

Gesellschaftsrecht > Rechtsprechung > Bund > Aktiengesellschaft AG > Voraussetzungen der gerichtlichen Anordnung einer Sonderuntersuchung

Ansicht Bearbeiten

Rechtsprechung
Aktiengesellschaft (AG)

Voraussetzungen der gerichtlichen Anordnung einer Sonderuntersuchung
Zusammenfassung von BGER 4A_84/2023

1. Sachverhalt

a) Strittige Transaktion

Gemäss einem Sale and Contribution Agreement vom 14. August 2020 (der «Kaufvertrag») veräusserte eine Schweizer Aktiengesellschaft unter anderem gewisse ihrer sich in Entwicklung befindlichen Softwareprodukte sowie diverse Beteiligungen an Untergesellschaften. Der Kaufpreis betrug gestützt auf ein Bewertungsgutachten USD 46,6 Mio. (A.b).

Der Gründer, Mehrheitsaktionär mit rund 70% und Verwaltungsratspräsident der Gesellschaft (der «Mehrheitsaktionär») ist mit 52,5% an der US-amerikanischen Käuferin beteiligt. Der Kaufpreis wurde getilgt, indem die Käuferin eine ihr vom Mehrheitsaktionär abgetretene Darlehensforderung von USD 39,1 Mio. gegen die Gesellschaft zur Verrechnung brachte und der Gesellschaft eine 10%-Beteiligung an der Käuferin einräumte. Im Zuge der Transaktion legte eine US-amerikanische Grossbank ihr Blockchaingeschäft in die Käuferin ein und erhielt dafür ebenfalls eine 10%-Beteiligung (A.b).

Die Minderheitsaktionäre der Gesellschaft erwarben ihre Titel grösstenteils als Mitarbeitende im Rahmen eines Beteiligungsprogramms (A.a). Am 22. Oktober 2021 wurde anlässlich einer ausserordentlichen Generalversammlung eine Revisionsstelle gewählt. Der Verwaltungsrat beantwortete dabei ausgewählte Fragen gewisser Aktionäre, legte den gestellten Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung jedoch nicht der Versammlung zur Abstimmung vor. Er wollte zunächst das entsprechende Auskunftsbegehren im Rahmen einer am 23. November 2021 abgehaltenen Informationsveranstaltung behandeln (A.c).

b) Einsetzung eines Sonderprüfers

An der Mitte Dezember 2021 für das Geschäftsjahr 2019 durchgeführten ordentlichen Generalversammlung stellten einzelne Aktionäre ein Begehren um Einsicht und Auskunft sowie einen Antrag auf Einsetzung eines Sonderprüfers. Der Verwaltungsrat beantwortete Fragen. Die Anträge auf Einsichtnahme und auf Durchführung einer Sonderprüfung wurden abgelehnt (A.c).

Anfang März 2022 verlangte eine Gruppe von gut 30 Minderheitsaktionären (die «Gesuchsteller») beim Obergericht des Kantons Zug die Einsetzung eines Sonderprüfers. Die Gesuchsteller begründeten ihr Anliegen mit dem Umstand, dass der Verwaltungsrat aufgrund des Interessenkonflikts des Mehrheitsaktionärs das Softwarekerngeschäft unter Wert veräussert und die Gesellschaft geschädigt habe. Die Gesuchsteller seien nur rudimentär über die Transaktion informiert worden (B.a).

Das Obergericht setzte einen Sonderprüfer ein und beauftragte diesen, gewisse Fragen schriftlich zu beantworten (B.b; zum Fragenkatalog vgl. vorinstanzliches Urteil S. 54 Ziff. 3.1).

c) Indizien für Interessenkonflikte

Das Obergericht erkannte ausreichende Anhaltspunkte, dass der Mehrheitsaktionär im Rahmen der Transaktion auch eigene Interessen verfolgt hatte. Dies ergab sich bereits aus seiner Stellung als Mehrheitsaktionär und – im Zeitpunkt der Transaktion (mangels rechtzeitiger Wiederwahl des zweiten Mitglieds) – einzigem Verwaltungsrat sowie aus dem Umstand, dass das Kaufobjekt von der Gesellschaft auf die Käuferin übertragen wurde und die Gesellschaft eine Minderheitsbeteiligung von 10% an der Käuferin erhielt, während dem Mehrheitsaktionär eine Mehrheitsbeteiligung an der Käuferin zukam. Als Aktionär der Käuferin war er an einer hohen Beteiligungsquote für sich selbst interessiert, während er als Verwaltungsrat ein Interesse an einer möglichst grossen Beteiligung für die Gesellschaft hätte haben müssen (B.b).

d) Massnahmen gegen Interessenkonflikte

Der Verwaltungsrat hätte gemäss Vorinstanz zum Schutz der Interessen der Gesellschaft die erforderlichen Massnahmen treffen müssen. Da der Mehrheitsaktionär zu diesem Zeitpunkt das einzige Verwaltungsratsmitglied gewesen sei, wäre sein Ausstand bei der Beschlussfassung keine geeignete Massnahme gewesen. Eine Genehmigung des Kaufvertrags durch ein neben- und übergeordnetes Organ habe auch nicht stattgefunden (B.b).

Der Bewertungsbericht behandle zwar den Preis, jedoch nicht die sachliche Vertretbarkeit und die Notwendigkeit des Verkaufs, das heisst die Frage, ob das Geschäft an sich hätte abgeschlossen werden sollen. Da keine Prüfung des Entscheids des Verwaltungsrats auf seine materielle Angemessenheit in allen Eckpunkten vorgenommen worden sei, könne der Bewertungsbericht nicht als eine Fairness Opinion betrachtet werden. Deshalb habe der Verwaltungsrat mit dem Bewertungsbericht die natürliche Vermutung des Interessenkonflikts, dessen Vorliegen beim Mehrheitsaktionär glaubhaft erscheine, nicht beseitigen können (B.b).

e) Glaubhaftmachung einer Schädigung

Mithin sei glaubhaft, dass der Verwaltungsrat seine Treuepflicht nach Art. 717 OR verletzt habe. Da die Pflichtverletzung des Verwaltungsrats infolge des Verkaufs mit einiger Wahrscheinlichkeit eine Vermögensverminderung bei der Gesellschaft zur Folge habe, vermöchten die Gesuchsteller eine Schädigung der Gesellschaft i.S.v. Art. 697b Abs. 2 aOR glaubhaft zu machen (B.b).

f) Beschwerde an Bundesgericht

Gegen das Urteil des Obergerichts – als einzigen kantonalen Instanz (vgl. Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG) – erhebt die Gesellschaft Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht und wendet sich gegen die Anordnung der Sonderprüfung. Mit Präsidialverfügung vom 29. März 2023 ist der Beschwerde die aufschiebende Wirkung gewährt worden (C).

g) Genehmigung des Kaufvertrags

Nachdem die Gesuchsteller am 1. März 2022 beim Obergericht um die Einsetzung eines Sonderprüfers ersucht hatten, verlangten sie am 3. März 2022 vom Verwaltungsrat die Einberufung einer Generalversammlung, um über den Kaufvertrag zu beschliessen, und stellten einen Antrag auf Ablehnung. Die Durchsetzung dieses Anliegens bildet Gegenstand eines separaten Verfahrens (dazu BGER 4A_130/2023 vom 9. Oktober 2023).

2. Erwägungen

Es findet das Aktienrecht in seiner bis Ende 2022 geltenden Fassung Anwendung (E. 3.1).

a) Prozessuale Vorfrage

Im angefochtenen Entscheid ordnete die Vorinstanz eine Sonderprüfung an, ohne die Person des Sonderprüfers und die Höhe des Kostenvorschusses abschliessend zu bestimmen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt die grundsätzliche Anordnung einer Sonderprüfung mit abschliessender Bestimmung der zu klärenden Fragen als Teilentscheid nach Art. 91 lit. a BGG. Die Beschwerde gegen diesen Entscheid ist zulässig, ohne dass die Voraussetzungen von Art. 92 f. BGG (Vor- und Zwischenentscheide) erfüllt sein müssten (E. 1.1).

b) Voraussetzungen der Sonderprüfung

Verlangen Aktionäre vor Gericht die Einsetzung eines Sonderprüfers, haben sie glaubhaft zu machen, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (Art. 697b Abs. 2 aOR; vgl. Art. 697d Abs. 3 OR). Art. 697b Abs. 2 aOR sieht hinsichtlich der materiellen Voraussetzung einer Gesetzes- oder Statutenverletzung und einer Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre vor, dass ein Glaubhaftmachen genügt. Weil die Sonderprüfung der Verbesserung der Information der Gesuchsteller dient, darf das Gericht von ihnen nicht diejenigen Nachweise verlangen, welche erst die Sonderprüfung erbringen soll (E. 3.2.1).

Im Erfordernis der Glaubhaftmachung einer Schädigung, welche auf Gesetzes- oder Statutenverletzungen von Organen zurückzuführen ist, liegt der Angelpunkt des Sonderprüfungsrechts. Bei übertriebenen Anforderungen könnte der Anspruch auf Sonderprüfung toter Buchstabe bleiben. Bei zu grosszügiger Handhabung entstände ein Widerspruch zum Regelungsgedanken des Gesetzgebers, wonach die zwangsweise Sonderprüfung nicht leichthin zuzulassen sei (E. 3.2.2).

In *tatsächlicher Hinsicht* sind bestimmte Handlungen oder Unterlassungen von Gründern oder Organen und der durch sie verursachte Schaden glaubhaft zu machen. Es braucht somit nicht die volle Überzeugung des Gerichts vom Vorhandensein dieser Tatsachen herbeigeführt zu werden. Gewisse Elemente müssen dafür sprechen, dass die vorgeworfenen Handlungen oder Unterlassungen von Gründern oder Organen Schaden angerichtet haben könnten. Das Gericht darf mit der Möglichkeit rechnen, dass sich die Vorwürfe nicht verwirklicht haben könnten (E. 3.2.2.1).

Entsprechendes gilt bezüglich der *Rechtsfragen*, namentlich der behaupteten Pflichtverletzungen. Die Anwendung des gleichen Beurteilungsmassstabs wie für Tatfragen ist zwar nur beschränkt möglich. Denn die Rechtsfrage, ob Gesetz oder Statuten verletzt worden sind, kann nicht bewiesen, sondern nur mehr oder weniger eingehend geprüft werden. Mit der Senkung des Beweismasses für Tatsächliches korrespondiert für die Sonderprüfung aber eine herabgesetzte Prüfungstiefe. Danach hat das Gericht die behauptete Rechts- oder Statutenwidrigkeit nicht abschliessend zu beurteilen, sondern es darf sich mit einer summarischen Prüfung begnügen. Dem Gesuch ist bereits zu entsprechen, wenn sich die rechtlichen Vorbringen zu den Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 697b Abs. 2 aOR bei summarischer Prüfung als einigermaßen aussichtsreich oder doch zum Mindesten als vertretbar erweisen. Das Gericht kann sich auf eine Vertretbarkeitsprüfung beschränken (E. 3.2.2.2).

c) Überprüfung durch Bundesgericht

Die Frage, ob eine Schädigung infolge des Verhaltens von Gründern oder Organen aufgrund der tatsächlichen Vorbringen der Parteien und der von ihnen beigebrachten beweiswürdigen Anhaltspunkte als hinreichend glaubhaft erscheint, betrifft die Beweiswürdigung.

Ob die vorinstanzliche Beurteilung der behaupteten Pflichtverletzungen korrekt ist, kann das Bundesgericht zwar als Rechtsfrage frei überprüfen. Da sich das kantonale Gericht aber mit einer summarischen Vertretbarkeitsprüfung begnügen kann und die Rechtsfrage nicht abschliessend beurteilen muss, hält sich auch das Bundesgericht zurück. Das Bundesgericht greift in den Entscheid der Vorinstanz ein, wenn die vorinstanzliche summarische Beurteilung nicht mehr vertretbar erscheint (E. 3.2.3).

Wurde das Gesuch um Sonderprüfung gutgeheissen, hat die Gesellschaft mithin aufzuzeigen, dass die vorinstanzliche Beurteilung, bei summarischer Betrachtung liege eine Gesetzes- oder Statutenverletzung vor, nicht mehr vertretbar ist. Das Gleiche gilt für den umgekehrten Fall, wenn das Gesuch um Sonderprüfung abgewiesen wird: Die Aktionäre haben darzulegen, inwiefern die vorinstanzliche Beurteilung, dass keine Gesetzes- oder Statutenverletzung begangen worden ist, nicht mehr vertretbar erscheint (E. 3.2.3).

d) Anwendung auf Fall

Die Vorinstanz ist zum Schluss gelangt, es sei glaubhaft, dass der Verwaltungsrat die Treuepflicht nach Art. 717 OR verletzt habe, indem er den Kaufvertrag überhaupt bzw. zu diesem Preis trotz vorhandenen Interessenkonflikts des Mehrheitsaktionärs und ohne Nachweis geeigneter Massnahmen (Fairness Opinion) abgeschlossen habe (E. 3.3.1).

Es geht vorliegend nicht um eine abschliessende Beurteilung der Pflichtverletzung des Verwaltungsrats, sondern nur um die Frage, ob bei summarischer Betrachtung eine Verletzung der Treuepflicht glaubhaft erscheint. Das hier anwendbare frühere Aktienrecht regelt nicht ausdrücklich, wie der Verwaltungsrat bei Interessenkonflikten vorzugehen hat (vgl. aber Art. 717a OR). Es bestimmt auch nicht, was die Anforderungen an eine Fairness Opinion zur Beseitigung eines Interessenkonflikts im Verwaltungsrat wären. Es bleibt damit bei der vorinstanzlichen Beurteilung, dass der Bewertungsbericht keine Fairness Opinion sei und die Vermutung des Interessenkonflikts nicht habe beseitigen können, weshalb glaubhaft sei, dass der Verwaltungsrat seine Treuepflicht verletzt habe (E. 3.3.3).

Ist eine Treuepflichtverletzung infolge des Interessenkonflikts glaubhaft gemacht, braucht auf die weiteren Erwägungen der Vorinstanz nicht eingegangen zu werden (E. 3.3.4). Die Vorinstanz hielt überdies eine Schädigung der Gesellschaft oder Aktionäre durch die Transaktion für glaubhaft. Die diesbezügliche Beweiswürdigung ist nicht willkürlich (E. 3.4.1). Schliesslich legte die Vorinstanz sorgfältig und ausführlich dar, inwiefern die unterbreiteten Fragen zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich seien (E. 3.5; vgl. vorinstanzliches Urteil E. 11).

Die Beschwerde ist abzuweisen (E. 4).

(Autor der Zusammenfassung: *Harald Bärtschi*)

iusNet GR 30.11.2023

Entscheidendaten

4A_84/2023

09.10.2023
Bundesgericht
Sonderuntersuchung

ZZ 2022 15

05.01.2023
Obergericht ZG
Sonderuntersuchung

Gesetzesartikel

Art. 697d OR
Art. 717 OR

Rechtsgebiet(e)

Aktiengesellschaft (AG)

Stichworte

Sonderuntersuchung