

Garantieerklärung des Beklagten vorschreiben würde, ist nicht ersichtlich. Auch eine Übung wurde durch die Klägerin nicht nachgewiesen. Ob der Beklagte und seine Mutter in ihren Willensäusserungen allenfalls stillschweigend ein direktes Forderungsrecht vereinbart hatten, kann vorliegend offen bleiben, da der Vertragszweck dieses ohne jeden Zweifel verlangt. Zweck des vorliegenden Vertrages ist in erster Linie, die Voraussetzungen der Visumserteilung für die Mutter des Beklagten zu erfüllen. Ohne die Garantieerklärung bzw. den darin enthaltenen Vertrag zu Gunsten Dritter hätte die Mutter des Beklagten kein Visum erhalten und nicht einreisen können. Die Voraussetzungen für die Visumserteilung sind aber nur dann erfüllt, wenn die Verpflichtung des Garanten in der Schweiz auch durch die Gläubiger selbst durchgesetzt werden kann. Offensichtlich hätte vorliegend die Mutter des Beklagten als Gläubigerin des Vertrags kein Interesse daran, die Leistung an die Klägerin von ihrem Sohn zu verlangen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass zwischen dem Beklagten und seiner Mutter ein echter Vertrag zu Gunsten Dritter abgeschlossen wurde, worin der Beklagte sich verpflichtete, für alle Kosten des Aufenthaltes seiner Mutter, insbesondere auch für Krankheitskosten aufzukommen, soweit diese nicht bereits durch die Mutter oder anderweitig bezahlt worden sind. Da die Höhe der Forderung nicht bestritten wurde, ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den eingeklagten Betrag zu bezahlen.

(Kantonsgericht, 1. März 2000, i.S. K./M.)

*Art. 697a ff. OR. – Formelle und materielle Voraussetzungen für die Anordnung einer Sonderprüfung. Es obliegt dem Gesuchsteller, den Zusammenhang zwischen dem von ihm anvisierten Aktionärsrecht und dem Thema der beantragten Untersuchung glaubhaft zu machen. Ferner hat der Gesuchsteller die konkreten Gesetzes- oder Statutenverletzungen substantiiert darzulegen.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Das Institut der Sonderprüfung gemäss Art. 697a ff. OR ist bei der Aktienrechtsrevision von 1991 mit dem Ziel eingeführt worden, die Informationslage der Aktionäre zu verbessern (BGE 123 III 261 ff. E. 2a; 120 II 393 ff. E. 4). Die Anordnung einer Sonderprüfung fällt im Kanton Zug in die Zuständigkeit des Einzelrichters im summarischen Verfahren (§ 135 Abs. 2 Ziff. 48bis ZPO). Die Gesuchsgegnerin hat ihren Sitz im Kanton Zug. Das Kantonsgerichtspräsidium Zug ist daher für die Beurteilung des vorliegenden Gesuchs zuständig, was von den Parteien nicht bestritten wird.

2. Jeder Aktionär kann der 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 Fr. 2 Mio. vertreten, innert drei Monaten den Richter ersuchen, einen Sonderprüfer einzusetzen (Art. 697b Abs. 1 OR).

3. Im vorliegenden Fall ist aktenkundig, dass an der ordentlichen GV der Gesuchsgegnerin vom 20. Januar 2000 von einem Aktionär die Durchführung einer Sonderprüfung beantragt worden ist, nachdem dieser das Recht auf Auskunft ausgeübt hatte. Ferner ist erstellt, dass das Gesuch um Auskunft oder Einsicht im Wesentlichen zum gleichen Gegenstand, auf den das vorliegende Gesuch um Sonderprüfung abzielt, gestellt wurde (vgl. BGE 123 III 261 ff. E. 3a; Böckli, a.a.O., N 1866). Der Gesuchsteller 1 verlangte nämlich mit eingeschriebenem Brief vom 10. Januar 2000 sowohl Auskunft als auch vorsorglich eine Sonderprüfung gemäss Art. 697b OR über die Umbuchungen, welche gegenüber der GV vom 25. Mai 1999 getätigt wurden.

Unbestritten ist, dass die GV vom 20. Januar 2000 dem Antrag auf Sonderprüfung nicht entsprochen hat. Schliesslich steht fest, dass die Gesuchsteller zusammen mehr als 10% des Aktienkapitals der Gesuchsgegnerin vertreten und ihre Gesuche innert der gesetzlichen Frist von drei Monaten beim Kantonsgerichtspräsidium Zug eingereicht haben.

Die formellen Voraussetzungen für die Anordnung einer Sonderprüfung (Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts, ablehnender GV-Beschluss, Höhe der Kapitalbeteiligung, Klagefrist) sind somit erfüllt.

4. Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob auch die materiellen Voraussetzungen der Sonderprüfung erfüllt sind, d.h. ob einerseits von den Gesuchstellern 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) und ob andererseits die verlangte Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte der Gesuchsteller erforderlich ist (Art. 697a Abs. 1 OR).

4.1 Bei der Sonderprüfung geht es nicht um die Kritik von Ermessensentscheiden und die Zweckmässigkeit von Geschäftsentscheiden, nicht um Wertungen, Erstattung von Rechtsgutachten oder überhaupt um rechtliche Beurteilungen. Jede Sonderprüfung ist demnach zweckgerichtete Tatsachenforschung. Ferner ist die Sonderprüfung eine Untersuchung von hinreichend bestimmten Sachverhalten, was freifliegende Suchaktionen im Innenleben der Gesellschaft ausschliesst. Die Sonderprüfung dient auch nicht der Abklärung undefinierter Rechtswidrigkeiten oder gar blosser Unzulänglichkeiten, sie dient nicht der umfassenden Untersuchung der Geschäftsführung im allgemeinen oder der Geschäftspolitik und in der Regel auch nicht dazu, die Richtigkeit von Angaben der Unternehmensleitung im Geschäftsbericht überprüfen zu lassen. Die Sonderprüfung muss auf die Klärung einzelner konkreter Sachverhalte beschränkt bleiben. Die einzelnen Gegenstände müssen immer individualisiert und konkretisiert werden. Die Stossrichtung

der Prüfung muss immer übereinstimmen mit der Stossrichtung der Aktionärsrechte, denen sie dient (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. A., Zürich 1996, N 1872 und 1877; Casutt, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1991, S. 43 f. N 16 ff., S. 48 N 28 f.; Weber, in: Honsell/Vogt/Watter, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel und Frankfurt a.M. 1994, N 11, 16 f. und 23 zu Art. 697a OR).

4.2 Das Glaubhaftmachen betrifft sowohl Tat- wie Rechtsfragen. 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. 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. 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. Bei allzu grosszügiger Handhabung des Erfordernisses des Glaubhaftmachens entstände nämlich ein Widerspruch zum Regelungsgedanken des Gesetzgebers, wonach die zwangsweise Sonderprüfung nicht leichthin zuzulassen ist (BGE 120 II 393 ff. E. 4c, m.w.H.; vgl. auch Urteil der Justizkommission des Obergerichts vom 21. Januar 1994 i.S. S. gegen A. etc. = JZ 1993/121.217, S. 7, E. 3a). Bei der Beurteilung der materiellen Voraussetzungen gilt es auch, das Interesse der Gesellschaft im Auge zu behalten. Die Sonderprüfung gibt dem Aktionär mittelbar das Recht, in interne Verhältnisse der Gesellschaft einzudringen. Die Sonderprüfung stellt deshalb immer einen Eingriff in die Geheimsphäre der Gesellschaft dar, was ein gewisses Schädigungspotential in sich birgt, und dies namentlich deshalb, weil den Aktionär keine Treuepflicht und damit auch keine Geheimhaltungspflicht trifft (Casutt, a.a.O., S. 17 ff. N 3 ff.).

5. Eine erste materielle Voraussetzung für den Antrag ist, dass ein zulässiger Gegenstand einer Sonderprüfung gegeben ist und die Abklärung des Sachverhaltes auf dem ausserordentlichen Weg der Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist (Art. 697a Abs. 1 OR).

5.1 Die Sonderprüfung kann sich auf alle Gegenstände beziehen, die für die Beurteilung der wirtschaftlichen und finanziellen Lage der Gesellschaft von Bedeutung sind. Es genügt, wenn zwischen dem Sonderprüfungsbegehren und der Ausübung von Aktionärsrechten ein Zusammenhang erkennbar ist. Eine Sonderprüfung setzt aber auch ein aktuelles Rechtsschutzinteresse

der Gesuchsteller voraus. Massgebend für die thematische Begrenzung der Zulässigkeit eines Sonderprüfungsbegehrens ist 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 wortklauberschen Auslegung verschanzen und zum 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, wofür sie weiteren Aufschluss zu erhalten wünschen (BGE 123 III 261 ff. E. 3a). Selbstverständlich darf eine Sonderprüfung nicht über offenliegende, aufgeklärte Sachverhalte durchgeführt werden, da die Aktionäre bereits in der Lage wären, von ihren Rechten sinnvoll Gebrauch zu machen (Casutt, a.a.O., S. 41 N 12). Sie kann die Handlungen aller beteiligten Personen, insbesondere von Verwaltungsratsmitgliedern und Mitgliedern der Revisionsstelle, aber auch von sogenannten faktischen Organen sowie von leitenden Angestellten und Arbeitnehmern erfassen (Casutt, a.a.O., S. 53 N 39). Die Sonderprüfung kann grundsätzlich auch die Jahresrechnung betreffen (Casutt, a.a.O., S. 38 ff. N 8 ff.; s. auch BGE 123 III 261 ff. E. 3a; ZBJV 133/1997, S. 508 ff.).

Es obliegt den Gesuchstellern, den Zusammenhang zwischen dem von ihnen anvisierten Aktionärsrecht und dem Thema der beantragten Untersuchung glaubhaft zu machen. Das Aktionärsrecht, welches das Gesetz hier im Auge hat, ist vor allem die Verantwortlichkeitsklage, es kann sich aber bei gravierenden Vorfällen auch um die oppositionelle Ausübung von Mitwirkungsrechten handeln, wie zum Beispiel Antrag auf Amtseinstellung oder Abwahl einzelner Verwaltungsräte, Antrag auf Abberufung der Revisionsstelle, Verweigerung der Genehmigung der Jahresrechnung oder Entlastung der mit der Geschäftsführung betrauten Organe (Böckli, a.a.O., N 1870; Casutt, a.a.O., S. 50 ff. N 34 ff.).

5.2 Das von den Gesuchstellern anvisierte Aktionärsrecht ist offensichtlich die Verweigerung der Genehmigung der Jahresrechnung 1997. Einerseits bestreiten sie, die Jahresrechnung 1997 je anerkannt zu haben. Andererseits verzichten sie ausdrücklich auf eine Anfechtung des GV-Beschlusses vom 20. Januar 2000 betreffend die Genehmigung der Jahresrechnung 1997. Somit ist auch ihr Eventualbegehren, die Feststellung der Teil-Ungültigkeit der GV vom 20. Januar 2000 gänzlich seines Sinnes entleert. Dies führt aber dazu, dass die für die Anfechtungsklage statuierte Verwirkungsfrist von zwei Monaten (Art. 706a Abs. 1 OR) bereits abgelaufen ist. Da offensichtlich auch kein Nichtigkeitsgrund im Sinne von Art. 706b OR vorliegt, gilt die Jahresrechnung 1997 als genehmigt. Das von den Gesuchstellern anvisierte Aktionärsrecht – die Nichtgenehmigung der Jahresrechnung 1997 – verliert deshalb jede Relevanz, weshalb eine Sonderprüfung nutzlos wäre.

Ob die Gesuchsteller neben der Nichtgenehmigung der Jahresrechnung die Ausübung von weiteren Aktionärsrechten anvisiert haben, ist dem Gesuch auch bei einer wohlwollenden Auslegung nicht zu entnehmen. Insbesondere erwähnen sie in keiner Weise den Problemkreis einer Verantwortlichkeitsklage. Ihre pauschalen Vorwürfe gegen den Verwaltungsrat und die Revisionsstelle reichen dafür jedenfalls nicht aus, weshalb davon auszugehen ist, dass das von ihnen anvisierte Aktionärsrecht einzig die Nichtgenehmigung der Jahresrechnung 1997 ist.

5.3 Selbst wenn angenommen würde, es läge ein aktuelles Rechtsschutzinteresse der Gesuchsteller vor, müsste das vorliegende Gesuch abgewiesen werden.

5.3.1 In ihrem Auskunftsbegehren vom 10. Januar 2000 verlangte der Gesuchsteller 1, es seien sämtliche Umbuchungen schriftlich offen zu legen, welche gegenüber der ordentlichen GV vom 25. Mai 1999 getätigt worden seien. In diesem Zusammenhang sei aber erwähnt, dass in dem von den Gesuchstellern 1 und 2 unterzeichneten Protokoll der GV vom 25. Mai 1999 unter den vorzunehmenden Korrekturbuchungen weder die von den Gesuchstellern beanstandeten Kontokorrent-Positionen noch die Delkredere-Position aufgelistet sind. Ferner führte der Gesuchsteller 1 in seinem Auskunftsbegehren aus: «Nachdem ich keine neue Bilanz per 31. Dezember 1997 (...) gemäss Art. 696 OR erhalten habe, beantrage ich vorsorglich eine Sonderprüfung gemäss (...) Art. 697b.» Aus diesem Auskunftsbegehren durfte der Verwaltungsrat nach Treu und Glauben nicht schliessen, mit der Zusendung einer Bilanz per 31. Dezember 1997 sei er seinen Auskunftspflichten nachgekommen.

Auf der andern Seite kann sich das Gericht nicht mit rudimentären Anträgen dergestalt begnügen, es seien gewisse Positionen der Jahresrechnung abzuklären. Der Antrag der Gesuchsteller, durch die Sonderprüfung sei die Jahresrechnung 1997 abzuklären, ist jedenfalls zu wenig bestimmt. Denn eine gesamte Prüfung des Jahresabschlusses würde sich auf alle oder eine unbestimmte Anzahl von Geschäftsvorfällen beziehen (Casutt, a.a.O., S. 48 f. N 30). Die Sonderprüfung ist aber weder eine flächendeckende Ausforschung noch eine «fishing expedition» (Böckli, a.a.O., N 1872; Weber, a.a.O., N 23 zu Art. 697a OR). Konkret bemängeln die Gesuchsteller einerseits die in der Jahresrechnung unter den Passiven erscheinenden Positionen 2002 und 2003 «KK X» und «KK Y» über insgesamt Fr. 437'873.40, andererseits die Delkredere-Position 1051. Sie müssten jedoch näher darlegen, warum das Zustandekommen und die Richtigkeit der betreffenden Positionen zu Zweifeln Anlass gibt und inwiefern die betreffenden Positionen zu untersuchen sind.

5.3.2 Zudem hat die Gesuchsgegnerin mit der Einreichung von vier Rechnungen, gestellt an die Z AG für Beratung und Mithilfe bei Umsetzungsarbeiten über insgesamt Fr. 711'620.25, welche die Gesuchsteller 1 und 2 selbst

unterzeichnet haben, die Behauptungen der Gesuchsteller erschüttert und die bezweifelten Sachverhalte offen gelegt. Denn 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 wach halten und diesen dadurch vereiteln sollen (BGE 120 II 393 ff. E. 4b). Es ist davon auszugehen, dass es X, der die Z AG beraten hat, obwohl sein Name auf den Rechnungen nicht ersichtlich ist, denn auch die Gesuchsteller anerkennen, dass X für die Z AG beratend tätig war. Im Verfahren auf gerichtliche Durchführung einer Sonderprüfung ist es ausserdem durchaus zulässig, die vorprozessual verweigerten Auskünfte über den Sonderprüfungsgegenstand im Prozess nachzuschieben und so die streitige Sonderprüfung gegenstandslos werden zu lassen (AGVE 1998, S. 40 ff. E. 2b/cc; Weber, a.a.O., N 2 zu Art. 697g OR). Das allfällige Versäumnis der Gesuchsgegnerin, gewisse Unterlagen nicht herausgegeben zu haben, wurde somit nachgeholt, so dass eine Sonderprüfung den Aktionären für diesen Problemkreis keine neuen Perspektiven eröffnen könnte, weshalb das Gesuch diesbezüglich auch aus diesem Grunde abzuweisen wäre (vgl. Casutt, a.a.O., S. 41 N 12).

Der Prüfungsantrag betreffend die Delkredere-Position, die offenbar aufgelöst wurde, da man sich in einem laufenden Prozess gute Erfolgschancen verspricht, scheitert hingegen bereits daran, dass es dabei nicht um die Abklärung eines Sachverhaltes, sondern um die Zweck- oder Rechtmässigkeit einer Handlung der Unternehmensführung geht. Die Tatsache, dass eine Rückstellung von rund Fr. 200'000.- aufgelöst wurde, steht nämlich fest. Es stellt sich nur noch die Frage, ob dies zweckmässig und rechtmässig war, was nicht von einem Sonderprüfer, sondern gegebenenfalls im Rahmen eines Verantwortlichkeitsprozesses untersucht werden müsste.

6. Wie in der Folge aufzuzeigen ist, müsste das vorliegende Gesuch auch noch aus einem weiteren Grund abgewiesen werden.

6.1 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). Der Vorgang, über den sich die Minderheitsaktionäre ins Bild setzen lassen wollen, muss somit mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit rechtswidrig sein. Um zu bestimmen, welche Handlungen einen Verstoß gegen Gesetz oder Statuten darstellen, können Lehre und Praxis zur Anfechtungsklage herangezogen werden. Es handelt sich dabei in erster Linie um die Verletzung zwingender oder dispositiver Normen des Aktienrechts und um die Verletzung von Statutenbestimmungen. Unter Gesetz ist die gesamte Rechtsordnung zu verstehen. Als Gesetzesverletzung gilt deshalb auch jeder Verstoß gegen allgemeine Rechtsnormen oder gegen

einen ungeschriebenen Grundsatz des Aktienrechts (Casutt, a.a.O., S. 52 N 37). Die Gesuchsteller müssen mindestens ihren Vorwurf klar umreissen und objektive Anhaltspunkte darlegen, aus denen sich der Schluss ergibt, dass das Behauptete wahrscheinlich ist. Sie müssen darlegen, welche Verhaltenspflicht die Unternehmensleitung nach ihrer Meinung verletzt hat und warum dieser Verstoß gegen die Regeln Schaden angerichtet, d.h. das Reinvermögen der Gesellschaft oder der Aktionäre vermindert hat. Der ursächliche Zusammenhang zwischen behauptetem Verstoß und behauptetem Schaden ist zwar nicht Gegenstand eines Beweises, wohl aber muss er sich nach der allgemeinen Lebenserfahrung aus der vorgebrachten summarischen Tatsachendarstellung als plausibel ergeben (Böckli, a.a.O., N 1867 ff.; Casutt, a.a.O., S. 52 ff. N 37 ff.).

6.2 Auch in diesem Zusammenhang machen die Gesuchsteller – wie schon betreffend den Prüfungsgegenstand (s. Ziff. 5.3.1 der Erwägungen) – weder irgendwelche Statutenverletzungen geltend, noch benennen sie das konkret zu beanstandende Verhalten der Organe der Gesuchsgegnerin. Vielmehr begnügen sie sich mit pauschalen Vorwürfen. Dies genügt jedoch in keiner Weise dem Erfordernis des Glaubhaftmachens, denn es liegt nicht am Gericht, allfällig von den Gesuchstellern Gemeintes herauszufinden. Die Gesuchsteller haben die konkreten Gesetzes- oder Statutenverletzungen substantiiert darzulegen. Dies bedeutet im vorliegenden Fall etwa, dass aufzuzeigen wäre, wie die Organe durch ihr Verhalten beispielsweise ihre Sorgfalts- oder Treuepflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR verletzt haben und warum sich daraus ein Schaden ergeben hat. Es genügt keineswegs zu behaupten, einige Positionen der Jahresrechnung seien fehlerhaft und die Gesellschaft oder die Aktionäre seien dadurch offensichtlich geschädigt worden, ohne konkrete Anhaltspunkte zu liefern, was genau im Gesellschaftsinnern falsch gelaufen sein soll. Die Gesuchsteller haben weder konkrete Pflichtverletzungen der Organe der Gesuchsgegnerin, noch einen Schaden – und folglich auch nicht den Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden – rechtsgenügend aufgezeigt. Es reicht eben nicht aus, wenn die Gesuchsteller im Wesentlichen ausführen, bei den betreffenden Positionen der Jahresrechnung könne etwas nicht stimmen, genauso wie reine Verdächtigungen noch keine Sonderprüfung rechtfertigen (Urteil der Justizkommission des Obergerichts vom 21. Januar 1994 i.S. S. gegen A. etc. = JZ 1993/121.217, S. 7, E. 3a; Casutt, a.a.O., S. 97 N 38).

Somit sind die Gesuchsteller ihrer Substanziierungslast nicht nachgekommen, weshalb sie ihrer Angriffsrechte verlustig gehen.

(Kantonsgerichtspräsidium, 28. September 2000, i.S. M./F. AG)