

# Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung



PD Dr. PETER V. KUNZ, LL.M.,  
Rechtsanwalt in Zürich,  
Privatdozent an der  
Universität Bern

## Inhaltsübersicht:

### A. Einführung

1. Fokus auf reaktive Informationen für die Aktionäre
  - a. Dreistufiges Informationskonzept
  - b. Verweisung auf weitere Informationsgläubiger
2. Interessenabwägungen
  - a. Allgemeines
  - b. Rechtssetzung
  - c. Rechtsanwendung

### B. Reaktive Informationsrechte des Aktionärs

1. Auskunftsrecht (Art. 697 Abs. 1/Abs. 2 OR)
  - a. Materielle Aspekte – positive Elemente
  - b. Schranken – negative Elemente
  - c. Ausgewählte Beispiele
    - aa. VR-Honorare und Saläre von Direktoren etc.
    - bb. Stille Reserven
    - cc. Im Übrigen
2. Einsichtsrecht (Art. 697 Abs. 3 OR)
  - a. Materielle Aspekte – positive Elemente
  - b. Schranken – negative Elemente
  - c. Ausgewählte Beispiele
    - aa. Aktienbuch
    - bb. Zur Begründungspflicht
    - cc. Im Übrigen

### C. Wahrnehmung der Informationsrechte

1. GV als Dreh- und Angelpunkt
  - a. Einführung
  - b. Phase vor der GV
  - c. Phase während der GV
  - d. Phase nach der GV
2. Geltendmachung mittels Klage (Art. 697 Abs. 4 OR)

### D. Einzelaspekte

1. Informationsprivilegien für Grossaktionäre?
2. Geheimhaltungspflichten und Informationsvermittlung?
3. Zu den Subsidiaritäten bei den Rechten auf Information

### E. Literaturhinweise

## A. Einführung<sup>1</sup>

### 1. Fokus auf reaktive Informationen für die Aktionäre

#### a. Dreistufiges Informationskonzept

Die Lehre spricht davon, dass der schweizerische Aktienrechtsgesetzgeber bei der letzten Revision ein sog. *dreistufiges Informationskonzept* im Hinblick auf die Gesellschafter geschaffen hat<sup>2</sup>: (i) Die Grundinformationen – im Wesentlichen die "Zahlen" – zur Aktiengesellschaft (AG) werden durch die Rechnungslegung offenbart (Art. 696 OR)<sup>3</sup>, und zwar *spontan* durch die Gesellschaft<sup>4</sup>. (ii) Weitergehende Informationen setzen ein eigenverantwortliches Tätigwerden des Aktionärs voraus und werden von der AG nur *reaktiv* vermittelt (Art. 697 OR)<sup>5</sup>. (iii) Durch das neue Institut der Sonderprüfung führte der Gesetzgeber schliesslich einen *Mittler* zwischen den potentiell diametralen Interessen der AG und der Aktionäre ein<sup>6</sup>.

Bei allen drei genannten Informationselementen steht die *Generalversammlung* (GV) der Aktionäre im Mittelpunkt und ist eigentlicher Dreh- und Angelpunkt der AG: Der Geschäftsbericht gemäss Art. 662 OR als zentrales Medium der spontanen Informationsvermittlung ist der GV zur Genehmigung vorzulegen (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3/Ziff. 4 OR), die Auskunftsrechte bzw. die Einsichtsrechte des Aktionärs haben ebenfalls einen unmittelbaren Bezug zur

- 1 Der vorliegende Beitrag stellt eine um Fussnoten ergänzte Überarbeitung der Tagungsdokumentation eines Referats anlässlich der Tagung zum Gesellschafts- und Unternehmensrecht des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen vom 15. September 2000 in Luzern dar. Abschluss des Manuskripts: Mitte Oktober 2000. Für ihre rat- und tatkräftige Unterstützung bedanke ich mich bestens bei Frau lic. iur. VERA STIRLING.
- 2 Statt aller: FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 89; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 40 N 146 ff.; zur Unterscheidung von spontanen und reaktiven Informationen: EPPENBERGER, Information, 64 ff.
- 3 Übersicht zum aOR statt aller: BÜCHLER, Kontrollrecht, 10 ff.; zum geltenden Recht: HORBER, Informationsrechte, N 90 ff.
- 4 HORBER, Informationsrechte, N 25 spricht von einer passiven Informationsvermittlung.
- 5 Die Ordnung gemäss Art. 697 OR soll sicherstellen, dass der Aktionär zum eigenen Schutz tätig werden kann und soll, d.h. er ist sein eigener "Wächter". Zum reaktiven Informationsmedium insbesondere: EPPENBERGER, Information, 91 ff. Die rechtshistorische Entwicklung des Informationsrechts im Allgemeinen umschreibt detailliert: BÜCHLER, Kontrollrecht, 3 ff.
- 6 Es liegt eine Interessenabwägung durch Rechtssetzung oder m.a.W. eine "positivierte Interessenabwägung" vor: KUNZ, Subsidiarität, I FN 15.

GV (Art. 697 OR)<sup>7</sup>, und die Sonderprüfung im Rahmen von Art. 697a ff. OR setzt in jedem Fall einen Antrag in der GV voraus<sup>8</sup>.

Das geltende Aktienrecht sieht *verschiedene Informationsgläubiger* vor<sup>9</sup>, wobei sich die vorliegenden Ausführungen auf die Aktionäre als Berechtigte konzentrieren. Im Zusammenhang mit dem dreistufigen Informationskonzept zu Gunsten der Gesellschafter soll das Schwergewicht auf der *reaktiven Informationsvermittlung* im Sinne von Art. 697 OR<sup>10</sup> liegen, d.h. die spontane Informationsvermittlung (Art. 696 OR)<sup>11</sup> sowie die Sonderprüfung (Art. 697a ff. OR)<sup>12</sup> bleiben im Folgenden grundsätzlich ausser Betracht.

Das Auskunfts- bzw. das Einsichtsrecht gemäss Art. 697 OR, das in dieser Darstellung zusammenfassend als *Informationsrecht* des Aktionärs bezeichnet werden soll, hat nicht bloss eine "Hilfsfunktion" im Hinblick insbesondere auf das Stimmrecht des Gesellschafter in der GV, sondern stellt ein *selbständiges Einzelrecht* jedes Gesellschafter und damit ein Mitgliedschaftsrecht jedes Aktionärs dar. Das Bundesgericht betont ebenfalls "le caractère autonome du droit de l'actionnaire à l'obtention de renseignements"<sup>13</sup>. Damit ist schliesslich klargestellt, dass eine Informationsklage ohne weiteres zulässig ist, unabhängig von einem allfälligen anderen Verfahren (z.B. von einer Anfechtungsklage)<sup>14</sup>.

Die h.M. sowie die Rechtsprechung qualifizieren das Informationsrecht im Sinne von Art. 697 OR als "relativ wohlverworfenes", unverzichtbares und selbständiges Individualrecht des Aktionärs<sup>15</sup>. Der Qualifikation des Informationsrechts kommt allerdings oftmals eher dogmatische Bedeutung als praktische Relevanz zu, so dass auf eine Vertiefung zur *Rechtsnatur* dieses Gesellschafteranspruchs verzichtet wird.

Generell soll festgehalten werden, dass die Gesellschafteransprüche auf Informationen<sup>16</sup> die Basis aller Aktionärsrechte darstellen. Ohne materielle Informationen können die übrigen Rechte – insbesondere das Stimmrecht in der GV – überhaupt nicht oder zumindest nicht wirksam wahrgenommen werden. Insofern kommt dem Recht auf Information in besonderem Masse eine *präventive Funktion* zu, die gerade dem aktienrechtlichen Minderheitenschutz<sup>17</sup> gegen die Mehrheitsmacht einerseits und gegen die Verwaltungsmacht andererseits dienlich ist<sup>18</sup>; dieser Aspekt wird ausserdem durch den *einseitig zwingenden Charakter*<sup>19</sup> von Art. 697 OR hervorgehoben<sup>20</sup>. Die *individuellen* Aktionärsansprüche reflektieren ausserdem einen *kollektiven* Transparenzgedanken<sup>21</sup>, der in verschiedenen Bereichen<sup>22</sup> zum Ausdruck gelangt<sup>23</sup>.

## b. Verweisung auf weitere Informationsgläubiger

Nebst dem Aktionär hat der fakultative zweite Eigenkapitalgeber einer AG, nämlich der *Partizipant* (Art. 656a ff. OR), ebenfalls verschiedene Informationsrechte: Der *Geschäftsbericht* steht dem Partizipanten zur Einsicht offen, und dieser Risikokapitalgeber hat einen zusätzlichen Anspruch auf Aushändigung eines solchen Berichts in der von der GV genehmigten Form<sup>24</sup>. Das *Informationsrecht*

im Sinne des Auskunfts- bzw. des Einsichtsrechts setzt gemäss Art. 656c Abs. 1/Abs. 2 OR entweder eine statutori-

7 Vgl. dazu hinten C.1.

8 Das Verfahren der Sonderprüfung erfährt eine eigentliche Zuteilung, und zwar in Abhängigkeit davon, ob die GV, der die Einleitung einer Sonderprüfung beantragt wurde, einem solchen Sonderprüfungsantrag zustimmt (Art. 697a OR) oder einen entsprechenden Antrag ablehnt (Art. 697b OR).

9 Vgl. dazu hinten A.1.b.

10 Vgl. dazu hinten B. – D.

11 Literaturauswahl zur Thematik: EPPENBERGER, Information, 85 ff.; CEREGHETTI, Offenlegung, 112 ff.; GABRIELLI, Verhältnis, 11 ff.

12 Statt aller: GABRIELLI, Verhältnis, 70 ff.

13 BGE 112 II 147 Erw. 2. b. a.A.; BGE 109 II 48 Erw. 2. a.A.; BGE 95 II 161 Erw. 4. m.w.H. auf die Rechtsprechung; zudem: WEBER, Kommentar, N 1 zu Art. 697 OR. Damit ist allerdings doch nicht entschieden, ob ein entsprechendes Verfahren berufungsfähig ans Bundesgericht ist oder nicht: Vgl. dazu hinten C.2.

14 BGE 109 II 48 Erw. 2. Zudem: WALTHER, Minderheitenschutznormen, 80 m.w.H.

15 Grundlegend: HORBER, Informationsrechte, N 48 ff. m.w.H.; zudem: EPPENBERGER, Information, 126; WEBER, Kommentar, N 2 zu Art. 697 OR; WIDMER, Auskunfterteilung, 12 ff.; GABRIELLI, Verhältnis, 16 ff.; zum aOR: WALTER R. SCHLUEP, Das Auskunftsrecht als wohlverworfenes Recht, SAG 28 (1955/56) 129 ff.

16 Generell zur Thematik der Information etwa: JEAN NICOLAS DRUEY, Die Information des Outsiders in der Aktiengesellschaft, in: Grundfragen des neuen Aktienrechts (Bern 1993) 69 ff., v.a. 75 ff.

17 Allg. zum Aspekt des Minderheitenschutzes im Zusammenhang mit Art. 697 OR: HORBER, Informationsrechte, N 290 ff.

18 Zur Machtlosigkeit der Minderheitsaktionäre im Bereich des Informationsrechts (unter aOR): WYSS, Recht, 100 ff.

19 Zum zwingenden Charakter der Regelung von Art. 697 OR: WEBER, Kommentar, N 3 zu Art. 697 OR; FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 99; HORBER, Informationsrechte, N 2. Zwingendes Recht ist ein zentraler Schutzmechanismus des Minderheitenschutzes.

20 Im vorliegenden Zusammenhang bedeutet "einseitig zwingend", dass die Statuten das Informationsrecht zwar nicht zu Lasten der Aktionäre einschränken können, durchaus aber zu Gunsten der Gesellschafter ausbauen dürfen. Ähnlich: FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 99.

21 FELIX HORBER, Die "gläserne" Aktiengesellschaft – Verschärfte Informations- und Publizitätspflichten, NZZ Nr. 104 (1995) 28: "Die Transparenz hat sich (...) für die Aktiengesellschaft allmählich zu einem Fundamentalprinzip entwickelt, das im Informationssystem der AG (...) neue Akzente setzt"; Hervorhebung im Original.

22 Vgl. dazu hinten A.2.b. Diese Aspekte werden insbesondere bei den Gesellschaften mit kotierten Aktien hervorgehoben, also bei den Publikums-AG.

23 Zur Thematik des Bezugs von individuellen und kollektiven Aspekten in diesem Bereich: EPPENBERGER, Information, 44 f.

24 Diese Ansprüche basieren auf Art. 696 Abs. 1/Abs. 3 OR i. V.m. Art. 656a Abs. 2 OR. Hierzu: GAUDENZ G. ZINDEL, Aktionäre ohne Stimmrecht und stimmrechtslose Aktionäre, in: Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zürich 1993) 212 m.w.H. in FN 77.

sche Grundlage oder gemäss Art. 656c Abs. 3 OR ein schriftliches Begehren des Partizipanten voraus<sup>25</sup>. Das Ersuchen auf Einleitung einer *Sonderprüfung* kann der Partizipant schliesslich "schriftlich zu Handen der Generalversammlung stellen" (Art. 656c Abs. 3 OR)<sup>26</sup>.

Der *Gesellschaftsgläubiger*, der in dieser Funktion an einer GV nicht teilnehmen kann, wird nicht generell über die Angelegenheiten der AG orientiert. Nichtsdestotrotz werden seine Informationsbedürfnisse in verschiedenen Bereichen befriedigt<sup>27</sup>. Beispielsweise sind die Gesellschaftsgläubiger – bei Glaubhaftmachen eines schutzwürdigen Interesses<sup>28</sup> – berechtigt, schriftlich über die *Organisation der Geschäftsführung* orientiert zu werden (Art. 716b Abs. 2 OR), und die Gläubiger gewisser AG<sup>29</sup> haben – bei einem Interessennachweis – zudem ein Einsichtsrecht u.a. in die *Jahresrechnung* der AG (Art. 697h Abs. 2 OR)<sup>30</sup>. Der Gesellschaftsgläubiger hat schliesslich aber, trotz teils heftiger rechtspolitischer Kritik, generell *keinen Sonderprüfungsanspruch* unter dem geltenden Aktienrecht<sup>31</sup>.

Ein spezifisches Informationsrecht steht des Weiteren den *Mitgliedern des Verwaltungsrats* (VR) gemäss Art. 715a OR zu<sup>32</sup>. Die Auskunfts- und Einsichtsmöglichkeiten gehen im Vergleich zu den Rechten der Aktionäre relativ weit<sup>33</sup>, weil die Informationen durch *Sorgfalts- und Treuepflichten* im Sinne von Art. 717 Abs. 1 OR vor Missbräuchen *abgesichert* sind. Unter diesem Schutz-Aspekt stellt sich die Frage, ob die Aktionäre als solche allenfalls erweiterte Informationsansprüche haben können, wenn ihnen entsprechende Pflichten bzw. Geheimhaltungspflichten auf privatautonomer Basis auferlegt worden sind<sup>34</sup>.

Die *Allgemeinheit* hat schliesslich ebenfalls gewisse, sozusagen kollektive Informations- bzw. Transparenzansprüche. Diese Ansprüche gelangen insbesondere durch die *Öffentlichkeit der Statuten* von AG (Art. 9 Abs. 1 HRV) sowie durch verschiedene *Publikationen im SHAB* (z.B. Art. 93 I OR bei allen Statutenänderungen sowie Art. 697h Abs. 1 OR für die alternative SHAB-Publikation u.a. der Jahresrechnung bei Publikums-AG) zum Ausdruck. Im Rahmen einer Interessenabwägung durch Rechtssetzung war und ist seit einigen Jahren eine *legislatorische Entwicklung* in Richtung einer *generellen Transparenzverbesserung* festzustellen<sup>35</sup>, die noch nicht abgeschlossen zu sein scheint und über kurz oder lang direkte Auswirkungen auf die Rechtsanwendung haben dürfte.

## 2. Interessenabwägungen

### a. Allgemeines

In Art. 697 OR finden sich einige *Blankettnormen* bzw. "Gummibegriffe" (z.B. "Angelegenheiten der Gesellschaft": Abs. 1; "erforderlich" sowie "schutzwürdige Interessen der Gesellschaft": Abs. 2; "Geschäftsbücher und Korrespondenzen" sowie "Geschäftsgeheimnisse": Abs. 3; "ungerechtfertigterweise": Abs. 4), die einer Auslegung und damit einer Wertung zugänglich sind<sup>36</sup>. Diese gesetzliche Ordnung stellt ein zentrales Einfallstor der *Interessenabwä-*

*gung* im Aktienrecht dar<sup>37</sup>, wobei verschiedene Instanzen als "zuständig" zum Abwägen betrachtet werden können (v.a. der VR in der GV sowie der Richter im Zusammenhang mit Informationsklagen gemäss Art. 697 Abs. 4 OR)<sup>38</sup>.

Im Allgemeinen kann zwischen den Interessenabwägungen durch *Rechtssetzung* einerseits<sup>39</sup> sowie den Interessenabwägungen durch *Rechtsanwendung* andererseits<sup>40</sup> unterschieden werden. Bei der ersten Thematik steht die Rechtspolitik im Vordergrund, bei der zweiten Thematik

- 
- 25 Statt aller: WEBER, Kommentar, N 2 zu Art. 697 OR.
  - 26 Zur gesetzlichen Ordnung beispielsweise: PETER V. KUNZ, Der Partizipant im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, ZBJV 129 (1993) 736 f. m.w.H.
  - 27 Hinweise (zum aOR): WYSS, Recht, 27 ff.
  - 28 Der Relativsatz von Art. 716b Abs. 2 Satz 2 OR zu den schutzwürdigen Interessen als Voraussetzung für dieses Informationsrecht bezieht sich einzig auf die Gläubiger und nicht auf die Aktionäre, wobei diese Ansicht nicht unumstritten ist: PETER V. KUNZ, Zu den Haftungsvoraussetzungen und zu einigen weiteren Themen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – Rückblick, Status quo und Perspektiven, AJP/PJA 1998, 1280, FN 167/FN 168 m.w.H.
  - 29 Unter den "übrigen Aktiengesellschaften" gemäss Art. 697h Abs. 2 OR sind diejenigen AG zu verstehen, die weder Privat-AG sind, noch Anleiheobligationen ausstehend haben (Art. 697h Abs. 1 OR e contrario), d.h. Gesellschaften, die den Kapitalmarkt nicht nutzen.
  - 30 Unter dem früheren Aktienrecht hatte das Handelsregisteramt von den AG, die ihre Gewinn- und Verlustrechnung sowie ihre Bilanz nicht veröffentlichten, "auf Begehren einer Person, die sich als Gläubiger der Gesellschaft ausweist, die Gewinn- und Verlustrechnung und die Bilanz in der von den Aktionären genehmigten Fassung einzufordern und zur Einsicht aufzulegen" (Art. 704 aOR); diese Bestimmung diente in erster Linie dem Gläubigerschutz: BGE 99 Ib 439 Erw. 3. a.E. Generell nunmehr: BGE 119 II 46; des Weiteren: SZW 65 (1993) 309, AJP/PJA 1993, 733 f.
  - 31 Hinweise: PETER V. KUNZ, Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage (Diss. Bern 1993) 119 ff., v.a. 122 m.w.H.
  - 32 Grundlegend: THOMAS CHRISTIAN BÄCHTOLD, Die Information des Verwaltungsrates (Diss. Bern 1997) I ff.
  - 33 Hierzu beispielsweise: JEAN NICOLAS DRUEY, Das Informationsrecht des einzelnen Verwaltungsratsmitgliedes, SZW 65 (1993) 49 ff.; PETER V. KUNZ, Die Auskunfts- und Einsichtsrechte des Verwaltungsratsmitgliedes, AJP/PJA 1994, 573 ff.
  - 34 Vgl. dazu hinten D.2.
  - 35 Vgl. dazu hinten A.2.b.
  - 36 Allg.: EPPENBERGER, Information, 162 ff.
  - 37 Generelle Hinweise: WIDMER, Auskunfterteilung, 9 ff.; GABRIELLI, Verhältnis, 8 ff.
  - 38 Zur Abwägung durch den VR oder durch das Gericht: EPPENBERGER, Information, 175 ff.
  - 39 Vgl. dazu hinten A.2.b.
  - 40 Vgl. dazu hinten A.2.c.

hingegen die "Juristerei" im eigentlichen Sinne, d.h. die Subsumtion eines konkreten Sachverhalts unter eine Rechtsnorm, wobei verschiedene (Abwägungs-)Kriterien beachtet werden müssen, die meisten – zumindest bei den Informationsrechten – in Lehre und Praxis nicht unumstritten sind. Auf die Interessenabwägung soll im Folgenden nicht detailliert eingegangen werden, sondern es bleibt bei kursorischen Hinweisen.

## b. Rechtssetzung

Die *Rechtssetzung* ist eine "vorwegnehmend-distanzierte, generalisierende Regelung oder Programmierung einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle, als Schaffung von Ordnungsmustern für wiederholbares künftiges Geschehen oder von Modellen für zwischenmenschliches Verhalten"<sup>41</sup>. Der Gesetzgeber als primärer Rechtsschöpfer untersteht – anders als im Prinzip der Rechtsanwender – dem *Grundsatz der Ungebundenheit*, d.h. er entscheidet in eigener Machtkompetenz, wie eine positiviert Interessenabwägung vorgenommen werden soll.

Im Rahmen der *letzten Aktienrechtsrevision* hat sich der Gesetzgeber beispielsweise für eine prinzipielle "Erhöhung der Transparenz" sowie für eine grundsätzliche "Verstärkung des Aktionärsschutzes" entschieden<sup>42</sup>, womit u.a. das Informationsrecht des Aktionärs rechtspolitisch thematisiert wurde. Verschiedene Neuerungen und Klarstellungen – etwa im Bereich der *Klagerechte* (z.B. die Sonderprüfungsklage des Aktionärs gemäss Art. 697b ff. OR oder das dem Gläubiger zustehende Einsichtsrecht für die Jahresrechnung gemäss Art. 697f Abs. 2 OR)<sup>43</sup> – wurden in diesem Zusammenhang eingeführt.

Teils wird in der Lehre geltend gemacht, dass der aktienrechtliche Gesetzgeber eine *eigentliche Interessenhierarchie* legifert habe, zumindest in Bezug auf die Gesellschaft: "[U]nter dem revidierten Recht sind *im Zweifel* die Geheimhaltungsinteressen der *Gesellschaft* gegenüber den Interessen der Aktionäre an Information vorrangig"<sup>44</sup>. Eine solche Zweifelsfallordnung wird m.E. indes de lege lata *nicht* vorgegeben<sup>45</sup>, d.h. der konkrete *Einzelfall* entscheidet, welche Interessen bzw. welche Interessenten den Vorrang haben, womit nach wie vor die Rechtsanwendung<sup>46</sup> gefordert ist.

Im Bereich der *Publikums-AG* kann eine allgemeine Transparenzverbesserung und -erhöhung festgestellt werden, die nicht zuletzt den Informationsbedürfnissen des Marktes sowie der Allgemeinheit dienen<sup>47</sup>. Legislatorisches Mittel in diesem Bereich ist insbesondere das neue *Börsenrecht* bzw. das Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG)<sup>48</sup>, das unterstützt und komplementiert wird durch das private Regelwerk<sup>49</sup> der Schweizer Börse, nämlich das *Kotierungsreglement* (KR)<sup>50</sup> der Zulassungsstelle der SWX Swiss Exchange<sup>51</sup>. Künftig dürfte zudem das der spontanen Informationsvermittlung dienliche materielle Rechnungslegungsrecht<sup>52</sup> verstärkt werden durch ein in Vorbereitung befindliches *Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision* (RRG)<sup>53</sup>.

## c. Rechtsanwendung

Die *Rechtsanwendung* basiert – mindestens vom Prinzip her – auf der Rechtssetzung und wird insofern determiniert. Im Bereich der aktienrechtlichen Informationsrechte gibt es aber *keine eindeutigen Vorgaben* des Gesetzgebers<sup>54</sup> zu

- 41 GEORG MÜLLER, Funktionen der Rechtssetzung im modernen Staat. ZBl 97 (1996) 100.
- 42 Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983: BBl 1983 II 767 f. (Sonderdruck: 23 f.).
- 43 Übersicht: KUNZ, Klagen, 43 ff. m.w.H.
- 44 FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 88; Hervorhebungen hinzugefügt.
- 45 Gl.M. wohl bereits GABRIELLI, Verhältnis, 37 f., der sich grundsätzlich für die Gleichwertigkeit der Interessen ausspricht (a.a.O. 38); differenzierend: HORBER, Informationsrechte, N 837 ff., v.a. N 839 ff. m.w.H. Unter dem aOR stand hingegen in der gesetzgeberischen Konzeption die Gesellschaft und deren Schutz im Zentrum: WYSS, Recht, 188 f.
- 46 Vgl. dazu hinten A.2.c.
- 47 Vgl. dazu vorne A.1.b.
- 48 Wichtig in diesem Zusammenhang ist etwa die Meldepflicht im Rahmen von Art. 21 BEHG; hierzu statt aller: SUSANNE METTIER, Offenlegung von Beteiligungen im Börsengesetz (Diss. Zürich 1999) 5 ff.
- 49 Ob es sich beim Kotierungsreglement sowie bei den beiden Zusatzreglementen zu den Investmentgesellschaften und zum SWX New Market um private Regelwerke handelt, ist unstritten; in diesem Sinne zumindest: PETER V. KUNZ, Publikumsgesellschaften in der Schweiz – theoretische und praktische Ansätze zum Investorenschutz, recht 15 (1997) 142 m.w.H.
- 50 Hinsichtlich der kotierungsrechtlichen Transparenzverbesserung zu erwähnen sind beispielsweise (i) Art. 66 KR, der den Grundsatz des "True and Fair View" einführt, und (ii) Art. 72 KR, der die sog. "Ad hoc-Publizität" institutionalisiert; zur letzteren Thematik: WOLFGANG WIEGAND, Ad hoc-Publizität und Schadenersatz, in: FG J.-P. CHAPUIS (Zürich 1998) 143 ff.; MARIE V. FISCHER, Die Ad hoc-Publizität nach Art. 72 Kotierungsreglement (Diss. Bern 1999) I ff.; PETER CH. HSU, Ad-hoc-Publizität (Diss. Zürich 1999) I ff.
- 51 Per 1. Juni 2000 wurde das Kotierungsreglement teilrevidiert mit der Folge, dass die Schweizer Börse nunmehr auch die Anwendung der Rechnungslegungsvorschriften durch die Emittenten prüft: GIORGIO BEHR, Überwachung der Firmenberichterstattung, NZZ Nr. 179 (2000) 25.
- 52 Zur Revision des formellen Rechnungslegungsrechts im OR die Botschaft vom 31. März 1999: BBl 1999 V 5149 ff. (99.034). Das Parlament hat der Vorlage am 22. Dezember 1999 zugestimmt.
- 53 Statt aller: PEIDER MENGIARDI, Leitidee und Grundkonzeption des RRG, ST 73 (1999) 9 ff.; CARL HELBLING, Vorschlag für ein Rechnungslegungs- und Revisionsgesetz, ST 72 (1998) 1373 ff. Das Projekt ist zur Zeit noch immer hängig.
- 54 Vgl. dazu vorne A.2.b.
- 55 Allg.: EPPENBERGER, Information, 162 ff., v.a. 166 ff.; FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 96 m.w.H.; WALTHER, Minderheitsschutznormen, 47 ff.

den Interessenabwägungen, d.h. es braucht bei der Auslegung der Normen eine Abwägung im Einzelfall<sup>56</sup>. Den "Gummibegriffen" von Art. 697 OR eine reale Bedeutung zu geben, sind aufgerufen einerseits die VR, und zwar im Zusammenhang mit der GV<sup>56</sup>, sowie andererseits die Gerichte, nämlich bei der Beurteilung entsprechender Informationsklagen gemäss Art. 697 Abs. 4 OR<sup>57</sup>.

Der VR hat in Bezug auf unternehmerische Entscheide, und hierzu gehören ebenfalls die Reaktionen auf allfällige Informationsbegehren von Aktionären, in der Praxis eine gewisse *Narrenfreiheit*. In diesem Bereich, der vom Gesetzgeber nicht detailliert umschrieben wird und nicht abschliessend definiert werden kann, befindet sich der VR sozusagen in einem "sicheren Hafen" ("safe harbor"), d.h. der Richter greift insofern meistens nur ein, wenn ein "klarer Fall" von Willkür etc. vorliegt ("Business Judgment Rule" bzw. "Willkürkognition")<sup>58</sup>. Eine solche richterliche Kognitionsbeschränkung mittels einer "Milchglas-Brille" beinhaltet an sich eine *Vermutung zu Gunsten der Gesellschaftsinteressen*, die de lege lata keine aktienrechtliche Grundlage findet, und muss m.E. denn auch *abgelehnt* werden<sup>59</sup>.

Der VR hat bei seiner Tätigkeit jeweiligen Art. 717 OR und der Richter<sup>60</sup> generell Art. 1 ZGB zu beachten. Welchen sonstigen, spezifischen *Leitlinien der Interessenabwägung* der VR (zur eigenen "Absicherung") oder das Gericht (zum "Eingriff") folgen sollen oder müssen, war und ist in der Doktrin und in der Rechtsprechung kontrovers; wobei nur, aber immerhin klar ist, dass sich generelle Richtlinien kaum formulieren lassen<sup>61</sup>:

Die *Lehre* erweist sich in aller Regel als äusserst kreativ beim Entwickeln von mehr oder weniger neuen Theorien zur Abwägung von Interessen<sup>62</sup>; es gibt denn auch fast keinen Dissertanten oder Habilitanten, der in diesem Bereich nicht eine eigene Duftmarke zu hinterlassen versucht. Doch keine Methode wird zu absolut sicheren und wirklich vorhersehbaren Ergebnissen für die Rechtsunterworfenen führen, sondern im besten Fall entsprechende *Annäherungen* ergeben, die meistens nur graduelle Verbesserungen der Rechtssicherheit bedeuten. Ein entsprechender Versuch – mit allen entsprechenden Vorzügen und Nachteilen – ist die sog. *Saldo-Methode* bei der Interessenabwägung<sup>63</sup>, die sowohl quantitative als auch qualitative Elemente zu vereinigen beabsichtigt<sup>64</sup>.

Die *Praxis* anerkennt ebenfalls die Notwendigkeit von Interessenabwägungen bei den Informationsrechten<sup>65</sup>. Im Hinblick auf Art. 697 Abs. 3 aOR wurde beispielsweise ziemlich apodiktisch festgehalten, dass die "Interessen der Gesellschaft nicht gefährdet" werden dürfen, wobei eine solche "Gefährdung durch konkrete Vorbringen behauptet werden und zudem als wahrscheinlich erscheinen" müsse<sup>66</sup>. Nichtsdestotrotz erscheint m.E. die Rechtsprechung bei den Abwägungsprozessen *nicht immer konsistent* bzw. vorhersehbar zu sein. Es kann allerdings ohne weiteres festgehalten werden, dass im Allgemeinen von den Gerichten nicht die Interessen der Gesellschafter, sondern die *Gesellschaftsinteressen favorisiert* werden<sup>67</sup>, obwohl dies weder zwingend noch zwangsläufig rechtmässig ist<sup>68</sup>.

## B. Reaktive Informationsrechte des Aktionärs

### 1. Auskunftsrecht (Art. 697 Abs. 1/Abs. 2 OR)

#### a. Materielle Aspekte – positive Elemente

Das *Auskunftsrecht* wird in Art. 697 Abs. 1/Abs. 2 OR umschrieben wie folgt: "(1) Jeder Aktionär ist berechtigt, an der Generalversammlung vom Verwaltungsrat Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft und von der Revisionsstelle über Durchführung und Ergebnis ihrer Prü-

56 Vgl. dazu hinten C.1.

57 Vgl. dazu hinten C.2.

58 Die "Business Judgment Rule" wurde zwar ursprünglich in den USA begründet, gelangt aber auch in der Schweiz zur Anwendung; allg. zur Thematik: ANDREA R. GRASS, *Business Judgment Rule* (Diss. Zürich 1998) 1 ff.; DERS., *Management-Entscheidungen vor dem Richter*. SZW 72 (2000) 1 ff.; MAJA D. JÖSLER, *Rechtsstreit zwischen Organen und Organmitgliedern* (Diss. St. Gallen) 236 m.w.H. Die richterliche Zurückhaltung zeigt sich bei verschiedenen Aktionärsklagen, so etwa bei den Verantwortlichkeitsklagen (Art. 754 ff. OR) sowie bei den Anfechtungsklagen (Art. 706 f. OR): BGE 117 II 308 Erw. 6. a.; BGE 102 II 269 f. Erw. 4.; BGE 99 II 62 Erw. 4. b.; BGE 95 II 164 Erw. 9. b.; BGE 95 II 567 Erw. 6. a.E.

59 Der Rechtsanwender kann sich somit nicht aus der Verantwortung stehlen, sondern muss eine konkrete Interessenabwägung in jedem Einzelfall vornehmen.

60 Hierzu etwa: HORBER, *Informationsrechte*, N 825 ff.

61 Statt aller: WEBER, *Kommentar*, N 9 zu Art. 697 OR.

62 Im Zusammenhang mit den Informationsrechten findet sich eine detaillierte Übersicht zur Lehre bei: HORBER, *Informationsrechte*, N 827 ff.

63 Es ist hier nicht der Ort, um die Saldo-Methode detailliert darzulegen. Im Wesentlichen geht es jedoch um fünf Phasen: (i) Feststellung der typisierten, rechtlich relevanten Interessen; (ii) Unterscheidung zwischen primären und sekundären Interessen; (iii) Punkte-Verteilung gemäss Kriterien-Katalog; (iv) Ziehen eines Saldos; (v) Korrektur-Phase mit Blick auf allfällige Besonderheiten des Einzelfalls.

64 Beim Kriterien-Katalog als einem Zwischenschritt der Saldo-Methode sind beispielsweise zu berücksichtigen das Kriterium des Aktionärs, das Kriterium der Mehrheitsverhältnisse, das Kriterium der Gesellschaftsstruktur sowie das Kriterium der Vorgeschichte. Ähnlich: WEBER, *Kommentar*, N 9 zu Art. 697 OR; FORSTMOSER, *Meinungsausserungsrechte*, 106; WIDMER, *Auskunfterteilung*, 59 ff.

65 Rechtsprechungsübersicht statt aller: HORBER, *Informationsrechte*, N 769 f. sowie N 800 f. sowie N 830 ff.

66 BGE 109 II 50 Erw. 3. b. a.A.

67 Als Abwehrargumentation gegen Gesellschafterbegehren etwa BGE 82 II 222 Erw. 2.: "Dès lors, il doit suffire que la société anonyme rende vraisemblable l'intérêt qui lui commande de refuser les renseignements demandés". Analyse der Praxis: WEBER, *Kommentar*, N 10 zu Art. 697 OR.

68 Vgl. dazu vorne A.2.c.

fung zu verlangen. (2) Die Auskunft ist insoweit zu erteilen, als sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist. Sie kann verweigert werden, wenn durch sie Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet werden".

Als *positive* Elemente des Auskunftsrechts des Aktionärs, die im Folgenden zuerst behandelt werden, erweisen sich einerseits (i) die "Angelegenheiten der Gesellschaft" und andererseits (ii) die Frage, inwiefern die Auskunft "für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich" ist. Die *negativen* Elemente<sup>69</sup> sind (iii) die "Geschäftsgeheimnisse" und (iv) "andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft" sowie (v) die Thematik, inwiefern die Auskunft diese Geheimnisse bzw. Interessen "gefährdet".

Der *generelle Umfang* des Auskunftsrechts war und ist seit jeher in der Doktrin umstritten<sup>70</sup>, ohne dass sich eine Lehrmeinung abschliessend hätte durchsetzen können, und die Praxis konzentriert sich in aller Regel auf den konkreten Einzelfall, wodurch der Rechtssicherheit nur wenig geholfen wird. Der eine konzeptionelle Pol<sup>71</sup> der Lehrmeinungen, der wohl die Mehrheitsansicht darstellt, geht dahin, dass beim Auskunftsrecht an sich überhaupt *keine sachliche Beschränkung* bestehe, sondern dass der "Filter" erst bei der Informationsvermittlung (z.B. beim Vorbehalt der Geschäftsgeheimnisse oder auch bei der Dichte der Information) wirksam werden darf. Der andere konzeptionelle Pol<sup>72</sup> in der Doktrin vertritt eine bereits a priori durch bestimmte Kriterien umschriebene *gegenständliche Eingrenzung* (v.a. die sog. "Spiegelbild"-Theorie<sup>73</sup>)<sup>74</sup>.

M.E. besteht ein *sachlich unbeschränktes* Auskunftsrecht des Aktionärs, d.h. es gibt überhaupt keinen Bereich, der dem Gesellschafteranspruch auf Information nicht offen stehen würde, und zwar auch ausserhalb der erforderlichen Dokumente gemäss Art. 696 OR<sup>75</sup>. Die Gesellschaftsinteressen an einer allfälligen Geheimhaltung bestimmter Informationen werden vielmehr durch die *positiven* und durch die *negativen* Elemente von Art. 697 Abs. 1/Abs. 2 OR in ausreichendem Masse gewahrt. Eine weitere, im Gesetz nicht erwähnte Schranke stellt die dem VR und dem Richter einen (zu) grossen Ermessensspielraum<sup>76</sup> bietende Praxis der Informationsverdünnung dar, wonach i.d.R. nur "*Aufschlüsse zusammenfassender Natur*" und nicht etwa die "Preisgabe von Einzelheiten" verlangt werden kann<sup>77</sup>, wobei Ausnahmen von dieser Regel möglich sind<sup>78</sup>.

Das erste positive Element der "Angelegenheiten der Gesellschaft" (Art. 697 Abs. 1 OR) stellt klar, dass ein *Sachzusammenhang* zwischen dem Auskunftsbegehren und der in Frage stehenden Tätigkeit der AG bestehen muss<sup>79</sup>. Heikler erscheint – und einer Interessenabwägung<sup>80</sup> bedarf – das zweite positive Element bzw. die Frage, wann die verlangte Auskunft für die Ausübung von Aktionärsrechten<sup>81</sup> "erforderlich" ist (Art. 697 Abs. 2 OR)<sup>82</sup>. Ein Teil der Doktrin schlägt zu Recht eine *eher grosszügige* Handhabung dieses Elements vor und betrachtet eine Auskunft dann für erforderlich, "wenn sie für die *informierte Rechtsausübung durch einen vernünftigen Durchschnittsaktionär* nötig ist"<sup>83</sup>. Es ist m.E. sogar *im Zweifel* davon auszugehen<sup>84</sup>, dass die Erforderlichkeit gegeben ist<sup>85</sup>.

Der *Mehrheitswille* ist nicht immer und nicht in jedem Fall massgeblich, was nicht zuletzt im Zusammenhang mit dem Informationsrecht der Aktionäre ersichtlich wird. Der

69 Vgl. dazu hinten B. I. b.

70 Übersicht (zum aOR): WIDMER, Auskunfterteilung, 17 ff.; WYSS, Recht, 84 ff. sowie 112 ff.

71 Statt aller: CEREGETTI, Offenlegung, 122 m.w.H. in FN 87; GABRIELLI, Verhältnis, 22 ff.

72 Insbesondere: EPPENBERGER, Information, 142 ff. m.w.H.

73 Bei der "Spiegelbild"-Theorie geht es um sämtliche Informationsaspekte, die von den Dokumenten gemäss Art. 696 OR abgedeckt sind, d.h. nach diesem Verständnis stellt Art. 697 OR an sich nicht mehr als einen blossen Erläuterungsanspruch zu Art. 696 OR dar; grundlegend: EPPENBERGER, Information, 143 ff.; diese Theorie ablehnend: WEBER, Kommentar, N 12 a. A. zu Art. 697 OR.

74 Eine gegenständliche Eingrenzung, die im Ergebnis weiter geht als die "Spiegelbild"-Theorie, vertritt etwa WEBER, Kommentar, N 12 zu Art. 697 OR, der Auskunft zu geben wünscht "über alles, was Gegenstand des Geschäftsberichtes sein kann, z.B. Personalpolitik, Unternehmensstrategie, Forschung und Entwicklung"; Hervorhebung im Original.

75 Art. 697 OR ist ein selbständiger Aktionärsanspruch, der nicht nur der Erläuterung der Unterlagen gemäss Art. 696 OR dient. Zwischen Art. 696 OR einerseits und Art. 697 OR andererseits besteht denn auch keine Subsidiarität: Vgl. dazu hinten D.3. A.M. insbesondere EPPENBERGER, Information, 142, der die "Erläuterungsfunktion" von Art. 697 OR betont.

76 Das Ermessen wird zudem abgesichert durch die "Business Judgment Rule", die auch in diesem Bereich zur Anwendung gelangt: vgl. dazu vorne A.2.c.

77 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 40 N 174 m.w.H. in FN 35; in diesem Sinne ebenfalls: WEBER, Kommentar, N 9 zu Art. 697 OR; FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 94 f.

78 Detailauskünfte sind zu erteilen, wenn dies als Ergebnis einer Interessenabwägung notwendig erscheint. Geht es beispielsweise um ein einzelnes Geschäft von besonderer Tragweite, muss darüber u.U. orientiert werden: FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 95 FN 44.

79 Hierzu etwa: FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 93 FN 37; WEBER, Kommentar, N 7 zu Art. 697 OR; HORBER, Informationsrechte, N 489 ff.

80 Vgl. dazu vorne A.2.c.

81 Das Kriterium der "Ausübung der Aktionärsrechte" ist unproblematisch, geht es doch um irgendwelche Mitgliedschaftsrechte des Gesellschafters innerhalb der GV (z.B. Antragsrechte) oder ausserhalb der GV (z.B. Aktionärsklagen).

82 Hinweise: HORBER, Informationsrechte, N 790 ff.

83 FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 94; Hervorhebung im Original. Zudem: VOCK, Fragen, 40.

84 Bei der Informationsklage im Rahmen von Art. 697 Abs. 4 OR liegt die Beweislast für dieses positive Element aber nichtsdestotrotz beim klägerischen Aktionär: vgl. dazu hinten C.2.

85 Ähnlich im Ergebnis wohl WEBER, Kommentar, N 7 a.E. zu Art. 697 OR: "Die Anforderungen an diesen Nachweis sind im Zweifel nicht zu überspannen". Im Ergebnis muss eine Beweislastumkehr angenommen werden.

VR hat das Recht und allenfalls sogar die Pflicht<sup>86</sup>, eine Auskunft (oder die Einsicht in "Geschäftsbücher" etc.)<sup>87</sup> zu verweigern *gegen einen Mehrheitsbeschluss* der GV<sup>88</sup>, und zwar bei Fehlen von *positiven* Elementen oder bei Vorliegen von *negativen* Elemente des Informationsrechts (z.B. Gefährdung von Geschäftsgeheimnissen). Dieses *Verweigerungsrecht des VR* (bzw. die entsprechende Pflicht) stellt einen wichtigen Mechanismus des Schutzes der Aktionäre dar, und der VR erweist sich insofern als Wächter des Minoritätenschutzes.

Es ist Teil der Eigenverantwortlichkeit des die Auskünfte verlangenden Aktionärs, sich um eine *korrekte Umschreibung* der gewünschten Informationen, soweit als überhaupt möglich, zu bemühen<sup>89</sup>. Dies trifft zu sowohl bei der Geltendmachung des Auskunftsanspruchs in der GV (Art. 697 Abs. 1 OR)<sup>90</sup> als auch bei einer allfälligen späteren Informationsklage (Art. 697 Abs. 4 OR). In der Praxis dürfte das Informationsbegehren in aller Regel *zu weit gefasst* sein, doch ist dies in der GV und vor Gericht unschädlich: "Vielmehr ist diesfalls im Umfang einer zulässigen Fragestellung Antwort zu geben"<sup>91</sup>. Dieselben Überlegungen und Argumentationen müssen im Bereich des Einsichtsrechts<sup>92</sup> gelten.

## b. Schranken – negative Elemente

Die *Schranken* des Auskunftsrechts des Aktionärs waren und sind in der Doktrin seit jeher umstritten<sup>93</sup>, ohne dass sich einheitliche Leitlinien ergeben hätten, und die Rechtsprechung half und hilft in diesem Zusammenhang ebenfalls kaum weiter. Zumindest der Gesetzestext ist allerdings eindeutig, indem – im Sinne eines eigentlichen *Gefährdungstatbestandes* (Art. 697 Abs. 2 a.E. OR) – "Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft" dem Informationsanspruch des Gesellschafters vorgehen und vorbehalten bleiben; beweisbelastet ist in jedem Fall die Gesellschaft<sup>94</sup>.

Bei den *Geschäftsgeheimnissen* wird im Allgemeinen zwischen den sog. *absoluten* Geheimnissen (sc. Pflicht gegenüber Dritten zur Geheimhaltung)<sup>95</sup>, die in keinem Fall offenbart werden dürfen, und den sog. *relativen* Geheimnissen (sc. Pflicht zur Geheimhaltung aus Eigeninteresse der AG)<sup>96</sup>, die u.U. aufgedeckt werden können oder sogar müssen, unterschieden<sup>97</sup>. Mit dem Begriff "*andere schutzwürdige Interessen*" der AG sind nicht irgendwelche Gesellschaftsinteressen gemeint, sondern diese müssen eine *vergleichbare Interessenintensität* wie die Geschäftsgeheimnisse aufweisen, so dass im Ergebnis keine "Verengung des Schutzbereichs des Auskunftsrechts" resultiert<sup>98</sup>.

Es genügt, dass die erwähnten Interessen der AG "gefährdet" werden (Art. 697 Abs. 2 OR), d.h. es braucht *keine Verletzung* der Gesellschaftsinteressen. Während die Anforderungen an die Umschreibung der Begriffe "Geschäftsgeheimnisse" etc. generell hoch sein müssen, darf der Gefährdungstatbestand als solcher m.E. *nicht überspannt* werden. Geht es beim Begehren des Aktionärs um Informationen in Bezug auf "Geschäftsgeheimnisse" etc., muss *im Zweifel* immer eine Gefährdung angenommen werden,

die dem VR ein Verweigerungsrecht bzw. eine Verweigerungspflicht gibt<sup>99</sup>. Unbesehen dessen kommen sowohl der VR als auch – bei einer allfälligen Informationsklage – der Richter nicht umhin, eine *Interessenabwägung* vorzunehmen<sup>100</sup>, bei der auch die positiven Elemente berücksichtigt werden.

## c. Ausgewählte Beispiele

### aa. VR-Honorare und Saläre von Direktoren etc.

Von meist grossem Interesse – der neugierigen Natur des Menschen folgend<sup>101</sup> – erweist sich die Thematik der Entlohnung von Angestellten etc. einer AG. Im Vordergrund stehen meistens die *VR-Honorare* sowie die *Saläre von Direktoren* oder von anderen leitenden Arbeitnehmern<sup>102</sup>. Da es sich bei diesen Ausgaben um Aufwand der Gesellschaft mit unmittelbaren Auswirkungen auf die Finanzsituation der AG handelt, kann kaum strittig sein, dass es um "Angelegenheiten der Gesellschaft" (Art. 697 Abs. 1 OR) geht, deren Kenntnis "für die Ausübung der Aktionärs-

86 Massgeblich hierfür ist Art. 717 OR; erteilt der VR zu Unrecht Auskunft (oder gewährt er Einsicht), kann er sich dadurch u.U. verantwortlich machen (Art. 754 ff. OR).

87 Vgl. dazu hinten C.1.c.

88 Gl.M. bereits: FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 98 m.w.H. in FN 67; WEBER, Kommentar, N 3 zu Art. 697 OR; allg.: EPPENBERGER, Information, 92 ff.

89 Die Gerichtspraxis spielt den "Ball" insofern ebenfalls dem Aktionär zu; als Beispiel sei erwähnt: BGE 123 III 265 Erw. 3. a. (i.c. zur Sonderprüfung).

90 Nicht anders verhält es sich beim Einsichtsrecht: GABRIELLI, Verhältnis, 44 m.w.H. in FN 191.

91 FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 96 m.w.H. in FN 55. 92 Vgl. dazu hinten B.2.

93 Zum aOR statt aller: WIDMER, Auskunfterteilung, 35 ff.; zum geltenden Recht: HORBER, Informationsrechte, N 761 ff.

94 Vgl. dazu hinten C.2.

95 Beispiele: Revisionsgeheimnis sowie Bankgeheimnis.

96 Beispiele: Allgemeiner Geschäfts- bzw. Handelsverkehr einer Gesellschaft, ihre Kunden, spezifische Rechtsgeschäfte, Geschäftspolitik etc.; das "Geschäftsgeheimnis im allgemeinen" stellt kein Geschäftsgeheimnis dar, sondern nur die "Einzelheiten": FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 96.

97 Hinweise bei: FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 95 f.; GABRIELLI, Verhältnis, 30 f.

98 WEBER, Kommentar, N 8 a.E. zu Art. 697 OR.

99 Vgl. dazu vorne B.1.a. Es ist somit von einer Beweislastumkehr auszugehen.

100 Vgl. dazu vorne A.2.c. Im vorliegenden Zusammenhang: WEBER, Kommentar, N 9 zu Art. 697 OR; FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 96 FN 51; CEREGHETTI, Offenlegung, 136.

101 Zur Neugierde in diesem Zusammenhang: FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 105.

102 Interessieren kann ausserdem etwa, wenn es zwar um keine leitenden Angestellten etc. geht, die in Frage stehenden Personen allerdings als den Aktionären oder den VR-Mitgliedern "nahestehende Personen" im Sinne von Art. 678 Abs. 1 OR qualifiziert werden können.

rechte erforderlich" (Art. 697 Abs. 2 Satz 1 OR) ist, und die Informationsvermittlung dürfte in der Regel die "Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft" nicht "gefährde[n]" (Art. 697 Abs. 2 Satz 2 OR)<sup>103</sup>.

In der Lehre wird gelegentlich und sicherlich mit gutem Grund auf die *Sensitivität* der Thematik hingewiesen<sup>104</sup>. Tatsächlich geht es allerdings bei der notwendigen Interessenabwägung<sup>105</sup> nicht um die Interessen der VR-Mitglieder oder der betroffenen Direktoren, sondern in erster Linie um die Gesellschafterinteressen einerseits und um die Gesellschaftsinteressen andererseits. Einen *praxisorientierten Mittelweg* geht der Vorschlag, im Hinblick auf die VR-Honorare über die "Gesamtzahl, nicht dagegen [über die detaillierten Zahlen bzw. Zahlungen] aufgeschlüsselt auf die einzelnen Mitglieder" zu orientieren<sup>106</sup>.

#### bb. Stille Reserven

Ein Bereich des materiellen Rechnungslegungsrechts ist besonders und in langer Tradition umstritten, nämlich die Problematik der *stillen Reserven*. Bei der *spontanen* Informationsvermittlung hat die letzte Aktienrechtsrevision hinsichtlich der Offenlegung der Auflösung gewisser stiller Reserven eine gesetzliche Ordnung gebracht (Art. 663b Ziff. 8 OR sowie Art. 669 Abs. 4 OR). Bei der *reaktiven* Informationsvermittlung fehlt zwar eine explizite Regelung, nichtsdestotrotz äussern sich sowohl die Lehre<sup>107</sup> als auch die Praxis<sup>108</sup> zur Frage, ob sich das Auskunftsrecht des Aktionärs im Sinne von Art. 697 OR (sowie von Art. 697 aOR) ebenfalls auf diese Reserven bezieht bzw. unter welchen Voraussetzungen.

Die Ordnung von Art. 663b Ziff. 8 OR gilt als abschliessend und als "lex specialis" zu Art. 697 OR, d.h. die stillen Reserven sind *immun* gegenüber den Auskunftsbegehren der Aktionäre<sup>109</sup>, oder m.a.W.: "Sachlich findet das Auskunfts- und auch das Einsichtsrecht (...) seine Grenzen bei den stillen Reserven. Möglich sind [nur, aber immerhin] Fragen zum besseren Verständnis des offenlegungspflichtigen Auflösungssaldos nach Art. 663b Ziff. 8 [OR]"<sup>110</sup>.

Seit Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts wird in der Doktrin die Frage diskutiert<sup>111</sup>, ob die stillen Reserven immerhin einem *Sonderprüfer* (Art. 697a ff. OR) offenbart werden müssen. Die Botschaft des Bundesrats äussert sich auf den ersten Blick in ablehnendem Sinn<sup>112</sup>, wobei dies im Gesetzeswortlaut und in den übrigen Materialien nicht zum Ausdruck gelangt. M.E. sind die stillen Reserven ohne weiteres als *möglicher Gegenstand* einer Sonderprüfung statthaft<sup>113</sup>, und zwar unbeschadet davon, ob es um ein Verfahren *mit oder ohne* Zustimmung der GV geht. Nicht selten dürfte aber der Fall eintreten, dass die Erkenntnisse *nicht im Sonderprüfungsbericht* (Art. 697e OR) zum Ausdruck gelangen<sup>114</sup> mit dem Ergebnis, dass diese Reserven weiterhin "still" bleiben.

#### cc. Im Übrigen

Über die *Geschäftspolitik* der Gesellschaft im Allgemeinen<sup>115</sup> hat sich der VR im sog. Jahresbericht, der insbeson-

dere den "Geschäftsverlauf sowie die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Gesellschaft" darstellt (Art. 663d Abs. 1 OR), sozusagen *retrospektiv* zu äussern und zu rechtfertigen. Das Auskunftsrecht kann aber *prospektiv* weiterhelfen, indem damit erwartete, erhoffte oder geplante Zukunftsentwicklungen – im Rahmen der legalen Narrenfreiheit der "Business Judgment Rule"<sup>116</sup> – grundsätzlich thematisiert werden.

Auf den ersten Blick scheint es sinnvoll, den VR von einer Informationspflicht betreffend seine sog. "*unübertragbaren Aufgaben*" (Art. 716a OR) zu befreien. Doch ein solches argumentatives Unterfangen müsste fehlschlagen, kann sich der VR für diesen Bereich doch eben gerade nicht "freizeichnen". M.E. gewährt Art. 716a OR *keine Immunität* im Hinblick auf das Auskunftsrecht, d.h. die in dieser Regelung angesprochenen sachlichen Themen gehören ebenfalls zum Gegenstand von Art. 697 Abs. 1/Abs. 2 OR.

103 Absolute Geschäftsgeheimnisse stehen nicht zur Debatte.

104 Die "Privatsphäre des einzelnen Verwaltungsratsmitglieds" betonend: FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 105 m.w.H. in FN 103.

105 Vgl. dazu vorne A.2.c.

106 FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 105.

107 Zum aOR insbesondere: WERNER KUPPER, Stille Reserven und Aktionärsinteressen (Diss. Zürich 1967) 6 f.; WIDMER, Auskunftsenteilung, 26 ff.; WYSS, Recht, 142 ff.; EPPENBERGER, Information, 158 ff.; BÜCHLER, Kontrollrecht, 33 ff. Zum geltenden OR: WEBER, Kommentar, N 10/N 13 zu Art. 697 OR; FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 104 f.; VOCK, Fragen, 114 f. (mit dem Vorschlag für ein Rechtsbegehren).

108 BGE 82 II 221 f. Erw. 2. (obiter dictum).

109 Im Ergebnis gl.M.: FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 104 f.

110 BÖCKLI, Aktienrecht, N 1312b a.A.; Hervorhebung des Originals weggelassen. Allg.: HORBER, Informationsrechte, N 954 ff.

111 Grundlegend: ROLF H. WEBER, Stille Reserven und Sonderprüfung, SJZ 89 (1993) 301 ff. m.w.H.

112 Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983: BBl 1983 II 835 (Sonderdruck: 91): "[Die Sonderprüfung] kann gegen den Willen der Gesellschaft insbesondere nicht dazu verwendet werden, die Rechtmässigkeit der Bildung oder Auflösung stiller Reserven (...) überprüfen zu lassen"; diese Aussage scheint sozusagen e contrario zu implizieren, dass die stillen Reserven zumindest mit GV-Zustimmung (sc. Art. 697a OR) grundsätzlich als Gegenstand einer Sonderprüfung akzeptiert werden.

113 Gl.M.: WEBER, Kommentar, N 22 zu Art. 697a OR; BÖCKLI, Aktienrecht, N 1870a; differenzierend: Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung HWP, Bd. 4, 104 (7.58).

114 Die Gesellschaft kann sich gegen die Offenlegung ihrer stillen Reserven zur Wehr setzen, gestützt einerseits auf Art. 697d Abs. 3 OR und andererseits auf Art. 697e Abs. 2 OR, wobei die AG beweiselastet ist.

115 WEBER, Kommentar, N 12 zu Art. 697 OR erwähnt beispielhaft "Personalpolitik, Unternehmensstrategie, Forschung und Entwicklung"; allg.: WIDMER, Auskunftsenteilung, 28 ff.

116 Vgl. dazu vorne A.2.c.



Tatsächlich besteht in diesem Bereich sogar ein *erhöhtes Interesse* an Informationen, hat nämlich der Aktionär keine andere Möglichkeiten zum Eingreifen<sup>117</sup>.

## 2. Einsichtsrecht (Art. 697 Abs. 3 OR)

### a. Materielle Aspekte – positive Elemente

Das *Einsichtsrecht* wird in Art. 697 Abs. 3 OR umschrieben wie folgt: "Die Geschäftsbücher und Korrespondenzen können nur mit ausdrücklicher Ermächtigung der Generalversammlung oder durch Beschluss des Verwaltungsrates und unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse eingesehen werden". Als *positive* Elemente des Einsichtsrechts des Aktionärs erweisen sich (i) die "Geschäftsbücher und Korrespondenzen", (ii) die "Ermächtigung der Generalversammlung" sowie (iii) der "Beschluss des Verwaltungsrates". Als *negative* Element<sup>118</sup> nennt das Gesetz ausschliesslich (iv) die "Wahrung der Geschäftsgeheimnisse".

Bei der Frage, was – sozusagen als erstes positives Element – im Einzelnen als "*Geschäftsbücher und Korrespondenzen*" zu qualifizieren ist, wird in der Lehre<sup>119</sup> regelmässig eine *extensive* Auslegung vertreten, wobei das GV-Protokoll einerseits<sup>120</sup> sowie das Aktienbuch im Hinblick auf Namenaktien andererseits<sup>121</sup> viel diskutierte Spezialfälle darstellen. Gemeint sind im Prinzip sämtliche *schriftlichen* Unterlagen<sup>122</sup>, "die für eine Beurteilung der Lage der Gesellschaft relevant sind"<sup>123</sup>.

Die Einsichtnahme in diese Unterlagen der AG stellen einen schwerwiegenden Eingriff dar<sup>124</sup>. Das Gesetz verlangt eine *vorgängige Beschlussfassung*, und zwar entweder eine "ausdrückliche Ermächtigung der Generalversammlung" oder einen "Beschluss des Verwaltungsrates", wobei es sich um eine *alternative* Zuständigkeit<sup>125</sup> diese beiden obligatorischen Organe handelt. Beim GV-Beschluss geht es nicht etwa um eine Konsultativabstimmung, sondern um einen Beschluss gemäss Art. 698 Abs. 2 *Ziff. 6* OR, der m.E. *anfechtbar* ist<sup>126</sup>. Wird die Einsicht hingegen mittels VR-Beschluss gewährt oder verweigert, ist die Anfechtungsklage im Sinne von Art. 706 f. OR ausgeschlossen<sup>127</sup>.

### b. Schranken – negative Elemente

Wie beim Auskunftsrecht<sup>128</sup> gelangt beim Einsichtsrecht der Vorbehalt der "*Geschäftsgeheimnisse*" zur Anwendung (Art. 697 Abs. 3 OR), die "Wahrung der Geschäftsgeheimnisse" wird allerdings als einziges negatives Element im Gesetzestext erwähnt. Es dürfte ein gesetzgeberisches Versehen sein<sup>129</sup>, dass der Vorbehalt bzw. der Begriff "*andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft*" nur in Abs. 2, nicht aber in Abs. 3 von Art. 697 OR ausdrücklich erwähnt wird<sup>130</sup>. M.E. müssen das Auskunftsrecht und das Einsichtsrecht in diesem Bereich *analog ausgelegt* werden<sup>131</sup>, d.h. Art. 697 Abs. 2 OR<sup>132</sup> ist beim Verständnis von Art. 697 Abs. 3 OR heranzuziehen<sup>133</sup>.

Der *Mehrheitswille* ist nicht immer und nicht in jedem Fall massgeblich, was nicht zuletzt im Zusammenhang mit dem Informationsrecht der Aktionäre ersichtlich wird. Der

VR hat das Recht und allenfalls sogar die Pflicht<sup>134</sup>, die Einsicht in "Geschäftsbücher" etc. (oder Auskünfte)<sup>135</sup> zu verweigern *gegen einen Mehrheitsbeschluss* der GV im Sinne von Art. 697 Abs. 3 OR<sup>136</sup>, und zwar bei Fehlen von *positiven* Elementen oder bei Vorliegen von *negativen* Elemente

117 Insbesondere ist eine Kompetenzattraktion der GV zwangsläufig ausgeschlossen (Art. 716a Abs. 1 OR: "unentziehbare Aufgaben"); der Aktionär hat in erster Linie gewisse Sanktionsmechanismen, die er sich nutzbar machen kann (z.B. die Abberufung des VR oder die Verantwortlichkeitsklage).

118 Vgl. dazu hinten B.2.b.

119 Statt aller: WEBER, Kommentar, N 16 a.A. zu Art. 697 OR; GABRIELLI, Verhältnis, 46 f.; FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 100 FN 76; zum aOR: BÜCHLER, Kontrollrecht, 39.

120 Vgl. dazu hinten B.2.c.cc.

121 Vgl. dazu hinten B.2.c.aa.

122 Darunter fallen irgendwelche Datenträger, sofern die Informationen materialisiert bzw. lesbar gemacht werden können.

123 FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 100.

124 Tangiert sind die Privatsphären sowohl der Gesellschaft als auch der betroffenen Aktionäre.

125 WEBER, Kommentar, N 18 zu Art. 697 OR; GABRIELLI, Verhältnis, 44 f.

126 A.M.: WEBER, Kommentar, N 18 a.E. zu Art. 697 OR; ähnlich: VOCK, Fragen, 41 m.w.H. in FN 211. Dieser Beschluss der GV kann nicht bloss anfechtbar (Art. 706 f. OR), sondern auch nichtig (Art. 706b OR) sein.

127 Statt aller: KUNZ, Klagen, 152 ff. m.w.H.

128 Vgl. dazu vorne B.1.

129 Der Bundesrat setzte ursprünglich "Geschäftsgeheimnisse" und "Gesellschaftsinteressen" nebeneinander, und zwar auch im Hinblick auf das Einsichtsrecht; Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983: BBl 1983 II 907 f. (Sonderdruck: 163 f.).

130 Nicht eindeutig: WEBER, Kommentar, N 19 zu Art. 697 OR ("zweifelhaft").

131 Im Ergebnis gl.M.: WEBER, Kommentar, N 19 zu Art. 697 OR.

132 Vgl. dazu vorne B.1.

133 Eine Angleichung bei den Vorbehalten von Art. 697 Abs. 1/ Abs. 2 OR und von Art. 697 Abs. 3 OR scheint angebracht, und es besteht kein Grund, das Einsichtsrecht "schärfer" handhaben zu wollen. Überraschend deshalb die folgende Aussage von WEBER, Kommentar, N 19 a.E. zu Art. 697 OR: "Jedenfalls ist die Einsicht umfangmässig auf das notwendige Mass zu beschränken"; Hervorhebungen hinzugefügt – diese Aussage könnte nur vollumfänglich zugestimmt werden, wenn damit der allgemeine Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots zum Ausdruck gelangt.

134 Massgeblich hierfür ist Art. 717 OR; gewährt der VR zu unrecht Einsicht (oder erteilt er Auskunft), kann er sich dadurch u.U. verantwortlich machen (Art. 754 ff. OR).

135 Vgl. dazu vorne B.1.a.

136 Gl.M.: FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 100; dieser Autor bejaht das Verweigerungsrecht des VR vorbehaltlos indes nur zu den absoluten Geschäftsgeheimnissen (a.a.O. 100); m.E. kann sich der VR – sofern die Voraussetzungen bei den positiven und negativen Elementen erfüllt sind – allerdings zur Verweigerung der Einsicht auch auf relative Geschäftsgeheimnisse berufen.

des Informationsrechts (z.B. Geschäftsgeheimnisse). Dieses *Verweigerungsrecht des VR* (bzw. die entsprechende Pflicht) stellt einen wichtigen Mechanismus des Schutzes der Aktionäre dar, und der VR erweist sich insofern als Wächter des Minderheitenschutzes.

### c. Ausgewählte Beispiele

#### aa. Aktienbuch

Bei den Namenaktien ergeben sich zentrale Informationen über die Aktionäre aus dem Aktienregister bzw. aus dem *Aktienbuch* der AG, in das die Namenaktionäre und die Nutzniesser an Namenaktien eingetragen werden müssen, um gegenüber der Gesellschaft berechtigt zu sein (Art. 686 Abs. 4 OR)<sup>137</sup>. Insbesondere die "Adressen der Aktionäre" können von grossem Interesse sein, und zwar nicht zuletzt für Minderheitsaktionäre, um sich allenfalls im Hinblick auf eine ordentliche bzw. ausserordentliche GV zu organisieren ("proxy fights" etc.)<sup>138</sup>.

Bei der Thematik des *Einblicks ins Aktienbuch* durch die Aktionäre ist allerdings zu bedenken, dass die anderen Gesellschafter<sup>139</sup> allenfalls gerade nicht kontaktiert werden und anonym bleiben wollen, d.h. ein potentieller Interessenkonflikt zwischen verschiedenen Gesellschaftern wird offensichtlich<sup>140</sup>. Zudem kann die AG als solche<sup>141</sup> ebenfalls ein Interesse an der Geheimhaltung ihrer Aktionäre haben.

De lege lata hat *jeder Aktionär* ein Einsichtsrecht in das Aktienbuch im Ausmass der ihn *selber betreffenden* Eintragungen im Register<sup>142</sup>. Umstritten in Lehre und Rechtsprechung ist hingegen, wie es sich hinsichtlich weiterer Informationen – d.h. der Eintragungen von *anderen* Gesellschaftern<sup>143</sup> – verhält<sup>144</sup>. Der Gesetzgeber hat im Rahmen der letzten Aktienrechtsrevision keine ausdrückliche Antwort gegeben, so dass sich der interessierte Aktionär ausschliesslich auf Art. 697 OR berufen kann, was zu folgendem Ergebnis führt:

(i) Das Aktienbuch gehört zwar zu den "Bücher[n]" im Rahmen von Art. 715a Abs. 4 OR, hingegen – in aller Regel<sup>145</sup> – nicht zu den "Geschäftsbüchern" im Sinne von Art. 697 Abs. 3 OR<sup>146</sup>, so dass generell *kein Einsichtsrecht* gemäss Art. 697 Abs. 3 OR für die Aktionäre besteht, ausser alle vom Auskunftsbegehren betroffenen Gesellschafter stimmen einer solchen Offenlegung gegenüber anderen Aktionären ausdrücklich zu. (ii) Das *Auskunftsrecht* kann sich hingegen zumindest im Prinzip auch auf das Aktienbuch beziehen<sup>147</sup>, wobei in diesem Zusammenhang keine abschliessende Aussage zur "Einsicht" bzw. Auskunft möglich ist, denn der VR einerseits und – für den Fall eines Gerichtsverfahrens – der Richter andererseits haben eine Interessenabwägung im Hinblick auf Art. 697 Abs. 1/Abs. 2 OR<sup>148</sup> vorzunehmen, um Auskunft zu erteilen oder eben zu verweigern<sup>149</sup>.

#### bb. Zur Begründungspflicht

Das Gesetz nimmt de lege lata nicht ausdrücklich Stellung zur Frage, *ob* allenfalls eine *Begründungspflicht* im Zusammenhang mit der Beschlussfassung (insbesondere für den

Fall einer Verweigerung der Einsicht)<sup>150</sup> einhergeht, sei es für den VR oder aber für die GV. Unbesehen dessen macht ein Teil der Doktrin geltend, dass eine Begründung notwendig erscheint<sup>151</sup>, auch wenn die Praxisrelevanz – wohl zu Recht – angezweifelt wird<sup>152</sup>.

M.E. gibt es *keine Pflicht zur Begründung*, und zwar weder für die GV (Art. 698 ff. OR) noch für den VR (Art. 707 ff. OR). Eine Pflicht wäre denn auch mit kaum lösbaren *praktischen Problemen* verbunden, was bei der

137 Das Aktienbuch dient weniger als Informationsmedium als vielmehr als Legitimationsmittel für die Aktionäre; grundlegend hierzu: ULRICH BENZ, Aktienbuch und Aktionärswechsel (Diss. Zürich 1981) 115 ff. m.w.H.; ZOBL, Einblicknahme, 50.

138 Die Thematik wird insbesondere in den USA im Zusammenhang mit dem sog. "collective action problem" diskutiert; erwähnt sei etwa: ROBERT CHARLES CLARK, Corporate Law (10. A., Boston 1986) 394 ff.

139 FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 104; ZOBL, Einblicknahme, 56; zudem: BÖCKLI, Aktienrecht, N 773. Im Ausland wird regelmässig auf datenschutzrechtliche Aspekte der Debatte hingewiesen.

140 Allg.: CEREGHETTI, Offenlegung, 196 f.

141 In diesem Zusammenhang: ZOBL, Einblicknahme, 54 ff.; KARL SPIRO, Verwaltungsrat und Aktienbuch (...), SAG 31 (1958/59) 15 ff.

142 Statt aller: HORBER, Informationsrechte, N 618 ff.; FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 103 FN 95.

143 Übersicht zur Thematik: HORBER, Informationsrechte, N 621 ff.

144 Grundlegend: ZOBL, Einblicknahme, 52 ff. m.w.H.

145 Ausnahme bei der Bonitätsüberprüfung von nicht voll liberalisierten Aktien: ZOBL, Einblicknahme, 52 sowie 57; GABRIELLI, Verhältnis, 47.

146 Zum aOR: BGE 69 II 315 Erw. I.; zudem: BÜCHLER, Kontrollrecht, 39. In diesem Sinne ausserdem: WEBER, Kommentar, N 14 zu Art. 697 OR m.w.H.; FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 100 FN 77 sowie 103 FN 94 (je m.w.H.); FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 40 N 195. A.M.: SHELBY DU PASQUIER/MATTHIAS OERTLE, Basler Kommentar, in: Obligationenrecht II (Basel 1994) N 8 zu Art. 686 OR.

147 A.M.: CEREGHETTI, Offenlegung, 197; unklar, aber wohl ähnlich wie hier: WEBER, Kommentar, N 14 zu Art. 697 OR; allg.: GABRIELLI, Verhältnis, 47 FN 211.

148 Vgl. dazu vorne B. I.

149 Ausführlich: ZOBL, Einblicknahme, 53 ff. sowie 57 (Fazit).

150 Beim Auskunftsrecht ist die Frage der Begründungspflicht ebenfalls umstritten; Hinweise: FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 99 FN 73.

151 In diesem Sinne: GABRIELLI, Verhältnis, 45 f.; a.M.: HORBER, Informationsrechte, N 648 m.w.H.; offen: FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 99 m.w.H. in FN 73; WEBER, Kommentar, N 18 zu Art. 697 OR.

152 FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 99.

153 Entgegen der Annahme von GABRIELLI, Verhältnis, 46 FN 202 ist es ohne weiteres möglich, dass überhaupt keine Voten erfolgen, die protokolliert werden; ausserdem können selbstverständlich Voten ohne Begründung abgegeben werden.

154 Gemäss Art. 680 Abs. 1 OR kann vom einzelnen Aktionär keine Begründung für sein Stimmverhalten – also m.a.W. ein "Handeln" und nicht ein "Unterlassen" – verlangt werden.

GV – sc. keine "union de doctrine" unter den Aktionären<sup>153</sup> nötig – offensichtlich ist<sup>154</sup>.

Zwischen diesen beiden Organen und den einzelnen Aktionären besteht ausserdem *keine rechtliche Sonderbeziehung*, die eine solche im Gesetz nicht enthaltene Handlungspflicht der GV bzw. des VR verlangen würde. Von einem praktischen Standpunkt her wäre es sogar "gefährlich", eine Begründung abgeben zu wollen, könnte dadurch doch zumindest eine *faktische Gebundenheit* in einem allfälligen späteren Klageverfahren (v.a. bei einer Informationsklage, bei einer Anfechtungsklage, bei einer Nichtigkeitsklage oder bei einer Verantwortlichkeitsklage gegen den VR) in diesem Zusammenhang resultieren<sup>155</sup>.

### cc. Im Übrigen

In der Praxis sind in der Schweiz die *Revisionsgesellschaften* sowie die *Banken* meistens als Aktiengesellschaften organisiert. Ihre eigenen Aktionäre haben somit ebenfalls ein Einsichtsrecht gemäss Art. 697 Abs. 3 OR in die Gesellschaftsunterlagen dieser AG. Sofern es allerdings um Dokumente geht, die dem *Berufsgeheimnis* unterstehen (i.c. also dem Revisionsgeheimnis oder dem Bankgeheimnis), werden dadurch absolute Geschäftsgeheimnisse tangiert<sup>156</sup>, die den VR zur Einsichtsverweigerung (bzw. zur Auskunftsverweigerung) nicht nur berechtigen, sondern sogar verpflichten<sup>157</sup>.

Die Verhandlungen – insbesondere die Fragen und Antworten zum Informationsrecht – in einer ausserordentlichen oder in einer ordentlichen GV sind zu *protokollieren* (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR). In der Phase nach der GV<sup>158</sup> hat der Aktionär ein entsprechendes *Einsichtsrecht ins GV-Protokoll*, wobei dieser Anspruch auf Art. 702 Abs. 3 OR<sup>159</sup> als "lex specialis" zu Art. 697 Abs. 3 OR abgestützt wird, obwohl das GV-Protokoll als "Geschäftsbuch" zu qualifizieren ist<sup>160</sup>; diese Auslegung erweist sich als positiv für den Minderheitenschutz, hat doch der Aktionär somit ein *voraussetzungsloses* Einsichtsrecht<sup>161</sup>.

## C. Wahrnehmung der Informationsrechte

### 1. GV als Dreh- und Angelpunkt

#### a. Einführung

Der Gesellschafter einer AG hat einen Anspruch darauf, "an der Generalversammlung" (Art. 697 Abs. 1 OR) vom VR bestimmte *Auskünfte* zu verlangen; *Einsichten* in gewisse Gesellschaftsunterlagen kann u.a. durch "Ermächtigung der Generalversammlung" (Art. 697 Abs. 3 OR)<sup>162</sup> gewährt werden. Bei beiden Formen des Informationsrechts des Aktionärs ist also die *Generalversammlung* der Dreh- und Angelpunkt, obwohl der VR weiterhin von zentraler Bedeutung bleibt<sup>163</sup>. Unbesehen dessen, muss die Wahrnehmung dieser beiden Gesellschafterrechte *nicht traktandiert* wer-

den im Sinne von Art. 699 ff. OR<sup>164</sup>, womit insbesondere die Beachtung der Formvorschriften (Art. 700 OR) entfällt<sup>165</sup>.

Das Informationsrecht kann m.a.W. bei *jedem GV-Traktandum* ausgeübt werden, muss indes mit diesem Traktandum einen konkreten Sachbezug haben. Im Übrigen kann das Informationsrecht in breitem Umfang wahrgenommen werden unter dem (fakultativen) *Traktandum "Varia"* bzw. "Verschiedenes"; gewisse Praktiker empfehlen in diesem Zusammenhang, notabene als eigentliche (Abwehr-)Strategie, auf ein entsprechendes Traktandum in der GV *jeweilen zu verzichten*<sup>166</sup>.

155 Dies scheint die Zielsetzung zu sein bei der Argumentation von GABRIELLI, Verhältnis, 46: "Auf diese Weise kann ein Richter im Rahmen einer angehobenen Klage auf Einsicht gemäss Art. 697 Abs. 4 OR entscheiden, ob die Einsicht gerechtfertigterweise verweigert wurde"; dieser Autor übersieht, dass im prozessualen Stadium irgendeine Argumentation zulässig ist, sofern sie den gesetzlichen Erfordernissen entspricht, d.h. selbst ein "Nachschieben" von Geschäftsgeheimnissen etc. kann im konkreten Einzelfall durchaus zulässig sein.

156 Vgl. dazu vorne B.2.b.

157 Hierzu: FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 100.

158 Vgl. dazu hinten C.1.d.

159 Vgl. dazu hinten C.1.c.

160 WEBER, Kommentar, N 16 zu Art. 697 OR.

161 Der Aktionär benötigt somit keine "Ermächtigung der Generalversammlung" oder einen "Beschluss des Verwaltungsrates" und muss sich auch nicht auf die "Wahrung der Geschäftsgeheimnisse" verpflichten lassen.

162 Bei dieser Ermächtigung handelt es sich um einen "normalen" GV-Beschluss, der nichtig (Art. 706b OR) oder anfechtbar (Art. 706 f. OR) sein kann: vgl. dazu vorne B.2.a.

163 Beim Auskunftsrecht gibt es keinen GV-Beschluss, sondern ausschliesslich der VR erteilt Auskunft (Art. 697 Abs. 1 OR); beim Einsichtsrecht kann die Ermächtigung entweder durch einen GV-Beschluss oder aber durch einen VR-Beschluss erteilt werden (Art. 697 Abs. 3 OR).

164 Wünscht ein Aktionär die Traktandierung der Geltendmachung seines Informationsrechts im Allgemeinen oder für spezifische Sachbereiche im Besonderen, so kommt er nicht umhin, die Voraussetzungen gemäss Art. 699 Abs. 3 OR (sc. Vertreten von mindestens 10% des Aktienkapitals oder von Aktienkapital mit einem Nennwert von mindestens CHF 1 Mio.) zu erfüllen und den Anspruch auf Traktandierung wahrzunehmen.

165 Der Aktionär kann sozusagen "out of the blue" an einer GV insbesondere sein Einsichtsrecht geltend machen und im Hinblick auf eine erhoffte "Ermächtigung der Generalversammlung" (Art. 697 Abs. 3 OR) eine entsprechende GV-Abstimmung beantragen; m.E. besteht in diesem Bereich eine echte Lücke, die mittels einer analogen Anwendung von Art. 700 Abs. 3 Satz 2 OR gefüllt werden sollte.

166 M.E. ist insofern ein Konter bzw. eine (Angriffs-)Taktik möglich, dass der informationsbegierige Aktionär einen nicht traktandierungspflichtigen Sonderprüfungsantrag stellt (Art. 700 Abs. 3 a.E. OR) und sein Informationsrecht in diesem Zusammenhang geltend macht.

Das Informationsrecht steht dem Aktionär gegenüber dem VR für *jede* GV zu, es kommt also insbesondere nicht darauf an, ob es sich um *ordentliche* GV oder um *ausserordentliche* GV handelt<sup>167</sup>. Anders verhält es sich nur, aber immerhin bei der Informationspflicht der Revisionsstelle, die sich ausschliesslich im Rahmen von ordentlichen GV materialisiert<sup>168</sup>.

Der Aktionär sollte aus eigenem Interesse und dem Motto der Eigenverantwortlichkeit folgend nicht unbedingt bis zur GV zuwarten, um erstmals aktiv zu werden, d.h. es besteht durchaus eine – in der Praxis oftmals unterschätzte – Phase vor der GV<sup>169</sup> mit möglichen Kontaktaufnahmen gegenüber dem VR, obwohl zweifelsohne die Phase der GV<sup>170</sup> am wichtigsten bleibt. In der Phase nach der GV<sup>171</sup>, die dem Aktionär verschiedene prozessuale oder sonstige Möglichkeiten gewährt, stehen in der Folge meistens Rückblick auf die GV und Vorausblick zum weiteren Vorgehen an.

## b. Phase vor der GV

Es empfiehlt sich für den Aktionär, bereits *vor der* GV gewisse Vorbereitungsarbeiten in Angriff zu nehmen und sich in diesem Zusammenhang insbesondere zu überlegen, welche spezifischen Informationen verlangt und welche konkreten Fragen gestellt werden sollen. Oftmals macht es faktisch sowie rechtlich<sup>172</sup> Sinn, sich als "Voranfrage"<sup>173</sup> an den VR mit einem schriftlichen *Fragenkatalog* zu wenden, der in einem späteren Zeitpunkt – z.B. anlässlich der GV – schriftlich oder mündlich ohne weiteres ergänzt oder sonst wie modifiziert werden kann. Es gibt de lege lata indes *keine Rechtspflicht*, vorgängig einer GV mit dem VR zu kommunizieren und ihm allenfalls sogar konkrete Fragen anzukündigen<sup>174</sup>.

Wenn sich der VR überhaupt *nicht bewusst* ist, dass konkrete Fragen gestellt werden sollen, ist er allenfalls in der GV für spezifische, vertiefte Antworten nicht vorbereitet, so dass ihm eine entsprechende Verteidigung leicht fällt. Als Grundsatz gilt: Je unvorbereiteter ein VR ist (und sein darf), desto oberflächlicher und unverbindlicher kann die Antwort ausfallen, d.h. es genügt m.E. in jedem Fall ein "best effort" des VR<sup>175</sup>. Ist sich der VR hingegen des Informationsbegehrens des Aktionärs *bewusst*, hat er sich in vernünftigem Rahmen entsprechend vorzubereiten, beispielsweise indem er Abklärungen im Hinblick auf Antworten vornimmt oder erforderliche "Geschäftsbücher und Korrespondenzen" gemäss Art. 697 Abs. 3 OR in die GV physisch mitnimmt<sup>176</sup>; in einer solchen Situation trifft ihn zudem eine eigentliche Anwesenheitspflicht hinsichtlich der GV<sup>177</sup>.

In der Lehre wird teils eine *Informationsvermittlung* befürwortet, die gegenüber dem Informationsgläubiger *vor der* GV stattfindet<sup>178</sup>. M.E. kann ein solches Verhalten des VR *nicht* auf Art. 697 OR abgestützt werden<sup>179</sup> und ist regelmässig *abzulehnen*. Das entsprechende Erteilen von Informationen an Aktionäre – sei es durch Auskünfte des VR oder durch das Gewähren von Einsichten – verstösst ausserdem in aller Regel gegen das *Gleichbehandlungsgebot*

(Art. 717 Abs. 2 OR)<sup>180</sup>. Es besteht immerhin eine "Rettungsvariante", indem die verlangten und zu erteilenden Informationen *allen* Aktionären der betroffenen AG vorgängig zugänglich gemacht werden<sup>181</sup>.

167 Irrelevant ist zudem, wie die GV einberufen wurde (z.B. genügt eine Universalversammlung gemäss Art. 701 OR), oder ob allenfalls Einberufungsfehler im Rahmen von Art. 699 ff. OR bestehen.

168 Vgl. dazu hinten C.1.c.

169 Vgl. dazu hinten C.1.b.

170 Vgl. dazu hinten C.1.c.

171 Vgl. dazu hinten C.1.d.

172 Mit dem vorgängigen Ankündigen eines Informationsbegehrens bzw. mit dem Stellen von entsprechenden Fragen wird eine Handlungspflicht des VR begründet, der sich vorbereiten muss; unterlässt der VR dies, kann ein solches Verhalten sanktioniert werden mittels verschiedener Aktionärsklagen (v.a. Informationsklagen, Sonderprüfungsklagen, Verantwortlichkeitsklagen). Diese Thematik erweist sich zudem als relevant bei der Sonderprüfung und deren Subsidiarität: Vgl. dazu hinten D.3.

173 WEBER, Kommentar, N 4 zu Art. 697 OR; zudem: FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 97.

174 Es besteht ein grundlegender Unterschied zur Antragspflicht im Rahmen von Traktandierungsbegehren (Art. 699 Abs. 3 Satz 3 OR).

175 Die Verhaltenspflicht des VR konkretisiert sich jeweils unter Art. 717 OR sowie unter Art. 2 ZGB.

176 Allg. zur Thematik: FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 100 FN 79; WEBER, Kommentar, N 17 zu Art. 697 OR.

177 Für die Revisionsstelle ergibt sich aus Art. 729c Abs. 3 OR eine Anwesenheitspflicht, die mit ihrer Informationspflicht gemäss Art. 697 Abs. 1 a.E. OR korrespondiert: Vgl. dazu hinten C.1.c.

178 In diesem Sinne insbesondere: FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 97; dieser Autor scheint aber zumindest eine statutarische Grundlage hierfür zu verlangen: a.a.O. 99 FN 71 ("Auskunftserteilung nicht nur an der GV"). Des Weiteren: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 40 N 167; GABRIELLI, Verhältnis, 40 f. (Auskunft) sowie 43 f. (Einsicht).

179 Das Informationsrecht wird in der Phase der GV wahrgenommen: Vgl. dazu hinten C.1.c. Eine Informationsvermittlung vor der GV könnte ausserdem nicht protokolliert werden (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR).

180 Zur Gleichbehandlung im Bereich des Informationsrechts statt aller: HUGUENIN JACOBS, Gleichbehandlungsprinzip, 242 ff. U.a. aus dieser Überlegung werden Informationsprivilegien von (Gross-)Aktionären etc. abgelehnt: Vgl. dazu hinten D.1.

181 Die Informationsverteilung kann beispielsweise erfolgen durch Pressemitteilungen, durch Aktionärsbriefe oder durch Publikationen auf der Webpage der AG.

182 WEBER, Kommentar, N 4 a.A. zu Art. 697 OR. Damit wird u.a. sichergestellt, dass die übrigen Aktionäre wissen oder verstehen, um was es eigentlich geht; diese Gesellschafter können nämlich völlig ahnungslos sein, weil keine Traktandierungspflicht und keine Antragspflicht in diesem Bereich bestehen.

183 Art. 697 Abs. 1 OR: "an der Generalversammlung (...) verlangen".

**c. Phase während der GV**

Das Informationsbegehren ist vom Aktionär *in der GV* (allenfalls noch einmal) zu stellen<sup>182</sup>. Dies ergibt sich beim Auskunftsrecht ausdrücklich aus dem Gesetz<sup>183</sup>, muss aber ebenfalls hinsichtlich dem Einsichtsrecht gelten<sup>184</sup>. Sollte ein entsprechendes Begehren auf Auskunft oder auf Einsicht bereits in der Phase *vor* der GV<sup>185</sup> beim VR eingegangen sein, muss dieses *nicht automatisch* in der GV (wieder) aufgenommen und vom VR eingebracht werden, ausser Treu und Glauben oder Art. 717 OR verlangen eine solche selbständige Aktivität<sup>186</sup>. Im Grundsatz ersetzt also die Phase vor der GV nicht die "Handlungsobliegenheiten" der Aktionäre im Verlauf der anschliessenden GV<sup>187</sup>.

Die verlangten, den Aktionären rechtmässig zustehenden Informationen sind grundsätzlich<sup>188</sup> in der GV *zu erteilen*, zumindest wenn dies überhaupt (schon) möglich ist<sup>189</sup>. Der VR hat somit Auskünfte abzugeben und Einsichten in "Geschäftsbücher und Korrespondenzen" zu ermöglichen im Rahmen der GV. Im Hinblick auf das Auskunftsrecht braucht es *keine Beschlussfassung* (Art. 697 Abs. 1 OR), für das Einsichtsrecht ist hingegen entweder ein entsprechender *VR-Beschluss*, der notabene bereits vor der GV gefasst werden kann, oder aber ein zustimmender *GV-Beschluss* unterlässlich (Art. 697 Abs. 3 OR).

Die "Begehren um Auskunft und die darauf erteilten Antworten" werden im *Protokoll der GV* festgehalten (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Der Wortlaut der Bestimmung erscheint zu eng, bezieht sich m.E. diese Protokollierungspflicht des VR doch sowohl auf das *Auskunftsrecht* gemäss Art. 697 Abs. 1/Abs. 2 OR als auch auf das *Einsichtsrecht* gemäss Art. 697 Abs. 3 OR; dies bedeutet beispielsweise, dass einerseits der Umstand der Geltendmachung des Rechts auf Einsicht<sup>190</sup> sowie andererseits die daraus resultierenden Erkenntnisse<sup>191</sup> – zumindest sofern die Einsicht in der GV stattfindet – protokolliert werden<sup>192</sup>. Im Anschluss an die GV darf schliesslich das Protokoll *eingesehen* werden (Art. 702 Abs. 3 OR)<sup>193</sup>. Dessen Informationsgehalt kann indes *relativiert* sein, wenn als Folge allfälliger *Geheimhaltungspflichten* nicht alle Informationen protokolliert werden müssen<sup>194</sup>.

Die vorliegenden Ausführungen konzentrieren sich im Grossen und Ganzen auf den VR als Informationsschuldner. Erwähnt sei immerhin, dass von der *Revisionsstelle* der AG ebenfalls Auskunft verlangt werden kann über "Durchführung und Ergebnis ihrer Prüfung" (Art. 697 Abs. 1 a.E. OR)<sup>195</sup>. Die Informationspflicht der Revisionsstelle korrespondiert mit ihrer *Anwesenheitspflicht* in der GV gemäss Art. 729c Abs. 3 OR, die de lege lata eines der wenigen noch verbliebenen unentziehbaren bzw. "absolut wohlervorbenen" Rechte des Aktionärs darstellt. Sowohl die Informationspflicht als auch die Anwesenheitspflicht der Revisionsstelle beziehen sich nur auf die *ordentliche* GV<sup>196</sup>.

**d. Phase nach der GV**

Die Informationen im Zusammenhang mit dem Auskunftsrecht und mit dem Einsichtsrecht sind, wenn dies dem VR

überhaupt möglich ist, an der GV selber zu erteilen<sup>197</sup>. Wurde das Informationsrecht schon vor der GV geltend gemacht oder zumindest angekündigt, kann und muss sich der VR entsprechend vorbereiten<sup>198</sup>. In der Praxis kommt es allerdings vor, dass die Auskünfte sowie die Einsichten erst *nach der GV* gewährt werden (können), was im Hinblick auf die *übrigen Aktionäre* nicht selten nachteilig sein kann, wenn diese anderen Gesellschafter vom VR – was wohl i.d.R. anzunehmen ist – mit den konkreten Informationen *nicht bedient* werden<sup>199</sup>.

Das Informationsbegehren und die Ergebnisse müssen in der GV *protokolliert* werden<sup>200</sup>. Im Anschluss daran kann jeder Aktionär, und zwar selbst wenn er an der GV nicht teil-

184 Art. 697 Abs. 3 OR ist allerdings nicht so klar und eindeutig wie der erste Absatz dieser Bestimmung.

185 Vgl. dazu vorne C.1.b.

186 Eine Pflicht zur Wiederaufnahme durch den VR in der GV ergibt sich zudem für den Fall, dass das Informationsbegehren im Rahmen von Art. 699 f. OR (sc. eigentliches Traktandierungsbegehren) gestellt wurde, was jedoch nicht obligatorisch ist und äusserst selten vorkommen dürfte.

187 Es sei dem Aktionär deshalb empfohlen, in jedem Fall "am Ball" zu bleiben und in der GV das Informationsbegehren (erneut) zu stellen; dadurch wird die Eigenverantwortlichkeit des Gesellschafters betont.

188 Teils werden die Informationen erst nach der GV erteilt; vgl. dazu hinten C.1.d.

189 Um diese Möglichkeit zu öffnen, sollte denn auch der Aktionär in der Phase vor der GV aktiv werden und beispielsweise einen Fragenkatalog einreichen; vgl. dazu vorne C.1.b.

190 Die Protokollierung diese Tatsache beruht unmittelbar auf Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR.

191 Diese Erkenntnisse werden zu "darauf erteilten Antworten" (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR), wenn der Aktionär in der GV das Wort ergreift und seine Einsicht und Einsichten mitteilt; in diesem Zusammenhang hat der Gesellschafter ebenfalls die Möglichkeit, Protokollerklärungen abzugeben (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 4 OR).

192 Gl.M.: GABRIELLI, Verhältnis, 44 m.w.H. in FN 192.

193 Vgl. dazu hinten C.1.d.

194 Vgl. dazu hinten D.2.

195 Die Revisionsstelle ist allerdings "nicht mehr primärer Ansprechpartner" beim Informationsrecht: WEBER, Kommentar, N 5 zu Art. 697 OR.

196 Anders verhält es sich hingegen beim VR, der informationspflichtig für ordentliche oder für ausserordentliche GV ist; vgl. dazu vorne C.1.c.

197 Vgl. dazu vorne C.1.c.

198 Vgl. dazu vorne C.1.b.

199 Diese Aktionäre können sich nur, aber immerhin dadurch absichern, dass sie sich in der GV ausdrücklich "anschliessen" beim geltend gemachten Informationsrecht; es empfiehlt sich, eine entsprechende Protokollerklärung in der GV abzugeben (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 4 OR).

200 Vgl. dazu vorne C.1.c.

201 Vorbehalten bleiben immerhin allfällige Geheimhaltungspflichten; vgl. dazu hinten D.2.

genommen hat, das *GV-Protokoll einsehen*, womit die verlangten und (coram publico) erteilten Informationen im Prinzip "öffentlich" werden<sup>201</sup>. Der Gesellschafter hat allerdings *keinen Herausgabeanspruch* bezüglich dem Protokoll<sup>202</sup> und kann m.E. *keine beglaubigten Abschriften* daraus verlangen<sup>203</sup>. Im Zusammenhang mit dem GV-Protokoll ist zudem denkbar, dass der Aktionär eine sog. *Protokollberichtigungsklage* einreicht<sup>204</sup>.

In der Phase nach der GV sind schliesslich *weitere Aktionärsklagen* möglich, die einen unmittelbaren Bezug zu den Gesellschafteransprüchen auf Information haben. Hierbei stehen im Vordergrund einerseits die *Informationsklagen* (Art. 697 Abs. 4 OR)<sup>205</sup> und andererseits die *Sonderprüfungsklagen* (Art. 697b ff. OR)<sup>206</sup>; diese beiden Formen der Klage auf Informationen sind unabhängig voneinander, d.h. es besteht *keine Subsidiarität* zwischen ihnen<sup>207</sup>. Der Rechtsschutz ist bei der Informationsklage konzeptionell aktionärsfreundlicher ausgestaltet als bei der Sonderprüfungsklage<sup>208</sup>.

## 2. Geltendmachung mittels Klage (Art. 697 Abs. 4 OR)

Bei der *Informationsklage* gemäss Art. 697 Abs. 4 OR<sup>209</sup>, einem wichtigen Instrument des prozessualen Minderheitenschutzes<sup>210</sup>, handelt es sich um eine *Leistungsklage*<sup>211</sup>, die ohne weiteres *schieds- und vergleichsfähig* ist<sup>212</sup>; die Klage bezieht sich sowohl auf das Auskunftsrecht als auch auf das Einsichtsrecht des Gesellschafters (sc. "die Auskunft oder die Einsicht"). Jeder Aktionär unabhängig vom Aktienbesitz – es geht m.a.W. um eine Einzelklage – ist *aktivlegitimiert* zur Klage<sup>213</sup>, und zwar unbeschadet davon, ob der Kläger als solcher das Informationsrecht in der GV in eigener Person geltend gemacht hat oder nicht<sup>214</sup>. Informationsschuldner sind zwar die VR (sowie für bestimmte Sachbereiche in ordentlichen GV die Revisionsstellen)<sup>215</sup>, als *passivlegitimiert* erweisen sich hingegen die AG<sup>216</sup>, an deren *Sitz* die Informationsklage einzureichen ist<sup>217</sup>. Die *Beweislast* richtet sich nach Art. 8 ZGB<sup>218</sup>.

Das Gesetz sieht zwar *keine Klagefrist* vor, bei allzu langem Zuwarten droht indes die Verwirkung des Anspruchs<sup>219</sup>. In aller Regel dürfte Rechtsmissbrauch vorliegen, wenn ein Aktionär länger als zwei Monate nach einer GV mit der

Protokoll befürwortet. Immerhin kann der Aktionär im Rahmen eines Verfahrens (z.B. Protokollberichtigungsklagen oder Anfechtungsklagen) das GV-Protokoll edieren lassen.

204 Zu dieser Klage: KUNZ, Klagen, 102, 106 sowie 117 m.w.H. 205 Vgl. dazu hinten C.2.

206 Statt aller: ANDREAS CASUTT, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich 1991) § 8 N 1 ff.; KUNZ, Klagen, 43 ff.

207 Vgl. dazu hinten D.3.

208 Während die Informationsklage als Einzelklage ausgestaltet ist, stellt die Sonderprüfungsklage eine Gruppenklage dar. Allg. in diesem Zusammenhang: KUNZ, Klagen, 51 ff. m.w.H.

209 Zum aOR: WIDMER, Auskunfterteilung, 49 ff.; WYSS, Recht, 216 ff.; WALTHER, Minderheitsschutznormen, 63 f. sowie 80 ff.; zum geltenden OR: VOCK, Fragen, 39 ff.; HORBER, Informationsrechte, N 557 ff. (Auskunft) sowie N 690 ff. (Einsicht). Im Allgemeinen zu den Informationsklagen grundlegend: MARKUS AFFOLTER, Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess (Diss. St. Gallen 1993) 53 ff.

210 BÜCHLER, Kontrollrecht, 46: "Die durch Art. 697 III [aOR] herbeigeführte Intervention des Richters dient vor allem den Minderheitsaktionären als Schutz vor den Mehrheitsaktionären".

211 GABRIELLI, Verhältnis, FN 227.

212 Die Schiedsfähigkeit sowie in erster Linie die Vergleichsfähigkeit sind im aktienrechtlichen Bereich hingegen bei den Gestaltungs- und bei den Auflösungsklagen (v.a. bei den Anfechtungs- und bei den Auflösungsklagen) umstritten: KUNZ, Klagen, 83 f., 176 sowie 178 f.

213 Anders als bei anderen Klagen (z.B. Art. 678 Abs. 3 OR, Art. 706 Abs. 1 OR, Art. 741 Abs. 2 OR, Art. 754 Abs. 1 OR) ergibt sich die Aktivlegitimation nicht aus dem Gesetzeswortlaut selber, der bloss einen "Antrag" – ohne Hinweis auf den Antragsberechtigten – erwähnt (Art. 697 Abs. 4 a.E. OR); die Qualifikation der Informationsklage als Aktionärsklage ist m.W. allerdings unbestritten.

214 M.E. ist somit zulässig, dass sich der Kläger "anhängt", d.h. das Informationsbegehren eines anderen Gesellschafters, das nach klägerischer Ansicht in der GV nicht oder nicht befriedigend beantwortet wurde, verfahrensmässig für sich selber einführt; selbstverständlich kommt der Kläger nicht umhin, sein eigenes Rechtsschutzinteresse nachzuweisen, damit das Gericht auf seine Klage eintritt. Allg. zum Rechtsschutzinteresse: GABRIELLI, Verhältnis, 26 sowie 54.

215 Vgl. dazu vorne C.1.c.

216 KUNZ, Klagen, 43 f.

217 Diese Klarstellung zum Gerichtsstand gegenüber dem aOR erfolgte mit der letzten Aktienrechtsrevision: KUNZ, Klagen, 24 FN 28 m.w.H.

218 Folglich hat der Kläger die positiven Elemente – vgl. dazu vorne B.1.a./B.2.a. – und die beklagte AG die negativen Elemente – vgl. dazu vorne B.1.b./B.2.b. – zu beweisen. Im Ergebnis wohl gl.M.: WEBER, Kommentar, N 22 zu Art. 697 OR.

219 WEBER, Kommentar, N 20 zu Art. 697 OR; HORBER, Informationsrechte, N 738 f.; GABRIELLI, Verhältnis, 54.

220 In diesem Sinne kann Art. 706a Abs. 1 OR analog herangezogen werden, und zwar im Sinne einer Vermutung: KUNZ, Klagen, 79 FN 40.

221 Hierzu: WEBER, Kommentar, N 21 zu Art. 697 OR; WYSS, Recht, 226 ff.

222 Zum Problem der Substantiierung statt aller: EPPENBERGER, Information, 108 ff.

202 Statt aller: BÖCKLI, Aktienrecht, N 1319 a.A.; zum aOR: ALFRED SCHEIT, Stellung und Aufgaben der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bei der Durchführung der ordentlichen Generalversammlung (Diss. Zürich 1976) 127.

203 Der Aktionär kommt um eine physische Einsichtnahme am Gesellschaftersitz und – beispielsweise – um das Erstellen von Notizen über den Text im GV-Protokoll nicht herum; mit diesem Auslegungsverständnis wird u.a. dessen Eigenverantwortlichkeit hervorgehoben und ein mögliches Querulantum relativiert. A.M.: BÖCKLI, Aktienrecht, N 1319, der einen Anspruch auf beglaubigte Abschriften aus dem GV-

Klage zuwartet<sup>220</sup>. Im Rechtsbegehren der Klage muss die gewünschte Information *konkret umschrieben* werden<sup>221</sup>, d.h. eine "fishing expedition" ist unzulässig<sup>222</sup>, wodurch nicht zuletzt die Eigenverantwortlichkeit des Aktionärs betont werden soll<sup>223</sup>. Im Hinblick auf das Einsichtsrecht ist – zur besseren Kontrollierbarkeit durch den Aktionär – die Vorlage der *Originalunterlagen* anzuordnen<sup>224</sup>.

Materiell erforderlich bei der Informationsklage ist, dass die Auskunft oder die Einsicht von der AG "verweigert" wurde, und zwar "ungerechtfertigterweise" (Art. 697 Abs. 4 OR)<sup>225</sup>. Als Verweigerung der Informationsvermittlung durch den VR gilt in jedem Fall die "Nichtbehandlung des Begehrens"<sup>226</sup>, doch auch eine materiell unbefriedigende Auseinandersetzung<sup>227</sup> mit dem Begehren – nach einem objektiven Massstab<sup>228</sup> – kann entsprechend qualifiziert werden. Ob ein Rechtfertigungsgrund für die Verweigerung von der AG geltend gemacht und nachgewiesen werden kann, ergibt sich "on the merits" des konkreten Einzelfalls<sup>229</sup>.

Die *Berufungsfähigkeit* einer Informationsklage<sup>230</sup> ans Bundesgericht hängt vom konkreten Verfahren ab. Wenn der Richter "se prononce sur l'existence et l'étendue de ce droit [sc. des Auskunftsrechts oder des Einsichtsrechts], le juge rend une *décision définitive* dans une *contestation civile*"<sup>231</sup>. Wurde die Informationsklage hingegen nur *akzesorisch* erhoben, beispielsweise im Zusammenhang mit einer bzw. im Hinblick auf eine Einberufungsklage (Art. 699 Abs. 4 OR), ist die eidgenössische Berufung ausgeschlossen<sup>232</sup>. Faktisch kommt es selten zu Prozessen wegen Informationsklagen, erst recht vor Bundesgericht. Dies ist wohl damit zu erklären, dass die meisten Aktionäre entsprechende Verfahren faktisch nur als "Vorbereitungen" für "richtige" Klagen (z.B. Art. 706 ff. OR, Art. 754 ff. OR) empfinden.

## D. Einzelaspekte

### 1. Informationsprivilegien für Grossaktionäre?

Ein Teil der Doktrin versucht, bei den "grösseren Aktionären"<sup>233</sup> bzw. bei den "Gross- und Mehrheitsaktionären"<sup>234</sup> eine eigentliche *Informationsprivilegierung* zu rechtfertigen<sup>235</sup>, und zwar sowohl bei den Publikums-AG<sup>236</sup> als auch bei den Privat-AG. Hierbei überwiegt im Allgemeinen eine praxisorientierte Argumentation (z.B. der behauptete "Landesbrauch"<sup>237</sup> oder die an sich unterstützenswerte "Eigeninitiative" von Aktionären<sup>238</sup>), die jedoch weder im Gesetz noch in der bisherigen Rechtsprechung eine Grundlage findet und m.E. im Ergebnis *abgelehnt* werden muss<sup>239</sup>.

Ein "Landesbrauch" kann bekanntlich durchaus einen "Landesmissbrauch" darstellen. Des Weiteren ist zur "Eigeninitiative" zu bemerken, dass oft bestimmte Informationen überhaupt erst ein Interesse wecken<sup>240</sup>, d.h. eine Privilegierung würde sich ständig und für die Zukunft *kumulieren* unter dem Motto: "Mit dem Essen kommt der Hunger";

wer also nicht a priori dabei wäre, für den würde faktisch gelten: "Wer zu spät kommt, den bestraft das (Aktienrechts-) Leben", was mit der geltenden Ordnung nicht vereinbar ist.

Berücksichtigt werden muss ausserdem das *Gleichbehandlungsprinzip*, das vom Gesetzgeber nicht zuletzt mit der Ordnung von Art. 697 OR (sc. Verlangen und Erteilen

223 Das Bundesgericht hielt im Hinblick auf die Sonderprüfung mit BGE 123 III 265 Erw. 3. a. fest: "Auf der anderen Seite ist aber auch den Aktionären zuzumuten, bei der Formulierung ihres Auskunfts- oder Einsichtsbegehrens eine gewisse Sorgfalt aufzuwenden und darin so klar, wie es ihnen aufgrund ihres Kenntnisstandes möglich ist, zum Ausdruck zu bringen, worüber sie weiteren Aufschluss zu erhalten wünschen".

224 M.E. müssen die Originalakten – sofern noch vorhanden – vorgelegt werden, die wohl h.M. geht hingegen davon aus, dass es sich nur um ein "können" handelt: ROLF BÄR, Wichtige Neuerungen im revidierten Aktienrecht, BN 53 (1992) 410; WEBER, Kommentar, N 22 a.E. zu Art. 697 OR; FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 100 m.w.H. in FN 78.

225 Allg.: HORBER, Informationsrechte, N 721 ff. sowie N 815 ff.

226 WEBER, Kommentar, N 21 zu Art. 697 OR.

227 GABRIELLI, Verhältnis, 52: "Dabei kann eine ungenügende oder mangelhafte Auskunft wie eine vollständige Auskunftsverweigerung behandelt werden". Ähnlich: VOCK, Fragen, 42 f.

228 A.M. hingegen: GABRIELLI, Verhältnis, 52, der von einem subjektiven Ansatz (sc. "Sicht des Aktionärs") ausgeht.

229 Die Verweigerung von Informationen ist gerechtfertigt bzw. nicht ungerechtfertigt, wenn die positiven Elemente des Informationsrechts (z.B. Kriterium der Erforderlichkeit) nicht gegeben sind, oder aber wenn negative Elemente des Informationsrechts (z.B. Geschäftsgeheimnisse) vorhanden sind.

230 Allg.: WEBER, Kommentar, N 23 zu Art. 697 OR.

231 BGE 112 II 147 Erw. 2. b.; Hervorhebungen hinzugefügt.

232 BGE 112 II 148 Erw. 2. b. ("mesure préparatoire").

233 BÖCKLI, Aktienrecht, N 1660e (u.a. Titel).

234 HOFSTETTER, Gleichbehandlung, 228 ff. sowie 233; ähnlich: WATTER, Minderheitenschutz, 121.

235 Erwähnt seien: HOFSTETTER, Gleichbehandlung, 228 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, N 1660a ff.; WATTER, Minderheitenschutz, 121 (allerdings mit dem Vorbehalt einer "Geheimhaltungspflicht"); ähnlich wohl: HORBER, Informationsrechte, N 864.

236 Mit diesem Fokus: HOFSTETTER, Gleichbehandlung, 222 ff.

237 BÖCKLI, Aktienrecht, N 1660g a.A.

238 Wenig überzeugend BÖCKLI, Aktienrecht, N 1660f: "Wer sich besonders interessiert, darf auch vom Verwaltungsrat mit gewissen zusätzlichen Informationen bedient werden".

239 Gl.M.: HUGUENIN JACOBS, Gleichbehandlungsprinzip, 242 ff., v.a. 244 ff.; ebenfalls kritisch: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 39 N 68 m.w.H. in FN 24/FN 25a; FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 106 ff.

240 Die Eigenverantwortlichkeit des Aktionärs spielt im Rahmen von Art. 697 OR durchaus eine wichtige Rolle, wenn auch nicht im vorliegenden Zusammenhang, sondern vielmehr etwa bei der Formulierung bzw. Konkretisierung des Informationsbegehrens oder beim (allenfalls erneuten) Vorbringen in der GV, selbst wenn das Begehren bereits früher gegenüber dem VR kommuniziert worden ist.

von Informationen zugunsten *aller* Aktionäre in der GV institutionalisiert wurde. Das ausschliesslich quantitative Moment des "grösseren Aktionärs" etc. als Differenzierungskriterium zum Informationsfluss würde Art. 717 Abs. 2 OR verletzen und kaum lösbare praktische Probleme mit sich bringen<sup>241</sup>. Im Bereich von Art. 697 OR gelangt somit nicht eine relative, sondern eine *absolute* Gleichbehandlung<sup>242</sup> – die doch nicht ganz "so absolut" ist – zur Anwendung. Denkbar ist immerhin, dass eine privatautonome Geheimhaltungspflicht die Informationsvermittlung "erleichtern" kann, u.U. sogar bis zu einer Privilegierung hin, womit das (absolute) Gleichbehandlungsprinzip doch wieder etwas relativiert wird<sup>243</sup>.

## 2. Geheimhaltungspflichten und Informationsvermittlung?

Grundsätzlich kann der Aktionär *tun und lassen, was er will*, d.h. er untersteht zumindest ex lege keiner Treue- oder Sorgfaltspflicht (Art. 680 Abs. 1 OR)<sup>244</sup>. Das Bundesgericht ging zu weit mit der folgenden, aus dem Jahre 1956 stammenden apodiktische Aussage: "Dans l'exercice des droits que lui confrère l'art. 697 CO [sc. aOR], l'actionnaire ne doit pas poursuivre des buts égoïstes, contraires à l'intérêt générale de la société et des autres actionnaires"<sup>245</sup>. Vorbehalten bleibt selbstverständlich – wie bei jeder Rechtsausübung des Aktionärs – das *Rechtsmissbrauchsverbot* gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB<sup>246</sup>.

Geheimhaltung ist in erster Linie notwendig und gerechtfertigt wegen dem erheblichen *Missbrauchspotential* im Zusammenhang mit vertraulichen Informationen bzw. "Interna" über die AG. Werden entsprechende Missbräuche hingegen ausgeschlossen, beispielsweise als Folge einer *privatautonomen Geheimhaltungspflicht*, sind – als Grundsatz – nunmehr Informationen zu erteilen<sup>247</sup>, und zwar zumindest in einem erweiterten Umfang verglichen mit dem Zustand ohne eine solche Pflicht. Die Geheimhaltungspflicht wird m.a.W. *kompensiert* durch (erweiterte) Informationen. M.E. können Geheimhaltungspflichten entweder auf (i) einer *statutarischen* Grundlage oder aber auf (ii) einer *vertraglichen* Basis eingeführt werden:

Die Einführung einer Geheimhaltungspflicht von Aktionären in den *Statuten* ist äusserst umstritten und wird von der h.M. abgelehnt<sup>248</sup>, doch dies m.E. zu unrecht<sup>249</sup>. Der Aktionär hat nur, aber immerhin ein "absolut wohlverordnetes" Recht, dass keine statutarische Geheimhaltung gegen seinen Willen eingeführt wird, d.h. es besteht kein rechtliches Argument gegen eine entsprechende Statutenordnung, die bei der *Gründung* vorgesehen wird, oder der später *alle Aktionäre* zustimmen. Unproblematisch ist die Regelung der Geheimhaltungspflicht in einem *Vertrag*, wobei die AG ein Vertragspartner sein muss<sup>250</sup>. Der VR kommt aus Gründen der *Gleichbehandlung* nicht umhin, jedem Aktionär den Abschluss einer identischen Geheimhaltungspflicht (mit folgender "Privilegierung") zu ermöglichen<sup>251</sup>.

Besteht eine statutarische oder eine vertragliche *Pflicht zur Geheimhaltung*, kann und muss in jedem Fall ein ver-

*stärker Informationsfluss* an die Gesellschafter stattfinden. Hierbei ist zu beachten: "Allen Aktionären, die sich der Schweigepflicht unterziehen, ist die Zusatzinformation in gleicher Weise zur Verfügung zu stellen"<sup>252</sup>. Die Gleichbehandlung stellt also das überragende Prinzip bei der Informationsvermittlung dar<sup>253</sup>.

241 Völlig unklar wäre insbesondere, bei welchem Schwellenwert eine Qualifikation als "grösserer Aktionär" möglich sein soll; WATTER, Minderheitenschutz, 121 will eine Privilegierung überhaupt erst beim Mehrheitsaktionär zulassen. Einen praxisorientierten Kriterien-Katalog schlägt vor: BOCKLI, Aktienrecht, N 1660f ff.

242 Wohl gl.M.: HUGUENIN JACOBS, Gleichbehandlungsprinzip, 244.

243 In diesem Sinne (hinsichtlich den Mehrheitsaktionären): WATTER, Minderheitenschutz, 121. Zu erwähnen ist allerdings, dass vertragliche Geheimhaltungspflichten in einem Spannungsverhältnis zum Gleichbehandlungsgebot stehen, und dass statutarische Geheimhaltungspflichten äusserst umstritten sind: vgl. dazu hinten D.2.

244 Eine solche Rechtsposition nimmt der Aktionär nur, aber immerhin in der Funktion als VR-Mitglied ein (Art. 717 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 707 Abs. 1 OR).

245 BGE 82 II 221 Erw. 2.

246 Hierzu: FELIX MATTHIAS RÜTTIMANN, Rechtsmissbrauch im Aktienrecht (Diss. Zürich 1994) 56 ff.; GABRIELLI, Verhältnis, 31 f.

247 Gl.M. bereits: WATTER, Minderheitenschutz, 121. Entsprechende Informationen sind allerdings nicht zu protokollieren im Rahmen von Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR: Vgl. dazu vorne C.1.c.

248 Statt aller: FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 88 FN 6.

249 Gemäss Art. 680 Abs. 1 OR widersprechen de lege lata nur statutarische Handlungspflichten, nicht aber statutarische Unterlassungspflichten dem Gesetz (sc. "zu leisten"); deshalb sind – nach umstrittener Ansicht – beispielsweise (i) eine persönliche Haftung oder (ii) eine Nachschusspflicht unzulässig, nicht aber etwa (iii) ein Konkurrenzverbot, (iv) eine Ausstandspflicht oder (v) eine Schweige-/Geheimhaltungspflicht.

250 Insofern dürften die "klassischen" Aktionärsbindungsverträge nicht in Frage kommen, bei denen die AG meistens nicht als Partei vorgesehen sind. Allg.: FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 106 FN 106.

251 Diese Pflicht ergibt sich aus dem Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 717 Abs. 2 OR. Würde der VR selektiv entsprechende Geheimhaltungen vereinbaren und gestützt darauf Informationen einzelnen Gesellschaftern zugänglich machen, läge eine unzulässige Privilegierung vor: hat hingegen ein Aktionär wie die anderen Gesellschafter eine identische Möglichkeit zum Abschluss einer solchen Vereinbarung, die er aber – aus welchen Gründen auch immer – ablehnt, kann er sich nicht mehr über den selektiven Informationsfluss gestützt auf vertragliche Geheimhaltungsvereinbarungen mit anderen Gesellschaftern beschweren.

252 FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte, 106.

253 Allg.: GABRIELLI, Verhältnis, 19 f.



### 3. Zu den Subsidiaritäten bei den Rechten auf Information

Im Zusammenhang mit dem Informationsrecht des Aktionärs wird unter verschiedenen rechtlichen Aspekten die Thematik der sog. *Subsidiaritäten* aufgeworfen<sup>254</sup>. Im Wesentlichen geht es hierbei um folgende Problembereiche: (i) Verhältnis des *Auskunftsrechts* zum *Einsichtsrecht* und vice versa, (ii) Verhältnis der Geltendmachung des Informationsrechts *in der GV* zur Klage vor *Gericht*, (iii) Verhältnis des *Informationsrechts* zum in der *GV* gestellten *Sonderprüfungsantrag*, (iv) Verhältnis der *Informationsklage* zum *Sonderprüfungsverfahren*. Im Folgenden wird auf einige ausgewählte Themen kurz hingewiesen.

Keiner weiteren Begründung bedarf, dass sich das Informationsrecht gemäss *Art. 697 OR* als reaktives Recht generell *nicht* als subsidiär im Verhältnis zu den spontanen Rechten auf Information<sup>255</sup> im Rahmen von *Art. 696 OR* – und vice versa – erweist<sup>256</sup>. D.h. das Informationsrecht kann vom Aktionär in jedem Fall in der *GV* geltend gemacht und allenfalls gerichtlich durchgesetzt werden, völlig unbeschadet davon, ob der *VR* die Erfordernisse von *Art. 696 OR* erfüllt hat oder nicht<sup>257</sup>.

Im Verhältnis vom *Auskunftsrecht* (*Art. 697 Abs. 1/ Abs. 2 OR*)<sup>258</sup> einerseits zum *Einsichtsrecht* (*Art. 697 Abs. 3 OR*)<sup>259</sup> andererseits – und vice versa – kann ebenfalls die Frage nach einer allfälligen Subsidiarität aufgeworfen werden, und zwar "untereinander" sowie im Hinblick auf die *Informationsklage*<sup>260</sup>. Aus dem Wortlaut, aus der Systematik von *Art. 697 OR* und schliesslich aufgrund der teils unterschiedlichen Zielrichtungen der beiden Ansprüche des Informationsrechts ergibt sich m.E., dass es sich um unabhängige Rechte handelt, d.h. dass *keine* Subsidiarität besteht<sup>261</sup>.

Die *Informationsklage* setzt voraus, dass das Informationsrecht in der *GV* "ungerechtfertigterweise verweigert" wurde (*Art. 697 Abs. 4 OR*)<sup>262</sup>. Der Aktionär kommt also – zumindest im Grundsatz – nicht umhin, tatsächlich das Informationsrecht geltend zu machen, und zwar in der *GV*<sup>263</sup>, um überhaupt zur Klage auf Information zugelassen zu werden<sup>264</sup>; *Art. 697 Abs. 4 OR* erweist sich m.a.W. als *subsidiär* zu *Art. 697 Abs. 1 – Abs. 3 OR* (aber nicht vice versa)<sup>265</sup>, wobei keine hohen Anforderungen an die Identität der Begehren gestellt werden dürfen<sup>266</sup>. Eine Ausnahme muss m.E. allerdings für den Fall zugestanden werden, dass gestützt auf die konkreten Umstände des Einzelfalls klar ist, dass der Gang in die *GV* ein "Gang nach Canossa" wäre und sich als *völlig unnützlich* erweisen würde<sup>267</sup>.

Es steht fest, dass die *Sonderprüfung* im Allgemeinen (*Art. 697a ff. OR*) und der *Sonderprüfungsantrag* im Besonderen (*Art. 697a Abs. 1 a.E. OR*) zum Informationsrecht *subsidiär* sind, wird doch vorausgesetzt, dass der Aktionär "das Recht auf Auskunft oder das Recht auf Einsicht bereits ausgeübt hat"<sup>268</sup>. Durch den Begriff "oder" wird klargestellt, dass hinsichtlich dem Sonderprüfungsanspruch vorgängig nur *entweder* das Recht auf Auskunft (*Art. 697 Abs. 1/Abs. 2 OR*) *oder* das Recht auf Einsicht (*Art. 697 Abs. 3 OR*) geltend gemacht werden muss<sup>269</sup>. Hingegen ist *nicht* erforderlich, eine *Informationsklage* (*Art. 697 Abs. 4*

*OR*) zu erheben, um eine Sonderprüfung verlangen sowie durchführen zu können<sup>270</sup>.

Der *materielle Umfang* der Subsidiarität der Sonderprüfung (*Art. 697a ff. OR*) gegenüber dem Informationsrecht (*Art. 697 OR*) ist im Hinblick auf den sachlichen Bezug hingegen im Einzelnen umstritten<sup>271</sup>; eine Kontroverse der Doktrin besteht in erster Linie für die praxisrelevante Grundsatzfrage, ob das Informationsbegehren den *maximalen Rahmen* für den Sonderprüfungsantrag in der *GV* darstellt, oder ob die Hürde der Subsidiarität als bloss *formales Erfordernis* grosszügig zugunsten des Antragsstellers in der *GV* ausgelegt werden soll. Das Bundesgericht hat die Thematik wohl noch nicht endgültig entschieden<sup>272</sup>.

254 In generellem Zusammenhang für die übrigen Aktionärsklagen etwa: KUNZ, Klagen, 107 ff. m.w.H.

255 Vgl. dazu vorne A.1.a.

256 Zum Verhältnis von *Art. 696 OR/Art. 697 OR*: EPPENBERGER, Information, 96 ff.; HORBER, Informationsrechte, N 250 ff. Gemäss WEBER, Kommentar, N 1 a.A. zu *Art. 697 OR* "ergänzt" *Art. 697 OR* zwar *Art. 696 OR*, doch dieser Autor leitet daraus keine Subsidiarität ab; ähnlich: GABRIELLI, Verhältnis, 15.

257 Es ginge denn wohl auch nicht an, dass der *VR* sein eigenes Fehlverhalten (sc. Nichtbeachtung von *Art. 696 OR*) als Verteidigung unter dem Stichwort einer angeblichen "Subsidiarität" verwenden könnte.

258 Vgl. dazu vorne B.1.

259 Vgl. dazu vorne B.2.

260 Diese Thematik war zentraler Streitpunkt eines Entscheids im Kanton Zürich im Jahre 1947: ZR 47 (1948) 201 ff., Nr. 94; die Vorinstanz bejahte ein "Prinzip der Subsidiarität" (a.a.O. 203), das Obergericht verneinte ein solches aber schliesslich (a.a.O. 206). Zudem: VOCK, Fragen, 42 FN 218.

261 Wohl ähnlich: HORBER, Informationsrechte, N 582 FN 951 sowie N 711 f.

262 Vgl. dazu vorne C.2.

263 Vgl. dazu vorne C.1.c.

264 Gleich war die Rechtslage unter aOR, obwohl der Gesetzeswortlaut damals nicht so klar war wie de lege lata: WALTHER, Minderheitsschutznormen, 82 f. m.w.H.

265 Im Hinblick auf die *Informationsklage* reicht es allerdings aus, dass entweder das *Auskunftsrecht* oder aber das *Einsichtsrecht* geltend gemacht wurde, d.h. es braucht nicht die Wahrnehmung beider Varianten des Informationsrechts; allg. zudem: WEBER, Kommentar, N 21 zu *Art. 697 OR*.

266 Ähnlich: GABRIELLI, Verhältnis, 56.

267 Die Beweislast für den "Gang nach Canossa" liegt in jedem Fall beim klagenden Aktionär.

268 Überblick: GABRIELLI, Verhältnis, 144 ff.

269 In diesem Sinne: KUNZ, Subsidiarität, 3 m.w.H. in FN 46.

270 Statt aller: ANDREAS BINDER, Die Verfassung der Aktiengesellschaft (Diss. Basel 1987) 261; KUNZ, Subsidiarität, 3 m.w.H. in FN 49.

271 Zur Diskussion in der Doktrin statt aller: FELIX HORBER, Das Auskunftsbegehren und die Sonderprüfung – siamesische Zwillinge des Aktienrechts, SJZ 91 (1995) 165 ff. (restriktiv); KUNZ, Subsidiarität, 2 f. m.w.H. (grosszügig). Mittelpositionen in der Doktrin vertreten beispielsweise: BÖCKLI, Aktienrecht, N 1866; GABRIELLI, Verhältnis, 155 ff.

272 BGE 123 III 265 Erw. 3. a.

## E. Literaturhinweise

Im Folgenden sind einzig die Werke angezeigt, die im Text mehrfach zitiert werden; Literaturhinweise, die nur für eine einzige Belegstelle verwendet werden, sind in den entsprechenden Anmerkungen des Textes vollständig angezeigt:

- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht (2. A. Zürich 1996) [zit.: BÖCKLI, Aktienrecht];
- BÜCHLER HANS-PETER, Das Kontrollrecht der Aktionäre (Diss. Zürich 1971) [zit.: BÜCHLER, Kontrollrecht];
- CEREGHETTI LEONARDO, Offenlegung von Unternehmensbeteiligungen im schweizerischen Recht (Diss. St. Gallen 1994) [zit.: CEREGHETTI, Offenlegung];
- EPPENBERGER MATTHIAS, Information des Aktionärs – Auskunft- oder Mitteilungspflicht? (Diss. St. Gallen 1989) [zit.: EPPENBERGER, Information];
- FORSTMOSER PETER, Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs. in: Rechtsfragen um die Generalversammlung (Zürich 1997) 85–129 [zit.: FORSTMOSER, Meinungsäusserungsrechte];
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996) [zit.: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht];
- GABRIELLI FABRIZIO, Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung (Diss. Basel 1996) [zit.: GABRIELLI, Verhältnis];
- HOFSTETTER KARL, Die Gleichbehandlung der Aktionäre in börsenkotierten Gesellschaften, SZW 68 (1996) 222–233 [zit.: HOFSTETTER, Gleichbehandlung];
- HORBER FELIX, Die Informationsrechte des Aktionärs (Zürich 1995) [zit.: HORBER, Informationsrechte];
- HUGUENIN JACOBS CLAIRE, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht (Zürich 1994) [zit.: HUGUENIN JACOBS, Gleichbehandlungsprinzip];
- KUNZ PETER V., Die Klagen im Schweizer Aktienrecht (Zürich 1997) [zit.: KUNZ, Klagen]; DERS., Zur Subsidiarität der Sonderprüfung, SJZ 92 (1996) 1–5 [zit.: KUNZ, Subsidiarität];
- VOCK DOMINIK, Prozessuale Fragen bei der Durchsetzung von Aktionärsrechten (Diss. Zürich 1999) [zit.: VOCK, Fragen];
- WALTHER CONRAD MICHAEL, Zur Rechtsanwendung wertungsbedürftiger Minderheitsschutznormen im schweizerischen Aktienrecht (Diss. Bern 1987) [zit.: WALTHER, Minderheitsschutznormen];
- WATTER ROLF, Minderheitenschutz im neuen Aktienrecht. AJP/PJA 1993, 117–125 [zit.: WATTER, Minderheitenschutz];
- WEBER ROLF H., Basler Kommentar, in: Obligationenrecht II (Basel 1994) [zit.: WEBER, Kommentar. N [...] zu Art. 697 OR];
- WIDMER KURT, Das Recht des Aktionärs auf Auskunfterteilung de lege lata und de lege ferenda (Art. 697 OR) (Diss. Zürich 1961) [zit.: WIDMER, Auskunfterteilung];
- WYSS H. F., Das Recht des Aktionärs auf Auskunfterteilung (Art. 697 OR) unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen (Diss. Zürich 1953) [zit.: WYSS, Recht];
- ZOBL DIETER, Zur Frage der Einblicknahme in das Aktienbuch, SZW 64 (1992) 49–57 [zit.: ZOBL, Einblicknahme].

L'auteur s'occupe préliminairement du concept d'information à trois degrés dans les sociétés anonymes suisses. Le point fort de son article porte sur les droits réactifs de renseignement (art. 697 CO), c'est-à-dire sur les droits pour lesquels les actionnaires doivent devenir actifs.

L'auteur essaye à calquer la portée du droit aux renseignements (art. 697 al. 1/al. 2 CO); les différentes limites des droits sont mises en évidence au moyen d'exemples concrets (p. ex. les honoraires des administrateurs ainsi que les réserves latentes). Au surplus, l'auteur aborde les éléments positifs et négatifs du droit de la consultation (art. 697 al. 3 CO). Dans ce contexte il thématise les problèmes de la consultation du registre des actionnaires ainsi que le procès-verbal de l'assemblée générale.

Les droits à l'information des actionnaires selon l'art. 697 du CO ont comme pivot et charnière l'assemblée générale. L'auteur s'occupe des différentes phases – nominalement: avant, pendant et après l'assemblée générale – et met en évidence les activités possibles respectivement recommandées. Si la requête est sans succès, l'actionnaire peut ouvrir une action auprès du Juge (art. 697, al. 4 CO).

Finalement, l'auteur aborde la question controversée concernant les privilèges d'information des actionnaires importants.

(Flurin von Planta)