

## Transparenz für den Gläubiger der Aktiengesellschaft

PD Dr. iur. Peter V. Kunz, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich)<sup>1</sup>

### I. Einführung

#### A. Finanzierung sowie «Geldgeber-Orientierung»

Das Aktienrecht – in der Schweiz sowie im Ausland – ist *Organisationsrecht* und erweist sich als gesellschaftszentriert<sup>2</sup>. Diese Ordnung bildet den rechtlichen Rahmen für die Fi-

nanzierung der Aktiengesellschaften (AG). Im Zentrum der meisten aktienrechtlichen Betrachtungen befinden sich deshalb die *Geldgeber* der AG, also einerseits die *Gläubiger* (genauer: die Gesellschaftsgläubiger), die beim *Fremdkapital* ausgewiesen werden, und andererseits die *Aktionäre*, die das *Eigenkapital* bzw. das *Risikokapital* aufbringen.

Diese «Geldgeber-Orientierung»<sup>3</sup> ist des Weiteren ersichtlich bei den aktienrechtlichen *Schutzkonzepten*, die sich – etwas vereinfacht – wie folgt präsentieren:

Der *Gläubigerschutz* befasst sich mit dem *Fremdkapital* und der *Aktionärsschutz* bzw. der *Minderheitenschutz*<sup>4</sup> mit dem *Eigenkapital* der AG. Die Schutzbereiche der Gesellschaftsgläubiger sowie der Aktionäre weisen verschiedene Schnittbereiche und Überschneidungen auf<sup>5</sup>. Unter dem Finanzierungsaspekt für die AG bilden der Aktionärsschutz und der Gläubigerschutz die *zentralen Strukturelemente* des Aktienrechts<sup>6</sup>, und ein hervorragendes Element in beiden Bereichen – wenn auch in unterschiedlichem Ausmass – ist die *Transparenz* bzw. *Information* zugunsten der jeweiligen Geldgeber.

Im Folgenden wird auf den Aktionärsschutz am Rande verwiesen, im Vordergrund steht indes der *Gläubigerschutz*<sup>7</sup> oder – genauer – die entsprechende *aktienrechtliche Transparenz-Ordnung*, die gelegentlich verkannt wird. Transparenz-Themen gibt es in allen Bereichen der Dreiteilung der Gläubigerschutz-Diskussion (nämlich:

*Aktionäre als Risikokapitalgeber und Gesellschaftsgläubiger als Fremdkapitalgeber werden in Bezug auf die Transparenz unterschiedlich behandelt. Der Autor analysiert, ob die unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt ist und inwiefern für die Gläubiger neben dem Schutz des SchKG und den vertragsrechtlichen Bestimmungen aktienrechtliche Transparenzregelungen erforderlich sind.* Zi.

*Les actionnaires, mettant à disposition un capital-risque, et les créanciers d'une société, fournissant un capital-tiers, sont traités de manière différente par rapport au principe de la transparence. L'auteur analyse la question de savoir si cette différence de traitement se justifie et examine la nécessité d'instaurer pour les créanciers des règles de transparence du droit de la société anonyme en plus de la protection assurée par la LP et les dispositions contractuelles.* P.P.

<sup>1</sup> Der Autor ist Partner bei *Beglinger Holenstein Rechtsanwälte*, Zürich, sowie Privatdozent und Lehrbeauftragter für Privat- und Wirtschaftsrecht an der *Universität Bern*. Die vorliegenden Ausführungen fassen Überlegungen zusammen, die anlässlich eines Referats am 14. November 2002 vor der *Fachgruppe Handelsrecht* des Zürcherischen Anwaltsverbandes präsentiert wurden; Abschluss des Manuskripts: Mitte Dezember 2002.

<sup>2</sup> Allg.: *Friedrich Kübler*, Gesellschaftsrecht versus Kapitalmarktrecht – zwei Ansätze?, SZW 67 (1995) 225.

<sup>3</sup> Übersicht: *Peter V. Kunz*, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (Hab. Bern 2001) § 1 N 8 ff.

<sup>4</sup> Ein Teil der Doktrin – z.B. *Peider Mengiardi*, Verbesserter Minderheitenschutz, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform (Zürich 1984) 76 sowie 86 – unterscheidet zwischen Aktionärsschutz und Minderheitenschutz; m.E. handelt es sich indes um *Synonyme*.

<sup>5</sup> Erwähnt seien etwa die Themen des sog. «Aktionärs-Gläubigers» (beim «verdeckten Eigenkapital») sowie der Verrechnungsüberlieferung (Folgen bei fehlender Werthaltigkeit).

<sup>6</sup> *Kunz* (Anm. 3) § 1 N 14.

<sup>7</sup> Einleitend etwa: *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996) § 3 N 63 ff.

Aufbringung, Vermehrung sowie Erhaltung des Kapitals)<sup>8</sup>.

## B. Transparenz-Aspekte bei Aktionären sowie bei Gläubigern

Die *kollektive* Transparenz (Makro-Ebene) bzw. die *individuellen* Informationsrechte (Mikro-Ebene) bilden die Basis *sämtlicher* Aktionärsrechte, insbesondere des Stimmrechts der Gesellschafter, das seinerseits das «Mutter-Recht» der Gesellschafteransprüche darstellt. Den Gesellschaftern stehen in diesem Zusammenhang verschiedene Informationsmedien zu; es wird unterschieden<sup>9</sup> zwischen *spontanen* Informationen, *reaktiven* Informationen sowie Informationen, die durch eine *Sonderprüfung* erlangt werden.

Eine gänzlich andere Bedeutung – und zwar *de lege lata* – haben m.E. die Informationen bzw. die Transparenz für die *Gläubigeransprüche*<sup>10</sup>. Das geltende Aktienrecht sieht insbesondere weder spontane Informationen (Ausnahme: Schuldenrufe)<sup>11</sup> noch eine Sonderprüfung für Gesellschaftsgläubiger<sup>12</sup> vor, sondern ausschliesslich gewisse *reaktive* Informationen, und zwar in einem *beschränkten* Umfang<sup>13</sup>.

## C. Aufbau der Darstellung

Zuerst werden die Transparenz-Aspekte für Gesellschaftsgläubiger als Fremdkapitalgeber in einen *breiteren Rahmen* zu stellen versucht (teils im Vergleich und teils in Abgrenzung vom Aktionär als Risikokapitalgeber). Punktuell hingewiesen wird insbesondere<sup>14</sup> auf die Gläubiger-Kategorien, auf die spezifische Gläubiger-Basis, auf die Themen «Exit» und «Voice» sowie schliesslich auf Interessen bzw. Interessenabwägungen. Gestützt auf diese allgemeinen Ausführungen soll die Frage aufgeworfen werden, ob

*überhaupt* bei Gesellschaftsgläubigern ein *Transparenzschutz* nötig ist.

Unter den besonderen Ausführungen wird schliesslich die *aktuelle Aktienrechtsordnung* nur, aber immerhin beispielhaft aufgezeigt. Das Schwergewicht liegt bei zwei Bestimmungen, nämlich bei der Offenlegung gemäss *Art. 697h Abs. 2 OR* sowie beim Orientierungsanspruch gemäss *Art. 716b Abs. 2 OR*; in diesem Zusammenhang werden die wesentlichen Diskussionspunkte der aktuellen Lehre dargestellt und ausserdem einige neue Ansätze zu vermitteln versucht<sup>15</sup>.

## II. Grundzüge

### A. Gläubiger-Kategorien

Aus der Diskussion über die Gesellschafter von AG ist bekannt, dass es – unter verschiedenen Aspekten (z.B. hinsichtlich der Interessenlage oder der «Exit»-Variante) – regelmässig zahlreiche *Aktionärs-Kategorien* zu unterscheiden gibt<sup>16</sup>, und zwar selbst wenn der Masstab des sog. «typischen Aktionärs»<sup>17</sup> akzeptiert wird; erwähnt werden können beispielhaft die Publikumsaktionäre, die Familienaktionäre, die Unternehmeraktionäre, die Spekulationsaktionäre, die institutionellen Aktionäre, die Grossaktionäre sowie die Minderheitsaktionäre.

Als ähnlich mannigfaltig erweisen sich die *Gläubiger-Kategorien*, wobei etwa erwähnt werden können: sog. «Finanzgläubiger»<sup>18</sup>, Arbeitnehmer, Anleiensgläubiger, Lieferanten oder auch durch die AG geschädigte Personen; sie alle (und weitere Gläubiger) gehören in den «Topf Gesellschaftsgläubiger». In Bezug auf die *spezifische Gläubigerbasis* (in jedem Fall) und hinsichtlich der *Interessenabwägung* (von Fall zu Fall) ist *relevant*, zu welcher Gläubiger-Kategorie ein Gesell-

schaftsgläubiger gehört<sup>19</sup>; für den aktienrechtlichen Gläubigerschutz im Allgemeinen und die Transparenz-aspekte im Besonderen ist die Kategorienzugehörigkeit allerdings *irrelevant*, d.h. jeder Gläubiger wird gleich behandelt.

### B. Spezifische Gläubiger-Basis

#### 1. OR BT sowie OR AT

Der *Aktionär* kann sich gegenüber der AG für seine Rechtsstellung einzig auf das Aktienrecht (sowie auf die Gesell-

<sup>8</sup> Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht (2. A., Zürich 1996) N 26: «[U]nser Aktienrecht [bleibt] von Kopf bis Fuss auf die Gewährleistung der Kapitalaufbringung und später der Kapitalerhaltung eingestellt. Aktienrecht ist nicht nur, aber auch und vor allem *Gläubigerschutzrecht*»; Hervorhebung im Original.

<sup>9</sup> Statt aller: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Anm. 7) § 40 N 146 ff.; zudem: Matthias Eppenberger, Information des Aktionärs – Auskunfts- oder Mitteilungspflicht? (Diss. St. Gallen 1989) 64 ff.

<sup>10</sup> Hinweise: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Anm. 7) § 48 N 9 ff.

<sup>11</sup> Vgl. dazu hinten III. A. 3.

<sup>12</sup> Vgl. dazu hinten III. A. 2.

<sup>13</sup> Vgl. dazu hinten III. B./C.

<sup>14</sup> Vgl. dazu hinten II. A. – D.

<sup>15</sup> Vgl. dazu hinten III. B./C.

<sup>16</sup> Hierzu: Kunz (Anm. 3) § 9 N 42 ff., v.a. N 45 (zur Interessenabwägung) sowie § 4 N 16 ff. (zu «Exit» und «Voice»).

<sup>17</sup> Zurückhaltend die Praxis: BGE 95 II 560 Erw. 2. Zum Aktualitätsbezug: Herbert Wohlmann, «Typischer Aktionär» und «Shareholder Value», in: FS R. Bär (Bern 1998) 415 ff.

<sup>18</sup> Hierbei handelt es sich um *keinen rechtlichen Terminus*. Der Begriff «Finanzgläubiger» hat sich aber seit einigen Jahren («Biber») in der Praxis verbreitet; unter «Finanzgläubigern» werden *institutionelle Anleger beim Fremdkapital* (z.B. Banken und Versicherungen) verstanden, die den AG insbesondere durch *Darlehen «verbunden»* sind.

<sup>19</sup> Vgl. dazu hinten II. B./D.

schaftsstatuten) berufen, *nicht* aber – immerhin Ausnahmefälle vorbehalten

<sup>20</sup> Möglich ist immerhin, dass die AG *eigene Aktien* (Art. 659 ff. OR) an einen Aktionär überträgt, sodass ein (z.B. Kauf-)Vertrag mit der Gesellschaft besteht.

<sup>21</sup> In dieser Darstellung bedeutet «OR BT» Besonderer Teil des Obligationenrechts (Art. 184 ff. OR), und «OR AT» meint Allgemeiner Teil des Obligationenrechts (Art. 1 ff. OR).

<sup>22</sup> Detailliert zur *Eigenverantwortlichkeit* des Aktionärs: Kunz (Anm. 3) § 6 N 5 ff.

<sup>23</sup> Mangels «Freiwilligkeit» kann dieser Ansatz hingegen *nicht* gelten bei Gläubigern auf *deliktischer* Grundlage (Art. 41 ff. OR) oder infolge *ungerechtfertigter Bereicherung* (Art. 62 ff. OR); insofern ähneln diese Gläubiger den Gesellschaftern eines sog. *passiven* Konzerneintritts (v.a. bei Kontrollübernahmen), bei denen kompensierende Schutzmechanismen zugunsten der freien bzw. unabhängigen Aktionäre angebracht sind.

<sup>24</sup> Allg.: Kunz (Anm. 3) § 6 N 5 ff. sowie § 15 N 1 ff.

<sup>25</sup> Bei allen Gläubigern gilt die *Vertragsfreiheit*, und bei den «Finanzgläubigern» kommt zudem – meist – die *Macht des Faktischen* hinzu.

<sup>26</sup> Zwei Risiken stechen in diesem Zusammenhang hervor: In *Ausnahmefällen* und abhängig von der konkreten Ausgestaltung könnte ein (*partiarisches*) *Darlehen* des «Finanzgläubigers» als *einfache Gesellschaft* (Art. 530 ff. OR) qualifiziert werden mit der Folge, dass der Gläubiger seine Forderung im Gesellschaftskonkurs nicht nur nicht anmelden kann, sondern auch noch solidarisch haftbar wird; (*allzu*) *weit gehende Informationsrechte* stellen ein wichtiges Indiz dar. Allg.: Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Grundriss des Schweizerischen Gesellschaftsrechts (B. A., Bern 1998) § 1 N 73 ff., v.a. N 78 f. Heikel ist ausserdem die (mögliche) Qualifikation als sog. *faktisches Organ*: Vgl. dazu hinten II. B. 2. b.

<sup>27</sup> Übersichten: Harald Bärtschi, *Verantwortlichkeit im Aktienrecht* (Diss. Zürich 2001) 101 ff.; zudem: Peter V. Kunz, *Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage* (Diss. Bern 1993) 182 ff. m.w.H.

<sup>28</sup> Jüngst: BGE 126 V 238 ff. Erw. 4. m.w.H. (GmbH; Thematik von Art. 52 AHVG); Aktienrecht: BGE 128 III 29; BGE 124 III 418 Erw. 1. b.; BGE 122 III 225 Erw. 4. b.

ten<sup>20</sup> – auf einen *Vertrag*; die Aktien erwirbt der Gesellschafter nämlich i.d.R. von einem Dritten. Anders sieht es beim *Gläubiger* aus, der sich zusätzlich zum Aktienrecht auf die *spezifische Gläubiger-Basis* (regelmässig auf einen Vertrag) berufen kann, die ihn zum Gesellschaftsgläubiger «macht»; in dieser spezifischen Gläubiger-Basis finden sich gelegentlich *ex lege Transparenzregeln* (womit die Aktienrechts-Diskussion zu einer *Debatte «OR BT»* wird)<sup>21</sup>. Als Beispiele erwähnt:

Der *Arbeitnehmer* ist Gläubiger gestützt auf einen *Einzelarbeitsvertrag*, und das Arbeitsrecht enthält Transparenznormen (z.B. Anteil am Geschäftsergebnis: Art. 322a Abs. 2/Abs. 3 OR; Massentlassungen und Konsultationen der Arbeitnehmervertretungen: Art. 335f OR). Der *Anleihensgläubiger*, der zum Gläubiger gestützt auf die *Anleihensobligation* wird, erhält Transparenz durch den Prospektzwang (Art. 1156 OR). Im Übrigen aber gibt es nur noch wenige gesetzliche Normen, die Transparenz zugunsten der Gläubiger schaffen; ähnlich wie beim Gesellschafter der AG (Motto: «Selbst ist der Aktionär»)<sup>22</sup> geht der Gesetzgeber davon aus, dass der Gesellschaftsgläubiger für seinen Schutz *selber besorgt* sein soll (Motto: «Selbst ist der Gläubiger» – oder: «Wie man sich bettet, so liegt man»)<sup>23</sup>.

## 2. Situation beim «Finanzgläubiger»

### a) Vertragsfreiheit sowie «Bargaining for Protection»

Die Lehre, aber auch die Praxis betonen zum *Aktionär* – zumindest als Prinzip – dessen Eigenverantwortlichkeit für seinen Schutz; der Gesellschafter hat privatautonome Einflussmöglichkeiten<sup>24</sup> im Rahmen der Statuten sowie der Aktionärbindungs-

verträge. Der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit muss aber bei *Gläubigern* (auf vertraglicher Grundlage) im Allgemeinen sowie bei «Finanzgläubigern» im Besonderen ebenfalls zur Anwendung gelangen, und wird in der spezifischen Gläubiger-Basis ausgedrückt<sup>25</sup>.

Die «Finanzgläubiger» haben gerade in Sanierungs- oder in sonstigen «schwierigen» Situationen gegenüber der betroffenen AG oftmals eine *grosse Verhandlungsmacht* bzw. «bargaining power»: (Neues) Fremdkapital kann faktisch zum Risikokapital werden. Ein zentrales Anliegen dieser Gläubiger ist natürlich, über die operative und sonstige Entwicklung der Gesellschaft *auf dem Laufenden* zu sein (und allenfalls zu «intervenieren»). Das Darlehensrecht (Art. 312 ff. OR) enthält keine Transparenznormen, in der Praxis – gestützt auf Art. 19 OR (Vertragsfreiheit) – bedingen sich «Finanzgläubiger» zum eigenen Schutz indes entsprechende *Transparenz- bzw. Informationsrechte* («Quasi-Reporting») gegenüber der Schuldnergesellschaft aus, was – meist übersehen – nicht risikolos ist<sup>26</sup>.

### b) Risiko einer Qualifikation als faktisches Organ?

Nebst dem *formellen Organ* (z.B. einem VR-Mitglied) und dem *Organ infolge Kundgabe* kann ein Kläger im Rahmen von Art. 754 Abs. 1 OR des Weiteren das materielle bzw. *faktische Organ* zur Verantwortung ziehen. Der faktische Organbegriff hat zu fast epischen Diskussionen in Lehre und Rechtsprechung geführt<sup>27</sup>, und eine *klare Grenzziehung* scheint trotzdem nach wie vor *unmöglich*.

Das Bundesgericht<sup>28</sup> hat sich mehrfach geäussert: Gemäss BGE 117 II 432 geht es darum, Entscheide zu treffen, die «nicht mehr zur Routine

des Alltagsgeschäfts gehören, sondern von unternehmerischer Bedeutung sind»<sup>29</sup>; nach BGE 117 II 570 fallen darunter Kompetenzen, die «sich zu einer massgebenden Mitwirkung bei der Willensbildung verdichten»<sup>30</sup>. In Kürze: «[M]aterielles/faktisches Organ ist nur diejenige natürliche – oder auch juristische – Person, die weder gewähltes Mitglied des VR ist noch bei Aktionären oder bei Dritten den berechtigten Anschein dieser Funktion erweckt, tatsächlich aber in massgeblicher Weise an grundlegenden Entscheidungen innerhalb der AG ähnlich einem formellen Organ beteiligt ist und/oder auch korporative Aufgaben in weitestgehender Selbstständigkeit wahrnimmt»<sup>31</sup>.

Unter diesen Voraussetzungen kann beispielsweise ein (*Gross-*)Aktionär als faktisches Organ qualifiziert werden<sup>32</sup>. Auch wenn sich ein Teil der Lehre<sup>33</sup> heute (noch) dagegen wehrt, ist m.E. nicht ersichtlich, weshalb ein (*Gross-*)Gläubiger bzw. ein «Finanzgläubiger» nicht ebenfalls – notabene unter den genannten Voraussetzungen – unter dieselbe Qualifikation fallen sollte<sup>34</sup>: Kreditvergabe und Beratung vermitteln keine Immunität.

Jede theoretische Grenzziehung im Hinblick auf Gläubiger im Allgemeinen sowie auf «Finanzgläubiger» im Besonderen muss künstlich erscheinen, sodass darauf verzichtet sei; die Praxis dürfte in Zukunft indes einen gangbaren Weg finden, sofern eine «Gleichbehandlung» mit allen faktischen Organen nicht generell bestritten wird. M.E. gilt für «Finanzgläubiger» sicherlich nicht: «mitgegangen = mitgegangen», doch ein qualifiziertes «Mitgehen» im Sinne des (*Mit-*)Bestimmens in massgeblicher Weise dürfte mindestens im «Dunkelgrau-Bereich» einer Qualifikation als faktisches Organ liegen.

### C. «Exit» sowie «Voice»

Dem Aktionär stehen (Aktionärs-) Rechte zu, die jeweils einer von zwei Grund-Varianten des Gesellschafterschutztes zugeordnet werden können, nämlich der sog. «Exit»-Variante (d. h. Möglichkeit, seine Beteiligung zu veräussern bzw. zu «versilbern»)<sup>35</sup> oder der sog. «Voice»-Variante (d. h. Mitbestimmung in der AG). Die Informations- und Transparenzansprüche gegenüber der AG sind Grundlage sowie Teil der «Voice» der Gesellschafter.

Grundlegend anders sieht die Rechtslage beim Gläubiger aus<sup>36</sup>: Wenn überhaupt, gibt es nur einen beschränkten «Exit» (z. B. Art. 318 OR, Art. 164 ff. OR), und zumindest prinzipiell<sup>37</sup> steht dem Gläubiger überhaupt keine «Voice» zu, wobei eine andere vertragliche Regelung vorbehalten bleibt. Mit gutem Grund kann die Grundsatz-Frage gestellt werden: Wenn es für die Gesellschaftsgläubiger schon keine aktienrechtliche «Voice» gibt, weshalb sollte dann überhaupt Transparenz – notabene als Grundlage und als Teil davon – gewährt werden?

### D. Interessen sowie Interessenabwägungen

Die frühere Debatte zum «typischen» Aktionär bzw. zum «Leitbild» der AG ist heute erlahmt; nichtsdestotrotz behält diese objektivierte Perspektive eine gewisse Berechtigung hinsichtlich dem teleologischen Auslegungselement bei Aktienrechtsbestimmungen<sup>38</sup>. Unbesehen dieser Objektivierung steht fest, dass sich die Interessenlage bei den sog. Ad-hoc-Interessen<sup>39</sup> der betroffenen Aktionäre (Unternehmensaktionäre, Spekulationsaktionäre, Publikumsaktionäre, private Aktionäre, institutionelle Aktionäre, Grossaktionäre, Minderheitsaktionäre) als heterogen erweist<sup>40</sup>, was im Hinblick auf

den konkreten Schutz durchaus Folgen haben kann.

Anders sieht es – erneut – beim Gläubiger aus, dessen Interessenlage als homogen bezeichnet werden kann. Der Gesellschaftsgläubiger hat primär

<sup>29</sup> BGE 117 II 442 Erw. 2. b. a.E.

<sup>30</sup> BGE 117 II 573 Erw. 3. a.E.

<sup>31</sup> Kunz (Anm. 27) 185.

<sup>32</sup> Statt aller: Kunz (Anm. 3) § 8 N 45; allg.: Adrian Plüss, Haftung aus faktischer Organschaft (...), IWIR 1/2002, 25 ff.

<sup>33</sup> Hinweise: Kunz (Anm. 27) 182 f.

<sup>34</sup> Es geht also nicht um eine Benachteiligung der «Finanzgläubiger», sondern vielmehr darum, diese auch nicht zu bevorzugen (etwa im Vergleich zu den Grossaktionären), d. h. es gibt keine Immunität, wenn die Geschäftsführung tatsächlich «in massgeblicher Weise» beeinflusst wurde. Bis anhin wird der Kreditgeber nur, aber immerhin dann als materielles Organ betrachtet, wenn er sich «als Aktionär in die Gesellschaft aufnehmen lässt und an ihrer Willensbildung wie ein Organ teilnimmt»: BGE 107 II 355 Erw. 5. b.; diese Praxis sollte m.E. ausgedehnt werden, indem auf das Erfordernis der Aktionärs-eigenschaft verzichtet wird; des Weiteren: Kunz (Anm. 27) 183 Fn. 108. Mit Beispielen zur möglichen «Grenze»: Plüss (Anm. 32) 27. Jüngst nun: Urs Bertschinger, Der eingeordnete Berater – ein Beitrag zur faktischen Organschaft, in: FS Peter Forstmoser (Zürich 2003) 468.

<sup>35</sup> Grundlegend: Kunz (Anm. 3) § 4 N 1 ff. m.w.H.

<sup>36</sup> Hierzu: Kunz (Anm. 3) § 4 N 5 ff.

<sup>37</sup> Als Ausnahme erwähnt werden muss die sog. Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen, der verschiedene Befugnisse (Art. 1159 ff. OR) zustehen; die Gläubigerversammlung gemäss Art. 1159 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 1164 ff. OR darf als spezifische «Voice» dieser Kategorie von Gesellschaftsgläubigern verstanden werden.

<sup>38</sup> In diesem Sinne: Kunz (Anm. 3) § 9 N 51.

<sup>39</sup> Gemeint sind spezifische (Einzel-)Interessen der konkreten Aktionäre im Einzelfall.

<sup>40</sup> In einem allfälligen Abwägungsprozess müssen sowohl die typisierten Interessen (Objektivierung) als auch die Ad-hoc-Interessen (Subjektivierung) berücksichtigt werden.

Interesse an einer gesunden Finanzstruktur, damit die Erfüllung der Forderung ausser Zweifel ist<sup>41</sup>; dies schliesst nicht aus, dass spezifische Sonderinteressen von Gläubigern mindestens in Ausnahmesituationen von Bedeutung sein können (z.B. Arbeitnehmerinteressen im Zusammenhang mit einer Auflösungsklage aus «wichtigen Gründen» gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR)<sup>42</sup>. Die *prinzipielle Homogenität* der Gesellschaftsgläubigerinteressen legt m.E. – im Gegensatz zur Situation der Aktionäre – allerdings *nicht* nahe, die *Transparenz hervorzuheben*.

lichen bzw. deliktischen Grundlage – hingegen in erster Linie durch den OR BT bzw. den OR AT. Der *aktienrechtliche* Gläubigerschutz erscheint unter diesem Aspekt von geringerer Bedeutung; zumindest für den Bereich der *Transparenz*, die allerdings nur ein einziges Element des Gläubigerschutzes darstellt, kommt dies de lege lata dadurch zum Ausdruck, dass es *nur wenige* entsprechende Schutznormen gibt (im Wesentlichen: Art. 697h Abs. 2 OR sowie Art. 716b Abs. 2 OR), auf die nun einzugehen ist<sup>45</sup>.

### E. Fazit

Das Aktienrecht mit seiner «Geldgeber-Orientierung» hat *Schutzmechanismen* sowohl für das *Eigenkapital* als auch für das *Fremdkapital* zu gewähren, ansonsten die Finanzierung der AG in Frage gestellt wäre. Der Schutz des Investors als Anreiz für das Investment wird durch eine Vielzahl von Rechtsinstituten – beispielsweise durch *Informations- und Transparenzregeln* – des Aktionärsschutzes sowie des Gläubigerschutzes<sup>43</sup> sichergestellt.

Die Aktionäre als Eigen- bzw. Risikokapitalgeber einerseits und die Gläubiger als Fremdkapitalgeber andererseits unterscheiden sich in verschiedenen aktienrechtlichen Belangen (z.B. bei «Exit» und «Voice» sowie bei den Interessenlagen)<sup>44</sup>. Die *konzeptionelle* (sic!) *Schlechterstellung zur Transparenz* wird für die Gläubiger indes in verschiedenen Bereichen *kompensiert*, sodass m.E. kein Grund zum Wehklagen besteht:

Die Gläubiger werden nämlich im Konkurs- bzw. im Nachlassfall einer AG primär durch das *SchKG* geschützt, vorher – bei einer vertrag-

### III. Spezifische Transparenz- bzw. Informationsregeln

#### A. Vorbemerkungen

##### 1. «Free Rider»-Prinzip

Im Rahmen des *Aktionärsschutzes* erhalten die Gesellschafter – wie erwähnt – teils spontane Informationen (z.B. durch die Rechnungslegung im Rahmen von Art. 696 OR)<sup>46</sup> und teils reaktive Informationen (z.B. durch die Informationsrechte gemäss Art. 697 OR)<sup>47</sup>; des Weiteren steht die Möglichkeit einer Sonderprüfung offen<sup>48</sup>. In jedem Fall nützen die Informationen zugunsten des Aktionärs zumindest *mittelbar dem Gläubiger*, indem sich der Gesellschafter «kundig» macht bzw. machen kann (etwa über die Finanzlage).

In den meisten – nicht in allen<sup>49</sup> – Bereichen ist der *Aktionär dem Gläubiger nachgeordnet*. Der Gesellschafter wird sich somit (mindestens idealtypischerweise) als eigennütziger bzw. als eigenverantwortlicher «Front-Runner» etablieren, um wenigstens «etwas zu erhalten», und wird zum eigenen Schutz sogleich zum «Agenten» des *Gläubigers*, wobei der letztere durch die Informationsaktivitäten des Aktio-

<sup>41</sup> Ähnlich: *Conrad Michael Walther*, Zur Rechtsanwendung wertungsbedürftiger Minderheitenschutznormen im schweizerischen Aktienrecht (Diss. Bern 1987) 48 f.; *Roland Mandel*, Die richterliche Interessenabwägung in der Frage des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes (Diss. St. Gallen 1974) 325; zudem: *Kunz* (Anm. 3) § 9 N 62: «Es kann von der *Homogenität der Gläubigerinteressen* ausgegangen werden, wobei Ad-hoc-Interessen der Gesellschaftsgläubiger (...) ohne Bedeutung sind. Die Gläubiger erwarten typischerweise nur, aber immerhin eine Kreditsicherung sowie eine Erfüllung der Verbindlichkeiten der AG ihnen gegenüber»; Hervorhebung im Original.

<sup>42</sup> BGE 126 III 268 Erw. 1. a. sowie 270 Erw. 1. c.

<sup>43</sup> Beim Schutz der *Gläubiger* sind indes die Informations- und Transparenzregeln *wesentlich weniger stark* ausgeprägt: Vgl. dazu hinten III.

<sup>44</sup> Vgl. dazu vorne II. C./D.

<sup>45</sup> Vgl. dazu hinten III. B./C.

<sup>46</sup> Übersichten: *Böckli* (Anm. 8) N 783 ff.; *Forstmoser / Meier-Hayoz / Nobel* (Anm. 7) § 51 N 1 ff.

<sup>47</sup> Statt aller: *Peter V. Kunz*, Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, AJP 10 (2001) 883 ff.

<sup>48</sup> Einführend: *Rolf H. Weber*, Sonderprüfung – Hürdenlauf ohne Ende für den Aktionär?, in: FS R. Bär (Bern 1998) 401 ff.; *Richard Gassmann*, Aktienrechtliche Sonderprüfung – doch mehr als nur ein Papiertiger?, recht 13 (1995) 234 ff.; *Graziano Pedroja*, Die Sonderprüfung im neuen Aktienrecht, AJP 1 (1992) 774 ff.

<sup>49</sup> Ein *generelles Primat der Gläubiger* ist im Aktienrecht *nicht* vorgesehen, d.h. der Gesellschafter kann durchaus dem Gesellschaftsgläubiger vorgehen: Bei den *Verantwortlichkeitsklagen* werden die klagenden Aktionäre im Rahmen von Art. 757 Abs. 2 OR gegenüber den nicht klagenden Gläubigern bevorzugt; beim *Informationsanspruch* über die Organisation der Geschäftsführung bezieht sich der erforderliche *Interessennachweis* im Sinne von Art. 716b Abs. 2 Satz 2 OR nur auf die Gläubiger, nicht aber auf die Aktionäre (vgl. dazu hinten III. C. 2. b.), d.h. die letzteren Interessenten werden privilegiert behandelt. Allg.: *Kunz* (Anm. 3) § 9 N 63 ff.

närs «mitgeschützt» ist<sup>50</sup>. Etwas vereinfacht gilt im Transparenz-Bereich für den Gesellschaftsgläubiger geradezu ein «Free Rider»-Prinzip.

De lege lata wird dieses Prinzip hinsichtlich den reaktiven Informationen ergänzt durch zwei positive Anordnungen (sc. Art. 697h Abs. 2 OR sowie Art. 716b Abs. 2 OR)<sup>51</sup>; rechtspolitisch sollte diese (zu Recht) bescheidene Ordnung ergänzt werden durch die Möglichkeit, dass auch Gläubiger eine *Sonderprüfungsklage* erheben können<sup>52</sup>.

## 2. Einführung einer Sonderprüfungsklage

Die *Sonderprüfungsklage* gemäss Art. 697a ff. OR ist im Wesentlichen eine auf Informationsbeschaffung fokussierte Vorbereitungsklage etwa für Klagen aus Verantwortlichkeit (Art. 754 ff. OR). Aktivlegitimiert sind *Aktionäre*, aber eben gerade *nicht Gläubiger*, für die ein qualifiziertes Schweigen<sup>53</sup> des Gesetzgebers besteht. De lege ferenda sollte m.E. eine Sonderprüfungsklage für Gesellschaftsgläubiger eingeführt werden<sup>54</sup>:

*Konzeptionell widersprüchlich* erscheint, Gläubiger zwar insbesondere zur Verantwortlichkeitsklage, nicht aber zur damit in engem Zusammenhang stehenden Klage auf Sonderprüfung zuzulassen. Das *SchKG reicht nicht aus*, um den Gläubiger in vergleichbarem Umfang mit Informationen zu versorgen<sup>55</sup>. Das Sonderprüfungsverfahren (zugunsten von Aktionären) auferlegt im Rahmen von Art. 697g OR<sup>56</sup> der AG eine *Kostenvorschusspflicht*; die Gläubiger sind nach einem Gesellschaftskonkurs hingegen gezwungen, ohne Vorabklärung in einen allenfalls *teuren Hauptprozess* (v.a. Art. 754 ff. OR) einzusteigen, was nicht zuletzt von einem solchen Vorgehen abschreckt.

Es gibt verschiedene (rechtspolitische) Argumente, die *gegen* eine solche Gläubigerklage angeführt werden könnten, doch die bis anhin geäusserten Vorbehalte überzeugen kaum. Anders als bei Art. 697h Abs. 2 OR sowie bei Art. 716b Abs. 2 OR<sup>57</sup> sollten m.E. immerhin (*querulatorische*) «*Kleinstgläubiger*» ausgeschaltet werden, was ohne weiteres möglich wäre, indem beispielsweise für die Aktivlegitimation *qualifizierte* Voraussetzungen statuiert würden (z.B. das Vertreten von mindestens 10% des Fremdkapitals der betroffenen AG oder aber die Berechtigung an einer Forderung in Höhe von mindestens CHF 2 Mio.).

## 3. Schulderrufe (Verweisung)

Das Gesellschaftsrecht im Allgemeinen<sup>58</sup> und das Aktienrecht im Besonderen sehen sog. *Schulderrufe* vor, die im Wesentlichen die Gesellschaftsgläubiger über potenziell bedrohende Konstellationen der AG orientieren und – notabene durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) – entsprechende *Transparenz sicherstellen*.

Diese *spontane* Transparenzordnung, die in dieser Darstellung nicht vertieft wird, ist eine blosser *Vorbereitungsmassnahme* für einen weitergehenden Gläubigerschutz (nämlich: Anmeldung der Forderung mit der Möglichkeit, Befriedigung oder Sicherstellung verlangen zu können). Erwähnt seien *Art. 733 OR* (Herabsetzung des Aktienkapitals) sowie *Art. 742 Abs. 2 OR/Art. 748 Ziff. 1 OR* (Fusion).

## B. Offenlegung gemäss Art. 697h Abs. 2 OR

### 1. Wortlaut

Art. 697 Abs. 1 OR sieht in Bezug auf gewisse Gesellschaftsunterlagen eine Transparenz vor durch SHAB-Publika-

tion oder durch Zurverfügungstellung «jeder Person, die es innerhalb eines Jahres seit Abnahme verlangt». Diese umfassende Transparenzordnung zugunsten von *jedermann* (inklusive dem Gläubiger) gilt indes nur bei AG, die eine *Anleiensobligation* ausstehend haben, oder deren *Aktien kotiert* sind.

Der im Rahmen dieser Darstellung interessierende Art. 697 Abs. 2 OR<sup>59</sup>

<sup>50</sup> Es kann Art. 725 OR erwähnt werden: Die *Gläubiger* sind erst mit der «Überschuldung» direkt betroffen, die *Aktionäre* indes bereits in den Vorphasen des «Kapitalverlustes» sowie der «begründeten Besorgnis einer Überschuldung»; und der Gesellschafter hat in diesen Phasen bereits Handlungsmöglichkeiten bzw. -pflichten (Abs. 1/Abs. 2 von Art. 725 OR).

<sup>51</sup> Vgl. dazu hinten III. B./C.

<sup>52</sup> Vgl. dazu hinten III. A. 2.

<sup>53</sup> Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 908 (Sonderdruck: 164): «Gläubiger sind nicht antragsberechtiget».

<sup>54</sup> Bei der letzten Aktienrechtsrevision gab es bereits Stimmen, die auch die Gläubiger als Sonderprüfungskläger zulassen wollten; Nachweise bei: Kunz (Anm. 27) 122 Fn. 64.

<sup>55</sup> Noch zurückhaltender: Kunz (Anm. 27) 122 Fn. 65.

<sup>56</sup> Hierzu statt aller: *Andreas Casutt*, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich 1991) § 17 N 1 ff.; *Peter V. Kunz*, Kommentar, in: OF-Handkommentar (Zürich 2002) N 5 ff. zu Art. 697g OR; die aktuelle Regelung soll in naher Zukunft ausgebaut und präzisiert werden: *ders.* (Anm. 3) § 11 N 203 m.w.H.

<sup>57</sup> Hierzu: *Urs Bertschinger*, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Zürich 1999) N 125.

<sup>58</sup> Spezifisch etwa *Art. 826 Abs. 2 OR* (GmbH-Recht) im Zusammenhang mit dem Austrittsrecht bzw. dem Nicht-Eintrittsrecht der Gesellschafter bei der *Umwandlung von AG in GmbH*.

<sup>59</sup> Übersicht: *Kunz* (Anm. 56) N 11 ff. zu Art. 697h OR.

sieht vor: «Die übrigen Aktiengesellschaften müssen den Gläubigern, die ein schutzwürdiges Interesse nachweisen, Einsicht in die Jahresrechnung, die Konzernrechnung und die Revisionsberichte gewähren. Im Streit-

fall entscheidet der Richter»; die Praxisrelevanz von Art. 697h Abs. 2 OR scheint bis heute (noch) nicht gross zu sein<sup>60</sup>, allenfalls wegen mangelnder Sensibilisierung. «Vorgänger» waren die «Kriegsverordnung» von 1919 sowie Art. 704 aOR. Neuerungen sind die Klagemöglichkeit anstelle des Anrufens des Handelsregisteramts sowie das Erfordernis eines sog. «schutzwürdigen Interesses» bei Gläubigerbegehren gemäss zweitem Absatz.

resfrist beachtlich ist<sup>63</sup>, d. h. es können keine Unterlagen aus Vorjahren verlangt werden<sup>64</sup>. Zur Vollstreckung des Gläubigeranspruchs gemäss Art. 697h Abs. 2 OR ist im zweiten Satz eine (Leistungs-)Klage vorgesehen<sup>65</sup>; dies stellt im Übrigen einen zentralen Gegensatz zu Art. 697h Abs. 1 OR dar, dessen Anspruch – als sog. «lex imperfecta» – nicht klagbar ist (notabene selbst mit einem Gläubiger als Anspruchsberechtigtem)<sup>66</sup>. Mit der Klage kann nur Einsicht erlangt werden, nicht aber die Zustellung der Unterlagen oder die Herstellung von Kopien<sup>67</sup>.

<sup>60</sup> In diesem Sinne: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Anm. 7) § 3 N 67 a.E.

<sup>61</sup> Gl.M.: Böckli (Anm. 8) N 1329; Rolf H. Weber, Basler Kommentar, in: Obligationenrecht II (2. A., Basel 2002) N 4/N 6 zu Art. 697h OR; ausserdem: Kunz (Anm. 56) N 3 m.w.H. zu Art. 697h OR.

<sup>62</sup> Weitere Hinweise: Maja Dové/Claude Honnegger, Zum Einsichtsrecht des Gläubigers (Art. 697h Abs. 2 OR), ST 70 (1996) 70 ff.; Weber (Anm. 61) N 6 zu Art. 697h OR; Kunz (Anm. 56) N 4 zu Art. 697h OR; aus der Praxis: ZR 1995, 130.

<sup>63</sup> Ebenso zur Analogiefähigkeit des ersten Absatzes: Böckli (Anm. 8) N 1329.

<sup>64</sup> Kunz (Anm. 56) N 3 zu Art. 697h OR; Weber (Anm. 61) N 6 zu Art. 697h OR. Zu Art. 704 aOR: BGE 69 I 134, BGE 78 I 169; zu Art. 697h OR: SJZ 96 (2000) 193.

<sup>65</sup> BGE 120 II 353f., 356 (Berufung ist möglich); zudem: Kunz (Anm. 56) N 17 zu Art. 697h OR.

<sup>66</sup> Caspar A. Hungerbühler, Die Offenlegung aus der Sicht des Unternehmens (Diss. Freiburg 1994) 147 ff.; Kunz (Anm. 56) N 17 zu Art. 697h OR.

<sup>67</sup> Weber (Anm. 61) N 6/N 8 zu Art. 697h OR; Kunz (Anm. 56) N 15 zu Art. 697h OR; zulässig ist, sich Notizen anzufertigen: Böckli (Anm. 8) N 1329.

<sup>68</sup> Anleger in Anlagefonds gelten als Gläubiger der sog. Fondsleitung (Art. 23 Abs. 1 AFG): BGE 99 Ib 438.

<sup>69</sup> Statt aller: Weber (Anm. 61) N 8 zu Art. 697h OR. BGE 111 II 282 f. (zu Art. 704 aOR) ist insofern überholt; ein blosses Behaupten reicht allerdings nicht aus: SJZ 96 (2000) 193.

<sup>70</sup> Hinweise zur Praxis: Kunz (Anm. 56) N 12 zu Art. 697h OR.

<sup>71</sup> Kunz (Anm. 56) N 13 zu Art. 697h OR m.w.H.

<sup>72</sup> ZR 1995, 130.

<sup>73</sup> Beispiele: Weber (Anm. 61) N 7 zu Art. 697h OR.

## 2. Gegenstand, Frist sowie Klagemöglichkeit

Die Offenlegung bezieht sich gemäss Art. 697h Abs. 2 OR – und zwar abschliessend – auf die Jahresrechnung (Art. 662 Abs. 2 OR), auf die Konzernrechnung (Art. 663e ff. OR) sowie auf den Revisionsbericht (Art. 729 OR). Nach dem Wortlaut fällt hingegen e contrario der Jahresbericht nicht unter die Offenlegungspflicht (Art. 697h Abs. 2 OR i.V.m. Art. 662 Abs. 1 OR)<sup>61</sup>; dies macht zwar wenig Sinn, betrifft der Jahresbericht doch auch die «finanzielle Lage der Gesellschaft» (Art. 663d Abs. 1 OR), die für den Gläubiger von Interesse ist, doch de lege lata ist m.E. daran nicht zu rütteln.

Sollten die erwähnten Unterlagen durch eine GV (noch) nicht genehmigt worden sein (eine Genehmigung, die Art. 697h OR eigentlich voraussetzt), hat der Gläubiger nichtsdestotrotz Anspruch auf die Unterlagen, die Aussagen über die finanziellen Verhältnisse der Schuldnergesellschaft zulassen; in der Lehre<sup>62</sup> als Beispiele erwähnt werden die noch nicht genehmigte Jahresrechnung, das Inventar, die Betriebsrechnung sowie die Buchungsbelege.

Mittelbar aus Art. 697h Abs. 1 OR lässt sich m.E. ableiten, dass eine Jah-

## 3. Gläubigereigenschaft sowie «schutzwürdiges Interesse»

Der in Frage stehende Informationsanspruch steht einzig dem Gläubiger der AG<sup>68</sup> zu. Es ist indes nicht nötig, dass die Gläubigereigenschaft bewiesen wird, sondern Glaubhaftmachen genügt<sup>69</sup>; beispielsweise kann dieses Erfordernis erfüllt werden durch das Vorlegen einer schriftlichen Schuldenerkennung der Gesellschaft, einer provisorischen Rechtsöffnung oder entsprechender Korrespondenz mit der AG<sup>70</sup>.

Nicht jeder Gesellschaftsgläubiger ist berechtigt, sondern nur, wer ein «schutzwürdiges Interesse» glaubhaft macht. Im Allgemeinen legt die Doktrin keinen strengen Massstab an<sup>71</sup>, was die Verwendung des Singulars («Interesse» statt «Interessen») prima vista rechtfertigt, d. h. eine Forderungsgefährdung oder Anzeichen finanzieller Schwierigkeiten (z.B. durch das Belegen hoher Betreibungen gegen die AG)<sup>72</sup> genügen.

Die «Schutzwürdigkeit» im konkreten Fall<sup>73</sup> ist eine Frage der Interessenabwägung. Während beim Aktionär gerade auch qualitative Aspekte

berücksichtigt werden, müssen beim Gläubiger in erster Linie *quantitative* Elemente (also die Höhe der in Frage stehenden Forderung) für die Abwägung herangezogen werden. Art. 697h Abs. 2 OR nennt zwar *keine qualifizierenden* Anforderungen, sodass etwa auch «Kleinstgläubiger» prinzipiell zugelassen werden; in der Tendenz (sic!) muss m.E. aber die «Schutzwürdigkeit» bei «kleineren» oder «Kleinstgläubigern» eher *bezweifelt* werden als bei «gewichtigeren» Gesellschaftsgläubigern. Identische Überlegungen sind für Art. 716b Abs. 2 OR anzustellen<sup>74</sup>.

### C. Orientierungsanspruch gemäss Art. 716b Abs. 2 OR

#### 1. Wortlaut

Versteckt im «Delegationsrecht» der Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 754 Abs. 2 OR findet sich eine weitere Transparenzregelung. Im Anschluss an die Ausführungen zum Organisationsreglement hält Art. 716b Abs. 2 (Satz 2) OR fest: «Der Verwaltungsrat orientiert Aktionäre und *Gesellschaftsgläubiger*, die ein *schutzwürdiges Interesse glaubhaft* machen, auf Anfrage hin schriftlich über die *Organisation der Geschäftsführung*».

Dieser Informationsanspruch scheint ein wenig in Vergessenheit geraten zu sein, und dies zu Unrecht. Bis anhin ist die *Praxisrelevanz* zwar (noch) gering, doch sollte das *Potenzial nicht unterschätzt* werden<sup>75</sup>: Je nach Interpretation der Begrifflichkeit «Organisation der Geschäftsführung», die hier indes eher eng ausgelegt wird<sup>76</sup>, kann ein vertiefter Einblick in die betroffene AG genommen werden; bei renitenten AG kann sogar eine «kleine Sonderprüfung» resultieren<sup>77</sup>. Mit einer erhöhten Sensibilisierung zu Art. 716b Abs. 2 OR müsste zumindest die *Präventivwirkung* verstärkt werden.

#### 2. Gegenstand, Frist sowie Klagemöglichkeit

Objekt des Anspruchs gemäss Art. 716b Abs. 2 OR ist die Orientierung über die «*Organisation der Geschäftsführung*». Eine (betriebswirtschaftliche) Interpretation der «Geschäftsführung» könnte versucht sein, den Anspruch *materiell zu erweitern bzw. ausufern* zu lassen, was indes abzulehnen ist. Tatsächlich geht es m.E. um eine *formale* Betrachtung der «Geschäftsführung» nach dem Motto: «*Wer?*» (also welche Person)<sup>78</sup> hat «*in welcher Funktion?*» gehandelt oder nicht gehandelt; irrelevant für Art. 716b Abs. 2 OR – anders als bei Art. 754 ff. OR – ist, «*Was?*» getan oder unterlassen wurde<sup>79</sup>.

Eine Herausgabe des *Organisationsreglements* (Art. 716b Abs. 1 OR) ist *weder notwendig noch hinreichend*: Der Gläubiger hat also keinen Anspruch auf dieses Reglement<sup>80</sup>; die AG hat ihre Informationspflicht mit dem Herausgeben des Organisationsreglements aber auch (noch) nicht erfüllt, wenn die Organisation der Geschäftsführung in tatsächlicher Hinsicht vom Reglement abweichen sollte<sup>81</sup>, d.h. Art. 716b Abs. 2 OR verschafft dem Gläubiger einen reaktiven (nicht spontanen) «Up-date»-Anspruch<sup>82</sup>.

Art. 716b OR nennt – im Gegensatz zu Art. 697h Abs. 1 OR – *keine Fristen*, sodass der Gläubiger *jederzeit* einen Orientierungsanspruch geltend machen kann, und zwar im Hinblick auf *irgendeinen Zeitpunkt* der Geschäftsführung, also auch auf einen in zeitlicher Hinsicht weiter zurückliegenden. Obwohl das Gesetz – anders als in Art. 697h Abs. 2 Satz 2 OR – keinen expliziten Hinweis enthält, steht dem Gläubiger eine (*Leistungs-*)Klage gegen die AG<sup>83</sup> mit Vollstreckungsmassnahmen offen<sup>84</sup>.

#### 3. Gläubigereigenschaft sowie «schutzwürdiges Interesse»

Erforderlich ist eine tatsächliche<sup>85</sup>, nicht bloss eine potenzielle *Gläubigereigenschaft*, wobei keine quantitativen Schranken vorgesehen sind, d.h. «Kleinstgläubiger» sind im Prinzip ebenfalls anspruchsberechtigt. Mögli-

<sup>74</sup> Vgl. dazu hinten III. C. 2. b.

<sup>75</sup> Umfassend: *Bertschinger* (Anm. 57) N 124 ff., v.a. N 126/N 134 f.

<sup>76</sup> Vgl. dazu hinten III. C. 2. a.

<sup>77</sup> In diesem Sinne: *Bertschinger* (Anm. 57) N 136.

<sup>78</sup> M.E. zu Recht spricht sich *Bertschinger* (Anm. 57) N 134 m.w.H. in Fn. 369 für eine «*namentliche Nennung der Funktionsträger*» aus.

<sup>79</sup> Der *materielle Gehalt* der Tätigkeit oder Untätigkeit der potenziell Verantwortlichen wird mit dem Ausdruck der «*Organisation der Geschäftsführung*» nicht angesprochen; diese Themen sind also nicht mittels Art. 716b Abs. 2 OR, sondern vielmehr etwa durch Art. 697a ff. OR bzw. Art. 754 ff. OR abzuklären.

<sup>80</sup> Gl.M.: *Bertschinger* (Anm. 57) N 132; *Cédric Chapuis*, Kommentar, in: OF-Handkommentar (Zürich 2002) N 15 zu Art. 716b OR; *Rolf Watter*, Basler Kommentar, in: Obligationenrecht II (2. A., Basel 2002) N 16 zu Art. 716b OR.

<sup>81</sup> Ähnlich: *Chapuis* (Anm. 80) N 15 zu Art. 716b OR; *Watter* (Anm. 80) N 16 zu Art. 716b OR; *Bertschinger* (Anm. 57) N 133 f.

<sup>82</sup> Dies setzt m.E. jeweils ein *neues Begehren* des Gläubigers voraus (nämlich: «auf Anfrage hin»).

<sup>83</sup> Ebenso: *Watter* (Anm. 80) N 16 zu Art. 716b OR; *Bertschinger* (Anm. 57) N 135. Am Rande erwähnt sei, dass im Aktienrecht die *Anspruchsordnung* und die *Klageordnung* nicht notwendigerweise übereinstimmen (was im vorliegenden Zusammenhang bei Art. 697h Abs. 1 OR ersichtlich ist: vgl. dazu vorne III. B. 2. a. a.E.); allg.: *Peter V. Kunz*, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht (Zürich 1997) 149 ff. (m.w.H. 150 Fn. 13).

<sup>84</sup> Detaillierte Hinweise (Kanton Zürich): *Bertschinger* (Anm. 57) N 135 f.

<sup>85</sup> *Bertschinger* (Anm. 57) N 125.



che «querulatorische» Gesellschaftsgläubiger werden immerhin durch das zusätzliche Erfordernis eines «*schutzwürdigen Interesses*», soweit als möglich, ausgeschlossen, und zwar im Gegensatz zu den Aktionären, die m.E. ohne Interessennachweis berechtigt sind<sup>86</sup>.

Für den Gläubiger braucht es also einen – z.B. über den «Gwunder» hinausgehenden – *sachlichen Grund*, um Informationen zu erhalten<sup>87</sup>, wobei ein *Glaubhaftmachen* ausreicht<sup>88</sup>; ein solcher Grund ist gegeben<sup>89</sup>, wenn die AG in Konkurs geht, oder wenn Verantwortlichkeitsklagen bevorstehen. Generell sind gemäss Doktrin die An-

forderungen *sehr tief* (es sei auf den Singular hingewiesen), wobei m.E. das Motto: «in dubio pro creditore»<sup>90</sup> zu weit geht.

Die «*Schutzwürdigkeit*» im konkreten Fall ist nämlich eine Frage der *Interessenabwägung*. Während beim Aktionär gerade auch qualitative Aspekte berücksichtigt werden, müssen beim Gläubiger in erster Linie *quantitative* Elemente (also die Höhe der in Frage stehenden Forderung) für die Abwägung herangezogen werden. Art. 716b Abs. 2 OR nennt zwar *keine qualifizierenden* Anforderungen, sodass etwa auch – es sei wiederholt – «Kleinstgläubiger» prinzipiell zugelassen werden; in der Tendenz (sic!) muss m.E. aber die «*Schutzwürdigkeit*» bei «*kleineren*» oder «*Kleinstgläubigern*» eher *bezweifelt* werden als bei «*gewichtigeren*» Gesellschaftsgläubigern. Identische Überlegungen sind für Art. 697h Abs. 2 OR anzustellen<sup>91</sup>.

#### D. Fazit

*De lege lata* sind m.E. die aktienrechtlichen Transparenzregelungen – also die Offenlegung gemäss Art. 697h OR<sup>92</sup> sowie der Orientierungsanspruch gemäss Art. 716b OR<sup>93</sup>, aber auch die Schuldenrufe<sup>94</sup> bei Kapitalherabsetzungen bzw. bei Fusionen – *ausreichend* für den Gesellschaftsgläubigerschutz, sofern die hier vertretenen Auslegungen (z.B. zur Klagemöglichkeit und zur Interessenabwägung) akzeptiert werden.

Die nicht ganz zufällige «Parallel-Ordnung» von Art. 697h OR und von Art. 716b OR zu den reaktiven Informationen enthält verschiedene *Gemeinsamkeiten*; erwähnt seien die Notwendigkeit der *Gläubigereigenschaft*, das Genügen des *Glaubhaftmachens*, das Erfordernis eines «*schutzwürdigen Interesses*» und der Vorschlag zu einer *quantitativen* Annäherung bei der Interessenabwägung. Eine *parallele Auslegung* der beiden aktienrechtlichen Bestimmungen dürfte m.E. sinnvoll sein.

Ein (rechtspolitischer) Vorbehalt zum Genügen der geltenden Informations- bzw. Transparenzordnung sei angebracht: *De lege ferenda* sollte den Gläubigern – unter qualifizierenden Voraussetzungen – die Möglichkeit einer *Sonderprüfungsklage* gewährt werden<sup>95</sup>; während kaum ein Widerstand bei den «Aktienrechtlern» zu erwarten ist, dürften sich die «SchKG-ler» gegen eine solche Forderung allenfalls wehren, und zwar nicht zuletzt wegen Kostengründen und wegen der Reduktion des wertbaren Gesellschaftssubstrats.

Ein gesetzgeberischer Lösungsansatz für die Zukunft könnte allenfalls ein sog. «*burden sharing*» zwischen den Aktionären und den Gläubigern bringen; tatsächlich sind Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger m.E. gar nicht so «wesensfremd», wie oft angenommen wird. Doch darauf ist zu einer anderen Zeit und an einem anderen Ort vertieft einzugehen.

<sup>86</sup> Peter V. Kunz, Zu den Haftungsvoraussetzungen und zu einigen weiteren Themen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, AJP 7 (1998) 1280 Fn. 168; gl.M.: Böckli (Anm. 8) N 1552 Fn. 379; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Anm. 7) § 11 N 27 Fn. 7; Watter (Anm. 80) N 15 zu Art. 716b OR; Chapuis (Anm. 80) N 15 zu Art. 716b OR; a.M.: Bertschinger (Anm. 57) N 129 m.w.H.

<sup>87</sup> Watter (Anm. 80) N 15 zu Art. 716b OR; Bertschinger (Anm. 57) N 130; Chapuis (Anm. 80) N 15 zu Art. 716b OR.

<sup>88</sup> Hinweise: Bertschinger (Anm. 57) N 131.

<sup>89</sup> Beispiele bei: Chapuis (Anm. 80) N 15 zu Art. 716b OR; Watter (Anm. 80) N 15 zu Art. 716b OR; Bertschinger (Anm. 57) N 130.

<sup>90</sup> In diesem Sinne: Bertschinger (Anm. 57) N 131 a.E.

<sup>91</sup> Vgl. dazu vorne III. B. 2. b.

<sup>92</sup> Vgl. dazu vorne III. B.

<sup>93</sup> Vgl. dazu vorne III. C.

<sup>94</sup> Vgl. dazu vorne III. A. 3.

<sup>95</sup> Vgl. dazu vorne III. A. 2.