

---

ROLAND TRUFFER

## Die Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung (Art. 731a Abs. 3 OR)

*Ich will hinabgehen und sehen, ob ihr Tun wirklich dem Klagegeschrei entspricht, das zu mir gedrungen ist. Ich will es wissen. (Genesis 18, 21)*

### Inhaltsübersicht

I.	Aktuelle Bedeutung	406
II.	Grundlagen	407
	A. Geschichtliches	407
	1. Die Gesetzesbestimmung	407
	2. Der Nordostbahnstreit	409
	B. Zur Rechtsanwendung	411
	1. Anwendungsbereich der Bestimmung	411
	2. Rechtsfindung durch Analogie	412
	3. Bestimmungen über die Sonderprüfung	413
	4. Bestimmungen über die Revisionsstelle	414
III.	Einzelne Rechtsfragen zu den Prüfungsbeauftragten	415
	A. Einsetzung	415
	B. Auftrag	417
	C. Rechtsstellung	420
	D. Sachverhaltserhebung	421
	E. Berichterstattung	423
	F. Kosten	426
	G. Haftung	426
IV.	Potentielle Bedeutung	426

Der dritte Absatz von Art. 731a OR (in der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Fassung) bestimmt:

«Die Generalversammlung kann zur Prüfung der Geschäftsführung oder einzelner Teile Sachverständige ernennen.»

Die Vorschrift findet sich im Gesetzesabschnitt über die Revisionsstelle der Aktiengesellschaft (Art. 727 ff. OR) und schliesst unter dem Randtitel *«Besondere Bestimmungen»* an zwei Absätze an, welche von den statutarischen Gestaltungs-

möglichkeiten bezüglich der Organisation und Aufgaben der Revisionsstelle handeln. Die Gesetzesnovelle von 2005, die das Revisionsrecht neu geordnet hat,<sup>1</sup> liess die Vorschrift materiell unverändert.<sup>2</sup>

## I. Aktuelle Bedeutung

Die praktische Bedeutung des Institutes der «Sachverständigen» gemäss Art. 731a Abs. 3 OR im heutigen Rechtsleben ist augenscheinlich gering. Die meisten Autoren der Rechtslehre, die auf die Bestimmung eingehen, betonen dies.<sup>3</sup> Veröffentlichte Gerichtsentscheidungen aus neuerer Zeit, welche das Institut behandeln würden, fehlen ebenso wie eine vertiefte Auseinandersetzung im Schrifttum. Immerhin wird in einem aktienrechtlichen Zürcher Urteil von 1980 als Teil der Vorgeschichte des Prozesses erwähnt, es habe eine Untersuchung gemäss Art. 731 Abs. 2 altOR stattgefunden.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Bundesgesetz über die Änderung des OR (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 16. Dezember 2005 (BBl. 2005 7289 ff.).

<sup>2</sup> Vom Text des bisherigen Art. 731 Abs. 2 OR fiel nur das Pronomen «*ihrer*» (in «*einzelner ihrer Teile*») ebenso diskret, wie es 1991 eingefügt wurde, wieder weg (vgl. unten 407).

<sup>3</sup> PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3.A. Zürich 2004, § 15 N 193; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 33 N 107; FELIX HORBER, Die Informationsrechte des Aktionärs, Zürich 1995, Rz. 556; GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2.A. Bern 2005, OR 716a N 1297; BSK OR II-WATTER, Art. 731 N 8. Ebenso die Botschaft zum neuen Revisionsrecht: Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004 (BBl. 2004 3969 ff., 4033).

<sup>4</sup> OGer. ZH, Urteil vom 31. Oktober 1980, ZR 80 (1981) Nr. 43: «... *Ein von der Generalversammlung mit der Überprüfung der Geschäftsführung beauftragter Kommissär gemäss Art. 731 Abs. 2 OR kam zum Schluss, die beiden stimmenmässig überlegenen Aktionäre und Verwaltungsräte hätten als Geschäftsführer dem Betrieb durch nicht sichergestellte Darlehensgewährung an sich selbst liquide Mittel entzogen, sie bezögen für die Geschäftsführung ein eindeutig übersetztes Salär und würden in grösserem Umfang Privatauslagen durch die Gesellschaft finanzieren*» (S. 135).

## II. Grundlagen

### A. Geschichtliches

#### 1. Die Gesetzesbestimmung

Die Vorschrift, die im Aktienrecht von 1991 den zweiten Absatz von Artikel 731 bildete und im revidierten Recht von 2005 in den dritten Absatz von Artikel 731a zu stehen kam, war in ähnlicher Form bereits im ersten gesamtschweizerischen Obligationenrecht von 1881 enthalten und wurde seither nur geringfügig verändert:

- |                          |  |
|--------------------------|--|
| Art. 661 OR (1881):      | Die Generalversammlung ist jederzeit berechtigt, zur Prüfung der Geschäftsführung und einzelner Teile derselben besondere Kommissäre oder Sachverständige zu ernennen. |
| Art. 731 II OR (1936):   | Neben den ordentlichen Revisoren kann die Generalversammlung zur Prüfung der Geschäftsführung oder einzelner Teile besondere Kommissäre oder Sachverständige ernennen. |
| Art. 731 II OR (1991):   | Die Generalversammlung kann zur Prüfung der Geschäftsführung oder einzelner ihrer Teile Sachverständige ernennen.  |
| Art. 731a III OR (2005): | Die Generalversammlung kann zur Prüfung der Geschäftsführung oder einzelner Teile Sachverständige ernennen.  |

Gemäss einer Kommentierung zum Obligationenrecht von 1881 stellen die ‹Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung› das dar, was von dem in den Gesetzesentwürfen noch vorgesehenen Aufsichtsrat übriggeblieben war, welcher die Geschäftsführung der Verwaltung ständig hätte prüfen sollen.<sup>5</sup>

Ein solcher Aufsichtsrat war in dem Konkordatsentwurf WALTHER MUNZINGERS von 1863 vorgesehen,<sup>6</sup> wurde in dem von einer Kommission erarbeiteten

---

<sup>5</sup> G. BACHMANN/F. GOETZINGER/L. SIEGMUND/H. ZELLER (Hrsg.), Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1915, Anm. zu Art. 661.

<sup>6</sup> Entwurf Konkordat über Handels- und Verkehrsrecht, Bern 1863, § 131 ff., mit der interessanten Aussage: «Wenn sich die Interessen der Aktionäre und der Mitglieder des Vorstandes widerstreiten, so ist der Aufsichtsrath von Rechtes wegen der Vertreter der Aktionäre» (§ 131 Satz 2); zitiert (wie auch die weiteren Entwürfe) aus URS FASEL, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern/Stuttgart/Wien 2000. Eine Darstellung der Entwicklung findet sich auch bei

Entwurf von 1864 aber durch blosse Rechnungsrevisoren ersetzt,<sup>7</sup> wobei aus den «Motiven» MUNZINGERS hervorgeht, dass er persönlich dies bedauerte.<sup>8</sup> In den verschiedenen Entwürfen der 1870er Jahre war der Aufsichtsrat dann wieder enthalten.<sup>9</sup> Die Umschreibung seiner Aufgaben und Kompetenzen variierte in den Einzelheiten; sie schlossen die Rechnungsrevision mit ein, gingen jedoch darüber hinaus in Richtung einer ständigen und allgemeinen Aufsicht über das geschäftsführende Organ. Dieses Konzept stiess allerdings – jedenfalls soweit es hätte zwingendes Recht bilden sollen – auf Widerstand und wurde schrittweise wieder aufgegeben. Der Entwurf des Bundesrates von 1879 liess den Gesellschaften die Wahl zwischen der Einsetzung eines Aufsichtsrates oder blosser Rechnungsprüfer.<sup>10</sup> Ein Entwurf vom 31. Januar 1881, mithin aus der Zeit der Parlamentsberatungen, erwähnte als notwendiges Gesellschaftsorgan neben Generalversammlung und Verwaltung «eine von den Aktionären gewählte Behörde, welche die Rechnungen zu prüfen und zu untersuchen hat, ob die Geschäftsführung der Verwaltung den Statuten entsprechend sei».<sup>11</sup> Der beschlossene Gesetzestext vom 14. Juni 1881 kehrte zu reinen Rechnungsrevisoren («Kontrollstelle») zurück, wie sie schon der Entwurf von 1864 vorgesehen hatte, machte aber in Art. 661 den bis heute geltenden Vorbehalt einer fakultativen Bestellung von «Kommissären oder Sachverständigen» zur Prüfung der Geschäftsführung.

Über den Zweck der Bestimmung von Art. 661 OR (1881) äusserte sich ein zeitgenössischer Autor wie folgt:

«Unser Obligationenrecht wollte dadurch dem Missbrauch steuern, dass die Verwaltungsorgane einer Aktiengesellschaft die Aktionäre, die Eigenthümer und Herren des Unternehmens, wie Stimmvieh behandeln, das zu Allem «Ja» sagen muss, weil es von den Dingen nichts erfährt, welche zu einem Tadel der Verwaltung oder zu einem Einschreiten gegen dieselbe Anlass geben könnten. Denen, welche das Geld liefern und das Risiko des Unternehmens tragen, muss auch

---

HANS EISENHUT, Die Kontrollorgane nach deutschem und schweizerischem Aktienrechte, Diss. Bern 1901, 86 ff.

<sup>7</sup> Entwurf Schweizerisches Handelsrecht, Art. 166. Diese sollten der Generalversammlung immerhin auch «über die Lage der Gesellschaft überhaupt» Bericht erstatten.

<sup>8</sup> Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechts, Bern 1865, 144 f. (S. 324 f. in FASELS Sammlung).

<sup>9</sup> Art. 673 f. des Entwurfes von 1871; jeweils Art. 666 ff. der Entwürfe von 1875 und 1877.

<sup>10</sup> Art. 626 Ziff. 8, Art. 668 ff., insb. Art. 674.

<sup>11</sup> EISENHUT (FN 6), 91.

Gelegenheit gegeben sein, sich zu vergewissern, wie mit ihrem Gelde gewirthschaftet wird. ...»<sup>12</sup>

Es scheint, dass in den ersten Jahrzehnten nach Erlass des OR von 1881 viele Aktiengesellschaften neben den gesetzlich vorgeschriebenen Rechnungsprüfern noch ein statutarisches Organ zur ständigen, allgemeinen Aufsicht über die Geschäftsführung bestellt haben.<sup>13</sup>

## 2. Der Nordostbahnstreit

Die Bestimmung von Art. 611 OR (1881) geriet im Rahmen einer Auseinandersetzung ins Rampenlicht, die sich im letzten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts bei der *Schweizerischen Nordostbahngesellschaft* abspielte und in die schweizerische Eisenbahngeschichte einging.<sup>14</sup> Zentrale Akteure waren der amtierende Verwaltungsrat dieser Gesellschaft und der Industrielle Adolf Guyer-Zeller, welcher an ihr eine bedeutende Beteiligung besass. Guyer-Zeller war zunächst Mitglied, seit 1883 Präsident der «Revisionskommission»; ab 1892 gehörte er dem Verwaltungsrat an. Er fand sich dabei regelmässig in Opposition zu den Ansichten der Direktion und der Mehrheit des Verwaltungsrates und kämpfte namentlich für einen grösseren Einfluss der Generalversammlung auf die Geschicke der Gesellschaft. Schliesslich beantragte er einer ausserordentlichen Generalversammlung vom 20. April 1894 unter anderem den folgenden Beschluss:

I.1. Der Verwaltungsrat wird neuerdings eingeladen, die Pläne über die mit der Einführung der rechtsufrigen Zürichseebahn in den Bahnhof Zürich und die mit der allgemeinen Entwicklung des Ver-

---

<sup>12</sup> VOGT (FN 14), 7. Ähnlich, zur Problematik der Kontrollorgane überhaupt, MUNZINGER (FN 8), S. 143 (S. 324 in FASELS Sammlung): «*In den meisten Aktiengesellschaften spielen die Aktionäre eine traurige Rolle. In der Generalversammlung sind sie die stummen Jasager zu Allem, was ihnen von Seiten der Direktion vorgeschlagen wird. Es lassen sich zwar einzelne Laute der Unzufriedenheit vernehmen; allein sie werden durch die Mitglieder der Direktion, die allein im Stande sind, sich ein Urtheil zu bilden und ihr Raisonement, von reichem Material unterstützt, zu belegen, leicht beruhigt und auch zurechtgewiesen. Es fehlen den Aktionären die Mittel, das Detail des grossen Geschäfts kennen zu lernen und da, wo Alles nur auf dem Vertrauen zu einzelnen Menschen beruht, ist man schlecht bestellt.*»

<sup>13</sup> VIRGILE ROSSEL, *Du contrôle dans les sociétés anonymes*, JdT 1896 767 ff., 770: «*Aussi, dans la plupart des grandes entreprises constituées en la forme de sociétés anonymes, a-t-on éprouvé le besoin de créer un organe supplémentaire et permanent de surveillance générale.*»

<sup>14</sup> Der Ablauf der Auseinandersetzung ist ausführlich beschrieben bei DORIS MÜLLER-FÜGLIS-TALER, *Adolf Guyer-Zeller (1839-1899)*, Zürich 1992, 86 ff. Insbesondere die rechtlichen Aspekte beleuchtet GUSTAV VOGT, *Der Nordostbahnstreit*, Zürich 1894. Die letztere Schrift und die weiteren hier zitierten Dokumente aus der Zeit sind in der Zürcher Zentralbibliothek verfügbar; der Autor stellt Interessierten auf Anfrage auch gerne Kopien zu.

kehrts zusammenhängenden baulichen Anlagen und Veränderungen im Personen- und Güterbahnhof Zürich der Generalversammlung zur Genehmigung zu unterbreiten.

2. Es wird eine Kommission von drei Mitgliedern, die sich jederzeit selbst ergänzen kann, bestellt, um über die demnächst zu erwartenden Vorlagen der Verwaltung der Generalversammlung Antrag zu stellen. Sie wird ermächtigt, behufs Lösung ihrer Aufgabe einen oder mehrere Experten beizuziehen. Die Kommission ist weiter befugt, unter Zuziehung der erwähnten Experten ein selbständiges Projekt für den Ausbau des Personen- und Güterbahnhofs Zürich auszuarbeiten und dasselbe, begleitet von dem Gutachten der Verwaltungsbehörden, der Generalversammlung zur Genehmigung zu unterbreiten. [...]]»

Der Antrag wurde in der Generalversammlung mit grosser Mehrheit angenommen und die verlangte Kommission aus einem Architekten, einem Ingenieur sowie Guyer-Zeller selbst bestellt.<sup>15</sup> Ein Zürcher Rechtsanwalt, Dr. Ryf, und weitere Kläger fochten den Beschluss jedoch gerichtlich an; sie machten namentlich geltend, durch die Anordnungen werde in unzulässiger Weise in die gesetzliche und statutarische Kompetenzordnung der Gesellschaft eingegriffen.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Bei derselben Gesellschaft waren offenbar schon früher, vor Inkrafttreten des Schweizerischen Obligationenrechts, ähnliche Kommissionen eingesetzt worden; vgl. SCHWEIZERISCHE NORD-OSTBAHNGESELLSCHAFT, Bericht der von der Generalversammlung der Aktionäre vom 30. Juni 1877 bestellten Commission über den Geschäftsbericht der Direction und die Jahresrechnungen pro 1876, sowie über die Situation der Nordostbahn-Unternehmung, Schaffhausen 1878. Dieser Bericht geht über einen Revisionsbericht erheblich hinaus und umfasst auf 63 Seiten eine eigenständige Darstellung der (offenbar angespannten) Situation des Unternehmens.

<sup>16</sup> Das Aktienrecht von 1881 enthielt (anders als das frühere zürcherische Recht, vgl. VOGT, FN 14, 13 f.) noch keine Bestimmung über die Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung, und daher auch keine Anfechtungsgründe. Die Kläger beriefen sich auf Art. 627 Abs. 1 OR (1881) («*Wohlerworbene Rechte der Aktionäre können denselben nicht durch Mehrheitsbeschlüsse der Generalversammlung entzogen werden*»), und behaupteten eine Verletzung solcher wohlerworbener Rechte durch die Kompetenzüberschreitung. Das Gericht billigte ihnen in seinem Urteil (FN 17) die Klageberechtigung zu. Es erwog, dass gegen zwingende Gesetzes- oder Statutenvorschriften verstossende Gesellschaftsbeschlüsse nichtig seien; zur gerichtlichen Feststellung dieser Nichtigkeit müsse aus Gründen der Rechtssicherheit aber der Minderheit die Klage offenstehen. Das Gericht schloss sich zudem der Ansicht an, es könne, «*wenn man die Statuten als Gesellschaftsvertrag betrachtet [...], daraus gefolgert werden, dass jeder Aktionär ein vertragliches – und in diesem Sinne wohlerworbene – Recht darauf habe, dass bei allen Transaktionen der Gesellschaft und ihrer Organe die statutarischen Vorschriften beobachtet werden, und dass er daher berechtigt sei, zum Schutze dieses Rechtes nötigenfalls auch die Hilfe der Gerichte anzurufen, ohne dass es hiezu des Nachweises eines weitem Interesses bedarf, als*

In seinem Urteil vom 6. Juli 1894<sup>17</sup> kam das Handelsgericht Zürich zum Schluss, dass die Beschlüsse der Generalversammlung zwar in einzelnen Punkten gegen die zwingende Kompetenzverteilung in der Aktiengesellschaft verstießen (etwa soweit sie einen Vorbehalt der Genehmigung von Geschäftsführungsentscheidungen durch die Generalversammlung vorsahen); die Anordnung der Vorlage von Dokumenten und die Einsetzung der Kommission zu ihrer Begutachtung seien jedoch nicht zu beanstanden. Die Kommission habe nur prüfende Funktion und greife nicht in die Verwaltung der Gesellschaft ein (dies auch noch, soweit ihr die Ausarbeitung eines eigenen Projekts aufgegeben werde, «*denn um prüfen zu können, bedarf es eben in vielen Fällen der Vergleichung*»). Auch die Ermächtigung der Kommission, Experten beizuziehen, sei unbedenklich.<sup>18</sup>

Der Streit nahm dann die Wendung, dass an weiteren Generalversammlungen der Nordostbahngesellschaft vom 27. Juni 1894 und 19. Juli 1894 der Verwaltungsrat der Gesellschaft auf Antrag Guyer-Zellers grundlegend erneuert und er selbst zum Präsidenten berufen wurde.<sup>19</sup>

## **B. Zur Rechtsanwendung**

### **1. Anwendungsbereich der Bestimmung**

Der Anwendungsbereich der Bestimmung von Art. 731 Abs. 2 altOR (vor der Neuordnung des Revisionsrechts) war im wesentlichen auf die Aktiengesellschaft beschränkt; eventuell konnte die Anwendung auf eine GmbH in Betracht kommen, deren Statuten anstelle der gesetzlichen Kontrollrechte der Gesellschafter eine Kontrollstelle nach dem Muster der Aktiengesellschaft vorsahen (Art. 819 Abs. 2 altOR). Im Genossenschaftsrecht umfasste bereits die Aufgabe der Kontrollstelle auch die Prüfung der Geschäftsführung (Art. 906 Abs. 1 altOR);<sup>20</sup> Art. 910 altOR bestimmte zusätzlich, die Statuten könnten «*neben der ordentlichen Kontrolle die periodische Revision der gesamten Geschäftsführung durch*

---

*desjenigen, das jeder Beteiligte an der ordnungsgemässen Verwaltung der Gesellschaft hat*» (E.3).

<sup>17</sup> Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 6. Juli 1894, *Dr. Ryf & Cons. c. Schweizerische Nordostbahngesellschaft* (Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen [Vorgängerpublikation der ZR], XIII. Band, 1894, No. 17). Den Erwägungen des Gerichtes kann entnommen werden, dass bereits an der Generalversammlung von 1893 in einer anderen Sache eine «*Kommission*» mit vergleichbarem Auftrag eingesetzt worden war.

<sup>18</sup> A.a.O., E.14.

<sup>19</sup> MÜLLER-FÜGLISTALER (FN 14), 111 ff.

<sup>20</sup> Vgl. dazu, mit Kritik an der Regelung, BSK OR II-WATTER, Art. 906 N 4 f.

*Revisionsverbände anordnen oder eine solche durch besondere Revisoren vorsehen*», worin eine Parallele zu Art. 731 Abs. 2 gesehen wurde.<sup>21</sup> Im Vereinsrecht bestanden keine Vorschriften über besondere Kontrollorgane; der Vereinsversammlung war (und bleibt) jedoch ausdrücklich die *«Aufsicht über die Tätigkeit der Organe»* anvertraut (Art. 65 Abs. 2 ZGB). Für die Stiftung war die Revisionspflicht selbständig, ohne Verweisung auf das Aktienrecht geregelt (Art. 83a f. altZGB).

Das neue Revisionsrecht von 2005 regelt die Prüfung grundsätzlich unabhängig von der Rechtsform, indem jeweils *«für die Revisionsstelle»* auf die Vorschriften des Aktienrechts verwiesen wird (Art. 818 Abs. 1 OR für die GmbH, Art. 906 Abs. 1 OR für die Genossenschaft; ähnlich Art. 69b Abs. 3 ZGB für den Verein und Art. 83b Abs. 3 ZGB für die Stiftung). Erfassen diese Verweisungen auch Art. 731a Abs. 3 OR? Meines Erachtens ist (ausser bei der Stiftung) davon auszugehen – weniger deswegen, weil die Bestimmung im Aktienrecht bei den Vorschriften über die Revisionsstelle untergebracht ist, als darum, weil auch das Bedürfnis der Gesellschafter nach einem Instrument für besondere Kontrollen der Geschäftsführung von der Rechtsform weitgehend unabhängig ist.<sup>21a</sup> Bei der Stiftung gibt es demgegenüber keine Gesellschafter, und die staatliche Aufsichtsbehörde verfügt über ihre eigenen Instrumente.

Das Recht der Kommanditaktiengesellschaft sieht seit je als obligatorisches Organ neben der Verwaltung eine *«Aufsichtsstelle»* vor (Art. 768 f. OR), welcher neben der Rechnungsprüfung auch eine *«dauernde Überwachung der Geschäftsführung»* obliegt, und die damit dem Aufsichtsrat der OR-Entwürfe entspricht (siehe oben 407 f.). Daran ändert sich nichts.

## 2. Rechtsfindung durch Analogie

Das Gesetz regelt die Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung (im folgenden auch *«Prüfungsbeauftragte»* oder *«Prüfer»*) im wesentlichen in einem einzigen Satz, der die Möglichkeit ihrer Einsetzung durch die Generalversammlung ausspricht (siehe immerhin noch Art. 693 Abs. 3 Ziff. 2 OR zur Bemessung des Stimmrechts). Alle weiteren Rechtsfragen, die sich mit Bezug auf dieses Institut stellen können, muss der Richter daher auf dem Wege der Rechtsfortbildung nach der von Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB vorgeschriebenen Methode beantworten. *«Bewährte Lehre und Überlieferung»* sind spärlich. Ein wichtiges Instrument der Rechtsfortbildung ist jedoch auch die Analogie, also das sinngemässe Heranzie-

<sup>21</sup> BSK OR II-WATTER, Art. 910 N 4.

<sup>21a</sup> Bei der GmbH wird dies bestätigt durch Art. 806 Abs. 3 Ziff. 2.

hen von Vorschriften, die das Gesetz für andere, unter dem Gesichtspunkt der gesetzlichen Wertung aber vergleichbare Tatbestände bereithält.<sup>22</sup>

Als Grundlage für die Beurteilung, welche Bestimmungen «passen», sind die allgemeinen Wesenszüge des unvollständig geregelten Institutes von Interesse. Aufgrund von Wortlaut und Systematik des Gesetzes sowie der dargestellten historischen Hinweise können für die Prüfungsbeauftragten gemäss Art. 731a Abs. 3 OR etwa die folgenden Grundsätze festgehalten werden:

1. Die Prüfungsbeauftragten beziehen ihren Auftrag und ihre Legitimation ausschliesslich aus dem Mehrheitsentscheid der Aktionäre in der Generalversammlung.
2. Die Generalversammlung handelt bei ihrer Einsetzung als «*oberstes Organ*» der Aktiengesellschaft (Art. 698 Abs. 1 OR) und Trägerin einer Oberaufsicht über den Verwaltungsrat. Die Prüfungsbeauftragten sind ein Aufsichtsinstrument der Generalversammlung.
3. Die Prüfungsbeauftragten sollen insbesondere für Kontrollbedürfnisse zur Verfügung stehen, die durch die Arbeit der Revisionsstelle nicht abgedeckt werden (können).
4. Sie haben typischerweise einen einmaligen, sachlich begrenzten Prüfungsauftrag; es steht aber auch nichts entgegen, sie auf feste Amtsdauer als ständiges (fakultatives) Organ der Gesellschaft zu wählen.
5. Die Einsetzung der Prüfungsbeauftragten und ihre Auftrags Erfüllung erfolgen im Normalfall ohne behördliche Mitwirkung.

### **3. Bestimmungen über die Sonderprüfung**

Eine Verwandtschaft besteht offensichtlich zwischen den Instituten der Geschäftsführungsprüfung nach Art. 731a Abs. 3 OR und der Sonderprüfung nach Art. 697a ff. OR. Letztere wurde erst in der Aktienrechtsrevision von 1991, weitgehend nach dem Vorbild des deutschen Rechts, geschaffen. Auch der Sonderprüfer wird zur Abklärung bestimmter Sachverhalte und Berichterstattung an die Generalversammlung eingesetzt. Allerdings wird er nicht von der Generalversammlung ernannt, sondern vom Richter (Art. 697a Abs. 2 bzw. Art. 697b OR), und er muss seinen Bericht, bevor er ihn der Generalversammlung unterbreitet, einem gerichtlichen Bereinigungsverfahren unterziehen (Art. 697e OR). Sind die

---

<sup>22</sup> Vgl. BSK ZGB I-HONSELL, Art. 1 N 12 ff., 35; KARL LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.A. Berlin etc. 1991, 381 ff.; ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 2.A. Bern/München/Wien 2005, 176 f.

allgemeinen Voraussetzungen der Sonderprüfung erfüllt und wird zudem eine Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre durch Gesetzes- oder Statutenverletzungen glaubhaft gemacht, so kann die Sonderprüfung vom Richter auch nach Ablehnung durch die Generalversammlung angeordnet werden, sofern die antragstellenden Aktionäre über eine qualifizierte Beteiligung verfügen (Art. 697b OR). Das Verlangen einer Sonderprüfung ist mithin ein (bedingtes) *Minderheitsrecht*, während die Einsetzung von Prüfungsbeauftragten stets einen Mehrheitsentscheid erfordert (es sei denn, die Statuten liessen eine Minderheit genügen; vgl. unten 416). Zudem wurde die Sonderprüfung vom Gesetzgeber insbesondere mit Blick auf die Bedürfnisse der Vorbereitung von Verantwortlichkeitsklagen ausgestaltet,<sup>23</sup> während bei der Geschäftsführungsprüfung eine solche besondere Ausrichtung nicht besteht.

Gleichwohl können sich einzelne Regeln der Art. 697a ff. OR zur analogen Anwendung auf die Prüfungsbeauftragten eignen (worauf im folgenden bei der Behandlung entsprechender Fragen zurückzukommen ist).

#### **4. Bestimmungen über die Revisionsstelle**

Die Prüfungsbeauftragten stehen nicht nur historisch (vgl. oben 407) und gesetzssystematisch in einem Zusammenhang mit der Revisionsstelle; sie sind ihr auch aufgrund ihrer Aufgabe der «*Prüfung*» verwandt. Der wohl wichtigste Unterschied besteht darin, dass es sich bei den ersteren um ein fakultatives Aufsichtsinstrument in der Hand der Generalversammlung handelt, bei der letzteren hingegen um ein vorgeschriebenes Organ der Gesellschaft (was freilich seit dem 1. Januar 2008 auch nur noch im Regelfall gilt). Die Tätigkeit der Revisionsstelle wird vom Gesetz nicht nur im Interesse der Aktionäre, sondern auch der Gesellschaftsgläubiger vorgeschrieben; sie kann diesen sogar haftbar werden (Art. 755 Abs. 1 OR).

Auch die ausführlichen gesetzlichen Regeln über die Revisionsstelle können, unter Beachtung der Unterschiede, in selektiver Weise sinngemäss auf die Prüfungsbeauftragten angewendet werden.

---

<sup>23</sup> S. Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 (Sonderdruck), 90.

### III. Einzelne Rechtsfragen zu den Prüfungsbeauftragten

#### A. Einsetzung

Das einzige gesetzliche Erfordernis für die Einsetzung eines Prüfungsbeauftragten ist ein dahin lautender *Beschluss der Generalversammlung*.<sup>24</sup> Das Stimmrecht bemisst sich bei diesem Beschluss in jedem Fall nach dem Verhältnis der Aktiennennwerte (Art. 693 Abs. 3 Ziff. 2 OR); die erhöhte Stimmkraft von Stimmrechtsaktien kommt nicht zum Zuge. Anders als bei der Sonderprüfung (Art. 697a Abs. 1 OR) ist es nicht erforderlich, dass der antragstellende Aktionär zuvor von seinem Auskunfts- oder Einsichtsrecht Gebrauch gemacht hat.<sup>25</sup> Auch bestehen keine materiellen Voraussetzungen für die Einsetzung von Prüfungsbeauftragten (wie etwa die Erforderlichkeit zur Ausübung von Aktionärsrechten),<sup>26</sup> und materielle Anfechtungsgründe im Sinne von Art. 706 OR sind schwer denkbar. Die Voraussetzungslosigkeit erklärt sich damit, dass die Einsetzung – anders als bei der Sonderprüfung – immer dem Willen einer Aktionärsmehrheit entspricht; es sind daher keine besonderen Kautelen erforderlich.

Gemäss Art. 700 Abs. 3 OR kann die Durchführung einer Sonderprüfung von der Generalversammlung auch dann beschlossen werden, wenn in der *Einladung* kein entsprechender Verhandlungsgegenstand angekündigt war. Diese Erleichterung ist auf die Einsetzung von Prüfungsbeauftragten analog anzuwenden, da die Interessenlage vergleichbar ist: einerseits kann sich das Bedürfnis nach einer besonderen Prüfung leicht erst im Verlaufe der Versammlung, aufgrund gegebener Auskünfte und geführter Diskussionen geltend machen; andererseits fehlt der

---

<sup>24</sup> Die Kompetenz der Generalversammlung ist unentziehbar, aber nicht ausschliesslich. Auch der Verwaltungsrat ist selbstverständlich befugt, Spezialisten mit der Prüfung bestimmter Gesellschaftsangelegenheiten zu beauftragen, und wird darauf für die Erfüllung seiner Aufgaben manchmal angewiesen sein (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 33 N 107; BSK OR II-WATTER, Art. 731 N 7; vgl. auch ROLAND TRUFFER/TINA WÜSTEMANN, Untersuchungen durch unabhängige Beauftragte, 2006, verfügbar auf [www.baerkarrer.ch](http://www.baerkarrer.ch) sowie in gekürzter Form erschienen in der NZZ vom 8. März 2007, S. 29). Ein Prüfungsauftrag könnte zudem auch Teil einer «anderen sachgemässen und den Beteiligten zumutbaren Lösung» sein, die der Richter gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR anstelle der Auflösung der Gesellschaft anordnet.

<sup>25</sup> BÖCKLI (FN 3), § 15 N 194a; KRNETA (FN 3), OR 716a N 1297; BSK OR II-WATTER, Art. 731 N 8.

<sup>26</sup> A.M. ZK-HOMBURGER, OR 716a N 570, wonach «schwerwiegende Anhaltspunkte» dafür vorliegen müssten, «dass der VR seine Aufsichtspflicht verletzt». Zur Begründung und Widerlegung unten bei Fn. 38. Man vergleiche auch das emphatische «jederzeit berechtigt» in der Urfassung des Gesetzestextes (oben 407). Wie hier URS BERTSCHINGER, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, 82; BÖCKLI (FN 3), § 15 N 193; KRNETA (FN 3), OR 716a N 1297 ff.

Einsetzung von Prüfungsbeauftragten in der Regel das Potential zu einer ernststen Gefährdung der Gesellschaft oder legitimer Aktionärsinteressen, und eine indirekte Beschränkung des Antragsrechts auf Aktionäre mit qualifizierter Beteiligung, die das Traktandierungsrecht besitzen (Art. 699 Abs. 3 OR), wäre nicht gerechtfertigt.<sup>27</sup>

Die *Statuten* können die Voraussetzungen der Einsetzung von Prüfungsbeauftragten nicht verschärfen, wohl aber erleichtern.<sup>28</sup> So könnte ihre Einsetzung auch – abweichend vom gesetzlichen Konzept – als Minderheitsrecht ausgestaltet werden, indem bereits die Zustimmung einer qualifizierten Minderheit zu einem dahin lautenden Antrag für seine Annahme ausreichen würde.<sup>29</sup>

In der *Auswahl der Beauftragten* ist die Generalversammlung frei. Sie wird in der Regel mit Vorteil auf die Unabhängigkeit und besondere fachliche Befähigung der Kandidaten achten; entsprechende gesetzliche Anforderungen bestehen aber anders als bei der Revisionsstelle (Art. 727b ff. OR) nicht.<sup>30</sup> Dies rechtfertigt sich damit, dass auf die Einsetzung und Tätigkeit solcher Prüfer niemand (kein einzelner Aktionär oder Gesellschaftsgläubiger) einen Anspruch hat. Es steht vielmehr der Aktionärsmehrheit in der Generalversammlung frei, ob sie Prüfungsaufträge erteilen will oder nicht; es ist dann konsequent, dass sie auch alleinige Richterin über die Eignung der Beauftragten ist. Als Prüfer können eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen eingesetzt werden (vgl. Art. 730 Abs. 2 OR). Auch die Revisionsstelle der Gesellschaft ist wählbar.

Als notwendige *Bestandteile des Einsetzungsbeschlusses* erscheinen eine Umschreibung des Prüfungsgegenstandes (aus der auch hervorgehen wird, ob eine einmalige, periodische oder ständige Prüfung erfolgen soll; zum Ganzen unten 417 ff.) sowie die Bezeichnung der Prüfer. Sinnvollerweise wird die Generalversammlung jedoch noch weitere Anordnungen treffen, um gute Voraussetzungen für einen geordneten Ablauf der Prüfung (nötigenfalls auch gegen Widerstände

---

<sup>27</sup> Eine entsprechende, ungeschriebene Ausnahme vom Erfordernis der Traktandierung wurde für die Einsetzung von Prüfungsbeauftragten bereits unter den alten Aktienrechten angenommen, die das Institut der Sonderprüfung noch nicht kannten: BACHMANN ET AL. (FN 5), Bem. zu Art. 661.

<sup>28</sup> BACHMANN ET AL. (FN 5), Bem. zu Art. 661; vgl. auch VOGT (FN 14), 7 f. Allgemein zur Unzulässigkeit statutarisch erhöhter Quoren für Beschlüsse, die der Ausübung der Oberaufsicht durch die Generalversammlung dienen, BÖCKLI (FN 3), § 12 N 366; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 704 N 14.

<sup>29</sup> Zu Minderheitsquoren BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 703 N 15 m.Hw.; ablehnend insb. BÖCKLI (FN 3), § 12 N 430.

<sup>30</sup> Vgl. ENGAMMARE (FN 34), 496 (bezüglich der Unabhängigkeit). Auch das Erfordernis von Art. 730 Abs. 4 OR, wonach mindestens ein Mitglied der Revisionsstelle Wohnsitz oder Niederlassung in der Schweiz haben muss, gilt nicht.

bei den Überprüften) zu schaffen. In Art. 731a Abs. 3 OR liegt dafür eine selbständige Kompetenzgrundlage, soweit die Anordnungen in einem funktionalen Zusammenhang mit dem Prüfungsauftrag stehen, mögen sie auch Gegenstände betreffen, die sonst die Zuständigkeit anderer Organe (insbesondere des Verwaltungsrates) beschlagen. So muss die Generalversammlung etwa befugt sein, die Leistung von Vorschüssen auf die Honorare der Prüfungsbeauftragten aus Mitteln der Gesellschaft anzuordnen.<sup>31</sup> Sie kann im Einsetzungsbeschluss ferner bereits Anordnungen über Form und Umfang der Berichterstattung durch die Beauftragten treffen. Zumindest bei komplexeren einmaligen Prüfungsaufträgen wird es auch sinnvoll sein, im Beschluss eine oder mehrere Vertrauenspersonen der Generalversammlung zu bezeichnen, welche die Untersuchung begleiten und überwachen sollen und ermächtigt sind, den Prüfungsbeauftragten Instruktionen zu erteilen und im Laufe der Untersuchung aufkommende Fragen zum Vorgehen zu entscheiden, welche keinen Aufschub bis zum nächsten Zusammentreten der Generalversammlung dulden. Da die Generalversammlung kein permanent oder in kurzen Abständen tagendes Organ ist, muss es ihr erlaubt sein, ihren Willen bezüglich des Prüfungsauftrages in dieser Weise einstweilen durch *«Delegierte»* vertreten zu lassen.<sup>32</sup>

Als grundsätzlich reines Innenorgan (vgl. unten 419) müssen die Prüfungsbeauftragten, selbst wenn sie auf feste Amtsdauer gewählt sind, nicht ins Handelsregister eingetragen werden.

## B. Auftrag

Der Auftrag an die Prüfer ist (zumindest im Grundsatz) im Beschluss der Generalversammlung zu umschreiben. Der vom Gesetz genannte Rahmen einer *«Prüfung der Geschäftsführung oder einzelner Teile»* lässt den Aktionären dabei grosse Freiheit. Der Begriff der *«Geschäftsführung»* ist in Art. 731a OR in einem weiteren Sinne zu verstehen als in Art. 716 Abs. 2 und Art. 716b OR, wo er primär das operative Betreiben der unternehmerischen Tätigkeit (das *«Geschäften»*) bezeichnet. In Art. 731a OR entspricht der Ausdruck wohl eher dem, was Art. 716

---

<sup>31</sup> Bei der Einsetzung eines Sonderprüfers tut dies der Richter: Art. 697g Abs. 1 OR.

<sup>32</sup> Bei internen Untersuchungen, die vom Verwaltungsrat selbst angeordnet werden, nimmt diese Rolle oftmals ein dafür eingesetzter Steuerungsausschuss (*Steering Committee*), manchmal auch der Prüfungsausschuss, dessen Vorsitzender oder ein anderes, hinsichtlich des Prüfungsgegenstandes unbefangenes Mitglied des Verwaltungsrates wahr. Erfahrungsgemäss ergeben sich im Verlaufe komplexer Untersuchungen oftmals Situationen, in denen die Prüfer mit dem Auftraggeber Rücksprache nehmen möchten.

Abs. 1 OR mit «*alle Angelegenheiten*» (sc. der Gesellschaft) umschreibt, und setzt dem Feld möglicher Prüfungsgegenstände keine Grenzen, soweit es sich nur um Belange der Gesellschaft handelt.<sup>33</sup> So könnten etwa auch Vorgänge anlässlich von Verwaltungsrats- oder Kommissionssitzungen, die Führung des Aktienbuches, Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen in Bezug auf eine Generalversammlung und anderes mehr Gegenstand der Prüfung bilden.<sup>34</sup> Sogar eine Prüfung der gesetzlich vorgeschriebenen Tätigkeit der Revisionsstelle wäre möglich, handelt diese doch als Organ der Gesellschaft. Ausdrücklich kann nicht nur ein Teil, sondern auch die gesamte «*Geschäftsführung*» Gegenstand des Prüfungsauftrages bilden; die Generalversammlung kann also eine umfassende Durchleuchtung der Gesellschaft unter bestimmten Gesichtspunkten veranlassen (was allerdings ohne Einschränkungen nur bei relativ kleinen Gesellschaften praktikabel sein wird). Unzulässig wäre es hingegen, auf dem Wege von Art. 731a OR eine Untersuchung über einen Gegenstand veranlassen zu wollen, der die Gesellschaft gar nicht betrifft (selbst wenn sich etwa relevante Akten dazu im Besitz der Gesellschaft befinden sollten).

Wie schon die Entstehungsgeschichte der Bestimmung von Art. 731a Abs. 3 OR nahelegt (siehe oben 407 ff.), kann der Auftrag der Generalversammlung nicht nur eine einmalige Prüfung, sondern auch die *ständige Überwachung* bestimmter Sachverhalte, oder der ganzen Geschäftsführung unter bestimmten Gesichtspunkten, umfassen.<sup>35</sup> Die Prüfungsbeauftragten können als ständiges Organ der Aktiengesellschaft, als «Prüfungsrat» mit periodischer Wiederwahl eingesetzt werden. Es wurde daher auch gesagt, das Gesetz erlaube mit dieser Bestimmung die Einrichtung eines Aufsichtsrates.<sup>36</sup>

Dies letztere bedarf allerdings der Präzisierung. Der Auftrag gemäss Art. 731a Abs. 3 OR, sei er nun einmalig oder andauernd, sachlich eng begrenzt oder umfassend, muss sich stets auf eine *Prüfung*, also auf die Ermittlung oder Beobachtung von Sachverhalten (und, wenn erwünscht, noch deren Beurteilung und Würdigung zu Handen der Generalversammlung) beschränken. Selbst hingegen

<sup>33</sup> Vgl. für die Sonderprüfung BSK OR II-WEBER, Art. 697a N 16.

Gemäss BACHMANN ET AL. (FN 5), Bem. zu Art. 661, können Umstände der *Gründung* der Gesellschaft, wie etwa Sacheinlagegeschäfte, nicht Gegenstand der Prüfung bilden. Zu dieser Einschränkung besteht m.E. kein Anlass. Vgl. auch Art. 697b Abs. 2 OR, wonach ein Sonderprüfer eingesetzt werden kann, wenn «*Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt ...*» haben.

<sup>34</sup> Vgl. BSK OR II-WATTER, Art. 731 N 8: «*denkbar ... für Fragen allgemeiner Organisation, interner Kontrolle oder auch Zweckmässigkeit einzelner Akte der Geschäftsführung*»; VALÉRIE ENGAMMARE, *Système de contrôle interne et information des actionnaires*, ST 2003 491 ff., 495: für eine Beurteilung des Internen Kontrollsystems.

<sup>35</sup> Dies wird verkannt bei ENGAMMARE (FN 34), 496.

<sup>36</sup> ZK-BÜRGL, OR 731 N 7.

leitend oder geschäftsführend tätig zu werden, den exekutiven Organen Instruktionen (ausser bezüglich der Kooperation mit den Prüfungsarbeiten) oder auch nur Ratschläge zu erteilen, geht über die Aufgabe eines Prüfers hinaus.<sup>37</sup> Aus diesem Grund sind auch die vereinzelt geäusserten Befürchtungen unbegründet, die Beauftragung von Prüfern durch die Generalversammlung könnte einen Eingriff in die ausschliessliche Kompetenz des Verwaltungsrates zur Oberaufsicht über die Geschäftsführung (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR) in sich schliessen.<sup>38</sup> «Aufsicht» verlangt zwar ebenfalls Prüfung, geht über sie aber hinaus, indem sie auch das Recht und die Pflicht zum korrigierenden Eingriff mit einschliesst.<sup>39</sup> Sie ist daher zusammen mit der Oberleitung (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR) dem Verwaltungsrat zugewiesen; ihre gleichzeitige Zuweisung an verschiedene, hierarchisch gleichgeordnete Stellen könnte zu Kompetenzkonflikten führen. Nicht so aber bei der blossen Prüfung: eine Angelegenheit prüfen können durchaus mehrere Personen oder Organe gleichzeitig und gleichberechtigt.<sup>40</sup>

Anders als, nach herrschender Lehre,<sup>41</sup> der Auftrag des Sonderprüfers kann derjenige des Prüfungsbeauftragten gemäss Art. 731a Abs. 3 OR freilich über die Sachverhaltsermittlung hinaus auch Elemente der *Beurteilung und Würdigung* umfassen.<sup>42</sup> Die strenge Beschränkung auf die Tatsachenerforschung unter Ausschluss einer Würdigung ist schon beim Sonderprüfer nicht ganz einsichtig (soll es sich doch auch bei ihm gemäss Art. 697c Abs. 2 OR um einen «Sachverständigen» handeln); sie mag dort mit der konzeptionellen Ausrichtung der Sonderprüfung auf die Vorbereitung von Verantwortlichkeitsklagen zusammenhängen,<sup>43</sup> die dann ohnehin gerichtlicher Beurteilung bedürfen. Im Rahmen von Art. 731a

---

<sup>37</sup> BACHMANN ET AL. (FN 5), Bem. zu Art. 661. Weniger streng ZK-BÜRGI, OR 731 N 7, der eine Übertragung von «gewissen Geschäftsführungsaufgaben» an die Beauftragten für möglich hält; im Sinne der Möglichkeit von Zustimmungsvorbehalten wohl auch BSK OR II-BAHLEN/WILDHABER, Art. 768 N 4.

<sup>38</sup> ZK-HOMBURGER, OR 716a N 570; vgl. auch oben Fn. 26. Ihm widersprechen mit Recht BERTSCHINGER (FN 26), 82, und KRNETA (FN 3), OR 716a N 1298 f.

<sup>39</sup> Auch im Falle der Oberaufsicht der Generalversammlung über den Verwaltungsrat besteht diese Interventionsmöglichkeit, beschränkt sich allerdings auf bestimmte Rechte wie die Abberufung, die Verweigerung der Entlastung etc.; Weisungen zur Geschäftsführung kann die Generalversammlung nicht erteilen.

<sup>40</sup> G.L.M. BERTSCHINGER (FN 26), 82: «*Sofern die Prüfung der Geschäftsführung durch Sachverständige gemäss Art. 731 Abs. 2 OR zu einer Überlappung in der Unternehmensüberwachung führt, ist dagegen aus rechtlicher Sicht nichts einzuwenden. Es kann... von Rechts wegen kein Konflikt entstehen.*»

<sup>41</sup> BÖCKLI (FN 3), § 16 N 53; BSK OR II-WEBER, Art. 697a N 16.

<sup>42</sup> Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 22 N 27: «*materielle Prüfung der Geschäftsführung oder einzelner Teile derselben auf ihre Zweckmässigkeit oder Angemessenheit hin.*»

<sup>43</sup> S. oben bei FN 23.

Abs. 3 OR besteht jedenfalls kein Grund, der Generalversammlung die Beanspruchung des Sachverständigen ihrer Beauftragten auch für eine Würdigung des Ermittelten zu verwehren.

### C. Rechtsstellung

Zur Rechtsstellung der Prüfungsbeauftragten wird in der Lehre die Ansicht vertreten, sie seien keine Organe der Gesellschaft, und ihr Verhältnis zu derselben sei von den Bestimmungen über den Auftrag beherrscht.<sup>44</sup> Das eine schliesst allerdings das andere nicht aus, wird Auftragsrecht doch sinngemäss auch für das Verhältnis der Gesellschaft zu ihrer Revisionsstelle und sogar zu den Mitgliedern des Verwaltungsrates herangezogen. Versteht man unter den Organen der Gesellschaft (im allgemeinen, nicht im engeren Sinne von Exekutivorganen) die ordentlichen oder ausserordentlichen Funktionsträger, die insgesamt ihre Organisation ausmachen,<sup>45</sup> so fallen (ebenso wie anerkanntermassen etwa die Liquidatoren oder ein Sachwalter gemäss Art. 725a Abs. 2 OR) durchaus auch die Prüfungsbeauftragten darunter, selbst wenn sie nur mit einer einmaligen Untersuchung betraut sind: als Instrument der Oberaufsicht eines Organs über andere Organe erfüllen sie eine spezifische gesellschaftsrechtliche Funktion. Die Anwendung auftragsrechtlicher Vorschriften auf ihre Beziehung zur Gesellschaft erscheint grundsätzlich sachgerecht,<sup>46</sup> so etwa hinsichtlich der Vergütung (Art. 394 Abs. 3 OR), der Haftung (Art. 398 f. OR; dazu noch unten 426), des Anspruches auf Schadloshaltung (Art. 402 OR) und des Widerrufs- und Kündigungsrechts (Art. 404 OR). Die Gesellschaft als Auftraggeberin wird in diesem Fall allerdings ausschliesslich durch die Generalversammlung (und allfällige von ihr eingesetzte Delegierte, siehe oben 416 f.) vertreten, insbesondere soweit das Weisungsrecht (Art. 397 Abs. 1 OR) oder das Widerrufsrecht in Frage stehen. Prüfungsbeauftragte können vor der Erfüllung ihres Auftrages (oder dem Ablauf ihrer Amtszeit) nur von der Generalversammlung abberufen werden (Art. 705 Abs. 1 OR). Der Verwaltungsrat kann sie auch nicht aufgrund von Art. 726 Abs. 2 OR vorläufig in ihrer Funktion einstellen.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> ZK-BÜRGI, OR 731 N 8: «*nicht als Organe, sondern als eine ausserordentliche Kontrollinstanz ...*»; ENGAMMARE (FN 34), 496.

<sup>45</sup> Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 1 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 19 N 2 ff.

<sup>46</sup> BSK OR II-WATTER, Art. 731 N 9. Vgl. für den Sonderprüfer BSK OR II-WEBER, Art. 697c N 10 und Art. 697d N 3 f. m.Hw.

<sup>47</sup> BÖCKLI (FN 3), § 15 N 194; KRNETA (FN 3), OR 716a N 1297; ZK-TANNER, OR 705 N 67.

Die Prüfungsbeauftragten unterstehen einer aktienrechtlichen *Geheimhaltungspflicht* bezüglich der bei der Auftragserfüllung wahrgenommenen Tatsachen (Art. 697d Abs. 4 OR und Art. 730b Abs. 2 OR analog), die allerdings hinter ihre Pflicht zur Berichterstattung an die Generalversammlung (unten 423 f.) selbstverständlich zurücktritt.

#### **D. Sachverhaltserhebung**

Der Auftrag der Prüfungsbeauftragten besteht typischerweise in der einmaligen Abklärung bestimmter Sachverhalte. Zu diesem Zweck dürfen und sollen sie alle im konkreten Fall erfolgversprechenden und verhältnismässigen *Instrumente* einsetzen. Naheliegende Schritte sind in der Regel Augenscheine, die Befragung geeigneter Personen sowie die Erhebung und Auswertung von Akten der Gesellschaft. Auch die Auswertung des elektronischen Datenbestandes und der elektronischen Kommunikation der Gesellschaft oder die Anordnung von Expertengutachten können in Betracht kommen. Bei der Abwägung eines verhältnismässigen Vorgehens haben die Prüfer zu berücksichtigen, dass die Generalversammlung mit ihrem Auftrag signalisiert hat, sich in der betreffenden Sache nicht vertrauensvoll auf Aussagen der Verantwortlichen verlassen zu wollen, sondern auf einer unabhängigen Feststellung der Sachverhalte zu bestehen. Sie dürfen daher nur ausnahmsweise (z.B. in Randbereichen des Prüfungsthemas) die eigene Überprüfung durch das Einholen von Zusicherungen von Organpersonen ersetzen (wie sie ja in der Arbeit der Rechnungsprüfer durchaus eine wichtige Rolle spielen).<sup>48</sup> Soweit es sich mit einer sorgfältigen Prüfung vereinbaren lässt, sollen die Beauftragten bei ihrem Vorgehen darauf achten, Störungswirkungen auf den Geschäftsgang und die Arbeit anderer Organe zu vermeiden (vgl. Art. 697d Abs. 1 OR für den Sonderprüfer).

Die Prüfungsbeauftragten verfügen bei ihrer Tätigkeit über ein umfassendes,<sup>49</sup> im Gesellschaftsrecht begründetes *Einsichts- und Auskunftsrecht*. Für seine Umschreibung kann insbesondere Art. 697d Abs. 2 OR (über die Sonderprüfung) herangezogen werden, welcher «*Gründer, Organe, Beauftragte, Arbeitnehmer,*

---

<sup>48</sup> Die Revisionsstelle soll gemäss Art. 728a Abs. 2 revOR bei der Durchführung und bei der Festlegung des Umfangs der Prüfung das *interne Kontrollsystem* der Gesellschaft berücksichtigen. Ob auch ein Prüfer gemäss Art. 731a Abs. 3 OR sich teilweise auf dieses System abstützen darf und soll, kann nicht in genereller Weise beantwortet werden, sondern hängt von seinem Auftrag im Einzelfall ab. Macht die Generalversammlung dazu im Einsetzungsbeschluss keine Vorgaben, so liegt die Frage im pflichtgemässen Ermessen des Prüfers.

<sup>49</sup> Prägnant ROSSEL (FN 13), 776: «... *la liberté de tout voir et de tout examiner.*»

*Sachwalter und Liquidatoren*» der Gesellschaft zur Auskunft (und sinngemäss auch zur Einsichtgewährung in Aktenbestände) über erhebliche Tatsachen verpflichtet.<sup>50</sup> Angesichts der Funktion der Prüfung als Aufsichtsinstrument der Generalversammlung (nicht als blosses Aktionärs- oder Minderheitsrecht) obliegt die Beurteilung des Kriteriums der Erheblichkeit wie auch der Verhältnismässigkeit den Prüfern selbst; die Angefragten können mithin eine verlangte Auskunft oder Vorlage nicht mit der Begründung verweigern, sie sei für die Auftragserfüllung der Prüfer nicht notwendig. Da die Beauftragten als (ausserordentliches) Gesellschaftsorgan handeln (oben 420), können ihrer Untersuchung zudem weder Geheimhaltungsrechte und -interessen der Gesellschaft (z.B. das Geschäftsgeheimnis) noch spezialgesetzliche Geheimhaltungspflichten (z.B. das Bankgeheimnis) entgegengehalten werden. Lediglich Ansprüche auf Geheimnisschutz, die einem Auskunftspflichtigen persönlich gegenüber der Gesellschaft zustehen (etwa wo es sich um private Dinge handelt), gelten auch gegenüber den Prüfungsbeauftragten. Über die Auskunft und Einsichtgewährung in einem engen Sinne hinaus ist von den exekutiven Organen der Gesellschaft zudem ganz allgemein eine loyale *Mitwirkung* bei der Arbeit der Beauftragten zu verlangen (z.B. durch Einführung der Beauftragten bei subalternen Angestellten und Dritten, Ermöglichung von Datenerhebungen in den EDV-Systemen der Gesellschaft etc.), wobei sie aktive Schritte aber in der Regel nur nach Aufforderung durch die Prüfer zu unternehmen brauchen.

Zur *Durchsetzung* ihrer Einsichts- und Auskunftsrechte, insbesondere gegenüber den Exekutivorganen, steht den Prüfungsbeauftragten weder (wie der Revisionsstelle)<sup>51</sup> die Drohung mit der Verweigerung einer gesetzlich verlangten Prüfungsbestätigung, noch (wie dem Sonderprüfer gemäss Art. 697d Abs. 2 OR) ein besonderes gesetzliches Klagerecht zur Verfügung. Es ist ihnen aber aufgrund ihrer Funktion die Legitimation zuzuerkennen, namens der Gesellschaft gegen einzelne Personen, welche die geschuldete Mitwirkung verweigern, gerichtlich vorzugehen.<sup>52</sup> Mitglieder der Geschäftsführung oder des Verwaltungsrates, die den Prüfern willentlich falsche Angaben machen oder geschuldete Auskünfte oder

---

<sup>50</sup> Vgl. ferner die Auskunfts- und Vorlagepflicht des Verwaltungsrates gegenüber der Revisionsstelle gemäss Art. 730b Abs. 1 OR.

<sup>51</sup> Vgl. BSK OR II-WATTER, Art. 728 N 24.

<sup>52</sup> Diese Lösung entspricht der Natur der Prüfung durch Beauftragte gemäss Art. 731a Abs. 3 OR m.E. besser als die (ebenfalls denkbare) analoge Anwendung von Art. 697d Abs. 2 Satz 2 OR, da diese Prüfung anders als die Sonderprüfung nicht von vornherein in ein besonderes gerichtliches Verfahren ‚eingebettet‘ ist.

Vorlagen verweigern, können sich zudem wohl insbesondere gemäss Art. 152 StGB (Unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe) strafbar machen.<sup>53</sup>

Eine förmliche *Anhörung «der Gesellschaft»* zu den Prüfungsergebnissen ist den Prüfungsbeauftragten, anders als dem Sonderprüfer (Art. 697d Abs. 3 OR), nicht vorgeschrieben. Es gehört jedoch im Regelfall zu einer sorgfältigen und fairen Untersuchungsführung, solchen Personen, die durch die vorläufigen Ergebnisse erheblich belastet werden, vor der förmlichen Berichterstattung an den Auftraggeber eine Möglichkeit zur Stellungnahme zu diesen Ergebnissen (nicht unbedingt zum vorgesehenen Bericht im Wortlaut) zu eröffnen. Hat die Generalversammlung einen oder mehrere Delegierte für die Überwachung der Untersuchung eingesetzt (vgl. oben [12 f.]), so kann ein Entwurf des Berichtes mit diesen besprochen werden.

## E. Berichterstattung

Anders als die Revisionsstelle, welche bei der ordentlichen Revision über die Ergebnisse ihrer Prüfung in umfassender Form an den Verwaltungsrat und nur in zusammengefasster (und in der Praxis standardisierter) Form an die Generalversammlung berichtet (Art. 728b OR), berichten die Prüfungsbeauftragten grundsätzlich ausschliesslich an die Generalversammlung. Die gewünschte Form der Berichterstattung kann von der Generalversammlung festgelegt werden; wo sie es nicht anders anordnet, ist in Anlehnung an die Regeln für die ordentliche Revision (Art. 728b Abs. 2 und Art. 731 Abs. 2 OR) von schriftlicher Berichterstattung mit persönlicher Anwesenheit an der Generalversammlung (zum Zweck der Beantwortung von Anschlussfragen) auszugehen. Der Verwaltungsrat muss bei der Einberufung der nächsten auf den Abschluss der Prüfung folgenden Generalversammlung die Behandlung des Berichtes traktandieren und denselben mit der

---

<sup>53</sup> Art. 152 Abs. 2 StGB setzt voraus, dass der Täter *«in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Berichten oder Vorlagen an die Gesamtheit der Gesellschafter ... unwahre oder unvollständige Angaben von erheblicher Bedeutung macht oder machen lässt, die einen andern zu schädigenden Vermögensverfügungen veranlassen können»*. Die Variante des *«machen lassen»* wird im Sinne von Situationen verstanden, in denen eine unter der Verantwortung des Täters stehende Person handelt (BSK StGB-WEISSENBERGER, Art. 152 N 32), was hier nicht zutrifft. Da die Prüfungsbeauftragten aber als Instrument der Generalversammlung und mit dem Zweck der Berichterstattung an sie tätig sind, wäre es m.E. möglich, ihnen gegenüber gemachte (bzw. zu machende) Angaben direkt als *«Berichte ... an die Gesamtheit der Gesellschafter»* zu qualifizieren, analog zu dem Fall, dass die *«öffentliche»* Aussage an einen Journalisten erfolgt, der dann für die eigentliche Veröffentlichung besorgt ist (a.a.O. N 19).

Einladung an die Aktionäre versenden.<sup>54</sup> In Analogie zur Vorschrift über den Sonderprüfungsbericht (Art. 697f Abs. 2 OR) ist zudem anzunehmen, dass noch mindestens während eines Jahres nach der Generalversammlung jeder Aktionär die Zustellung eines Exemplars verlangen kann.

Die Berichterstattung über die Ergebnisse der Prüfung soll, soweit sie das von der Generalversammlung festgelegte Thema betreffen, grundsätzlich umfassend sein.<sup>55</sup> Von der Generalversammlung selbst ausdrücklich angeordnete oder mutmasslich gewollte Einschränkungen sind allerdings zu beachten. Nach diesen Grundsätzen ist auch das Problem der Wahrung von *Geschäftsgeheimnissen* zu lösen (vgl. Art. 697e Abs. 1 OR für den Sonderprüfer und Art. 730 Abs. 2 Satz 2 OR für die Revisionsstelle). Die Beauftragten dürfen und müssen in der Regel davon ausgehen, dass die Generalversammlung technische und andere Einzelheiten der Geschäftstätigkeit, die einerseits weder für das Verständnis der Prüfungsergebnisse unerlässlich<sup>56</sup> noch unter dem Gesichtspunkt der Oberaufsicht erheblich sind, deren Bekanntwerden aber andererseits der Gesellschaft im Wettbewerb schaden würde, nicht zu erfahren wünscht. Zur Einschätzung eines Schädigungspotentials können sie in Zweifelsfällen die exekutiven Organe konsultieren, sind an deren Auffassung allerdings nicht gebunden. Beschränken die Prüfer aus Gründen des Geschäftsgeheimnisses in bestimmten Punkten ihre Berichterstattung, so müssen sie auf diesen Umstand hinweisen. Besteht die Generalversammlung in der Folge (mit Mehrheitsbeschluss) auf der Auskunft auch über die *Geheimnisse*, so müssen sie meines Erachtens die Auskunft erteilen.<sup>57</sup> Soweit

<sup>54</sup> Bei Publikumsgesellschaften, wo eine Zustellung an die Aktionäre ohnehin einer Veröffentlichung gleichkommt, ist auch nichts dagegen einzuwenden, wenn der Bericht durch die Gesellschaft oder durch die Prüfer auf einer Website zur Verfügung gestellt wird.

<sup>55</sup> In den Bericht gehören auch Angaben über die Durchführung der Prüfung, namentlich über die wesentlichen Prüfungshandlungen sowie über allfällige Widerstände, auf die die Beauftragten gestossen sind. Solche haben für die Generalversammlung einen eigenständigen Erkenntniswert.

<sup>56</sup> Vgl. dazu § 145 Abs. 6 Satz 2 des deutschen Aktiengesetzes (zum Prüfungsbericht des Sonderprüfers): «*Auch Tatsachen, deren Bekanntwerden geeignet ist, der Gesellschaft oder einem verbundenen Unternehmen einen nicht unerheblichen Nachteil zuzufügen, müssen in den Prüfungsbericht aufgenommen werden, wenn ihre Kenntnis zur Beurteilung des zu prüfenden Vorgangs durch die Hauptversammlung erforderlich ist.*»

<sup>57</sup> Es besteht ein logischer Zusammenhang mit der Kontroverse, ob der *Verwaltungsrat* eine von der Generalversammlung mit Mehrheitsbeschluss verlangte Auskunft aus Gründen des Geschäftsgeheimnisses verweigern dürfe; dazu PETER KUNZ, *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht*, Habil. Bern 2001, § 12 N 21 (bejahend, aus Gründen des Minderheitenschutzes) und HORBER (FN 3), N 343 ff. m.Hw. (verneinend, infolge des Primats der Generalversammlung unter den Organen). Die hier wohl eher theoretische Gefahr einer unsachlichen Rechtsausübung durch die Aktionärsmehrheit ist m.E. geringer zu gewichten als die Schwierigkeiten, die sich ergeben müssten, wenn die Prüfungsbeauftragten selbst endgültig über die Geheimhaltungsfrage entscheiden sollten (dass der Verwaltungsrat in der Situation einer Ge-

allerdings Geheimnisse in Frage stehen, welche die Gesellschaft selbst von Gesetzes wegen zu wahren verpflichtet ist (z.B. das Bankgeheimnis), kann auch ein Beschluss der Generalversammlung die Offenlegung nicht anordnen.

Die Pflicht der Revisionsstelle gemäss Art. 728c Abs. 1 OR, allfällige bei der Prüfung festgestellte, aber nicht den Prüfungsgegenstand selbst betreffende *Verstösse* gegen das Gesetz, die Statuten oder das Organisationsreglement dem Verwaltungsrat anzuzeigen, ist auf die Prüfungsbeauftragten nicht zu erstrecken. Da sie ausschliesslich der Generalversammlung Rechenschaft zu geben haben, sollten sie solche *«Zufallsfunde»* in ihrer Berichterstattung erwähnen, wenn sie so gravierend sind, dass sie unabhängig vom eigentlichen Prüfungsgegenstand unmittelbar die Generalversammlung als Trägerin der Oberaufsicht über den Verwaltungsrat interessieren müssen. Dies ist eine recht hohe Schwelle. Weniger gravierende Befunde dürfen verschwiegen oder, im Ermessen der Beauftragten, nur dem hierarchisch zuständigen Exekutivorgan zur Kenntnis gebracht werden. Wo es der Ermittlungsarbeit dient, dürfen die Beauftragten ihren Gesprächspartnern auch ausdrücklich Verschwiegenheit gegenüber den Exekutivorganen bezüglich allfälliger solcher *«Zufallsfunde»* zusichern; gegenüber der Generalversammlung (in den erwähnten gravierenden Fällen) hingegen nur, wenn sie dazu von der Generalversammlung oder einem für die Untersuchung eingesetzten Delegierten ausdrücklich ermächtigt sind.

Anlässlich der *Generalversammlung*, welche den Bericht der Beauftragten behandelt, können Aktionäre den Prüfern Verständnis- und Anschlussfragen stellen, die sich aber im Rahmen von deren Berichterstattungspflicht zum beschlossenen Prüfungsgegenstand halten müssen. Nur mit Mehrheitsbeschluss kann die Generalversammlung ihnen den Auftrag zur Ergänzung oder Ausweitung der Prüfung erteilen.

Sind das Recht und die Pflicht der Revisionsstelle, *«nötigenfalls»* selbst eine Generalversammlung *einzuberufen* (Art. 699 Abs. 1 OR), auf die Prüfungsbeauftragten auszudehnen? Da diese ausserordentliche Zuständigkeit für die Einberufung namentlich dazu dient, der Revisionsstelle bei Säumnis des Verwaltungsrates die ihr obliegende Berichterstattung zu ermöglichen,<sup>58</sup> erscheint eine analoge Anwendung sinnvoll, können doch auch die Prüfungsbeauftragten in eine entsprechende Situation kommen.

---

schäftsführungsprüfung nicht Entscheidungsinstanz dafür sein kann, dürfte ausser Frage stehen). Vgl. auch VOGT (FN 14), 10: *«... über die Opportunitätsfrage, ob es im Interesse des Unternehmens liege, über gewisse Angelegenheiten vor der Öffentlichkeit zu sprechen, hat die Generalversammlung selber zu entscheiden.»*

<sup>58</sup> BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 3 ff.

## F. Kosten

Die Kosten (Honorare und Auslagen) der Prüfungsbeauftragten gemäss Art. 731a Abs. 3 OR werden von der Gesellschaft getragen (vgl. Art. 697g Abs. 2 OR). Sie hat auf Verlangen der Beauftragten angemessene Vorschüsse zu leisten, selbst wenn der Beschluss der Generalversammlung dies nicht ausdrücklich anordnet. Ist die Gesellschaft damit im Verzug, so kann ein Aktionär die Kosten vorschiesen und später aufgrund von Art. 422 OR (Geschäftsführung ohne Auftrag) von der Gesellschaft zurückfordern.

## G. Haftung

Da die Prüfungsbeauftragten zur Gesellschaft in einem mandatsähnlichen Verhältnis stehen (oben 420), haften sie ihr nach Art. 398 OR für getreue und sorgfältige Ausführung ihres Auftrages.<sup>59</sup> Die besonderen Verantwortlichkeitsbestimmungen des Aktienrechts, die insbesondere das Klagerecht auf einzelne Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger ausweiten, sind hingegen auf sie nicht anzuwenden. Sie zählen weder zu dem Kreis der mit der Geschäftsführung oder der Liquidation befassten Personen (Art. 754 Abs. 1 OR), noch sind sie im Sinne von Art. 755 OR mit der Prüfung der Jahres- und Konzernrechnung, der Gründung, der Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung befasst. Eine analoge Anwendung der letzteren Bestimmung über die Revisionshaftung ist nicht angezeigt, da die Prüfung gemäss Art. 731a Abs. 3 OR, anders als die Aufgaben der Revisionsstelle, weder dem Schutz des einzelnen Aktionärs noch demjenigen der Gesellschaftsgläubiger dient.

## IV. Potentielle Bedeutung

Wie eingangs erwähnt ist die Prüfung der Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft durch Prüfungsbeauftragte der Generalversammlung in neuerer Zeit ein seltenes Ereignis geblieben. Gemäss PETER BÖCKLI werden die Aktionäre in praktischer Hinsicht «*zu der ausserordentlichen Massnahme des Art. 731 Abs. 2 [altOR] nur greifen, wenn starke Hinweise auf ein heilloses Durcheinander auf der Ebene von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Unregelmässigkeiten oder*

---

<sup>59</sup> ZK-BÜRGLI, OR 731 N 8; ENGAMMARE (FN 34), 496.

*eine grobe Vernachlässigung der Aufsichtspflicht durch den Verwaltungsrat vorliegen».*<sup>60</sup>

Das Institut der Geschäftsführungsprüfung gemäss Art. 731a Abs. 3 OR verdient diese grosse Zurückhaltung der Praxis allerdings nicht. Gerade weil das Gesetz sie nur sehr knapp regelt und die Ausgestaltung fast vollständig der Generalversammlung überlässt, wäre sie eigentlich ein *sehr praxistaugliches Instrument*, indem sie den Bedürfnissen des Einzelfalls angepasst werden kann.

Die Situation dürfte im übrigen nicht so selten sein, dass bei einer Aktiengesellschaft Dinge vorkommen oder Befürchtungen laut werden, die zwar (noch) nicht geradezu einen totalen Vertrauensverlust im Aktionariat bewirken (dem durch Abberufung und Neubestellung des Verwaltungsrates zu begegnen wäre), aber doch bei einer Mehrheit der Gesellschafter ein ungutes Gefühl und ein Bedürfnis nach unabhängiger Überprüfung wecken. In einer solchen Situation kann eine Geschäftsführungsprüfung auch dazu dienen, drastischere Massnahmen vorerst zu vermeiden und in dem Falle, dass die Befürchtungen grundlos oder übertrieben waren, das Vertrauen wieder zu festigen.<sup>61</sup> Im Vergleich zu einer vom Verwaltungsrat veranlassten (ev. ebenfalls unabhängigen) Untersuchung<sup>62</sup> hat sie den Vorteil, dass die Generalversammlung das Heft in der Hand behält und die Gewissheit hat, die Ergebnisse ungefiltert zu erfahren.

Dem vergleichbaren Instrument der *Sonderprüfung* ist die Geschäftsführungsprüfung aus der Sicht von Aktionären, die eine Stimmenmehrheit auf ihrer Seite wissen oder zumindest darauf hoffen können, eindeutig vorzuziehen.<sup>63</sup> Sie ist auch inhaltlich flexibler, vermeidet aber insbesondere die Verfahrenshürden der Art. 697a ff. OR (Gang zum Richter für die Einsetzung des Beauftragten; schwerfälliges Verfahren der Berichterstattung). Einem Gesuchsteller, der sich nicht von vornherein der Ablehnung in der Generalversammlung sicher ist, ist deshalb zu empfehlen, neben der Ausübung seines Auskunftsrechtes der Versammlung *principaliter* die Einsetzung von Beauftragten gemäss Art. 731a Abs. 3 OR und nur *eventualiter* eine Sonderprüfung gemäss Art. 697a ff. OR zu beantragen. Lehnt die Generalversammlung den ersten Antrag ab, so wahrscheinlich auch den zweiten; es steht dann aber immer noch die Möglichkeit der gerichtlichen Anordnung der Sonderprüfung auf Antrag einer Minderheit offen.

---

<sup>60</sup> BÖCKLI (FN 3), § 15 N 193 (allerdings ausdrücklich gegen eine dahingehende rechtliche Voraussetzung; vgl. oben FN 26).

<sup>61</sup> BÖCKLI (FN 3), § 15 N 176, erwähnt auch die Möglichkeit, dass der Verwaltungsrat selbst der Generalversammlung eine Geschäftsführungsprüfung beantragt, nachdem die Revisionsstelle auf Verstösse gegen Gesetz oder Statuten hingewiesen hat.

<sup>62</sup> Vgl. dazu TRUFFER/WÜSTEMANN (FN 24).

<sup>63</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 33 N 22; HORBER (FN 3), FN 915a.

Was das Mehrheitserfordernis in der Generalversammlung anbelangt, darf man vielleicht erwarten, dass infolge der zunehmenden Bedeutung *institutioneller Investoren* (wie Anlagefonds, Vorsorgeeinrichtungen etc.) im Aktionariat schweizerischer Publikumsgesellschaften<sup>64</sup> die Aussicht auf solche Entscheide auch gegen den Willen des amtierenden Verwaltungsrates realistischer wird. Diese Investoren sind ihrerseits reguliert; ihre Vertreter unterstehen bei ihrem Stimmverhalten eigenen Sorgfaltspflichten und Kontrollen. Sie müssen sich darum bemühen, unabhängig von Empfehlungen des Verwaltungsrates und allfälligen Loyalitäten zu nachvollziehbaren Entscheidungen zu gelangen. Als Referenzpunkt stehen ihnen oft auch Empfehlungen spezialisierter Organisationen zur Verfügung.<sup>65</sup> Auf dieser Grundlage werden sich wichtige Teilnehmer der Generalversammlung einer Publikumsgesellschaft (insbesondere bei solchen Gesellschaften, für die infolge ihrer Grösse und Finanzkraft die Kosten des Prüfungsauftrages wenig ins Gewicht fallen) den offenkundigen Vorteilen einer Geschäftsführungsprüfung oftmals nicht verschliessen und einen ernsthaft indizierten, entsprechenden Antrag ablehnen wollen.

Eine andere Angelegenheit ist die vom Gesetz ebenfalls ermöglichte Einsetzung von Prüfungsbeauftragten als ständiges Organ, im Sinne eines «Aufsichtsrates» (genauer: *Prüfungsrates*) (vgl. oben 418). Nachdem die Praxis sich an das hergebrachte Organisationsmodell für Leitung und Kontrolle in der Aktiengesellschaft gewöhnt hat und in gesetzgeberischen Debatten das Bedürfnis nach einem zusätzlichen Aufsichtsorgan regelmässig verneint wird, besteht wenig Grund zur Annahme, dass solche ständigen Geschäftsprüfungsorgane in Zukunft generelle Verbreitung finden. Sie könnten aber für die Bedürfnisse von Gesellschaften eine Lösung darstellen, bei denen die Prüfung der Geschäftsführung *unter einem speziellen Gesichtspunkt* besondere Bedeutung hat (Beispiele wären vielleicht die Überprüfung der Betriebssicherheit bei einer Gesellschaft, die Anlagen mit aussergewöhnlichen Risiken betreibt, oder eine Compliance-Prüfung bei einer Gesellschaft, die in einem besonders korruptionsanfälligen Geschäftsfeld tätig ist) und daher nicht nur dem Verwaltungsrat (oder einem ihm unterstellten Organ) anvertraut werden soll, der als Leitungsorgan mit Verantwortung auch für die wirtschaftlichen Ergebnisse diesbezüglich Zielkonflikten unterliegen kann.

---

<sup>64</sup> Dazu TILL SPILLMANN, *Institutionelle Investoren im Recht der (echten) Publikumsgesellschaften*, Diss. Zürich 2004.

<sup>65</sup> Vgl. etwa ETHOS, *Richtlinien zur Ausübung der Stimmrechte*, Version Januar 2007 (verfügbar auf [www.ethosfund.ch](http://www.ethosfund.ch)), Ziff. 8.1.2 (Analyse der Aktionärsanträge), S. 92: «... Insbesondere werden Anträge für die Verbesserung der Transparenz und die Veröffentlichung von Informationen, [...] sowie für Massnahmen unterstützt, welche die Unabhängigkeit der Kontrollverfahren fördern.»