

SICHERHEIT BEI RECHTSFRAGEN IM GESCHÄFTSALLTAG

... IN PERSONALFRAGEN

**MISSBRÄUCLICHE
ALTERS-
KÜNDIGUNG** SEITE 3

... IN FÜHRUNGSFRAGEN

**DIE AKTIENRECHTLICHE
SONDERPRÜFUNG** SEITE 6

... IN SICHERHEITSFRAGEN

**DIE AUFBEWAHRUNG
PERSONENBEZOGENER
GESCHÄFTSAKTEN
(TEIL 2)** SEITE 9

... IN DIE ZUKUNFT

**ANSPRUCHSVOLLE
INFORMATIONSPFLICHTEN VON
ARBEITGEBERN** SEITE 11



DIE AKTIENRECHTLICHE SONDERPRÜFUNG

Mit dem scharfen Instrument der Sonderprüfung können Aktionäre dem Verwaltungsrat auf die Finger schauen. Doch wer genau kann von wem wie die Sonderprüfung verlangen? Welche Fragen sind dabei zulässig, welche unzulässig? Wie läuft die Sonderprüfung ab, wie lange dauert sie, und wer trägt die Kosten? Dieser Beitrag gibt Antworten und praktische Tipps, worauf im Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Sonderprüfung nach Art. 697a ff. des schweizerischen Obligationenrechts (OR) besonders zu achten ist.

■ Von Dr. Robert Bernet und Dr. Peter Kühn

Sinn und Zweck der Sonderprüfung

Der Aktionär ist nicht in die operative oder strategische Leitung der Gesellschaft involviert. Diese obliegt dem Verwaltungsrat (VR). Dieser kann das Tagesgeschäft mittels eines Organisationsreglements an die Geschäftsleitung (GL) delegieren. Der Aktionär übt seine Mitgliedschaftsrechte an der Generalversammlung (GV) aus. Er kann an Abstimmungen und Wahlen teilnehmen, dem VR die Décharge erteilen oder verweigern und Anfechtungs-, Rückerstattungs- und Verantwortlichkeitsklage erheben. Zudem stehen ihm Vermögensrechte zu (Dividenden, Bezugsrechte). Anders als der VR schuldet der Aktionär «seiner» Aktiengesellschaft (AG) keine Treue- und Sorgfaltspflicht.

Zwischen Aktionär und VR besteht typischerweise ein erhebliches Informationsgefälle. Um seine Rechte beurtei-

len und durchsetzen zu können, steht jedem Aktionär an der GV zunächst ein Auskunfts- und Einsichtsrecht zu. Das Recht zur Einleitung einer Sonderprüfung ist Ausfluss dieses Informationsrechts, aber subsidiär dazu. Zudem sind das Geschäftsgeheimnis und andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft zu wahren.

Mit der pendenten Aktienrechtsrevision soll die Sonderprüfung in «Sonderuntersuchung» umbenannt und sollen die Hürden für die Einleitung gesenkt werden.

Subsidiarität und Erforderlichkeit

Jeder Aktionär (und Partizipant, nicht aber Gläubiger oder Arbeitnehmer) kann der GV beantragen, «bestimmte Sachverhalte» durch eine Sonderprüfung abklären zu lassen, sofern dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und er (oder ein anderer

Aktionär) das Recht auf Auskunft oder das Recht auf Einsicht bereits ausgeübt hat. Die Begehren um Auskunft und die erteilten Antworten sind in das GV-Protokoll aufzunehmen und können damit nachgewiesen werden.

WICHTIGER HINWEIS



Es genügt für die Einleitung einer Sonderprüfung nicht, den VR ausserhalb der GV um Informationen anzufragen.

Wann ist (eine zuvor begehrte Auskunft und anschliessend) die Sonderprüfung «zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich»? Praktisch immer. Seien es die im Raum stehende (Verweigerung der) Décharge, mögliche Verantwortlichkeitsansprüche oder Vermögensrechte, es gibt in der Praxis kaum Situationen, in denen Aktionären die Sonderprüfung allein gestützt auf das fehlende aktuelle Rechtsschutzinter-



resse verweigert werden darf. Nicht geschützt werden sachfremde oder rechtsmissbräuchliche Anfragen, etwa zu rein persönlichen Verhältnissen von VR/GL oder bereits hinlänglich bekannten Sachverhalten, sowie offensichtliche Informationsinteressen von Wettbewerbern.

Die Reaktion der GV auf den Sonderprüfungsantrag

Über Anträge zu nicht gehörig angekündigten Verhandlungsgegenständen können an der GV keine Beschlüsse gefasst werden. Ausgenommen davon ist u.a. der Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung. Dieser kann auch ohne vorherige Traktandierung erst an der GV gestellt werden (was die Erfolgsaussichten freilich nicht unbedingt erhöht).

WICHTIGER HINWEIS

Auch wenn der VR den Sonderprüfungsantrag ablehnt, muss er ihn dennoch traktandieren und an der GV zur Abstimmung bringen.

Entspricht die GV dem Antrag eines Aktionärs auf Einleitung einer Sonderprüfung (was in der Praxis vergleichsweise selten vorkommt), so kann die Gesellschaft oder jeder Aktionär innert 30 Tagen den Richter um Einsetzung eines Sonderprüfers ersuchen. Gesetzes-, Statutenverletzung oder Schaden sind hierbei nicht nachzuweisen. Die GV entscheidet mit dem absoluten Mehr der vertretenen Stimmen, Stimmrechtsaktien haben insoweit keine erhöhte Stimmkraft.

Entspricht die Aktionärsmehrheit dem Antrag nicht, so steigen die formellen und die materiellen Voraussetzungen für die Minderheit: Aktionäre, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von CHF 2 Mio. vertreten, können innert dreier Monate den Richter ersuchen, einen Sonderprüfer einzusetzen. 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.

Glaubhaftmachung bedeutet keinen strengen Beweis, sondern die relevanten Tatsachen, aus denen sich die Gesetzes- oder Statutenverletzung und der kausal eingetretene (nicht nur fiktive oder drohende) Schaden ergeben, müssen zur Überzeugung des Gerichts als hinreichend wahrscheinlich erscheinen. Die rein abstrakte Gefahr eines Interessenkonflikts genügt nicht.

WICHTIGER HINWEIS

Die vorherige Ausübung des Informationsrechts an der GV (nicht notwendigerweise durch den Antragsteller) ist nicht nur glaubhaft zu machen, sondern zu beweisen.

Fristen

Neben den Verwirkungsfristen für das Gesuch an den Richter um Einsetzung eines Sonderprüfers (30 Tage mit GV-Beschluss oder drei Monate bei Ablehnung durch die GV) können weitere aktienrechtliche Fristen zu beachten sein. So ist etwa die Anfechtungsklage zwei Monate nach dem betreffenden GV-Beschluss zu erheben. Auch die bei der Sonderprüfung oftmals im Raum stehende Verantwortlichkeitsklage gegen den VR kann fristgebunden sein: Das Klagerecht der Aktionäre (selbst wenn diese gegen die Décharge gestimmt oder die Aktien seither in Unkenntnis des Beschlusses erworben haben) erlischt sechs Monate nach dem Décharge-Beschluss der GV.

Einsetzung des Sonderprüfers durch den Richter

Sieht das zuständige Zivilgericht am Sitz der Gesellschaft (oder das Handelsgericht in den Kantonen AG, BE, SG, ZH) im summarischen Verfahren die Voraussetzungen als gegeben an und entspricht dem Gesuch, so beauftragt es einen oder mehrere unabhängige Sachverständige – weisungsungebundene ausgewiesene Experten – mit der Durchführung der Prüfung und legt

den Prüfungsgegenstand fest. Damit ist das Einleitungsverfahren beendet (vorbehaltlich der Einlegung von Rechtsmitteln), und es schliesst sich das Hauptverfahren an.

PRAXISTIPP



Der Antragsteller muss bis zum Zeitpunkt der richterlichen Entscheidung zur Einsetzung des Sonderprüfers Aktionär bleiben. Danach (auch während der Sonderprüfung) darf er seine gesamte Beteiligung verkaufen.

Die Parteien können Vorschläge zur Person des Sonderprüfers machen. Das Gericht ist daran nicht gebunden. Auch juristische Personen können Sonderprüfer sein. Nimmt der Sonderprüfer das richterliche Angebot an, kommt ein privatrechtlicher Vertrag zwischen ihm und der Gesellschaft zustande, der (subsidiär zu den Sonderprüfungsvorschriften) dem Auftragsrecht untersteht.

Inhalt und Durchführung der Sonderprüfung

Die Sonderprüfung stellt eine reine Sachverhaltsabklärung dar. Nicht untersucht werden Rechtsfragen, Zweckmässigkeits- und Angemessenheitsfragen sowie Ermessensentscheide. Eine umfassende Überprüfung der Geschäftsführung erfolgt nicht, vielmehr wird ein konkreter gesellschaftsinterner Sachverhalt untersucht.

WICHTIGER HINWEIS

Eine «fishing expedition» unter dem Deckmantel der Sonderprüfung ist unzulässig.

Die Sonderprüfung ist innert «nützlicher Frist» und ohne unnötige Störung des Geschäftsgangs durchzuführen. In der Praxis dauern die Verfahren oftmals länger als ein Jahr. Gründer, Organe, Beauftragte, Arbeitnehmer, Sachwalter und Liquidatoren müssen dem Sonderprüfer Auskunft über erhebliche Tatsachen erteilen. Im Streit-

fall entscheidet der Richter. Der Sonderprüfer hört die Gesellschaft zu den Ergebnissen der Sonderprüfung an. Er ist zur Verschwiegenheit verpflichtet.

PRAXISTIPP



In Konzernverhältnissen kann es vorkommen, dass (nicht nur personengleiche) Organe von Mutter- und Tochtergesellschaften ebenfalls Auskunft geben müssen.

Der Sonderprüfungsbericht

Der Sonderprüfer berichtet einlässlich über das Ergebnis seiner Prüfung, wahrt aber das Geschäftsgeheimnis. Er legt seinen schriftlichen, unterzeichneten Bericht dem Richter vor. Über Zufallsfunde oder sonstige für Aktionäre interessante (selbst strafrechtlich relevante) Tatsachen ausserhalb des Prüfungsgegenstands ist nicht zu berichten. Der Richter stellt den Bericht der Gesellschaft zu und entscheidet auf ihr Begehren, ob Stellen des Berichts das Geschäftsgeheimnis oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft verletzen und deshalb den Gesuchstellern nicht vorgelegt werden sollen. Er gibt der Gesellschaft und den Gesuchstellern Gelegenheit, zum bereinigten Bericht Stellung zu nehmen und Ergänzungsfragen zu stellen. Bei Differenzen entscheidet der

Richter. Die Interessenabwägung im Bereinigungsverfahren ist in der Praxis einer der schwierigsten und wichtigsten Teile der Sonderprüfung.

Der VR unterbreitet der nächsten GV den Bericht und die Stellungnahmen dazu. Auf VR- oder ausreichenden Minderheitsantrag wird über den Bericht abgestimmt, ansonsten ist es ein Orientierungstraktandum mit anschliessender Debatte. Jeder Aktionär kann während eines Jahres nach der GV eine Ausfertigung des Berichts und der Stellungnahmen auf Kosten der Gesellschaft verlangen.

In einem späteren Verantwortlichkeitsprozess qualifiziert der Sonderprüfungsbericht weder als vorsorgliche Beweisabnahme noch als Schiedsgutachten. Gleichwohl ist angesichts der erhöhten Glaubwürdigkeit des unabhängigen Expertenberichts ein gewisser Einfluss auf Gericht und Parteien nicht zu leugnen. Der Sonderprüfer wird mitunter auch als Zeuge aufgerufen. Gerichtlicher Sachverständiger kann er nicht mehr werden.

Die Kosten der Sonderprüfung

Entspricht der Richter dem Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers, so überbindet er den Vorschuss und die Kosten des Sonderprüfers der Gesellschaft. Wenn besondere Umstände es

rechtfertigen (z.B. treuwidrige, übereilte und bewusst schädigende Begehren), kann er die Kosten ganz oder teilweise den Gesuchstellern auferlegen. Hat die GV der Sonderprüfung zugestimmt, so trägt die Gesellschaft die Kosten. Dazu kommen die Gerichtskosten für das Einsetzungsverfahren.

PRAXISTIPP



In der Praxis kommt es selten vor, dass der antragstellende Aktionär auch nur anteilig die Kosten der Sonderprüfung trägt, zumeist ist dies allein die Gesellschaft. Das mögliche Kostenrisiko schreckt daher den – beratenen – Aktionär kaum.

Sonderprüfung bei der GmbH?

Anders als bei der AG kennt das OR bei der GmbH keine Sonderprüfung. Allerdings können die GmbH-Statuten eine Sonderprüfung vorsehen.

AUTOREN



Dr. Robert Bernet, LL.M., ist Rechtsanwalt, Partner und Co-Head des Corporate/M&A-Teams bei VISCHER.



Dr. Peter Kühn, LL.M., ist Rechtsanwalt und Counsel im Corporate/M&A-Team bei VISCHER.

AktienrechtPraxis

Kapitalgesellschaften sicher gründen, organisieren und führen



Praxiskommentar mit Antworten und Mustervorlagen auf alle aktienrechtlichen Fragen

Dank **AktienrechtPraxis** haben Sie von überallher und rund um die Uhr Zugriff auf alles Wesentliche über das Aktien- und GmbH-Recht und sind immer auf dem neuesten Stand. Sie finden **auf alle rechtlichen Fragen zur AG und zur GmbH im Handumdrehen zuverlässige Antworten**, von der Einmann-AG bis zur börsenkotierten Gesellschaft.

Dank der vielen Profi-Tipps ausgewiesener Fachexperten begleiten Sie Gesellschaften sicher durch Krisen und führen auch Umstrukturierungen und Vermögensübertragungen souverän durch.

Bestellung und weitere Informationen: www.weka.ch/shop