

Obligationenrecht Droit des obligations

KGVS C1 11 83

Obligationenrecht – Handelsgesellschaften – Aktiengesellschaft – Sonderprüfung – KGE (I. Zivilrechtliche Abteilung) vom 27. Oktober 2011, X. c. Y. AG – TCV C1 11 83

Aktiengesellschaft: Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung

- Prozessuales: örtliche und sachliche Zuständigkeit (E. 1); anwendbares Verfahren (E. 2a und 3b) und Verfahrensgrundsätze (E. 3b).
- Formelle Voraussetzungen der Sonderprüfung nach Art. 697b OR: Subsidiarität gegenüber dem Auskunfts- oder Einsichtsrecht; gleicher Gegenstand von Auskunfts- und Sonderprüfungsbegehren; Nichtannahme des Sonderprüfungsbegehrens durch die Generalversammlung; Aktionariat mit mindestens 10% Aktienkapital oder Aktien im Nennwert von 2 Mio. Franken; 3-Monatsfrist (Art. 697a Abs. 1 OR und Art. 697b Abs. 1 OR; E. 2a).
- Materielle Voraussetzungen der Sonderprüfung nach Art. 697b OR: Gesetzes- oder Statutenverletzung durch Gründer oder Organe; Schädigung von Gesellschaft oder Aktionären; Kausalzusammenhang zwischen Verletzung und Schaden; Glaubhaftmachung (Art. 697b Abs. 2 OR; E. 3a).
- Vorliegend Abweisung des Gesuches, weil eine Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre nicht glaubhaft gemacht wurde (E. 3c).

Ref. CH: Art. 697a OR, Art. 697b OR, Art. 697c OR, Art. 5 ZPO, Art. 55 ZPO, Art. 250 ZPO

Ref. VS: Art. 5 EGZPO

Société anonyme: droit à l'institution d'un contrôle spécial

- Procédure: compétence locale et matérielle (consid. 1); procédure applicable (consid. 2a et 3b) et règles procédurales (consid. 3b).
- Conditions formelles du contrôle spécial au sens de l'art. 697b CO: subsidiarité de la règle par rapport au droit aux renseignements ou au droit de consultation; l'objet du contrôle spécial est le même que celui du droit aux renseignements; non-acceptation du contrôle spécial par l'assemblée générale; condition d'un actionariat d'au moins 10% du capital-actions ou d'une valeur nominale d'au moins 2 millions de francs; délai de 3 mois (art. 697a al. 1 CO et art. 697b al. 1 CO; consid. 2a).
- Conditions matérielles du contrôle spécial au sens de l'art. 697b CO: violation de la loi ou des statuts par les fondateurs ou les organes; dommage causé à la société ou aux actionnaires; rapport de causalité entre la violation de la loi ou des statuts et le dommage; démonstration de la vraisemblance (art. 697b al. 2 CO; consid. 3a).
- En l'espèce, rejet de la requête, car le dommage causé à la société ou aux actionnaires n'a pas été rendu vraisemblable (consid. 3c).

Ref. CH: art. 697a CO, art. 697b CO, art. 697c CO, art. 5 CPC, art. 55 CPC, art. 250 CPC

Ref. VS: art. 5 LACPC

Verfahren (gekürzt)

Mit Gesuch vom 3. Mai 2011 beantragte X. als Aktionär der Y. AG die Einsetzung eines Sonderprüfers nach Art. 697b OR. In der Begründung seines Gesuchs führte er im Wesentlichen aus, dass drei Posten in der Jahresrechnung 2009, nämlich die Bewertung der laufenden Arbeiten für das Jahr 2009 mit «null», die um Fr. 396'141.– erhöhten Gehälter sowie die Entschädigungen für Reisespesen durch den Sonderprüfer zu kontrollieren seien, da ihm Auskunft und Einsicht in diese Posten anlässlich der Generalversammlung der Y. AG vom 4. Februar 2011 verwehrt und seine Anträge um Einsetzung einer Sonderprüfung abgewiesen worden seien. Die Einsetzung der Sonderprüfung sei dringend notwendig, um Schaden für die Aktionäre der Y. AG abzuwenden. Im Verlaufe des Verfahrens brachte er weitere Gründe für eine Sonderprüfung vor. Die Y. AG beantragte die kosten- und entschädigungspflichtige Abweisung des Gesuchs.

Aus den Erwägungen

1. Die Y. AG hat ihren Sitz im Unterwallis. Für die Beurteilung der Einsetzung eines Sonderprüfers nach Art. 697b OR ist eine einzige kantonale Instanz zuständig (Art. 5 Abs. 1 lit. g ZPO). Art. 5 Abs. 1 lit. a EGZPO bezeichnet das Kantonsgericht als das diesbezüglich zuständige Gericht. Mithin ist die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts Wallis zur Beurteilung des vorliegenden Gesuchs gegeben.

2. a) Das Gesuch zur Einsetzung eines Sonderprüfers haben Aktionäre, die zusammen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von 2 Mio. Franken vertreten, innert dreier Monate, nachdem die Generalversammlung ihrem Antrag nicht zustimmte, einzureichen (Art. 697b Abs. 1 OR; formelle Voraussetzung der Sonderprüfung), wobei das summarische Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 250 lit. c Ziff. 8 ZPO).

b) Am 4. Februar 2011 lehnte die Generalversammlung den von X. gestellten Antrag um Einsetzung eines Sonderprüfers ab, worauf dieser am 3. Mai 2011 das vorliegende Gesuch beim Kantonsgericht einreichte. Wie sich aus dem hinterlegten Aktionärsregister vom 4. Februar 2011 sowie dem Protokoll der Generalversammlung ergibt, besitzt der Gesuchsteller 10% des Aktienkapitals. Da das Gesuch fristgerecht gestellt wurde und X. zur Einreichung des Gesuchs legitimiert ist, ist darauf einzutreten.

3. a) Neben der in E. 2 a) erwähnten formellen Voraussetzung zur Bestellung eines Sonderprüfers nennt das Gesetz in Art. 697b Abs. 2 OR auch materielle Voraussetzungen. Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers hat, wer glaubhaft macht, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben. Zur Gutheissung eines Gesuchs müssen die beiden gesetzlichen Voraussetzungen, nämlich die Glaubhaftmachung der Gesetzes- oder Statutenverletzung und die Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre, kumulativ erfüllt sein (Weber, Basler Kommentar, N. 5 zu Art. 697 OR).

aa) Im Erfordernis der Glaubhaftmachung einer Schädigung, die auf Gesetzes- oder Statutenverletzung von Organen zurückzuführen ist, liegt der Angelpunkt des Sonderprüfungsrechts. Das Glaubhaftmachen betrifft sowohl die Tat- wie auch die Rechtsfragen. In tatsächlicher Hinsicht sind bestimmte Handlungen oder Unterlassungen von Gründern oder Organen und der damit zusammenhängende Schaden glaubhaft zu machen. In Bezug auf diese Tatsachen darf das Gericht weder blosse Behauptungen genügen lassen, noch einen stringenten Beweis verlangen. Die vom Gesuchsteller vorgebrachten Verdachtsmomente sind auf ihre Plausibilität hin zu prüfen. Aufgrund dieser Verdachtsmomente muss eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, dass Handlungen oder Unterlassungen von Gründern oder Organen in der Tat Schaden angerichtet haben könnten (Bundesgerichtsurteil 4A_359/2007 vom 26. November 2007 E. 2.3).

bb) Die Verletzung von Gesetz oder Statuten durch (irgendwelche) Organe oder Gründer bedeutet einen Verstoss gegen geschriebene Rechtsnormen oder ungeschriebene aktienrechtliche Grundsätze. Verletzung meint Pflichtwidrigkeit oder Widerrechtlichkeit einer Tätigkeit, nicht nur Unzweckmässigkeit. So wurde durch die Rechtsprechung beispielsweise die Verletzung von Sorgfalts- und Treuepflichten, die Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung, die Verletzung des Gleichbehandlungsgebots, die Verletzung von Bilanzierungsvorschriften, eine unzulässige Ausübung des Stimmrechts bei eigenen Aktien, die Nichtbeachtung eines Interessenkonfliktes bei einem Aktienkauf etc. als Verstoss gegen geschriebene und ungeschriebene aktienrechtliche Grundsätze angesehen (vgl. zum Ganzen: Weber, a.a.O., N. 6 zu Art. 697b OR).

cc) Eine solche Verletzung muss immer eine Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre zur Folge haben. Die Schädigung der Gesellschaft oder Aktionäre bedeutet eine eingetretene, unfreiwillige Vermögensverminderung im Sinne der Differenztheorie und nicht nur

eine zukünftige oder drohende Schädigung. Nicht relevant sind dabei Vermögensschädigungen Dritter. Die Voraussetzung der Schädigung der Gesellschaft oder von Aktionären geht sehr weit, weil dadurch ein präventives Eingreifen der Minderheit vor Entstehung eines Schadens verunmöglicht wird (Weber, a.a.O., N. 7 zu Art. 697b OR; Girsberger/Gabriel, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, N. 7 zu Art. 697b OR).

dd) Neben dem Schaden ist auch der Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung von Gesetz oder Statuten und der Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre glaubhaft zu machen (Bundesgerichtsurteil 4C.190/2005 vom 6. September 2006 E. 3.2). Dies ist zwar vom Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, ergibt sich aber aus der Gesetzessystematik. Immerhin wird kein allzu strenger Massstab für die Bejahung des Kausalzusammenhangs gestellt, was im Einzelfall zu recht schwierigen Ermessensfragen führt (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004, § 16 N. 44).

b) Art. 697c Abs. 1 OR vermerkt nur, dass der Richter nach Anhörung der Parteien über das Gesuch zur Einsetzung eines Sonderprüfers zu entscheiden hat. Andere prozessrechtliche Vorschriften sind in diesen Bestimmungen des Aktienrechts nicht enthalten und werden durch die Zivilprozessordnung geregelt, welche nunmehr seit dem 1. Januar 2011 schweizweit vereinheitlicht wurde. Im vorliegend zur Anwendung kommenden summarischen Verfahren (Art. 248 bis 256 ZPO) statuiert das Gesetz in Art. 255 ZPO nur in zwei Ausnahmefällen den Untersuchungsgrundsatz, nämlich wenn das Gericht als Konkurs- oder Nachlassgericht entscheidet (lit. a) oder bei Anordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit (lit. b). In allen anderen Fällen gilt mithin die Verhandlungsmaxime.

aa) Grundgedanke der Verhandlungsmaxime ist es, dass die Parteien den Prozessstoff selbst zu sammeln und dem Gericht vorzutragen haben. Die Parteien kennen nämlich den Sachverhalt am besten und können die ihnen günstigen Tatsachen ohne Weiteres vortragen. Die Verhandlungsmaxime klärt demnach, wie und von wem die entscheidungsrelevanten, rechtserheblichen Tatsachen und Beweismittel, auf die das Gericht das Recht für die Entscheidungsfindung anwendet, gesammelt bzw. in das Verfahren eingebracht werden. Die Parteien haben die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen (Behauptungs- und Substanziierungslast) und die Beweismittel anzugeben bzw. entsprechende Beweisanträge zu stellen. Folge dieses Grundsatzes ist es, dass das Gericht in einem von der Verhandlungsmaxime beherrschten Zivilprozess grundsätzlich an die Tatsachen gebunden ist, welche die

Parteien vorbringen. Was nicht behauptet wurde, ist für das Gericht inexistent. Wird eine prozessrelevante Tatsache im Geltungsbereich des Verhandlungsgrundsatzes nicht dargelegt bzw. behauptet oder zwar behauptet, aber nicht mit Beweismitteln unterlegt, so darf sie vom Gericht bei der Entscheidungsfindung auch nicht berücksichtigt werden (vgl. zum Ganzen: Sutter-Somm, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2011, N. 8-13 zu Art. 55).

Die Substanziierungslast (-pflicht) ist mit der Behauptungslast eng verbunden und ist letztlich die inhaltliche Konkretisierung der Behauptungslast. Die behauptungsbelastete Partei darf nicht nur pauschal rechtserhebliche Tatsachen behaupten, sondern muss diese detailliert bzw. substanziiert genug vorbringen. Eine Partei kommt ihrer Pflicht nach, wenn die Tatsachen sowohl inhaltlich als auch formell gesetzeskonform in den Prozess eingebracht werden. Demnach muss jede Partei die Tatsachenbehauptungen und Bestreitungen in Einzeltatsachen zergliedern und diese Tatsachen dann in der entsprechenden Form in den Prozess einbringen, so dass die Gegenpartei dazu im Einzelnen Stellung nehmen kann (vgl. zum Ganzen: Sutter-Somm, a.a.O., N. 23 bis 31 zu Art. 55 ZPO).

bb) Im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime (Art. 55 Abs. 2 ZPO) hingegen wird die Obliegenheit, Tatsachen und Beweismittel in den Prozess einzurühren (subjektive Beweislast), abgeschwächt, weil sich das Gericht, je nachdem, ob die eingeschränkte oder die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt, an der Sammlung des Prozessstoffes zu beteiligen hat. Die Bedeutung der objektiven Beweislast, welche die Risikotragung bei Beweislosigkeit meint, bleibt dagegen unverändert, da eine Tatsache trotz Mitwirkung des Gerichts an der Sammlung des Prozessstoffes beweislos bleiben kann (Sutter-Somm, a.a.O., N. 13 zu Art. 55).

cc) Art. 697c Abs. 1 OR unterscheidet nicht, ob der Sonderprüfer mit oder ohne Zustimmung der Generalversammlung eingesetzt werden soll. Sachlich ist aber zu differenzieren. Hat die GV dem Sonderprüfungsantrag zugestimmt, ist das Gerichtsverfahren nicht kontradiktorisch, sondern der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuordnen. Stimmt die GV dem Sonderprüfungsantrag nicht zu, liegt hingegen ein Streitiges Verfahren vor (Weber, a.a.O., N. 4 zu Art. 697c OR). Vorliegend lehnte die Generalversammlung am 4. Februar 2011 die von X. gestellten Anträge auf Einsetzung eines Sonderprüfers ab, woraufhin dieser ein entsprechendes Gesuch beim Kantonsgericht anhängig machte. Die Einsetzung soll demnach gegen den Willen der Y. AG erfolgen. Es handelt sich somit nicht um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit,

sondern um ein kontradiktorisches Verfahren, in welchem die Verhandlungsmaxime gilt.

c) X. begründet sein Gesuch damit, dass in der Jahresrechnung 2009 kein Betrag für laufende Arbeiten aufgeführt ist, die bezahlten Gehälter und die Reisespesen zu hoch sind und Letztere nicht ausschliesslich zu Lasten der Gesuchsgegnerin gehen, da A. jeweils in seiner Doppelrolle als EPFL-Professor und CEO der Y. AG verreisen würde, weshalb lediglich 20% der Reisekosten der Y. AG zu belasten wären. Zudem seien diesbezüglich nicht geklärte Umbuchungen vorgenommen worden. Damit macht er sinngemäss eine Verletzung der Grundsätze der Buchführungspflicht nach Art. 662a und Art. 959 OR geltend. Eine Verletzung von Statuten bringt er nicht vor. Diese wurden denn auch nicht hinterlegt.

aa) Wie in E. 3 a) ausgeführt, muss neben der Verletzung von Gesetz oder Statuten kumulativ bei der Gesellschaft oder bei den Aktionären ein Schaden eingetreten sein. In seiner Eingabe vom 3. Mai 2011 führt der Gesuchsteller noch aus, die Sonderprüfung sei notwendig, um Schaden für die Aktionäre der Y. AG abzuwenden. Von einem bereits eingetretenen Schaden bei der Gesellschaft oder bei den Aktionären, wie dies Art. 697b OR als materielle Voraussetzung für die Einsetzung einer Sonderprüfung verlangt, wird nicht gesprochen. Jegliche Tatsachenbehauptung hiezu fehlt. Auch worin ein allfälliger Schaden bestehen würde, wurde nicht gesagt; ebenfalls kein Wort über dessen Höhe. In seinem schriftlichen Gesuch machte der Gesuchsteller nicht geltend, dass bei ihm oder der Gesellschaft ein Schaden – und schätzungsweise in welcher Höhe – eingetreten wäre. Erst in der Replik seines Parteivortrages anlässlich der Gerichtssitzung vom 5. Juli 2011 erwähnte er, nachdem sich die Gesuchsgegnerin darauf berufen hatte, die materiellen Voraussetzungen nach 697b OR seien vorliegend nicht geben, er sei als grösster Investor durch die Y. AG geschädigt. Als Aktionär sei er geschädigt, da 2009 keine Dividende ausbezahlt worden sei. Die angebliche Schädigung wiederholte er dann in seiner Eingabe vom 12. Juli 2011 und in seiner abschliessenden Stellungnahme vom 14. September 2011.

bb) Wie bereits erwähnt, hat der Gesuchsteller sowohl die Tat- wie auch die Rechtsfragen glaubhaft zu machen und das Gericht darf blosser Behauptungen nicht genügen lassen (E. 3 a/aa). Vorliegend fehlt eine Glaubhaftmachung der im zweiten Redekehr anlässlich der durchgeführten Gerichtssitzung gemachten Behauptung. Verweise auf irgendwelche Belege blieben sowohl anlässlich der Gerichtssitzung als auch bei den beiden gerichtlichen Eingaben aus. Dem gesamten Dossier lässt sich nicht entnehmen, ob überhaupt jemals eine Dividende ausbezahlt wurde.

Vor allem aber gibt es keinen Hinweis darauf, insbesondere ist auch aus dem hinterlegten GV-Protokoll vom 4. Februar 2011 mit der Genehmigung der Jahresrechnung 2009 nichts zu entnehmen, was darauf schliessen lassen würde, dass im besagten Jahr im Gegensatz zu den übrigen Jahren keine Dividende ausbezahlt worden wäre. Zudem behauptet die Gesuchgegnerin, dass eine Dividendenauszahlung wegen der Steuerbefreiung gar nicht erfolgen könne und auch nie erfolgt sei. Mithin hat der Gesuchsteller eine Schädigung als Aktionär nicht glaubhaft dargelegt.

cc) Ohnehin kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Nichtauszahlung einer Dividende einen Schaden, also eine ungewollte Vermögensverminderung, darstellt. Zwar steht dem Aktionär das Recht auf eine Dividende zu. Das schweizerische Recht kennt jedoch keine kurzfristige Gewinnstrebigkeit und das Recht der Aktionäre auf Gewinnstrebigkeit ist als langfristiges Interesse der Gesellschaft zu betrachten (vgl. zum Ganzen: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, §40 N. 17-26 S. 488 f.), was mithin die kurzfristige Nichtauszahlung von Dividenden zur Folge haben kann. Insbesondere kann eine Aktiengesellschaft im Hinblick auf langfristigen Erfolg statt einer Dividendenauszahlung auch eine Erhöhung der stillen Reserven beschliessen, was wiederum zu einer Erhöhung des inneren Wertes der Aktien führt, mithin den einzelnen Aktionären zu Gute kommt und keinen Schaden darstellt (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 50 N. 74 S. 654).

dd) Die ebenfalls behauptete Schädigung als grösster Investor der Y. AG spielt keine Rolle, da nur der Schaden der Aktionäre vom Wortlaut des Art. 697b OR erfasst ist (vgl. E. 3 a/ cc). Im Übrigen hat er diesbezüglich ohnehin nicht dargetan, inwieweit er geschädigt worden sein sollte.

ee) Mit Eingabe vom 12. Juli 2011 brachte der Gesuchsteller als (einzig) neues Argument vor, der Aktiengesellschaft sei ein Schaden entstanden, weil dem Verwaltungsratspräsidenten sowie einem weiteren Verwaltungsratsmitglied im Jahr 2010 Aktien unter dem Marktwert verkauft worden seien, wobei der zu tiefe Verkaufspreis aufgrund des Verlustes im Jahr 2009 entstanden sei. Ihm persönlich sei indes das Vorkaufsrecht auf solche Aktien verwehrt worden.

Dieser Einwand ist abzuweisen. Gemäss seinen eigenen Angaben wurden die Aktien an den Verwaltungsratspräsidenten und einen weiteren Verwaltungsrat im Jahr 2010 verkauft. Das Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers bezieht sich indes auf das Geschäftsjahr 2009. Der Sonderprüfer müsste somit (und zwar ausschliesslich) Fragen betreffend die Bewertung der Buchhaltung von 2009 überprüfen, so wie diese

anlässlich der Generalversammlung vom 4. Februar 2011 präsentiert wurde. Fragen betreffend Geschäftsgänge des Jahres 2010, also betreffend den Aktienverkauf an die beiden Verwaltungsräte und deren Wert, könnten und dürften dem Prüfer gar nicht gestellt werden. Überdies verkennt der Gesuchsteller, dass Aktien jeweils nach dem inneren Wert gehandelt werden. Dieser innere Wert, auch Ertrags- oder Substanzwert genannt, berechnet sich aber nicht nur aufgrund eines einzigen (negativen) Geschäftsjahres, sondern ergibt sich aus verschiedenen Fundamentaldaten einer Unternehmung, wie Anlage- und Umlaufvermögen, Patente, Markenrechte, Marktanteile, Wachstumschancen etc. Er errechnet sich also aus den gesamten Daten einer Unternehmung und schliesst sogar die Kapitalisierung künftiger Erträge mit ein. Daher kann nicht schon aufgrund eines einzigen (negativen) Parameters von einem Schaden für die Aktiengesellschaft gesprochen werden.

ff) Mithin ist eine Schädigung der Aktionäre vorliegend nicht glaubhaft dargelegt worden, so dass das vorliegende Gesuch um Einsetzung einer Sonderprüfung bereits aus diesem Grunde abgewiesen werden muss und es daher offen bleiben kann, ob die Gesetzesverletzung (Verletzung der Buchhaltungsgrundsätze) genügend glaubhaft gemacht wurde. Dennoch sei festgehalten, dass die Gesuchgegnerin die Lohnabrechnungen und die entsprechenden Erklärungen betreffend die Änderungen der einzelnen Löhne hinterlegt hat. Die Behauptung des Gesuchstellers, die Abrechnung der Sozialabgaben für das Jahr 2008 stimme nicht, ist hier nicht zu hören, da es um die Jahresrechnung 2009 geht und nicht diejenige von 2008. Im Weiteren sei auch noch der Hinweis erlaubt, dass auch ein Sonderprüfer nicht herausfinden kann, ob jemand von seinem Gehalt einen Teil an einen anderen weitergeleitet hat. Dies lässt sich ja den Unterlagen der Firma nicht entnehmen. Was zudem die Aufteilung der Reisespesen von A. betrifft, so muss es nicht so sein, dass dieser jeweils in seiner Doppelfunktion als Vertreter der Y. AG zum einem und als EPFL-Professor zum andern unterwegs war und es Sache der Generalversammlung ist, eine allfällige Aufteilung zu beschliessen. Zudem betreffen die Abänderungen für Februar 2010 und April 2010 nicht die Jahresrechnung 2009.