



Peter V. Kunz*

Informationsrechte der Aktionäre

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
 1. Aktienrechtliche Megatrends
 - 1.1. Übersicht
 - 1.2. Transparenz(en)
 2. Neues Aktienrecht
 - 2.1. Informationsregime
 - 2.2. Entwicklungen
- II. Auskunftsrecht
 1. Basis
 2. Auskunft
 - 2.1. Informationsgläubiger
 - 2.2. Informationsschuldner
 3. Formelle Aspekte
 - 3.1. Geltendmachung
 - 3.2. Gegenstand
 4. Materielle Aspekte
 - 4.1. Erforderlichkeit
 - 4.2. Verweigerung
 5. Weitere Aspekte
- III. Einsichtsrecht
 1. Basis
 2. Einsicht
 - 2.1. Informationsgläubiger
 - 2.2. Informationsschuldner
 3. Formelle Aspekte
 - 3.1. Geltendmachung
 - 3.2. Gegenstand
 4. Materielle Aspekte
 - 4.1. Erforderlichkeit
 - 4.2. Verweigerung
 5. Weitere Aspekte
- IV. Recht auf Sonderuntersuchung
 1. Basis
 2. Sonderuntersuchung
 - 2.1. Informationsgläubiger
 - 2.2. Informationsschuldner
 3. Formelle Aspekte
 - 3.1. Geltendmachung
 - 3.2. Gegenstand

4. Materielle Aspekte
 - 4.1. Erforderlichkeit
 - 4.2. Verweigerung
5. Weitere Aspekte
 - 5.1. Zielsetzungen
 - 5.2. Durchführung
- V. Informationsklagen
 1. Klagen auf Auskunft und auf Einsicht
 - 1.1. Grundlagen
 - 1.2. Weitere Aspekte
 2. Sonderuntersuchungsklage
 - 2.1. Grundlagen
 - 2.2. Weitere Aspekte

I. Einführung

1. Aktienrechtliche Megatrends

1.1. Übersicht

Seit dem 19. Jahrhundert stellt traditionellerweise das Aktienrecht sog. *Organisationsrecht* dar, d.h. eine regulatorische Ordnung, die in erster Linie ein möglichst effizientes Funktionieren von Aktiengesellschaften (AG) sicherstellen soll¹. Im Vordergrund stehen der *Gesellschafterschutz* sowie der *Gläubigerschutz*, wohingegen sich weitergehende Ziele – etwa soziale Gerechtigkeit («Corporate Social Responsibility»)², Geschlechtervertretung in Exekutivorganen («Diversity»)³ oder Nach-

¹ PETER V. KUNZ, Funktion(en) des Aktienrechts – vom Organisationsrecht zum Katalysator der Gesellschaftspolitik?, SZW 90/2018, 253 ff., 257 ff.

² Vgl. PETER FORSTMOSER, Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?, in: Waldburger et al. (Hrsg.), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, 157 ff.; KARIN MÜLLER, Corporate Social Responsibility, Politisches Engagement von Unternehmen, Beiheft 54 Bibliothek zur ZSR, Basel 2017, 1 ff.; URS SCHENKER, Corporate Social Responsibility, SZW 5/2017, 635 ff., 635 ff.; PETER V. KUNZ, Wirtschaftsrecht – Grundlagen und Beobachtungen, Bern 2019, § 12 N 55 ff.

³ Statt aller: CHRISTIAN RIOULT, Gender Diversity in der Unternehmensführung, Diss. St.Gallen 2016, *passim*; URS SCHENKER, Gleichstellung – Ein aktienrechtliches Thema, SZW 5/2015, 469 ff., 469 ff.

* Prof. Dr. PETER V. KUNZ, Rechtsanwalt, LL.M. (Georgetown University Law Center, Washington DC) ist Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung sowie geschäftsführender Direktor des Instituts für nationales und internationales Wirtschaftsrecht (www.iwr.unibe.ch); der vorliegende Beitrag wurde im Mai 2023 abgeschlossen; ich bedanke mich für die Unterstützung bei zwei wissenschaftlichen Assistenten an meinem Lehrstuhl: Rechtsanwalt MATTHIAS HOFER sowie Rechtsanwalt YUSUF SUME.

haltigkeit («Sustainability»)⁴ – nicht unmittelbar aus dem Aktienrecht ergaben, zumindest bis vor wenigen Jahren.

Im 21. Jahrhundert haben sich die gesellschaftsrechtlichen Ziele erheblich verändert. Insbesondere während der letzten Dekade wurden Unternehmen immer häufiger mit *gesellschaftspolitischen Forderungen* konfrontiert, die zum traditionellen Schutz der Aktionäre oder der Gläubiger keinerlei direkten Bezug aufweisen, höchstens einen «added value» darstellen. Unbesehen dessen nahm und nimmt der aktienrechtliche Gesetzgeber diese Debatten auf, notabene in einem positiven Sinn, also befürwortend.

Dies zeigt sich gerade mit der *jüngsten Aktienrechtsrevision*, die in der Schweiz per 1. Januar 2023 abschliessend in Kraft trat⁵. Der aktienrechtliche Gesetzgeber setzt, etwas trivialisiert, verschiedene *legislative Megatrends* um⁶, teils geplant und teils wohl eher zufällig. Erwähnt werden können in diesem Zusammenhang – als Beispiele – die *Digitalisierung* einerseits⁷ sowie die *Internationalisierung* andererseits⁸. Ein weiterer Megatrend gelangt mit dem aktuellen Aktienrecht in weiten Teilen zum Durchbruch, sowohl bei PubLAG als auch bei privaten AG: die *Transparenz* bzw. deren Verbesserung⁹.

1.2. Transparenz(en)

In jüngerer Vergangenheit hat sich die *Unternehmenspublizität* stark entwickelt, und immer mehr Publizitätspflichtigen müssen beachtet werden¹⁰. Im Ergebnis

führt dies zu einer *erhöhten Transparenz*, wenn auch in unterschiedlichen Ausgestaltungsformen, u.a. differenziert etwa nach Inhalten, nach «Schuldner» sowie nach «Gläubigern» und entsprechender Informationen. Die Rechtsgrundlagen ergeben sich primär aus dem Börsengesellschaftsrecht auf der einen Seite sowie aus dem Aktienrecht auf der anderen Seite.

Bei *PubLAG* geht es beispielsweise um die Meldepflicht durch Publikumsaktionäre zur Offenlegung von Beteiligungen bei gewissen Grenzwerten (Art. 120 FinfraG)¹¹ sowie um die Informationspflicht durch Emittenten von kotierten Aktien bei kursrelevanten Tatsachen (sog. Ad hoc-Publizität: z.B. Art. 53 KR SIX)¹². Bei *privaten AG* stehen – als Beispiele – die Informationen durch Statuten und durch das Handelsregister, die Meldepflicht betreffend wirtschaftlich berechnete Personen (Art. 697j ff. OR)¹³ sowie die Rechnungslegung (Art. 957 ff. OR) im Vordergrund. Schliesslich sind ebenfalls *Transparenzberichte* zu erwähnen¹⁴.

Ein weiteres Element der aktienrechtlichen Transparenz, sozusagen auf «Mikroebene», bilden die *Informationsrechte* des Aktionärs¹⁵, auf die im Rahmen der vorliegenden Publikation eingegangen wird. Das entsprechende Informationsregime¹⁶ ergibt sich aus Art. 697 ff. OR. Mit dem «neuen» Aktienrecht bleiben zwar bisherige Prinzipien¹⁷ dieser Aktionärsrechte gewahrt. Unbesehen dessen wurden z.T. weitreichende Neuerungen¹⁸ beim *Auskunftsrecht*, beim *Einsichtsrecht* sowie bei der *Sonderuntersuchung* eingeführt.

In der Wirtschaftsrealität existieren nicht selten *Informationsasymmetrien*, gerade im Verhältnis zwischen Verwaltungsrat (VR) sowie Aktionären. Die Informationsrechte gemäss Art. 697 ff. aOR bzw. Art. 697 ff. OR sollten und sollen umso mehr in Zukunft die «aufkeimende Ohnmacht der Aktionäre» mildern, selbst wenn

⁴ Generell: PETER V. KUNZ, Wirtschaftsethik durch Wirtschaftsrecht?, in: Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, 227 f.; HANS CASPAR VON DER CRONE/MARIE HOCH, Nachhaltigkeit und Nachhaltigkeitsreporting, AJP 1/2002, 40 ff., 40 ff.; URSULA BRUNNER, Nachhaltigkeitsberichterstattung, in: Sethe et al. (Hrsg.), Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 255 ff.

⁵ HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, *passim*; PETER V. KUNZ, Zum «Aktienrecht 4.0», Einordnung und Überblick zur neuen schweizerischen Aktienrechtsordnung, recht 4/2021, 195 ff., *passim*; PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Bern 2022, *passim*; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2022, *passim*; URS SCHENKER/OLIVIER SCHENKER, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, Bern 2023, *passim*.

⁶ In diesem Sinn: PETER V. KUNZ, Megatrends im Aktienrecht, FuW Nr. 46 2021, 3.

⁷ Eintragung im Aktienbuch (Art. 686 Abs. 2^{bis} OR), Universalversammlungen (Art. 701 Abs. 3 OR), Ausübung der Aktionärsrechte (Art. 701c OR), virtuelle Generalversammlungen der Aktionäre (Art. 701d OR) etc.; allg.: CHRISTOPH B. BÜHLER, Digitale Revolution im Aktienrecht?, SJZ 23/2017, 565 ff.

⁸ Die Internationalisierung wird ersichtlich bei den Regelungen z.B. zur Denomination des Aktienkapitals in Fremdwährungen (Art. 621 OR) sowie zu ausländischen Tagungsorten für GV (Art. 701b OR); allg.: PETER V. KUNZ, Internationalisierungen im Aktienrecht, ius.full 5/22, in medias res, 148 ff.

⁹ Vgl. dazu hinten I.1.2.; als *PubLAG* («Publikums-AG») werden Unternehmen mit kotierten Beteiligungspapieren (v.a. Aktien) verstanden, wohingegen alle übrigen AG als *private AG* gelten.

¹⁰ Umfassend: THOMAS JUTZI, Unternehmenspublizität – Grundlinien einer rechtlichen Dogmatik zur Offenlegung von unternehmensbezogenen Informationen, Habil. Bern 2017, *passim*.

¹¹ Vgl. PETER JUNG/PETER V. KUNZ/HARALD BÄRTSCHI, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, § 14 N 53 ff. m.w.H.

¹² Das *Kotierungsrecht* stellt keine Regulierung, sondern eine *Selbstregulierung* der Börsen dar; zur Thematik: MARIE VON FISCHER, Die Ad hoc-Publizität nach Art. 72 Kotierungsreglement, Diss. Bern 1999, *passim*; PETER CH. HSU, Ad-hoc-Publizität, Diss. Zürich 2000, *passim*; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (FN 11), § 14 N 31 f. und N 77 ff.

¹³ Auf ein entsprechendes Gesellschaftsregister muss in der Schweiz jederzeit «zugegriffen» werden können: Art. 697l Abs. 4 OR; die Nichteinhaltung dieser Meldepflicht kann sanktioniert werden (Art. 697m OR), und Registermängel stellen einen Organisationsmangel dar (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR).

¹⁴ Transparenz zu Vergütungen bzw. Vergütungsbericht: Art. 734 ff. OR; Transparenz über nichtfinanzielle Belange: Art. 964a ff. OR; Transparenz bei Rohstoffunternehmen: Art. 964d ff. OR; Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit: Art. 964j ff. OR.

¹⁵ Diese individuellen Informationsansprüche reflektieren einen *kollektiven Transparenzgedanken*: PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern 2001, § 12 N 5.

¹⁶ Vgl. dazu hinten I.2.1.

¹⁷ Vgl. dazu hinten I.2.2.a.

¹⁸ Vgl. dazu hinten I.2.2.b.

Unternehmen dies als «lästig» empfinden könnten¹⁹. Ob mit dem revidierten Aktienrecht in diesem spezifischen Bereich der bisherige *mangelhafte Aktionärsschutz verbessert* wird, bleibt abzuwarten.

2. Neues Aktienrecht

2.1. Informationsregime

Das Informationsrecht des Gesellschafters (als Oberbegriff) stellt *Basis aller Aktionärsrechte* dar²⁰. Insbesondere können Aktionäre ihr Stimmrecht gemäss Art. 692 ff. OR in Generalversammlungen (GV) nicht sinnvoll wahrnehmen, wenn Transparenzen fehlen²¹. Unbesehen dessen dürfen den *Partizipanten*, die aufgrund von Art. 656c Abs. 1 OR kein Stimmrecht haben (können), durch die Statuten der AG ein Auskunftsrecht sowie ein Einsichtsrecht privatautonom eingeräumt werden (Art. 656c Abs. 3 OR e contrario)²².

Seit der vorletzten «grossen» Aktienrechtsrevision, zu Beginn der 1990er Jahre, existiert eine «Trias» von Informationsrechten der Gesellschafter, die einen inneren Zusammenhang aufweisen: das Auskunftsrecht (Art. 697 OR)²³, das Einsichtsrecht (Art. 697a OR)²⁴ sowie die Sonderprüfung bzw. die Sonderuntersuchung (Art. 697c ff. OR)²⁵. Diese Aktionärsrechte umfassen *keine spontanen*, sondern *reaktive Transparenzen*, d.h. die Aktionäre müssen «eigenverantwortlich aktiv werden, um diese Informationen zu erhalten»²⁶.

2.2. Entwicklungen

a. Unveränderte Prinzipien

Die Aktienrechtsrevision liess die Informationsrechte gemäss Art. 697 ff. OR «in weiten Teilen» unverändert²⁷, insbesondere wurden mit mehreren grammatikalischen Normanpassungen keine inhaltlichen Neuerungen angestrebt. Beispielsweise blieb zum Informationsregime die bisherige «Trias» (sc. Auskunftsrecht, Einsichtsrecht sowie Recht auf Sonderuntersuchung)²⁸ erhalten. Ebenfalls stehen diese aktienrechtlichen Ansprüche weiterhin einzig den *Risikokapitalgebern* zu²⁹, also den Aktionären sowie u.U. den Partizipanten³⁰.

Aktionäre haben gegenüber «ihrer» AG aufgrund von Art. 680 Abs. 1 OR *keine Treuepflichten* und keine sonstigen Aktionärspflichten, die damit in Zusammenhang stünden (Beispiel: eine Geheimhaltungspflicht)³¹. Vor diesem Hintergrund erweisen sich sämtliche Informationsrechte konzeptionell als *a priori nicht schrankenlos*. Die *Verteidigungsmöglichkeiten* von AG bzw. VR gegenüber Aktionären – konkret: «Geschäftsgeheimnisse»³² und «schutzwürdige Interessen»³³ – bestehen unter neuem Recht grundsätzlich unverändert fort³⁴.

b. Veränderungen und Neuerungen

Trotz (Un-)Veränderungen u.a. bei den Prinzipien³⁵ erfolgte durch Art. 697 ff. OR «eine *teils umfassende Revision des Informationsregimes* im Zusammenhang mit den Aktionären»³⁶, wobei die Corporate Governance³⁷ einen Leitstern darstellte³⁸. Die wesentlichen Neuerungen ergeben sich aus *vier Paradigmenwechseln* zum Informationsregime³⁹: Differenzierung zwischen PublAG und privaten AG, vermehrte Regelungen zu Mindestbe-

¹⁹ URS BERTSCHINGER, Auskunfts- und Einsichtsrecht des Aktionärs – Durchgezogene Bilanz der Aktienrechtsrevision, SZW 3/2022, 187 ff., 187 f.; re Informationsasymmetrie: JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (FN 11), § 8 N 205.

²⁰ KUNZ (FN 15), § 12 N 4: «Ohne materielle Informationen können die übrigen Rechte durch die Aktionäre überhaupt nicht wahrgenommen werden, weil sie der Willensbildung dienen»; zudem Botschaft 2007: BBl 2008 1608 und Botschaft 2016: BBl 2017 455.

²¹ Dies wird etwa im Verantwortlichkeitsrecht sogar explizit anerkannt, indem ein *Déchargebeschluss* der GV überhaupt bloss wirksam ist für «bekanntgegebene Tatsachen»: Art. 758 Abs. 1 OR.

²² Das Recht auf Sonderuntersuchung gilt von Gesetzes wegen: Art. 656c Abs. 3 Satz 1 OR; vorbehalten bleibt in jedem Fall, dass der Partizipant «Begehren um Auskunft, Einsicht und Einleitung einer Sonderuntersuchung schriftlich zuhanden der Generalversammlung stellen» kann: Art. 656c Abs. 3 Satz 2 OR; auf die *Rechtsstellung der Partizipanten* im Zusammenhang mit Art. 697 ff. OR wird angesichts der geringen ökonomischen Bedeutung von Partizipationsscheinen (PS) *nicht* näher eingegangen.

²³ Vgl. dazu hinten II.

²⁴ Vgl. dazu hinten III.

²⁵ Vgl. dazu hinten IV.

²⁶ KUNZ (FN 2), § 7 N 656; generell: MATTHIAS EPPENBERGER, Information durch Mitteilung oder durch Auskunft am Beispiel der Information des Aktionärs, Diss. St. Gallen 1989, 64 ff.; FELIX HORBER, Die Informationsrechte des Aktionärs: Eine systematische Darstellung, Zürich 1995, N 48 ff.; VON DER CRONE (FN 5), N 782.

²⁷ BK-KUNZ, OR 697 ff. N 17.

²⁸ Vgl. dazu hinten II. – IV.

²⁹ D.h. die *Gesellschaftsgläubiger* haben de lege lata überhaupt *keine* Informationsrechte; Risikokapitalgeber können aufgrund der Informationen z.B. über Investition oder über Desinvestition entscheiden: VON DER CRONE (FN 5), N 779.

³⁰ Vgl. dazu vorne I.2.1.

³¹ Statt aller: KUNZ (FN 15), § 12 N 14 f.; VON DER CRONE (FN 5), N 780.

³² *Früher*: Art. 697 Abs. 2 Satz 2 aOR (Auskunft), Art. 697 Abs. 3 aOR (Einsicht) sowie Art. 697e Abs. 1/Abs. 2 aOR (Sonderprüfung); *heute*: Art. 697 Abs. 4 OR (Auskunft), Art. 697a Abs. 3 OR (Einsicht) sowie Art. 697g Abs. 2 OR (Sonderuntersuchung); re Differenzierung zwischen *absoluten* Geheimnissen sowie *relativen* Geheimnissen: PETER V. KUNZ, Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, AJP 8/2001, 883 ff., 889; im Detail: VON DER CRONE (FN 5), N 799 ff. m.w.H.

³³ *Früher*: Art. 697 Abs. 2 Satz 2 aOR (Auskunft) sowie Art. 697e Abs. 2 aOR (Sonderprüfung); *heute*: Art. 697 Abs. 4 OR (Auskunft), Art. 697a Abs. 3 OR (Einsicht) sowie Art. 697g Abs. 2 OR (Sonderuntersuchung).

³⁴ In diesem Sinn: KUNZ (FN 27), N 17 FN 42.

³⁵ Vgl. dazu vorne I.2.2.a.

³⁶ KUNZ (FN 27), N 2 (Hervorhebung im Original).

³⁷ KUNZ (FN 2), § 2 N 105.

³⁸ Botschaft 2007: BBl 2008 1670; Botschaft 2016: BBl 2017 540.

³⁹ Detailliert: KUNZ (FN 27), N 19 ff. m.w.H.

teiligungen, Relativierung der «GV-Zentriertheit» sowie neue aktienrechtliche Fristen.

Die «*Einheit des Aktienrechts*» für sämtliche AG stellt schon seit langem eine Illusion dar⁴⁰, und mit der jüngsten Revision werden bei den Informationsrechten ebenfalls *Differenzierungen* eingeführt⁴¹. *Mindestbeteiligungen* am Aktienkapital oder an den Stimmen spielen neu bei allen drei Informationsrechten eine zentrale Rolle⁴², und zwar entweder bei der gesellschaftsinternen Geltendmachung⁴³ oder bei der gerichtlichen Durchsetzung⁴⁴. Die bisherige «GV-Zentriertheit», die sich bis anhin bei sämtlichen Informationsrechten zeigte⁴⁵, ist in weiten Teilen relativiert, indem z.T. auf einen *Einbezug der GV verzichtet* wird⁴⁶. Verschiedene *Fristen*, die primär dem Schutz der Aktionäre dienen, stellen den letzten Paradigmenwechsel dar, und zwar sowohl vorprozessual⁴⁷ als auch prozessual⁴⁸.

Die gesetzliche Ordnung im Rahmen von Art. 697 ff. OR ist als blosser «*Mindeststandard*» zugunsten der Aktionäre zu verstehen. Privatautonom kann davon abgewichen werden, indes nicht die Gesellschafter «beschwerend». M.E. sind bei den Informationsrechten nur, aber immerhin, *statutarische Erleichterungen* möglich⁴⁹. Angesichts der Neuregelungen, insbesondere zu Mindestbeteiligungen sowie zu Fristen, dürften diese Mög-

lichkeiten eines erweiterten statutarischen Aktionärschutzes⁵⁰ in Zukunft an Bedeutung gewinnen⁵¹.

II. Auskunftsrecht

1. Basis

Mit der Neuordnung gemäss Art. 697 ff. OR wurden gegenüber Art. 697 ff. aOR *verschiedene Formalien* verändert⁵². Bei den Rechten auf Auskunft sowie auf Einsicht, die neu auf drei Normen «aufgeteilt» sind, erfolgte eine hierarchische «Beförderung» (statt als Teile der «Kontrollrechte»)⁵³. Mit diesen formellen Änderungen sind im Regelfall *keine materiellen Neuerungen*, sondern sprachliche Anpassungen verbunden.

Das *Auskunftsrecht*, das ehemals durch die Aktienrechtsrevision erheblich hätte ausgebaut werden sollen⁵⁴, wird auf der einen Seite in Art. 697 OR (materielle Grundlage) sowie auf der anderen Seite in Art. 697b OR (Informationsklage u.a. für Auskunft) geregelt. Bei Auskünften geht es um eine aktive Kommunikation des Informationsschuldners⁵⁵, und zwar mündlich oder schriftlich. Eine materielle Neuerung gegenüber der früheren Ordnung besteht darin, dass auch Auskunft *ausserhalb der GV* verlangt werden kann⁵⁶.

Obwohl der Aktionär meistens aus Eigeninteressen aktiv werden dürfte, geht es beim Auskunftsrecht um *kollektive Informationen* für das Aktionariat⁵⁷, zumindest potenziell. Die Auskunft wird nämlich einerseits den an der GV anwesenden Aktionären mündlich erteilt (Art. 697 Abs. 1 OR), und andererseits werden die schriftlichen Antworten des VR spätestens an der nächsten GV den Aktionären zugänglich gemacht (Art. 697 Abs. 3 Satz 2 OR)⁵⁸.

⁴⁰ Dies zeigt sich z.B. bei der *Vinkulierungsordnung*: Art. 685b OR/ Art. 685d OR.

⁴¹ Art. 697 Abs. 2 OR (Auskunftsrecht bei privaten AG) sowie Art. 697d Abs. 1 Ziff. 1/Ziff. 2 OR (Klagerechte im Hinblick auf eine Sonderuntersuchung).

⁴² Ehemals brauchte es eine Mindestbeteiligung einzig für die *Sonderprüfungsklage*: Art. 697b Abs. 1 aOR; diese gesetzlichen Schwellenwerte können Aktionäre entweder allein oder in Absprache mit anderen Aktionären gemeinsam (z.B. basierend auf einem Aktionärbindungsvertrag, ABV) erreichen.

⁴³ Art. 697 Abs. 2 OR: Auskunftsrecht (bei privaten AG ausserhalb der GV); Art. 697a Abs. 1 OR: Einsichtsrecht generell.

⁴⁴ Art. 697d Abs. 1 OR: Sonderuntersuchungsklage.

⁴⁵ Die GV war altrechtlicher *Dreh- und Angelpunkt*: KUNZ (FN 32), 893 ff.; vgl. Art. 697 Abs. 1 aOR (Auskunft einzig an GV möglich), Art. 697 Abs. 3 aOR (Einsicht u.a. mit Ermächtigung durch GV) sowie Art. 697a aOR (Sonderprüfungsantrag in GV, deren Entscheid über weiteren Verlauf entschied).

⁴⁶ Die GV spielt neurechtlich z.T. keine Rolle mehr, nämlich einerseits für das Auskunftsrecht ausserhalb von GV bei privaten AG (Art. 697 Abs. 2 OR) sowie generell beim Einsichtsrecht (Art. 697a OR); als unverändert zentral erweist sich hingegen die GV bei der Sonderuntersuchung: Art. 697c Abs. 1 OR.

⁴⁷ Der VR hat eine *vier Monate-Frist* zu beachten für das schriftliche Auskunftsrecht: Art. 697 Abs. 3 OR (die mündliche Auskunft gemäss Art. 697 Abs. 1 OR muss sogleich an der GV gegeben werden); eine vier Monate-Frist gilt ebenso für die Gewährung der Einsicht: Art. 697a Abs. 2 OR.

⁴⁸ *Informationsklage*: Art. 697b OR (30 Tage); *Sonderuntersuchungsklage*: Art. 697c Abs. 2 OR (30 Tage) bzw. Art. 697d Abs. 1 OR (drei Monate).

⁴⁹ Dies galt bereits unter früherem Recht: PETER FORSTMOSER, Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, in: Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, 99; KUNZ (FN 15), § 12 N 13 FN 44; vgl. VON DER CRONE (FN 5), N 796 a.A.

⁵⁰ M.E. wären auf statutarischer Basis – als Beispiele – eine 5%-Schwelle für das Auskunftsrecht (Art. 697 Abs. 2 OR) oder eine 3%-Schwelle für das Einsichtsrecht (Art. 697a Abs. 1 OR) möglich; ebenso könnten die Statuten betreffend Auskunft oder Einsicht z.B. die Frist von vier Monaten (Art. 697 Abs. 3 OR bzw. Art. 697a Abs. 2 OR) auf drei Monate verkürzen, weil dies im Interesse der Aktionäre liegt; gl.M.: BERTSCHINGER (FN 19), 195 ad FN 71.

⁵¹ Vgl. KUNZ (FN 27), N 5 ff.

⁵² Übersicht: KUNZ (FN 27), N 11 ff.

⁵³ Vgl. Marginalie zu Art. 696 aOR («IV. Kontrollrechte der Aktionäre»).

⁵⁴ Hinweise: FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 5), N 3 f. zu Art. 697 OR.

⁵⁵ Beim Einsichtsrecht geht es hingegen um ein blosses Zurverfügungstellen gewisser Gesellschaftsunterlagen zur Einsicht: Vgl. dazu hinten III.1.

⁵⁶ Art. 697 Abs. 2/Abs. 3 OR: Vgl. dazu hinten II.3.1.a.

⁵⁷ In diesem Sinn: VON DER CRONE (FN 5), N 794.

⁵⁸ M.E. muss bei der Handhabung in der Wirtschaftsrealität dem Erfordernis der sog. *informationellen Gleichbehandlung* sämtlicher Aktionäre ein besonderes Augenmerk geschenkt werden, d.h. Art. 717 Abs. 2 OR bedarf der Berücksichtigung.

2. Auskunft

2.1. Informationsgläubiger

Auf der einen Seite soll das Auskunftsrecht insbesondere der sinnvollen Wahrnehmung der Stimmrechte (Art. 692 ff. OR) dienen, so dass es naheliegender erscheint, etwa den *Gläubigern* ex lege keine eigentlichen Informationsrechte einzuräumen⁵⁹. Auf der anderen Seite wird mit dem Auskunftsrecht die Informationsasymmetrie der Risikokapitalgeber kompensiert, d.h. die *Partizipanten* kommen als Informationsgläubiger durchaus in Frage⁶⁰.

Konzeptionell stehen in jedem Fall die *Aktionäre* im Vordergrund⁶¹. Das Auskunftsrecht wurde daher als Aktionärsrecht ausgestaltet. M.E. kann ein Aktionär dieses Recht einzig wahrnehmen, *sobald* und *solange* in seiner Person die *Aktionärseigenschaft* besteht, was z.B. bei vinkulierten Namenaktien beachtet werden muss⁶². Mit Art. 697 OR wurde das Recht auf Auskunft gegenüber Art. 697 aOR «massvoll erweitert»⁶³.

2.2. Informationsschuldner

Der VR ist der primäre Informationsschuldner im Rahmen von Art. 697 OR⁶⁴. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um Auskunftsbegehren in GV (Art. 697 Abs. 1 OR) oder um schriftliche Anfragen (Art. 697 Abs. 2 OR) handelt. Bei der Auskunftserteilung muss der VR sowohl allgemeine Pflichten als auch spezifische Pflichten beachten⁶⁵, wobei er gegenüber Aktionären m.E. weder ein «Lügenrecht» noch eine «Lügenpflicht» hat⁶⁶.

Nur, aber immerhin, zur Revisionstätigkeit (Art. 727 ff. OR) ist die *Revisionsstelle* autonom auskunftspflichtig,

notabene einzig an ordentlichen GV⁶⁷. Das Auskunftsrecht des Aktionärs sowie die Auskunftspflicht der Revisionsstelle beziehen sich indes ausschliesslich auf «Durchführung und Ergebnis ihrer Prüfung» (Art. 697 Abs. 1 OR)⁶⁸. Insofern ist es der Revisionsstelle untersagt, *weitergehende Informationen* über die AG offenzulegen⁶⁹.

3. Formelle Aspekte

3.1. Geltendmachung

a. Einzelrecht

Beim Recht auf Auskunft erfolgte mit der jüngsten Aktienrechtsrevision eine *Zweiteilung*, und zwar im Hinblick sowohl auf den Ort als auch auf die Voraussetzungen zur Geltendmachung. Das Auskunftsrecht besteht zwar, wie unter früherem Recht gemäss Art. 697 Abs. 1 aOR, nach wie vor als Einzelrecht fort, doch wird neu (Art. 697 Abs. 2 OR) zusätzlich ein Minderheitenrecht für private Aktionäre vorgesehen⁷⁰.

Somit hat jeder Aktionär individuell ein *Einzelrecht* auf Auskunft⁷¹, und zwar bei PublAG ebenso wie bei privaten AG, denn Art. 697 Abs. 1 OR differenziert diesbezüglich nicht. Vorausgesetzt wird nur, aber immerhin, ein *GV-Bezug* bei der Geltendmachung, d.h. die Auskunft muss «an der Generalversammlung» (Art. 697 Abs. 1 OR) verlangt werden. M.E. schliesst dies nicht aus, dass ein Auskunftsbegehren *vorgängig schriftlich* gestellt wird, damit der VR sich vorbereiten kann, und in der Wirtschaftsrealität sind solche «Voranfragen» verbreitet⁷².

Typischerweise ergibt sich eine *mündliche Kommunikation* zwischen Informationsgläubiger und Informationsschuldner anlässlich der GV. Der Begriff «Generalversammlung» gemäss Art. 697 Abs. 1 OR umfasst im Übrigen *sämtliche GV-Varianten*: ordentliche GV, ausserordentliche GV, Präsenz-GV, virtuelle GV, Universalversammlung etc.⁷³.

b. Minderheitenrecht

Nebst dem Einzelrecht besteht *zusätzlich* für Aktionäre ein *Minderheitenrecht*. Für dieses Auskunftsrecht existieren auf Basis von Art. 697 Abs. 2 OR zwei einschrän-

⁵⁹ Immerhin können sich Gläubiger allenfalls Informationsrechte vertraglich ausbedingen; ausserdem kennt das *Rechnungslegungsrecht* verschiedene Transparenzvorschriften, die zu weitergehenden Offenlegungen – u.a. auch zugunsten der Gläubiger – führen (Beispiel: Art. 958e OR re Geschäftsberichte und Revisionsberichte).

⁶⁰ Vgl. dazu vorne I.2.1.

⁶¹ Art. 697 Abs. 1 OR: «Jeder Aktionär ist berechtigt (...)».

⁶² Das Auskunftsrecht hängt insofern vom *Stimmrecht* ab, also nach dem Motto: «Das Auskunftsrecht folgt dem Stimmrecht»; vgl. Art. 685c OR (nicht kotierte Aktien) sowie Art. 685f OR (kotierte Aktien).

⁶³ FORSTMOSE/KÜCHLER (FN 5), N 5 zu Art. 697 OR.

⁶⁴ Re früheres Recht: PETER V. KUNZ, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997, 43.

⁶⁵ Als *allgemeine Pflichten* können die Sorgfaltspflicht, die Treuepflicht sowie die Gleichbehandlungspflicht betrachtet werden: Art. 717 OR; zu den *spezifischen Pflichten* gehört z.B. die Wahrung der Frist, die neu im Gesetz erwähnt wird: «Der Verwaltungsrat erteilt die Auskunft innert vier Monaten» (Art. 697 Abs. 3 Satz 1 OR); diese Frist, die als *Ordnungsfrist* qualifiziert wird (KUNZ [FN 27], N 44), kann statutarisch verkürzt werden: vgl. dazu vorne I.2.2.

⁶⁶ Sollte der VR eine *konkrete Auskunft nicht geben* wollen, etwa zur Wahrung der «Interessen der Gesellschaft» (Art. 717 Abs. 1 OR) oder aus Gründen der Gleichbehandlung (Art. 717 Abs. 2 OR), hat er dies den *Aktionären offenzulegen*, notabene begründet mit «Geschäftsgeheimnissen» oder mit «schutzwürdigen Interessen» der AG: Art. 697 Abs. 4 OR.

⁶⁷ KUNZ (FN 32), 894.

⁶⁸ Statt aller: BÖCKLI (FN 5), § 8 N 275.

⁶⁹ Insofern kann aufgrund von Art. 697 Abs. 1 OR von der Revisionsstelle z.B. keine Stellungnahme zur *Geschäftsführung des VR* verlangt werden: «Die Geschäftsführung des Verwaltungsrats ist nicht Gegenstand der Prüfung durch die Revisionsstelle» (Art. 728a Abs. 3 OR und Art. 729a Abs. 3 OR).

⁷⁰ Vgl. dazu hinten II.3.1.b.

⁷¹ FORSTMOSE/KÜCHLER (FN 5), N 7 zu Art. 697 OR.

⁷² Hierzu: SCHENKER/SCHENKER (FN 5), 177 f.; KUNZ (FN 32), 894; DERS. (FN 27), N 39; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (FN 11), § 8 N 207 a.A.; BÖCKLI (FN 5), § 8 N 267; vgl. BGE 132 III 81 Erw. 2.1.

⁷³ KUNZ (FN 27), N 28.

kende Voraussetzungen, nämlich auf der einen Seite, dass es sich um *private Aktionäre* handelt («Aktien nicht an einer Börse kotiert»), sowie auf der anderen Seite, dass sie an der AG eine *Mindestbeteiligung* halten («mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen»). Mit diesem Auskunftsrecht sind *Privilegierungen* für die Aktionäre verbunden:

Das Auskunftsrecht kann – erstens – jederzeit gegenüber dem VR geltend gemacht werden⁷⁴, d.h. insbesondere auch ohne GV; der VR hat – zweitens – eine Frist von vier Monaten zur Auskunft bzw. zur Stellungnahme, so dass die Thematik nicht «ewig verschoben» werden kann⁷⁵; die Kommunikation hat – drittens – jeweils schriftlich zu erfolgen⁷⁶; m.E. darf die schriftliche Auskunft nicht durch eine mündliche Auskunft anlässlich einer GV ersetzt werden, die innerhalb der Frist von vier Monaten stattfindet⁷⁷.

3.2. Gegenstand

Als Gegenstand einer Auskunft kommen ausschliesslich *Gesellschaftsangelegenheiten* in Frage⁷⁸. Dies trifft auf Auskunftsbegehren sowohl anlässlich einer GV als auch ausserhalb einer GV zu («Angelegenheiten der Gesellschaft»: Art. 697 Abs. 1 sowie Abs. 2 OR), d.h. insofern erweisen sich die Gegenstände beider Auskunftsbegehren als identisch⁷⁹. Die verlangten Informationen müssen einen *Sachzusammenhang mit der AG* aufweisen⁸⁰, der thematisch nicht durch die Traktandenliste einer GV beschränkt wird⁸¹.

Die entweder mündlich in der GV (Art. 697 Abs. 1 OR) oder schriftlich ausserhalb der GV (Art. 697 Abs. 2 OR) erteilte Auskunft muss für die Aktionäre bzw. für den

Aktionär *objektiv verständlich* erfolgen, was durchaus Anforderungen an die entsprechenden Kommunikationen mit sich bringen kann⁸². Dadurch sind – als Beispiele – Auskünfte mittels Zeichensprache oder auf Chinesisch ausgeschlossen⁸³, zumindest im Regelfall.

4. Materielle Aspekte

4.1. Erforderlichkeit

Massgebliches Kriterium für die Auskunftspflicht des VR ist die *Erforderlichkeit* im Hinblick auf *Aktionärsrechte*: «Die Auskunft muss erteilt werden, soweit sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist (...)» (Art. 697 Abs. 4 a.A. OR)⁸⁴. Dabei handelt es sich um eine Voraussetzung für die Auskunft gemäss Art. 697 Abs. 1 OR einerseits sowie für die schriftliche Auskunft im Rahmen von Art. 697 Abs. 2 OR andererseits. Die *Beweislast* betreffend Erforderlichkeit trifft den klagenden Aktionär⁸⁵.

Als «Aktionärsrechte» kommen *sämtliche Rechte von Aktionären* in Frage, wobei es in der Wirtschaftsrealität wohl meist um das Stimmrecht sowie um die Klagerechte gehen dürfte. Was «erforderlich» ist (oder eben nicht), steht nicht objektiv fest, d.h. es braucht in diesem Zusammenhang eine *Interessenabwägung* im Einzelfall⁸⁶; m.E. kann die Höhe der Beteiligung positiv oder negativ berücksichtigt werden⁸⁷.

4.2. Verweigerung

Zum Auskunftsrecht hält das Aktienrecht als *Verteidigungsmöglichkeiten* der AG bzw. des VR fest: «Die Auskunft muss [nur] erteilt werden, (...) soweit keine Geschäftsgeheimnisse oder anderen schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft gefährdet werden» (Art. 697 Abs. 4 Satz 1 OR). Im Hinblick auf *Geschäftsgeheimnisse* sowie auf *andere schutzwürdige Interessen* entspricht diese Regelung der früheren Ordnung⁸⁸.

Die Auskunft kann *ganz oder teilweise verweigert* werden, wie sich aus Art. 697b OR explizit ergibt, wobei m.E. das konkrete Aktionärsbegehren den quantitativen

⁷⁴ In Art. 697 Abs. 2 OR wird eine *GV* nicht erwähnt im Hinblick auf die Geltendmachung.

⁷⁵ Sollte der VR eine Auskunft ganz oder teilweise verweigern wollen, dürfen jedoch diese vier Monate nicht einfach zugewartet werden; eine Mitteilung an den Aktionär scheint unerlässlich, sobald sich eine entsprechende *Verweigerung beim VR abzeichnet*.

⁷⁶ Explizit wird dies zwar nur festgehalten zum Auskunftsbegehren des Aktionärs sowie zur Begründung der Auskunftsverweigerung durch den VR: Art. 697 Abs. 2 OR sowie Art. 697 Abs. 4 Satz 2 OR; m.E. hat indes ebenfalls die *Auskunftserteilung schriftlich* zu geschehen, ansonsten die entsprechenden Antworten an der nächsten GV nicht «zur Aufsicht» aufgelegt werden könnten: Art. 697 Abs. 3 OR.

⁷⁷ A.M.: FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 5), N 10 zu Art. 697 OR; eine direkte schriftliche Auskunft ist *nicht kompensierbar* durch eine blosser *Protokollierung* aufgrund von Art. 702 Abs. 2 Ziff. 4 OR, die in der Wirtschaftsrealität faktisch meistens oberflächlich erfolgt.

⁷⁸ Im Vordergrund dürften in aller Regel die *Geschäftstätigkeit*, die *Finanzen* und die *Organisation* der AG stehen: SCHENKER/SCHENKER (FN 5), 173; BÖCKLI (FN 5), § 8 N 265; VON DER CRONE (FN 5), N 797 f.; Informationen über Angestellte, etwa über den CEO, können nur insoweit Gegenstand von Art. 697 OR darstellen, als *geschäftliche, nicht private* Themen betroffen sind, wobei eingeräumt werden muss, dass eine klare Abgrenzung nicht immer einfach sein kann.

⁷⁹ FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 5), N 8 zu Art. 697 OR; VON DER CRONE (FN 5), N 810.

⁸⁰ In diesem Sinn: VON DER CRONE (FN 5), 798; KUNZ (FN 27), N 41.

⁸¹ BGer 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003; Erw. 4.2.2.

⁸² M.E. muss beispielsweise eine Auskunft mit *rechtlichem Inhalt* für allfällige *juristische Laien* *simplifiziert* werden, wobei nichts Übertriebenes erwartet werden darf.

⁸³ Auskünfte in einer *Landessprache* oder auf *Englisch* dürften dagegen kaum zu beanstanden sein.

⁸⁴ Dasselbe Kriterium sieht Art. 697a Abs. 3 a.A. OR zum *Einsichtsrecht* vor: vgl. dazu hinten III.4.1.

⁸⁵ Hinweise: JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, *Gesellschafts- und Handelsrecht*, 12. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, § 11 N 60.

⁸⁶ Allg.: KUNZ (FN 32), 885 ff.

⁸⁷ Je grösser die Beteiligung an einer AG ist, desto eher kann die «Erforderlichkeit» bejaht werden.

⁸⁸ Art. 697 Abs. 2 Satz aOR: «[Die Auskunft] kann verweigert werden, wenn durch sie Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet werden».

Masstab vorgibt⁸⁹. Nicht zuletzt im Hinblick auf eine mögliche Informationsklage gemäss Art. 697b OR⁹⁰ wird neu eine *qualifizierte Begründungspflicht* für den VR vorgesehen: «Eine Verweigerung der Auskunft ist schriftlich zu begründen» (Art. 697 Abs. 4 Satz 2 OR)⁹¹.

5. Weitere Aspekte

Frage 1: Wie steht es um das Verhältnis zwischen dem Auskunftsrecht und dem Einsichtsrecht? Antwort 1: Beide Aktionärsrechte existieren *unabhängig* voneinander, insbesondere ist von *keiner Hierarchie* auszugehen⁹². Frage 2: Wie verhält es sich im Hinblick auf das Recht auf Sonderuntersuchung? Antwort 2: Das Auskunftsrecht – ebenso das Einsichtsrecht – erweist sich als *prioritär* gegenüber dem Sonderuntersuchungsrecht⁹³.

Der VR hat für das Führen von *GV-Protokollen* besorgt zu sein⁹⁴. Protokolliert werden müssen u.a. «die in der Generalversammlung gestellten Begehren um Auskunft und die darauf erteilten Antworten» (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 4 OR), was Art. 697 Abs. 1 OR abdeckt. M.E. sind hingegen e contrario die ausserhalb von GV gestellten Auskunftsbegehren im Rahmen von Art. 697 Abs. 2 OR *nicht* zu protokollieren⁹⁵.

Das Auskunftsrecht bildete eine Unterkategorie der «Kontrollrechte» unter früherem Recht⁹⁶. Der Begriff «Kontrollrechte» wurde zwar mit der Revision weitgehend aufgehoben, besteht indessen nach wie vor in Art. 706b Ziff. 2 OR (Nichtigkeit von GV-Beschlüssen)⁹⁷. Sollten also GV-Beschlüsse oder VR-Beschlüsse das Auskunftsrecht von Aktionären beschränken, ist von einer *Nichtigkeit* solcher Beschlussfassungen auszugehen.

Beim Recht auf Auskunft stehen regelmässig weitere «Rechtsbehelfe» zur Diskussion. Sofern das *Auskunftsrecht ausgeübt* wurde, kann eine *Sonderuntersuchung* verlangt werden⁹⁸, wobei es keine Rolle spielt, ob das Recht in einer GV (Art. 697 Abs. 1 OR) oder ausserhalb einer GV (Art. 697 Abs. 2 OR) geltend gemacht wur-

de. Die *Informationsklage* gemäss Art. 697b OR⁹⁹ steht ebenfalls für beide Varianten der Geltendmachung offen.

III. Einsichtsrecht

1. Basis

Beim *Einsichtsrecht* geht es – anders als beim Auskunftsrecht¹⁰⁰ – um keine aktive mündliche oder schriftliche Kommunikation des Informationsschuldners, sondern ausschliesslich um ein Zurverfügungstellen gewisser Gesellschaftsunterlagen für den Informationsgläubiger¹⁰¹. Das Recht auf Einsicht wurde mit der jüngsten Aktienrechtsrevision im Rahmen von Art. 697a f. OR *erheblich verändert*, formell sowie materiell.

Altrechtlich befand sich das Einsichtsrecht, fast etwas «eingequetscht» mit dem Auskunftsrecht sowie mit der Informationsklage, in einer einzigen Bestimmung, konkret in Art. 697 Abs. 3/Abs. 4 aOR. Neurechtlich wird das Einsichtsrecht in Art. 697a OR (materielle Grundlage) sowie in Art. 697b OR (Informationsklage) geregelt¹⁰².

Gegenüber der früheren Ordnung sieht Art. 697a OR *drei materielle Neuerungen* vor, und zwar im Hinblick auf den Vollzug des Einsichtsrechts: Die GV – erstens – spielt überhaupt keine Rolle (mehr); das Aktionärsrecht – zweitens – bedingt eine minimale Beteiligung (Art. 697a Abs. 1 OR)¹⁰³; der VR muss – drittens – die Einsicht innert Frist gewähren (Art. 697a Abs. 2 OR)¹⁰⁴. M.E. stellt diese Ordnung gegenüber der altrechtlichen Regelung teils eine *Ver schlechterung des Aktionärs schutzes* dar¹⁰⁵.

2. Einsicht

2.1. Informationsgläubiger

Transparenzansprüche stehen a priori nicht zwangsläufig allein Gesellschaftern zu. Teils werden *Gläubigern* ebenfalls *spezifische Einsichtsrechte* eingeräumt, etwa im Rechnungslegungsrecht¹⁰⁶: «Die übrigen Unternehmen

⁸⁹ Wenn der VR im Einzelfall das konkrete Auskunftsbegehren *nicht umfassend* beantwortet, liegt eine *teilweise* Verweigerung vor.

⁹⁰ Vgl. dazu hinten V.1.

⁹¹ M.E. erfüllt eine Auskunft etwa *per Email* ohne weiteres dieses Schriffterfordernis.

⁹² KUNZ (FN 27), N 14.

⁹³ Vgl. dazu hinten IV.3.1.

⁹⁴ Allg.: VON DER CRONE (FN 5), N 795.

⁹⁵ In diesem Sinn: KUNZ (FN 27), N 33; die Orientierung der *übrigen Gesellschafter* erfolgt dadurch, dass die entsprechenden schriftlichen Auskünfte «spätestens an der nächsten Generalversammlung zur Einsicht für die Aktionäre» aufgelegt werden müssen (Art. 697 Abs. 3 Satz 2 OR); a.a.O. FN 68.

⁹⁶ Marginale zu Art. 696 aOR: «IV. Kontrollrechte der Aktionäre»; dazu gehörten das *Auskunftsrecht* sowie das *Einsichtsrecht* (sc. Art. 697 aOR), hingegen nicht die Sonderprüfung (Art. 697a ff. aOR).

⁹⁷ Identisches gilt zu VR-Beschlüssen: Art. 714 OR.

⁹⁸ Vgl. dazu hinten IV. und V.2.

⁹⁹ Vgl. dazu hinten V.1.

¹⁰⁰ Vgl. dazu vorne II.1.

¹⁰¹ Im Regelfall müssen *Originalunterlagen* vorgelegt werden: KUNZ (FN 32), 897.

¹⁰² Als Folge dieser neuen Einschaltartikel wird die Sonderuntersuchung (Art. 697c ff. OR) im Vergleich zur Positionierung der früheren Sonderprüfung (Art. 697a ff. aOR) um zwei Normen «nach hinten» verschoben: vgl. dazu hinten IV.1.

¹⁰³ Vgl. dazu hinten III.3.1.

¹⁰⁴ Vgl. dazu hinten III.3.1.

¹⁰⁵ Ehemals stand nämlich das Einsichtsrecht auch Aktionären *ohne Mindestbeteiligung* offen, und in GV konnten die Gesellschafter eine entsprechende Ermächtigung beschliessen (allenfalls nach einem Appell an die «lieben Mitaktionäre»): Art. 697 Abs. 3 aOR.

¹⁰⁶ Dies überrascht nicht, bezweckt doch das *Rechnungslegungsrecht* eine *Transparenz für «Dritte»*, zu denen ebenfalls Gläubiger gehören: «Die Rechnungslegung soll die wirtschaftliche Lage des Unter-

müssen den Gläubigern, die ein schutzwürdiges Interesse nachweisen, Einsicht in den Geschäftsbericht und in die Revisionsberichte gewähren. Im Streitfall entscheidet das Gericht» (Art. 958e Abs. 2 OR)¹⁰⁷.

Konzeptionell stehen allerdings die *Aktionäre* beim Recht auf Einsicht im Rahmen von Art. 697a OR – wie bereits beim Auskunftsrecht (Art. 697 OR)¹⁰⁸ – im Vordergrund¹⁰⁹. M.E. wird beim Einsichtsrecht ebenfalls die *Aktionärseigenschaft* vorausgesetzt, so dass auf das Recht auf Auskunft gemäss Art. 697 OR verwiesen werden kann¹¹⁰.

2.2. Informationsschuldner

Der VR ist der primäre Informationsschuldner im Rahmen von Art. 697a OR. Anders als aufgrund von Art. 697 Abs. 3 aOR braucht es für das Einsichtsrecht weder eine «Ermächtigung der Generalversammlung» noch einen «Beschluss des Verwaltungsrates». Unbesehen dessen liegt die *plichtgemässe Entscheidungskompetenz* beim VR, der allein über die Gewährung der Einsicht zu entscheiden hat (Art. 697a Abs. 2 OR)¹¹¹.

Der VR hat im Hinblick auf diesen Entscheid *allgemeine Pflichten* (Art. 717 OR) und *spezifische Pflichten* (z.B. Art. 697a Abs. 2 OR) zu erfüllen. Wenn die verschiedenen Voraussetzungen für eine Einsicht gegeben sind, *muss* dem Einsichtsbegehren stattgegeben werden¹¹². Immerhin ist m.E. zulässig, dass der VR die Einsicht nicht auf alle verlangten, sondern auf *ausgewählte Gesellschaftsunterlagen* beschränkt¹¹³.

3. Formelle Aspekte

3.1. Geltendmachung

Das Einsichtsrecht wurde *massiv verschlechtert* gegenüber dem früheren Rechtszustand gemäss Art. 697 Abs. 3 aOR: Einerseits kann sich nämlich der Aktionär zur Einsicht nicht durch die GV ermächtigen lassen¹¹⁴,

und andererseits besteht für den Gesellschafter kein Einzelrecht mehr. Neu liegt vielmehr ein *Minderheitenrecht* vor¹¹⁵, notabene ohne Differenzierung zwischen privaten Aktionären und Publikumsaktionären¹¹⁶.

Der VR hat innert spätestens *vier Monaten* seit Geltendmachung durch den Aktionär gegebenenfalls Einsicht zu gewähren (Art. 697a Abs. 2 Satz 1 OR)¹¹⁷. Zum Ablauf der Einsicht bei einer AG hält Art. 697a Abs. 2 Satz 2 OR fest, dass der Aktionär nur, aber immerhin, «*Notizen*» machen darf¹¹⁸, wobei dies nicht handschriftlich erfolgen muss¹¹⁹. M.E. ist es zulässig, dass «*Notizen*» mit einem *Aufnahmegerät diktiert* werden, und dass *fachkundige Begleitpersonen* bei einer Einsicht dabei sind¹²⁰.

3.2. Gegenstand

Gegenstand eines Einsichtsbegehrens bilden grundsätzlich alle *Gesellschaftsunterlagen*, d.h. ein *Sachzusammenhang* mit der AG ist unerlässlich. M.E. sind die in Art. 697a Abs. 1 OR verwendeten zwei Begriffe «*Geschäftsbücher*» sowie «*Akten*» für mögliche Einsichtsobjekte nicht abschliessend und müssen extensiv ausgelegt werden¹²¹. Rechtlich bedeutungslos ist der *Informationsträger*, d.h. Einsicht ist beispielsweise «in Ringordner ebenso möglich wie in elektronische Dateien oder in Informationen in der *Cloud*»¹²².

Beim Einsichtsrecht müssen die vorhandenen Gesellschaftsunterlagen dem berechtigten Aktionär *tel quel* vorgelegt werden¹²³, nicht mehr. Für den VR besteht insbesondere keine Pflicht, diese Unterlagen für den Aktionär objektiv verständlich zu machen. Insofern müssen etwa Akten in Chinesisch *nicht übersetzt* und rechtliche Memoranden *nicht erläutert* werden, wohingegen «*technische Hilfsmittel*» zur Verfügung zu stellen sind¹²⁴.

nehmens so darstellen, dass sich Dritte ein zuverlässiges Urteil bilden können» (Art. 958 Abs. 1 OR).

¹⁰⁷ Zu den «*übrigen Unternehmen*» zählen Gesellschaften, die keine Anleiheobligationen oder keine kotierten Aktien emittiert haben (z.B. private AG): Art. 958e Abs. 1 OR.

¹⁰⁸ Vgl. dazu vorne II.2.1.

¹⁰⁹ Art. 697a Abs. 1 OR: «(...) können von Aktionären eingesehen werden (...)».

¹¹⁰ Vgl. dazu vorne II.2.1.

¹¹¹ Es existiert keine gesellschaftsinterne «*Weiterzugsmöglichkeit*» an die GV.

¹¹² Der VR darf insofern keinen «*Willkürentscheid*» fällen.

¹¹³ Massgeblich ist Art. 697a Abs. 3 Satz 1 OR; m.E. muss nicht bloss eine umfassende, sondern ebenso eine *teilweise Verweigerung* der Einsicht *schriftlich begründet* werden: Art. 697a Abs. 3 Satz 2 OR.

¹¹⁴ Vgl. Art. 697 Abs. 3 aOR; unter früherem Recht brauchte es entweder eine «*Ermächtigung*» der GV oder einen «*Beschluss*» des VR, die allerdings *nicht willkürlich verweigert* werden durften: Art. 697 Abs. 4 aOR («*ungerechtfertigterweise verweigert*»).

¹¹⁵ Art. 697a Abs. 1 OR: «Die Geschäftsbücher und die Akten können von Aktionären eingesehen werden, die zusammen mindestens 5 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten».

¹¹⁶ Bei PublAG dürfte in der Wirtschaftsrealität diese 5 %-Schwelle relativ selten überschritten werden.

¹¹⁷ Es handelt sich – wie bei Art. 697 Abs. 3 Satz 1 OR – um eine *Ordnungsvorschrift*: BERTSCHINGER (FN 19), 197; FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 5), N 7 zu Art. 697a OR; KUNZ (FN 27), N 55.

¹¹⁸ Dadurch werden – als Beispiele – *Kopien* oder *Fotos* der zur Einsicht vorgelegten Unterlagen ausgeschlossen: FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 5), N 8 zu Art. 697a OR.

¹¹⁹ M.E. erscheint ohne weiteres zulässig, dass ein Aktionär einen *Laptop* mitbringt, um die «*Notizen*» zu tippen: KUNZ (FN 27), N 55.

¹²⁰ Botschaft 2016: BBl 2017 542; insofern dürften beispielsweise eine *Rechtsanwältin* oder ein *Buchhalter* den Aktionär zur Einsicht begleiten; vgl. KUNZ (FN 5), 207; kritisch: DERS. (FN 27), N 56 a.E.

¹²¹ Statt aller: VON DER CRONE (FN 5), N 819.

¹²² KUNZ (FN 27), N 52 a.E.

¹²³ Vgl. VON DER CRONE (FN 5), N 817.

¹²⁴ Wenn es z.B. um verschlüsselte Unterlagen geht, die für eine Einsicht *entschlüsselt* werden müssen, muss der «*Dekodierungsschlüssel*» dem Aktionär «*ausgehändigt*» werden.

4. Materielle Aspekte

4.1. Erforderlichkeit

Zum Einsichtsrecht ist die *Erforderlichkeit* betreffend *Aktionärsrechte* eine unerlässliche Voraussetzung: «Die Einsicht muss gewährt werden, soweit sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist (...)» (Art. 697a Abs. 3 a.A. OR). M.E. dürfen zwar die Anforderungen in diesem Zusammenhang *nicht (allzu) hoch* sein¹²⁵, doch – als Beispiel – bloss Neugier oder der Wunsch, die Konkurrenz «auszuspiionieren», reichen nicht aus¹²⁶.

Beim Einsichtsrecht besteht eine *Parallelordnung* zum Auskunftsrecht¹²⁷, so dass darauf verwiesen werden kann¹²⁸. Dies gilt z.B. zum Begriff «erforderlich» ebenso wie zum Terminus «Aktionärsrechte». Eine *Interessenabwägung* ist ebenfalls notwendig.

4.2. Verweigerung

Das Einsichtsrecht des Aktionärs kommt in der Wirtschaftsrealität selten vor¹²⁹ und gilt *nicht voraussetzungslos*, es existieren also Verteidigungsmöglichkeiten gegen die Aktionäre. Der VR darf die Einsicht verweigern, sofern bzw. soweit *Geschäftsgeheimnisse* oder *andere schutzwürdige Gesellschaftsinteressen* gefährdet sind (Art. 697a Abs. 3 OR).

Art. 697a Abs. 3 OR sieht – erneut – eine *Parallelordnung* zu Art. 697 Abs. 4 OR vor. Dies trifft v.a. auf die «Geschäftsgeheimnisse», auf die «schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft», auf die schriftliche Begründungspflicht bei verweigerter Einsicht sowie auf die Interessenabwägung zu, so dass auf das Auskunftsrecht verwiesen wird¹³⁰.

5. Weitere Aspekte

Frage 1: Wie verhält es sich beim aktienrechtlichen Verhältnis zwischen Einsichtsrecht sowie Auskunftsrecht? Antwort 1: Diese beiden Aktionärsrechte bestehen *unabhängig* voneinander, d.h. es gibt *keine Hierarchie* zwischen ihnen¹³¹. Frage 2: Existiert eine Hierarchie betreffend Recht auf Sonderuntersuchung? Antwort 2: Das Einsichtsrecht – und ebenso das Auskunftsrecht – ist *prioritär* gegenüber dem Sonderuntersuchungsrecht¹³².

¹²⁵ GL.M.: BÖCKLI (FN 5), § 8 N 268 f. m.w.H.

¹²⁶ Hierzu: FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 5), N 9 zu Art. 697a OR; VON DER CRONE (FN 5), N 822; KUNZ (FN 27), N 49 m.w.H.

¹²⁷ Der einzige Unterschied besteht darin, dass die Auskunft «erteilt» (Art. 697 Abs. 4 OR) und die Einsicht «gewährt» (Art. 697a Abs. 3 OR) wird, womit im Wesentlichen eine aktive Tätigkeit oder eine passive Unterlassung angesprochen werden.

¹²⁸ Vgl. dazu vorne II.4.1.

¹²⁹ KUNZ (FN 5), 207; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 85), § 11 N 63.

¹³⁰ Vgl. dazu vorne II.4.2.

¹³¹ KUNZ (FN 27), N 14.

¹³² Vgl. dazu hinten IV.3.1.

Das Recht auf Einsicht kann mittels *Informationsklage* auf Grundlage von Art. 697b OR¹³³ geltend gemacht werden; diese Klagemöglichkeit der Aktionäre besteht unabhängig vom Auskunftsrecht sowie vom Recht auf Sonderuntersuchung. Wenn das *Einsichtsrecht ausgeübt* wurde, kann eine *Sonderuntersuchung* verlangt werden¹³⁴.

Unter früherem Aktienrecht wurde in der Doktrin die Ansicht vertreten, dass nur, aber immerhin, in GV gestellte Einsichtsbegehren im entsprechenden *GV-Protokoll* aufgenommen werden mussten¹³⁵, obwohl sich dies nicht explizit aus Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 aOR ergab. M.E. steht mit dem «neuen» Aktienrecht fest, dass Einsichtsbegehren *nicht protokolliert* werden müssen, weil GV schlicht keine Rolle (mehr) spielen¹³⁶.

Das Einsichtsrecht stellte ehemals eine Unterkategorie der «*Kontrollrechte*» dar¹³⁷. Die jüngste Aktienrechtsrevision hob diesen Begriff zwar bei den Informationsrechten auf, hingegen nicht in Art. 706b Ziff. 2 OR (Nichtigkeit). Sollten Beschlüsse der GV oder des VR das Einsichtsrecht beschränken, muss von einer *Nichtigkeit* der entsprechenden Beschlussfassung ausgegangen werden (Art. 706b Ziff. 2 OR i.V.m. Art. 714 OR)¹³⁸.

IV. Recht auf Sonderuntersuchung

1. Basis

Das *Recht auf Sonderuntersuchung* wird in Art. 697c ff. OR geregelt, wohingegen sich die frühere Sonderprüfung in Art. 697a ff. aOR fand. Diese *neue Nummerierung* könnte, zumindest bei nicht spezialisierten Juristen, zu Verwirrungen oder sogar zu «Verwechslungen» führen¹³⁹, startet doch dieses Rechtsinstitut nicht (mehr) als «Art. 697a», sondern als «Art. 697c». Dies erklärt sich damit, dass die ersten beiden Einschaltartikel nunmehr für die anderen beiden Informationsrechte verwendet werden¹⁴⁰.

¹³³ Vgl. dazu hinten V.1.

¹³⁴ Vgl. dazu hinten IV.3.1.

¹³⁵ In diesem Sinn: KUNZ (FN 32), 895 FN 190/FN 191.

¹³⁶ KUNZ (FN 27), N 33 a.E.

¹³⁷ Marginale zu Art. 696 aOR: «IV. Kontrollrechte der Aktionäre»; dazu gehörten ebenso das Auskunftsrecht (Art. 697 aOR), jedoch nicht die Sonderprüfung (Art. 697a ff. aOR).

¹³⁸ Nichtig wäre – als Beispiel – ein *GV-Beschluss* für eine Statutenbestimmung, wonach nur Aktionären mit einer Beteiligung von 8 % des Aktienkapitals oder der Stimmen ein Einsichtsrecht gewährt werden: Art. 697a Abs. 1 OR i.V.m. Art. 706b Ziff. 2 OR; als nichtig wäre z.B. ein *VR-Beschluss* zu qualifizieren, der festhält, dass Einsicht prinzipiell erst fünf Monate nach Einsichtsbegehren gewährt wird: Art. 697a Abs. 2 OR i.V.m. Art. 706b Ziff. 2 OR i.V.m. Art. 714 OR.

¹³⁹ In diesem Sinn: KUNZ (FN 27), N 12.

¹⁴⁰ Art. 697a OR: Einsichtsrecht sowie Art. 697b OR: Informationsklage; altrechtlich fanden sich das Auskunftsrecht, das Einsichtsrecht sowie die Informationsklage in einer einzigen Norm, nämlich

M.E. wurde das Sonderuntersuchungsrecht gegenüber der früheren Aktienrechtslage nur *moderat verändert*, und zwar sowohl materiell als auch formell. Insofern kann wohl die altrechtliche Gerichtspraxis in weitem Umfang als weiterhin gültig betrachtet werden.

Die offensichtlichste formelle Neuerung bei den Informationsrechten stellt der Begriff «Sonderuntersuchung» dar, anstelle des früheren Terminus «Sonderprüfung». Für die Aktionäre erweist sich diese Begriffsänderung in materieller Hinsicht jedoch als bedeutungslos¹⁴¹. Die neu-rechtliche Umbenennung der Prüfung als «Sonderuntersuchung» zielte in erster Linie darauf ab, dass in diesem Zusammenhang allfällige «Assoziationen mit der Tätigkeit der Revisionsstelle» vermieden werden (sollen)¹⁴².

2. Sonderuntersuchung

2.1. Informationsgläubiger

Das Recht auf Sonderuntersuchung stellt ein Aktionärsrecht dar, d.h. der *Aktionär* ist Informationsgläubiger. Dies trifft in jeder Phase der Geltendmachung zu¹⁴³, also bei der Antragsstellung in der GV (Art. 697c Abs. 1 OR) ebenso wie bei den Sonderuntersuchungsklagen (Art. 697c Abs. 2 OR sowie Art. 697d Abs. 1 OR). Der Aktionär hat die Aktionärsstellung¹⁴⁴ und die Erfüllung weiterer Voraussetzungen¹⁴⁵ zu beweisen.

Die *Gläubiger* sind generell von Sonderuntersuchungen *ausgeschlossen*, wie bereits im Sonderprüfungsrecht. Unter früherem Recht wurde dies rechtspolitisch kritisiert, weil die Gläubiger mögliche Verantwortlichkeitskläger waren, und die Sonderprüfung insofern Informationen hätte beschaffen können¹⁴⁶; m.W. wurden hingegen Gläubiger als Anspruchsberechtigte bei Sonderuntersuchungen rechtspolitisch nicht thematisiert.

2.2. Informationsschuldner

Der Informationsschuldner wird in Art. 697c ff. OR zwar nicht explizit erwähnt. Unbesehen der Passivlegitimation bei Sonderuntersuchungsklagen¹⁴⁷ muss jedoch

davon ausgegangen werden, dass die Verantwortung bzw. die Zuständigkeit aufgrund der Auffangkompetenz von Art. 716 OR beim VR liegt, der u.a. die Sonderuntersuchung organisiert¹⁴⁸.

Bei der allfälligen *Durchführung der Sonderuntersuchung* wird das Feld möglicher Informationsschuldner erweitert: «Gründer, Organe, Beauftragte, Arbeitnehmer, Sachwalter und Liquidatoren müssen den Sachverständigen Auskunft über alle erheblichen Tatsachen erteilen. Im Streitfall entscheidet das Gericht» (Art. 697f Abs. 2 OR)¹⁴⁹.

3. Formelle Aspekte

3.1. Geltendmachung

Der Aktionär hat das Recht auf Sonderuntersuchung *zweistufig* geltend zu machen: erstens, mit einem Antrag in der GV (Art. 697c Abs. 1 OR)¹⁵⁰ und, zweitens, mit einer Klage bei Gericht (Genehmigung der GV: Art. 697c Abs. 2 OR; Ablehnung der GV: Art. 697d OR)¹⁵¹. Eine Klageguteheissung führt zur Durchführung der Sonderuntersuchung gemäss Art. 697ff. OR. Für *drei Phasen* existieren bloss vereinzelte Übereinstimmungen:

Antragsberechtigt in der GV ist «[j]eder Aktionär», unbesehen der konkreten Beteiligung¹⁵², und zwar jederzeit, d.h. es müssen insofern keine Fristen o.Ä. beachtet werden¹⁵³. Beim Antrag in der GV sowie bei der Klage vor Gericht spielen Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der AG (noch) keine Rolle¹⁵⁴. Immerhin muss bereits der Antrag in der GV «erforderlich» sein (Art. 697c Abs. 1 OR)¹⁵⁵.

¹⁴⁸ Der VR vertritt die AG sowohl in der GV (Art. 697c Abs. 1 OR) als auch in allfälligen nachfolgenden Gerichtsverfahren (Art. 697c Abs. 2 OR sowie Art. 697d ff. OR); in diesem Rahmen kann sich der VR beispielsweise gegen einen Sachverständigen aussprechen, wenn dessen Unabhängigkeit in Frage steht.

¹⁴⁹ M.E. sind die erwähnten Informationsschuldner als *abschliessende Aufzählung* zu verstehen (z.B. fehlt ein «insbesondere»), d.h. wer nicht in eine der erwähnten Kategorien fällt, ist nicht auskunftspflichtig aufgrund von Art. 697f Abs. 2 OR (Beispiel: der *Ehegatte der VRP*, selbst wenn er – woher auch immer – sachdienliche Informationen hätte); sollte ein Informationsschuldner eine *juristische Person* (AG, GmbH etc.) sein, trifft die Auskunftspflicht deren Exekutivorgan.

¹⁵⁰ BGer 4A_107/2018 vom 29. Oktober 2018: «Einen direkten Weg zum Richter gibt es nicht» (Erw. 4.3.); insofern war und ist eine «*Direttissima*» *ausgeschlossen*: ZK-DRUEY, Art. 697b aOR N 5 ff.; KUNZ (FN 64), 44; DERS. (FN 27), N 85.

¹⁵¹ Vgl. dazu hinten V.2.

¹⁵² Art. 697c Abs. 1 a.A. OR; die Klage bei GV-Ablehnung setzt aufgrund von Art. 697d Abs. 1 Ziff. 1/Ziff. 2 OR eine Mindestbeteiligung voraus: vgl. dazu hinten V.2.1.

¹⁵³ Ein Antrag auf Sonderuntersuchung kann ohne Traktandierung, sozusagen «out of the blue» in der GV gestellt werden: Art. 704b OR (identisch Art. 700 Abs. 3 aOR: BGE 138 III 247 Erw. 3.3.); für Klagen bei Gericht müssen Fristen beachtet werden: 30 Tage (Art. 697c Abs. 2 OR) bzw. drei Monate (Art. 697d Abs. 1 OR); vgl. dazu hinten V.2.2.

¹⁵⁴ Anders sieht es dann hingegen bei der *Durchführung der Sonderuntersuchung* aus: Art. 697f Abs. 4 OR sowie Art. 697g Abs. 2 OR.

¹⁵⁵ Identisch für das *Klageverfahren*: Art. 697d Abs. 2 OR.

in Art. 697 aOR, die formell mit der Aktienrechtsrevision «aufgeteilt» wurde: Art. 697 OR – Art. 697b OR.

¹⁴¹ URS SCHENKER, Die Sonderprüfung – ein schwieriges Instrument, GesKR 1/2019, 18 ff., 30.

¹⁴² Botschaft 2016: BBl 2017 543; vgl. ausserdem Botschaft 2007: BBl 2008 1674.

¹⁴³ Vgl. dazu hinten IV.3.1.

¹⁴⁴ Art. 697c Abs. 1 OR.

¹⁴⁵ Wahrnehmung des Auskunfts- oder des Einsichtsrechts (Art. 697c Abs. 1 OR), Erforderlichkeit im Hinblick auf Aktionärsrechte (Art. 697c Abs. 1 OR sowie Art. 697d Abs. 2 OR), Einhaltung gewisser Fristen (Art. 697c Abs. 2 OR und Art. 697d Abs. 1 OR), Mindestbeteiligung (Art. 697d Abs. 1 OR) etc.

¹⁴⁶ In diesem Sinn: PETER V. KUNZ, Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Diss. Bern 1993, 119 ff. und v.a. 122; DERS. (FN 15), § 9 N 92 m.w.H.

¹⁴⁷ Vgl. dazu hinten V.2.1.

Für die Sonderuntersuchung – wie für die Sonderprüfung (Art. 697a Abs. 1 aOR) – muss die sog. *Subsidiarität* gewahrt werden¹⁵⁶. Der Aktionär kann einen GV-Antrag erst stellen, wenn er «das Recht auf Auskunft oder das Recht auf Einsicht bereits ausgeübt» hat (Art. 697c Abs. 1 OR). Es reicht aus, wenn der Aktionär entweder das Auskunftsrecht¹⁵⁷ oder das Einsichtsrecht¹⁵⁸ geltend gemacht hat¹⁵⁹, und eine Informationsklage ist nicht nötig¹⁶⁰.

3.2. Gegenstand

Als Gegenstand des Antrags in der GV auf Sonderuntersuchung kommen «bestimmte Sachverhalte» (Art. 697c Abs. 1 OR) in Frage, identisch wie Art. 697a Abs. 1 aOR zur Sonderprüfung. Damit wird eine doppelte Einschränkung vorgesehen, dass es nämlich ausschliesslich um *Tatsachen* gehen darf, die *unternehmensspezifisch* sein müssen¹⁶¹. Insofern können beispielsweise Rechtsfragen oder allgemeine Informationen nicht untersucht werden¹⁶², ebenso wenig wie Ermessensentscheide oder Werturteile¹⁶³.

Der *konkrete GV-Antrag* stellt neu nicht (mehr) den maximalen Rahmen für die Klageverfahren dar. Vielmehr kommt es bei strittigen Verfahren zu einer *Gegenstands-erweiterung*: «Das Begehren auf Anordnung einer Sonderuntersuchung kann sich auf alle Fragen erstrecken, (...) die in der Beratung des Antrags auf Durchführung einer Sonderuntersuchung in der Generalversammlung angesprochen wurden (...)» (Art. 697d Abs. 2 OR)¹⁶⁴.

4. Materielle Aspekte

4.1. Erforderlichkeit

Die Anspruchsvoraussetzung der *Erforderlichkeit* stellt ein zentrales Element des Auskunftsrechts (Art. 697

Abs. 4 OR)¹⁶⁵ und ebenso des Einsichtsrechts (Art. 697a Abs. 3 OR)¹⁶⁶ dar. Nicht anders verhält es sich im Hinblick auf die Sonderuntersuchung¹⁶⁷, vergleichbar mit der früheren aktienrechtlichen Regelung gemäss Art. 697a Abs. 1 aOR. Die Neuordnung spricht die Erforderlichkeit in *beiden Phasen* einer Sonderuntersuchung an:

Auf der einen Seite setzt bereits der *GV-Antrag* des Aktionärs voraus, dass eine Sonderuntersuchung «zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist» (Art. 697c Abs. 1 OR)¹⁶⁸. Auf der anderen Seite wird im Zusammenhang mit der *Sonderuntersuchungsklage* festgehalten, dass sich die Sonderuntersuchung nur auf Fragen beziehen darf, deren «Beantwortung für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist» (Art. 697d Abs. 2 OR)¹⁶⁹.

M.E. stimmt das Kriterium der Erforderlichkeit materiell bei *allen drei Informationsrechten* überein. Insofern dürfen auch im Zusammenhang mit einer Sonderuntersuchung «keine Fragen aus blosser *Neugier* oder aus *Interesse als Konkurrent* gestellt» werden¹⁷⁰.

4.2. Verweigerung

Die Verteidigungsmöglichkeiten «*Geschäftsgeheimnisse*» sowie «*andere schutzwürdige Interessen*» existieren beim Auskunftsrecht¹⁷¹ sowie beim Einsichtsrecht¹⁷². Im früheren Aktienrecht spielten diese beiden Verweigerungsgründe im Hinblick auf die Sonderprüfung bereits eine wichtige Rolle¹⁷³, und ähnlich verhält es sich unter neuem Recht.

In der *GV-Phase* erweisen sich solche Überlegungen als rechtlich irrelevant, d.h. ein VR dürfte m.E. etwa einem Antrag in der GV die Abstimmung nicht verweigern mit der allenfalls sogar zutreffenden Behauptung, es gehe um Geschäftsgeheimnisse, denn als «Tatsachen» handelt es sich um einen möglichen Gegenstand der Sonderuntersuchung¹⁷⁴. Bei der *Berichterstattung* können hingegen diese Verteidigungen vorgebracht werden¹⁷⁵.

¹⁵⁶ Detailliert (zum früheren Recht): PETER V. KUNZ, Zur Subsidiarität der Sonderprüfung, SJZ 92/1996, 1 ff., 1 ff.; DERS. (FN 15), § 12 N 62 ff.; nunmehr: DERS. (FN 27), N 14 m.w.H.; VON DER CRONE (FN 5), N 827 ff. m.w.H.

¹⁵⁷ Art. 697 OR; vgl. dazu vorne II.

¹⁵⁸ Art. 697a OR; vgl. dazu vorne III.

¹⁵⁹ M.E. genügt für die Voraussetzung «ausgeübt», dass Auskunft oder Einsicht durch den Aktionär *verlangt* wurde, d.h. er ist nicht abhängig von der konkreten (In-)Aktivität des VR.

¹⁶⁰ Hierzu: KUNZ (FN 27), N 59; re Art. 697b OR; vgl. dazu hinten V.1.

¹⁶¹ M.E. gehören selbst *Geschäftsgeheimnisse* zum möglichen Gegenstand einer Sonderuntersuchung.

¹⁶² Hinweise: KUNZ (FN 27), N 63.

¹⁶³ JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (FN 11), § 8 N 215.

¹⁶⁴ Es geht also um Tatsachen, die nicht allein im Auskunftsbegehren, im Einsichtsbegehren sowie im Antrag der GV thematisiert, sondern – *zusätzlich* – in den *GV-Beratungen* «angesprochen» wurden: Art. 697d Abs. 2 OR (ein «Ansprechen» kann notabene durch irgendeinen Aktionär erfolgen: KUNZ (FN 27), N 91 FN 239; vgl. DERS. (FN 5), 208; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 85), § 11 N 75); diese Neuerung bringt potenziell unabsehbare Folgen für die Wirtschaftsrealität mit sich; m.E. braucht es vor diesem Hintergrund ein *detailliertes GV-Beratungsprotokoll*, wenn Sonderuntersuchungsanträge in GV gestellt werden, obwohl sich dies nicht explizit aus Art. 702 Abs. 2 OR ergibt.

¹⁶⁵ Vgl. dazu vorne II.4.1.

¹⁶⁶ Vgl. dazu vorne III.4.1.

¹⁶⁷ Statt aller: VON DER CRONE (FN 5), N 836.

¹⁶⁸ Identität mit dem Antrag auf Sonderprüfung: Art. 697a Abs. 1 aOR.

¹⁶⁹ Dieses Element fehlt der Regelung zur Sonderprüfungsklage gemäss Art. 697b aOR.

¹⁷⁰ FORSTMOSE/KÜCHLER (FN 5), N 8 zu Art. 697d OR (Hervorhebungen hinzugefügt).

¹⁷¹ Vgl. dazu vorne II.4.2.

¹⁷² Vgl. dazu vorne III.4.2.

¹⁷³ Der Sonderprüfer war nicht bloss zur «Verschwiegenheit» im Allgemeinen verpflichtet (Art. 697d Abs. 4 aOR), sondern Geschäftsgeheimnisse und andere schutzwürdige Gesellschaftsinteressen wurden auf Antrag der AG im Sonderprüferbericht gestrichen (Art. 697e Abs. 2 aOR).

¹⁷⁴ Vgl. dazu vorne IV.3.2.

¹⁷⁵ Art. 697g Abs. 2 OR: «Das Gericht stellt den Bericht [des bzw. der Sachverständigen] der Gesellschaft zu und entscheidet auf ihren Antrag, ob Teile des Berichts das Geschäftsgeheimnis oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft verletzen und deshalb

5. Weitere Aspekte

5.1. Zielsetzungen

Die Sonderuntersuchung – wie ehemals die Sonderprüfung – dient in erster Linie der *Vorbereitung weiterer Aktionärsklagen*, etwa der Rückforderungsklage (Art. 678 f. OR) oder der Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 ff. OR). Sollten Sonderuntersuchungen, die im Regelfall lange Zeit beanspruchen, im Rahmen von Art. 697c ff. OR abgewartet werden (müssen), drohen Verjährungen dieser Aktionärsklagen. Folglich führt das «neue» Aktienrecht zu einigen Klagen einen *Verjährungsstillstand* ein¹⁷⁶.

Bei der vorletzten «grossen» Aktienrechtsrevision in den 1990er Jahren wurde die *Sonderprüfung* als eine zentrale Neuerung betrachtet¹⁷⁷, notabene mit grossen Erwartungen der Aktionäre und noch grösseren Befürchtungen der Wirtschaft. Tatsächlich erwies sich der prophezeite «Sturm» in der Wirtschaftsrealität als «Lüftchen». Dies dürfte sich angesichts der mit der aktuellen Aktienrechtsrevision *marginal überarbeiteten Sonderuntersuchung* kaum ändern¹⁷⁸; der zentrale Aspekt wird wohl weiterhin die Prävention sein¹⁷⁹.

5.2. Durchführung

Der richterlich eingesetzte *Sachverständige* (nicht: «Sonderuntersucher» o.Ä.)¹⁸⁰ muss «*unabhängig*» von der AG sein¹⁸¹. Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle gemäss Art. 728 OR kann als Massstab herangezogen werden, was durchaus hohe Anforderungen mit sich bringt bzw. bringen soll¹⁸². Für eine Sonderuntersuchung können allenfalls auch *mehrere* Sachverständige eingesetzt

werden¹⁸³. Beim Vollzug einer Sonderuntersuchung kommt es zu einem meist lang andauernden «Hin und Her», d.h. es findet ein «*Ping Pong*» zwischen Sachverständigem, VR, Gericht sowie Kläger statt¹⁸⁴.

Die *Durchführung* einer Sonderuntersuchung, deren Kosten – wie schon bis anhin (Art. 697g aOR) – durch die AG zu tragen sind¹⁸⁵, wirkt sich stark aus und belastet die AG sowie z.B. deren Arbeitnehmer, die auskunftspflichtig für «alle erheblichen Tatsachen» sind (Art. 697f Abs. 2 OR)¹⁸⁶. Daher sollen die Sachverständigen *angemessen «sanft»* vorgehen¹⁸⁷; in der Doktrin wird vorgebracht, dass eine Sonderuntersuchung «im Normalfall innerhalb eines Jahres abgeschlossen werden» sollte¹⁸⁸, was m.E. zwar so sein kann, im Einzelfall aber eben durchaus auch nicht. Schon während der Durchführung haben die betroffenen AG aufgrund von Art. 697f Abs. 3 OR ein *Anhörungsrecht* gegenüber den Sachverständigen, die ausserdem zur Geheimhaltung verpflichtet sind (Art. 697f Abs. 4 OR).

Die Sonderuntersuchung mündet in einem *schriftlichen Bericht* (als Entwurf), der detailliert ausfällt¹⁸⁹. Dieser Entwurf wird gemäss Art. 697g Abs. 1 Satz 2 OR dem Gericht zur Kenntnis gebracht bzw. vorgelegt, und zwar in jedem Fall¹⁹⁰. Das «*Ping Pong*» zur «*Berichtsbereinigung*»¹⁹¹ geht weiter zwischen Gericht und AG bzw. vice versa (Art. 697g Abs. 2 OR) sowie zwischen Gericht und Kläger bzw. vice versa (Art. 697g Abs. 3 OR).

Der Bericht wird schliesslich den Aktionären an der *nächsten GV* präsentiert bzw. «unterbreitet» (Art. 697h Abs. 1 OR). Ein separates Traktandum ist dafür nicht erforderlich. Der Bericht darf zwar debattiert werden¹⁹² und kann

den Gesuchstellern nicht vorgelegt werden dürfen»; materiell identisch: Art. 697e Abs. 2 aOR.

¹⁷⁶ Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 85), § 8 N 102 und § 14 N 21; Art. 678a Abs. 1 Satz 2 OR: *Rückforderungsklage*; Art. 760 Abs. 1 Satz 2 OR: *Verantwortlichkeitsklage*; ein analoger Fristensstillstand wird neu ausserdem im Zusammenhang mit Entlastungsbeschlüssen und deren Wirkungen auf Verantwortlichkeitsklagen vorgesehen: Art. 758 Abs. 2 Satz 2 OR.

¹⁷⁷ Vgl. ANDREAS CASUTT, Das Institut der Sonderprüfung, ST 65/1991, 574 ff., 574 ff.; GRAZIANO PEDROJA, Die Sonderprüfung im neuen Aktienrecht, AJP 6/1992, 774 ff., 774 ff.; FABRIZIO GABRIELLI, Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung, Diss. Basel 1997, *passim*.

¹⁷⁸ FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 5), N 5 zu Art. 697b OR: «Ob dies [sc. die Neuerungen] genügt, um dem Instrument den bisher vermissten Biss zu verschaffen, wird sich weisen müssen».

¹⁷⁹ Kritisch: DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 85), § 11 N 79 a.E.

¹⁸⁰ Re terminologische Anpassung: FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 5), N 4 zu Art. 697b OR.

¹⁸¹ Vgl. Art. 697c Abs. 1 OR sowie Art. 697e Abs. 2 OR.

¹⁸² KUNZ (FN 27), N 61; VON DER CRONE (FN 5), N 853; Art. 728 Abs. 1 OR hält fest: «Die Revisionsstelle muss unabhängig sein und sich ihr Prüfungsurteil objektiv bilden. Die Unabhängigkeit darf weder tatsächlich noch dem Anschein nach beeinträchtigt sein; weitere *beispielhafte* Ausschlussgründe finden sich in Art. 728 Abs. 2 OR.

¹⁸³ FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 5), N 5 zu Art. 697c OR sowie N 6 zu Art. 697e OR; m.E. kann dies durchaus sinnvoll sein, wenn bei einer Sonderuntersuchung *verschiedene Fachfähigkeiten* nötig sein sollten (z.B. Jurisprudenz, Buchhaltung sowie Betriebswirtschaft).

¹⁸⁴ In diesem Sinn: KUNZ (FN 27), N 60; DERS. (FN 5), 208.

¹⁸⁵ Angesichts der neuen Nummerierung kam es betreffend «Kosten der Sonderuntersuchung» zu einem sozusagen «*verdoppelten*» *Einschaltartikel*: Art. 697b^{bis} OR (aus unerfindlichen Gründen folgt dann sogleich ein «*Leerartikel*» mit Art. 697i OR); generell: VON DER CRONE (FN 5), N 870 ff.

¹⁸⁶ Sollte es zu Streit kommen, entscheidet das Gericht: Art. 697f Abs. 2 Satz 2 OR.

¹⁸⁷ Art. 697f Abs. 1 OR: «Die Sonderuntersuchung ist innert nützlicher Frist und ohne unnötige Störung des Geschäftsgangs durchzuführen».

¹⁸⁸ Zitat: VON DER CRONE (FN 5), N 856.

¹⁸⁹ Der Bericht muss «*einlässlich*» sein (Art. 697g Abs. 1 Satz 1 OR), d.h. eine Beschränkung auf einen blossen «*Überblick*» oder auf ein «*Fazit*» der Untersuchung genügt nicht; VON DER CRONE (FN 5), N 860 verlangt eine «*gewisse Detailtiefe*».

¹⁹⁰ Die grammatikalische Einschränkung von Art. 697g Abs. 1 Satz 2 OR (sc. «*durch das Gericht angeordnet*») ist «*unglücklich formuliert*»: FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 5), N 7 zu Art. 697g OR.

¹⁹¹ Vgl. VON DER CRONE (FN 5), N 862 ff.

¹⁹² M.E. muss der VR eine «*Stellungnahmen*» der GV vorlegen, der Kläger darf dies tun; Art. 697h Abs. 1 OR: «Der Verwaltungsrat unterbreitet der nächsten Generalversammlung den Bericht der Sachverständigen sowie seine Stellungnahme und diejenige der Gesuchsteller dazu»; die Stellungnahmen haben *möglichst klar* zu sein und z.B. auf *Polemik zu verzichten*; auch kann der Kläger nicht verlangen, dass seine allenfalls mehrere hundert Seiten umfassende Entgegnung in

zu neuen Fragen gemäss Art. 697 OR führen. M.E. erfolgt allerdings *keine GV-Beschlussfassung* zum Bericht¹⁹³.

V. Informationsklagen

1. Klagen auf Auskunft und auf Einsicht

1.1. Grundlagen

Die Informationsklage des Aktionärs als *Auskunfts-klage* oder als *Einsichtsklage* fand sich früher etwas «eingequetscht» in Art. 697 Abs. 4 aOR. Diese Klage-möglichkeit wird neurechtlich in einer separaten Norm positioniert, um ihre Relevanz zu unterstreichen, und z.T. materiell verändert¹⁹⁴: «Wird die Auskunft oder die Einsicht ganz oder teilweise verweigert oder verunmöglich, so können die Aktionäre innerhalb von 30 Tagen vom Gericht die Anordnung der Auskunft oder Einsicht verlangen» (Art. 697b OR).

Die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)¹⁹⁵ regelt gemäss Art. 1 lit. a und lit. d ZPO u.a. streitige Zivilsachen sowie die Schiedsgerichtsbarkeit, die nicht zuletzt bei Informationsklagen zu thematisieren sind¹⁹⁶. Art. 697b OR stellt eine *Lex specialis zur ZPO* dar. Bei den Aktionärsklagen auf Auskunft oder auf Einsicht handelt es sich im Hinblick auf die Informationen um eine Leistungsklage (Art. 84 Abs. 1 ZPO)¹⁹⁷. Bei der Klage *aktivelegitimiert* sind die Aktionäre¹⁹⁸, und als *passivlegitimiert* erweist sich die betroffene AG¹⁹⁹.

Der Kläger hat im *Rechtsbegehren* die verlangten Informationen *möglichst präzise* zu umschreiben, wobei insbesondere «fishing expeditions» unzulässig sind²⁰⁰. Unbesehen dessen «darf das Gericht vom Kläger nicht

verlangen, dass er sein Begehren so formuliert, wie wenn er schon wüsste, was er erfahren will»²⁰¹.

1.2. Weitere Aspekte

Bei den Informationsklagen gemäss Art. 697b OR i.V.m. Art. 1 lit. a ZPO handelt es sich um *streitige Zivilsachen*, für die durch das Bundesrecht *keine einzige* kantonale Instanz vorgegeben ist²⁰². Gewisse gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten werden zudem in *summarischen Verfahren* behandelt, und dazu gehören m.E. die Auskunfts-klagen sowie die Einsichtsklagen²⁰³.

Unter früherem Aktienrecht war die zeitliche Komponente für Klagen (Art. 697 Abs. 4 aOR) umstritten²⁰⁴. Neu wird eine *Frist von 30 Tagen* explizit in Art. 697b OR vorgesehen, was «sehr kurz» erscheint²⁰⁵, unbesehen dessen aber zu akzeptieren ist. Bei der Frist ist von einer *Verwirkungsfrist* auszugehen²⁰⁶. Der *Beginn des Fristenlaufs* könnte jedoch zu praktischen Problemen führen, denn die Frist startet, wenn die Auskunft bzw. Einsicht «ganz oder teilweise verweigert oder verunmöglich» wird (Art. 697b OR), was einzig bei der *Auskunft* auf Basis von Art. 697 Abs. 1 OR ausreichend Klarheit schafft²⁰⁷.

M.E. soll mit zwei neuen Formulierungen («verweigert oder verunmöglich» sowie «ganz oder teilweise») der Aktionärsschutz verstärkt werden. Im Ergebnis wird seitens der AG eine *substanzielle Informationsblockade* vorausgesetzt²⁰⁸.

Dass sog. *statutarische Schiedsklauseln* zulässig sind, wird erst mit dem «neuen» Aktienrecht explizit festgehalten²⁰⁹: «Die Statuten können vorsehen, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz beurteilt werden» (Art. 697n Abs. 1 OR). Streitigkeiten betreffend Auskunft bzw.

jedem Fall den Aktionären tel quel vorgelegt wird, denn diese «Stellungnahme» ist keine Fortsetzung des Gerichtsverfahrens mit anderen Mitteln; der VR kann zwar Änderungen in den klägerischen Ausführungen an die GV verlangen, allerdings nicht selber redigierend eingreifen und die «Stellungnahme» des Klägers umschreiben.

¹⁹³ KUNZ (FN 5), 208.

¹⁹⁴ Die bedeutsamste Neuerung liegt darin, dass eine *Frist* zu beachten ist: vgl. dazu hinten V.1.2.

¹⁹⁵ SR 272.

¹⁹⁶ Vgl. dazu hinten V.1.2.

¹⁹⁷ HARALD BÄRTSCHI, Die gerichtliche Durchsetzung von Minderheitenrechten im Gesellschaftsrecht, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Bern 2016, 134; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (FN 11), § 8 N 209; VON DER CRONE (FN 5), N 812; mit einer *Leistungsklage* kann die Verurteilung «zu einem bestimmten Tun» verlangt werden (Art. 84 Abs. 1 ZPO); bei der Informationsklage auf der Grundlage von Art. 697b OR geht es denn auch konkret um die gerichtliche «Anordnung der Auskunft oder der Einsicht», also der Informationsbeschaffung.

¹⁹⁸ Es handelt sich um eine *Einzelklage*, d.h. jeder Aktionär als solcher kann als Kläger auftreten, unbesehen der Beteiligung; vgl. KUNZ (FN 15), § 11 N 138 ff.; DERS. (FN 64), 51 ff.

¹⁹⁹ Statt aller: BÄRTSCHI (FN 197), 134; KUNZ (FN 64), 66; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (FN 11), § 8 N 209.

²⁰⁰ Vgl. KUNZ (FN 32), 897; re Einsicht: DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 85), § 11 N 64.

²⁰¹ BÖCKLI (FN 5), § 8 N 301.

²⁰² Dies ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 ZPO *e contrario*; eine Spezialregelung besteht hingegen für die Sonderuntersuchungsklage: vgl. dazu hinten V.2.2.

²⁰³ Der Wortlaut von Art. 250 lit. c *Ziff. 7 ZPO* erscheint auf den ersten Blick verunglückt, werden doch einerseits ausschliesslich die «Auskunftserteilung» (die «Einsicht» wird nicht erwähnt) und zusätzlich die «Gläubiger» (nicht allein die «Aktionäre») erwähnt; diese legislativen Unsauberkeiten dürfen jedoch ignoriert werden, denn die *Normverweisung* lässt keine Zweifel: «(Art. 697b [...])».

²⁰⁴ Hinweise: KUNZ (FN 27), N 80 FN 208; BÄRTSCHI (FN 197), 134; vgl. BGER 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003: Erw. 3.2.

²⁰⁵ BERTSCHINGER (FN 19), 199.

²⁰⁶ Statt vieler: FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 5), N 4 zu Art. 697b OR; VON DER CRONE (FN 5), N 813; BÖCKLI (FN 5), § 8 N 298.

²⁰⁷ Lösungsvorschläge: KUNZ (FN 27), N 82 ff.; SCHENKER/SCHENKER (FN 5), 185 f.; beim Auskunftsbegehren in der GV (Art. 697 Abs. 1 OR) beginnt die Klagefrist am Tag nach der GV; im Übrigen kann der VR hingegen vier Monate «zuwarten» (Art. 697 Abs. 3 Satz 1 OR und Art. 697a Abs. 2 Satz 1 OR), wobei dies in der Wirtschaftsrealität nicht immer der Fall sein dürfte.

²⁰⁸ Im Detail: KUNZ (FN 27), N 75 ff.

²⁰⁹ Für die Einführung einer Schiedsklausel in den Statuten bedarf es in der GV eines qualifizierten Mehrs: Art. 704 Abs. 1 *Ziff. 14 OR*, unter früherem Recht war nicht unstrittig, ob statutarische Schiedsklauseln überhaupt rechtswirksam waren: KUNZ (FN 64), 175 ff.

Einsicht sind «gesellschaftsrechtlich», so dass m.E. von deren *Schiedsfähigkeit* auszugehen ist²¹⁰.

2. Sonderuntersuchungsklage

2.1. Grundlagen

Die *Sonderuntersuchungsklage* als Informationsklage wird explizit im Aktienrecht vorgesehen, in Art. 697c Abs. 2 OR einerseits sowie in Art. 697d f. OR andererseits. Unter materiellen Aspekten wurden nur wenige bedeutsame Neuerungen gegenüber dem Sonderprüfungsrecht vorgenommen. Es erfolgt – wie bis anhin – eine *Zweiteilung* der Verfahren²¹¹ in zivilprozessualer sowie in aktienrechtlicher Hinsicht. Die Regelungen im Aktienrecht (Art. 697c ff. OR) stellen eine *Lex specialis* zur ZPO dar.

Mit der Klage auf Sonderuntersuchung verlangt der Kläger vom Beklagten jeweils ein bestimmtes «Tun», d.h. es liegt eine Leistungsklage vor (Art. 84 Abs. 1 ZPO)²¹². Bloss vage *Rechtsbegehren* und insbesondere «fishing expeditions» sind – wie bei Art. 697b OR²¹³ – unzulässig²¹⁴. Bei der *Aktivlegitimation* muss danach unterschieden werden, ob die Sonderuntersuchung durch die GV genehmigt wurde (oder nicht): Im ersten Fall kann entweder die AG oder jeder Aktionär klagen (Art. 697c Abs. 2 OR)²¹⁵, im zweiten Fall sind indes ausschliesslich Aktionäre²¹⁶ klagebefugt, wobei eine Mindestbeteiligung des Klägers verlangt wird (Art. 697d Abs. 1 OR)²¹⁷. Die *Passivlegitimation* steht der betroffenen AG allein zu.

Die Klage kann zwar *irgendein Aktionär* erheben, also nicht allein der Gesellschafter, der einen Antrag in der GV gestellt hat. Eine «Restkompetenz» verbleibt indes trotzdem beim *Antragsteller*, der nämlich zumindest ein *Anhörungsrecht* hat: «Das Gericht entscheidet nach Anhörung der Gesellschaft und des Aktionärs, der den

Antrag auf eine Sonderuntersuchung in der Generalversammlung gestellt hat» (Art. 697e Abs. 1 OR).

2.2. Weitere Aspekte

Die aktienrechtliche *Zweiteilung* im Zusammenhang mit Sonderuntersuchungsklagen wirkt sich ebenfalls zivilprozessual aus²¹⁸: Klagen gemäss Art. 697c Abs. 2 OR (Genehmigung der GV) gehören zur *freiwilligen Gerichtsbarkeit* (Art. 1 lit. b ZPO), wohingegen Klagen auf Basis von Art. 697d f. OR (Ablehnung der GV) zu *streitigen Zivilsachen* führen (Art. 1 lit. a ZPO). Generell sind Sonderuntersuchungsklagen ausserdem jeweils in einem *summarischen Verfahren* von einer *einzigsten kantonalen Instanz* zu beurteilen²¹⁹.

Die *Klagefristen* sind unterschiedlich²²⁰. Im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann der Kläger aufgrund von Art. 697c Abs. 2 OR «innert 30 Tagen» seit der GV die Sonderuntersuchungsklage einreichen; bei der Klage als streitige Zivilsache besteht gemäss Art. 697d Abs. 1 a.A. OR eine Frist von «drei Monaten» nach der GV²²¹.

Eine Erleichterung für die Aktionäre ergibt sich schliesslich im Hinblick auf die sog. *Glaubhaftmachung* als ein Erfordernis der Klage²²². Bei der Sonderprüfungsklage musste der Kläger gemäss Art. 697b Abs. 2 aOR glaubhaft machen, dass Gesetz oder Statuten «verletzt» und damit die AG oder die Aktionäre «geschädigt» wurden. Die erste Voraussetzung der Glaubhaftmachung bleibt zwar nach wie vor unverändert²²³, doch wird neu die zweite Voraussetzung erleichtert, indem eine solche Verletzung nur «geeignet [sein muss], die Gesellschaft oder die Aktionäre zu schädigen» (Art. 697d Abs. 3 a.E. OR)²²⁴.

²¹⁰ Hierzu: HANS UELI VOGT/VALENTINA HIRSIGER-MEIER/THOMAS HOFER, Statutarische Schiedsklauseln, Zürich 2019, N 118; VALENTINA MEIER, Schiedsklauseln in Statuten schweizerischer Aktiengesellschaften, Diss. Zürich 2017, N 69.

²¹¹ Vgl. dazu hinten V.2.2.

²¹² KUNZ (FN 27), N 85.

²¹³ Vgl. dazu vorne V.1.1.

²¹⁴ In diesem Sinn: VON DER CRONE (FN 5), N 835.

²¹⁵ Diese Aktionärsklage wurde bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit als *Einzelklage* ausgestaltet («jeder Aktionär»: Art. 697c Abs. 2 OR), d.h. eine Mindestbeteiligung wird nicht vorausgesetzt.

²¹⁶ In Frage kommt *irgendein Aktionär*; es ist also nicht erforderlich, dass der Kläger in der GV als Antragssteller auftrat; eine Sonderuntersuchungsklage ist sogar möglich, wenn der frühere Antragssteller eine Klage ablehnen sollte.

²¹⁷ Früher spielte der *Nennwert* der vertretenen Aktien eine Rolle (Art. 697b Abs. 1 aOR: «Aktien im Nennwert von 2 Millionen Franken»), was ersatzlos gestrichen wurde; neu wird bei der Aktivlegitimation mit Art. 697d Abs. 1 OR zwischen *Publikumsaktionären* einerseits und *privaten Aktionären* andererseits differenziert: «5 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen» (kотиerte Aktien: Ziff. 1) sowie «10 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen» (nicht kотиerte Aktien: Ziff. 2).

²¹⁸ M.E. sind *statutarische Schiedsklauseln* nicht allein bei den Informationsklagen gemäss Art. 697b OR, sondern ebenfalls bei den Sonderuntersuchungsklagen zu beachten, handelt es sich doch auch in diesen Fällen um «gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten»: KUNZ (FN 27), N 71 a.E.; insofern kann insbesondere die Bezeichnung des Sachverständigen (Art. 697c Abs. 2 OR), die Anordnung der Sonderuntersuchung (Art. 697d Abs. 3 OR), die Umschreibung des Prüfungsgegenstands (Art. 697e Abs. 2 OR) sowie die «Bereinigung» des Berichts des Sachverständigen (Art. 697g OR) durch ein *Schiedsgericht* erfolgen.

²¹⁹ Vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. g OR i.V.m. Art. 250 lit. c Ziff. 8 ZPO.

²²⁰ Es ist von *Verwirklichungsfristen* auszugehen: VON DER CRONE (FN 5), N 845.

²²¹ Vgl. SCHENKER/SCHENKER (FN 5), 192.

²²² DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 85), § 11 N 76: Es reicht «nicht, lediglich Behauptungen oder Vermutungen vorzubringen»; allg.: VON DER CRONE (FN 5), N 849 f.

²²³ Vgl. Art. 697d Abs. 3 OR: «glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt haben».

²²⁴ Mit dieser Neuerung (sc. «geeignet») geht es nur noch um die Glaubhaftmachung eines *Schädigungspotenzials* und nicht mehr um eine konkrete Schädigung; Hinweise: KUNZ (FN 27), N 92; SCHENKER/SCHENKER (FN 5), 195 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 5), N 9 zu Art. 697d OR.