

Jörg Walther\* / Tom Schaffner\*\* / Josianne Magnin\*\*\*

## Der Sachverständige nach Art. 731a Abs. 3 OR

### Ein verkanntes Rechtsinstitut erlangt Bedeutung im Übernahmestreit um die Sika AG

#### Inhaltsübersicht

- I. Das Bedürfnis nach einem Kontrollgremium im Übernahmestreit um die Sika AG
- II. Der Sachverständige in der Geschichte des Schweizer Aktienrechts
  1. Ein im Schweizer Obligationenrecht seit je vorgesehenes Rechtsinstitut ...
  2. ... mit geringer Bedeutung in der bisherigen Rechtspraxis
- III. Die Einsetzung des Sachverständigen
  1. Zuständigkeit
  2. Formelle Einsetzungsvoraussetzungen
  3. Materielle Einsetzungsvoraussetzungen
  4. Inhalt des Einsetzungsbeschlusses
  5. Person des Sachverständigen
- IV. Die Rechtsstellung des Sachverständigen
  1. Organstellung des Sachverständigen?
  2. Der Sachverständige als Beauftragter der Generalversammlung
  3. Verhältnis zum Verwaltungsrat und zur Geschäftsleitung
- V. Auftrag und Anwendungsfälle des Sachverständigen
  1. Gegenstand des Auftrags
  2. Dauer, Änderung und Ergänzung des Auftrags
  3. Anwendungsfälle
  4. Auftrag des Sachverständigen-Ausschusses der Sika AG
- VI. Rechte des Sachverständigen
  1. Rechte gemäss Auftrag der Generalversammlung
  2. Umfassendes Einsichts- und Auskunftsrecht
  3. Durchsetzung des Einsichts- und Auskunftsrechts
  4. Honoraranspruch und Auslagenersatz
- VII. Pflichten des Sachverständigen
  1. Pflicht zur persönlichen Erfüllung
  2. Sorgfaltspflicht und Haftung
  3. Geheimhaltungspflicht
  4. Berichterstattung
- VIII. Beendigung des Sachverständigenmandats
- IX. Abgrenzung und Vergleich
- X. Fazit

\* Jörg Walther, MBA, Rechtsanwalt und Partner bei Schärer Rechtsanwälte, Aarau. Jörg Walther war Präsident des Sachverständigen-Ausschusses der Sika AG.

\*\* Tom Schaffner, Rechtsanwalt bei Schärer Rechtsanwälte, Aarau. Tom Schaffner war Sekretär des Sachverständigen-Ausschusses der Sika AG.

\*\*\* Dr. iur. Josianne Magnin, Rechtsanwältin bei Schärer Rechtsanwälte, Aarau. Josianne Magnin hat den Sachverständigen-Ausschuss der Sika AG in administrativen und rechtlichen Belangen unterstützt.

#### I. Das Bedürfnis nach einem Kontrollgremium im Übernahmestreit um die Sika AG

Am 8. Dezember 2014 informierte der Verwaltungsrat der Sika AG die Öffentlichkeit darüber, dass die französische Saint-Gobain-Gruppe beabsichtige, indirekt sämtliche von der bisherigen Hauptaktionärin, der Familie Burkard, gehaltenen Aktien der Sika AG zu übernehmen. Damit würde Saint-Gobain mit 16,1 % des Aktienkapitals und 52,4 % der Stimmrechte neue Mehrheitsaktionärin ihrer Konkurrentin Sika. Verwaltungsrat und Management der Sika AG wurden weder in die angekündigte Transaktion involviert noch beratend beigezogen. Ihnen wurde zudem mitgeteilt, dass Saint-Gobain nicht plane, ein öffentliches Übernahmeangebot an die Publikumsaktionäre der Sika AG zu richten.

Der Verwaltungsrat und das Management der Sika AG lehnten den geplanten Kontrollwechsel mangels industrieller Logik und aufgrund fehlender Synergiepotenziale ab. Sie befürchteten die Vernichtung von Aktienwert der Sika AG, da in der neuen Konstellation eine Fortsetzung der erfolgreichen Wachstumsstrategie verunmöglicht würde. Bei Realisierung der beabsichtigten Transaktion erwarteten Verwaltungsrat und Management eine fundamentale Änderung der starken Unternehmenskultur sowie verschiedenste Interessenkonflikte zum Nachteil der Drittaktionäre.<sup>1</sup>

Aus Sicht der unabhängigen Mitglieder des Verwaltungsrates und der Konzernleitung der Sika AG konnte die beabsichtigte Kontrollübernahme durch Saint-Gobain nicht im Interesse der Gesellschaft und deren Publikumsaktionäre sein. Ohne Entschädigung für den drohenden Wertverlust ihrer Investition würden die Publikumsaktionäre der Sika AG einer durch Saint-Gobain allein kontrollierten und in deren eigenem Interesse bestimmten weiteren Entwicklung des Unternehmens

<sup>1</sup> Zum Ganzen vgl. Medienmitteilung der Sika AG vom 8. Dezember 2014, abrufbar unter <https://www.sika.com/de/group/Media/Medienmitteilungen/2014/sika-not-support-change.html> (zuletzt besucht am 31. Juli 2018).

ausgesetzt. Mehrere Aktionärsgruppen erklärten denn auch öffentlich die volle Unterstützung der unabhängigen Mitglieder des Verwaltungsrats und der Konzernleitung.<sup>2</sup>

An der Generalversammlung vom 14. April 2015 beschränkte der Verwaltungsrat der Sika AG unter Anwendung der Vinkulierungsbestimmung in Art. 4 der Statuten die Stimmen der Schenker-Winkler Holding AG für Abstimmungen der Generalversammlung, welche die Abwahl von unabhängigen Mitgliedern des Verwaltungsrats und die Zuwahl von Vertretern der Erbenfamilie Burkard zum Gegenstand hatten. Damit wurde ein sofortiger Kontrollwechsel verhindert und der Abwehrkampf der Führungsorgane der Sika AG auf eine gerichtliche Überprüfung der Rechtmässigkeit der Anwendung der statutarischen Vinkulierungsbestimmung ausgeweitet.<sup>3</sup>

Um im Falle eines Kontrollwechsels die Pläne, Entscheidungen und Handlungen eines Verwaltungsrats in neuer Zusammensetzung (und der Konzernleitung) in Bezug auf potentielle Interessenkonflikte der Sika AG mit der Schenker-Winkler Holding und/oder Saint-Gobain zu untersuchen und der Generalversammlung darüber Bericht zu erstatten, beantragte eine Gruppe namhafter Investoren und Aktionäre der Generalversammlung vom 14. April 2015 die Einsetzung von Sachverständigen. Der beantragte und durch die Generalversammlung erteilte Auftrag an den Sachverständigen-Ausschuss wurde extensiv formuliert und den Sachverständigen zu dessen Erfüllung sehr weitgehende Rechte und Kompetenzen eingeräumt.<sup>4</sup>

## II. Der Sachverständige<sup>5</sup> in der Geschichte des Schweizer Aktienrechts

### 1. Ein im Schweizer Obligationenrecht seit je vorgesehenes Rechtsinstitut ...

Bereits das erste Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 sah im Abschnitt «Kontrolstel-

le» in Art. 661 vor, dass «die Generalversammlung (...) jederzeit berechtigt (ist), zur Prüfung der Geschäftsführung und einzelner Theile derselben besondere Kommissäre oder Sachverständige zu ernennen». Diese «Sachverständigen» waren ein Überbleibsel jahrelanger Verhandlungen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens. Offenbar bestand auch bereits Ende des 19. Jahrhunderts ein grosses Bedürfnis nach einem Gremium, welches die Geschäftsführung der Aktiengesellschaften möglichst vollumfänglich beaufsichtigt, um so Missbrauch zu verhindern und die Aktionäre als Eigentümer der Gesellschaften zu schützen. Dementsprechend war in den Entwürfen zum ersten gesamtschweizerischen Obligationenrecht teilweise gar ein Aufsichtsrat vorgesehen, welcher die Geschäftsführung als notwendiges Organ ständig hätte überwachen und sich vergewissern müssen, dass mit den Geldern der Aktionäre sorgfältig gewirtschaftet wird. Im Sinne eines gutschweizerischen Kompromisses begnügte sich der Gesetzgeber schliesslich mit Rechnungsrevisoren als Kontrollstelle, sah aber gleichzeitig fakultative «Kommissäre oder Sachverständige» vor, welche die Generalversammlung – bei Bedarf – in Ergänzung zu den Revisoren ernennen konnte.<sup>6</sup> Die Rechtsinstitute der Revisionsstelle und des Sachverständigen waren also von Beginn weg eng miteinander verbunden, was sich auch in der Gesetzessystematik zeigte.

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Aktienrecht 1936 stellte sich erneut die Frage, ob und wer die Geschäftsführung der Aktiengesellschaften kontrollieren soll. In der Lehre war zum damaligen Zeitpunkt umstritten, ob der Revisionsstelle auch die Aufgabe übertragen werden konnte, die Geschäftsführung zu überprüfen. Die herrschende Lehre war sich immerhin einig, dass eine Überprüfung der Verwaltung durch Revisoren, wenn überhaupt, dann nur in gewissen Grenzen und für einzelne Akte zulässig sein durfte. Eine Vermischung der Aufgaben und Verantwortlichkeiten von Verwaltungsrat und Revisionsstelle sollte möglichst vermieden werden. Der Gesetzgeber stellte in diesem Sinne in Art. 731 Abs. 1 OR klar, dass die Revisionsstelle als Kontrollorgan keine Aufgaben der Verwaltung wahrnehmen durfte, liess den Generalversammlungen indes den Entscheid offen, die Befugnisse und Pflichten der Revisionsstelle bei Bedarf auszudehnen.<sup>7</sup> Diese Bestimmung, welche bereits unter altem Obligationenrecht bestand, wurde neuerdings um einen Absatz 2 ergänzt, welcher die Möglichkeit vorsah, zur Überprüfung der Geschäftsführung besondere «Kommissäre oder Sachverständige» zu ernennen.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> Vgl. Medien- und Investoren-Präsentationen der Sika AG vom 8. Dezember 2014 sowie vom 17. Dezember 2014, abrufbar unter <https://www.sika.com/de/group/investors/presentations/archive.html> (zuletzt besucht am 31. Juli 2018).

<sup>3</sup> Vgl. Einladung zur ordentlichen Generalversammlung der Sika AG vom 14. April 2015, abrufbar unter <https://www.sika.com/de/group/investors/general-meetings/annual-general-meeting-2015/dokumente.html> (zuletzt besucht am 31. Juli 2018), Erläuterungen des Präsidenten zu Traktandum 4.

<sup>4</sup> Einladung GV Sika AG 2015 (FN 3), Antrag und Erläuterungen zu Traktandum 6.3.

<sup>5</sup> Nachfolgend ist jeweils schlicht vom «Sachverständigen» die Rede, wobei diese Wendung auch die weibliche Form sowie die Möglichkeit eines Gremiums bestehend aus mehreren natürlichen Personen sowie die Möglichkeit eines Sachverständigen in der Form einer juristischen Person umfassen soll.

<sup>6</sup> Zum Ganzen TRUFFER ROLAND, Die Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung (Art. 731a Abs. 3 OR), in: Vogt Nedim/Stupp/Dubs (Hrsg.), Unternehmen – Transaktion – Recht: Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich 2008, 405 ff., 407 ff. m.w.H.

<sup>7</sup> Vgl. ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 731a N 3.

<sup>8</sup> Vgl. zum Ganzen ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 731a N 3 ff. m.w.H.

Auch heute noch sind die Option, die Aufgaben der Revisionsstelle zu erweitern, sowie jene, zur Prüfung der Geschäftsführung «Sachverständige» zu ernennen, im gleichen Artikel, inzwischen in Art. 731a OR, vorgesehen.

## 2. ... mit geringer Bedeutung in der bisherigen Rechtspraxis

Obwohl der Sachverständige im Schweizer Obligationenrecht seit Beginn und damit seit weit mehr als 100 Jahren als Rechtsinstitut vorgesehen ist, hat er bisher kaum Schlagzeilen gemacht.

Bekanntheit erlangte er offenbar kurzzeitig Ende des 19. Jahrhunderts im Rahmen des sogenannten «Nordostbahnstreits»: Der Industrielle Adolf Guyer-Zeller, welcher an der «Schweizerischen Nordostbahngesellschaft» beteiligt war und ab 1892 deren Verwaltungsrat angehörte, sah sich bei wesentlichen Entscheiden regelmässig in Opposition zur Ansicht der Direktion sowie der Mehrheit des Verwaltungsrates. Sein Ziel war es, der Generalversammlung (und damit sich selbst als Aktionär) einen grösseren Einfluss auf die Gesellschaftsangelegenheiten zu verschaffen, weshalb er an einer ausserordentlichen Generalversammlung im April 1894 unter anderem den Antrag stellte, eine Kommission mit drei Mitgliedern einzusetzen, welche die erwarteten Vorlagen der Geschäftsführung (mitunter) zum Ausbau des Personen- und Güterbahnhofs Zürich überprüfen und der Generalversammlung zur Abstimmung unterbreiten sollte. Der Antrag wurde mit grosser Mehrheit gutgeheissen und die Kommission aus einem Architekten, einem Ingenieur sowie Guyer-Zeller selbst zusammengesetzt. Die Kommission erhielt das Recht, sich selbst zu ergänzen und nötigenfalls Experten beizuziehen.<sup>9</sup>

Trotz weitgehender Befugnisse und gar der Aufgabe, ein eigenes Projekt für den Ausbau des Personen- und Güterbahnhofs Zürich auszuarbeiten, wurde die Einsetzung der Kommissäre durch das Handelsgericht Zürich geschützt. Sie habe nur prüfende Funktion und greife nicht in die Verwaltung der Gesellschaft ein. Auch die Ermächtigung, behufs Lösung ihrer Aufgaben einen oder mehrere Experten beizuziehen, sei gesetzeskonform.<sup>10</sup> Bereits Ende des Jahres 1894 verlor die Kommission ihre Daseinsberechtigung, als der Verwaltungsrat der Nordostbahngesellschaft an weiteren Generalversammlungen neu konstituiert und Guyer-Zeller selbst zum Präsidenten ernannt wurde.<sup>11</sup>

Eine Recherche nach weiteren Anwendungsfällen des Rechtsinstitutes des Sachverständigen ist nicht sehr ergebnisreich. Erwähnenswert ist etwa der Fall «*bfw liegenschaft*» aus dem Jahr 2009: An der Generalversammlung vom 21. April 2009 der *bfw liegenschaften ag* stellte eine Aktionärsgruppe folgenden Antrag: «Es sei Martin Meili (...) als Sachverständiger im Sinne von Art. 731a Abs. 3 OR zur Prüfung einzelner Teile der Geschäftsführung zu wählen, dies mit den folgenden Aufträgen: (...) Alle Wertschriftentransaktionen in Namenaktien der *bfw liegenschaften ag* in den Jahren 2008 und 2009, an welchen Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung sowie diesen nahestehende Personen beteiligt waren, (...) auf die Umstände und allfällige unrechtmässige Begünstigungen von Personen zu untersuchen; und die Immobilientransaktionen in den Jahren 2005–2008 (...) zu untersuchen.»<sup>12</sup>

Martin Meili wurde damit beauftragt, einen schriftlichen Bericht über die im Antrag erwähnten Geschäfte zu verfassen und zu publizieren. Im entsprechenden Bericht vom 10. September 2009 schrieb er, die Erhebung des Sachverhalts sei zu einem grossen Teil am Sitz der Gesellschaft erfolgt. Die Gesellschaft habe uneingeschränkt sämtliche für die Erhebung des Sachverhalts relevanten Akten offengelegt. Zudem habe er während der gesamten Prüfungsdauer von den Mitgliedern der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrates wie auch von Drittparteien (Dienstleister, Makler, Banken etc.) sämtliche von ihm verlangten Auskünfte erhalten.<sup>13</sup>

In der Literatur werden neben dem «Nordostbahnstreits» keine weiteren Anwendungsfälle des Instituts des Sachverständigen im Sinne von Art. 731a Abs. 3 OR thematisiert. Auch in die Schlagzeilen der Medien haben es die Sachverständigen soweit ersichtlich nie geschafft. Zumindest nicht bis ins Jahr 2015, als in den Medien darüber berichtet wurde, es sei an der Generalversammlung der Sika AG die von einer Aktionärsgruppe «beantragte Einrichtung eines Ausschusses von unabhängigen Sachverständigen zur Prüfung der zukünftigen Geschäftstätigkeit der Sika» mit 70 % deutlich angenommen worden.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Vgl. zum Ganzen MÜLLER-FÜGLISTALER DORIS, Adolf Guyer-Zeller (1839–1899), Zürich 1992, 86 ff.

<sup>10</sup> Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 6. Juli 1894, *Dr. Ryf & Cons. c. Schweizerische Nordostbahngesellschaft*, in: Schweizerische Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen, XIII. Band, 1894, Nr. 17.

<sup>11</sup> MÜLLER-FÜGLISTALER (FN. 9), 111 ff.

<sup>12</sup> Vgl. zum Ganzen MEILI MARTIN, Bericht des Sachverständigen der *bfw liegenschaften ag* vom 10. September 2009, abrufbar unter [https://www.bfwliegenschaften.ch/images/news/11\\_09\\_2009\\_bfw\\_Bericht\\_Sachverstaendiger\\_2009.pdf](https://www.bfwliegenschaften.ch/images/news/11_09_2009_bfw_Bericht_Sachverstaendiger_2009.pdf) (zuletzt besucht am 22. Dezember 2018), I.

<sup>13</sup> MEILI (FN 12), II.

<sup>14</sup> Vgl. etwa Berichterstattung der Neuen Zürcher Zeitung (NZZ) vom 14. April 2015, abrufbar unter <https://www.nzz.ch/wirtschaft/die-aktionaere-haben-das-wort-1.18522021> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2018).

### III. Die Einsetzung des Sachverständigen

#### 1. Zuständigkeit

Wohl wegen des klaren Wortlauts von Art. 731a Abs. 3 OR ist sich die Lehre einig, dass die Einsetzung eines Sachverständigen zur Untersuchung der Geschäftsführung nur durch Beschluss der Generalversammlung erfolgen kann.<sup>15</sup> Diese Kompetenz der Generalversammlung ist unentziehbar, kann also nicht durch andere Organe – insbesondere auch nicht durch den Verwaltungsrat – ausgeübt werden. Der Verwaltungsrat kann der Generalversammlung die Einsetzung von Sachverständigen aber jederzeit vorschlagen und dies von sich aus traktandieren.<sup>16</sup> Zudem ist es auch dem Verwaltungsrat einer Gesellschaft möglich, Dritte mit der Prüfung bestimmter Gesellschaftsangelegenheiten und der Überprüfung der Geschäftsführung zu beauftragen.<sup>17</sup> Macht er von dieser Möglichkeit Gebrauch, handelt es sich unseres Erachtens indes nicht um einen Anwendungsfall von Art. 731a Abs. 3 OR.<sup>18</sup>

Für die Einsetzung eines Sachverständigen ist ein Generalversammlungsbeschluss folglich zwingend und auch ausreichend: Abgesehen von der Situation, dass der (gültige) Generalversammlungsbeschluss der Mandatierung eines Sachverständigen nicht umgesetzt wird, ist für dessen Einsetzung keine richterliche Hilfe nötig.<sup>19</sup> Die Einsetzung eines Sachverständigen ist damit eine rein interne Angelegenheit.<sup>20</sup> Sie kann aber möglicher Teil einer «*andere(n) sachgemässe(n) und den Beteiligten zumutbare(n) Lösung*» sein, zu deren Anordnung der Richter nach Art. 736 Ziff. 4 OR als Alternative zur Auflösung der Aktiengesellschaft befugt ist.<sup>21</sup> Über diesen Umweg ist die Einsetzung eines Sachverständigengremiums also auch durch richterlichen Beschluss möglich. Soweit für uns ersichtlich, hat bisher noch kein Richter von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.

Im Fall der Sika AG ging die Initiative zur Einsetzung eines Sachverständigen-Ausschusses, wie einleitend unter Ziff. I. bemerkt, von einer Aktionärsgruppe um Cascade Investment L.L.C., Bill & Melinda Gates Foundation Trust, Fidelity Worldwide Investment und Threadneedle Investments aus. Diese trugen ihr Anliegen in die Generalversammlung und stellten in der Generalversammlung der Sika AG vom 14. April 2015 den Antrag, es sei ein Ausschuss von Sachverständigen einzusetzen, mit dem Auftrag, die «*Geschäftstätigkeit der Sika Gruppe, insbesondere alle Pläne, Entscheidungen, Handlungen, Vereinbarungen, Geschäftsoportunitäten usw., die tatsächlich oder potentiell einen Zusammenhang mit dem Familienaktionär und/oder mit Saint-Gobain oder einem ihrer Vertreter oder Berater haben, zu prüfen und zu untersuchen*».<sup>22</sup> Die genannten Aktionäre begründeten ihren Antrag damit, mit dem Vollzug des Verkaufs aller von der Familie Burkard gehaltenen Sika-Aktien an Saint-Gobain gehe die Stimmenmehrheit an der Gesellschaft auf Saint-Gobain über, womit Saint-Gobain auch den Verwaltungsrat kontrollieren könne. Ohne die Gewährleistung einer entsprechenden «Corporate Governance» könnte die zukünftige Geschäftsführung mit Interessenkonfliktsituationen konfrontiert sein, die, falls nicht korrekt behandelt, sich zum Nachteil für das Geschäft der Sika und die Interessen der grossen Mehrheit der (Publikums)-Aktionäre auswirken könne.<sup>23</sup>

#### 2. Formelle Einsetzungsvoraussetzungen

Zur Einsetzung eines Sachverständigen ist also unbestritten die Generalversammlung zuständig. Dabei kommt nicht nur eine ordentliche Generalversammlung in Frage. Die Einsetzung kann vielmehr auch durch Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung erfolgen, welche einzig die Abstimmung über die Mandatierung eines Sachverständigen bezweckt.<sup>24</sup>

Grundsätzlich kann die Generalversammlung nur gültig über Geschäfte Beschluss fassen, welche in der Einladung zur Generalversammlung traktandiert wurden und von einem entsprechenden Antrag begleitet waren. Anträge auf die Bestellung eines Sachverständigen sind gemäss Art. 731a Abs. 3 OR von diesem Grundsatz aber ausgenommen: Sachverständige können durch die Generalversammlung also auch dann eingesetzt werden, wenn in der Einladung zur Generalversammlung kein entsprechender Verhandlungsgegenstand traktandiert war.<sup>25</sup> Es ist für den Aktionär möglich, in der Generalversamm-

<sup>15</sup> HARI OLIVIER/HÄNNI LINO, Quelques procédures particulières du droit de la société anonyme, in: Bohnet/Hari (Hrsg.), La personne morale et l'entreprise en procédure, Neuchâtel 2014, 138 ff., N 138; vgl. auch BSK OR II-REUTTER/RASMUSSEN, Art. 731a N 11; CHK-OERTLI/HÄNNI, Art. 731a N 9; TRUFFER (FN 6), 415.

<sup>16</sup> HARI/HÄNNI (FN 15), N 141.

<sup>17</sup> BSK OR II-WATTER, Art. 731 N 7; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 33 N 107; TRUFFER (FN 6), 415 und FN 24; TRUFFER ROLAND/WÜSTEMANN TINA, Untersuchungen durch unabhängige Beauftragte, 2006 (verfügbar auf [www.baerkarrer.ch](http://www.baerkarrer.ch); in gekürzter Form erschienen in der NZZ vom 8. März 2007 auf S. 29); 1 ff.

<sup>18</sup> Gl.M. HARI/HÄNNI (FN 15), N 138 und 153.

<sup>19</sup> HARI/HÄNNI (FN 15), N 140; ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 731a N 25.

<sup>20</sup> HARI/HÄNNI (FN 15), N 140, welche die rein interne Angelegenheit mit einem Verweis auf einen angeblichen Spruch Napoleons verdeutlichen, gemäss welchem «dreckige Wäsche innerhalb der Familie gewaschen werden» solle.

<sup>21</sup> TRUFFER (FN 6), 415 und FN 24.

<sup>22</sup> Einladung GV Sika AG 2015 (FN 3), Traktandum 6.3.

<sup>23</sup> Einladung GV Sika AG 2015 (FN 3), Erläuterungen der Aktionärsgruppe, 7.

<sup>24</sup> HARI/HÄNNI (FN 15), N 141.

<sup>25</sup> OR Handkommentar-FRICK/STÄHELI, Art. 700 N 11 f.; HARI/HÄNNI (FN 15), N 141; TRUFFER (FN 6), 415.

lung *ad-hoc* die Beschlussfassung über die Einsetzung eines Sachverständigen zu beantragen.

Die Abstimmung über die Einsetzung der Sachverständigen erfolgt mit dem absoluten Mehr der Stimmen, wobei die Statuten die Voraussetzungen der Einsetzung erleichtern und sie als Minderheitsrecht ausgestalten können.<sup>26</sup> Verschärft werden kann das Quorum zur Einsetzung eines Sachverständigen hingegen nicht.<sup>27</sup> Damit ein Sachverständiger eingesetzt wird, muss also die Mehrheit der an der Generalversammlung anwesenden oder vertretenen Aktionäre eine Mandatierung wünschen. Diese Voraussetzung unterscheidet das Institut des Sachverständigen vom Institut der Sonderprüfung, welches auch von einer Minderheit durchgesetzt werden kann (vgl. Art. 697b OR). Anders als bei der Sonderprüfung ist es beim Sachverständigen weiter nicht erforderlich, dass der antragstellende Aktionär zuvor von seinem Auskunfts- und Einsichtsrecht Gebrauch gemacht hat.<sup>28</sup> Bei der Abstimmung über die Einsetzung eines Sachverständigen ruhen zudem die Stimmrechtsaktien gemäss Art. 693 Abs. 3 Ziff. 2 OR.<sup>29</sup>

Die Generalversammlung der Sika AG folgte am 14. April 2015 dem Antrag der erwähnten Aktionärsgruppe auf Wahl und Beauftragung eines Sachverständigen-Ausschusses mit einem Anteil von rund 70 % des vertretenen Aktienkapitals.<sup>30</sup> Der anlässlich der Generalversammlung durch die Schenker-Winkler Holding unterbreitete Gegenvorschlag, welcher insbesondere einen deutlich reduzierten Umfang des Untersuchungsauftrags sowie stark abgeschwächte Rechte und Kompetenzen des Sachverständigen-Ausschusses vorsah, wurde damit abgelehnt.

### 3. Materielle Einsetzungsvoraussetzungen

Von diesen formellen Voraussetzungen zur Einsetzung eines Sachverständigen ist die Frage nach den materiellen Voraussetzungen zu unterscheiden.

ERIC HOMBURGER ist der Meinung, ein Sachverständiger könne von der Generalversammlung nur eingesetzt werden, wenn schwerwiegende Anhaltspunkte vorlägen, dass der Verwaltungsrat seine Aufsichtspflichten verletze bzw. verletzt habe. Er begründet seine Ansicht mit der Befürchtung, eine voraussetzungslose Einsetzung eines Sachverständigen bzw. die Beauftragung von Prüfern

durch die Generalversammlung könne einen Eingriff in die ausschliessliche Kompetenz des Verwaltungsrats zur Oberaufsicht über die Geschäftsführung (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR) mit sich bringen.<sup>31</sup> Diese Ansicht ist unseres Erachtens abzulehnen. Zwar weist auch PETER BÖCKLI darauf hin, dass es sich bei der Einsetzung von Sachverständigen um eine «ausserordentliche Massnahme» handelt, zu welcher die Aktionäre nur greifen, «wenn starke Hinweise auf ein heilloses Durcheinander auf der Ebene von Verwaltungsrat oder Geschäftsleitung, Unregelmässigkeiten oder eine grobe Vernachlässigung der Aufsichtspflicht durch den Verwaltungsrat vorliegen». Zu Recht hält er aber fest, dass dies keine rechtliche Voraussetzung des entsprechenden Beschlusses ist.<sup>32</sup> Mit ROLAND TRUFFER ist entsprechend davon auszugehen, dass für die Einsetzung eines Sachverständigen keine materiellen Voraussetzungen bestehen, entspricht die Mandatierung doch zwingend immer dem Willen der Aktionärsmehrheit.<sup>33</sup>

### 4. Inhalt des Einsetzungsbeschlusses

Im Einsetzungsbeschluss der Generalversammlung muss diese den Prüfungsgegenstand umschreiben und dem Sachverständigen einen klar umrissenen Auftrag erteilen.<sup>34</sup> Weiter müssen der oder die Sachverständigen, d.h. die konkreten natürlichen und/oder juristischen Personen, bezeichnet werden.<sup>35</sup> Im Vorfeld der ordentlichen Generalversammlung 2015 der Sika AG wurde zwischen der Gesellschaft und den zur Wahl vorgeschlagenen Sachverständigen bereits ein ausführlicher Mandatsvertrag aufgesetzt und verhandelt. Dieser trat mit der Zustimmung der Generalversammlung zum Antrag auf Ernennung und Beauftragung der Sachverständigen in Kraft.

Sinnvollerweise wird die Generalversammlung im Einsetzungsbeschluss auch noch weitere Anordnungen treffen, um gute Voraussetzungen für einen geordneten Ablauf der Prüfung zu schaffen. So sollte die Generalversammlung unter anderem die Form und den Umfang der Berichterstattung festlegen sowie allenfalls für Unklarheiten eine Vertrauensperson bzw. einen Delegierten der Generalversammlung bezeichnen. Dieser kann die Untersuchung begleiten, überwachen und über dringende Fragen entscheiden. Zudem sollte bereits im Einsetzungsbeschluss die Leistung von Vorschüssen aus Mitteln der Gesellschaft angeordnet werden.<sup>36</sup> Die Generalversammlung ist nämlich daran interessiert, dass ge-

<sup>26</sup> Den Autoren ist keine Gesellschaft bekannt, welche von der Möglichkeit dieser statutarischen Erleichterung zur Einsetzung des Sachverständigen Gebrauch gemacht hätte.

<sup>27</sup> TRUFFER (FN 6), 416 m.w.H.; weniger streng HARI/HÄNNI (FN 15), N 139.

<sup>28</sup> BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 15 N 194a.

<sup>29</sup> TRUFFER (FN 6), 415; ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 731a N 25.

<sup>30</sup> Vgl. Protokoll der Generalversammlung der Sika AG vom 14. April 2015.

<sup>31</sup> ZK-HOMBURGER, Art. 716a N 570.

<sup>32</sup> BÖCKLI (FN 28), § 15 N 754.

<sup>33</sup> TRUFFER (FN 6), 415.

<sup>34</sup> HARI/HÄNNI (FN 15), N 156 ff.; OR Handkommentar-MÜLLER, Art. 731a N 6; TRUFFER (FN 6), 416.

<sup>35</sup> TRUFFER (FN 6), 416; vgl. zu den Anforderungen an diese nachfolgend III.5.

<sup>36</sup> TRUFFER (FN 6), 416 f.

genwärtige oder zukünftige Mitglieder des Verwaltungsrats nicht versucht sein sollten, die Prüfungshandlungen der Sachverständigen durch Verweigerung der Bezahlung des entstehenden Aufwandes zu behindern oder gar ganz zu stoppen. Im Fall Sika wurde in diesem Sinn bereits im Einsetzungsbeschluss ein Vorschuss vorgesehen. Dieser wurde an einer späteren Generalversammlung auf Antrag besagter Aktionärsgruppe zwecks Sicherstellung finanziell unabhängiger und uneingeschränkter Auftragsausführung der Sachverständigen erhöht.

## 5. Person des Sachverständigen

Bei der Auswahl des Sachverständigen ist die Generalversammlung frei. Etwa im Unterschied zur Revisionsstelle bestehen keine gesetzlichen Anforderungen an die Person des Sachverständigen. Sachverständiger kann eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen sein, wobei gemäss Literatur auch die Revisionsstelle der Gesellschaft als Sachverständiger wählbar ist.<sup>37</sup> Es dürfte im Einzelfall zu beurteilen und entscheiden sei, ob letzteres sinnvoll oder aber als problematisch zu erachten ist. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte die angestrebte Überprüfung der Geschäftsführung nämlich unabhängig von allen übrigen Organen der Gesellschaft erfolgen. Es wird im Gesetz denn auch bewusst zwischen «Erweiterung der Aufgaben der Revisionsstelle»<sup>38</sup> und «Ernennung von Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung oder einzelner Teile davon»<sup>39</sup> unterschieden.

Bei der Auswahl des Sachverständigen ist zentral, dass dieser fachlich besonders befähigt und unabhängig ist,<sup>40</sup> wobei hiermit nur gemeint sein kann, dass der Sachverständige den ihm durch die Generalversammlung erteilten Auftrag erfüllen kann und wird, ohne dass er bei dessen Erfüllung andere oder zusätzliche Interessen als diejenige der Generalversammlung bzw. der Mehrheit der Aktionäre verfolgt. Wann dies der Fall ist, kann nicht in allgemeingültiger Weise beantwortet werden, sondern ist vielmehr im Sinne einer Einzelfallbetrachtung abzuwägen. Klar scheint u.E. indessen, dass die Unabhängigkeit nicht nur aufgrund einer konkret bestehenden Befangenheit oder eines konkreten Interessenkonfliktes ausscheiden muss, sondern bereits, wenn abstrakt der Anschein besteht, die betreffende Person sei nicht unabhängig oder parteiisch. Sollte der Anschein eines bestehenden Interessenkonfliktes oder mangelnder Unabhängigkeit ungeachtet deren konkreten Vorliegens bestehen,

so könnte dies die Legitimität des Sachverständigen untergraben und diesen dem Risiko einer erfolgreichen Anfechtung seines Einsetzungs- oder Wahlbeschlusses aussetzen.

Konkret kommen als Sachverständiger z.B. Finanz- oder Steuerexperten sowie Anwälte mit entsprechender Spezialisierung (z.B. in Korruption, Corporate Governance, Asset Tracing, interne Untersuchungen, etc.) in Frage.<sup>41</sup> Aktuelle Aktionäre, Mitglieder des Verwaltungsrats oder Angestellte können allerdings nicht als Sachverständige eingesetzt werden.<sup>42</sup> Unklar ist, ob diese Beschränkung auch für ehemalige Aktionäre oder Verwaltungsräte gilt. Da gerade ehemalige Verwaltungsräte oder Geschäftsleitungsmitglieder wegen ihrer Exekutiverfahrung in der betreffenden Gesellschaft regelmässig prädestiniert sind, als Sachverständige oder als Berater eines Sachverständigenausschusses zu agieren, ist es sehr wahrscheinlich, dass sich diese Frage in der Praxis stellt. In diesen Fällen ist im Sinne der zuvor erwähnten Einzelfallbeurteilung abzuwägen, ob der Anschein einer Befangenheit oder eines Interessenkonfliktes besteht. Es wird meist ratsam sein, auf die Besetzung des Sachverständigen-Gremiums mit ehemaligen Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern der betreffenden Gesellschaft zu verzichten. Bereits der Beizug ehemaliger Organmitglieder als Berater könnte unter Umständen den Anschein fehlender Unabhängigkeit hervorrufen.

Im Fall Sika stellte sich die Frage der persönlichen Voraussetzungen eines Mitglieds des Sachverständigen-Ausschusses der Sika AG einerseits im Zusammenhang mit der Neubesetzung eines scheidenden Mitglieds des Ausschusses. Andererseits auferlegte sich der Sachverständigen-Ausschuss der Sika AG die Aufgabe, jeweils jährlich vor der Generalversammlung die Unabhängigkeit und Parteilosigkeit seiner bestehenden Mitglieder sowie seiner ständigen Berater neu zu überprüfen. Zu diesem Zweck wurden die bereits gewählten Mitglieder sowie Kandidatinnen und Kandidaten für den Sachverständigen-Ausschuss bzw. dessen Beraterstab i.S. eines Vetting-Process mittels eines Fragenkatalogs zu ihrem Verhältnis zu Saint-Gobain, der Schenker-Winkler Holding AG sowie der Familie Burkard und diesen nahestehenden Personen oder Beratern befragt.

<sup>37</sup> TRUFFER (FN 6), 416; ebenso HARI/HÄNNI (FN 15), N 142, welche allerdings für den Fall der Einsetzung der Revisionsstelle als Sachverständiger verlangen, dass «la révision des comptes d'une part, et le contrôle de la gestion d'autre part, soient fonctionnellement séparés, et traités par des personnes différentes».

<sup>38</sup> Art. 731a Abs. 1 OR.

<sup>39</sup> Art. 731a Abs. 3 OR.

<sup>40</sup> TRUFFER (FN 6), 416; HARI/HÄNNI (FN 15), N 140 und 143.

<sup>41</sup> HARI/HÄNNI (FN 15), N 143.

<sup>42</sup> HARI/HÄNNI (FN 15), N 143.

## IV. Die Rechtsstellung des Sachverständigen

### 1. Organstellung des Sachverständigen?

Die Frage, welche Rechtsstellung einem Sachverständigen nach Art. 731a Abs. 3 OR zukommt, ob es sich dabei insbesondere um ein Organ der jeweiligen Gesellschaft handelt, vermag auf den ersten Blick wenig relevant, sondern eher dogmatischer Natur zu sein. Wie nachfolgend noch aufgezeigt wird, gibt es aber zahlreiche Folgefragen, welche direkt mit der Ausgangsfrage nach der Rechtsstellung des Sachverständigen zusammenhängen. So insbesondere jene nach den Kompetenzen des Sachverständigen, nach seinem Verhältnis zu den (anderen) Organen der Gesellschaft, nach den auf ihn anwendbaren Normen und nach der Beendigung seines Mandats.

Von einer Organstellung geht bislang nur ROLAND TRUFFER aus. Er versteht unter den Organen einer Gesellschaft die ordentlichen und ausserordentlichen Funktionsträger, die insgesamt ihre Organisation ausmachen und qualifiziert den Sachverständigen wegen seiner Untersuchungsfunktion entsprechend als Organ.<sup>43</sup> Diese Lehrmeinung ist unserer Ansicht nach abzulehnen. Mit OLIVIER HARI und LINO HÄNNI ist zum einen darauf hinzuweisen, dass das Gesetz die Organe einer Aktiengesellschaft abschliessend aufzählt: Es sind dies die Generalversammlung, der Verwaltungsrat und allenfalls eine Revisionsstelle.<sup>44</sup> Zum andern ist es für einen Sachverständigen zur Wahrnehmung seines Kontrollauftrags regelmässig gerade essentiell, von der Gesellschaft bzw. deren Verwaltungsrat und Geschäftsleitung unabhängig und neutral zu sein.<sup>45</sup> Sachverständige als Organ der Gesellschaft zu qualifizieren, würde diese Unabhängigkeit und Neutralität schwächen. Zum gleichen Schluss führt ein Vergleich des Sachverständigen mit dem Sonderprüfer nach Art. 697a ff. OR, welchen die herrschende Lehre nicht als Organ betrachtet.<sup>46</sup>

Auch die Qualifikation des Sachverständigen als *faktisches* Organ ist abzulehnen. Wie nachfolgend noch aufgezeigt wird, können sein Auftrag und seine Befugnisse zwar sehr weitgehend definiert werden. Seine Aufgabe bleibt aber immer die Kontrolle der Geschäftstätigkeit. Selbst Geschäftsführungsaufgaben zu übernehmen, leitend tätig zu werden oder die Gesellschaft gegen aussen zu vertreten ist ihm dagegen verwehrt. Eine tatsächliche oder auch nur gegen aussen kundgegebene organisatorische Eingliederung des Sachverständigen in die Willensbildung der Gesellschaft gibt es also nicht – und gerade

dies würde eine faktische bzw. materielle Organstellung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erfordern.<sup>47</sup>

### 2. Der Sachverständige als Beauftragter der Generalversammlung

Es erscheint vielmehr korrekt, den Sachverständigen mit der herrschenden Lehre als Beauftragter der Generalversammlung zu qualifizieren. Auf den Sachverständigen kommt also Auftragsrecht zur Anwendung, so insbesondere hinsichtlich der Frage der Vergütung, der Haftung sowie des Widerrufs- und Kündigungsrechts.<sup>48</sup>

Auftraggeberin des Sachverständigen ist alleine die Generalversammlung. Alleine sie hat gegenüber dem Sachverständigen ein Weisungsrecht (Art. 397 Abs. 1 OR) und ein Widerrufsrecht.<sup>49</sup> Sie ist es auch, welche den Auftrag und die Kompetenzen des Sachverständigen im Einzelnen definiert.

### 3. Verhältnis zum Verwaltungsrat und zur Geschäftsleitung

Die Tatsache, dass es sich beim Sachverständigen im Sinne von Art. 731a Abs. 3 OR um einen Beauftragten der Generalversammlung handelt, hat auch massgeblichen Einfluss auf dessen Verhältnis zum Verwaltungsrat und zur Geschäftsleitung. Wie nachfolgend noch aufgezeigt wird, hat der Verwaltungsrat weder die Kompetenz, den Sachverständigen abzuberufen, noch ihn zu suspendieren. Das sonst dem Verwaltungsrat zustehende Recht, die von der Generalversammlung eingesetzten «Beauftragten» nötigenfalls sofort und kraft Art. 726 Abs. 2 OR in ihren Aufgaben einzustellen, kann in Bezug auf den Sachverständigen, welcher gerade die Prüfung der Geschäftsführung zum Auftrag hat, keine Geltung haben.<sup>50</sup> Es steht dem Verwaltungsrat indes offen, den Generalversammlungsbeschluss, welcher zur Einsetzung der Sachverständigen führte, anzufechten – zumindest, sofern dieser Gesetz oder Statuten verletzt.<sup>51</sup> Zudem hat der Verwaltungsrat nach Aufnahme der Tätigkeit eines Sachverständigen die Möglichkeit, eine Generalversammlung einzuberufen und dieser darzulegen, weshalb der Sachverständige wieder abberufen werden sollte.<sup>52</sup>

<sup>43</sup> TRUFFER (FN 6), 420.

<sup>44</sup> HARI/HÄNNI (FN 15), N 148.

<sup>45</sup> Vgl. zur Unabhängigkeit des Sachverständigen vorne III.5.

<sup>46</sup> Vgl. auch HARI/HÄNNI (FN 15), N 148.

<sup>47</sup> Vgl. die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur faktischen Organstellung in BGE 117 II 570 E. 3.

<sup>48</sup> Vgl. BÖCKLI (FN 28), § 15 N 754; CHK-OERTLI/HÄNNI, Art. 731a N 8; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 17), § 28 N 6; HARI/HÄNNI (FN 15), N 149; TRUFFER (FN 6), 420; ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 731a N 24.

<sup>49</sup> TRUFFER (FN 6), 420.

<sup>50</sup> BÖCKLI (FN 28), § 15 N 756.

<sup>51</sup> BÖCKLI (FN 28), § 15 N 755.

<sup>52</sup> BSK OR II-REUTER/RASMUSSEN, Art. 731a Abs. 3 N 12; BSK OR II-WÄTTER, Art. 726 N 9; BÖCKLI (FN 28), § 15 N 194 und 756; CHK-PLÜSS/FACINCANI-KUNZ, Art. 726 N 6; OR Handkommentar-WIBMER, Art. 726 N 7 m.w.H.; TRUFFER (FN 6), 420.

Wie nachfolgend dargelegt wird, sind sowohl Verwaltungsrat wie auch Geschäftsleitung dem Sachverständigen gegenüber zur Mitwirkung verpflichtet und müssen ihm insbesondere umfassend Auskunft und Akteneinsicht erteilen. Je nach Bedarf haben sie den Sachverständigen – zumindest auf Aufforderung hin – beispielsweise mit Angestellten und Dritten in Kontakt zu bringen oder müssen ihm Datenerhebungen in den EDV-Systemen der Gesellschaft ermöglichen.<sup>53</sup> Im Gegenzug haben Verwaltungsrat und Geschäftsleitung nicht nur Anspruch darauf, vom Sachverständigen angehört zu werden, wenn sie durch die Prüfungsergebnisse belastet werden, sondern (je nach Untersuchungsergebnis) auch, der Generalversammlung ihre eigene Auffassung zum Gegenstand der Untersuchung zur Kenntnis zu bringen.<sup>54</sup>

Der Sachverständige kann die exekutiven Organe also zu weitgehender Mitwirkung auffordern und ihnen hinsichtlich der Kooperation Instruktionen erteilen. Was er hingegen nicht kann, ist, selbst Geschäftsführungsaufgaben übernehmen oder Verwaltungsrat und Geschäftsleitung in Bezug auf die Geschäftsführung Instruktionen oder auch nur Ratschläge erteilen. Korrigierend in die Geschäftsführung und insbesondere das operative Geschäft einzugreifen, ist dem Sachverständigen verwehrt. Die Oberaufsicht über die Geschäftsführung bleibt denn auch ausschliessliche Kompetenz des Verwaltungsrates.<sup>55</sup>

In welchem Verhältnis der Sachverständige zum Verwaltungsrat der Gesellschaft steht, hängt im Übrigen massgeblich von dessen konkretem Auftrag ab. Je nach Konstellation haben beide Gremien gleichgeordnete Interessen, weshalb auch ihre Kooperation und Zusammenarbeit keine Probleme darstellen sollte. Der Verwaltungsrat kann sogar selbst die Einsetzung eines Sachverständigen zur Untersuchung von umstrittenen Bereichen seiner Geschäftsführung beantragen, um «reinen Tisch zu machen».<sup>56</sup> Unter Umständen ist es aber gerade der Auftrag des Sachverständigen, das Verhalten des Verwaltungsrates zu überwachen. Dies kann am Fall des Sachverständigen-Ausschusses der Sika AG sehr gut veranschaulicht werden:

Während der Phase «beschränkter Aktivität»<sup>57</sup>, welche unmittelbar nach Einsetzung der Sachverständigen durch die Generalversammlung der Sika AG am 14. April 2015 begann, bestand der Verwaltungsrat der Sika AG aus einer Mehrheit von Mitgliedern, welche vom Familienaktionär und von Saint-Gobain unabhängig waren. Diese unabhängigen Verwaltungsratsmitglieder unterstützten die Einsetzung der Sachverständigen und hat-

ten ein massgebliches eigenes Interesse daran, dass sich der Sachverständigen-Ausschuss im besten Interesse der Gesellschaft und der Publikumsaktionäre möglichst gut auf einen allfälligen Kontrollwechsel und damit die aktive Phase der Prüfungsaufgabe vorbereiten konnte. Dementsprechend waren sie auch an einer effektiven und effizienten Kooperation interessiert und anerkannten die weitgehenden Befugnisse, welche die Generalversammlung den Sachverständigen eingeräumt hatte. Der Verwaltungsrat der Sika AG und der Sachverständigen-Ausschuss unterzeichneten vor diesem Hintergrund ein «Memorandum of Understanding», in welchem sie wesentliche Grundsätze und Abläufe der Zusammenarbeit, Umfang und Inhalt von regelmässig zur Verfügung zu stellenden Daten, Dokumenten und Informationen, die interne Kommunikation sowie die Kommunikation gegen aussen regelten. Die Implementierung eines regelmässigen Informationsflusses von der Sika AG an den Sachverständigen-Ausschuss war denn auch eine der wichtigsten Vorbereitungsmaßnahmen im Hinblick auf eine «aktive Phase». Sobald die Mehrheit der Verwaltungsratsmitglieder in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zum Familienaktionär und/oder Saint-Gobain gestanden wären und der Sachverständigen-Ausschuss hätte aktiv werden müssen, wäre das Verhalten des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung der Sika AG zum Untersuchungsgegenstand des Ausschusses geworden. Eine Kooperation des Verwaltungsrates in neuer Zusammensetzung wäre damit selbstredend nicht mehr ohne weiteres gewährleistet gewesen.

## V. Auftrag und Anwendungsfälle des Sachverständigen

### 1. Gegenstand des Auftrags

Gemäss dem klaren Wortlaut von Art. 731a Abs. 3 OR kann der Sachverständige von der Generalversammlung damit betraut werden, die «Geschäftsführung» zu überprüfen. Der Begriff «Geschäftsführung» umfasst in diesem Zusammenhang jede auf die Erreichung des Gesellschaftszwecks gerichtete – interne wie auch externe – Tätigkeit.<sup>58</sup> Er ist in einem weiteren Sinne als in Art. 716 Abs. 2 OR und Art. 716b OR zu verstehen, wo er primär das operative Betreiben der unternehmerischen Tätigkeit (das «Geschäften») bezeichnet.<sup>59</sup> In Art. 731a Abs. 3 OR entspricht der Ausdruck «Geschäftsführung» wohl eher dem, was Art. 716 Abs. 1 OR mit «alle Angelegenhei-

<sup>53</sup> BÖCKLI (FN 28), § 15 N 755; TRUFFER (FN 6), 422 f.

<sup>54</sup> BÖCKLI (FN 28), § 15 N 755; TRUFFER (FN 6), 422 f.

<sup>55</sup> TRUFFER (FN 6), 419; HARI/HÄNNI (FN 15), N 160.

<sup>56</sup> BÖCKLI (FN 28), § 15 N 420.

<sup>57</sup> Zu dieser Phase vgl. nachfolgend V.4.

<sup>58</sup> ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 731a N 23.

<sup>59</sup> BERTSCHINGER URS, Wirtschaftsrecht, Aktienrecht im digitalen Zeitalter, in: Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, St. Gallen 2015, 165 ff., 187; BSK OR II-REUTTER/RASMUSSEN, Art. 731a N 13; HARI/HÄNNI (FN 15), N 162; TRUFFER (FN 6), 417.



ten» der Gesellschaft umschreibt. Dem Feld möglicher Prüfungsgegenstände sind somit keine Grenzen gesetzt, soweit es sich nur um Belange der Gesellschaft handelt.<sup>60</sup> Der Prüfungsauftrag kann sich auf eine genau umschriebene Materie beziehen oder umfassend definiert werden und etwa die gesamte Geschäftsführung umfassen. Die Generalversammlung kann also eine umfassende Durchleuchtung der Gesellschaft unter bestimmten Gesichtspunkten veranlassen.<sup>61</sup> Einzige Schranke des Auftrags gemäss Art. 731a Abs. 3 OR ist bloss, dass er sich «auf eine Prüfung, also die Ermittlung oder Beobachtung von Sachverhalten (und, wenn erwünscht, noch deren Beurteilung und Würdigung zu Handen der Gesellschaft)» beschränkt. Mit der Geschäftsführung kann die Generalversammlung einen Sachverständigen, wie bereits ausgeführt, nicht beauftragen.<sup>62</sup>

Es ist also Aufgabe der Generalversammlung, den genauen Umfang der Prüfung im Einsetzungsbeschluss präzise zu bezeichnen, wobei den Aktionären hierbei grosse Freiheit zukommt.<sup>63</sup> Die Gründe für die Einsetzung müssen nicht zwingend im Zusammenhang mit den Aktionärsrechten stehen.<sup>64</sup> Auch ist der Umfang der Prüfung bzw. Untersuchung nicht auf Normenverstösse beschränkt, sondern kann wesentlich weiter gefasst werden.<sup>65</sup> Anders als dem Sonderprüfer ist es dem Sachverständigen erlaubt, nicht nur die Tatsachen zu erforschen, also den Sachverhalt zu ermitteln, sondern überdies diesen auch zu beurteilen und zu würdigen.<sup>66</sup>

## 2. Dauer, Änderung und Ergänzung des Auftrags

In zeitlicher Hinsicht kann der Auftrag des Sachverständigen von einmaliger, periodischer oder aber auch von dauernder Natur sein.<sup>67</sup> Der Auftrag kann also auch die ständige Überwachung bestimmter Sachverhalte oder der ganzen Geschäftsführung umfassen. Der Sachverständige kann in diesem Sinne als ständiges Gremium der Aktiengesellschaft, als «Prüfungsrat» mit periodischer Wiederwahl, eingesetzt werden.<sup>68</sup> Nach der initialen Einsetzung des Sachverständigen durch die Generalversammlung kann dessen Auftrag anlässlich einer nächsten

Generalversammlung präzisiert, ergänzt und auch erweitert werden, wobei hierfür selbstverständlich wiederum ein Mehrheitsbeschluss nötig ist.<sup>69</sup>

Im Falle des Sachverständigen-Ausschusses der Sika AG dauerte dessen Mandat gut drei Jahre. Nach der Ernennung der Sachverständigen an der ordentlichen Generalversammlung 2015 wurde deren Amtszeit auf Antrag der Aktionärsgruppe Cascade, Bill & Melinda Gates Foundation Trust, Fidelity und Columbia Threadneedle durch die ordentliche Generalversammlung 2016 bis zur Generalversammlung 2020 und durch die ordentliche Generalversammlung 2018 bis zur Generalversammlung 2022 verlängert. Gleichzeitig mit der Verlängerung der Amtszeit der Sachverständigen anlässlich der ordentlichen Generalversammlung 2018 wurde auch eine Erhöhung des Aufwandschusses auf CHF 5 Mio. beantragt und beschlossen. Erläuternd wurde durch die Aktionärsgruppe ausgeführt, dass der Sachverständigenausschuss nicht nur im Fall des Vollzugs der Transaktion mit Saint-Gobain, sondern auch im Fall des Rückzugs durch Saint-Gobain einen aktiven Status einnehmen werde, sofern die Familie Burkard der Gesellschaft einen neuen Verwaltungsrat und eine neue Strategie aufdrängen sollte. Der Sachverständigen-Ausschuss sei zum Ergebnis gelangt, dass sich der bisher hinterlegte Betrag in der Höhe von CHF 1 Mio. unter Umständen als nicht ausreichend erweisen könnte, um allen Aufwand der Sachverständigen und deren Berater zu decken, sollte der neue Verwaltungsrat die Kooperation mit dem Sachverständigen-Ausschuss verweigern.<sup>70</sup>

## 3. Anwendungsfälle

Im Einzelnen finden sich in der Literatur die folgenden Anwendungsbereiche für die Einsetzung eines Sachverständigen:<sup>71</sup>

- beim totalen Vertrauensverlust zwischen Mehrheitsaktionären und Verwaltungsrat oder Geschäftsführung;<sup>72</sup>
- bei Verdacht auf Normverstösse, insbes. im Bereich des Wettbewerbsrechts, Strafrechts oder im selbstregulierten Bereich (insbes. bei Banken, Versicherungen etc.);<sup>73</sup>

<sup>60</sup> HARI/HÄNNI (FN 15), N 156 ff.; TRUFFER (FN 6), 416 f.

<sup>61</sup> HARI/HÄNNI (FN 15), N 159; TRUFFER (FN 6), 418.

<sup>62</sup> TRUFFER (FN 6), 418 f.

<sup>63</sup> HARI/HÄNNI (FN 15), N 151 und 156 ff.; OR Handkommentar-MÜLLER, Art. 731a N 6; TRUFFER (FN 6), 417.

<sup>64</sup> OR Handkommentar-MÜLLER, Art. 731a N 6.

<sup>65</sup> BÖCKLI (FN 28), § 15 N 757.

<sup>66</sup> TRUFFER (FN 6), 419 m.w.H.

<sup>67</sup> BSK OR II-REUTTER/RASMUSSEN, Art. 731a N 13.

<sup>68</sup> TRUFFER (FN 6), 418, welcher an dieser Stelle und unter dem Gesichtspunkt der dauerhaften Einsetzung den Sachverständigen zum Institut des Aufsichtsrats abgrenzt; a.M. HARI/HÄNNI (FN 15), N 144 und N 160, gemäss welchen in der Schweiz das monistische System strikt gelte und ein zeitlich unbeschränktes Mandat des Sachverständigen nicht möglich sei.

<sup>69</sup> TRUFFER (FN 6), 425.

<sup>70</sup> Einladung zur ordentlichen GV der Sika AG vom 17. April 2018, abrufbar unter [https://www.sika.com/content/dam/Corporate/SikaGroup/Presentations/AGM\\_2018/Einladung%20Sika%20GV\\_2018\\_DE.pdf](https://www.sika.com/content/dam/Corporate/SikaGroup/Presentations/AGM_2018/Einladung%20Sika%20GV_2018_DE.pdf) (zuletzt besucht am 31. Juli 2018).

<sup>71</sup> Diese Auflistung ist nicht taxativ, sondern dient lediglich dazu, mögliche Anwendungsbereiche und Untersuchungsgegenstände zu exemplifizieren.

<sup>72</sup> HARI/HÄNNI (FN 15), N. 151.

<sup>73</sup> HARI/HÄNNI (FN 15), N 151.

- zur Prüfung der allgemeinen Organisation, des internen Kontrollsystems sowie der Zweckmässigkeit einzelner Akte der Geschäftsführung;<sup>74</sup>
- zur Prüfung der Tätigkeit des (abgesetzten) Verwaltungsrates hinsichtlich einer Verantwortlichkeitsklage;<sup>75</sup>
- zur Prüfung der gesetzlich vorgeschriebenen Tätigkeit der Revisionsstelle;<sup>76</sup>
- als kleine «Untersuchungskommission» zur Klärung und Beruhigung<sup>77</sup> oder «wenn bei einer Aktiengesellschaft Dinge vorkommen oder Befürchtungen laut werden, die zwar (noch) nicht geradezu einen totalen Vertrauensverlust im Aktionariat bewirken, aber doch bei einer Mehrheit der Gesellschafter ein un gutes Gefühl und ein Bedürfnis nach unabhängiger Überprüfung wecken»;<sup>78</sup>
- als Reaktion des Verwaltungsrates auf den Vorwurf, gegen Gesetz oder Statuten verstossen zu haben; hierbei handelt es sich also um Sachverständige, deren Einsetzung vom Verwaltungsrat selbst beantragt wird, «um reinen Tisch zu machen»;<sup>79</sup>
- Sachverständige als Aktionärsschutzbeauftragte (insbesondere im Zusammenhang mit virtuellen Aktionärsversammlungen).<sup>80</sup>

#### 1. 4. Auftrag des Sachverständigen-Ausschusses der Sika AG

Die Generalversammlung der Sika AG hat gemäss Beschluss 6.3 der ordentlichen Generalversammlung vom 14. April 2015 mit der Einsetzung eines Sachverständigen-Ausschusses ein Kontrollgremium geschaffen, welches die Aufgabe hatte, die zukünftige Tätigkeit des Verwaltungsrates zu überwachen, um Interessenkonflikte und sich daraus resultierende Benachteiligungen für die Mehrheitsaktionäre zu identifizieren und zu verhindern. Gemäss Ziffer 6.3.3 war der Ausschuss damit beauftragt, «die Geschäftstätigkeit der Sika Gruppe, insbesondere alle Pläne, Entscheidungen, Handlungen, Vereinbarungen, Geschäftsoportunitäten usw., die tatsächlich oder potentiell einen Zusammenhang mit dem Familienaktionär und/oder mit Saint-Gobain oder einem ihrer Vertreter oder Berater haben, zu prüfen und zu untersuchen».<sup>81</sup>

Wie zuvor bereits angesprochen, wurde der Auftrag des Sachverständigen-Ausschusses gemäss Ziffer 6.3.7 des Beschlusses in zwei Phasen unterteilt: Solange der Ver-

waltungsrat der Sika AG aus einer Mehrheit von Mitgliedern bestand, welche vom Familienaktionär und von Saint-Gobain unabhängig waren, sollten die Sachverständigen vorerst inaktiv bleiben. Dies wurde als «Phase beschränkter Aktivität» bezeichnet. Beschränkt aktiv deshalb, weil sich der Sachverständigen-Ausschuss im Hinblick auf einen Kontrollwechsel und damit Eintritt in die aktive Phase zweckmässig organisieren und auf die potenziell anstehenden, sehr umfassenden Prüfungsaufgaben bestmöglich vorbereiten sollte. Sobald hingegen die Mehrheit der Verwaltungsratsmitglieder in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zum Familienaktionär und/oder Saint-Gobain standen, hätte der Sachverständigen-Ausschuss aktiv werden und seine Rechte und Kompetenzen vollumfänglich wahrnehmen sollen.<sup>82</sup>

## VI. Rechte des Sachverständigen

### 1. Rechte gemäss Auftrag der Generalversammlung

Die Rechte des Sachverständigen ergeben sich im Einzelnen direkt aus dem Auftrag, welcher ihm von der Generalversammlung erteilt wird. Wie zuvor bereits ausgeführt, sind die Aktionäre bei der Ausgestaltung dieses Auftrags (nahezu) völlig frei. Nur mit der Geschäftsführung kann die Generalversammlung einen Sachverständigen nicht beauftragen.<sup>83</sup> Der Lehre ist beizupflichten, dass einem Sachverständigen im Rahmen seines Auftrags im Übrigen aber äusserst weitreichende Befugnisse zustehen.

In diesem Sinne wurde auch im Generalversammlungsbeschluss der Sika AG vom 14. April 2015 betont, dass den Sachverständigen ausserordentlich weitgehende Kompetenzen zukommen sollten. Demnach verfügte der Sachverständigen-Ausschuss «über weites Ermessen in der Ausübung seiner Tätigkeit. Im Falle von Unsicherheiten über den Umfang der Rechte und Kompetenzen des Sachverständigen-Ausschusses soll(te) er sein Mandat und seine Kompetenzen weit auslegen».<sup>84</sup>

### 2. Umfassendes Einsichts- und Auskunftsrecht

Für den Sachverständigen ist es zur Ausübung seiner Kontrollfunktion unter anderem unabdinglich, in alle Belange, welche mit seinem Mandat zu tun haben, Einsicht nehmen zu können und die nötigen Informationen zu erhalten. Entsprechend sind sämtliche Organe der Gesellschaft, so insbesondere der Verwaltungsrat, aber

<sup>74</sup> ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 731a N 26; ebenso BSK OR II-REUTER/RASMUSSEN, Art. 731a N 14.

<sup>75</sup> HARI/HÄNNI (FN 15), N 141.

<sup>76</sup> TRUFFER (FN 6), 418.

<sup>77</sup> BÖCKLI (FN 28), § 15 N 754.

<sup>78</sup> TRUFFER (FN 6), 427.

<sup>79</sup> BÖCKLI (FN 28), § 15 N 420.

<sup>80</sup> BERTSCHINGER (FN 59), 187.

<sup>81</sup> Einladung GV Sika AG 2015 (FN 3).

<sup>82</sup> Einladung GV Sika AG 2015 (FN 3).

<sup>83</sup> TRUFFER (FN 6), 418 f.

<sup>84</sup> Einladung GV Sika AG 2015 (FN 3), Traktandum 6.3.4.

auch die Geschäftsleitung, andere Beauftragte, Arbeitnehmer sowie Sachwalter und Liquidatoren dem Sachverständigen zu Auskunft verpflichtet.<sup>85</sup> Die Instrumente zur Ausübung dieses essentiellen Einsichts- und Auskunftsrechts können neben der Befragung von Personen auch etwa Augenscheine sowie insbesondere die Erhebung und Auswertung von Daten sein, wobei elektronische Daten sowie (elektronische) Kommunikation heute im Vordergrund stehen dürften.<sup>86</sup>

Welche Informationen und Daten für die Auftrags Erfüllung des Sachverständigen wesentlich sind, welche Auskunft oder Akteneinsicht er also benötigt, entscheidet der Sachverständige selbst. Eine Auskunft oder die Offenlegung von Informationen darf ihm nicht mit dem Argument verweigert werden, diese sei für die Erfüllung seines Auftrags nicht notwendig. Auch Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft, zum Beispiel das Geschäftsgeheimnis oder das Bankgeheimnis, können dem Sachverständigen grundsätzlich nicht entgegengehalten werden. Ausgenommen sind höchstens persönliche Geheimhaltungsrechte der Auskunftspflichtigen.<sup>87</sup>

Auch dem Sachverständigen-Ausschuss der Sika AG kam gemäss Beschluss vom 14. April 2015 ein weitgehendes Einsichts- und Auskunftsrecht zu. Gemäss Ziffer 6.3.3 war er ermächtigt, «Zugang zu allen Unterlagen und Informationen der Sika Gruppe (z.B. Verwaltungsratsprotokolle, Verwaltungsratsunterlagen, vertrauliche Berichte, Pläne und Projekte, Korrespondenz, E-Mail-Kommunikation, Entwürfe solcher Dokumente usw.) zu erhalten» und «jegliche Informationen von jedem Mitglied des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung, Mitarbeiter oder Berater der Sika Gruppe zu» bekommen. Die Sicherstellung dieses weitgehenden Einsichtsrechts wurde primär dem Verwaltungsrat aufgetragen. Gemäss Ziffer 6.3.5 des Beschlusses hatte dieser sicherzustellen, dass der Sachverständigen-Ausschuss seine Prüfungshandlungen und Untersuchungen vornehmen konnte. Der Verwaltungsratspräsident persönlich musste gemäss Beschluss dafür sorgen, dass Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder, Mitarbeiter und Berater allen Aufforderungen des Sachverständigen-Ausschusses zeitgerecht (bzw. unverzüglich) und vollumfänglich nachkamen. Im Memorandum of Understanding<sup>88</sup> zwischen dem Verwaltungsrat der Sika AG und dem Sachverständigen-Ausschuss wurde denn auch in einem Anhang detailliert geregelt, welche Daten, Dokumente und Informationen dem Sachverständigen-Ausschuss ausgehändigt bzw. in welche Dokumente der Verwaltungsrat dem Ausschuss periodisch Einsicht gewähren musste. Zudem wurde festgehalten, dass der Sachverständigen-Ausschuss auf Anfrage hin in Sitzun-

gen des Verwaltungsrats oder der Konzernleitung der Sika AG Einsitz nehmen und die Mitglieder beider Gremien jederzeit zu Themen im Zusammenhang mit dem Mandat des Ausschusses befragen durfte. Als Dokumenten- und Kommunikationsplattform wurde ein virtueller Datenraum eingerichtet, welcher durch Sika regelmässig und unaufgefordert ergänzt und aktualisiert wurde und dem Sachverständigen-Ausschuss, in einer geschützten Ansicht, auch als Archiv- und Ablagesystem diente.

### 3. Durchsetzung des Einsichts- und Auskunftsrechts

Aus den vorstehenden Ausführungen wird offenkundig, dass der Sachverständige gemäss Art. 731a Abs. 3 zur Ausübung seines Auskunfts- und Einsichtsrechts und damit zur Erfüllung seines Auftrages weitgehend auf die Kooperation der Organe und Mitarbeiter der Gesellschaft angewiesen ist. Doch was gilt, wenn diese Mitwirkung – insbesondere seitens der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrates – verweigert wird? ROLAND TRUFFER stellt zwar zu Recht fest, ein Sachverständiger habe im Gegensatz zum Sonderprüfer (Art. 697d Abs. 2 OR) kein besonderes gesetzliches Klagerecht, um seine Rechte durchzusetzen. Er ist aber offenbar der Ansicht, der Sachverständige habe aufgrund seiner Funktion das Recht, im Namen der Gesellschaft gegen einzelne Personen, welche die geschuldete Kooperation verweigern, gerichtlich vorzugehen.<sup>89</sup> Ob den Sachverständigen ein solches individuelles Klagerecht zusteht, ist unserer Ansicht nach jeweils im Einzelfall mit Blick auf den konkreten Auftrag zu entscheiden. Wie zuvor aufgezeigt wurde, ist der Sachverständige kein Organ der Gesellschaft, sondern Beauftragter der Generalversammlung. Wenn ihm die Ausführung seines Auftrags insbesondere durch Organe der Gesellschaft verunmöglicht oder erschwert wird, hat er sich an seine Auftraggeberin zu halten. Es ist also grundsätzlich Sache der Generalversammlung, eine unterbliebene Mitwirkung seitens der Exekutivorgane zu sanktionieren und Versäumnissen in geeigneter Form entgegen zu wirken. Der Generalversammlung steht unseres Erachtens aber auch die Option zu, die Sachverständigen bereits im Einsetzungsbeschluss oder im Auftrag zur (gerichtlichen) Durchsetzung ihrer Rechte zu legitimieren.

Der Sachverständige ist ohnehin verpflichtet, der Generalversammlung regelmässig Bericht zu erstatten (dazu nachfolgend). Diese Berichte können und sollen dazu genutzt werden, um auf Unregelmässigkeiten in der Geschäftsführung und insbesondere auch Versäumnisse der Organe und Mitarbeiter der Gesellschaft aufmerksam zu machen. Die Möglichkeit einer solchen Berichterstattung muss indes, damit der Sachverständige seine Auf-

<sup>85</sup> HARI/HÄNNI (FN 15), N 164; TRUFFER (FN 6), 421.

<sup>86</sup> TRUFFER (FN 6), 421.

<sup>87</sup> TRUFFER (FN 6), 422.

<sup>88</sup> Vgl. vorne Ziff. IV.3.

<sup>89</sup> TRUFFER (FN 6), 422.

gaben rechtzeitig erfüllen kann, jederzeit gewährleistet sein. Entsprechend ist ROLAND TRUFFER beizupflichten, wenn er dem Sachverständigen analog zur Revisionsstelle das Recht einräumt, nötigenfalls selbst eine Generalversammlung einzuberufen. Diese ausserordentliche Zuständigkeit für die Einberufung soll namentlich dazu dienen, dem Sachverständigen bei Säumnis des Verwaltungsrates die ihm obliegende Berichterstattung und die Durchsetzung seiner Rechte zu ermöglichen.<sup>90</sup>

#### 4. Honoraranspruch und Auslagenersatz

Als Beauftragter der Generalversammlung hat der Sachverständige grundsätzlich Anspruch darauf, von der Gesellschaft entschädigt zu werden. Dabei liegt es wiederum an der Generalversammlung, Art und Umfang dieser Entschädigung zu definieren. Neben einer Vergütung im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR hat der Sachverständige auch einen Anspruch auf Schadloshaltung gemäss Art. 402 OR.<sup>91</sup> Die Gesellschaft muss ihm also alle Auslagen, die er in richtiger Ausführung des Auftrages gemacht hat, samt Zinsen ersetzen und ihn von den eingegangenen Verbindlichkeiten befreien.

Bei börsenkotierten Unternehmen stellt sich die Frage, ob die Vergütung des Sachverständigen, gleich wie die Vergütung des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung, der Verordnung gegen übermässige Vergütungen (VegüV) unterliegt. Die herrschende Lehre ist der Ansicht, «Sachverständige oder Berater mit einem bestimmten Sonderauftrag, der nach Erfüllung endet, oder mit einem fachspezifischen, wenn auch dauernden Mandat (z.B. eine Anwaltskanzlei mit einem Retainer)» seien nicht vom Anwendungsbereich von Art. 2 VegüV erfasst.<sup>92</sup> Bei diesem Verweis auf Sachverständige ist indes unklar, ob der Sachverständige im Sinne von Art. 731a Abs. 3 OR gemeint ist. Der Sachverständige würde in den Anwendungsbereich der VegüV fallen, wenn er als «Beirat» im Sinne von Art. 2 Ziff. 4 VegüV qualifiziert werden müsste. Der Begriff des «Beirates» wird zwar in der VegüV mehrfach erwähnt, ist gesetzlich aber nicht definiert.<sup>93</sup> Mit der Unterwerfung des Beirates neben dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung unter das Regime der VegüV sollte einer Umgehung der Bestimmungen der VegüV entgegen gewirkt werden.<sup>94</sup> Damit ein Gremium als Beirat im Sinne der VegüV gilt, muss es also mit Blick auf seine Kompetenzen und den Umfang seiner Tätigkeiten funktionell mit einem Verwaltungsrats- oder Geschäftsführungsmittelglied vergleichbar

sein.<sup>95</sup> Die diesem Gremium angehörenden Personen müssen in materieller Hinsicht demzufolge mit der Geschäftsleitung vergleichbare Aufgaben wahrnehmen oder sich mit zentralen, strategischen Fragen auseinandersetzen. Dies insbesondere in Abgrenzung zu Personen, welche die Gesellschaft als Experten zu einzelnen Fragen beraten. Nicht erfasst sind entsprechend Expert Committees, Advisory Boards oder irgendwelche Councils, die sich mit fachspezifischen Aufgaben, welche nicht zu den normalen Aufgaben eines Verwaltungsrates gehören, oder mit allgemeinen, nicht auf die konkreten Umstände der Gesellschaft bezogenen Entwicklungen befassen.<sup>96</sup> Wie bereits gesagt wurde, kann der Sachverständige im Sinne von Art. 731a Abs. 3 OR zwar äusserst weitgehende Kontroll- und Prüfbefugnisse haben, indes keinerlei Geschäftsführungskompetenzen. Er nimmt weder mit der Geschäftsleitung vergleichbare Aufgaben wahr, noch kann sein Tätigkeitsbereich mit jenem eines Verwaltungsrates verglichen werden, muss er sich doch nicht mit zentralen, strategischen Fragen auseinandersetzen, sondern hat einen zwar weitreichenden, aber doch klar umrissenen Kontrollauftrag. In diesem Sinne ist der Sachverständige eher mit Beratern mit einem spezifischen Sonderauftrag oder mit Sonderprüfern vergleichbar, welche gemäss Lehre nicht unter die VegüV fallen. Die Honorare und Auslagen eines Sachverständigen nach Art. 731a Abs. 3 OR werden also, wie im Rahmen eines anderen Auftragsverhältnisses, von der Gesellschaft getragen, ohne dass dabei die Bestimmungen der VegüV zu beachten wären.

Zur Gewährleistung seiner Unabhängigkeit und Sicherstellung einer einwandfreien Auftragsausführung hat der Sachverständige auch einen Anspruch darauf, auf Verlangen von der Gesellschaft einen angemessenen Vorschuss zu erhalten. Im Idealfall wird ein solcher Vorschuss, wie früher ausgeführt, bereits durch den Einsetzungsbeschluss der Generalversammlung angeordnet. Der Anspruch muss aber zwingend auch ohne explizite Anordnung bestehen, damit der Sachverständige nicht aufgrund fehlender Ressourcen an der Erfüllung seines Auftrages gehindert wird. U.E. sollte es in diesem Zusammenhang der Gesellschaft zuzumuten sein, den Honoraranspruch des Sachverständigen auf dessen Verlangen sicherzustellen. Wenn sich etwa die Geschäftsleitung weigert, die Kosten der Sachverständigen vorzuschüssen, kann dies auch ein Aktionär machen und das Geld in der Folge als Geschäftsführer ohne Auftrag im Sinne von Art. 422 OR zurückfordern.<sup>97</sup>

Die Generalversammlung der Sika AG hat den Honoraranspruch und Auslagenersatz des Sachverständigen-Ausschusses genau geregelt. Gemäss Ziffer 6.3.6 des

<sup>90</sup> TRUFFER (FN 6), 425.

<sup>91</sup> Vgl. TRUFFER (FN 6), 420.

<sup>92</sup> OSER DAVID/ MÜLLER ANDREAS, Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, 2. Aufl., Zürich 2018, Art. 2 N 41.

<sup>93</sup> CHK-MÜLLER, Art. 2 N 2.

<sup>94</sup> OSER/MÜLLER (FN 92), Art. 2 N 39.

<sup>95</sup> CHK-MÜLLER, Art. 2 N 9.

<sup>96</sup> OSER/MÜLLER (FN 92), Art. 2 N 42.

<sup>97</sup> Vgl. TRUFFER (FN 6), 416 f. und 426.

Beschlusses vom 14. April 2015 hatten die Sachverständigen Anspruch auf eine Basisentschädigung für die Periode zwischen zwei ordentlichen Generalversammlungen sowie eine Zusatzentschädigung gemäss effektivem Aufwand, falls sie in einer Entschädigungsperiode mehr als 25 Arbeitstage für die Erfüllung ihrer Mandatspflichten aufzuwenden hatten. In Ziffer 6.3.4 war zudem explizit vorgesehen, dass die Gesellschaft dem Sachverständigen-Ausschuss einen Vorschuss zur Deckung seiner Unkosten und Auslagen zu überweisen hatte.<sup>98</sup> Dieser Vorschuss diente dem Zweck, dass die Sachverständigen nötigenfalls auch gegen Widerstände bei den Überprüften, insbesondere eines allenfalls neu zusammen gesetzten Verwaltungsrates, ihre Aufgaben wahrnehmen konnten.

## VII. Pflichten des Sachverständigen

### 1. Pflicht zur persönlichen Erfüllung

Wenn die Generalversammlung einer Gesellschaft eine Person zur Prüfung eines bestimmten Sachverhalts als Sachverständigen im Sinne von Art. 731a Abs. 3 OR einsetzt, ist davon auszugehen, dass es ihr «auf die Persönlichkeit» des Sachverständigen «ankommt» und dieser grundsätzlich dazu verpflichtet ist, seinen Auftrag persönlich zu erfüllen (Art. 68 i.V.m. Art. 398 Abs. 3 OR). Der Sachverständige kann einzelne Aufgaben delegieren, sofern er von der Generalversammlung dazu ermächtigt wurde. Zudem steht ihm der Beizug von Hilfspersonen offen. In diesem Sinne ermächtigte auch die Generalversammlung der Sika AG ihren Sachverständigen-Ausschuss, «seine eigenen Rechts-, Finanz- und anderen Berater» zu ernennen, «wie er dies für die Mandatserfüllung für angemessen hält».<sup>99</sup> Der Sachverständigen-Ausschuss der Sika hat von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht und von Beginn an Rechts-, Finanz-, Industrie- und Kommunikationsberater beigezogen bzw. konsultiert.

### 2. Sorgfaltspflicht und Haftung

Da der Sachverständige nach der hier vertretenen Auffassung nicht als Gesellschaftsorgan, sondern als Beauftragter der Generalversammlung zu qualifizieren ist, richtet sich seine Haftung entsprechend nicht nach Art. 755 OR, sondern nach Auftragsrecht. Der Sachverständige haftet der Generalversammlung folglich für die getreue und sorgfältige Ausführung des durch den Generalversamm-

lungsbeschluss übertragenen Geschäfts.<sup>100</sup> Der Sachverständige hat hierbei insbesondere Störungswirkungen auf den Geschäftsgang und die Arbeit anderer Organe zu vermeiden.<sup>101</sup>

Es empfiehlt sich für den Sachverständigen, der Gesellschaft im Mandatsvertrag ihm gegenüber eine umfassende Freistellungs- und Schadloshaltungspflicht aufzuerlegen. Diese sollte alle Ansprüche der Gesellschaft oder Dritter umfassen, welche der Sachverständige in getreuer Ausführung seines Auftrages verursacht hat. Die Gesellschaft ist zudem zu verpflichten, für den Sachverständigen eine adäquate und umfassende Versicherungsdeckung vorzusehen, welche alle Schäden abdeckt, die er schuldhaft verursacht hat oder für welche die Gesellschaft einer Schadloshaltungsverpflichtung unter dem Mandatsvertrag unterliegt. Der Sachverständige ist in der entsprechenden Versicherungspolice als «versicherte Person» zu benennen. Da der Sachverständige aus den oben ausgeführten Gründen wohl nicht in die Deckung der bestehenden Organhaftpflichtversicherung (D&O Insurance) der Gesellschaft integriert werden kann, ist die Gesellschaft dazu zu verpflichten, für den Sachverständigen eine mindestens gleichwertige Versicherungsdeckung einzurichten und langfristig aufrecht zu erhalten, wie für die Organe der Gesellschaft im Rahmen deren Organhaftung.

### 3. Geheimhaltungspflicht

Zur getreuen und sorgfältigen Ausführung ihres Auftrags gehört auch, dass die Sachverständigen hinsichtlich der bei der Auftragserfüllung wahrgenommenen Tatsachen Geheimhaltung wahren. ROLAND TRUFFER verweist diesbezüglich auf die Verschwiegenheitspflicht des Sonderprüfers nach Art. 697d Abs. 4 OR sowie die Geheimhaltungspflicht der Revisionsstelle nach Art. 730b Abs. 2 OR.<sup>102</sup> Angesichts des umfassenden Einsichts- und Auskunftsrecht, das den Sachverständigen zur Erfüllung ihres Auftrags zusteht, und der hohen Sensibilität der dabei wahrgenommenen Tatsachen, erscheint die zumindest analoge Anwendung dieser Bestimmungen und damit die Annahme einer strengen Geheimhaltungspflicht gerechtfertigt.

Aufgrund der Wichtigkeit dieser Geheimhaltungspflicht wurde auch im Mandat des Sachverständigen-Ausschusses der Sika AG explizit festgehalten, dass es dem Sachverständigen nicht erlaubt ist, vertrauliche Informationen, welche er im Rahmen der Auftragserfüllung erworben hat, an Dritte weiterzugeben. Insbesondere die

<sup>98</sup> Einladung GV Sika AG 2015 (FN 3).

<sup>99</sup> Einladung GV Sika AG 2015 (FN 3), Traktandum 6.3.4.

<sup>100</sup> Art. 398 Abs. 2 OR; vgl. TRUFFER (FN 6), 420 und 426; ebenso LUTERBACHER THIERRY, in: Fischer/Luterbacher (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Zürich/St. Gallen 2015, Art. 755 N 15.

<sup>101</sup> Vgl. TRUFFER (FN 6), 420.

<sup>102</sup> Vgl. TRUFFER (FN 6), 423.

Pflicht, Geschäftsgeheimnisse zu wahren, kann indes mit der Pflicht des Sachverständigen zur Berichterstattung an die Generalversammlung in Widerspruch stehen.

#### 4. Berichterstattung

Eine der Hauptaufgaben des Sachverständigen besteht darin, seiner Auftraggeberin – der Generalversammlung – einen Bericht über Verlauf und Ergebnis seiner Untersuchungstätigkeit zu erstatten. Dieser Bericht richtet sich dabei ausschliesslich an die Generalversammlung.<sup>103</sup> Der Gegenstand und die Form des Berichts sind im Einsetzungsbeschluss bzw. anlässlich von späteren Generalversammlungen durch diese festzulegen.<sup>104</sup> Wenn diese nichts spezifiziert, ist von einem schriftlichen Bericht und der Pflicht zur persönlichen Anwesenheit des Sachverständigen (für Verständnis-/Anschlussfragen) an der Generalversammlung auszugehen. Dem Verwaltungsrat obliegt es, auf der Agenda der Generalversammlung ein entsprechendes Traktandum zur Behandlung des Berichts vorzusehen.<sup>105</sup>

Der Sachverständige befindet sich bei seiner Berichterstattung regelmässig auf dünnem Eis. Einerseits ist es seine Aufgabe, die Generalversammlung umfassend über seine Prüfung und deren Ergebnisse in Kenntnis zu setzen, damit diese voll informiert die notwendigen Entscheide treffen kann. Andererseits hat er aber zu berücksichtigen, dass es sich bei den entsprechenden Informationen, insbesondere technischen und anderen Einzelheiten der Geschäftstätigkeit, um Geschäftsgeheimnisse handeln kann, deren Preisgabe den Interessen der Gesellschaft möglicherweise zuwiderlaufen. Für den Sachverständigen stellt sich somit regelmässig die Frage, ob er über solche Geschäftsgeheimnisse ebenfalls berichten muss – oder darf.<sup>106</sup> Für die Beantwortung dieser Frage ist die Beurteilung des Schädigungspotentials einer Preisgabe von Informationen zentral, für welche die Exekutive der Gesellschaft vom Sachverständigen miteinzubeziehen bzw. zu konsultieren ist.<sup>107</sup> Im Zweifelsfall sollte der Sachverständige in seinem Bericht die heiklen Informationen schwärzen und darauf hinweisen, die geschwärzten Sachverhalte seien zwar relevant und im Prüfungsgegenstand enthalten, allerdings vom Geschäftsgeheimnis der Gesellschaft umfasst. An der Generalversammlung ist es am Verwaltungsrat, die Aktionäre darüber abstimmen zu lassen, ob die geschwärzten Passagen offengelegt werden sollen. Stimmt die Mehrheit

der Aktionäre einer Offenlegung zu, so muss der Sachverständige die entsprechende Auskunft erteilen.<sup>108</sup>

#### VIII. Beendigung des Sachverständigenmandats

Falls es sich beim Auftrag des Sachverständigen um ein zeitlich oder sachlich klar begrenztes Mandat handelt, endet dieses ohne weiteres mit Ablauf der vorgesehenen Dauer bzw. mit Erfüllung des Auftrags. Viel bedeutsamer ist die Frage, ob ein Sachverständiger nach dessen Einsetzung (vorzeitig) abberufen oder dessen Mandat sistiert und wie ein Dauerauftrag beendet werden kann. Denn wie der Fall Sika zeigt, ist häufig kontrovers, ob ein Sachverständiger eingesetzt und beauftragt werden soll. Nicht nur einzelne Interessengruppen, auch die Exekutive selbst, welche möglicherweise Gegenstand des Untersuchungsmandats ist, dürften nach erfolgtem Generalversammlungsbeschluss entsprechend regelmässig ein Interesse an der Absetzung des Sachverständigen haben. Die Lehre ist sich hierbei einig, dass der Generalversammlung (bzw. gegebenenfalls deren Delegierten) als Auftraggeberin des Sachverständigen ein jederzeitiges Widerrufsrecht i.S.v. Art. 404 OR zusteht.<sup>109</sup> Auch der Sachverständige selbst kann seinen Auftrag gemäss Art. 404 OR grundsätzlich jederzeit kündigen. Der Verwaltungsrat dagegen kann den Sachverständigen weder abberufen noch i.S.v. Art. 726 Abs. 2 OR suspendieren, besteht die Aufgabe des Sachverständigen doch regelmässig in dessen Überprüfung.<sup>110</sup> Es verbleibt ihm lediglich, aber immerhin, jederzeit die Möglichkeit, eine Generalversammlung einzuberufen und anlässlich dieser den Aktionären darzulegen, weshalb ein Sachverständiger abberufen werden sollte.<sup>111</sup>

Im Mandatsvertrag der Sachverständigen der Sika AG war in diesem Sinne denn auch vorgesehen, dass ihr Mandat nicht nur mit Erfüllung des Auftrags, sondern auch infolge Rücktritt eines Sachverständigen oder Abberufung durch die Generalversammlung enden sollte. In Bezug auf Letzteres ist indes zu beachten, dass bei der Einsetzung von mehreren Personen als Sachverständige jeweils der Auftrag des Sachverständigen-Gremiums als Ganzes vom Mandat der einzelnen Sachverständigen abzugrenzen ist. Wenn ein einzelner Sachverständiger

<sup>103</sup> Vgl. BÖCKLI (FN 28), § 15 N 755; ebenso TRUFFER (FN 6), 423.

<sup>104</sup> HARI/HÄNNI (FN 15), N 163; TRUFFER (FN 6), 423.

<sup>105</sup> TRUFFER (FN 6), 423.

<sup>106</sup> Vgl. zur Problematik HARI/HÄNNI (FN 15), N 165; ebenso TRUFFER (FN 6), 424.

<sup>107</sup> TRUFFER (FN 6), 424.

<sup>108</sup> Vgl. zu diesem Vorgehen HARI/HÄNNI (FN 15), N 166 sowie TRUFFER (FN 6), 424.

<sup>109</sup> Vgl. TRUFFER (FN 6), 420; ebenso OR Handkommentar-WIBMER, Art. 716a N 15.

<sup>110</sup> BSK OR II-REUTER/RASMUSSEN, Art. 731a N 12; BÖCKLI (FN 28), § 15 N 756; CHK-PLÜSS/FACINCANI-KUNZ, Art. 726 N 6; OR Handkommentar-WIBMER, Art. 726 N 7 (wobei sie sich in Art. 716a N 1 selbst widerspricht und schreibt, zumindest eine vorübergehende Suspendierung sei möglich); TRUFFER (FN 6), 420.

<sup>111</sup> BSK OR II-WATTER, Art. 726 N 9; OR Handkommentar-WIBMER, Art. 726 N 7.

zurücktritt oder sein Mandat nicht mehr erfüllen kann, bedeutet dies nämlich nicht, dass der Prüfungsauftrag generell beendet wird. Im Beschluss der Generalversammlung der Sika AG vom 14. April 2015 war in Ziffer 6.3.3.e denn auch vorgesehen, dass «die verbleibenden Sachverständigen einen geeigneten Ersatz» bestimmen, «falls ein Sachverständiger stirbt, zurücktritt oder aus gesundheitlichen Gründen dauerhaft an der Mandatsausübung verhindert ist». «Der neu ernannte Sachverständige» sollte dabei «alle Rechte und Pflichten eines Sachverständigen unmittelbar ab seiner Ernennung durch die verbleibenden Sachverständigen» haben, wobei die Ernennung anlässlich der nächsten Generalversammlung zu bestätigen war.<sup>112</sup>

## IX. Abgrenzung und Vergleich

Wie unter Ziffer II. bereits dargelegt wurde, sind das Institut der *Revisionsstelle* sowie des Sachverständigen sowohl historisch wie auch gesetzssystematisch eng miteinander verbunden. Es kann daher angezeigt sein, die ausführlichen Bestimmungen des Obligationenrechts über die Revisionsstelle teilweise analog auf das Institut des Sachverständigen anzuwenden.<sup>113</sup> Dabei sind aber gewisse (wesentliche) Unterschiede der beiden Institute zu berücksichtigen: Bei der Revisionsstelle handelt es sich um ein grundsätzlich obligatorisches Gesellschaftsorgan, welches nicht nur im Interesse der Aktionäre, sondern auch der Gesellschaftsgläubiger tätig wird und eine gesetzlich klar definierte Aufgabe hat. Die Sachverständigen stellen dagegen ein bloss fakultatives Aufsichtsinstrument der Generalversammlung dar und haften nur dieser gegenüber. Ihr Auftrag kann (fast) völlig frei definiert werden.

Ähnlichkeiten bestehen zudem mit einem weiteren Institut des Aktienrechts, nämlich jenem des *Sonderprüfers* i.S.v. Art. 697a ff OR.<sup>114</sup> Aus der Perspektive des Aktionärs wird sich regelmässig die Frage stellen, ob der Wahrung seiner Interessen am besten mit einem Sachverständigen gedient ist, oder ob eine Sonderprüfung angestrebt werden soll. Die beiden Institute unterscheiden sich in wesentlichen Punkten. So wird der Sonderprüfer auf Antrag einer Minderheit vom Richter ernannt und sein Bericht in einem gerichtlichen Verfahren bereinigt, während der Sachverständige direkt von der Generalversammlung mittels Mehrheitsbeschluss eingesetzt wird und in seiner Berichterstattung frei ist. Weiter ist zur Einsetzung eines Sachverständigen im Gegensatz zu jener eines Sonderprüfers nicht vorausgesetzt, dass ein Aktionär vorgängig einen Antrag auf Auskunft oder Einsicht stellt. Das Ins-

trument des Sachverständigen ist zudem deutlich flexibler, denn der Gegenstand der Untersuchung ist nicht auf Normenverstösse beschränkt, sondern kann wesentlich weiter gefasst werden.<sup>115</sup> Sollte sich die Mehrheit der Aktionäre also dazu entschliessen, weitere Abklärungen bezüglich einer Angelegenheit treffen zu wollen, ist unserer Ansicht nach regelmässig der weniger aufwendige und flexiblere Weg zu wählen und ein Sachverständiger einzusetzen. Die Einsetzung eines Sonderprüfers ist dagegen für Minderheiten interessant, welche nicht über die nötige Stimmzahl verfügen, um einen Sachverständigen einsetzen zu können.<sup>116</sup>

## X. Fazit

Wie das Beispiel im Fall Sika zeigt, handelt es sich beim Sachverständigen gemäss Art. 731a Abs. 3 OR um ein sehr praxistaugliches und flexibles Instrument, welches bisher u.E. zu Unrecht kaum je eingesetzt wurde. Die vom Gesetzgeber wohl bewusst weitestgehend offene gelassene Ausgestaltung der Beauftragung eines Sachverständigen ermöglicht es der Generalversammlung, das Institut des Sachverständigen den Bedürfnissen des Einzelfalls angepasst einzusetzen.<sup>117</sup> Im Zuge der verstärkten Wahrnehmung von Aktionärsrechten und erhöhter Aktivitäten von Investoren könnte dieses Rechtsinstitut in Zukunft an Bedeutung gewinnen. Ein erster Schritt dazu wäre die Erleichterung des Beschlussquorums für die Einsetzung von Sachverständigen in den Statuten von Aktiengesellschaften.

<sup>112</sup> Einladung GV Sika AG 2015 (FN 3).

<sup>113</sup> Vgl. TRUFFER (FN 6), 414.

<sup>114</sup> CHK-OERTLI/HÄNNI, Art. 731a N 12.

<sup>115</sup> BÖCKLI (FN 28), § 15 N 757; VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, Bern 2014, 531 f., § 8 N 114.

<sup>116</sup> TRUFFER (FN 6), 417 ff.; VON DER CRONE (FN 116), § 8 N 115.

<sup>117</sup> TRUFFER, 427.