

Daniel Jenny\*

# Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers nach Art. 697b OR

Besprechung des Urteils 4A\_129/2013 des Bundesgerichts vom 20. Juni 2013

## Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen und Entscheid
  - 1. Voraussetzungen der Sonderprüfung
  - 2. Gegenstand der Sonderprüfung
- III. Erläuterungen
  - 1. Glaubhaftmachung einer Schädigung gemäss Art. 697b OR
    - 1.1 Ausgangslage
      - a. Schadensbegriff der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit massgebend
      - b. Tatsächliche oder drohende Schädigung
      - c. Anforderungen an die Glaubhaftmachung
    - 1.2 Liegt eine Schädigung im konkreten Fall vor?
      - a. Schädigung aufgrund der Gefährdung der Rückzahlungsforderung
      - b. Entgangener Gewinn
  - 2. Weitere Bemerkungen
    - 2.1 Rechtsschutzinteresse und Erforderlichkeit der Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte
    - 2.2 Abklärung bestimmter Sachverhalte als Gegenstand der Sonderprüfung
- IV. Bedeutung für die Praxis

## Kernsätze

1. Ein Gesuchsteller muss gemäss Art. 697b Abs. 2 OR eine Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre glaubhaft machen. Hat die Gesellschaft an ein Verwaltungsratsmitglied ein Darlehen zu nicht marktüblichen Konditionen gewährt, ist eine Schädigung der Gesellschaft in Form von entgangenem Gewinn zumindest glaubhaft gemacht.
2. Das Begehren um Sonderprüfung setzt wie jede andere Klage ein Rechtsschutzinteresse voraus. Daran fehlt es insbesondere, wenn die Sachverhalte, die abgeklärt werden sollen, aufgrund der Auskunftserteilung des Verwaltungsrates bereits offen zu Tage liegen. Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Sonderprüfungsbegehrens ist es, dass die Aktionäre bei vernünftiger Betrachtung Anlass haben konnten, an der Vollständigkeit oder an der Richtigkeit der vom Verwaltungsrat erteilten Auskünfte zu zweifeln.

3. Die Sonderprüfung ist ein Mittel zur Beschaffung von Informationen des Aktionärs über interne Vorgänge der Gesellschaft. Ausserhalb der Gesellschaft liegende Tatsachen wie etwa die Marktlage in einem bestimmten Wirtschaftssektor sind nicht der Sonderprüfung zugänglich; hingegen können mit der Sonderprüfung immerhin die Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten untersucht werden, wenn dies für die Ausübung der Aktionärsrechte im Rahmen der Gesellschaft von Bedeutung ist. So wäre es etwa zulässig, mittels Sonderprüfung zu erforschen, ob die Gesellschaft durch ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten indirekt gesetzes- oder statutenwidrige Zwecke verfolgt. Dementsprechend kann im Falle eines Darlehens, welches möglicherweise nicht zu «at arm's length»-Konditionen gewährt wurde, auch der Zweck des Darlehens untersucht werden.

## I. Sachverhalt

Im Jahr 2011 gewährte die X. Holding AG ihrem Verwaltungsratspräsidenten und Direktor B. ein Darlehen in der Höhe von Fr. 1.25 Mio. An der ordentlichen Generalversammlung der X. Holding AG vom 26. Juni 2012 stellte der Minderheitsaktionär A. Fragen zu diesem Darlehen, den erhaltenen Sicherheiten sowie den getroffenen Massnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten zwischen der Gesellschaft und ihren Verwaltungsratsmitgliedern oder deren Familienmitgliedern. Nachdem die Fragen mit den vom Verwaltungsratspräsidenten erteilten Auskünften nach Auffassung des Minderheitsaktionärs A. nur unzureichend beantwortet worden waren, beantragte Letzterer die Einleitung einer Sonderprüfung. Die Generalversammlung lehnte diesen Antrag ab.<sup>1</sup>

Am 26. September 2012 ersuchte der Minderheitsaktionär A. das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt um Einsetzung eines Sonderprüfers. Im Rechtsbegehren formulierte A. diverse Fragen, welche dem Sonderprüfer zu unterbreiten seien.<sup>2</sup> Der Präsident des Appellations-

\* Dr. Daniel Jenny, LL.M., Rechtsanwalt, CMS von Erlach Henrici AG.

<sup>1</sup> Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 Sachverhalt A.

<sup>2</sup> Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 Sachverhalt B.

gerichts Basel-Stadt entsprach dem Begehren und setzte mit Entscheid vom 4. Januar 2013 einen Sonderprüfer ein.<sup>3</sup> Gegen diesen Entscheid des Präsidenten des Appellationsgerichts Basel-Stadt erhob die X. Holding AG Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Die Beschwerdeführerin rügt, der angefochtene Entscheid verletze in verschiedener Hinsicht Art. 697a–697c OR.<sup>4</sup>

## II. Erwägungen und Entscheid

### 1. Voraussetzungen der Sonderprüfung

Im kantonalen Verfahren war unbestritten, dass der Minderheitsaktionär A. – wie von Art. 697a OR verlangt – sein Recht auf Auskunft in der Generalversammlung der X. Holding AG vorgängig ausgeübt hatte. Ferner war auch unbestritten, dass die formellen Voraussetzungen von Art. 697b Abs. 1 OR für die gerichtliche Einsetzung eines Sonderprüfers (im Falle einer Ablehnung der Sonderprüfung durch die Generalversammlung) erfüllt waren: Namentlich verfügt der Minderheitsaktionär A. über die gesetzlich verlangte Mindestbeteiligung von 10 Prozent des Aktienkapitals an der X. Holding AG und er hat auch die dreimonatige Klagfrist (nach Ablehnung der Sonderprüfung durch die Generalversammlung) eingehalten. Im vorinstanzlichen Verfahren war hingegen umstritten, ob die materiellen Voraussetzungen für die gerichtliche Anordnung einer Sonderprüfung erfüllt sind, so insbesondere die Glaubhaftmachung (i) einer Gesetzes- oder Statutenverletzung und (ii) einer Schädigung der Gesellschaft oder Aktionäre.<sup>5</sup> Die Vorinstanz entschied, der Beschwerdegegner habe glaubhaft machen können, dass die Konditionen des dem Verwaltungsratspräsidenten gewährten Darlehens insbesondere aufgrund ungenügender Sicherheiten<sup>6</sup> nicht marktüblich gewesen seien, womit eine Verletzung der Treue- und Sorgfaltspflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR durch den Verwaltungsratspräsidenten und die übrigen Mitglieder des Verwaltungsrates glaubhaft gemacht worden sei. Die Vorinstanz sah auch eine tatsächliche Schädigung glaubhaft gemacht, da der (Verkehrs-)Wert der Rückerstattungsforderung des dem Verwaltungsratspräsidenten B. gewährten Darlehens aufgrund des Fehlens ausreichen-

der Sicherheiten geringer als die für das Darlehen eingesetzten Mittel sei.<sup>7</sup>

Das Bundesgericht setzt sich zunächst mit dem Vorbringen der Beschwerdeführerin X. Holding AG auseinander, wonach der Minderheitsaktionär A. gar *kein hinreichendes Rechtsschutzinteresse* an der Einsetzung eines Sonderprüfers habe, da die X. Holding AG die von A. an der Generalversammlung vom 26. Juni 2012 gestellten Fragen sowohl im Protokoll zur Generalversammlung als auch im vorinstanzlichen Verfahren ausführlich beantwortet hatte. Das Bundesgericht hält in diesem Zusammenhang fest, dass das Begehren um Sonderprüfung wie jede andere Klage ein Rechtsschutzinteresse voraussetzt. An der Erforderlichkeit einer Sonderprüfung im Sinne von Art. 697a Abs. 1 OR fehlt es insbesondere, wenn die Sachverhalte, die abgeklärt werden sollen, aufgrund der Auskunftserteilung des Verwaltungsrates bereits offen zu Tage liegen. Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Sonderprüfungsbegehrens ist es, dass die Aktionäre bei vernünftiger Betrachtung Anlass haben konnten, an der Vollständigkeit oder an der Richtigkeit der vom Verwaltungsrat erteilten Auskünfte zu zweifeln. An einer Sonderprüfung zu Fragen, die durch die Auskünfte des Verwaltungsrates bereits zweifelsfrei geklärt sind, besteht hingegen kein hinreichendes Rechtsschutzinteresse.<sup>8</sup> Die Vorinstanz hatte das Rechtsschutzinteresse bejaht, da sie von den gestellten Fragen lediglich die Frage hinsichtlich der Parteien des Darlehens als zweifelsfrei geklärt sah. Das Bundesgericht sieht sich mangels einer hinreichend begründeten Sachverhaltsrüge der Beschwerdeführerin an diese beweiswürdige Beurteilung des Inhaltes der erteilten Auskünfte gebunden und bejaht dementsprechend das Rechtsschutzinteresse des Minderheitsaktionärs A. an der Sonderprüfung.<sup>9</sup>

Sodann prüft das Bundesgericht die Frage, ob die Vorinstanz den Begriff der *Schädigung* der Gesellschaft oder der Aktionäre im Sinne von Art. 697b Abs. 2 OR falsch ausgelegt hat, indem sie – wie von der Beschwerdeführerin X. Holding AG vorgebracht – eine «potentielle Schädigung durch ein Risiko eines Wertverlustes» habe genügen lassen.<sup>10</sup> Die Vorinstanz sah eine tatsächliche Schädigung darin glaubhaft gemacht, dass der (Verkehrs-)Wert der Rückerstattungsforderung des dem B. gewährten Darlehens geringer als die für das Darlehen eingesetzten Mittel sei, da keine ausreichenden Sicherheiten bestünden.<sup>11</sup> Das Bundesgericht stellt zunächst fest, dass sich der Schaden im Verantwortlichkeitsrecht nach der Differenztheorie bestimmt. Der Schaden kann in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung

<sup>3</sup> Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 Sachverhalt B.

<sup>4</sup> Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 Sachverhalt C. und E. 3.1.

<sup>5</sup> Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 4.1.

<sup>6</sup> Das «Sicherheitenpaket» für das Darlehen bestand aus der Abtretung des Verwaltungsrats honorars von derzeit Fr. 100'000 und einem allfälligen Bonus, einer Lebensversicherung mit einer Vertragsdauer bis 2016 im Betrag von Fr. 1.25 Mio. zugunsten der X. Holding AG sowie einem Pfandrecht zugunsten der X. Holding AG an allen Vermögenswerten des B., die sie für Rechnung des B. aufbewahrte.

<sup>7</sup> Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 4.3.

<sup>8</sup> Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 5.1.

<sup>9</sup> Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 5.2 und E. 5.3.

<sup>10</sup> Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 6.1.

<sup>11</sup> Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 4.3.

der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen.<sup>12</sup> Die Vorinstanz hatte es als glaubhaft erachtet, dass die Konditionen des dem Verwaltungsratspräsidenten gewährten Darlehens insbesondere aufgrund ungenügender Sicherheiten nicht marktüblich gewesen sind. Nach Ansicht des Bundesgerichts hatte die Vorinstanz mit anderen Worten festgestellt, dass die Beschwerdeführerin X. Holding AG das Geld zu marktüblichen Konditionen (Sicherheiten, Laufzeit, Zins) hätte anlegen können und ihr ein dementsprechender Gewinn entgangen sei. Das Bundesgericht findet kein Gehör für das Vorbringen der Beschwerdeführerin, es sei gar keine Vermögensverminderung bei der X. Holding AG eingetreten, da Letztere einen Rückzahlungsanspruch gegen den Präsidenten des Verwaltungsrates in der Höhe der ausbezahlten Darlehenssumme sowie Anspruch auf Zinsen habe und zudem die Rückzahlung des Darlehens zu keinem Zeitpunkt gefährdet gewesen sei. Nach Ansicht des Bundesgerichts verkennt die Beschwerdeführerin X. Holding AG, dass die vorinstanzliche Feststellung, wonach das Darlehen nicht zu marktüblichen Konditionen erteilt wurde, bereits ausreichend war, um eine Schädigung der Gesellschaft glaubhaft zu machen. Aufgrund dieser Überlegungen lässt das Bundesgericht offen, ob eine Gefährdung der Rückzahlungsforderung wegen ungenügender Sicherheiten vorgelegen hat und bereits für eine Schädigung im Sinne von Art. 697b Abs. 2 OR genügen würde.<sup>13</sup>

## 2. Gegenstand der Sonderprüfung

Die Sonderprüfung ist ein Mittel zur Beschaffung von Informationen des Aktionärs über interne Vorgänge der Gesellschaft. Sie muss darauf ausgerichtet sein, konkrete Tatsachen zu ermitteln, und darf nicht auf eine rechtliche Beurteilung oder ein Werturteil abzielen. Die X. Holding AG rügt, die Vorinstanz habe dem Sonderprüfer Fragen unterbreitet, welche auf eine blosser Überprüfung von Rechtmässigkeit und Zweckmässigkeit von Verhaltensregeln des Verwaltungsrates abzielen.<sup>14</sup>

Zunächst kritisierte die Beschwerdeführerin die dem Sonderprüfer zu unterbreitende Frage, warum der Verwaltungsrat und/oder der Verwaltungsratspräsident die Ansicht vertrete, der Bonus stelle eine valable Sicherheit für das Darlehen dar. Diese Frage diene nicht der Sachverhaltsabklärung, da die Auffassung des Verwaltungsrates bereits im kantonalen Verfahren offen gelegt wurde,<sup>15</sup> sondern ziele auf das Erfragen einer Gesinnung des Verwaltungsrates ab. Das Bundesgericht hält der Be-

schwerdeführerin zunächst entgegen, dass sie sich diesbezüglich auf die allgemeine Aussage beschränkt hat, unter welchen Umständen der Verwaltungsrat einen Bonus im Allgemeinen als valable Sicherheit erachte, ohne diese Aussage in irgendeiner Form auf den vorliegenden Sachverhalt zu beziehen. Die Vorinstanz konnte aufgrund der Antwort nicht die tatsächliche Auffassung des Verwaltungsrates und/oder des Verwaltungsratspräsidenten erkennen, weshalb der Bonus als valable Sicherheit *unter den konkreten Umständen* geeignet ist. Die zugelassene Frage zielt somit auf die Erstellung der massgeblichen Faktenlage beim Entscheid über die Darlehensvergabe ab. Hingegen will diese Frage weder die Gesinnung der beteiligten Personen noch die Rechtmässigkeit und Zweckmässigkeit der Vorgehensweise des Verwaltungsrates untersuchen.<sup>16</sup>

Weiter störte sich die Beschwerdeführerin an der dem Sonderprüfer zu unterbreitenden Frage, welche Massnahmen der Verwaltungsrat der X. Holding AG im Zusammenhang mit dem Interessenkonflikt getroffen habe. Diesbezüglich habe die X. Holding AG bereits eindeutig Auskunft gegeben: Namentlich habe sich der Verwaltungsratspräsident bei der Abstimmung der Stimme enthalten, das Traktandum sei unter der Führung eines anderen Verwaltungsratsmitglieds erfolgt und das Rechtsgeschäft sei zu «at arm's length»-Konditionen abgeschlossen worden. Ob diese Massnahmen ausreichend gewesen sind, um einen Interessenkonflikt auszuschliessen, sei eine Rechtsfrage und habe nichts mit der Klärung des Sachverhalts zu tun. Nach Ansicht des Bundesgerichts zielt die von der Vorinstanz zugelassene Frage hingegen nicht auf eine rechtliche Würdigung des Verhaltens der Organe der X. Holding AG ab. Die Frage betrifft die sachverhaltsmässige Untersuchung der Umstände, unter denen das fragliche Darlehen gewährt wurde, wenn auch in der Tat *im Hinblick* auf das Thema eines möglichen Interessenkonflikts und eine mögliche Pflichtverletzung des Verwaltungsrates. Dementsprechend blieb die Rüge ohne Erfolg.<sup>17</sup>

Unter dem Gegenstand der Sonderprüfung setzt sich das Bundesgericht auch mit der Rüge der X. Holding AG auseinander, es fehle am Zusammenhang der gestellten Fragen mit der Ausübung der Aktionärsrechte. Das Bundesgericht erinnert daran, dass die Abklärung der fraglichen Sachverhalte *zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich* sein muss. Im Vordergrund steht die Relevanz der abzuklärenden Sachverhalte für eine etwaige Verantwortlichkeitsklage oder für die Ausübung der Mitwirkungsrechte. Die Sonderprüfung kann zudem nicht zur reinen Ausforschung verlangt werden in der Hoffnung, dabei auf eine Rechtsverletzung zu stossen,

<sup>12</sup> Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 6.2.

<sup>13</sup> Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 6.3.

<sup>14</sup> Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 7.1 und E. 7.1.1.

<sup>15</sup> Die Antwort der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren lautete wie folgt: «Sind in einem Geschäftsjahr die Voraussetzungen für das Sprechen eines Bonus gegeben, kann dieser nach Auffassung des Verwaltungsrates als Sicherungsabtretung gültig an

die Gesellschaft abgetreten werden (zukünftige Forderung) und ist ein solcher Bonus daher eine valable Sicherheit».

<sup>16</sup> Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 7.1.2.

<sup>17</sup> Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 7.1.3.

von welcher der Gesuchsteller keine Kenntnis hatte. Die Beschwerdeführerin X. Holding AG hat die Frage nach dem Zweck des Darlehens dahingehend beantwortet, dass dieses weder für den Erwerb von Konsumgütern noch für den Kauf von Aktien oder Immobilien gewährt worden sei. Die konkrete Verwendung des Darlehens sei nicht relevant für den Entscheid des Gesuchstellers A., ob er eine Verantwortlichkeitsklage anheben möchte. Das Bundesgericht hält diesbezüglich fest, dass ausserhalb der Gesellschaft liegende Tatsachen wie etwa die Marktlage in einem bestimmten Wirtschaftssektor nicht der Sonderprüfung zugänglich sind; hingegen können mit der Sonderprüfung immerhin die Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten untersucht werden, wenn dies für die Ausübung der Aktionärsrechte im Rahmen der Gesellschaft von Bedeutung ist. Es wäre etwa zulässig, mittels Sonderprüfung zu erforschen, ob die Gesellschaft durch ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten indirekt gesetzes- oder statutenwidrige Zwecke verfolgt. Da vorliegend glaubhaft gemacht worden ist, dass der Verwaltungsrat einer Gesellschaft seinem Präsidenten ein Darlehen zu nicht marktüblichen Konditionen gewährt hatte, kann mit dem Institut der Sonderprüfung unter anderem auch der *Zweck* der Darlehensgewährung untersucht werden.<sup>18</sup>

### III. Erläuterungen

#### 1. Glaubhaftmachung einer Schädigung gemäss Art. 697b OR

Gemäss Art. 697b OR muss der Gesuchsteller glaubhaft machen, dass «Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben». Im vorliegenden Entscheid sah das Bundesgericht die Schädigung der Gesellschaft in der Form eines entgangenen Gewinns als glaubhaft gemacht, da das Darlehen nicht zu marktüblichen Konditionen gewährt wurde. Das Bundesgericht liess explizit offen, ob eine Gefährdung der Rückzahlungsforderung wegen ungenügender Sicherheiten vorlag und bereits für eine Schädigung im Sinne von Art. 697b Abs. 2 OR ausreichen würde. Es soll nachfolgend untersucht werden, wie der Begriff der Schädigung bzw. des Schadens in Art. 697b Abs. 2 OR auszulegen ist. In diesem Zusammenhang ist zu klären, ob eine tatsächlich eingetretene Schädigung glaubhaft zu machen ist oder ob bereits das Glaubhaftmachen einer drohenden Schädigung genügt.<sup>19</sup> Mit Bezug auf den konkreten Fall sollen sodann die bundesgerichtlichen Erwägungen zur Schädigung der X. Holding AG eingeordnet werden, wobei insbesonde-

re auch auf die Frage eingegangen wird, ob die Gefährdung einer Rückzahlungsforderung, beispielsweise wegen ungenügender Sicherheiten, bereits eine Schädigung der Gesellschaft bedeutet.<sup>20</sup>

#### 1.1 Ausgangslage

##### a. Schadensbegriff der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit massgebend

Die Sonderprüfung dient insbesondere der Vorbereitung einer etwaigen aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage. Aus systematischen Gesichtspunkten drängt sich deshalb auf, den Begriff des Schadens bei der Sonderprüfung gleich wie bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gemäss Art. 752 ff. OR auszulegen.<sup>21</sup> Von den Tatbeständen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit käme vorliegend eine Organhaftung der Verwaltungsratsmitglieder der X. Holding AG nach Art. 754 OR in Frage.

Bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist grundsätzlich ebenfalls der allgemeine Schadensbegriff unter Anwendung der Differenztheorie massgebend, d.h. der Schaden kann sowohl in einer Verminderung von Aktiven oder in einer Vermehrung von Passiven als auch in entgangenem Gewinn bestehen.<sup>22</sup> In der Praxis wird zur Schadensfeststellung nicht das Gesamtvermögen betrachtet, sondern es wird auf die konkret betroffenen Aktiven und Passiven abgestellt.<sup>23</sup> Bei der Organhaftung wird sodann anhand der primär betroffenen Vermögensmasse zwischen dem Gesellschaftsschaden und dem direkten Aktionärs- oder Gläubigerschaden unterschieden.<sup>24</sup> Diese Unterscheidung trifft auch Art. 697b OR: In Übereinstimmung mit dem Kreis der möglichen Gesuchsteller ist bei Art. 697b OR neben dem Gesellschaftsschaden einzig ein direkter Aktionärsschaden einschlägig, nicht jedoch ein direkter Gläubigerschaden. Dementsprechend genügt es für die Einsetzung eines Sonderprüfers nicht, wenn die pflichtwidrige Handlung

<sup>20</sup> Hinten unter Ziff. III.1.2.

<sup>21</sup> PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 16 Rz. 50; ANDREAS CASUTT, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich, Zürich 1991 (= SSHW 136), § 6 Rz. 35 f. und Rz. 41 (Verknüpfung zwischen Verantwortlichkeitsklage und Sonderprüfung ist jedoch nicht zwingend); PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 35 Rz. 9 ff.

<sup>22</sup> Expliziter Hinweis im Urteil des BGer 4A\_177/2011 vom 2. September 2011 E. 4.3 sowie im Urteil des BGer 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001 E. 2d/aa; BÖCKLI (FN 21), § 18 Rz. 360.

<sup>23</sup> HANS CASPAR VON DER CRONE/ANTONIO CARBONARA/SILVIA HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Ein funktionaler und systematischer Überblick, Basel/Genf/München 2006 (=ZSR Beiheft 43), 4; betr. das Ausreichen eines sog. Bilanzschadens siehe auch CLAUDIA SUTER, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2010 (=SSHW 295), 19 ff.

<sup>24</sup> Vgl. zur Schadensabgrenzung DANIEL JENNY, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen, Ein dogmatischer Beitrag zur Einwendungen- und Einredenordnung unter Würdigung der «Raschein-Praxis», Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2012 (=SSHW 312), Rz. 31 ff. sowie Rz. 86 ff.

<sup>18</sup> Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 7.2.1 und E. 7.2.2.

<sup>19</sup> Hinten unter Ziff. III.1.1b.

lediglich einen Dritten, d.h. einen Geschäftspartner schädigt.<sup>25</sup> Vorliegend wäre im Rahmen der Organhaftung ein Gesellschaftsschaden denkbar, da die X. Holding AG durch das gegenständliche Darlehen allenfalls geschädigt wurde. Diesen Schaden der X. Holding AG könnte der Minderheitsaktionär A. gemäss Art. 756 f. OR in Prozessstandschaft einklagen. Mit anderen Worten muss der gesuchstellende Aktionär gemäss Art. 697b OR nicht direkt geschädigt sein, sondern es genügt eine indirekte Schädigung. Hingegen könnte ein Aktionär das Gesuch gemäss Art. 697b OR m.E. nicht mit einer direkten Schädigung eines anderen Aktionärs begründen, da er einen solchen Schaden selber nicht geltend machen könnte; die Sonderprüfung wäre nicht «zur Ausübung [seiner] Aktionärsrechte erforderlich».<sup>26</sup>

## b. Tatsächliche oder drohende Schädigung

Gemäss dem Wortlaut von Art. 697b OR muss ein Gesuchsteller glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe durch eine Gesetzes- oder Statutenverletzung «die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt *haben*<sup>27</sup>». Wie der Gesetzeswortlaut nahelegt, setzt Art. 697b OR grundsätzlich eine tatsächlich entstandene Schädigung voraus.<sup>28</sup> Dieser Schaden muss noch nicht beziffert werden.<sup>29</sup> Nach einem Teil der Lehre soll es sogar genügen, wenn ein Gesuchsteller bei einem Gesuch nach Art. 697b OR nicht eine tatsächlich eingetretene Schädigung, sondern eine bloss drohende Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre glaubhaft macht.<sup>30</sup> Dies wird insbesondere damit begründet, dass das Institut der Sonderprüfung gerade die Kontrolle verstärken und mögliche Schäden präventiv verhindern soll.<sup>31</sup> Diese Argumentation hat einiges für sich, da das Aktienrecht dem Minderheitsaktionär kein wirksames Instrument in die Hand gibt, um eine drohende Schädigung der Gesell-

schaft oder der Aktionäre präventiv zu vereiteln. Insbesondere setzen die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und der dort verwendete Schadensbegriff unter Anwendung der Differenztheorie eine bereits entstandene Schädigung voraus. Auch eine Abberufung von Organen – z.B. zur Verhinderung des Abschlusses eines schädigenden Insichgeschäfts – dürfte der Minderheitsaktionär zumeist nicht durchsetzen können, da die Abberufung durch die Generalversammlung mangels abweichender Statutenbestimmungen einen Mehrheitsbeschluss erfordert.<sup>32</sup> Immerhin können mit der Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR Darlehen an Aktionäre oder nahestehende Personen allenfalls dann zurückgefordert werden, wenn auf Seiten des Darlehensnehmers keine ernst gemeinte Tilgungsabsicht vorliegt (fiktives Darlehen) oder der Schuldner bereits im Zeitpunkt der Darlehensgewährung eindeutig nicht zur Rückzahlung in der Lage ist.<sup>33</sup>

Die Vorlage zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrecht aus dem Jahr 2007 greift diese Kritik am geltenden Gesetzeswortlaut auf: Namentlich muss ein Gesuchsteller gemäss dem Gesetzesentwurf nur noch glaubhaft machen, dass Gesetz oder Statuten verletzt sind und diese Verletzung die Gesellschaft oder die Aktionäre schädigen *kann*.<sup>34</sup> Aufgrund dieser Formulierung wäre es möglich, eine Sonderprüfung auch im Falle einer bloss drohenden Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre zu verlangen. Obwohl eine Gesetzesänderung bisweilen als Ausdruck des heutigen Verständnisses des Gesetzgebers gewertet werden kann,<sup>35</sup> genügt m.E. eine

<sup>25</sup> GRAZIANO PEDROJA, Die Sonderprüfung im neuen Aktienrecht, AJP 1 (1992), 777; CASUTT (FN 21), § 6 Rz. 43.

<sup>26</sup> Art. 697a Abs. 1 OR; vgl. BGE 138 III 252 E. 3.1 S. 257; Urteil des BGer 4C.190/2005 vom 6. September 2006 E. 3.2; siehe zur Voraussetzung der Erforderlichkeit der Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte auch hinten Ziff. III.2.1.

<sup>27</sup> Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>28</sup> BSK OR II-WEBER, Art. 697b OR N 7; CHK-A. RAEMY/S. GABRIEL/D. GIRSBERGER, Art. 697b OR N 7; ANDREAS CASUTT, Was brachte die Sonderprüfung als neues Instrument des Aktionärsschutzes?, Der Schweizer Treuänder 76 (2002), 510.

<sup>29</sup> Urteil des Kantonsgerichts Jura CC 59/2013 vom 4. Oktober 2013 E. 2.3; Urteil des Kantonsgerichts Graubünden PZ 03 127 vom 5. November 2003 E. 12c, in: PGK 2004 S. 162. Dies muss auch vor dem Hintergrund von Art. 42 Abs. 2 OR gelten, welcher in bestimmten Fällen eine Schadensschätzung durch das Gericht zulässt.

<sup>30</sup> Für das Ausreichen einer drohenden Schädigung: PEDROJA (FN 25), 777; vgl. auch ANDREAS BINDER, Die Verfassung der Aktiengesellschaft, Diss. Basel 1987, Grusch 1988, 280, der bei der Würdigung des Entwurfs der Aktienrevision 1991 ganz auf die Voraussetzung einer Schädigung verzichten wollte.

<sup>31</sup> FABRIZIO GABRIELLI, Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung, Diss. Basel, Zürich 1997 (=SSHW 182), 113; kritisch auch das Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 27. Oktober 2011 E. 3a/cc, in: ZWR 2012 S. 288.

<sup>32</sup> Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 703 OR N 15 zur Möglichkeit der Einführung von statutarischen Minderheitsquoten. Eine Einstellung oder die Abberufung der in Art. 726 OR genannten Organe ist dem Verwaltungsrat vorbehalten. Vgl. ferner CASUTT (FN 21), § 6 Rz. 42.

<sup>33</sup> BSK OR II-KURER/KURER, Art. 678 OR N 25 (umstritten ist, ob solche Fälle unter Abs. 1 oder Abs. 2 von Art. 678 OR fallen); LOUIS BOCHUD, Darlehen an Aktionäre aus wirtschaftlicher, zivil- und steuerrechtlicher Sicht, Diss. Bern, Bern 1991 (=BBSW 2), 162 ff. sowie 186 f.; vgl. zu den im Steuerrecht entwickelten Kriterien BGE 138 II 57 E. 3.2 S. 60 f. m.w.N.

<sup>34</sup> Art. 697b Abs. 3 E-OR 2007, in: Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1751–1818; HANS-UELI VOGT/EMANUEL SCHIWOW/KARIN WIEDMER, Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten, AJP 18 (2009), 1365. Im deutschen Aktienrecht müssen bei der Grundform der Sonderprüfung Tatsachen vorliegen, die den Verdacht von erfolgten Unredlichkeiten oder groben Verletzungen des Gesetzes oder der Satzung rechtfertigen (§ 142 Abs. 2 Aktiengesetz); eine eingetretene oder drohende Schädigung ist hingegen keine Voraussetzung für die gerichtliche Bestellung eines Sonderprüfers (§ 142 Abs. 2 Aktiengesetz; vgl. auch §§ 258 und 315 Aktiengesetz betr. weitere Anwendungsfälle der Sonderprüfung). Zur Sonderprüfung nach weiteren ausländischen Rechtsordnungen siehe RONNY JÄNIG, Die aktienrechtliche Sonderprüfung, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur außerordentlichen Kontrolle der Verwaltung im deutschen, schweizerischen, englischen und niederländischen Aktienrecht, Diss. Göttingen, Baden-Baden 2005 (=Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik 193).

<sup>35</sup> Vgl. die Erwähnung der geplanten Gesetzesrevision im Urteil des BGer 4A\_446/2009 vom 8. Dezember 2009 E. 2.4, nicht publ. in:

drohende Schädigung unter geltendem Recht noch nicht, da ein solches Verständnis dem (scheinbar) klaren Gesetzeswortlaut von Art. 697b OR widersprechen würde.<sup>36</sup>

### c. Anforderungen an die Glaubhaftmachung

Wie bereits erwähnt, muss der Gesuchsteller eine Gesetzes- oder Statutenverletzung sowie eine Schädigung der Gesellschaft oder Aktionäre lediglich *glaubhaft* machen. Das Vorhandensein einer Tatsache ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dann glaubhaft gemacht, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sich die Tatsache nicht verwirklichen könnte.<sup>37</sup> Mit anderen Worten darf ein Gericht weder auf blosser Behauptungen abstellen noch einen strikten Beweis verlangen. Bemerkenswert ist, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sich das Glaubhaftmachen bei Art. 697b OR sowohl auf Tat- als auch Rechtsfragen bezieht.<sup>38</sup> Auf Rechtsfragen will dieses Beweismass allerdings nicht recht passen; gemeint ist, dass die rechtlichen Argumente bei summarischer Prüfung<sup>39</sup> als einigermaßen aussichtsreich oder zumindest als vertretbar erscheinen.<sup>40</sup> Teilweise wird daraus abgeleitet, dass das Gericht an die rechtliche Würdigung des Gesuchstellers gebunden ist und damit der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen («iura novit curia») eingeschränkt wird.<sup>41</sup> Klar ist, dass die Sonderprüfung nur dann ein wirksames Mittel des Minderheitenschutzes ist, wenn

keine zu hohen Anforderungen an das Glaubhaftmachen gestellt werden; diese Ansicht dürfte sich mittlerweile auch in der Praxis durchgesetzt haben.<sup>42</sup>

### 1.2 Liegt eine Schädigung im konkreten Fall vor?

#### a. Schädigung aufgrund der Gefährdung der Rückzahlungsforderung

Der Präsident des Appellationsgerichts Basel-Stadt kam zum Schluss, dass der Minderheitsaktionär A. eine tatsächlich eingetretene Schädigung der X. Holding AG glaubhaft gemacht habe. Die Vorinstanz sieht die Schädigung darin, dass der (Verkehrs-)Wert der Forderung der X. Holding AG auf Rückerstattung des dem B. gewährten Darlehens mangels ausreichender Sicherheiten geringer sei als die für das Darlehen eingesetzten Mittel. Namentlich sei «im Strafrecht anerkannt, dass ein Vermögensschaden bereits dann eingetreten ist, wenn das Vermögen in einem Masse gefährdet wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist».<sup>43</sup> Das Bundesgericht hat wie bereits erwähnt explizit offen gelassen, ob eine Gefährdung der Rückzahlungsforderung wegen ungenügender Sicherheiten vorlag und bereits für eine Schädigung im Sinne von Art. 697b Abs. 2 OR ausreichen würde. Handelt es sich bei der von der Vorinstanz festgestellten Schädigung der X. Holding AG um eine tatsächlich eingetretene Schädigung infolge einer Verminderung des Aktivums «Darlehen an B.» oder lässt die Vorinstanz entgegen ihren eigenen Ausführungen<sup>44</sup> eine bloss drohende Schädigung genügen? Im Kern geht es um die Frage, ob für die Feststellung einer Schädigung auf den Nominalwert der Darlehensforderung oder den (allenfalls) tieferen Verkehrswert abzustellen ist.

Wie die Vorinstanz richtig ausgeführt hat, fällt im Strafrecht bereits eine vorübergehende Schädigung oder eine Vermögensgefährdung unter den strafrechtlich relevanten Schadensbegriff. Eine Vermögensgefährdung im Sinne einer Vermögensverminderung wird bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise dann angenommen, «wenn der Gefährdung im Rahmen einer sorgfältigen Bilanzierung durch Wertberichtigung bzw. Rückstellung Rechnung getragen werden muss».<sup>45</sup> Da noch nicht abschliessend

BGE 136 III 107; HANS-UELI VOGT/MARCEL SCHÖNBÄCHLER, Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs der Gesellschaft: Modalitäten der Geltendmachung und Zulässigkeit von Einreden: Besprechung der Bundesgerichtsurteile 4A\_463/2009 vom 7. Dezember 2009 und 4A\_446/2009 vom 8. Dezember 2009, GesKR 2010, 253.

<sup>36</sup> So auch die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1675.

<sup>37</sup> Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 8.1; BGE 130 III 321 E. 3.3 S. 325; BGE 120 II 393 E. 4c S. 397 f. (betr. Sonderprüfung); THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 908.

<sup>38</sup> BGE 120 II 393 E. 4b S. 397 f.; Urteil des BGer 4A\_260/2013 vom 6. August 2013 E. 4.2; Urteil des BGer 4C.64/2003 vom 18. Juli 2003 E. 5.3; BÖCKLI (FN 21), § 16 Rz. 45.

<sup>39</sup> Das Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers wird im summarischen Verfahren beurteilt (Art. 250 lit. c Ziff. 8 ZPO).

<sup>40</sup> BGE 120 II 393 E. 4b S. 397 f.; Urteil des BGer 4A\_260/2013 vom 6. August 2013 E. 4.2; CHRISTOPH LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2003, ZBJV 141/2005, 51; ROLF H. WEBER, Sonderprüfung – Hürdenlauf ohne Ende für den Aktionär?, in: von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 411; KATJA ROTH PELLANDA, Q&A zur Klage auf Durchführung einer Sonderprüfung nach Art. 697a ff. OR, GesKR 2007, 305; RICHARD GASSMANN, Aktienrechtliche Sonderprüfung – doch mehr als nur ein Papiertiger?, recht 1995, 238 f. mit einer weitgehenden Interpretation der Tragweite der Pflicht, auch Rechtsfragen glaubhaft zu machen.

<sup>41</sup> Sehr weitgehend GASSMANN (FN 40), 238 f., der eine Bindung des Gerichts an die von den Parteien in den Prozess eingebrachten Tatsachen propagiert; vgl. hinten Ziff. III.1.2b.

<sup>42</sup> CASUTT (FN 28), 510; WEBER (FN 40), 411.

<sup>43</sup> Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt ZK.2012.15 vom 4. Januar 2013 E. 5; siehe auch die Rekapitulation des Bundesgerichts im Urteil 4A\_129/2013 E. 6.3.

<sup>44</sup> Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt ZK.2012.15 vom 4. Januar 2013 E. 3.

<sup>45</sup> BGE 122 IV 279 E. 2a S. 281; BGE 129 IV 124 E. 3.1 S. 125 f.; MARTIN SCHUBARTH, Vermögensschaden durch Vermögensgefährdung, in: Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier, ZStrR 1996 (114), 78 f.; FRANZ SCHENKER/PETRA HAUSER, Auswirkungen einer strafrechtlichen Verurteilung auf die zivilrechtliche Haftung, in: Theodor Bühler/Martin Kilias, Unternehmensstrafrecht und Produktsicherheit, Zürich/Basel/Genf 2013, 100 f.; ANDREW M. GARBARSKI, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Diss. Lausanne, Zürich/Basel/Genf 2006 (=SSHW 247), 286 f.; SUTER (FN 23), 32.

geklärt ist, ob der strafrechtliche und zivilrechtliche Schadensbegriff identisch sind,<sup>46</sup> dürfen die strafrechtlichen Überlegungen zur Vermögensgefährdung nicht unbesehen auf den zivilrechtlichen Schadensbegriff übertragen werden.<sup>47</sup> Aus Sicht der Rechnungslegung werden Aktivdarlehen grundsätzlich zum Nominalwert bilanziert.<sup>48</sup> Die Notwendigkeit und die Höhe von Wertberichtigungen sind im Einzelfall aufgrund der finanziellen Situation des Schuldners, unter Berücksichtigung der erhaltenen Sicherheiten festzustellen.<sup>49</sup> Im vorliegenden Fall ist nicht bekannt, zum welchem Wert das Darlehen an B. verbucht wurde und ob eine Wertberichtigung erfolgt ist oder hätte erfolgen müssen. Dem vorinstanzlichen Urteil kann lediglich entnommen werden, dass gemäss dem Vorbringen der X. Holding AG die Revisionsstelle das Darlehen geprüft habe und zum Schluss gekommen sei, dass die Grundsätze der Rechnungslegung nach dem massgeblichen Standard eingehalten wurden.<sup>50</sup>

Bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit soll grundsätzlich das Vorliegen eines Bilanzschadens genügen.<sup>51</sup> Der hier interessierende Fall, nämlich die Verbuchung eines Aktivums unter dem Nominalwert – ob ursprünglich oder infolge einer Wertberichtigung – wird allerdings nicht thematisiert. Aus Sicht der Differenztheorie ist zumindest fraglich, ob ein unter dem Nominalwert liegender Verkehrswert – unabhängig davon, ob dies in der Bilanz reflektiert wird – für die Feststellung einer tatsächlich erfolgten Schädigung relevant ist. Ungereimtheiten bestünden insbesondere dann, wenn neben einem bereits erfolgreich geltend gemachten Schadenersatzanspruch die ursprüngliche Forderung dennoch vollumfänglich durchgesetzt werden könnte oder wenn sich der Schuldner finanziell erholt.<sup>52</sup> In diesem Zusammenhang sind die Überlegungen zur Klageberechtigung der Gläubiger beim Gesellschaftsschaden gemäss Art. 754 OR interessant. Art. 756 f. OR sehen vor, dass die Gläubiger bei einer Organhaftung den Gesellschaftsschaden erst im Konkurs der geschädigten Gesellschaft geltend machen

können. Diese gesetzliche Regelung wird damit begründet, dass erst im Konkurs der (teilweise) Forderungsausfall des Gläubigers definitiv feststeht. Ausserhalb des Konkurses wird bei alleiniger Bonitätsverminderung der geschädigten Gesellschaft hingegen noch nicht von einer indirekten Schädigung der Gläubiger gesprochen, da dem Gläubiger immer noch ein Erfüllungsanspruch gegenüber der Gesellschaft zusteht.<sup>53</sup> Bei dieser Betrachtungsweise wird also auf den Nominalwert abgestellt.<sup>54</sup> In die gleiche Richtung zielt ein nichtpublizierter kaufrechtlicher Entscheid des Bundesgerichts, wonach ein (zivil-)rechtlich relevanter Schaden dann vorliegt, wenn der Verlust feststeht; dies soll grundsätzlich erst der Fall sein, wenn der Kaufpreisgläubiger die Forderung auf dem Rechtsweg nicht vollstrecken kann (sofern die Rechtsdurchsetzung zumutbar ist).<sup>55</sup> Aufgrund dieser Überlegungen ist zumindest fraglich, ob die Differenz zwischen dem Nominalwert und dem (angeblich) tieferen Verkehrswert einer Forderung<sup>56</sup> bereits eine zivilrechtliche Schädigung bedeutet. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass die Zusprennung von Schadenersatz nach der bundesgerichtlichen Formel voraussetzt, dass der Eintritt des geltend gemachten Schadens nicht bloss im Bereich des Möglichen liegen darf, sondern als annähernd sicher erscheinen muss.<sup>57</sup>

Die Vorinstanz hat m.E. dennoch richtig entschieden: Bei der Sonderprüfung dürfte unter dem geltenden Gesetzeswortlaut zwar eine drohende Schädigung nicht ausreichen. Ob eine Vermögensgefährdung bzw. ein tieferer Verkehrswert einer Forderung bereits eine tatsächliche Schädigung bedeutet, ist allerdings eine Rechtsfrage. Für das Glaubhaftmachen von Rechtsfragen ist wie erwähnt lediglich erforderlich, dass die rechtlichen Argumente als einigermaßen aussichtsreich oder zumindest als vertretbar erscheinen. Aufgrund der aufgezeigten Rechtslage

<sup>46</sup> SUTER (FN 23), 31 ff.; SCHENKER/HAUSER (FN 45), 100 f.; THOMAS KOLLER, Bemerkungen zur Subjektivierung des Vermögensbegriffs im Privatrecht, recht 1994, 25 FN 2.

<sup>47</sup> Im Urteil des BGer 4A\_166/2007 vom 23. August 2007 E. 3 konnte diese Frage offen gelassen werden.

<sup>48</sup> Art. 960 Abs. 3 OR, Art. 960a Abs. 2 und Abs. 3 OR; Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten (Hrsg.), Band 1: Buchführung und Rechnungslegung, Zürich 2009, 228.

<sup>49</sup> Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung (FN 48), 229. Eine Wertberichtigung ist ein Korrekturposten zu einem Aktivum für bereits eingetretene Entwertung oder noch zu erwartende Vermögenseinbussen (Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung [FN 48], 230).

<sup>50</sup> Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt ZK.2012.15 vom 4. Januar 2013 E. 4.4.3.

<sup>51</sup> SUTER (FN 23), 19 ff.

<sup>52</sup> Diese Bedenken dürften immerhin im Falle von simulierten Darlehen an Aktionäre oder nahestehende Personen wegfallen, wo nicht mehr mit deren Rückzahlung zu rechnen ist (vgl. dazu vorne Ziff. III.1.1b sowie FN 33).

<sup>53</sup> HANS PETER WALTER, Ungereimtheiten im Verantwortlichkeitsrecht, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern/Stuttgart/Wien 2003 (=SSPHW 65), 91; ISABELLE ROMY, Responsabilité des organes: jurisprudence actuelle sur la qualité pour agir des créanciers et le dommage direct et indirect, in: Pierre-Louis Imsand (Hrsg.), La responsabilité civile dans l'entreprise, Lausanne 2003, 4.

<sup>54</sup> VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER (FN 23), 8 FN 42; immerhin soll gemäss BÖCKLI eine Vermögenseinbusse aus Bonitätsminderung, insbesondere bei eingetretenem Kapitalverlust, ausnahmsweise als direkter Schaden gestützt auf Art. 41 OR oder gestützt auf den Tatbestand der Vertrauenshaftung einklagbar sein (BÖCKLI [FN 21], § 18 Rz. 268 f.).

<sup>55</sup> Urteil des BGer 4C.137/2006 vom 17. Januar 2006 E. 3.3.2; SUTER (FN 23), 21 bezeichnet diesen Entscheid als einen «Ausreisser», da er sich nicht mit der bisherigen Rechtsprechung auseinandergesetzt hat (SUTER [FN 23], 21).

<sup>56</sup> Unabhängig davon, ob der (angeblich) tiefere Verkehrswert bei der Bewertung in der Bilanz erfasst wird.

<sup>57</sup> BGE 132 III 379 E. 3.1 S. 381; Urteil des BGer 4A\_166/2007 vom 23. August 2007 E. 3. Vgl. auch BGE 113 II 52 ff. (im Zeitpunkt des Ausscheidens der Verwaltungsratsmitglieder wurde das Vorliegen einer Schädigung verneint, da die Bonität der Darlehensnehmerin und Hauptaktionärin noch derart gut war, dass keine «Rückstellungen» gebildet werden mussten).

erscheint die rechtliche Argumentation vertretbar und somit als glaubhaft gemacht, dass die X. Holding AG aufgrund des geringeren (Verkehrs-)Werts ihrer Forderung auf Rückerstattung des dem B. gewährten Darlehens bereits geschädigt ist.<sup>58</sup> Ob diese Argumentation auch vor dem Sachrichter in einem Verantwortlichkeitsprozess erfolgreich wäre, ist eine andere Frage.

## b. Entgangener Gewinn

Das Bundesgericht hat im vorliegenden Entscheid eine Schädigung der X. Holding AG in der Form eines entgangenen Gewinns als glaubhaft erachtet, da das Darlehen nach den verbindlichen vorinstanzlichen Erwägungen nicht zu marktüblichen Konditionen gewährt wurde.<sup>59</sup> Im vorinstanzlichen Entscheid finden sich diesbezüglich keine Erwägungen, und es ist auch nicht ersichtlich, dass der Geschuchsteller A. sich auf einen entgangenen Gewinn berufen hätte.<sup>60</sup> Wie bereits erwähnt, fällt auch ein entgangener Gewinn unter den massgeblichen Schadensbegriff und liegt dann vor, wenn sich das Vermögen des Geschädigten ohne das schädigende Ereignis vergrössert hätte.<sup>61</sup> Damit ein entgangener Gewinn ersetzt wird, muss es sich allerdings um einen üblichen Gewinn oder sonstwie sicher in Aussicht stehenden Gewinn handeln.<sup>62</sup>

Die vorliegenden Überlegungen des Bundesgerichts zum entgangenen Gewinn sind auf den ersten Blick sehr einleuchtend, greifen aber wohl zu kurz. So äussert sich das Bundesgericht nicht zu den weiteren Erfordernissen für den Ersatz von entgangenem Gewinn, namentlich, dass der X. Holding AG ein üblicher Gewinn oder sonstwie sicher in Aussicht stehender Gewinn entgangen sei. Das Bundesgericht führt lediglich aus, dass die «Vorinstanz mit anderen Worten [festgestellt hat], dass die Beschwerdeführerin das Geld zu marktüblichen Konditionen (Sicherheiten, Laufzeit, Zins) hätte anlegen können und ihr ein dementsprechender Gewinn entgangen sei». Bei Durchsicht des vorinstanzlichen Entscheids fällt auf, dass insbesondere das Fehlen von Sicherheiten als nicht

marktüblich qualifiziert wird; ferner wird die fragliche Bonität des B. hervorgehoben und erwähnt, dass der Zinssatz für die Zeit vom 1. Januar bis 30. September 2012 bloss 1.2454 %<sup>63</sup> betragen habe.<sup>64</sup> Dem vorinstanzlichen Entscheid sind hingegen keine Feststellungen zu entnehmen, dass der X. Holding AG ein sicher in Aussicht stehender Gewinn entgangen ist. Das Bundesgericht ist an diesen Sachverhalt grundsätzlich gebunden. Dementsprechend müsste argumentiert werden, dass der X. Holding AG ein üblicher Gewinn entgangen ist. In diese Richtung scheint das Bundesgericht mit der soeben zitierten Verweisung auf die vorinstanzlichen Erwägungen zu tendieren. Mit den verhältnismässig kurzen Erwägungen zur Schädigung gemäss Art. 697b OR macht das Bundesgericht jedoch klar, dass es keine zu hohen Anforderungen an das Glaubhaftmachen der Schädigung stellen will. Dies ist sicherlich zu begrüßen, da die Hürde einer bereits eingetretenen Schädigung kritisiert wird und die Geschuchsteller im kantonalen Verfahren nicht selten an dieser Hürde scheitern.<sup>65</sup> Ferner ist aus Sicht des Bundesgerichts ebenfalls klar, dass es sich nicht an die rechtliche Würdigung des Geschuchstellers bzw. der Vorinstanz gebunden fühlt.<sup>66</sup>

## 2. Weitere Bemerkungen

### 2.1 Rechtsschutzinteresse und Erforderlichkeit der Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte

Eine Sonderprüfung ist nur zulässig, sofern die Abklärung der Sachverhalte «zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist».<sup>67</sup> Unter diesem Kriterium wird von der Lehre zumeist verlangt, dass der Geschuchsteller über ein aktuelles Rechtsschutzinteresse verfügt; es muss ein erkennbarer Zusammenhang zwischen dem Sonderprüfungsbegehren und der Ausübung der Aktionärs-

<sup>58</sup> Zu wenig Anhaltspunkte liefert der Sachverhalt, ob eine Rückerstattungsklage gemäss Art. 678 OR möglich wäre (vgl. dazu vorne Ziff. III.1.1b sowie FN 33).

<sup>59</sup> Eine ähnliche Argumentation findet sich im Urteil des Kantonsgerichts Graubünden PZ 03 127 vom 5. November 2003 E. 12c, in: PGK 2004 S. 162; vgl. auch ROLF SETHE/FABIO ANDREOTTI, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht, SJZ 109 (2013), 494.

<sup>60</sup> Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt ZK. 2012.15 vom 4. Januar 2013 E. 5 (Erwägungen betreffend Schädigung gemäss Art. 697b OR).

<sup>61</sup> Urteil des BGer 4C.52/2007 vom 14. Mai 2007 E. 3.1; SUTER (FN 23), 28.

<sup>62</sup> BGE 132 III 379 E. 3.3.3 S. 384 (Schutzrechtsinhaber kann bei einer Patentverletzung nur dann Schadenersatz in der Höhe der Vergütung für einen Lizenzvertrag verlangen, wenn feststeht, dass ein Lizenzvertrag über das Schutzrecht hätte abgeschlossen werden können); BGE 82 II 397 E. 6 S. 401; Urteil des BGer 4A\_401/2009 vom 15. Januar 2010 E. 2.3; BK-BREHM, Art. 41 OR N 70e; SUTER (FN 23), S. 28.

<sup>63</sup> Bei der Beurteilung des Zinses hätte sich ein Vergleich zu den im Rundschreiben der ESTV betr. «Steuerlich anerkannte Zinssätze 2012 für Vorschüsse oder Darlehen in Schweizer Franken» festgelegten Prozentsätzen aufgedrängt.

<sup>64</sup> Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt ZK.2012.15 vom 4. Januar 2013 E. 4.4.2.

<sup>65</sup> Vorne Ziff. III.1.1b; vgl. für ein Scheitern an dieser Hürde beispielsweise: Urteil des Handelsgerichts Zürich HE120283 vom 27. Dezember 2012 E. 6; Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 27. Oktober 2011 E. 3c, in: ZWR 2012 S. 290 ff.; Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 17. Dezember 2001 E. 3.5, in: GVP 2001 S. 145 ff.; vgl. als erfolgreiches Gegenbeispiel: Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern 11 07 84 vom 5. November 2007 E. 5.3.3, in: LGVE 2007 I Nr. 25 S. 55 ff.

<sup>66</sup> Vorne Ziff. III.1.1c. Vgl. Art. 106 BGG zum Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen vor dem Bundesgericht.

<sup>67</sup> Art. 697a Abs. 1 OR. Diese Voraussetzung ist auch beim Gesuch um gerichtliche Einsetzung eines Sonderprüfers nach Art. 697b OR anwendbar (BSK OR II-WEBER, Art. 697a OR N 24).

rechte<sup>68</sup> bestehen.<sup>69</sup> Diese Voraussetzung soll dann nicht gegeben sein, wenn der Gesuchsteller die Aktionärsrechte beispielsweise wegen Verwirkung oder Verjährung oder aus anderen Gründen gar nicht mehr durchsetzen kann.<sup>70</sup> Ferner soll es an dieser Voraussetzung auch bei rechtsmissbräuchlichen Fragen, bei Anfragen zu persönlichen Verhältnissen von Organpersonen oder bei bereits bekannten Sachverhalten fehlen. Sofern der Verwaltungsrat die Fragen bereits im Rahmen eines Auskunftsgesuchs beantwortet hat, muss der Gesuchsteller bei vernünftiger Betrachtung Anlass haben, an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Antworten des Verwaltungsrates zu zweifeln.<sup>71</sup> Unklar ist, ob und inwieweit dieses verlangte Rechtsschutzinteresse der allgemeinen Prozess- bzw. Sachurteilsvoraussetzung des «schutzwürdigen Interesses» in Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO entspricht. Gemäss einem Teil der Lehre muss klar zwischen dem prozessualen Rechtsschutzinteresse, dessen Fehlen ein Nichteintreten zur Folge hat, und dem (materiellen) Kriterium der Erforderlichkeit der Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte unterschieden werden.<sup>72</sup> In der Tat scheinen bei der Sonderprüfung unter dem Begriff des Rechtsschutzinteresses teilweise materiellrechtliche Konzepte (materielle Tatbestandsvoraussetzung; Rechtsmissbrauch) und prozessuale Konzepte (Rechtsschutzinteresse als Prozess- bzw. Sachurteilsvoraussetzung) vermengt zu werden; unklar bleibt aber in jedem Fall die Grenzziehung, namentlich welche Anwendungsfälle unter das prozessuale Rechtsschutzinteresse und welche unter das Kriterium der Erforderlichkeit der Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte fallen sollen.

Das Bundesgericht hat bislang ähnlich wie der Grossteil der Lehre das Kriterium der Erforderlichkeit der Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte und das Rechtsschutzinteresse unter dem gleichen Titel bzw. in der gleichen Erwägung abgehandelt.<sup>73</sup> Im hier besprochenen Entscheid führt das Bundesgericht jedoch eine

Differenzierung ein. Unter dem Titel des (fehlenden) aktuellen Rechtsschutzinteresses behandelt das Bundesgericht einzig diejenige Konstellation, in welcher die abzuklärenden Sachverhalte bereits bekannt sind bzw. offen zu Tage liegen.<sup>74</sup> Das Bundesgericht geht sodann unter dem Titel des Gegenstands der Sonderprüfung auf die Frage ein, ob die Abklärung der fraglichen Sachverhalte zur Ausübung der Aktionärsrechte, namentlich der Verantwortlichkeitsklage, erforderlich ist.<sup>75</sup> Ob das Bundesgericht diese Differenzierung bewusst eingeführt hat und neu das Kriterium des Rechtsschutzinteresses enger auslegen will, ist unklar, da der Bundesgerichtsentscheid zur Frage der Abgrenzung keine Ausführungen enthält.

Aus praktischer Sicht jedoch interessanter ist, dass das Bundesgericht die Schwelle beim Rechtsschutzinteresse bzw. beim Kriterium der Erforderlichkeit der Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte nicht zu hoch angesetzt hat.<sup>76</sup> Zu Recht hält das Bundesgericht die Frage nach dem Zweck des Darlehens für eine etwaige Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit für relevant, insbesondere vor dem Hintergrund der Beurteilung der Angemessenheit der eingeräumten Sicherheiten.<sup>77</sup> Wertvoll aus praktischer Sicht ist auch die Klarstellung, dass es sich bei der Frage nach dem Zweck des Darlehens noch um eine zulässige Untersuchung einer Beziehung der Gesellschaft zu einem Dritten handelt. Das im vorliegenden Entscheid in diesem Zusammenhang aufgeführte Beispiel – mit einer Sonderprüfung könnte erforscht werden, «ob die Gesellschaft durch ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten indirekt gesetzes- oder statutenwidrige Zwecke verfolgt» – ist bereits in die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts eingeflossen.<sup>78</sup> Mit Bezug auf das Kriterium der Erforderlichkeit der Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte äussert sich das Bundesgericht dagegen nicht, wie weit der materielle Anspruch (z.B. Verantwortlichkeitsanspruch) bereits im Verfahren der Sonderprüfung geprüft werden darf. Es ist aus meiner Sicht fraglich, ob der Summarrichter bereits alle denkbaren Verteidigungsmittel der Ver-

<sup>68</sup> Bei den Aktionärsrechten kann es sich neben der Verantwortlichkeitsklage beispielsweise auch um die oppositionelle Ausübung von Mitwirkungsrechten handeln (Böckli [FN 21], § 16 Rz. 50).

<sup>69</sup> CASUTT (FN 21), § 6 Rz. 8 ff.; BSK OR II-WEBER, Art. 697a OR N 25.

<sup>70</sup> Böckli (FN 21), § 16 Rz. 50 FN 101.

<sup>71</sup> BSK OR II-WEBER, Art. 697a OR N 25.

<sup>72</sup> LARISSA MAROLDA MARTINEZ, Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2006 (=SSHW 248), 253 (betr. Sonderprüfung) sowie 142 ff. (betr. Auskunftsrecht des Aktionärs); PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern, Bern 2001, § 12 Rz. 74; kritisch teilweise auch die Prozessrechtsliteratur: DOMINIK VOCK, Prozessuale Fragen bei der Durchsetzung von Aktionärsrechten, Diss. Zürich, Zürich 2000 (=ZStV 114), 48 und 79; KATJA ROTH PELLANDA (FN 40), 304, KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 84 ZPO N 7, wonach für das Fehlen des Rechtsschutzinteresses Beispiele aufgeführt werden, in welchen in Wahrheit der geltend gemachte Anspruch untergegangen ist und daher eine Klageabweisung erfolgen müsste.

<sup>73</sup> BGE 138 III 252 E. 3.1 S. 257; Urteil des BGer 4A\_359/2007 vom 26. November 2007 E. 3.4; Urteil des BGer 4C.165/2004

vom 30. Juli 2004 E. 5.1–5.3; so auch das Urteil des HGer ZH HE120283 vom 27. Dezember 2012 E. 5.5.

<sup>74</sup> Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 5.1 (unter Bezugnahme auf die Erforderlichkeit nach Art. 697 Abs. 1 OR). Das Bundesgericht hält diesbezüglich ebenfalls fest, dass bei bereits erteilten Auskünften die Aktionäre vernünftigen Anlass haben müssen, an der Vollständigkeit oder an der Richtigkeit der vom Verwaltungsrat erteilten Auskünfte zu zweifeln.

<sup>75</sup> Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 7.2 (nicht im Falle einer Sonderprüfung zur reinen Ausforschung, in der Hoffnung auf eine bislang nicht bekannte Rechtsverletzung zu stossen).

<sup>76</sup> Tendenziell noch strenger das Urteil des BGer 4C.179/2005 vom 2. November 2005 E. 4.1.

<sup>77</sup> Die X. Holding AG hat lediglich bekannt gegeben, dass das Darlehen weder für den Erwerb von Konsumgütern noch für den Kauf von Aktien oder Immobilien gewährt worden sei (Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 7.2.2).

<sup>78</sup> Urteil des BGer 4A\_260/2013 vom 6. August 2013 E. 4.1 (Verweisung auf Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 7.2.2).

waltungsratsmitglieder, vorgebracht durch die Gesellschaft als Gesuchsgegnerin, prüfen soll.<sup>79</sup>

## 2.2 Abklärung bestimmter Sachverhalte als Gegenstand der Sonderprüfung

Mit der Sonderprüfung können «bestimmte Sachverhalte» abgeklärt werden.<sup>80</sup> Somit können einzig Tatfragen Gegenstand einer Sonderprüfung bilden, hingegen nicht Rechtsfragen.<sup>81</sup> Für die Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatfragen kann auf die Grundsätze des Zivilprozesses zurückgegriffen werden.<sup>82</sup> Ferner kann ein Sonderprüfer auch nicht Ermessensentscheide oder die Frage der Zweckmässigkeit oder Angemessenheit von Geschäftsentscheiden<sup>83</sup> untersuchen.<sup>84</sup> Da gemäss Art. 697a Abs. 1 OR lediglich *bestimmte* Sachverhalte Gegenstand der Sonderprüfung bilden, kann keine umfassende Untersuchung der Geschäftsführung vorgenommen werden.<sup>85</sup> Im künftigen Recht soll der limitierte Gegenstand bzw. die Natur des Instituts durch eine Umbenennung von Sonderprüfung in Sonderuntersuchung besser zum Ausdruck kommen.<sup>86</sup>

Das Bundesgericht bestätigt zunächst betreffend den Gegenstand der Sonderprüfung – nämlich die Ermittlung konkreter Tatsachen – seine bisherige Rechtsprechung und die Auffassung der Lehre.<sup>87</sup> Aus praktischer Sicht interessant ist die konkrete Qualifikation der vom Gesuchsteller beantragten Fragen. Zu Recht hat das Bundesgericht die Frage, wieso der Verwaltungsrat und/oder der Verwaltungsratspräsident die Meinung vertritt, dass der Bonus eine valable Sicherheit für das Darlehen darstelle, als eine Tatfrage qualifiziert; die Frage zielt auf die Ermittlung der massgeblichen Faktenlage beim Ent-

scheid über die Darlehensvergabe ab.<sup>88</sup> Dies deckt sich mit der zivilprozessualen Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatfragen, welche beispielsweise bei der Abgrenzung der Beschwerdegründe nach Art. 320 ZPO massgebend ist.<sup>89</sup> Als Sachverhalts- bzw. Tatfragen gelten die Feststellungen der Vorinstanz «darüber, was die Parteien dachten, wussten und wollten».<sup>90</sup> Auch die Zulassung der Frage, welche Massnahmen der Verwaltungsrat der X. Holding AG im Zusammenhang mit dem Darlehen zur Vermeidung eines Interessenkonflikts getroffen habe, ist vor dem Hintergrund der Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatfrage sicherlich richtig. Die zugelassene Frage wurde nach Ansicht der X. Holding AG jedoch bereits ausführlich beantwortet.<sup>91</sup> Dieser Einwand hätte zusätzlich unter dem Titel des fehlenden Rechtsschutzinteresses im Falle bekannter Sachverhalte geprüft werden müssen.

## IV. Bedeutung für die Praxis

Aus Sicht der Praxis stellt sich die Frage, ob mit diesem Entscheid die Anforderungen an ein erfolgreiches Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers gemäss Art. 697b OR gelockert wurden, mithin der Minderheitenschutz verstärkt wird. Zunächst ist festzuhalten, dass der Prozess um die Einsetzung eines Sonderprüfers vor den kantonalen Gerichten<sup>92</sup> gewonnen oder verloren wird. Bei Durchsicht der ca. 20 Bundesgerichtsentscheide der letzten zehn Jahre betreffend den Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers gemäss Art. 697b OR fällt nämlich auf, dass ein Weiterzug an das Bundesgericht kaum je erfolgreich gewesen ist.<sup>93</sup> Ein Grund dafür ist die generelle beschränkte Überprüfungsmöglichkeit des Bundesgerichts im Rahmen der zivilrechtlichen Beschwerde, namentlich können der Sachverhalt und die Beweiswürdigung kaum überprüft werden. Dies verstärkt sich bei der Sonderprüfung noch aufgrund der Tatsache, dass die Voraussetzungen des Gesuchs lediglich glaubhaft gemacht werden müssen. Es gilt somit,

<sup>79</sup> Siehe Urteil des HGer ZH HE120283 vom 27. Dezember 2012 E. 5.5 als Beispiel für eine (zu) weitgehende Prüfung eines möglichen Verantwortlichkeitsanspruchs im Rahmen der Beurteilung des Rechtsschutzinteresses.

<sup>80</sup> Art. 697 Abs. 1 OR; siehe auch Art. 697c Abs. 2 OR betr. Umschreibung des Prüfgegenstands.

<sup>81</sup> BGE 138 III 252 E. 3.1 S. 257; BSK OR II-WEBER, Art. 697a OR N 17; CASUTTI (FN 21), § 6 Rz. 21 ff.

<sup>82</sup> GABRIELLI (FN 31), 80 f.; BSK OR II-WEBER, Art. 697a OR N 17.

<sup>83</sup> Zur neueren Rechtsprechung zur Schweizer «Business Judgment Rule» siehe HANS-UELI VOGT/MICHAEL BÄNZIGER, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, 607 ff. (betrifft das Urteil des BGer 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012); DANIEL BRUGGER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden, SZW 85 (2013), 178 ff. (betrifft BGE 139 III 24).

<sup>84</sup> BSK OR II-WEBER, Art. 697a OR N 17 (keine «fishing expedition»).

<sup>85</sup> BSK OR II-WEBER, Art. 697a OR N 23; ROTH PELLANDA (FN 40), 303 f.

<sup>86</sup> Vgl. Marginalie zu Art. 697a–697g E-OR 2007 (FN 34); ROLF H. WEBER/ORSOLYA FERCSIK SCHNYDER, Von der Sonderprüfung zur Sonderuntersuchung, GesKR-Sondernummer 2008, 115.

<sup>87</sup> Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 7.1.1. Wie bereits erwähnt, handelte das Bundesgericht unter dem Titel des Gegenstands der Sonderprüfung auch das Kriterium der Erforderlichkeit der Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte ab.

<sup>88</sup> Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 7.1.2.

<sup>89</sup> Die Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatfragen ist auch beim Gegenstand eines Schiedsgutachtens gemäss Art. 189 ZPO massgebend, da lediglich «streitige Tatsachen», hingegen keine Rechtsfragen, Gegenstand eines Schiedsgutachtens bilden können.

<sup>90</sup> BGE 132 III 24 E. 4 S. 28; DEMIAN STAUBER, in: Oliver Kunz, Urs H. Hoffmann-Nowotny/Demian Stauber (Hrsg.), ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Kommentar zu den Art. 308–327a ZPO, Art. 320 ZPO N 9.

<sup>91</sup> Gemäss Auskunft der X. Holding AG habe sich der Verwaltungsratspräsident bei der Abstimmung der Stimme enthalten, das Traktandum sei unter Führung des Verwaltungsratsmitglieds D. behandelt worden und das Rechtsgeschäft sei zu «at arm's length»-Konditionen abgeschlossen worden.

<sup>92</sup> Nach Art. 5 Abs. 1 lit. g ZPO ist nur noch eine einzige kantonale Instanz für die Beurteilung eines Gesuchs gemäss Art. 697b Abs. 2 OR zuständig.

<sup>93</sup> Ein Beispiel für einen erfolgreichen Weiterzug ist BGE 133 III 133 ff.

was bereits CASUTT / GRUN MEYER festgehalten haben: Ein Sonderprüfungsverfahren muss gut vorbereitet werden, was bereits mit der Stellung der richtigen (zulässigen) Fragen an der Generalversammlung beginnt.<sup>94</sup> Diesbezüglich liefert der vorliegende Bundesgerichtsentscheid gutes Anschauungsmaterial: Namentlich kann der Bundesgerichtsentscheid mit Blick auf den Gegenstand der Sonderprüfung und die eher grosszügige Zulassung von Fragen einem künftigen Gesuchsteller bzw. seinem Rechtsvertreter in der Praxis als wertvolles Präjudiz dienen. Insbesondere zeigt sich, dass Fragen trotz bereits erteilter Informationen sehr weitgehend zugelassen werden, solange sie der Ausübung von Aktionärsrechten wie beispielsweise einer Verantwortlichkeitsklage dienen. Dies sollte beim Verfassen eines Sonderprüfungsgesuchs immer im Auge behalten werden: Es muss dem Gericht aufgezeigt werden, warum die konkrete Sachverhaltsfrage für die Ausübung eines Aktionärsrechts relevant ist. Aus Sicht der Gesellschaft bzw. des Verwaltungsrates zeigt sich, dass ein Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers ernst genommen werden sollte. Will ein zeit- und kostenintensives Sonderprüfungsverfahren abgewendet werden, gilt bei der Beantwortung von Fragen eines Minderheitsaktionärs der Grundsatz der vollen Transparenz; der Versuch, den Gesuchsteller mit allgemeinen Aussagen ruhig zu stellen, ist – wie der vorliegende Entscheid aufzeigt – risikobehaftet. So reicht es bei der Frage nach dem Zweck des Darlehens beispielsweise nicht, wenn lediglich im Sinne eines Negativkatalogs erwähnt wird, welchem Zweck das Darlehen nicht dient.<sup>95</sup> Im Gegenteil, damit wird dem Gericht eher der Eindruck vermittelt, dass etwas verheimlicht werden soll.

In der Praxis sicherlich auch von Interesse sind die allenfalls gemilderten Anforderungen an die Glaubhaftmachung einer Schädigung. Wie erwähnt, scheiterten zahlreiche Sonderprüfungsbegehren an diesem Kriterium. Sowohl die vorinstanzlichen als auch die bundesgerichtlichen Erwägungen nähren die Hoffnung, dass die Gerichte bei diesem Kriterium in Zukunft grosszügiger sein werden. In diesem Punkt sollte bei der Begründung des Gesuchs herausgestrichen werden, dass im Stadium der Einsetzung des Sonderprüfers noch nicht definitiv über die tatsächliche Schädigung und die Schadhöhe entschieden werden muss, sondern dies dem Sachrichter in einem nachfolgenden Prozess obliegt.

Ob mit diesem Entscheid tatsächlich eine mildere Praxis betreffend die Einsetzung eines Sonderprüfers eingeleitet worden ist, wird sich noch weisen müssen. Denn nur

knapp zwei Monate nach dem hier besprochenen Entscheid hat das Bundesgericht einen (eher strengen) Entscheid des Kantonsgerichts Zug geschützt, welcher die Einsetzung eines Sonderprüfers mangels ausreichender Glaubhaftmachung einer Gesetzesverletzung (Interessenkonflikt) verweigerte.<sup>96</sup> Aus Sicht des Minderheitenschutzes sicherlich zu begrüßen wäre, wenn die Aktienrechtsrevision – wie im Entwurf 2007 geplant – das Kriterium der Schädigung mildern würde.<sup>97</sup> Auch die weiteren im Entwurf 2007 vorgesehenen Revisionspunkte verstärken den Minderheitenschutz, namentlich die Beseitigung der im Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» festgestellten Schwächen der zu hohen Schwellenwerte<sup>98</sup> und der Kostentragung für das Bewilligungsverfahren.<sup>99</sup>

<sup>94</sup> ANDREAS CASUTT/CATHERINE GRUN MEYER, Antrag an die Generalversammlung und Glaubhaftmachung einer Rechtsverletzung als Voraussetzungen für eine Sonderprüfung: Besprechung von BGE 138 III 246 ff. und BGE 138 III 252 ff., GesKR 2012, 594.

<sup>95</sup> Die X. Holding AG hat lediglich bekannt gegeben, dass das Darlehen weder für den Erwerb von Konsumgütern noch für den Kauf von Aktien oder Immobilien gewährt worden sei (Urteil des BGer 4A\_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 7.2.2).

<sup>96</sup> Urteil des BGer 4A\_260/2013 vom 6. August 2013 E. 4.

<sup>97</sup> Dazu vorne Ziff. III.1.1b; zum Stand der Aktienrechtsrevision siehe <http://www.geskr.ch/geskr-dossier-aktienrechtsrevision>; für einen Ausblick de lege ferenda vgl.: VOGT/SCHWOW/WIEDMER (FN 34), 1359 ff.; WEBER/FERCSIK SCHNYDER (FN 86), GesKR-Sondernummer 2008, 113 ff.; ROLF H. WEBER, Informationsrechte des Aktionärs, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich/St. Gallen 2010 (=SSHW 300), 207 ff.

<sup>98</sup> Folgende Schwellenwerte sollen neu zur Anwendung kommen: Bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien: (i) 0.5 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen oder (ii) Aktien im Nennwert von 1 Million Franken; bei Gesellschaften ohne börsenkotierte Aktien: (i) 5 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen oder (ii) Aktien im Nennwert von 250'000 Franken (Art. 697b Abs. 1 Ziff. 1 E-OR 2007 [FN 34]).

<sup>99</sup> PETER BÖCKLI/CLAIRE HUGUENIN/François DESSEMONTET, Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate-Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts vom 30. September 2003, in: SnA 21, Zürich 2004, 135 ff. Die ebenfalls geforderte Verkürzung des Rechtsmittelwegs wurde durch Art. 5 Abs. 1 lit. g ZPO i.V.m. mit den entsprechenden kantonalen Vorschriften bereits umgesetzt (vorne FN 92).