

## Beweisedition und Geheimnisschutz im Überprüfungsverfahren nach Art. 105 FusG

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A\_440/2007 (BGE 134 III 255) vom 6. Februar 2008 i.S. V-AG (Beklagte und Beschwerdeführerin) gegen A (Kläger und Beschwerdegegner) sowie B, C und W-AG (alle Nebenintervenienten)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Irène Schilter und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich\*

### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
  - A. Geheimnisschutz im Fusionsgesetz
  - B. Prozessrechtlicher Geheimnisschutz
- III. Bemerkungen
  - A. Einsichtsrechte im Fusionsgesetz
    1. Fusionsbeschluss
    2. Überprüfungsverfahren
    3. Integraler Geheimnisschutz
  - B. Behauptungslast, Beweislast und Beweiseditionspflicht
    1. Verhandlungsmaxime
    2. Behauptungslast
    3. Beweislast
    4. Beweiseditionspflicht
    5. Geschäftsgeheimnisse
- IV. Fazit

### I. Sachverhalt

Das Bergbahnunternehmen X-AG übernahm Ende 2005 mittels Absorptionsfusion das Bergbahnunternehmen Y-AG und wechselte daraufhin die Firma in V-AG. Vor Abschluss des Fusionsvertrages wurden die beiden fusionierenden Unternehmen je einzeln durch Z bewertet. Gestützt auf die beiden Bewertungsgutachten handelten die Parteien ein Umtauschverhältnis von einer X-Aktie zu fünf Y-Aktien aus.

A, Aktionär der früheren X-AG, machte daraufhin die Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses geltend. Seiner Ansicht nach war die X-AG unterbewertet und die Y-AG überbewertet. Aus diesem Grunde forderte er für sich, die Nebenintervenienten und alle weiteren Aktionäre der früheren X-AG eine angemessene Ausgleichszahlung.

Nach dem ergebnislosen Sühneverfahren vor dem Kreisgericht Alvaschein (GR) erhob A am 30. Mai 2006 beim Bezirksgericht Albula (GR) Klage auf «Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte» nach Art. 105 FusG. Um die Unangemessenheit

des Umtauschverhältnisses zu beweisen, beantragte er beim Gericht die Edition der beiden von Z erstellten Bewertungsgutachten. Die V-AG reichte daraufhin die Gutachten in einem verschlossenen Briefumschlag ein, ersuchte das Gericht allerdings, A keine direkte Einsicht in die beiden Bewertungsberichte zu gewähren. Der Präsident des Bezirksgerichts Albula (GR) lehnte das Begehren der V-AG in einem prozessleitenden Entscheid ab. Gegen diesen Entscheid erhob die V-AG Beschwerde ans Kantonsgericht, welches den Zwischenentscheid des Bezirksgerichtspräsidenten stützte. Die gegen diesen Entscheid eingelegte Beschwerde in Zivilsachen wies das Bundesgericht ab.

### II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht setzt sich nach der Überprüfung der Eintretensvoraussetzungen<sup>1</sup> einzig mit der Pflicht zur Edition von Beweismitteln und dem Geheimnisschutz im Verfahren nach Art. 105 FusG auseinander. Dabei verwirft das Gericht die von der Beschwerdeführerin vertretene Ansicht, das Fusionsgesetz schütze Bewertungsgutachten generell und integral als Geschäftsgeheimnis [A.]. Zumindest im Grundsatz bejaht es demgegenüber einen prozessrechtlichen Geheimnisschutz aufgrund überwiegender Geheimhaltungsinteressen [B.].

#### A. Geheimnisschutz im Fusionsgesetz

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, nach Fusionsgesetz seien Bewertungsgutachten generell als Geschäftsgeheimnisse zu schützen.<sup>2</sup> Sie beruft sich dabei auf die Einsichtsrechte gemäss Art. 16 FusG.<sup>3</sup> Die Bestimmung enthalte eine abschliessende Aufzählung von Dokumenten, in welche den Gesellschaftern Einsicht zu gewähren sei. Eine Einsicht-

\* Irène Schilter ist wissenschaftliche Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

<sup>1</sup> BGer 4A\_440/2007 Erw. 1; der nachfolgend besprochene Entscheid figuriert als BGE 134 III 255 in der Amtlichen Sammlung. Dabei wurde auf die Publikation der Erwägungen 1, 2.1, 2.2 und 3 verzichtet. Die Besprechung erstreckt sich aber auch auf diese Erwägungen. Die entsprechenden Stellen sind mit dem Aktenzeichen 4A\_440/2007 gekennzeichnet.

<sup>2</sup> BGer 4A\_440/2007 Erw. 2.2. f.

<sup>3</sup> BGer 4A\_440/2007 Erw. 2.2.

nahme in Bewertungsgutachten sei nicht vorgesehen. Bewertungsgutachten unterstünden damit für das ganze Fusionsgesetz einem allgemeinen Geheimnisschutz.<sup>4</sup>

Das Bundesgericht kommt demgegenüber zum Schluss, die Regelung der Einsichtsrechte nach Art. 16 FusG sei nicht auf das Überprüfungsverfahren nach Art. 105 FusG übertragbar.<sup>5</sup> Art. 16 FusG enthalte ein standardisiertes Informationsverfahren, welches zur innergesellschaftlichen Transparenz vor dem Fusionsentscheid beitrage.<sup>6</sup> Im Verfahren nach Art. 105 FusG müssten dagegen sämtliche Beweismittel zur Verfügung stehen.<sup>7</sup> Nur so könne der Kläger den ihm obliegenden strikten Beweis erbringen.<sup>8</sup> Zu diesen möglichen Beweismitteln gehören auch allfällige Bewertungsberichte.<sup>9</sup>

### B. Prozessrechtlicher Geheimnisschutz

Dennoch schliesst das Bundesgericht nicht aus, dass überwiegende Interessen für eine Geheimhaltung von Bewertungsgutachten bestehen können.<sup>10</sup> Die herausgabepflichtige Partei müsse dazu allerdings ihre Geheimhaltungsinteressen ausreichend genau umschreiben.<sup>11</sup> Konkret machte die Beschwerdeführerin unter Bezugnahme auf Art. 16 FusG für beide Bewertungsgutachten integralen Geheimnisschutz geltend. Sie unterliess es deshalb, die zu schützenden Geschäftsgeheimnisse ausreichend genau zu bezeichnen. Mangels Bezeichnung der betroffenen Geschäftsgeheimnisse aber sei, so das Gericht, eine Interessenabwägung und somit die Anordnung eines prozessrechtlichen Geheimnisschutzes nicht möglich.<sup>12</sup>

Da es sowohl an einer gesetzlichen Grundlage für einen integralen Schutz sämtlicher Bewertungsgutachten als auch an einer ausreichend genauen Bezeichnung der zu schützenden Geheimhaltungsinteressen fehlt, weist das Bundesgericht die Beschwerde gegen den Zwischenentscheid ab.<sup>13</sup> Beschwerdegeg-

ner und Nebenintervenienten haben damit im Überprüfungsverfahren vor Bezirksgericht Anspruch auf umfassende Einsichtnahme in die beiden Bewertungsberichte.<sup>14</sup>

## III. Bemerkungen

### A. Einsichtsrechte im Fusionsgesetz

Mit dem Abschluss des Fusionsvertrages<sup>15</sup> und dem Verfassen des Fusionsberichtes<sup>16</sup> nehmen die obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane innerhalb des Fusionsverfahrens eine gestaltende Rolle wahr. Die Gesellschafter der beteiligten Gesellschaften können die beantragte Fusion demgegenüber bloss beschliessen oder verwerfen.<sup>17</sup> Ein Recht zur Mitgestaltung der Fusionsverhandlungen haben sie nicht. Auch ein individuelles Vetorecht steht ihnen nicht zu. Stattdessen können sie das ausgehandelte Umtausch- oder Zuteilungsverhältnis gemäss Art. 105 FusG richterlich überprüfen lassen.

Die Transparenzvorschriften des Fusionsgesetzes stellen sicher, dass die Gesellschafter die für die Meinungsbildung zum Fusionsbeschluss notwendigen Informationen erhalten.<sup>18</sup> Diese sind besonders wichtig, falls die verhandlungsführenden Leitungs- oder Verwaltungsorgane nicht mit den Teilhabern der Gesellschaft identisch sind, was bei Aktiengesellschaften in der Regel der Fall ist.<sup>19</sup> Die Offenlegung von Tatsachen bringt allerdings auch gewisse Gefahren mit sich. Problematisch ist vor allem die Weitergabe der eingesehenen Informationen an Dritte. Grundsätzlich könnte einer solchen Weitergabe von Informationen mit Geheimhaltungspflichten entgegengetreten werden. Bei einzelnen Gesellschaftsformen sind die Gesellschafter denn auch zur Geheimhaltung verpflichtet. Meistens wird die Geheimhaltungspflicht aus der allgemeinen Treuepflicht abgeleitet,<sup>20</sup> ausnahmsweise ist sie explizit im Gesetz vorgesehen.<sup>21</sup> Bei Aktiengesellschaften sieht das Ge-

<sup>4</sup> BGer 4A\_440/2007 Erw. 2.2. f.

<sup>5</sup> BGE 134 III 255 Erw. 2.3.

<sup>6</sup> BGE 134 III 255 Erw. 2.3.

<sup>7</sup> BGE 134 III 255 Erw. 2.4.

<sup>8</sup> BGE 134 III 255 Erw. 2.4.

<sup>9</sup> BGE 134 III 255 Erw. 2.4.

<sup>10</sup> BGE 134 III 255 Erw. 2.5.

<sup>11</sup> BGE 134 III 255 Erw. 2.5.

<sup>12</sup> BGE 134 III 255 Erw. 2.5.

<sup>13</sup> BGE 134 III 255 Erw. 2.5 und BGer 4A\_440/2007 Erw. 3.

<sup>14</sup> BGE 134 III 255 Erw. 2.5.

<sup>15</sup> Art. 12 f. FusG.

<sup>16</sup> Art. 14 FusG.

<sup>17</sup> Art. 18 FusG.

<sup>18</sup> *Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Martin Dietrich/Katja Berlinger*, Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, N 158.

<sup>19</sup> *Von der Crone et al.* (Fn. 18), N 158.

<sup>20</sup> *Von der Crone et al.* (Fn. 18), N 370.

<sup>21</sup> Vgl. Art. 803 Abs. 1 OR.

setz allerdings gerade keine Treue- oder Geheimhaltungspflicht vor (Art. 680 Abs. 1 OR). Aktionäre dürfen Informationen über die Gesellschaft deshalb selbst dann weitergeben, wenn dies der Gesellschaft schaden.<sup>22</sup> Auch das Fusionsgesetz enthält keine entsprechende Geheimhaltungspflicht der Gesellschafter.<sup>23</sup> Soweit die Aktionäre Zugang zu gewissen Informationen haben, fällt eine Geheimhaltung damit ausser Betracht. Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen muss deshalb beim Zugang der Aktionäre zu den betreffenden Informationen ansetzen.

Konkret strittig ist die Edition eines Bewertungsgutachtens. Bewertungsgutachten dienen als Entscheidungshilfe.<sup>24</sup> Einer Unternehmensbewertung liegen regelmässig Geschäftspläne mit eingehenden Budgetierungen und Prognosen<sup>25</sup> für die kommenden Geschäftsjahre sowie vertiefte betriebswirtschaftliche Analysen zugrunde. Die Weitergabe dieser Informationen etwa an konkurrierende Unternehmen kann zu einem Wettbewerbsnachteil und zu finanziellen Einbussen führen.

Die Beschwerdeführerin leitet aus der im Fusionsgesetz enthaltenen Regelung der Einsichtsrechte eine Anordnung zum generellen Geheimhaltungsschutz für Unternehmensbewertungen ab: Was nicht nach Art. 16 FusG offenzulegen sei, unterstehe für alle Verfahren des Fusionsgesetzes und damit auch für das Überprüfungsverfahren nach Art. 105 FusG dem Geheimnisschutz. Die Beschwerdeführerin sah sich deshalb berechtigt, die Edition der beiden Bewertungsgutachten zum Schutz der darin enthaltenen Geschäftsgeheimnisse zu verweigern.

### 1. Fusionsbeschluss

Art. 16 FusG regelt die Einsichtsrechte vor dem Fusionsbeschluss. Der Artikel enthält eine abschlies-

sende<sup>26</sup> Aufzählung von Dokumenten, in welche den Gesellschaftern während 30 Tagen vor dem Generalversammlungsbeschluss Einsicht zu gewähren ist. Die zur Einsicht bereitzustellenden Unterlagen sind: Fusionsvertrag, Fusionsbericht, Prüfungsbericht, Jahresrechnung und Jahresbericht der letzten drei Geschäftsjahre sowie gegebenenfalls eine Zwischenbilanz. Bewertungsgutachten fehlen in der Aufzählung. Sie unterstehen damit nicht den Einsichtsrechten nach Art. 16 FusG. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass das Austauschverhältnis bei den meisten Fusionen ausgehend von solchen Bewertungsgutachten ermittelt oder ausgehandelt wird und dass Bewertungsgutachten zudem in aller Regel einen hohen Informationsgehalt aufweisen, die Kenntnisnahme von dessen Inhalt für die Aktionäre also durchaus von Interesse wäre.

### 2. Überprüfungsverfahren

Für das Überprüfungsverfahren nach Art. 105 FusG sieht das Gesetz dagegen keine besonderen Einsichtsrechte vor. Somit ist zu untersuchen, ob – wie von der Beschwerdeführerin erläutert – Art. 16 FusG, der abschliessend definiert, in welche Dokumente Einsicht gewährt werden muss, auch im Verfahren nach Art. 105 FusG zur Anwendung kommt.

Art. 16 Abs. 1 FusG soll es den Gesellschaftern erlauben, sich mittels einer standardisierten Auswahl von Dokumenten die für die Beschlussfassung in der Generalversammlung notwendigen Entscheidungsgrundlagen zu verschaffen.<sup>27</sup> Ziel davon ist es, im Hinblick auf den anstehenden Fusionsentscheid eine ausreichende innergesellschaftliche Transparenz<sup>28</sup> zu schaffen. Ergebnis ist die Stimmabgabe in der Generalversammlung. Steht bei Art. 16 Abs. 1 FusG der Meinungsbildungsprozess unter den Aktionären im Zentrum, geht es bei der Klage nach Art. 105 FusG um die gerichtliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses auf seine Angemessenheit. Zur Klage nach Art. 105 FusG kann es von vornherein nur kommen, wenn zuvor eine qualifizierte Mehrheit der Aktionäre der Fusion zugestimmt hat. Der Aktionär, der auf Überprüfung klagt, kann es dabei nicht bei der blos-

<sup>22</sup> *Ulysses von Salis-Lütolf*, Fusionsgesetz, Zürich 08/2004, [www.fusionsgesetz.ch](http://www.fusionsgesetz.ch), S. 124.

<sup>23</sup> *Larissa Marolda Martinez*, Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, in: Peter Forstmoser (Hrsg.), Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 248, Zürich 2006, S. 208; *von Salis-Lütolf* (Fn. 22), S. 124.

<sup>24</sup> *Karin Eugster*, Die Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte nach Art. 105 FusG, in: Peter Forstmoser (Hrsg.), Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 257, Zürich 2006, N 116 f.

<sup>25</sup> *Marcus Lutter*, Umwandlungsgesetz, Köln 2004, § 8 N 23.

<sup>26</sup> *Jürg A. Luginbühl*, in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004, N 5 zu Art. 16 FusG.

<sup>27</sup> *Luginbühl* (Fn. 26), N 1 zu Art. 16 FusG.

<sup>28</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBl 2000, S. 4415.

sen Kundgabe seines Missfallens bewenden lassen. Vielmehr trägt er die prozessuale Behauptungs- und Beweislast für die Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses. Dazu müssen ihm alle Beweismittel zur Verfügung stehen. Das standardisierte Einsichtsverfahren nach Art. 16 FusG wird seinem Informationsbedürfnis nicht gerecht. Zwar hat sich der Revisor im Prüfungsbericht zur Vertretbarkeit des Umtauschverhältnisses zu äussern.<sup>29</sup> Die Prüfung auf Vertretbarkeit gemäss Art. 15 Abs. 4 lit. b FusG geht materiell gesehen aber weniger weit als die Prüfung auf Angemessenheit im Überprüfungsverfahren nach Art. 105 FusG.<sup>30</sup> Die Prüfung der Vertretbarkeit untersucht bloss, ob sich die festgelegten Werte innerhalb einer Bandbreite von plausiblen Bewertungsgrundsätzen halten und nicht offensichtlich unrichtig sind.<sup>31</sup> Was vertretbar ist, muss nun aber noch nicht angemessen sein. Zudem führt die Prüfung auf Vertretbarkeit im Resultat zu einer einfachen Bestätigung des Revisors. Das Ergebnis und seine Herleitung müssen weder begründet noch belegt werden. Auch aus dem Fusionsbericht<sup>32</sup> können nur im beschränkten Umfang Informationen über das Umtauschverhältnis entnommen werden.<sup>33</sup> Diese Informationen sollten eine Plausibilitätskontrolle ermöglichen,<sup>34</sup> für das Führen des strikten Beweises<sup>35</sup> im Überprüfungsprozess werden sie aber regelmässig nicht ausreichen. Das gilt umso mehr, als sich der Kläger nicht auf Einschätzungen vom Hörensagen verlassen soll.<sup>36</sup>

Ergänzend zum Fusionsgesetz kommt das Obligationenrecht zur Anwendung.<sup>37</sup> Mangels spezialgesetzlicher Regelung sind im Verfahren nach Art. 105 FusG

die rechtsformspezifischen Informationsrechte anzuwenden.<sup>38</sup> Im vorliegenden Verfahren handelt es sich um die Fusion zweier Aktiengesellschaften, weshalb die Informationsrechte nach Art. 696 ff. OR zu berücksichtigen sind. Das Aktienrecht sieht ein dreistufiges Informationskonzept vor.<sup>39</sup> Neben der spontanen Bekanntgabe von Grundinformationen werden den Aktionären Einsichts- und Auskunftsrechte und in einer dritten Stufe das Beantragen einer Sonderprüfung ermöglicht. Da die Aktionäre nur über eine beschränkte Anzahl von Dokumenten spontan informiert werden und das Recht zur Einberufung eines Sonderprüfers wie auch das Auskunftsrecht gerade keinen Zugang zu den Unternehmensunterlagen vorsehen, ist vor allem das aktienrechtliche Einsichtsrecht gemäss Art. 697 Abs. 3 OR für die Beweisführung von Bedeutung. Aber auch dieses stellt keine ausreichende Basis für das Führen des strikten Beweises im Verfahren nach Art. 105 FusG dar. Einerseits ist das Einsichtsrecht kein durchsetzbarer Rechtsanspruch, sondern weitgehend vom Ermessen des Verwaltungsrates abhängig.<sup>40</sup> Andererseits spricht der Gesetzeswortlaut eindeutig von «einsehen», was sich von einem Recht auf Aushändigung von Beweismitteln klar unterscheidet.<sup>41</sup>

### 3. Integraler Geheimnisschutz

Die Beschwerdeführerin macht, wie bereits vorne erwähnt, im Ergebnis geltend, im Verfahren nach Art. 105 FusG sei die klägerische Beweisführung auf die in Art. 16 FusG erwähnten Dokumente beschränkt. Alle weiteren Unterlagen unterstehen ihrer Ansicht nach einem integralen Geheimnisschutz. Nachdem das Fusionsgesetz eine solche Beweismittelbeschränkung nicht ausdrücklich anordnet, müsste sie klar und unzweifelhaft der ratio legis des Fusionsgesetzes im Allgemeinen und des Überprüfungsverfahrens im Besonderen entsprechen. Zweifelsohne ist der Geheimnisschutz im Fusionsgesetz nicht bedeutungslos,<sup>42</sup> aber mindestens ebenso wichtig sind der

<sup>29</sup> Gemäss Art. 15 Abs. 1 FusG gilt dies bloss für Kapitalgesellschaften und Genossenschaften.

<sup>30</sup> *Dieter Dubs*, in: Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2005, N 19 zu Art. 105 FusG; *Thomas Gelzer*, in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004, N 20 zu Art. 15 FusG.

<sup>31</sup> *Beat Kühni*, in: Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2005, N 35e zu Art. 15 FusG m.w.H.

<sup>32</sup> Art. 14 FusG.

<sup>33</sup> *Kühni* (Fn. 31), N 47e zu Art. 14 FusG.

<sup>34</sup> *Albert Combæuf*, Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003, N 27 zu Art. 14; *Kühni* (Fn. 31), N 47e zu Art. 14 FusG.

<sup>35</sup> *Daniel Emch*, Das System des Rechtsschutzes im Fusionsgesetz, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 731, Bern 2006, S. 154.

<sup>36</sup> Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 16. August 2007 (PZ 07/99), Erw. 11.

<sup>37</sup> *Kühni* (Fn. 31), N 34 zu Art. 14.

<sup>38</sup> *Kühni* (Fn. 31), N 6 zu Art. 14 FusG; ähnlich *Piera Berratta*, in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004, N 26 zu Art. 74 FusG.

<sup>39</sup> *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 16, N 190.

<sup>40</sup> *Matthias Nänni/Hans Caspar von der Crone*, Auskunft und Einsicht im Konzern, SZW 78 (2006), S. 154.

<sup>41</sup> *Nänni/von der Crone* (Fn. 40), S. 156.

<sup>42</sup> *Von der Crone et al.* (Fn. 18), N 370.

Schutz der Minderheitenrechte<sup>43</sup> und die Wahrung der Transparenz.<sup>44</sup> Ein standardisierter Satz von Beweismitteln würde die Transparenz verringern. Zudem hätte dies auch eine Verschlechterung der Minderheitenrechte zur Folge, da den Gesellschaftern wesentliche Beweismittel vorenthalten würden. Insbesondere im Verfahren nach Art. 105 FusG würden die Informationsinteressen unzureichend gewahrt. Demzufolge kann weder aus einer gesetzlichen Anordnung noch aus der ratio legis des Fusionsgesetzes im Verfahren nach Art. 105 FusG eine Beschränkung der klägerischen Beweisführung auf die in Art. 16 FusG erwähnten Dokumente abgeleitet werden. Dies bedeutet, dass auch das Bewertungsgutachten entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht generell von der Beweisführung ausgeschlossen wird, sondern grundsätzlich ein zulässiges Beweismittel darstellt.

## B. Behauptungslast, Beweislast und Beweiseditionspflicht

Der Beschwerdegegner fordert die Edition der sich in den Händen der Beschwerdeführerin befindenden Bewertungsgutachten, welche für die Ermittlung und Aushandlung des Umtauschverhältnisses massgebend waren. Nachfolgend ist zu untersuchen, woraus er die Pflicht zur Edition der Bewertungsgutachten ableitet und ob diese zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen eingeschränkt werden kann.

### 1. Verhandlungsmaxime

Im Überprüfungsprozess nach Art. 105 FusG ist mangels gegenteiliger Normierung, wie im Grossteil aller Zivilprozesse, die Verhandlungsmaxime massgebend.<sup>45</sup> Es ist Aufgabe der Parteien, die Tatsachen zu erläutern und die erforderlichen Beweismittel zu bezeichnen.<sup>46</sup> Für die Verteilung der Behauptungs- und Beweislast ist die allgemeine Regel nach Art. 8 ZGB anzuwenden.<sup>47</sup> Es hat diejenige Partei die Tatsachen zu

behaupten und zu beweisen, welche daraus Rechte ableitet. Die Regel der Beweislastverteilung bestimmt zugleich auch die Folgen der Beweislosigkeit, indem der Beweisbelastete bei Nichterfüllung seiner Pflicht das Risiko des Unterliegens im Prozess trägt.<sup>48</sup>

### 2. Behauptungslast

Im Verfahren nach Art. 105 FusG wird eine Verletzung des Anspruchs auf mitgliedschaftliche Kontinuität überprüft.<sup>49</sup> Mittels Klageverfahren versucht der Gesellschafter, eine angemessene Ausgleichszahlung zu erhalten.<sup>50</sup> Um seine Forderung durchzusetzen, hat er im Sinne von Art. 8 ZGB die Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses oder der Ausgleichszahlung zu begründen.<sup>51</sup> Die behaupteten Tatsachen dürfen nicht abwegig erscheinen und sollen so klar und schlüssig sein, dass später darüber Beweis abgenommen werden kann.<sup>52</sup> An die Behauptungslast werden im Überprüfungsverfahren nach Art. 105 FusG keine allzu hohen Anforderungen gestellt,<sup>53</sup> was unseres Erachtens sinnvoll ist, da die Klageverwirklichungsfrist mit zwei Monaten kurz bemessen ist. Diese kurze Frist lässt keine erschöpfenden Abklärungen zu und ein Durchschnittsaktionär verfügt in der Regel auch nicht über die erforderlichen Detailkenntnisse.<sup>54</sup> Deshalb wird von der herrschenden Lehre anerkannt, dass es ausreicht, wenn sich die Behauptungen auf jene Unterlagen stützen, welche im Sinne von Art. 16 FusG bereits für den Fusionsbeschluss einsehbar sind.<sup>55</sup>

### 3. Beweislast

Im darauffolgenden Beweisverfahren sind die Behauptungen zu belegen. Da es in Art. 105 FusG an einer anderslautenden Anordnung fehlt, trifft im Sinne der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB den

<sup>43</sup> Kühni (Fn. 31), N 4 zu Art. 16 FusG.

<sup>44</sup> Botschaft zum Fusionsgesetz vom 13. Juni 2000 (Fn. 28), S. 4354; vgl. Art. 1 Abs. 2 FusG.

<sup>45</sup> Eugster (Fn. 24), N 371; vgl. Art. 118 ZPO/GR.

<sup>46</sup> Eugster (Fn. 24), N 371; Richard Frank, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, N 1 zu § 54 ZPO/ZH.

<sup>47</sup> Walter J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Zürich 1990, N 650.

<sup>48</sup> Hans Schmid, in: Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, Basel 2006, N 4 zu Art. 8 ZGB.

<sup>49</sup> Die Gesellschafter haben bei einer Fusion (Art. 7 und 8 FusG), Spaltung (Art. 31 FusG) oder Umwandlung (Art. 56 FusG) einen Anspruch auf Wahrung der mitgliedschaftlichen Kontinuität.

<sup>50</sup> Dubs (Fn. 30), N 2 zu Art. 105 FusG.

<sup>51</sup> Emch (Fn. 35), S. 152.

<sup>52</sup> Eugster (Fn. 24), N 372.

<sup>53</sup> Felix C. Meier-Dieterle, in: Züricher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich, 2004, N 46 zu Art. 105; Emch (Fn. 35), S. 153.

<sup>54</sup> Emch (Fn. 35), S. 153.

<sup>55</sup> Eugster (Fn. 24), N 372.

Kläger die Beweislast.<sup>56</sup> Dabei wird das Beweismass der strikten Beweisführung vorausgesetzt.<sup>57</sup> Der Kläger muss den Richter mit einer derart hohen Wahrscheinlichkeit von der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses überzeugen, dass dieser nicht mehr mit der Möglichkeit des Gegenteils rechnet.<sup>58</sup>

Eines der zentralen Beweismittel ist dabei das Bewertungsgutachten. Einerseits erlaubt es die Einsicht in das Bewertungsgutachten, zu beurteilen, ob die Bewertung korrekt erfolgt ist. Andererseits kann dadurch überprüft werden, ob das vereinbarte Umtauschverhältnis richtig ermittelt wurde und basierend darauf, ob es nur vertretbar oder auch angemessen ist. Dem Kläger ist es dabei nicht zumutbar, ein eigenständiges Bewertungsgutachten in Auftrag zu geben. Ihm fehlen in der Regel sowohl die finanziellen Mittel als auch die notwendigen Unterlagen.<sup>59</sup> Da der Kläger nur beschränkten Zugang zu Informationen über die Unternehmensbewertung hat, ist er auf die Edition durch die Gegenpartei oder Dritte angewiesen. Diese händigen die Dokumente aber in der Regel unter Berufung auf ihre Geheimhaltungsinteressen nicht freiwillig aus. Den Kläger trifft somit eine strikte Beweislast, ohne dass er einen ausreichenden Zugang zu den Beweismitteln hat. Verschärft werden die Beweisschwierigkeiten des Klägers durch eine systemimmanente Informationsasymmetrie und eine relativ kurze Klageverwirklichungsfrist.

De lege ferenda ist das Überprüfungsverfahren aufgrund der oben genannten Gründe möglicherweise zu überdenken. Eine Alternative wäre, die Beweislast des Klägers auf das Beweismass der Glaubhaftmachung zu beschränken. «Es braucht somit nicht die volle Überzeugung des Gerichts vom Vorhandensein dieser Tatsachen herbeigeführt zu werden, sondern es genügt, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten».<sup>60</sup> In Verbindung mit der Glaubhaftmachung könnte der Kläger beim Gericht die Edition von Beweismitteln durch die Gegenpartei oder Dritte begehren. Um die Glaubhaftmachung zu widerlegen, stünde der Beklagten der Gegenbeweis offen.

<sup>56</sup> Eugster (Fn. 24), N 370.

<sup>57</sup> Emch (Fn. 35), S. 154.

<sup>58</sup> Emch (Fn. 35), S. 154.

<sup>59</sup> Eugster (Fn. 24), N 372.

<sup>60</sup> BGE 120 II 393 Erw. 4c.

#### 4. Beweiseditionspflicht

Im vorliegenden Verfahren ersucht der Beschwerdegegner zum Beweis seiner Sachdarstellung um die Herausgabe der sich in den Händen der Beschwerdeführerin befindenden Bewertungsgutachten. Eine Editionsspflicht kann sowohl eine materielle wie auch eine prozessuale Grundlage haben. Die materiellrechtliche Editionsspflicht bedarf einer Regelung im Bundesrecht und dient zu Informationszwecken. Sie wird mittels eines selbständigen Verfahrens durchgesetzt.<sup>61</sup> Mögliche Grundlagen könnten das Fusionsgesetz oder das Aktienrecht sein. Wie vorne dargelegt,<sup>62</sup> sieht das Fusionsgesetz in Art. 105 FusG weder ein Einsichtsrecht noch eine Editionsspflicht vor. Das Aktienrecht enthält ein Einsichtsrecht, welches aber gemäss herrschender Lehre weder durchsetzbar ist, noch einen Anspruch auf Edition der Akten ermöglicht.<sup>63</sup>

Neben den materiellrechtlichen gibt es prozessuale Editionspflichten, welche eine Erleichterung der Beweislast bezwecken. Diese werden im Rahmen eines bereits hängigen Verfahrens durchgesetzt.<sup>64</sup> Art. 168 der Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden (ZPO/GR) sieht eine prozessrechtliche Editionsspflicht von Urkunden vor. Voraussetzung ist gemäss Art. 156 ZPO/GR die Erheblichkeit des Beweises.<sup>65</sup> Der beweisbelastete Beschwerdegegner macht im Überprüfungsverfahren eine solche Editionspflicht geltend, indem er von der Beschwerdeführerin die Herausgabe der Bewertungsgutachten zur Erfüllung seiner Beweislast fordert. Die Beschwerdeführerin reicht daraufhin dem Richter die beiden Gutachten in einem verschlossenen Briefumschlag ein, stellt aber den Antrag, zum Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse dem Beschwerdegegner in die beiden Bewertungsberichte keine direkte Einsicht zu geben.

#### 5. Geschäftsgeheimnisse

Gemäss Art. 89 ZPO/GR stehen den Parteien bis zur Hauptverhandlung alle Prozessakten zur Einsicht

<sup>61</sup> Karl Spühler/Dominik Vock, Urkundenedition nach den Prozessordnungen der Kantone Bern und Zürich, SJZ 95 (1999), S. 42.

<sup>62</sup> Vgl. vorne, III. A. 2.

<sup>63</sup> Nänni/von der Crone (Fn. 40), S. 154.

<sup>64</sup> Spühler/Vock (Fn. 61), S. 42.

<sup>65</sup> Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 22. Oktober 1991 (PF 11/91), Erw. 2; erhebliche Tatsachen sind massgebend für den Entscheid über die Sache oder eine Prozessvoraussetzung (Frank [Fn. 46], N 3 zu § 133 ZPO/ZH).

offen. Eine Schranke des Prinzips der Parteiöffentlichkeit stellen gemäss Art. 160 ZPO/GR und Art. 171 Abs. 2 ZPO/GR schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen dar. Falls Geschäftsgeheimnisse<sup>66</sup> gefährdet sind, hat der Richter die notwendigen Schutzmassnahmen anzuordnen. Die Behauptungs- beziehungsweise Beweislast bezüglich des Bestehens von Geschäftsgeheimnissen trägt die Beschwerdeführerin. Sie hat in ausreichender Form darzulegen, welche Geschäftsgeheimnisse durch eine Edition der Bewertungsgutachten verletzt würden.

Im Zusammenhang mit einem vergleichbaren Fall bezüglich des aktienrechtlichen Auskunftsrechts gemäss Art. 697 OR hat das Bundesgericht entschieden, dass ein blosses Glaubhaftmachen von Geheimhaltungsinteressen nicht ausreichend sei.<sup>67</sup> Die Gesellschaft hat grundsätzlich den vollen Beweis zu erbringen.<sup>68</sup> Inwiefern diese Rechtsprechung auch bezüglich der prozessrechtlichen Editionsspflicht gilt, ist nicht geklärt.<sup>69</sup> Unseres Erachtens kann es in einem fairen Verfahren aber nicht angehen, dass ein Richter sein Urteil unter Berücksichtigung von Akten fällt, welche einer Partei weder zur Einsicht noch zur Stellungnahme offenstanden. Dadurch würde der verfassungsrechtlich geschützte Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt.<sup>70</sup> Die Einsichtnahme in die Prozessakten ist von zentraler Bedeutung, um die eigenen Rechte wirksam zur Geltung zu bringen.<sup>71</sup> Demzufolge ist für einen prozessrechtlichen Geheimnisschutz, analog zur Rechtsprechung zu Art. 697 OR, der volle Beweis zu erbringen. Ein blosses Behaupten genügt unseres Erachtens nicht.

Die Beschwerdeführerin macht im konkreten Verfahren einzig den generellen Geheimhaltungsschutz aller Bewertungsgutachten geltend und hat es deshalb unterlassen, die zu schützenden Geschäftsgeheimnisse ausreichend genau zu bezeichnen. Dadurch ist sie den Voraussetzungen weder eines strikten Beweises noch einer blossen Glaubhaftmachung der Ge-

heimhaltungsinteressen nachgekommen. Es ist der Ansicht des Bundesgerichts<sup>72</sup> wie auch der herrschenden Lehre<sup>73</sup> beizupflichten, dass es mangels Substanziierung der Geheimhaltungsinteressen nicht möglich ist, eine Interessenabwägung vorzunehmen. Dem Recht auf Einsicht in die Bewertungsgutachten muss darum umfassend Vorrang eingeräumt werden, ohne dass Schutzmassnahmen angeordnet werden.

#### IV. Fazit

Das Bundesgericht setzt sich im massgebenden Entscheid eingehend mit der Frage des Geheimnisschutzes von Beweismitteln auseinander. Um über einen Geheimnisschutz urteilen zu können, muss vorab geklärt werden, ob diesbezüglich eine gesetzliche Anordnung besteht. Falls es an einer solchen fehlt, ist zu untersuchen, ob der Geheimnisschutz zumindest der ratio legis des anwendbaren Gesetzes entspricht. Dabei ist eine blosser Vereinbarkeit mit dem Gesetzeszweck nicht ausreichend, sondern der Geheimnisschutz muss sich offensichtlich daraus ergeben. Im konkreten Verfahren berief sich die Beschwerdeführerin auf einen generellen Geheimnisschutz aller Bewertungsgutachten. Dabei nahm sie auf Art. 16 FusG Bezug, welcher eine abschliessende Aufzählung von Dokumenten enthält, in welche den Gesellschaftern hinsichtlich des anstehenden Fusionsentscheides Einsicht zu gewähren ist. Die Bewertungsgutachten sind in dieser Aufzählung nicht enthalten. Daraus kann aber nicht eine gesetzliche Anordnung zum Geheimnisschutz aller Bewertungsgutachten abgeleitet werden. Auch der ratio legis des Fusionsgesetzes entspricht es nicht, die Bewertungsgutachten generell einem Geheimnisschutz zu unterstellen. Ansonsten könnten die Informationsbedürfnisse des Klägers im Verfahren nach Art. 105 FusG nicht mehr in ausreichender Form gewahrt werden.

Einen prozessrechtlichen Geheimnisschutz aufgrund überwiegender Geheimhaltungsinteressen hat das Bundesgericht dem Grundsatz nach bejaht. Voraussetzung für die Anordnung von Schutzmassnahmen wäre aber eine Substanziierung der Geheimhaltungsinteressen, was im konkreten Fall fehlt. Demzufolge hat das Bundesgericht zu Recht die Beschwerde abgewiesen.

<sup>66</sup> Geschäftsgeheimnisse sind Informationen, «die mit einer gewissen Sorgfalt geheim gehalten werden und denen aufgrund ihrer Vertraulichkeit ein gewisser wirtschaftlicher Wert zukommt» (*Marolda Martinez* [Fn. 23], S. 154).

<sup>67</sup> BGer 4C.234/2002 Erw. 4.3.1 und 4.3.2.

<sup>68</sup> BGer 4C.234/2002 Erw. 4.3.1 und 4.3.2.

<sup>69</sup> Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 16. August 2007 (PZ 07/99), Erw. 2b.

<sup>70</sup> *Oscar Vogel/Karl Spühler*; Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 2006, § 31 N 72 ff.

<sup>71</sup> BGE 95 I 439 Erw. 2d.

<sup>72</sup> BGE 134 III 255 Erw. 2.5.

<sup>73</sup> *Marolda Martinez* (Fn. 23), S. 162 ff.