

Zur Subsidiarität der Sonderprüfung

Dr. iur. Peter V. Kunz, Rechtsanwalt (Zürich)

Der Autor prüft, inwieweit der Sonderprüfung formale und inhaltliche Schranken gesetzt sind. Er warnt vor einer restriktiven Auslegung des Gesetzes. *Fo.*

L'auteur examine les limites formelles et matérielles du contrôle spécial dans le droit de la société anonyme. Il met en garde contre une interprétation restrictive de la loi. *Hj.P.*

I. Neues Institut des Aktienrechts¹

1. Das revidierte Aktienrecht² regelt das Verfahren der Sonderprüfung ausführlich (Art. 697a–g OR). Damit wird eine Lücke des früheren Rechts geschlossen³. Nebst zahlreichen Meinungsäusserungen in der Doktrin liegen heute bereits Gerichtsentscheide vor, und zwar sowohl seitens des Bundesgerichts⁴ als auch seitens kantonaler Instanzen⁵.

Doch trotz dieser ersten Urteile wird mit gutem Grund regelmässig davon ausgegangen, dass die Sonderprüfung weniger in den Gerichtssälen, als vielmehr in den Köpfen der schweizerischen Verwaltungsräte – also in der *Prävention*⁶ – praxisrelevant werden dürfte. Diese «faktische Funktion» darf bei der Auslegung der gesetzlichen Ordnung nicht vernachlässigt werden.

2. Mit der Sonderprüfung versucht der Gesetzgeber, einen der vielen Wünsche nach einem *verstärkten Aktionärs- und Minderheitenschutz*^{7,8} zu erfüllen; ob

dies gelungen ist, werden die nächsten Jahre weisen. In jedem Fall muss diese «rechtliche Funktion» ebenfalls für die Gesetzesauslegung herangezogen werden.

3. Einige allgemeine Ausführungen hierzu seien erlaubt. Das revidierte Aktienrecht gibt dem Praktiker im Hinblick auf den postulierten Aktionärs- und Minderheitenschutz nur wenige fassbare und konkrete *Handlungsanweisungen*⁹. Die «Antwort» auf entsprechende Fragen solle vielmehr, so der allgemeine Tenor, in einer – regelmässig durch den Richter¹⁰ vorzunehmenden – «*Interessenabwägung*» gefunden werden; dass dies nicht einfach ist, darf als bekannt vorausgesetzt werden¹¹.

Etwas anders präsentiert sich der Ansatz bei der Sonderprüfung. Hier wägt bereits der Gesetzgeber selber mit der detaillierten Konkretisierung von Möglichkeiten für «Angriff»¹² und «Verteidigung»¹³ die sich offenbarenden, gegensätzlichen Interessen¹⁴ ab; er schafft damit für dieses Rechtsinstitut ein «checks and balances»-System. Es liegt m.a.W. eine *positivierte Interessenabwägung* vor¹⁵.

Als Fazit kann festgehalten werden: Während in einigen Bereichen, z. B. beim allgemeinen Antragsrecht in der GV¹⁶, der Aktionärs- und Minderheitenschutz unter revidiertem Recht fast unbemerkt relativiert wird, bringt das Institut der Sonderprüfung in

¹ Literaturhinweise: *Jakob Baer*: Die Sonderprüfung als neues Kontrollmittel, NZZ Nr. 65 (1995) 27; *Andreas Casutt*: Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich 1991); *Hans Düggelein*: Die Sonderprüfung als Rechtsbehelf des Aktionärs (Diss. Bern 1977); *Graziano Pedroja*: Die Sonderprüfung im neuen Aktienrecht, AJP 1 (1992) 774–783; *Rolf H. Weber*, Kommentar, in: Obligationenrecht II (Basel 1994).

² Hierzu die Botschaft vom 23. Februar 1983: BBl 1983 II 745–997; Seitenangaben des Sonderdrucks jeweils in (...).

³ *Peter Böckli*: Das neue Aktienrecht (Zürich 1992) N 1850 ff.

⁴ BGE 120 II 393; vgl. *Rolf Watter*: Sonderprüfung, AJP 4 (1995) 230 f.

⁵ Hinweise bei *Peter Forstmoser*: Zwei Jahre revidiertes Aktienrecht, ST 68 (1994) 870.

⁶ Statt vieler: *Andreas Casutt*: Das Institut der Sonderprüfung, ST 65 (1991) 577. Der Gesetzgeber spricht sich klar in diesem Sinne aus: Amtl. Bull. NR 1985 1773 (BR Kopp).

⁷ Vgl. etwa *Casutt* (zit. Anm. 1) § 1 N 4. Diese «Zielorientiertheit» findet sich in sämtlichen Materialien stark ausgeprägt – vgl. nur etwa: Botschaft (zit. Anm. 2) 767 (23) bzw. 834 ff. (90 ff.); Eintretensvotum BR Kopp: Amtl. Bull. NR 1985 1669. Jüngst: BGE 120 II 396 Erw. 4.

⁸ Allg.: *Rolf Watter*: Minderheitenschutz im neuen Aktienrecht, AJP 2 (1993) 117 ff., v. a. 122 f.

⁹ Dies ist zu bedauern, weil sich die Statuten der AG in der Regel kaum um diese Themen «kümmern».

¹⁰ Vgl. *Roland Mandel*: Die richterliche Interessenabwägung in der Frage des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes (Diss. St. Gallen 1974); neuer Ansatz: *Alexander I. de Beer*: Minderheitenschutz durch erweiterte Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, ZSR 114 (1995) I 81 ff.

¹¹ Skeptisch spricht *Jean Nicolas Druey*: Die Information des Outsiders in der Aktiengesellschaft, in: FS R. Bär (Bern 1993) 73 zum Lösungsansatz der Interessenabwägung von einem «Abrakadabra».

¹² Zu erwähnen ist in erster Linie die verglichen mit der übrigen Rechtsordnung aussergewöhnliche Regelung zur Kostentragung (Art. 697g OR).

¹³ Gemeint ist damit insbesondere das ausgeklügelte Schrankensystem: Vgl. dazu hinten II.

¹⁴ Vgl. hierzu die Übersicht bei *Casutt* (zit. Anm. 1) § 4 N 1 ff.

¹⁵ Damit ist nicht gesagt, diese positiviert Interessenabwägung sei im Hinblick auf den Aktionärs- und Minderheitenschutz «gelungen».

¹⁶ So zumindest, wenn von der h. M. zum alten Aktienrecht ausgegangen wird; Hinweise: *Peter Forstmoser*: Ungereimtheiten und Unklarheiten im neuen Aktienrecht, SZW 64 (1992) 63.

jedem Fall eine Verstärkung und den gesetzgeberischen Versuch einer angemessenen Interessenabwägung mit sich; dies ist positiv zu würdigen.

4. Die Sonderprüfung löst noch immer und löste schon früher – gerade beim Gesetzgeber¹⁷ – Angst vor potentiellen Querulanten aus. Dies vermag das *komplexe Schrankensystem*¹⁸ zu erklären, nicht unbedingt aber zu rechtfertigen. Da das Aktienrecht erst vor kurzem revidiert worden ist, hat die *Auslegung* die Materialien¹⁹ stark zu gewichten.

II. Vielfalt der Schranken für eine Sonderprüfung

1. Die sog. *Subsidiarität*, die hier besonders interessiert, stellt nur, aber immerhin eine der vielen Schranken für die Sonderprüfung dar. Unter diesem spezifischen Aspekt durchläuft eine Sonderprüfung *drei Phasen*, wobei Dreh- und Angelpunkt jeweils der *Antrag in der GV*^{20, 21} auf Einleitung einer Sonderprüfung (Art. 697a Abs. 1 OR) ist. Es kann unterschieden werden zwischen (a) einer sog. Vor-Antrag-Phase²², (b) einer sog. Antrag-Phase²³ sowie (c) einer sog. Nach-Antrag-Phase²⁴. Jede Phase birgt Hürden bzw. Schranken für denjenigen, der an einer Sonderprüfung interessiert ist.

¹⁷ Peter V. Kunz: Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage (Diss. Bern 1993) 117 m.w.H. auf die Materialien in Anm. 17; vgl. zudem: Amtl. Bull. NR 1985 1769 (BR Kopp).

¹⁸ Vgl. dazu hinten II.; Böckli (zit. Anm. 3) N 1855 spricht von einem «prozedurale[n] Hindernislauf».

¹⁹ Auch die Protokolle der vorberatenden Kommissionen von NR und StR, v. a. die Protokolle der Sitzungen vom 5./6. November 1984 (NR-Kom.), 10. April 1987 (StR-Kom.) und 8. Mai 1989 (NR-Kom./2. Lesung).

²⁰ Wer eine Sonderprüfung anstrebt, muss immer in der Generalversammlung einen entsprechenden Antrag stellen; vgl. auch: Amtl. Bull. NR 1985 1766 (Uchtenhagen) sowie 1773 (BR Kopp). Eine «Direttissima» ist nicht vorgesehen: Böckli (zit. Anm. 3) N 1856/1861.

²¹ Drei Spezialitäten seien erwähnt: Der Antrag muss nicht traktandiert werden (Art. 700 Abs. 3 OR); zudem sind die Stimmrechtsaktien «normal zu zählen» (Art. 693 Abs. 3 Ziff. 3 OR). Des weiteren ist die Frage der Stimmrechtsbeschränkung beim Antrag nicht unumstritten: Böckli (zit. Anm. 3) N 1861 Anm. 18; Casutt (zit. Anm. 1) § 7 N 38 m.w.H.

²² Art. 697a Abs. 1 a. E. OR: Es geht um die Frage, was der (potentielle) Antragsteller vorzukehren hat, um zum Antrag überhaupt «zugelassen» zu werden – Stichwort: Subsidiarität.

²³ Art. 697a Abs. 1 a. A. OR: Hier interessiert der Antrag als solcher.

²⁴ Art. 697a Abs. 2 OR bzw. Art. 697b ff. OR: In diese Phase fällt der ganze «Rest», also etwa die gerichtliche Einsetzung, die Durchführung der Sonderprüfung sowie die «Schluss-Filtrierung».

2. Im folgenden wird stichwortartig ein genereller, nicht abschliessender Überblick zu den Schranken vermittelt:

- *Vor-Antrag-Phase*: Erforderlichkeitskriterium²⁵ sowie Subsidiarität²⁶.
- *Antrag-Phase*: Beschränkter Personenkreis möglicher Antragsteller^{27, 28} sowie Mindestmass an Spezifizierung des Begehrens²⁹.
- *Nach-Antrag-Phase*³⁰: Eingeschränkte Aktivlegitimation, v. a. Ausschluss der Arbeitnehmer³¹ und sonstiger Gläubiger³²; gesetzliche Ausgestaltung – nach Ablehnung durch GV – als Gruppenrecht (Art. 697b Abs. 1 OR)³³; sachliche Beschränkung auf gewisse³⁴ Tatfragen; Schlussvereinbarung mit «Filter» (Art. 697e OR).

III. Subsidiarität – Sinn oder Unsinn?

1. Die Sonderprüfung ist ein sog. *subsidiärer Rechtsbehelf*³⁵. Dies bedeutet, dass *vor* dem entsprechenden Antrag in der GV «das Recht auf Auskunft oder das Recht auf Einsicht bereits ausgeübt» worden sein

²⁵ Casutt (zit. Anm. 1) § 7 N 14 f.; Weber (zit. Anm. 1) N 25 f. zu Art. 697a OR.

²⁶ Vgl. dazu hinten III./IV.

²⁷ Unklar die Rechtsstellung des Partizipanten – vgl. Casutt (zit. Anm. 1) § 5 N 10/§ 7 N 20 f.; Pedroja (zit. Anm. 1) 778; Weber (zit. Anm. 1) N 30 zu Art. 697a OR.

²⁸ Hier liegt eine Schnittstelle mit der Subsidiarität, wird doch z. T. behauptet, nur gerade derjenige, der ein Informationsbegehren selber gestellt habe, dürfe in der GV einen Antrag stellen: Vgl. dazu hinten IV. 3.

²⁹ Vgl. Baer (zit. Anm. 1) 27: Der antragstellende Aktionär soll «konkrete Antworten auf konkrete Fragen erhalten». Irrelevant ist, ob der Auskunft ein Gesellschaftsinteresse entgegensteht: Casutt (zit. Anm. 1) § 7 N 12/15/23.

³⁰ Dies ist die wichtigste Phase, weil sich hier die meisten und gewichtigsten Schranken offenbaren.

³¹ Es handelt sich um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers: NR-Kom. (zit. Anm. 19) 345 ff.; StR-Kom. (zit. Anm. 19) 277 f.; Amtl. Bull. NR 1985 1766 ff.

³² Statt vieler: Casutt (zit. Anm. 1) § 4 N 12; der Partizipant ist hingegen aktivlegitimiert: Peter V. Kunz: Der Partizipant im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, ZBJV 129 (1993) 727 ff., v. a. 736 f. m.w.H.

³³ Konsequenz gewesen wäre ein Individualrecht – hierzu: Kunz (zit. Anm. 17) 120 ff. m.w.H.; vgl. des weiteren Düggin (zit. Anm. 1) 176 ff.

³⁴ Umstritten etwa die «Ausforschbarkeit» der stillen Reserven einer AG – vgl. nur etwa: Rolf H. Weber: Stille Reserven und Sonderprüfung, SJZ 89 (1993) 301–304 m.w.H. Noch de lege ferenda: Düggin (zit. Anm. 1) 173 f.

³⁵ Statt vieler: Böckli (zit. Anm. 3) N 1860 und Andreas Binder: Die Verfassung der Aktiengesellschaft (Diss. Basel 1987) 26; vgl. des weiteren: NR-Kom. (zit. Anm. 19) 344; Amtl. Bull. NR 1985 1769 (BR Kopp), 1768 (Leuenberger) und 1770 (Renschler).

muss (Art. 697a Abs. 1 OR)³⁶. Diese Regelung scheint infolge des Fehlens einer Treuepflicht des Aktionärs sowie der möglichen Kosten- und Obstruktionsgefahren *sachlich legitim*³⁷.

2. Die Subsidiarität als «erste Hürde» der Sonderprüfung muss m.E. jedoch *grosszügig* zugunsten des jeweiligen *Antragstellers* in der GV ausgelegt werden, geht doch selbst der Gesetzgeber von einem bloss «formalen Erfordernis»³⁸ aus; die Subsidiarität als Handlungspflicht hat m.a.W. ebenfalls ihre «Schranken»³⁹. Zu diesem Ergebnis führen insbesondere drei Überlegungen:

Wenn bereits das «Eingangstor» unpassierbar ist, müssten sich (a) die beabsichtigte *Prävention*⁴⁰ und (b) die Stärkung des *Aktionärs- und Minderheitenschutzes*⁴¹ als illusionär erweisen. Die hier postulierte «Grosszügigkeit» wirkt sich zudem nicht negativ auf die AG und deren Funktionsfähigkeit aus, gewährt doch das *Schrankensystem* der Antrag- und der Nachantrag-Phasen einen entsprechenden «Ausgleich»⁴².

3. Vor kurzem hat sich *Horber* mit dieser Thematik auseinandergesetzt⁴³. Dessen Thesen zu den angeblichen Konsequenzen der Subsidiarität würden das Institut der Sonderprüfung jedoch endgültig zu «totem Buchstaben» machen⁴⁴.

IV. Zu den «Schranken der Subsidiarität»

1. Die Subsidiarität ist m.E. *restriktiv auszulegen*⁴⁵: Vor dem Antrag in der GV muss nur *entweder* das Auskunftsrecht *oder* das Einsichtsrecht geltend gemacht werden⁴⁶. Es darf dem Aktionär zudem nicht vorgeworfen werden, dass er das Informationsbegehren, dem Gesetzeswortlaut folgend⁴⁷, erst *an der GV*

und nicht schon vorgängig – z. B. brieflich – gestellt hat⁴⁸. Eine *Klage* auf Auskunft oder Einsicht (Art. 697 Abs. 4 OR) ist schliesslich *nicht* nötig⁴⁹, um in der GV einen Antrag stellen zu dürfen.

2. Aus der Subsidiarität wird etwa abzuleiten versucht, dass das Informationsbegehren (Art. 697 OR) inhaltlich den *Maximal-Rahmen* für den anschliessenden GV-Antrag vorgebe und das Antragsrecht entsprechend «abstecke»⁵⁰; postuliert wird ein sog. «*Trichter-Modell*», das vom Informationsbegehren bis zum Sonderprüfungsbericht einer steten Verengung des Informationsflusses das Wort spricht.

Mit der Sonderprüfung im allgemeinen und der Subsidiarität im besonderen ist m.E. jedoch eher ein sog. «*Flaschen-Modell*»⁵¹ vereinbar. Zwar muss der Antrag in der GV einen *gewissen Konnex* mit dem vorgängigen Informationsbegehren haben, darf inhaltlich jedoch auch weiter gefasst werden⁵². Nur ein solches Verständnis der Subsidiarität ist praxisnah. Es dürfte nämlich nicht selten der Fall sein, dass die vom VR im Rahmen von Art. 697 OR erteilten Informationen beispielsweise «neue Tatsachen» offenbaren bzw. «zusätzliche Überlegungen oder Verdachtsmomente» begründen; es schiene *künstlich*, den oder die Antragsteller vorgängig zum GV-Antrag auf Sonderprüfung – sozusagen in einer «*Ping Pong-Diskussion*» mit dem VR – noch einmal auf Art. 697 OR verweisen zu wollen.

Das hier vertretene Subsidiaritätsverständnis ist zudem gerechtfertigt, weil im weiteren Verlauf des Verfahrens ebenfalls *keine konsequente Verengung* des Informationsflusses gegeben ist: Der Antrag bzw. das Gesuch beim Gericht kann durchaus umfassender sein als das eingangs gestellte Informationsbegehren⁵³.

⁴⁸ Vgl. dazu hinten IV. 4.

⁴⁹ Unklar: Botschaft (zit. Anm. 2) 92 (836); gl. M. wie hier: *Binder* (zit. Anm. 35) 261; *Böckli* (zit. Anm. 3) N 1866; *Casutt* (zit. Anm. 1) § 7 N 9; *Weber* (zit. Anm. 1) N 27 zu Art. 697a OR; *Rolf Bär*: Wichtige Neuerungen im revidierten Aktienrecht, BN 53 (1992) 410.

⁵⁰ *Horber* (zit. Anm. 43) 165 Anm. 6; wohl ähnlich: *Weber* (zit. Anm. 1) N 30 zu Art. 697a OR. Offener hingegen *Casutt* (zit. Anm. 1) § 7 N 16, bei dem es nur um «denselben (...) Fragenkomplex» gehen muss.

⁵¹ Informationsbegehren als «Flaschenöffnung», GV-Antrag als «Flaschenbauch» usw.

⁵² Die «Dickbauchigkeit» bzw. die Form des «Flaschen-Modells» kann nicht generell, sondern nur im Einzelfall umschrieben werden.

⁵³ Dies muss u. a. so sein, weil der Antragsteller innert 30 Tagen (Art. 697a Abs. 2 OR) bzw. innert dreier Monate (Art. 697b Abs. 1 OR) seit der GV ebenfalls zusätzliche, relevante Erkenntnisse gewinnen kann, die mittels Sonderprüfung «vertieft» werden sollten; wohl gl. M.: *Böckli* (zit. Anm. 3) N 1866 («im wesentlichen zum gleichen Gegenstand»).

³⁶ *Düggelin* (zit. Anm. 1) 178 f. postulierte eine Subsidiarität zum Auskunftsrecht und eine Abschaffung des Einsichtsrechts durch den Gesetzgeber.

³⁷ *Casutt* (zit. Anm. 1) § 3 N 8/§ 5 N 9; *Weber* (zit. Anm. 1) N 2 zu Art. 697a OR.

³⁸ NR-Kom. (zit. Anm. 19) 346 – relativierend: 348; vgl. auch NR-Kom./2. Lesung (zit. Anm. 19) 179.

³⁹ Vgl. dazu hinten IV.

⁴⁰ Vgl. dazu vorne I. 1. Keine Prävention ohne Drohpotential!

⁴¹ Vgl. dazu vorne I. 2.

⁴² Vgl. dazu vorne II. 2.

⁴³ *Felix Horber*: Das Auskunftsbegehren und die Sonderprüfung – siamesische Zwillinge des Aktienrechts, SJZ 91 (1995) 165 ff.

⁴⁴ Vgl. dazu hinten IV. 2.–4.

⁴⁵ Vgl. dazu vorne III. 2.

⁴⁶ Dies ergibt bereits der eindeutige Wortlaut von Art. 697a Abs. 1 OR; gl. M.: *Casutt* (zit. Anm. 1) § 7 N 9; *Horber* (zit. Anm. 43) 166 Anm. 8/169.

⁴⁷ Art. 697a Abs. 1 OR i.V.m. Art. 697 Abs. 1 OR.

3. Des weiteren solle sich aus der Subsidiarität ergeben, dass nur derjenige zum Antrag in der GV zugelassen sei, der das Informationsbegehren *in eigener Person* gestellt habe (sog. Personenidentität)⁵⁴; dieser Ansicht wird widersprochen⁵⁵, und zwar m.E. mit gutem Grund:

Das Postulat der Personenidentität ist *wirklichkeitsfremd*. Um sein Antragsrecht beispielsweise nicht zu «verwirken», müsste sich jeder Aktionär – quasi vorsorglich – an das Informationsbegehren eines anderen Gesellschafters *formell anschliessen*⁵⁶. Es würden des weiteren wohl ernsthafte Gefahren eines eigentlichen «*Strohmannertums*»⁵⁷ drohen.

Ein solches Erfordernis der Personenidentität in diesem frühen Verfahrensstadium lässt sich zudem sachlich nicht begründen. Im weiteren Verlauf des Verfahrens – sogar vor Gericht – kann nämlich *irgend-ein* Aktionär «auftreten»⁵⁸; der ursprüngliche Antragsteller hat nur noch ein Anhörungsrecht (Art. 697c Abs. 1 OR)⁵⁹.

4. Das Antragsrecht des Aktionärs soll schliesslich, so wird vorgebracht, ausgeschlossen sein bzw. zeitlich verschoben werden, wenn der VR die gestellten Fragen «rein tatsächlich» in der GV *nicht beantworten kann*⁶⁰. Ein solches Verständnis der Subsidiarität muss m.E. jedoch gerade unter dem Aspekt eines verstärkten Aktionärs- und Minderheitenschutzes⁶¹ abgelehnt werden. Damit würden nämlich einem (böswilligen) VR fast unbeschränkte *Manipulationsmöglichkeiten* eingeräumt.

Schon mit der blossen Behauptung etwa, keine Auskünfte zu den Fragen gemäss Art. 697 OR geben

zu können, könnte der VR den nachfolgenden Antrag auf Sonderprüfung regelmässig auf die nächste GV, also *um ein Jahr verschieben*⁶²; damit würde offensichtlich auch jegliche Präventionswirkung⁶³ ausgehöhlt. Sollte einem Aktionär ausnahmsweise im Einzelfall ein Vorwurf als Folge eines «zu späten» Informationsbegehrens gemacht werden können⁶⁴, so wäre dies immerhin im Zusammenhang mit der *Kostenregelung* für die Sonderprüfung (Art. 697g Abs. 1 a.E. OR) zu berücksichtigen.

5. Die Bedeutung der Subsidiarität ist, wie ausgeführt⁶⁵, sinnvoll zu begrenzen. Aus diesem Grund muss – selbst wenn (noch) *kein separates Informationsbegehren* gemäss Art. 697 OR geltend gemacht wurde⁶⁶ – der VR von sich aus einen ihm vor der GV schriftlich oder mündlich mitgeteilten Antrag auf Sonderprüfung *traktandieren*⁶⁷. In der folgenden GV hat m.E. der VR vorgängig zu diesem Traktandum im Rahmen von Art. 697 OR zu informieren – und dies erneut «auf eigenen Antrieb»⁶⁸.

V. Weitere Fragen zur Subsidiarität

1. Der VR einer AG hat in jedem Fall die *Pflicht*, einen vor oder in der GV gestellten Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung *zur Abstimmung* zu bringen⁶⁹. Er hat insbesondere nicht die Kompetenz, auf eine Abstimmung zu verzichten, weil die – gestützt auf Art. 697 OR – erteilten Informationen angeblich «ausreichend und befriedigend» seien. Es liegt ausschliesslich und allein am *Aktionär* zu entscheiden, ob er mit den vorgelegten Informationen zufrieden sei

⁵⁴ Horber (zit. Anm. 43) 165 f. Anm. 6/167 f.; unklar Böckli (zit. Anm. 3) N 1860, auf den sich der erstgenannte Autor beruft.

⁵⁵ Binder (zit. Anm. 35) 261 Anm. 212; Casutt (zit. Anm. 1) § 7 N 17; Weber (zit. Anm. 1) N 30 zu Art. 697a OR.

⁵⁶ Mögliche Erklärungen zuhanden des Protokolls: «Diesem Begehren gemäss Art. 697 OR schliesse ich mich an»; oder: «Das will ich auch wissen»!

⁵⁷ Szenario: Der VR «bestellt» einen Aktionär, der Auskunft gemäss Art. 697 OR verlangt; diesem Begehren schliesst sich kein anderer GV-Teilnehmer explizit an. Anschliessend stellt der dem VR «freundlich gesinnte» Aktionär jedoch keinen Antrag auf Sonderprüfung. Um einen solchen Antrag stellen zu können, müsste ein Dritt-Aktionär das identische Informationsbegehren noch einmal wiederholen, was die meisten GV-Teilnehmer – gerade im Hinblick auf Art. 697a Abs. 2 OR – wohl eher verärgern und die Erfolgchancen verringern dürfte.

⁵⁸ In diesem späten Verfahrensstadium gibt es also nicht notwendigerweise eine Personenidentität; vgl. Casutt (zit. Anm. 1) § 8 N 5/18.

⁵⁹ Hierzu: Weber (zit. Anm. 1) N 1 ff. zu Art. 697c OR.

⁶⁰ Horber (zit. Anm. 43) 169 f.; (zumindest implizit) a. M.: Binder (zit. Anm. 35) 261; Casutt (zit. Anm. 1) § 7 N 27; Weber (zit. Anm. 1) N 31 zu Art. 697a OR.

⁶¹ Vgl. dazu vorne I. 2.

⁶² Der potentielle Antragsteller erfüllt nämlich nicht notwendigerweise die Voraussetzung – Vertretung von zehn Prozent des Aktienkapitals – für die kurzfristige Einberufung einer ausserordentlichen GV (Art. 699 Abs. 3 OR).

⁶³ Vgl. dazu vorne I. 1.

⁶⁴ Eine Pflicht zum vorgängigen Informationsbegehren besteht zwar nicht (Art. 697 Abs. 1 OR – «an der Generalversammlung»); eine frühzeitige «Anfrage an den VR» drängt sich jedoch gerade bei umfassenden und komplexen Sachverhalten auf, oder wenn ein Aktionär «mehr weiss als der VR».

⁶⁵ Vgl. dazu vorne III. 2.

⁶⁶ Anderer Meinung Horber (zit. Anm. 43) 168 Anm. 25.

⁶⁷ Vgl. Böckli (zit. Anm. 3) N 1297; Roland Müller/Lorenz Lipp: Der Verwaltungsrat (Zürich 1994) 299; Wolfgang Maute: Die Durchführung der Generalversammlung (Zürich 1993) 20; Peter V. Kunz, Rezension, ZBJV 131 (1995) 53.

⁶⁸ Ein Antrag auf Einleitung einer Sonderprüfung impliziert nämlich sogleich ein Informationsbegehren gemäss Art. 697 OR.

⁶⁹ Sind die gesetzlichen Voraussetzungen für den Antrag nicht erfüllt, so hat der GV-Vorsitzende nur, aber immerhin eine entsprechende «Mitteilungspflicht»: Müller/Lipp (zit. Anm. 67) 329.

oder ob er einen Antrag auf Sonderprüfung stellen will⁷⁰.

Verweigern bzw. unterlassen der VR oder die GV die Abstimmung, so liegt eine Situation vor, die mit einer *GV-Ablehnung* (Art. 697b OR) zumindest verglichen werden kann. Es muss deshalb möglich sein, die Einleitung einer Sonderprüfung im Rahmen von Art. 697b OR *direkt* vor Gericht zu beantragen⁷¹.

2. Wer eine Sonderprüfung durchführen lassen will, kommt nicht umhin, den Gang zum *Gericht* zu beschreiten – und zwar unbesehen davon, ob die GV den Antrag auf Einleitung einer Sonderprüfung *angenommen* (Art. 697a Abs. 2 OR) oder *abgelehnt*⁷² (Art. 697b Abs. 1 OR) hat. Die Subsidiarität bzw. die

vorgängige Geltendmachung des Informationsrechts gemäss Art. 697 OR hat der Richter als Eintretensfrage zu *prüfen*⁷³.

Die Bedeutung der Subsidiarität darf jedoch, wie ausgeführt, nicht überschätzt werden. Deshalb ist auch hier eine «grosszügige Haltung» des *Gerichts* gegenüber dem Gesuchsteller angebracht. So sollte einer AG etwa das Vorbringen, sie habe die gewünschten Informationen in der GV nicht vorlegen können⁷⁴, in diesem Stadium grundsätzlich nicht mehr helfen. Der Gesuchsteller hat unter dem formalen Aspekt der Subsidiarität einzig nachzuweisen⁷⁵, dass in der GV bzw. im Hinblick darauf ein Informationsbegehren gemäss Art. 697 OR *formell gestellt* worden ist.

⁷⁰ Gleicher Meinung *Casutt* (zit. Anm. 1) § 5 N 9/§ 7 N 14; vgl. schon: Amtl. Bull. StR 1988 505 (Schmid, Berichterstatter). Dies gilt – vorbehaltlich Art. 2 Abs. 2 ZGB – sogar gegenüber dem Gericht: *Böckli* (zit. Anm. 3) N 1866.

⁷¹ *Binder* (zit. Anm. 35) 262 f.; *Casutt* (zit. Anm. 1) § 7 N 30 f.

⁷² Unter dem Aspekt der Subsidiarität ist die – hier nicht zu vertiefende – Frage interessant, ob ein Klagerecht auch dem Aktionär zusteht, der seine Aktien erst nach der GV erworben hat; hierzu: *Casutt* (zit. Anm. 1) § 8 N 24.

⁷³ Bei GV-Zustimmung: *Casutt* (zit. Anm. 1) § 8 N 12; *Weber* (zit. Anm. 1) N 2 zu Art. 697c OR. Bei GV-Ablehnung: *Bär* (zit. Anm. 49) 410; *Böckli* (zit. Anm. 3) N 1866; *Casutt* (zit. Anm. 1) § 8 N 29 f.; *Weber* (zit. Anm. 1) N 2 zu Art. 697c OR.

⁷⁴ Vgl. dazu vorne IV. 4.

⁷⁵ Aus diesem Grund soll auf einer Protokollierung bestanden werden (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR); hierzu: *Bär* (zit. Anm. 49) 410 und *Casutt* (zit. Anm. 1) § 7 N 13. Vgl. zudem: StR-Kom. (zit. Anm. 19) 287 f.

Die Meistbegünstigung des Ehegatten nach Güterrecht und Erbrecht

Notar Roland Pfäffli, Grundbuchverwalter von Thun (Thun)

Der Autor prüft für die Güterstände der Errungenschaftsbeteiligung und der Gütergemeinschaft, wie der überlebende Ehegatte güterrechtlich und erbrechtlich optimal begünstigt werden kann. Zur umstrittenen Frage der frei verfügbaren Quote gemäss ZGB 473 referiert er alle bisher geäusserten Lehrmeinungen. Fo.

L'auteur s'interroge sur les possibilités de favoriser, sous l'angle du régime matrimonial et du droit des successions, l'époux survivant dans les régimes de la participation aux acquêts et de la communauté de biens. Quant à la question controversée de la quotité disponible selon l'art. 473 CC, il rapporte toutes les opinions exprimées par la doctrine. Hj. P.

I. Einleitung

Bei der Regelung von güterrechtlichen und erbrechtlichen Verhältnissen wird in der Rechtspraxis vielfach gewünscht, dass dem überlebenden Ehegatten eine maximale Begünstigung zukommen soll. In

den folgenden Ausführungen wird versucht, bei den Güterständen der Errungenschaftsbeteiligung und der Gütergemeinschaft sowohl güterrechtliche wie erbrechtliche Begünstigungen des überlebenden Ehegatten rechnerisch darzustellen. Es obliegt selbstverständlich der Urkundsperson, im Rahmen der Rechtsberatung und der Rechtsbelehrung die Verhältnisse individuell abzuklären und im Einzelfall die richtige Redaktion der Urkunde zu finden.

II. Die Begünstigung bei der Errungenschaftsbeteiligung

1. Nach Güterrecht

a. Grundsätze

Jedem Ehegatten oder seinen Erben steht die Hälfte des Vorschlages des andern Ehegatten zu (Art. 215