Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

Revue de la société des juristes bernois

156. Jahrgang
Erscheint
jeden Monat
Januar
2020

1 2020
www.zbjv.ch

ZBJV

Organ für schweizerische Rechtspflege und Gesetzgebung

Redaktoren
Prof. Dr. Jörg Schmid
Prof. Dr. Frédéric Krauskopf

Stämpfli Verlag AG Bern

Stämpfli Verlag

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

1 Wertungswidersprüche in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Mietrecht
Von Prof. em. Dr. Dr. h. c. Thomas Koller, Bern

21 Leichte oder schwere Verletzung des rechtlichen Gehörs?
Von Marco Weiss/Ramona Casanova

Forum

50 Der Anspruch auf Stellungnahme und Ergänzungsfragen zum bereinigten Bericht des Sonderprüfers
Von Dr. iur. Valentin Jentsch, LL.M., Zürich

Aktuell aus dem Bundesgericht

65 Direktsteuerliche Bussen sind höchstpersönlicher Natur, weshalb der schuldlose Ehegatte nicht mithaftet
Von PD Dr. Martin Kocher, Studen

68 Der Kanton Bern hat die auf einem privaten Sperrkonto hinterlegte Grundstückgewinnsteuer nicht zu verzinsen
Von PD Dr. Martin Kocher, Studen

Impressum

Herausgeber
Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 66 44, Fax 031 300 66 88
E-Mail verlag@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Verantwortliche Redaktoren
Prof. Dr. Jörg Schmid, Luzern, Prof. Dr. Frédéric Krauskopf, Bern

Redaktionelle Mitarbeiter:
Prof. Dr. Regina Aebi-Müller, Luzern; Dr. Bernhard Berger, Bern; Prof. Dr. Felix Bommer, Zürich; Kantonsrichter Rolf Brunner, St. Gallen; Prof. Dr. Thomas Gächter, Zürich; Prof. em. Dr. Dr. h.c. Heinz Hausheer, Bern; Prof. Dr. Bettina Hürlimann-Kaup, Freiburg; Prof. Dr. Marc M. Hürzeler, Basel; Prof. Dr. Manuel Jaun, Bern; Bundesgerichtsschreiber PD Dr. Martin Kocher, Studen BE; Prof. em. Dr. Dr. h.c. Thomas Koller, Bern; Prof. Dr. Peter V. Kunz, Bern; Prof. em. Dr. Dr. h.c. Christoph Leuenberger, St. Gallen; Prof. Dr. Andreas Lienhard, Bern; Prof. Dr. Adriano Marantelli, Bern; Prof. Dr. Andrea Opel, Luzern; Prof. Dr. Peter Popp, Zug/Bern; Prof. Dr. Roger Rudolph, Zürich; Kantonsrichter Dr. Lionel Seeberger, Sitten; Prof. Dr. Franziska Sprecher, Bern; Prof. Dr. Pierre Tschannen, Bern; Prof. Dr. Axel Tschentscher, Bern; Dr. Fridolin Walther, Bern; Prof. Dr. Stephan Wolf, Bern/Thun; Prof. Dr. Franz Zeller, Bern.

Abonnemente
Mitgliedschaft Bernischer Juristenverein mit ZBJV inkl. Online-Archiv CHF 183.50,
Printabo für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins inkl. Online-Archiv
CHF 168.–, Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.
Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:
Schweiz CHF 195.–, Ausland CHF 233.50,
Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 142.–,
Einzelheft CHF 18.– (exkl. Versandkosten).
Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.
www.zbjv.recht.ch

Bestellungen Abonnemente, Einzelnummern und Rezensionsexemplare:
Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 63 25
E-Mail periodika@staempfli.com, Internet www.staempfliverlag.com/zeitschriften

Inserate: Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,
Tel. 031 300 63 89
E-Mail inserate@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Druck und Spedition: Stämpfli AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,
Tel. 031 300 66 66
E-Mail info@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Auflage: 1787 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127 (Print) /
e-ISSN 2504-1444 (Online)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

Forum

Der Anspruch auf Stellungnahme und Ergänzungsfragen zum bereinigten Bericht des Sonderprüfers

Zur zivilprozessualen Bedeutung von Art. 697*e* Abs. 3 OR und weiteren Rechtsfragen im Zusammenhang mit Urteil 4A_223/2019 des BGer vom 16. Oktober 2019

Dr. iur. Valentin Jentsch, LL.M., Zürich*

In einem neuen Leitentscheid zur aktienrechtlichen Sonderprüfung befasst sich das Bundesgericht mit der zivilprozessualen Bedeutung des Anspruchs, zum bereinigten Bericht des Sonderprüfers Stellung zu nehmen und Ergänzungsfragen zu stellen. Die Besprechung dieses Entscheids wird zum Anlass genommen, um auch die damit zusammenhängenden Rechtsfragen aus einer gesellschaftsrechtlichen Perspektive und in methodischer Hinsicht etwas näher zu beleuchten und in den grösseren Kontext zu stellen.

Inhaltsverzeichnis

I. Ausgangslage und Problemstellung

II. Sachverhalt, Prozessgeschichte und Erwägungen des Bundesgerichts

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte des neuen Leitentscheids zur Sonderprüfung
2. Erwägungen des Bundesgerichts zur zivilprozessualen Bedeutung von Art. 697*e* Abs. 3 OR
   - 2.1 Grammatikalische Auslegung von Art. 697*e* Abs. 3 OR
   - 2.2 Historische Auslegung von Art. 697*e* Abs. 3 OR
   - 2.3 Teleologische Auslegung von Art. 697*e* Abs. 3 OR
   - 2.4 Systematische Auslegung von Art. 697*e* Abs. 3 OR

* Habilitand an der Universität Zürich; Gastwissenschaftler am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

III. Bemerkungen zum Leitentscheid und zu weiteren Rechtsfragen

1. Zivilprozessuale Bedeutung von Art. 697*e* Abs. 3 OR
2. Einordnung von Art. 697*e* Abs. 3 OR ins Gefüge der aktienrechtlichen Sonderprüfung
   - 2.1 Grundproblem: Gegensatz von Offenlegungs- und Geheimhaltungsinteressen
   - 2.2 Lösungsansätze: Einschränkungen des Inhalts und der Publizität des Berichts
3. Rechtsökonomie und Rechtsvergleichung als ergänzende Auslegungselemente
   - 3.1 Rechtsökonomische Auslegung von Art. 697*e* Abs. 3 OR
   - 3.2 Rechtsvergleichende Auslegung von Art. 697*e* Abs. 3 OR

IV. Fazit und Ausblick

I. Ausgangslage und Problemstellung

Das Bundesgericht hat sich in einem aktuellen Entscheid zur zivilprozessualen Bedeutung von Art. 697*e* Abs. 3 OR geäussert, wonach der mit einer aktienrechtlichen Sonderprüfung befasste Richter der Gesellschaft und den Antrag- oder Gesuchstellern – im Anschluss an das Bereinigungsverfahren nach Abs. 2 dieser Vorschrift – Gelegenheit geben muss, zum bereinigten Bericht des Sonderprüfers Stellung zu nehmen und Ergänzungsfragen dazu zu stellen.[1] Die vom Bundesgericht in diesem Leitentscheid zu beurteilende Frage lautete, «ob der Richter nach Art. 697*e* Abs. 3 OR der geprüften Gesellschaft und den Gesuchstellern *ausdrücklich* Frist anzusetzen hat, eine Stellungnahme zum Bericht des Sonderprüfers einzureichen und Ergänzungsfragen dazu zu stellen, oder ob diese nach der Zustellung des Berichts ohne richterliche Aufforderung *von sich aus* eine Stellungnahme und Ergänzungsfragen einzureichen haben».[2] Das Bundesgericht hat diese Rechtsfrage dahingehend beantwortet, «dass der Richter den gesuchstellenden Aktionären und der Gesellschaft *ausdrücklich* Gelegenheit einräumen muss, eine Stellungnahme zum Sonderprüfungsbericht abzugeben und Ergänzungsfragen dazu zu stellen».[3]

1 Urteil 4A_223/2019 des BGer vom 16. Oktober 2019 (zur Publikation vorgesehen).

2 Urteil 4A_223/2019 des BGer vom 16. Oktober 2019, E. 4.1 (Hervorhebungen hinzugefügt).

3 Urteil 4A_223/2019 des BGer vom 16. Oktober 2019, E. 4.4 (Hervorhebung hinzugefügt).

Dieses Präjudiz, so leicht es daherkommen mag, betrifft neben der soeben umschriebenen zivilprozessualen Dimension auch wichtige Grundsatzfragen des Gesellschaftsrechts. Es sind daher auch diese Themen und Probleme, die hier – zusammen mit einem Appell an den pragmatischen Methodenpluralismus des Bundesgerichts – etwas näher beleuchtet und in den grösseren Kontext gestellt werden sollen.

II. Sachverhalt, Prozessgeschichte und Erwägungen des Bundesgerichts

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte des neuen Leitentscheids zur Sonderprüfung

A. ersuchte das Handelsgericht des Kantons Zürich um Einsetzung eines Sonderprüfers bei der B. AG.[4] Das Handelsgericht hiess das Gesuch gut und setzte einen Sonderprüfer ein. Dieser legte daraufhin seinen Bericht vor. Nach Durchführung des Bereinigungsverfahrens stellte das Handelsgericht den Bericht – ohne Begleitschreiben oder Verfügung über den weiteren Verfahrensverlauf – an A. zu.

27 Tage nach der Zustellung an A. erwog das Handelsgericht im Rahmen einer Verfügung (die Abschreibungsverfügung), dass das Verfahren mit der Zustellung des Sonderprüfungsberichts seinen Abschluss finde, und schrieb das Verfahren ab.[5] Zwei Tage später beantragte A. beim Handelsgericht, die Abschreibungsverfügung sei in Wiedererwägung zu ziehen und den Parteien sei unter anderem Gelegenheit zu geben, zum Bericht des Sonderprüfers Stellung zu nehmen und Ergänzungsfragen zu stellen.[6]

Nachdem das Handelsgericht nicht auf dieses Begehren eingetreten war, erhob A. Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht gegen die Abschreibungsverfügung.[7] Das Bundesgericht hiess diese Beschwerde gut und hob die entsprechende Dispositivziffer der Abschreibungsverfügung auf.

4 Urteil 4A_223/2019 des BGer vom 16. Oktober 2019, Sachverhalt A/a.
5 Verfügung HE180179-O des HGer ZH vom 16. April 2019.
6 Urteil 4A_223/2019 des BGer vom 16. Oktober 2019, Sachverhalt A/b.
7 Urteil 4A_223/2019 des BGer vom 16. Oktober 2019, Sachverhalt B.

2. Erwägungen des Bundesgerichts zur zivilprozessualen Bedeutung von Art. 697*e* Abs. 3 OR

*2.1 Grammatikalische Auslegung von Art. 697*e *Abs. 3 OR*

Das Bundesgericht stellt zunächst fest, dass der Wortlaut von Art. 697*e* Abs. 3 OR klar bestimmt, dass der zuständige Richter den Parteien eine Möglichkeit geben muss, eine Stellungnahme zum Sonderprüfungsbericht einzureichen und Ergänzungsfragen zu stellen.[8] Das Gesetz legt aber nicht ausdrücklich fest, so das Gericht, *wie* dies zu geschehen hat.

In grammatikalischer Hinsicht indiziert der Gesetzestext aber immerhin, «dass die Gesellschaft und die Gesuchsteller ihre Stellungnahme und Ergänzungsfragen *nicht unaufgefordert* ins Verfahren einbringen müssen, sondern der Richter ihnen eine *ausdrückliche* Möglichkeit dazu einzuräumen hat».[9]

*2.2 Historische Auslegung von Art. 697*e *Abs. 3 OR*

Das Bundesgericht verweist auf die Botschaft des Bundesrats, in der zu Art. 697*e* Abs. 3 OR ausgeführt wird, dass den Gesuchstellern nochmals «Gelegenheit eingeräumt» werde, Ergänzungsfragen zu stellen.[10] Da in den Räten diesbezüglich keine Diskussion stattgefunden hat, ergibt sich auch aus den Materialien nicht klar, wie der zuständige Richter vorzugehen hat.

Aus historischer Sicht deutet die Formulierung in der Botschaft aber ebenfalls darauf hin, «dass der Gesetzgeber der Auffassung war, dass die Parteien *nicht von sich aus* ihre Stellungnahme und ihre Fragen vorzubringen haben».[11]

*2.3 Teleologische Auslegung von Art. 697*e *Abs. 3 OR*

Sinn und Zweck von Art. 697*e* Abs. 3 OR ist es, den gesuchstellenden Aktionären und der geprüften Gesellschaft jene Mitwirkungsrechte einzuräumen, die es ihnen erlauben, Mängel im Sonderprüfungsbericht aufzudecken und Lücken zu schliessen, bevor dieser veröffentlicht oder den anderen

8 Urteil 4A_223/2019 des BGer vom 16. Oktober 2019, E. 4.3.2.

9 Urteil 4A_223/2019 des BGer vom 16. Oktober 2019, E. 4.3.2 (Hervorhebungen hinzugefügt).

10 Urteil 4A_223/2019 des BGer vom 16. Oktober 2019, E. 4.3.3. Siehe auch Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 745 ff., 911.

11 Urteil 4A_223/2019 des BGer vom 16. Oktober 2019, E. 4.3.3 (Hervorhebung hinzugefügt).

Aktionären bekannt gegeben wird.[12] Dieser Anspruch auf Verbesserung und Ergänzung des Sonderprüfungsberichts ist insbesondere deshalb so wichtig, weil er für die Gesuchsteller die einzige Möglichkeit darstellt, um auf den Bericht einen gewissen Einfluss zu nehmen und unter Umständen eine Ausweitung der Sonderprüfung herbeizuführen.

Aus teleologischen Überlegungen ist es gemäss Bundesgericht angezeigt, dass der zuständige Richter die Parteien *ausdrücklich* auf ihre Mitwirkungsrechte aufmerksam macht.[13] Zur Begründung führt das Gericht aus, dass es angebracht erscheint, «dass der Richter den Parteien den Bericht des Sonderprüfers nicht bloss zustellt und abwartet, dass sie von sich aus Stellung nehmen und Fragen stellen», sondern dafür sorgt, «[dass] die Parteien in jedem Fall darauf aufmerksam gemacht werden, dass sie das Recht haben, dem Sonderprüfer Ergänzungsfragen zu stellen und zu seinem Bericht Stellung zu beziehen».

*2.4 Systematische Auslegung von Art. 697*e *Abs. 3 OR*

Mit Blick auf die Gesetzessystematik zieht das Bundesgericht Art. 697*f* Abs. 1 OR heran, wonach der Verwaltungsrat den Bericht des Sonderprüfers zusammen mit den dazugehörigen Stellungnahmen der nächsten Generalversammlung zu unterbreiten hat.[14] Daraus lässt sich ableiten, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass Stellungnahmen zum Sonderprüfungsbericht vorhanden sind.

Auch in systematischer Hinsicht scheint es daher richtig zu sein, «dass der Richter die Parteien *ausdrücklich* einlädt, eine [Stellungnahme] einzureichen».[15]

III. Bemerkungen zum Leitentscheid und zu weiteren Rechtsfragen

1. Zivilprozessuale Bedeutung von Art. 697*e* Abs. 3 OR

Das Recht der Aktionäre und des Verwaltungsrats der Gesellschaft nach Art. 697*e* Abs. 3 OR, zum bereinigten Bericht des Sonderprüfers Stellung zu nehmen und Ergänzungsfragen zu stellen, wurde in der aktienrecht-

12 Vgl. dazu Urteil 4A_223/2019 des BGer vom 16. Oktober 2019, E. 4.3.4. Siehe auch Urteil 4P.183/2005 des BGer vom 2. November 2005, E. 3.3.

13 Urteil 4A_223/2019 des BGer vom 16. Oktober 2019, E. 4.3.4.

14 Urteil 4A_223/2019 des BGer vom 16. Oktober 2019, E. 4.3.5.

15 Urteil 4A_223/2019 des BGer vom 16. Oktober 2019, E. 4.3.5 (Hervorhebung hinzugefügt).

lichen Literatur schon breit thematisiert.[16] Die Frage, *wie* der Richter den Antrag- bzw. Gesuchstellern und der Gesellschaft Gelegenheit zur Stellungnahme und zu Ergänzungsfragen geben muss, wird in der Literatur bisher aber noch nicht eingehend behandelt. Das Bundesgericht stellt in seinem neuen Leitentscheid denn auch zu Recht fest, dass die Ansicht, wonach die Gesellschaft und die Gesuchsteller die Stellungnahme und Ergänzungsfragen unaufgefordert einreichen müssen, in der Lehre nirgends vertreten wird.[17]

In der Literatur finden sich dennoch einige interessante Schlüsselstellen, welche für die zu beurteilende Rechtsfrage relevant sind. So ist Andreas Casutt der Auffassung, dass Stellungnahmen stets schriftlich

16 Andreas Casutt, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1991, § 14 N 5 ff.; Graziano Pedroja, Die Sonderprüfung im neuen Aktienrecht, AJP 1992, 774 ff., 780 f.; Alain Hirsch, Le contrôle spécial, in: Ciocca (Hrsg.), Le nouveau droit des sociétés anonymes, Lausanne 1993, 411 ff., 420 f.; Felix Horber, Die Informationsrechte des Aktionärs, Diss. Zürich 1995, Rz. 1243 ff.; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 35 N 90 ff.; Fabrizio Gabrielli, Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung, Diss. Basel, Zürich 1997, 137 f.; René Schwarzenbach, Die Sonderprüfung und Fact-Finding-Gutachten im Hinblick auf die Verantwortlichkeit, in: Bühler (Hrsg.), Informationspflichten des Unternehmens im Gesellschafts- und Börsenrecht, Bern 2003, 67 ff., 69 f.; Bianca Pauli, Le droit au contrôle spécial dans la société anonyme, Diss. Fribourg, Zürich 2004, 172 f.; Pierre-Alain Killias/Julie Bertholet, Le contrôle spécial, in: Dessementet/Oberson/Thévenaz/Blanc (Hrsg.), Aspects actuel du droit de la société anonyme, Lausanne 2005, 241 ff., 262 f.; Manuel Arroyo, Rechtsnatur des Anspruchs der Aktionäre, zum Sonderprüfungsbericht Ergänzungsfragen zu stellen, und Anfechtung der Ablehnung ihres Gesuchs vor Bundesgericht, ZBJV 2006, 631 ff.; Marc Bauen/Robert Bernet, Schweizer Aktiengesellschaft, Zürich 2007, Rz. 313; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 16 N 72; Isabelle Chabloz, Actionnaires dans les sociétés cotées: actions légales et gouvernance, Habil. Freiburg, Zürich 2012, Rz. 867; Karim Maizar, Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, Diss. Zürich 2012, 266 f., insbesondere Fn. 1942; Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 8 N 149 f.; OFK OR Aktienrecht-Decker, Art. 697*e* N 7; CHK OR-Raemy/Gabriel, Art. 697*e* N 6; OFK OR-Roth Pellanda, Art. 697*e* N 3 und N 5; BSK OR II-Weber, Art. 697*e* N 9; Lino Hänni, La responsabilité des administrateurs hors de la faillite de la société anonyme, Diss. Neuenburg, Basel 2017, Rz. 688; CR CO II-Pauli Pedrazzini, Art. 697*e* N 13 ff.; Nina Reiser, Durchsetzung heterogener börsengesellschaftsrechtlicher Normen, Habil. Zürich 2017, Rz. 579; Nicolas Rouiller/Marc Bauen/Robert Bernet/Colette Lassere Rouiller, La société anonyme suisse, 2. A., Zürich 2017, Rz. 313; Urs Schenker, Die Sonderprüfung – ein schwieriges Instrument, GesKR 2019, 18 ff., 27, 30.

17 Urteil 4A_223/2019 des BGer vom 16. Oktober 2019, E. 4.2.

abzugeben sind, wohingegen Ergänzungsfragen schriftlich oder anlässlich einer mündlichen Verhandlung gestellt werden können.[18] Nach Fabrizio Gabrielli sollten Stellungnahmen und Ergänzungsfragen aus Zeitgründen wenn immer möglich in einem mündlichen Verfahren durchgeführt werden, wobei sich die Stellungnahme auch in der Abgabe einer schriftlichen Eingabe erschöpfen kann.[19] Peter Böckli spricht sich zudem von jeher dafür aus, dass der Richter oder die Richterin die Stellungnahmen und Ergänzungsfragen im mündlichen Verfahren zu bewältigen suchen wird, um das Verfahren nicht durch weitere Schriftenwechsel zu verlängern.[20] Rolf H. Weber betont seinerseits ebenso, dass das Verfahren mündlich sein oder sich in der Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme erschöpfen sollte.[21] Mit Urs Schenker ist zudem festzuhalten, dass die Verweigerung von Ergänzungsfragen und Änderungen mit entsprechenden Rechtsmitteln angefochten werden kann, was auch im vorliegenden Fall geschehen ist.[22]

In den in der amtlichen Sammlung des Bundesgerichts publizierten Leitentscheiden zur aktienrechtlichen Sonderprüfung finden sich im Hinblick auf die Stellungnahme und Ergänzungsfragen zum bereinigten Bericht des Sonderprüfers nach Art. 697*e* Abs. 3 OR keine höchstrichterlichen Leitsätze.[23] Das Bundesgericht hatte bisher lediglich einmal – in einem (nicht publizierten) Entscheid aus dem Jahr 2005 – Gelegenheit, die Auslegung von Art. 697*e* Abs. 3 OR zu beurteilen.[24] In diesem Entscheid über die Rechtsnatur des Anspruchs der Aktionäre, zum Sonderprüfungsbericht Ergänzungsfragen zu stellen, kommt das Bundesgericht – nach eingehender Analyse der vorhandenen Literatur – zum Ergebnis, dass die Möglichkeit zur Stellung

18 Casutt (Fn. 16), § 14 N 6.

19 Gabrielli (Fn. 16), 137.

20 Böckli (Fn. 16), § 16 N 72.

21 BSK OR II-Weber, Art. 697*e* N 9.

22 Schenker (Fn. 16), 30.

23 BGE 120 II 393, E. 2 (Berufungsfähigkeit), E. 3 (intertemporalrechtliche Zulässigkeit); BGE 123 III 261, E. 2 (Gegenstand), E. 3 (Subsidiarität); BGE 129 III 301, E. 1 (Zivilrechtsstreitigkeit); BGE 133 III 133, E. 3 (Subsidiarität); BGE 133 III 180, E. 3 (Quorum); BGE 133 III 453, E. 7.5 (Subsidiarität); BGE 138 III 246, E. 3 (Voraussetzungen und Schritte); BGE 138 III 252, E. 3 (Voraussetzungen); BGE 140 III 610, E. 2.2 (Subsidiarität), E. 4 (Beweismass).

24 Urteil 4P.183/2005 des BGer vom 2. November 2005, E. 3. Vgl. dazu die – ebenfalls in dieser Zeitschrift erschienene – Rezension dieses Urteils von Arroyo (Fn. 16), 631 ff. Siehe auch Urteil 4C.233/2005 des BGer vom 2. November 2005, E. 2.2 (eine parallel zur staatsrechtlichen Beschwerde eingereichte Berufung mit im Wesentlichen gleichlautender Begründung, auf die das Bundesgericht nicht eingetreten ist).

von Ergänzungsfragen gemäss Art. 697*e* Abs. 3 OR den Aktionären bei gegebenen Voraussetzungen «einen Anspruch auf Verbesserung bzw. Ergänzung des Sonderprüfungsberichts» verleiht, der *bundesprivatrechtlicher Natur* ist und damit als Zivilrechtsstreitigkeit gilt.[25]

Aus der kantonalen Gerichtspraxis gibt es mehrere Entscheide, die sich mit Art. 697*e* Abs. 3 OR auseinandersetzen.[26] Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt hat sich in einem Entscheid – in Anlehnung an die Lehre – dahingehend geäussert, dass das Verfahren von Art. 697*e* Abs. 3 OR «mündlich sein [...] oder sich in der Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme erschöpfen sollte».[27] In demselben Entscheid hat das Gericht klargestellt, dass «der Bericht des Sonderprüfers in der bereinigten Fassung und die zugelassenen Stellungnahmen und Ergänzungsfragen» im Erledigungsentscheid zu bezeichnen sind.[28] Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat ausserdem bereits in zwei Entscheiden zur aktienrechtlichen Sonderprüfung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das zuständige Gericht verpflichtet ist, «die Sonderprüfung gewissermassen zu begleiten», unter anderem insbesondere, «indem es den Bericht über die Sonderprüfung entgegennimmt (Art. 697*e* Abs. 1 OR) und dessen Abnahme regelt (Art. 697*e* Abs. 2 und 3 OR)».[29]

Der Einwand, es gebe keine einheitliche Praxis, ob diese Stellungnahme und allfällige Ergänzungsfragen mündlich oder schriftlich einzureichen seien, und daher dürfe nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Antrag- bzw. Gesuchsteller allfällige Ergänzungsfragen ohne Bestimmung des weiteren Verfahrensverlaufs und ohne Fristansetzung schriftlich

25 Urteil 4P.183/2005 des BGer vom 2. November 2005, E. 3.3.

26 Verfügung des BezGer Zürich vom 20. Juli 2001, E. VI/1.2, in: ZR 2002, 33 f., 37 («dass das Gesetz dem Gesuchsteller [...] Gelegenheit gibt, nach Ablieferung des Sonderprüfungsberichtes Ergänzungsfragen zu stellen»); Judgement des BezGer Sion vom 8. Oktober 2006, E. 4, in: RVJ 2007, 287 ff., 295 («[le juge] invite les parties à s'exprimer en relation avec ce rapport et à poser des questions supplémentaires»); Urteil ZK.2012.15 des AppGer BS vom 29. Juli 2014, E. 2, insbesondere E. 2.1 (Ausgestaltung als mündliches oder schriftliches Verfahren) und E. 2.5 (Bezeichnung des bereinigten Berichts des Sonderprüfers und der zugelassenen Stellungnahmen und Ergänzungsfragen im Erledigungsentscheid); Urteil HE130274-O des HGer ZH vom 9. April 2014, E. 5.3 (Begleitung der Sonderprüfung durch das Gericht); Urteil HE170369-O des HGer ZH vom 22. Februar 2018, E. 10.1 (Begleitung der Sonderprüfung durch das Gericht).

27 Urteil ZK.2012.15 des AppGer BS vom 29. Juli 2014, E. 2.1.

28 Urteil ZK.2012.15 des AppGer BS vom 29. Juli 2014, E. 2.5.

29 Urteil HE130274-O des HGer ZH vom 9. April 2014, E. 5.3; Urteil HE170369-O des HGer ZH vom 22. Februar 2018, E. 10.1.

einreichen würden, überzeugt.[30] Nicht gefolgt werden kann dagegen der Auffassung, dass eine Richterin ihren richterlichen Pflichten nach Art. 697*e* Abs. 3 OR durch das blosse Zustellen des Sonderprüfungsberichts nachgekommen sei.[31] Der neue Leitentscheid des Bundesgerichts zur Sonderprüfung ist daher sehr zu begrüssen, zumal dadurch die Aktionärsrechte – insbesondere jene der Minderheitsaktionäre – weiter gestärkt werden.

Im neuen Leitentscheid des Bundesgerichts geht es vordergründig um die – relativ eng umrissene – Fragestellung, ob der Richter nach Art. 697*e* Abs. 3 OR ausdrücklich Frist anzusetzen hat oder ob die Antrag- bzw. Gesuchsteller ohne richterliche Aufforderung von sich aus tätig werden müssen.[32] Wenn man diese Thematik in den grösseren Zusammenhang stellt, zeigt sich bald, dass sehr viel mehr dahintersteckt. Einige Aspekte, die mir besonders wichtig erscheinen, sind nachfolgend zu beleuchten.

2. Einordnung von Art. 697*e* Abs. 3 OR ins Gefüge der aktienrechtlichen Sonderprüfung

2.1 Grundproblem: Gegensatz von Offenlegungs- und Geheimhaltungsinteressen

Das Rechtsinstitut der aktienrechtlichen Sonderprüfung dient in erster Linie dazu, zwischen dem Offenlegungsinteresse der (Minderheits-)Aktionäre und dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft einen Ausgleich zu schaffen. Das Gesetz selbst beschreibt diesen Interessenkonflikt des Sonderprüfers im Rahmen der Berichterstattung dahingehend, dass dieser «einlässlich» über das Ergebnis seiner Prüfung zu berichten hat, aber gleichzeitig «das Geschäftsgeheimnis» wahren muss und auch keine «anderen schutzwürdigen Interessen» der Gesellschaft verletzen darf.[33] Wie dieser Interessengegensatz zwischen Offenlegung und Geheimhaltung gelöst werden soll,

30 Vgl. dazu Urteil 4A_223/2019 des BGer vom 16. Oktober 2019, E. 3.2.

31 Siehe hierzu Urteil 4A_223/2019 des BGer vom 16. Oktober 2019, E. 3.1 und E. 3.3.

32 Urteil 4A_223/2019 des BGer vom 16. Oktober 2019, E. 4.5 (Klarstellung, «dass vorliegend einzig für die spezifische Sondervorschrift von Art. 697*e* Abs. 3 OR entschieden wird, dass der Richter den Parteien ausdrücklich Gelegenheit [zu einer Stellungnahme und Ergänzungsfragen zum Sonderprüfungsbericht] einzuräumen hat»).

33 Vgl. Art. 697*e* Abs. 1 und Abs. 2 OR. Siehe auch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 16), § 35 N 93; Böckli (Fn. 16), § 16 N 2 f.; von der Crone (Fn. 16), § 8 N 108.

schreibt das Gesetz aber nicht fest. Doch genau hier liegt die eigentliche Krux, «die der Quadratur des Zirkels gleicht».[34]

Die Tätigkeit des Sonderprüfers ist nach der Konzeption des Gesetzgebers als umfassend zu betrachten: Im Grundsatz hat der Sonderprüfer sämtliche relevanten Sachverhalte zu prüfen und in den Bericht aufzunehmen.[35] Der Sonderprüfungsbericht hat daher «eine gewisse Detailtiefe» aufzuweisen.[36]

Im Rahmen des Prüfungs-, Bereinigungs- und Mitwirkungsverfahrens kann die Gesellschaft ihre (berechtigten) Einwände aufgrund des Geschäftsgeheimnisses oder anderer schutzwürdiger Interessen vorbringen.[37] Im Gesetz ist zu diesem Zweck ein dreifacher Kontrollmechanismus vorgesehen.[38]

---

34 So die treffende Formulierung von FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 16), § 35 N 93.

35 Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 745 ff., 836: «Der Sonderprüfer berichtet über die Ergebnisse seiner Prüfung exakt, vollständig und ohne Einschränkung, doch unter möglichster Wahrung des Geschäftsgeheimnisses». Zum Inhalt des Berichts BSK OR II-WEBER, Art. 697*e* N 2 f.; CR CO II-PAULI PEDRAZZINI, Art. 697*e* N 3.

36 So VON DER CRONE (Fn. 16), § 8 N 143, der den Bericht des Sonderprüfers mit dem umfassenden Erläuterungsbericht der Revisionsstelle an den Verwaltungsrat nach Massgabe von Art. 728*b* Abs. 1 OR vergleicht.

37 CHRISTOPH VON GREYERZ, Aktionärsschutz im neuen Aktienrecht, ZBJV 1984, 441 ff., 456, hat im schweizerischen Recht den Grundsatz «volles Prüfen – beschränktes Berichten» geprägt. Für das deutsche Recht hat HOLGER FLEISCHER, §§ 142–146 AktG, in: Küting/Weber (Hrsg.), Handbuch der Rechnungslegung: Einzelabschluss, Loseblattsammlung, 5. A., Stuttgart 2003, § 145 N 40, damals – nach der Rechtslage von 1965 bis 2005, wo weder eine Schutzklausel noch die Möglichkeit eines Schutzantrags bestand – den Grundsatz «alles Prüfen – alles Berichten» lanciert.

38 Bereits nach Abschluss des Prüfungsverfahrens hört der Sonderprüfer die Gesellschaft zu den Ergebnissen der Sonderprüfung an (Art. 697*d* Abs. 3 OR), im Bereinigungsverfahren kann die Gesellschaft beim Richter beantragen, dass gewisse Stellen des Berichts den Antrag- bzw. Gesuchstellern nicht vorgelegt werden sollen (Art. 697*e* Abs. 2 OR), und im Mitwirkungsverfahren erhält die Gesellschaft nochmals Gelegenheit, zum bereinigten Bericht Stellung zu nehmen und Ergänzungsfragen zu stellen (Art. 697*e* Abs. 3 OR). Siehe auch VON DER CRONE (Fn. 16), § 8 N 144, der – Bezug nehmend auf die Anhörung im Prüfungsverfahren und das Bereinigungsverfahren – von einem «zweistufigen Mechanismus» spricht. Grundlegend zum prozeduralen Ansatz im Aktienrecht HANS CASPAR VON DER CRONE, Auf dem Weg zu einem Recht der Publikumsgesellschaften, ZBJV 1997, 73 ff., 90 ff. (Aktiengesellschaft als Verfahren).

2.2 Lösungsansätze: Einschränkungen des Inhalts und der Publizität des Berichts

In konzeptioneller Hinsicht lassen sich zwei verschiedene Ansätze unterscheiden, wie der Interessenkonflikt des Sonderprüfers zwischen dem Offenlegungsinteresse der (Minderheits-)Aktionäre und dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft aufgelöst werden kann. Demnach ist entweder der Inhalt oder die Publizität des Sonderprüfungsberichts einzuschränken.

Hauptansatzpunkt vieler Rechtsordnungen ist die inhaltliche Beschränkung des Berichts. Österreich sieht eine Schutzklausel vor, welche die Aufnahme von Geschäftsgeheimnissen in den Bericht verbietet.[39] Die Schweiz und neuerdings auch Deutschland gehen einen Mittelweg, wonach der Berichtsinhalt in einem Bereinigungsverfahren von Geschäftsgeheimnissen und anderen schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft zu befreien ist.[40] Das französische Recht kennt keine derartigen Beschränkungen.[41]

Weniger verbreitet ist demgegenüber die Beschränkung der Publizität des Berichts. Das schweizerische Recht sieht denn auch keine Publizitätsvorschriften vor.[42] In Grossbritannien und in den Niederlanden wird der Entscheid über die Publizität jeweils dem *Secretary of State* oder der *Ondernemingskamer* anvertraut.[43] Diese Institutionen publizieren den Prüfungsbericht praxisgemäss offenbar nur bei börsenkotierten Gesellschaften, nicht aber bei nicht kotierten Gesellschaften, was nicht unproblematisch ist.[44]

---

39 Vgl. § 133 Abs. 3 Satz 2 des österreichischen Aktiengesetzes: «Im Bericht hat die Aufnahme von Tatsachen zu unterbleiben, deren Angabe nach vernünftiger unternehmerischer Beurteilung geeignet ist, dem Unternehmen oder einem verbundenen Unternehmen einen erheblichen Nachteil zuzufügen».

40 Vgl. Art. 697*e* Abs. 2 OR. Vgl. § 145 Abs. 4 des deutschen Aktiengesetzes: «Auf Antrag des Vorstands hat das Gericht zu gestatten, dass bestimmte Tatsachen nicht in den Bericht aufgenommen werden, wenn überwiegende Belange der Gesellschaft dies gebieten und sie zur Darlegung der Unredlichkeiten oder groben Verletzungen gemäss § 142 Abs. 2 nicht unerlässlich sind».

41 Vgl. article L225–231 des französischen Code de commerce *(expertise de gestion)*.

42 Vgl. Art. 697*a* bis Art. 697*g* OR.

43 Vgl. sections 431 bis 453D des britischen Companies Act 1985 und sections 1035 bis 1039 des britischen Companies Act 2006 *(company investigations)*. Vgl. articles 2:344 bis 2:359 des niederländischen Burgerlijk Wetboek *(het recht van enquête)*.

44 Für Grossbritannien Andrew Lidbetter, Company Investigations and Public Law, Oxford 1999, 217. Für die Niederlande Jan Gernoth/Martha Meinema, Niederländisches Enqueterecht: Vorbild für das deutsche Sonderprüfungsrecht?, RIW 2000, 844 ff., 846.

3. Rechtsökonomie und Rechtsvergleichung als ergänzende Auslegungselemente

3.1 Rechtsökonomische Auslegung von Art. 697e Abs. 3 OR

Soweit ersichtlich, hat das schweizerische Bundesgericht bisher noch nicht – zumindest nicht ausdrücklich – rechtsökonomisch argumentiert.[45] Es wäre schön, wenn sich das künftig ändern würde.

Die Frage nach dem Inhalt und Umfang des Sonderprüfungsberichts ist im Kern eine rechtsökonomische Problemstellung, die einer Kosten-Nutzen-Analyse zugänglich ist. Dabei fragt sich insbesondere, welchen Nutzen die Aktionäre aus einer zusätzlichen Information ziehen können, aber auch, welche Kosten mit der Preisgabe der Information verbunden sind, etwa indem potenzielle Wettbewerber diese Information nun für ihre eigenen Zwecke verwenden können, was der Gesellschaft und ihren Aktionären schaden kann. Diese Themen wurden auch in der Literatur bisher noch nicht aus dieser Optik behandelt.[46]

Die Frage danach, ob es ein Bereinigungsverfahren mit anschliessendem Mitwirkungsverfahren überhaupt braucht, ist ebenfalls eine rechtsökonomische Problemstellung, die so noch nicht angegangen worden ist. Im Rahmen der laufenden Aktienrechtsrevision wird dieses Verfahren voraussichtlich nicht angetastet.[47] Unter dem Aspekt der Verfahrensökonomie muss man sich aber fragen, ob nicht ein schlankeres Prozedere vorgesehen werden

45 Siehe aber immerhin das Argument – unter Verweis auf Böckli (Fn. 16), § 16 N 2 f. – in BGE 123 III 261, E. 2a, wonach die Sonderprüfung dem «Informationsdefizit» der Minderheitsaktionäre, die kaum eine Möglichkeit haben, um an Interna der Gesellschaft heranzukommen, abhelfen soll. Grundlegend zur Reichweite und zu den Grenzen vertragsschlussbezogener Aufklärungspflichten Holger Fleischer, Informationsasymmetrien im Vertragsrecht, Habil. Köln, München 2001, 93 ff. (Erkenntnisse der Informationsökonomik und angrenzender Teildisziplinen). Siehe auch BGE 133 III 453, E. 7.2 (Bedeutung der Informationsrechte der Aktionäre und Informationskonzept des Aktienrechts).

46 Vgl. dazu etwa die allgemeinen Grundsätze der Berichterstattung (Zielerreichung, Objektbezogenheit, Wahrheit, Vollständigkeit und Klarheit, Objektivität) bei Casutt (Fn. 16), § 13 N 10 ff., sowie die Formulierung, dass die Berichterstattung des Sonderprüfers objektiv, vollständig und klar sein muss, bei Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 16), § 35 N 79, oder von der Crone (Fn. 16), § 8 N 143. Siehe hierzu auch den Hinweis von Böckli (Fn. 16), § 16 N 73, wonach der Sonderprüfer weder Rechtsfragen zu analysieren und darzustellen noch Empfehlungen an die Generalversammlung abzugeben hat.

47 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399 ff., 543 ff. Neu wird dieses Rechtsinstitut nicht mehr als «Sonderprüfung», sondern als «Sonderuntersuchung» bezeichnet.

sollte.[48] Das soll jedoch auf keinen Fall heissen, dass die Gerichte von sich aus eine «Abkürzung» nehmen können, was aber im vorliegenden Fall offenbar so geschehen ist.

3.2 Rechtsvergleichende Auslegung von Art. 697e Abs. 3 OR

Der Frage nach dem Stellenwert der Rechtsvergleichung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist äusserst interessant, bisher aber noch nicht restlos geklärt.[49] Einige Beispiele aus der neueren Praxis zeigen eindrücklich auf, wie das Bundesgericht rechtsvergleichende Überlegungen bei der Entscheidungsfindung auf dem Gebiet des Zivilrechts (etwa im Obligationenrecht), des Wirtschaftsrechts (etwa im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht) und des öffentlichen Rechts (etwa im Medizinrecht) nicht nur einbezieht, sondern sich auch von diesen leiten lässt.[50]

Im Bereich des Gesellschaftsrechts – gerade bei der Sonderprüfung – war das Bundesgericht bisher eher zurückhaltend, wenn nicht sogar ableh-

48 Die Sonderprüfung wird in der Literatur ganz überwiegend als umständliches und nur wenig effektives Instrument wahrgenommen, so etwa Böckli (Fn. 16), § 16 N 97 (ein schwerfälliges und zeitraubendes Prozedere); von der Crone (Fn. 16), § 8 N 158 f. (ein langwieriges Verfahren mit unangenehmen und kostenintensiven Folgen); Schenker (Fn. 16), 35 (ein sehr schwerfälliges und lange dauerndes Verfahren, das von der Gesellschaft und ihren Organen relativ einfach gestört und verzögert werden kann). Zur Prozessökonomie im schweizerischen Zivilprozess Beat Brändli, Prozessökonomie im schweizerischen Recht, Diss. St. Gallen, Bern 2013, Rz. 282 ff.

49 Grundlegend hierzu Jörg Schmid/Oliver Zbinden, Rechtsvergleichung in der obligationenrechtlichen Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, in: Schmid/Morawa/Heckendorn Urscheler (Hrsg.), Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung, Zürich 2014, 65 ff., 85 f. (Unterscheidung von Entscheiden zur Lückenfüllung und Auslegung, autonom nachvollzogenem EU-Recht und staatsvertraglichem Einheitsrecht); Lukas Heckendorn Urscheler, Gedanken zur Methode der richterlichen Rechtsvergleichung im Bereich des Zivilrechts, in: Schmid/Morawa/Heckendorn Urscheler (Hrsg.), Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung, Zürich 2014, 89 ff., 91 ff. (Auseinandersetzung mit der vom Bundesgericht angewendeten rechtsvergleichenden Methode in seiner jüngeren Rechtsprechung und neueren Methodik-Debatten); Bernhard Rütsche, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht: Auslegungsmethode oder blosse Inspirationsquelle?, in: Schmid/Morawa/Heckendorn Urscheler (Hrsg.), Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung, Zürich 2014, 119 ff., 141 (Bezeichnung der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als «Inspirationsquelle» und nicht als Auslegungsmethode).

50 BGE 126 III 129, E. 7 (Erschöpfungsgrundsatz im Patentrecht aus rechtsvergleichender Sicht); BGE 129 335, E. 6 (europarechtskonforme Auslegung von Art. 333 Abs. 3 OR); BGE 137 V 210, E. 2.2.3 (Beschaffung medizinischer Entscheidungsgrundlagen durch externe Gutachtensinstitute); BGE 143 II 297, E. 6.2.3 (Parallelität zwischen Art. 5 Abs. 4 KG und EU-Wettbewerbsrecht bezüglich vertikaler Abreden).

nend, wenn es um den Einsatz von rechtsvergleichenden Methoden ging.[51] Dies ist insofern erstaunlich, als in der Fachliteratur – gerade bei der Sonderprüfung – mehrere rechtsvergleichende Arbeiten aus Sicht des schweizerischen und deutschen Rechts existieren.[52]

Es bleibt zu hoffen, dass das Bundesgericht der Methode der Rechtsvergleichung im Gesellschaftsrecht künftig offen(er) gegenübersteht. Auch wenn sich die ausländischen Regelungen in verschiedener Hinsicht unterscheiden, zeigt sich dennoch, dass das deutsche Aktienrecht mit seiner reichhaltigen Literatur jenem in der Schweiz sehr nahesteht und sich diese beiden Rechtsordnungen gegenseitig beeinflussen.[53]

---

51 BGE 133 III 180, E. 3.5: «rechtsvergleichend mögen ausländische Regelungen zur Auslegung des geltenden schweizerischen Rechts insbesondere dann gewinnbringend beigezogen werden, wenn sie dem schweizerischen Gesetzgeber als Vorbild gedient haben, ohne dass im Konkreten eine Abweichung festzustellen ist, oder wenn eine bewusste Harmonisierung mit ausländischen Rechtsordnungen angestrebt worden ist». Angesichts der uneinheitlichen Regelung der zu beurteilenden Rechtsfrage in den herangezogenen ausländischen Rechtsordnungen hat das Bundesgericht für die Auslegung des geltenden schweizerischen Rechts in diesem Fall nichts aus der Rechtsvergleichung abgeleitet.

52 Hans Düggelin, Die Sonderprüfung, Diss. Bern, Zürich 1977, 111 ff. (Darstellung der Sonderprüfung am Beispiel des deutschen Aktienrechts im Hinblick auf eine künftige Regelung in der Schweiz), insbesondere 134 ff. (Sonderprüfungsbericht), und 148 ff. (Einzelfragen in rechtsvergleichender Betrachtung); Ronny Jänig, Die aktienrechtliche Sonderprüfung, Diss. Göttingen, Baden-Baden 2005, 35 ff. (Regelung in der Schweiz), 77 ff. (Regelung in Frankreich), 164 ff. (Regelung in England) und 200 ff. (Regelung in Deutschland in rechtsvergleichender Betrachtung), insbesondere 391 ff. (Sonderprüfungsbericht).

53 Aus den Kommentierungen Schmidt/Lutter AktG-Spindler, § 145 N 25 f. (Grundsatz des § 145 Abs. 6 Satz 2 AktG) und N 27 ff. (gerichtliche Einschränkung des Berichtsinhalts nach § 145 Abs. 4 AktG); KöKo AktG-Rieckers/Vetter, § 145 N 114 ff. (nachteilige Tatsachen) und N 122 ff. (gerichtliche Beschränkung); HeiKo AktG-Holzborn/Jänig, § 145 N 9 (Inhalt und Umfang) und N 12 (gerichtliche Beschränkungen); MüKo AktG-Arnold, § 145 N 45 ff. (Einschränkung des Berichtsinhalts aufgrund gerichtlicher Gestattung) und N 62 (Rechtslage in Österreich: Schutzklausel); Hüffer/Koch AktG-Koch, § 145 N 6 (Inhaltskontrolle nach erfolgter Fertigstellung) und N 8 (keine Schutzklausel); Wachter AktG-Zwissler, § 145 N 9 (Schwärzungsverfahren); Spindler/Stilz AktG-Mock, § 145 N 30 ff. (Nichtaufnahme in den Sonderprüfungsbericht) und N 55 f. (keine Schutzklausel). Von den Monographien Hans-Ulrich Wilsing, Der Schutz vor gesellschaftsschädlichen Sonderprüfungen, Diss. Köln, Baden-Baden 2014, 112 f. (Erforderlichkeit der Berichterstattung nach § 145 Abs. 6 Satz 2 AktG), 113 ff. (gerichtliche Entscheidung über den Berichtsinhalt nach § 145 Abs. 4 AktG); Sebastian Kamm, Die aktienrechtliche Sonderprüfung gemäss §§ 142 ff. AktG, Diss. Berlin, Baden-Baden 2015, 305 ff. (Geheimhaltungsrecht nach § 145 Abs. 4 AktG); Tim Benedikt Junginger, Die Sonderprüfung

IV. Fazit und Ausblick

Der neue Leitentscheid des Bundesgerichts zur aktienrechtlichen Sonderprüfung ist sehr zu begrüssen, zumal dadurch die Aktionärsrechte weiter gestärkt werden. Der Anspruch auf Verbesserung und Ergänzung des Sonderprüfungsberichts nach Art. 697*e* Abs. 3 OR ist nur ein Beispiel einer aktienrechtlichen Vorschrift mit zivilprozessualer Bedeutung. Demnach muss das Gericht, das die Sonderprüfung begleitet, auch gewährleisten, dass die Aktionäre Gelegenheit haben, sich einzubringen. Dies gilt umso mehr, da dies für die Aktionäre die einzige Möglichkeit darstellt, um auf den Bericht Einfluss zu nehmen.

Aus einer gesellschaftsrechtlichen Perspektive bietet es sich an, diesen Leitentscheid ins Gefüge der aktienrechtlichen Sonderprüfung einzuordnen. Ausgangspunkt muss der Gegensatz zwischen den Offenlegungsinteressen der (Minderheits-)Aktionäre und den Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft sein. Eine der zentralen Grundsatzfragen des Gesellschaftsrechts lautet, wie dieser Interessenkonflikt des Sonderprüfers im Rahmen der Berichterstattung aufzulösen ist. Das schweizerische Modell, dem im Wesentlichen ein prozedurales Verständnis des Aktienrechts zugrunde liegt, sieht hierfür einen dreifachen Kontrollmechanismus, verbunden mit entsprechenden Interessenabwägungen, vor. Auch wenn dieses Modell seine Schwachstellen hat, können sich die Gerichte nicht einfach darüber hinwegsetzen.

In methodischer Hinsicht mag dieser Leitentscheid Anlass geben für einen wohlgemeinten Appell an den pragmatischen Methodenpluralismus des Bundesgerichts. Es wäre schön, wenn das Bundesgericht künftig vermehrt rechtsökonomisch argumentieren würde. Zudem bleibt zu hoffen, dass das Bundesgericht der Methode der Rechtsvergleichung im Gesellschaftsrecht künftig offen(er) gegenübersteht.

---

gem. §§ 142 ff. AktG, Diss. Jena 2018, 177 ff. (Beschränkung der Berichtspflicht nach § 145 Abs. 4 AktG).