüfung nicht voraus, dass ein Aktionär, der selbst dem Verwaltungsrat angehört, das ihm in dieser Funktion zustehende umfassende Recht auf Auskunft und Einsicht gemäss Art. 715a OR vorgängig ausgeübt hat (BGE 133 III 133 E. 3.3 S. 138). Zur Erlangung der betreffenden Informationen war dies hier ohnehin gar nicht nötig. Denn in der Zeit von Mitte Juli 2013 bis zu seinem Austritt im November 2013 war der Gesuchsteller sogar alleiniger Verwaltungsrat der ZB AG und fungierte als deren Geschäftsführer. Somit war er allein für die Geschäfte sowie für die Finanzkontrolle verantwortlich, weshalb ihm uneingeschränkt sämtliche Unterlagen der Gesellschaft vorlagen, ohne überhaupt ein entsprechendes Auskunftsbegehren im Sinne von Art. 715a OR stellen zu müssen. Verfügt der Aktionär, welcher mittels Sonderprüfung bestimmte Abklärungen verlangt, aus seiner bisherigen Tätigkeit als Verwaltungsrat bereits über die entsprechenden Informationen, vermag ihm die ver-

langte Sonderprüfung keine neuen Perspektiven zu eröffnen; es besteht mithin kein schutzwürdiges Interesse an der Sonderprüfung.

4.3.2 Dass der Gesuchsteller tatsächlich stark in die finanziellen Belange der Gesuchsgegnerin und der ZB AG involviert war, zeigt sich unter anderem daran, dass er die Vollständigkeitserklärung sowie die Jahresrechnungen 2010 und 2011 der beiden Gesellschaften unterzeichnet hat. Er verfügte in Bezug auf die Bankkonti über eine Zeichnungsberechtigung und war Ansprechperson der Bank. Weiter hatte er die Kompetenz, für die Bankkonti der Gesuchsgegnerin und der ZB AG Zeichnungs- und Zugriffsberechtigungen zu erteilen. Aus dem eingereichten Login-Protokoll für den Zeitraum April 2012 bis November 2013 ist ersichtlich, dass der Gesuchsteller stets Zugang zum Geschäftskonto bei der (...) hatte und diesen rege nutzte. Sein Einwand, wonach das Login-Protokoll auch Zugriffe auf sein Privatkonto bei der (...) zeigen soll, ist nicht glaubhaft. Der Gesuchsgegnerin ist beizupflichten, dass ihr die Bank aufgrund des Bankgeheimnisses kaum Daten betreffend das Privatkonto des Gesuchstellers ausgehändigt hat. So oder anders hatte der Gesuchsteller jedenfalls unbestritten Zugang zu den Konti der ZB AG. Es mag zutreffen, dass durch Zugriff auf das Internetbanking nicht in jedem Fall ohne Weiteres erkannt werden kann, aus welchem Grund eine Zahlung erfolgt ist. Immerhin lässt sich aber entnehmen, an wen und in welcher Höhe eine Zahlung ausgerichtet wurde (z. B. Kreditkarteninstitut, Fluggesellschaft, usw.), woraus Rückschlüsse auf den Zahlungsgrund gemacht werden können, zumal dem Gesuchsteller weitere Informationen zur Verfügung standen und er als Verwaltungsrat in die Geschäftstätigkeit involviert war.

Die Gesuchsgegnerin vermochte auch aufzuzeigen, dass der Gesuchsteller Einblick in die finanziellen Belange der ZB GmbH, Tochtergesellschaft der ZB AG, hatte und ihm Kontroll- und Entscheidungskompetenzen zukamen. So oblag ihm die Freigabe von Zahlungen der ZB GmbH. Weiter war er in die Budgetplanung der ZB GmbH für das Jahr 2013 involviert. Sodann wurde ihm der provisorische Abschluss per 30. Juni 2013 der ZB AG und ZB GmbH übermittelt. Der Gesuchsteller konnte als Ökonom ohne Weiteres erkennen, dass die budgetierten Reisekosten/Spesen von CHF 24'000.– schon in der ersten Hälfte des Geschäftsjahres 2013 mit CHF 115'169.39 bei Weitem überschritten wurden. Die Höhe der von B verursachten Auslagen konnte der Gesuchsteller unter anderem den Kreditkartenabrechnungen entnehmen, welche auch an ihn weitergeleitet wurden.

4.3.3 Aufgrund der hiervor dargelegten Gegebenheiten ist davon auszugehen, dass der Gesuchsteller Einblick in die finanziellen Belange der Gesuchsgegnerin wie auch der ZB AG und ZB GmbH hatte. Insbesondere hatte er auch Kenntnis von den hohen Auslagen für Reisen und mithin von den durch B. – vor dem Zerwürfnis ein enger Freund des Gesuchstellers – generierten Aufwendungen. Er konnte denn auch der R. AG zur Durchführung der Überprüfung der Mittelabflüsse umfangreiche Unterlagen zur Verfügung stellen, unter anderem Kreditkartenabrechnungen, aus welchen die

Bezüge von B. ersichtlich waren. Wenn er in diesem Zusammenhang geltend macht, die R AG habe die Unterlagen nur zum Teil von ihm, im Übrigen aber direkt von der Revisionsgesellschaft erhalten, ändert das letztlich nichts. Der Gesuchsteller hatte jedenfalls auch Kenntnis von der Reisetätigkeit von B. in den Jahren 2012 und 2013. Diverse Reisen buchte der Gesuchsteller sogar selber und nahm daran teil.

4.3.4 Im Übrigen bestätigt der vom Gesuchsteller veranlasste Bericht der R. AG vom 18. November 2013 seinen Verdacht, dass BI private Auslagen von der ZB AG bezahlen liess. Zwar wird darin der Vorbehalt angebracht, dass aufgrund fehlender Rechnungsbelege nicht abschliessend beurteilt werden könne, ob die Mittelabflüsse geschäftsmässig begründet waren oder nicht. Indes kann diese Abklärung durch eine Sonderprüfung nicht nachgeholt werden. Denn eine solche dient nicht der Beurteilung, inwiefern die von der Gesellschaft getragenen Auslagen von B. geschäftsbedingt waren sowie ob und wie diese zu der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft im Verhältnis standen. Die Sonderprüfung ist darauf ausgerichtet, konkrete Tatsachen zu ermitteln. Sie darf nicht auf eine rechtliche Beurteilung, ein Werturteil oder auf eine Prüfung der Opportunität abzielen (BGE 138 III 252 E. 3.1 S. 257; vgl. Weber, Basler Kommentar OR II, 4 A., 2012, Art. 697a N 17). Gemäss den Erwägungen hiervor müsste dem Gesuchsteller diese Beurteilung als langjähriges Mitglied des Verwaltungsrates der Gesuchsgegnerin sowie der ZB AG und als Ökonom ohnehin selber möglich sein. Aus seinen Ausführungen, wonach er B. in freundschaftlicher Weise auf den Weg der kaufmännischen Vernunft zu führen versucht habe, erhellt denn auch, dass er die von B. verursachten Auslagen als unverhältnismässig einschätzte. Diese Auffassung teilt die R. AG und hält in ihrem Bericht fest, dass die Reisekosten angesichts der angespannten Vermögenslage der ZB AG besonders hoch erscheinen.

4.4 Nach dem Gesagten ist zusammenfassend nicht glaubhaft, dass die beantragte Sonderprüfung dem Gesuchsteller überhaupt neue Perspektiven zu eröffnen vermag. Er hatte – als Mitglied des Verwaltungsrates bzw. als Verwaltungsratspräsident – Einsicht in die relevanten Gesellschaftsunterlagen. Überdies wurde sein gehegter Verdacht in Bezug auf die von Familie B verursachten Auslagen bereits mit dem Bericht der R. AG vom 18. November 2013 weitgehend bestätigt. Der Gesuchsteller vermag nicht glaubhaft zu machen, dass ihm die Sonderprüfung weitere Kenntnisse verschaffen könnte, welche ihm die Ausübung seiner Aktionärsrechte oder die Beurteilung von Prozesschancen erst möglich machen würden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 5.1). Zu einem Sachverhalt, den der Gesuchsteller bereits kennt, bedarf es keiner Einsetzung eines Sonderprüfers (Urteil des Bundesgerichts 4A_359/2007 vom 26. November 2007 E. 3.1; vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., S. 405 RN 30). Der Ansicht des Gesuchstellers, wonach nicht relevant sei, welche Informationen er als Verwaltungsrat gehabt habe, da mit der Sonderprüfung gefestigtes und beweisverwertbares Wissen beschafft werden soll, kann nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Die Sonderprüfung ist wie

das Auskunfts- und das Einsichtsrecht der Aktionäre ein Mittel, das den Aktionären Zugang zu Informationen über Angelegenheiten der Gesellschaft verschaffen soll. Sie soll dem Informationsdefizit abhelfen, das dadurch entsteht, dass die Minderheitsaktionäre kaum Möglichkeiten haben, an Interna der Gesellschaft heranzukommen (BGE 123 III 261 E. 2 S. 263 f.; BGE 133 III 133 E. 3.3 S. 137). Dem Aktionär eröffnen sich verbesserte Prozesschancen, indem die Untersuchungsergebnisse des Sonderprüfungsverfahrens für die Substanziierung eines eventuellen Klagebegehrens verwendet werden können (Horber, Die Informationsrechte des Aktionärs, Zürich 1995, Rz. 1076). Die Sonderprüfung dient indes nicht dazu, prozessual verwertbare Beweismittel im Hinblick auf ein Gerichtsverfahren zu beschaffen, zumal die Offenlegung ohnehin nicht direkt gegenüber dem antragsstellenden Aktionär, sondern dem Sonderprüfer gegenüber erfolgt (vgl. Horber, a.a.O., Rz. 1080). Zur Erlangung von Beweisen stehen der klagenden Partei andere Rechtsinstitute zu Verfügung, insbesondere die vorsorgliche Beweisabnahme (Art. 158 ZPO; BGE 138 III 76 E. 2.4.2 S. 81). Im Rahmen eines bereits hängigen Verfahrens können zudem entsprechende Beweisanträge gestellt werden.

Auf das Gesuch ist mithin mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 22. Oktober 2014

1.2 Art. 731b OR

Regeste:

Art. 731b Abs. 1 OR – Bei einem Organisationsmangel kann der Richter der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen deren der rechtmässige Zustand herzustellen ist (Ziff. 1), das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen (Ziff. 2) oder die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (Ziff. 3). Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip soll das Gericht die drastische Massnahme der Auflösung gemäss Ziff. 3 erst anordnen, wenn die mildereren Massnahmen gemäss Ziff. 1 und 2 nicht genügen oder erfolglos geblieben sind.

Aus den Erwägungen:

1. Die Gesuchsgegnerin bestreitet zu Recht nicht, dass der vom Handelsregisteramt monierte Organisationsmangel bestanden und sie diesen während des vorinstanzlichen Verfahrens nicht behoben hatte. Sie behauptet nun aber, im Laufe des vorliegenden Berufungsverfahrens eine neue Revisionsstelle gewählt und beim Handelsregister des Kantons Zug zur Eintragung angemeldet zu haben. Indes hat sie dafür bis heute keinen genügenden Beweis vorgelegt. Sie hat zwar – nach Ablauf der ihr hierfür angesetzten Frist – eine Kopie der Anmeldung für das Handelsregisteramt des Kantons Zug vom 15. September 2014 eingereicht. Dieser kann allerdings le-