

Auskunfts- und Einsichtsrecht des Aktionärs – Durchgezogene Bilanz der Aktienrechtsrevision

Urs Bertschinger*

The revision of the Swiss Code of Obligations (CO) concerning the joint stock corporation – which will come into force on 1 January 2023 – substantially alters the shareholders' rights to ask for information about the affairs of the company and to inspect its ledgers and files. Compared to the present legal situation, which only entitles a shareholder to obtain information during the course of a shareholders' meeting, the revision provides for such right to be extended to the entire duration of a business year of the company for shareholders holding at least 10 percent of the capital or the voting rights. The new regime has given rise to a debate over the principle of equal treatment of shareholders with respect to the information provided by the company's board outside a shareholders' meeting. Due to the amendment of the CO the inspection of the company's ledgers and files switches from a right of each individual

shareholder to a minority right for shareholders holding at least 5 percent of the company's capital or voting rights. This is a substantial new obstacle for shareholders trying to gather information. The information must only be provided and inspection granted if they are necessary for the exercise of the shareholders' rights and if no business secrets or other interests of the company worth being protected are jeopardized. A refusal by the company must be justified in writing. Where information or inspection is refused without proper justification, the shareholders can – within 30 days – approach the court for an order requiring the company to provide the information. The article discusses a range of issues arising under the new provisions including the running of the 30-days term and the right to go to court even after an initial term expired.

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Auskunftsrecht des Aktionärs
 - 1. Angelegenheiten der Gesellschaft als Gegenstand des Auskunftsrechts
 - 2. Vergütungen für die Mitglieder des Verwaltungsrats
 - 3. Erweiterung des Auskunftsrechts bei Gesellschaften ohne börsennotierte Aktien
 - 4. Gleichbehandlung der Aktionäre
- III. Einsichtsrecht der Aktionärin
 - 1. Justierung der Kompetenzordnung
 - 2. Vom Individual- zum qualifizierten Minderheitsrecht
 - 3. Recht auf Notizen
- IV. Gesetzliche Fristen
 - 1. Frist für die Gewährung von Auskunft und Einsicht
 - 2. Frist für die Auskunfts- und Einsichtsklage
- V. Ausblick

I. Einführung

Aktien-Investments sind ein Informationsgeschäft; das aktienrechtliche Informationsrecht ist daher zwangsläufig von grosser Bedeutung. Neben der Regelpublizität in Form der Rechnungslegung spielen das Auskunfts- und Einsichtsrecht als Ad hoc-Informationsmittel des Aktionärs eine wichtige Rolle.¹ Nach Auffassung des Bundesgerichts stehen diese Aktionärsrechte im Kontext der Funktionsfähigkeit der Generalversammlung.² In der Praxis werden sowohl Auskunfts- als auch Einsichtsbegehren seitens der Gesellschaften zuweilen als lästig empfunden. Zwar lässt sich nicht leugnen, dass diese Aktionärsrechte gewisse Kräfte der Gesellschaft binden, bis die Antworten auf Fragen korrekt vorliegen oder Dokumente, in welche zu Recht Einsicht verlangt wird, unter Wahrung der schutzwürdigen Interessen aufbereitet sind. Dem Auskunfts- und Einsichtsrecht kommt im Austausch der Aktionäre mit der Gesell-

* Prof. Dr. iur. Urs Bertschinger ist Rechtsanwalt in Zürich und ordentlicher Professor an der Universität St. Gallen.

¹ Siehe auch Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, S. 455.

² BGE 133 III 453, E. 7.2: «Die Informationsrechte dienen den Individualinteressen der Aktionäre. Sie sind zugleich aber auch Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit der Generalversammlung als obersten Organs der Gesellschaft».

schaft allerdings auch die bedeutsame Funktion zu, die zuweilen aufkeimende Ohnmacht der Aktionäre als Outsider gegenüber den Insidern zu mildern. Im Folgenden sollen die Neuerungen beim Auskunfts- und Einsichtsrecht, die sich im Rahmen der Revision des Aktienrechts ergeben haben, einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

II. Auskunftsrecht des Aktionärs

1. Angelegenheiten der Gesellschaft als Gegenstand des Auskunftsrechts

Nach geltendem wie nach künftigem Recht bezieht sich das Auskunftsrecht des Aktionärs auf die «Angelegenheiten der Gesellschaft».³ Das ist ein weites Feld, das sich durch die Aktionäre inskünftig nicht nur anlässlich der Generalversammlung, sondern als qualifiziertes Minderheitsrecht auch ausserhalb der Generalversammlung beackern lässt.⁴ Ausserhalb der Generalversammlung dürfte insbesondere Auskunftsbegehren zum finanziellen Status der Gesellschaft, etwa hinsichtlich der Halbjahresergebnisse, Bedeutung zukommen. Es kann allerdings nicht davon ausgegangen werden, dass sich über das Auskunftsrecht des Art. 697 Abs. 2 nOR ein Transparenzniveau erzielen lässt, wie es für kotierte Gesellschaften aufgrund der börsenrechtlichen Regularien mit der Zwischenberichterstattung vorgesehen ist.⁵ Die Regelpublizität ist für Gesellschaften ohne börsennotierte Aktien durch das Obligationenrecht mit der jährlichen Rechnungslegung grundsätzlich abschliessend geregelt.⁶ Im Rahmen der allgemeinen Voraussetzungen bezieht sich das Auskunftsrecht ausserhalb der Generalversammlung aber auf gewisse zentrale Finanzkennzahlen.

2. Vergütungen für die Mitglieder des Verwaltungsrats

2.1 Aktienrechtsrevision und Gerichtspraxis

In einem Urteil vom 25. Februar 2021 befasst sich das Bundesgericht mit einem Auskunftsbegehren hinsichtlich der Entschädigung des Verwaltungsrats.⁷ Die Beschwerdeführerin beklagt eine «unzulässige Sammelaskunft», da der offengelegte Betrag mehrere Verwaltungsratsmitglieder sowie Verwaltungsrats-honorare als auch Löhne für arbeitsvertragliche Leistungen umfasse und zudem die Vergütung für Tätigkeiten in sämtlichen Gesellschaften, welche zur Gruppe der Beschwerdegegnerin gehörten, einschliesse.⁸ Zwar liegt es nach Auffassung des Bundesgerichts auf der Hand, dass die Höhe der Bezüge von Verwaltungsratsmitgliedern von erheblichem Interesse für die Ausübung von Aktionärsrechten ist und dies zumal für die Erhebung einer Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR.⁹ Sodann verweist das Bundesgericht auf den im Rahmen der Aktienrechtsrevision misslungenen Versuch, die Transparenz über die Vergütungen von Organpersonen in nichtkотиerten Gesellschaften dem Niveau bei Gesellschaften mit börsennotierten Aktien anzugleichen.¹⁰ Dabei findet sich auch der Verweis auf die Gesetzesmaterialien, wonach «unter geltendem Recht «zumindest auch die Gesamtbeträge der jährlichen Vergütungen» an den Verwaltungsrat auf Anfrage hin offenzulegen seien und Aktionäre «Anspruch auf Vergütungsinformationen in einem Detaillierungsgrad [hätten], wie er für die Ausübung ihrer Aktionärsrechte unter den konkreten Umständen relevant» sei».¹¹

Nach Auffassung des Bundesgerichts lässt sich die Frage, ob Aktionäre unter Art. 697 OR Auskunft über individuelle Vergütungen verlangen können, nicht allgemein beantworten, Beurteilungsmassstab

³ Art. 697 Abs. 1 OR; Art. 697 Abs. 1 nOR. Nicht zu den Angelegenheiten der Gesellschaft gehört etwa die Identität von Inhaberaktionären (Bundesgericht SemJud 1978, S. 521).

⁴ Art. 697 Abs. 2 nOR; dazu auch II.3.

⁵ Siehe Art. 50 (Zwischenberichterstattung) des Kotierungsreglementes von SIX Exchange Regulation.

⁶ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR; Art. 958 Abs. 2 und 3 OR.

⁷ Bundesgericht 4A_561/2020.

⁸ Bundesgericht 4A_561/2020, E. 4.2.

⁹ Bundesgericht 4A_561/2020, E. 5.1, mit dem Hinweis auf Diskussionen in der Lehre hinsichtlich der Privatsphäre des einzelnen Verwaltungsratsmitglieds.

¹⁰ Im Vorentwurf vom November 2014 hatte der Bundesrat folgende Regelung vorgeschlagen (Art. 697 Abs. 4 VE-OR): «Anlässlich der Generalversammlung, an der die Jahresrechnung genehmigt wird, informiert der Verwaltungsrat einer Gesellschaft, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, die Aktionäre über die Vergütungen, Darlehen und Kredite gemäss den Artikeln 734a–734c.»

¹¹ Bundesgericht 4A_561/2020, E. 5.2.

bilde Art. 697 Abs. 2 OR. Es bedürfe deshalb des Nachweises, dass die angebehrten Angaben erforderlich seien, um die Aktionärsrechte in der betreffenden Gesellschaft sinnvoll ausüben zu können. Ferner blieben nach Art. 697 Abs. 2 Satz 2 OR stets die schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft vorbehalten: «Ein Recht auf Auskunft über die individuellen Honorare von Verwaltungsratsmitgliedern lässt sich vor diesem Hintergrund nicht mit der abstrakten Möglichkeit einer Rückforderungs- oder Verantwortlichkeitsklage begründen, ohne jedwelche Anhaltspunkte, dass deren Voraussetzungen erfüllt sein könnten.»¹² Die Erhebung einer der genannten Klagen müsse jedenfalls in Betracht fallen. Weiter hält das Bundesgericht lapidar fest, dass andernfalls die Erforderlichkeit für jede beliebige Information bejaht werden müsste, da «stets alles theoretisch möglich [sei]».¹³ Diese Rechtsauffassung läuft auf eine Art Vorprüfung von Vergütungsklagen im Rahmen des Auskunftsrechts hinaus, obwohl die vom Aktionär verlangte Information ihm erst eine Beurteilung hinsichtlich des weiteren Vorgehens ermöglicht. Dabei ist etwa an die Beurteilung durch einen unabhängigen Vergütungsspezialisten zu denken, der Vergütungsdaten der Gesellschaft zuhanden eines Aktionärs einer kritischen Beurteilung unterzieht.

2.2 Vergütungskompetenz und Auskunftsrecht

Aufgrund von Art. 732 Abs. 2 nOR können Gesellschaften ohne börsenkotierte Aktien in den Statuten vorsehen, dass sie die Regelungen zu Vergütungen bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien¹⁴ teilweise oder vollständig anwenden wollen. Fraglich ist, ob die Vergütungskompetenz der Generalversammlung von Gesellschaften ohne börsenkotierte Aktien aufgrund dieser neuen Regelung zum bedingt notwendigen Statuteninhalt wird. Wie an anderer Stelle detailliert ausgeführt wird, ist die Generalversammlung unter geltendem Recht unabhängig von der Kotierung der Aktien – selbst ohne statutarische Grundlage¹⁵ – befugt, über die Vergütungen der Mitglieder des Verwaltungsrats zu entscheiden; Wahl- und Vergütungs-

kompetenz laufen von Gesetzes wegen parallel.¹⁶ Da die Kompetenz des Verwaltungsrats zur Festlegung seiner eigenen Vergütung einem abstrakten Interessenkonflikt entspricht, ist auch unter dem revidierten Aktienrecht nicht von einem System auszugehen, das eine statutarische Grundlage zwingend verlangt. Dafür spricht schon der Wortlaut von Art. 732 Abs. 2 nOR, der ein blosses «Können» vorsieht, womit im Einklang mit der aktuellen Rechtsprechung¹⁷ eine statutarische Grundlage als zulässig erklärt wird. Zudem stellt die Vermeidung von potentiellen Interessenkonflikten ein tragendes Strukturprinzip des Aktienrechts dar,¹⁸ dem von Gesetzes wegen Nachachtung zu verschaffen ist.

Die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats entspricht einer Wahl von Einzelpersonen,¹⁹ die sich in erster Linie nach deren persönlichen Kompetenzen und zeitlichen Verfügbarkeit richten muss. Jede Wahl hat ein «Preisschild», das sich aus dem Vergütungsregime der Gesellschaft und den individuellen Abspra-

¹⁶ Urs Bertschinger, Wie die Arbeit, so der Lohn – Vergütung in privaten und kotierten Gesellschaften, SZW 2018, S. 394 ff.

¹⁷ Siehe dazu Fn. 15.

¹⁸ Siehe Bertschinger (Fn. 16), S. 395; BGE 137 III 503, E. 4.2, wonach im Rahmen von Art. 627 Ziff. 12 OR von Geschäftsführern dieselbe Unabhängigkeit gegenüber der Gesellschaft verlangt werden kann, wie sie Art. 728 OR für die Revisionsstelle vorsieht. In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht auch festgehalten, dass es sich dabei um «une restriction tendant à éviter la naissance de possibles conflits d'intérêts» handle, die in der Kompetenz der Generalversammlung liege. Die Vorinstanz, der Genfer Cour de Justice, hat mit Urteil C/18690/2010-ACJC/562/2011 vom 2. Mai 2011, E. 5.3, die zu beurteilende statutarische Regelung («le gérant des investissements [ou, respectivement, la société gérante des investissements] de la Société doit remplir les mêmes critères d'indépendance par rapport à la Société que les auditeurs doivent remplir en vertu de l'article 728 CO») als «un principe général et essentiel relatif à la structure et au fonctionnement de la société, et servant en particulier à l'équilibre des pouvoirs et des forces au sein de celle-ci et à l'empêchement des conflits d'intérêts et de la concentration des pouvoirs» bezeichnet.

¹⁹ Der Grundsatz der Einheit der Materie für die Verhandlungsgegenstände in der Generalversammlung, der grundsätzlich die Einzelwahl und -wiederwahl der Mitglieder des Verwaltungsrats verlangt, schärft das Profil von Wahlgeschäften. Ausnahmen von der Einzelwahl sind nur bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, möglich, sei es gestützt auf eine statutarische Regelung, sei es mit Zustimmung aller vertretenen Aktionäre (Art. 710 Abs. 1 und 2 nOR).

¹² Bundesgericht 4A_561/2020, E. 5.3.

¹³ Bundesgericht 4A_561/2020, E. 5.3; BGE 132 III 71, E. 1.3.3.

¹⁴ Art. 733 ff. nOR.

¹⁵ Siehe BGE 140 III 602, E. 4.

chen mit einer Person, die sich zur Wahl stellt, ergibt. Die Vergütung reflektiert die Beanspruchung, Verantwortung und Qualifikation eines Mitglieds des Verwaltungsrats; sie spiegelt in gewissem Masse auch die ökonomische Situation der Gesellschaft.²⁰ Vergütung steuert ganz wesentlich menschliches Verhalten, was rechtserheblich ist, weil Aktionäre die Mitglieder des Verwaltungsrats zur Steuerung der Gesellschaft wählen. Die Vergütung erweist sich damit grundsätzlich als ein massgebliches Kriterium eines Wahlgeschäfts. Es liegt deshalb auf der Hand, dass detaillierte Informationen zur Vergütung der Mitglieder des Verwaltungsrats die Ausübung des Stimmrechts der Aktionäre beeinflussen können und daher – voraussetzungslos – Bestandteil des Auskunftsrechts sein müssen.²¹ Für den Aktionär, der in dieser Hinsicht einen informierten Entscheid fällen will, gelten detaillierte Vergütungsinformationen daher ohne Weiteres als erforderlich.²² Damit ist auch gesagt, dass sich Geheimniskrämerei bei den Vergütungen der Mitglieder des Verwaltungsrats – trotz der allenthalben angesprochenen «Sensitivität der Thematik»²³ – nicht mit Persönlichkeits- und Datenschutz der Gesellschaft und der betroffenen Organpersonen rechtfertigen lässt. Wer sich zur Wahl in den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft stellt, unterwirft sich automatisch der Vergütungstransparenz.

Zwar wurde dem Vorschlag des Bundesrates zur Mindesttransparenz der Vergütungen in Gesellschaften ohne börsennotierte Aktien im Hinblick auf ein

Level Playing Field mit den börsennotierten Gesellschaften²⁴ eine Absage erteilt. Dies ändert freilich nichts am hiervor dargelegten Transparenzlevel, wie es sich aus geltendem und künftigem Recht ergibt. Sofern die Vergütung des Verwaltungsrats nicht durch die Generalversammlung bestimmt wird, was in Gesellschaften ohne börsennotierte Aktien derzeit den Regelfall darstellt, verbleibt den Aktionären nach dem Gesagten allemal das Recht, bei der Wahl und Wiederwahl von Mitgliedern des Verwaltungsrats die individuelle Vergütung jedes Mitglieds gestützt auf Art. 697 OR/nOR zu erfragen. Wer, wie erwähnt, über die Vergütung entscheiden kann,²⁵ kann sich auch darüber informieren. So resultiert es für Gesellschaften ohne kotierte Aktien zwangsläufig aus dem Schluss vom Stärkeren (Möglichkeit zur Beschlussfassung bzw. Genehmigung von Vergütungen durch die Generalversammlung) auf das Schwächere (blosse Information der Aktionäre).

3. Erweiterung des Auskunftsrechts bei Gesellschaften ohne börsennotierte Aktien

3.1 Stärkung der Corporate Governance

Unter geltendem Recht wird dem Auskunftsrecht des Aktionärs ausschliesslich in der Generalversammlung entsprochen.²⁶ Um dem Verwaltungsrat die substanziierte Beantwortung der Fragen zu ermöglichen, werden die Fragen zwar in der Regel rechtzeitig vor einer Generalversammlung an den Verwaltungsrat übermittelt. Ausserhalb der Generalversammlung besteht derzeit allerdings kein Anspruch auf Auskunft,²⁷ was zu verkappten Einsichtsbegehren führen kann.²⁸ Bei kotierten Gesellschaften bleibt es auch unter dem revidierten Recht bei der ausschliesslichen Anbindung des Auskunftsrechts an die Generalversammlung, was mit den kapitalmarktrechtlichen Vorschriften, insbesondere der Pflicht zur Ad hoc-Publizität

²⁰ Siehe schon BGE 86 II 159, E. 1; Kantonsgericht von Graubünden ZF 08 19/20, 10. Juni 2008, E. 5.b.

²¹ Siehe allgemein BGE 132 III 71, E. 1.3, wonach das Einsichtsrecht und das Auskunftsrecht dazu dienen, «dem Aktionär jene Informationen zu verschaffen, die zur sinnvollen Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sind. In Betracht kommen insbesondere das *Stimmrecht*, das heisst die Meinungsbildung hinsichtlich der Abnahme der Jahresrechnung und der Gewinnverteilung sowie in Bezug auf *Wahlen* und *Décharge-Erteilung*» (Hervorhebungen hinzugefügt).

²² Zum Kriterium der Erforderlichkeit – wenn auch beim Einsichtsrecht – siehe BGE 132 III 71, E. 1.3.1 und 1.3.3.

²³ Siehe Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE200273-O vom 25. September 2020, E. 2.1.2; Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, S. 1673, mit einer Rückmeldung aus dem Vernehmlassungsverfahren, wonach vermehrte Vergütungstransparenz «– insbesondere in Familienunternehmen – zu Streitigkeiten führen könnte».

²⁴ Siehe Art. 697^{quinquies} E-OR (BBl 2008, S. 1774).

²⁵ Siehe dazu auch bei Fn. 16.

²⁶ Art. 697 Abs. 1 OR; zu Implikationen des Auskunftsrechts vor und nach der Generalversammlung siehe BGE 132 III 71, E. 2.1.

²⁷ Siehe demgegenüber BSK OR II-Weber, Art. 697, N 17, wonach ein Begehren um Einsicht beliebig gestellt werden kann und an der folgenden Sitzung des Verwaltungsrats zu behandeln ist.

²⁸ Siehe etwa BGE 132 III 71, E. 2.2.

dieser Gesellschaften, begründet wird.²⁹ Bei Gesellschaften ohne kotierte Aktien sieht Art. 697 Abs. 2 nOR ausserhalb der Generalversammlung hingegen allgemein ein Auskunftsrecht über die Angelegenheiten der Gesellschaft vor. Dieses neue Auskunftsrecht geht freilich weit über die Gewährung von Ad hoc-Informationen im börsenrechtlichen Sinne hinaus. Gemäss Art. 53 Abs. 1 und 1^{bis} des Kotierungsreglements von SIX Exchange Regulation informiert der Emittent den Markt über kursrelevante Tatsachen, welche in seinem Tätigkeitsbereich eingetreten sind. Als kursrelevant gelten Tatsachen, deren Bekanntwerden geeignet ist, den Kurs erheblich zu beeinflussen. Erheblich ist eine Kursänderung, wenn sie das übliche Mass der Schwankungen deutlich übersteigt. Das Bekanntwerden der kursrelevanten Tatsache muss geeignet sein, den verständigen Marktteilnehmer in seinem Anlageentscheid zu beeinflussen. Demgegenüber richtet sich der Informationsanspruch des Aktionärs gemäss Art. 697 Abs. 2 nOR auf die Ausübung seiner Aktionärsrechte, ohne dass die Auskunft zwangsläufig einen (erheblichen) Einfluss auf den Wert seiner Aktien haben muss.

Die Gesetzesmaterialien begründen die Erweiterung des Auskunftsrechts bei den Gesellschaften ohne börsenkotierte Aktien mit der – im Vergleich zu den Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien – ungenügenden Rechtslage, sodass sich eine «Verbesserung der *Corporate Governance*» als notwendig erweise.³⁰ Gleichzeitig verweisen die Gesetzesmaterialien auf Art. 697 Abs. 4 nOR, wonach die Auskunft verweigert werden kann, wenn sie für die Ausübung der Aktionärsrechte nicht erforderlich sei und Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährden würde. Das Auskunftsrecht ausserhalb der GV sei «folglich nicht ein voraussetzungsloses Recht zur reinen Befriedigung der eigenen Neugierde».³¹ Dazu ist festzuhalten, dass sich Art. 697 Abs. 4 nOR allgemein auf das Auskunftsrecht bezieht, sodass in der gesetzlichen Regelung keine Differenzierung des Auskunftsanspruchs in Bezug auf den Zeitpunkt des Auskunftsbegehrens und dessen Beantwortung – ob innerhalb oder ausserhalb der Generalversammlung – auszumachen ist. Der Verwaltungsrat muss die Auskunft innert vier Monaten

erteilen. Die Antworten des Verwaltungsrats sind zudem spätestens an der nächsten Generalversammlung zur Einsicht für die Aktionäre aufzulegen (Art. 697 Abs. 3 nOR). Eine Verweigerung der Auskunft ist schriftlich zu begründen.³²

3.2 Mindestbeteiligung von zehn Prozent

Art. 697 Abs. 2 nOR sieht vor, dass Aktionäre, die zusammen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten, vom Verwaltungsrat schriftlich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen können. Ausserhalb der Generalversammlung wird das Auskunftsrecht in den nichtkотиerten Gesellschaften also zum qualifizierten Minderheitsrecht. In der parlamentarischen Beratung wurde der Bezug zur Einberufungsschwelle für die Generalversammlung hergestellt,³³ um «einem Missbrauchspotenzial» vorzubeugen, sodass auch «vermieden [wird], dass der Verwaltungsrat laufend Auskunftsbegehren nachkommen muss, was zu einer Informationsungleichheit unter den Aktionären führen würde. Dies stünde [...] im Widerspruch zum Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre.»³⁴ Allerdings begründet diese Ausgestaltung des Auskunftsrechts ausserhalb der Generalversammlung – im Vergleich zum Auskunftsrecht anlässlich der Generalversammlung – keinen unterschiedlichen Auskunftsanspruch, da sich aus einer qualifizierten Beteiligung grundsätzlich kein Informationsprivileg des Aktionärs ergibt.³⁵

Bei der Ermittlung der 10-Prozent-Schwelle im Sinne von Art. 697 Abs. 2 nOR ist zu beachten, dass bei vinkulierten Namenaktien, die nicht börsenkotiert sind, – vorbehaltlich von Spezialfällen – das Eigentum und alle damit verknüpften Rechte beim Veräusserer verbleiben, solange eine erforderliche Zustimmung zur Übertragung der Aktien durch den Verwaltungsrat nicht erteilt ist.³⁶ Aufgrund eines noch nicht erfüllten Kaufvertrages können die Namenaktien folg-

²⁹ Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 1), S. 540.

³⁰ Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 1), S. 540.

³¹ Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 1), S. 540 f.

³² Art. 697 Abs. 4 Satz 2 nOR.

³³ Art. 699 Abs. 3 Ziff. 2 nOR; *Christa Markwalder*, Amtliches Bulletin 2018 Nationalrat 1140.

³⁴ *Giovanni Merlini*, Amtliches Bulletin 2018 Nationalrat 1137; zur Gleichbehandlungsthematik siehe auch unter II.4.

³⁵ Siehe BGE 132 III 71, E. 1.3.4, hinsichtlich eines Aktienanteils von rund 47 Prozent: «Das Gesetz differenziert beim Auskunfts- und Einsichtsrecht der Aktionäre nicht nach der Höhe der Aktienbeteiligung. Vielmehr gilt auch dafür der Grundsatz der Gleichbehandlung.»

³⁶ Art. 685c Abs. 1 OR.

lich nicht als im Sinne von Art. 697 Abs. 2 nOR «vertreten» gelten. Beim Erwerb von Namenaktien durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung gehen das Eigentum und die Vermögensrechte hingegen sogleich über,³⁷ sodass diese Aktionäre ohne Stimmrecht ihre Aktien im Sinne von Art. 697 Abs. 2 nOR bereits «vertreten», wenn gleich die Mitwirkungsrechte erst mit der Zustimmung der Gesellschaft auf den Erwerber übergehen. Die Rechtslage ist gleich wie beim geltenden Art. 699 Abs. 3 OR, wonach börsenkotierte Namenaktien ohne Stimmrecht³⁸ ebenfalls ins zehnpromzentige Einberufungsquorum einzubeziehen sind.³⁹ Massgeblich ist im Rahmen von Art. 697 Abs. 2 nOR also nicht, ob die gemäss Art. 685c Abs. 2 OR erworbenen Aktien in einer Generalversammlung effektiv vertretbar wären, sondern bloss, ob sie vom Aktionär vertreten werden, ihm also vermögensmässig zuzurechnen sind.

4. Gleichbehandlung der Aktionäre

Auskunftsbegehren ausserhalb der Generalversammlung sind durch den Verwaltungsrat innert vier Monaten zu beantworten.⁴⁰ Die Antworten des Verwaltungsrats sind zudem spätestens an der nächsten Generalversammlung zur Einsicht für die Aktionäre aufzulegen.⁴¹ Die Gesetzesmaterialien führen dazu aus, dass die Antworten «[s]elbstverständlich [...] auch umgehend allen Aktionärinnen und Aktionären z.B. elektronisch mitgeteilt werden [können]».⁴² Wichtig sei, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre eingehalten werde.⁴³ Der Vorschlag des Bundesrates in der Botschaft von 2007 sah noch vor, dass die erteilten Antworten «an der nächsten Gene-

ralversammlung zur Einsicht aufzulegen oder umgehend elektronisch zu publizieren» sind.⁴⁴

Gemäss Art. 717 Abs. 2 OR muss der Verwaltungsrat die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich behandeln. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass bei einer Auskunftserteilung, die einen Einfluss auf den Wert der Aktien habe, nicht einfach das Vorgehen gemäss Art. 697 Abs. 3 nOR Platz greifen dürfe, da sich der Verwaltungsrat damit einer Verletzung von Art. 717 Abs. 2 OR aussetzen könne.⁴⁵ Diese Auffassung des Auskunftsrechts ausserhalb der Generalversammlung ist der Pflicht zur Ad hoc-Publizität für kursrelevante Tatsachen bei börsenkotierten Gesellschaften nachempfunden.⁴⁶ Darüber hinaus erfährt die informationelle Gleichbehandlung im Rahmen der Auskunftserteilung ausserhalb der Generalversammlung allgemein eine starke Betonung.⁴⁷

⁴⁴ BBl 2008, S. 1772. Die Botschaft Aktienrecht 2007 (Fn. 23), S. 1671 f., verweist auf «die Gleichbehandlung aller Aktionärinnen und Aktionäre bei der Information [...] (Art. 717 Abs. 2 OR)».

⁴⁵ *Isabelle Chabloz*, Les nouveaux droits des actionnaires en matière de restitution et d'accès à l'information, SZW 2021, S. 584; *Matthias P.A. Müller*, Informationsrechte des Aktionärs, ex ante 1/2019, S. 30; *Hans Caspar von der Crone/Fleur Baumgartner*, Die Kommunikation der Aktiengesellschaft mit den Aktionären, in: Rita Trigo Trindade u.a. (Hrsg.), *Liber amicorum pour Henry Peter*, Zürich 2019, S. 274 f., hinsichtlich Aspekten der Handelbarkeit der Aktien.

⁴⁶ Siehe dazu schon unter II.3.1.

⁴⁷ *Hans-Ueli Vogt/Emanuel Schiowow/Karin Wiedmer*, Die Aktienrechtsrevision unter Corporate Governance-Aspekten – Bestandesaufnahme, einige Auslegungsversuche und ein paar wichtige Anliegen vor der Erstberatung im Nationalrat, AJP 2009, S. 1363; *Keivan Mohasseb/Hans Caspar von der Crone*, Gerichtliche Durchsetzung des Auskunftsrechts nach geltendem und künftigen Aktienrecht, SZW 2020, S. 342, wonach grundsätzlich alle Antworten auf Auskunftsbegehren ausserhalb der Generalversammlung ohne Verzug allen Aktionären zugänglich zu machen seien und nur in begründeten Ausnahmefällen bis zur nächsten Generalversammlung gewartet werden dürfe; *Rolf H. Weber*, Informationsrechte des Aktionärs, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Aktienrechtsrevision, Zürich 2010, S. 211 f.; *Andreas vom Planta*, Der Entwurf 2008 eines neuen Aktienrechts – Allgemeine Bemerkungen und Würdigung, GesKR 2008 Sondernummer, S. 2.

³⁷ Art. 685c Abs. 2 OR.

³⁸ Art. 685f Abs. 3 OR.

³⁹ Siehe *Urs Bertschinger*, Ausgewählte Fragen zur Einberufung, Traktandierung und Zuständigkeit der Generalversammlung, AJP 2001, S. 901 f.; BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 699, N 13. Im Sinne dieser Lehrmeinungen bringt Art. 699 Abs. 3 nOR mit der Formulierung, dass die Aktionäre über die entsprechende Beteiligung «verfügen» müssen, eine Klarstellung, welche an der hier vertretenen Auslegung von Art. 697b Abs. 2 nOR nichts ändert.

⁴⁰ Art. 697 Abs. 3 Satz 1 nOR.

⁴¹ Art. 697 Abs. 3 Satz 2 nOR.

⁴² Gemäss *Peter Forstmoser/Marcel Küchler*, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Bern 2022, S. 320, ist dies nur bei entsprechender statutarischer Grundlage (Art. 626 Abs. 1 Ziff. 7 nOR) möglich.

⁴³ Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 1), S. 540.

4.1 Anspruch auf unmittelbare informationelle Gleichbehandlung?

Art. 697 Abs. 3 nOR implementiert für die Informationsleistung einen zweistufigen Prozess: (1) Beantwortung des Auskunftsbegehrens innert vier Monaten gegenüber dem Antragsteller und (2) ohne spezifische Frist Offenlegung der erteilten Auskunft gegenüber den übrigen Aktionären spätestens an der nächsten Generalversammlung. Ausgangspunkt bildet das Auskunftsbegehren eines Aktionärs, welches einen spezifischen Informationsbedarf des betreffenden Gesellschafters bzw. einer Gruppe von Aktionären signalisiert; es wird dementsprechend zunächst individuell beantwortet. Mit der Offenlegung der Auskunft spätestens anlässlich der nächsten Generalversammlung⁴⁸ wird das individuelle Auskunftsbegehren kollektiviert. Diese Offenlegung, deren Ausgestaltung durch das Gesetz nicht im Einzelnen festgelegt wird, nimmt in Kauf, dass die Auskunftserteilung nur den an der nächsten Generalversammlung anwesenden oder vertretenen Aktionären zugänglich wird. Jedenfalls verlangt das Gesetz keine Aufnahme der Auskünfte, die ausserhalb der Generalversammlung erteilt werden, in das Protokoll der nächsten Generalversammlung,⁴⁹ wenngleich dies im Sinne einer *best practice* zur möglichst weitgehenden Informationsvermittlung im Aktionariat als wünschenswert erscheint.

Hinsichtlich der Auskünfte anlässlich einer Generalversammlung erfolgt die Kollektivierung der Information zugunsten der nicht anwesenden Aktionäre durch das Protokoll.⁵⁰ Das geltende Recht sieht für die Einsichtnahme in das Protokoll keine Frist vor;⁵¹ das revidierte Recht verlangt, dass das Protokoll innerhalb von 30 Tagen nach der Generalversammlung zugänglich ist.⁵² Für das Auskunftsrecht ausserhalb der Generalversammlung bedeutet der Wortlaut des Gesetzes hinsichtlich des Zugangs zur Information – im Vergleich zu einem Auskunftsbegehren anlässlich einer Generalversammlung – eine Verlängerung der

Fristen, also maximal vier Monate für den Antragsteller (im Vergleich zur Unmittelbarkeit in der Generalversammlung)⁵³ sowie die variable Frist spätestens bis zur nächsten Generalversammlung für die übrigen Aktionäre (im Vergleich zur Verfügbarkeit des Protokolls innert 30 Tagen nach der Generalversammlung).⁵⁴

Fasst man Art. 697 Abs. 3 nOR als Ausdruck der relativen Gleichbehandlungspflicht bzw. als *lex specialis* zu Art. 717 Abs. 2 OR auf,⁵⁵ kann damit ein zeitlich beschränkter Informationsvorsprung des um Auskunft ersuchenden Aktionärs verbunden sein. Unter dem geltenden Recht besteht ein Informationsvorsprung für alle an der Generalversammlung teilnehmenden Aktionäre, die unmittelbar Kenntnis von der erteilten Auskunft erhalten, gegenüber den an der Generalversammlung nicht anwesenden Aktionären. Obwohl es das gute Recht des Aktionärs ist, nicht an der Generalversammlung teilzunehmen,⁵⁶ wird hinsichtlich der Auskünfte anlässlich einer Generalversammlung nicht verlangt, dass unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung sämtliche übrigen Aktionäre unmittelbar zu benachrichtigen seien. Nach der Rechtsprechung ist bei der Auskunftserteilung von einer Bereichspublizität auszugehen, welche zunächst die an der Generalversammlung anwesenden Aktionäre und sodann aufgrund der Möglichkeit zur Einsichtnahme in das Protokoll die übrigen Aktionäre erfasst.⁵⁷ Demgegenüber soll nach einer Lehrmeinung infolge eines Auskunftsbegehrens ausserhalb der Generalversammlung inskünftig eine spontane Benachrichtigungspflicht die unmittelbare Verfügbarkeit der Informationen zugunsten sämtlicher

⁴⁸ Art. 697 Abs. 3 Satz 2 nOR.

⁴⁹ Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 1), 516.

⁵⁰ Art. 702 Abs. 2 Ziff. 2 und Abs. 3 OR; Art. 702 Abs. 2 Ziff. 4 und Abs. 4 nOR.

⁵¹ Siehe Bundesgericht 4A_79/2019, E. 5; gemäss *Peter Bockli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12, N 196, soll der Beschlusswortlaut 20 Tage nach der Generalversammlung greifbar sein.

⁵² Art. 702 Abs. 4 nOR.

⁵³ Art. 697 Abs. 1 nOR.

⁵⁴ Art. 702 Abs. 4 nOR.

⁵⁵ Ablehnend *Mohasseb/von der Crone* (Fn. 47), S. 342.

⁵⁶ Siehe Art. 680 Abs. 1 OR.

⁵⁷ Siehe etwa BGE 140 III 610, E. 2.2: «Um eine Gleichstellung aller Aktionäre bezüglich des Informationsstandes zu erreichen, muss das Auskunftsrecht gemäss Art. 697 OR in der Generalversammlung ausgeübt werden [...] Die Auskunftsbegehren und die erteilten Antworten sind zu protokollieren (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR).»; BGE 133 III 133, E. 3.3; BGE 132 III 71, E. 2.1: «Die Bindung der Auskunftserteilung an die Generalversammlung soll sicherstellen, dass alle Aktionäre, die an dieser teilnehmen, den gleichen Informationsstand haben. [...] Auch Aktionäre, die nicht an der Generalversammlung teilgenommen haben, sind berechtigt, das Protokoll einzusehen (Art. 702 Abs. 3 OR).»

Aktionäre gewährleisten.⁵⁸ Ein derartiges Publizitätskonzept findet weder im neuen Auskunftsrecht ausserhalb der Generalversammlung noch in der Gleichbehandlungspflicht gemäss Art. 717 Abs. 2 OR eine Stütze. Vielmehr sind die längeren Fristen für die Beantwortung gegenüber dem Antragsteller und die Kollektivierung von Auskünften zugunsten sämtlicher Aktionäre die logische Konsequenz eines Auskunftsbegehrens ausserhalb der Generalversammlung. Die gegenteilige Auffassung würde die Aktiengesellschaft über das ganze Geschäftsjahr zum «Auskunftsbüro» des gesamten Aktionariats machen, was erhebliche Umtriebe mit sich bringen könnte. Damit gingen zusätzliche Organisationskosten eines individuellen Auskunftsbegehrens letztlich stets zulasten sämtlicher Aktionäre, was im Rahmen der Wahrung des Gesellschaftsinteresses durch den Verwaltungsrat negativ ins Gewicht fallen würde.⁵⁹ Aufgrund des Gesetzgebungsprozesses ist nicht ersichtlich, dass eine derartige Ausweitung des Auskunfts wesens in Gesellschaften ohne börsennotierte Aktien beabsichtigt war: Der Gesetzeswortlaut schafft keinen Bezug zur Gleichbehandlungspflicht des Verwaltungsrats gegenüber den Aktionären⁶⁰ und die Materialien⁶¹ haben sich in der neuen Regelung nicht zugunsten einer – unter praktischem Gesichtspunkt weitgehenden – unmittelbaren informationellen Gleichbehandlung der Aktionäre niedergeschlagen.

Nach der Rechtsprechung verbietet der Gleichbehandlungsgrundsatz dem Verwaltungsrat, bei seinen Entscheiden den persönlichen Interessen einzelner Aktionäre ein anderes Gewicht beizumessen als den persönlichen Interessen der auf der Gegenseite betroffenen anderen Aktionäre, soweit eine solche unterschiedliche Gewichtung nicht durch das Gesellschaftsinteresse geboten ist; der Verwaltungsrat hat also «nicht die Interessen von Mehrheit und Minderheit gegeneinander abzuwägen, sondern diese beidseitigen Interessen am Gesellschaftsinteresse zu mes-

sen».⁶² Dabei ist auch zu beachten, dass eine rechtserhebliche Ungleichbehandlung «konkret gegeben und nicht nur virtuell vorstellbar» sein muss,⁶³ was sich im Kontext des Auskunftsrechts auf die mutmassliche Relevanz einer Information für die übrigen Aktionäre bezieht. Dies korrespondiert mit der tatsächlichen Lage, wonach die übrigen Aktionäre kein entsprechendes Auskunftsgesuch gestellt haben, was beim Auskunftsrecht, welches zunächst einmal auf dem individuellen Antrieb eines Gesellschafters beruht, zu berücksichtigen ist. Nach dem Gesagten ermöglicht und verlangt das Gesellschaftsinteresse bei Auskunftsbegehren ausserhalb der Generalversammlung im Normalfall gemäss Art. 697 Abs. 3 nOR zu verfahren, was gegen eine sofortige Benachrichtigung sämtlicher Aktionäre spricht; dem Gesellschaftsinteresse entspringt im Kontext des Auskunftsrechts ausserhalb der Generalversammlung keine unmittelbare informationelle Gleichbehandlung der Aktionäre.⁶⁴ Dabei fällt auch in Betracht, dass unter geltendem wie unter künftigem Recht beim Einsichtsrecht eine Kollektivierung des Informationsgehalts zugunsten sämtlicher Aktionäre unterbleibt,⁶⁵ die Voraussetzungen von Einsichts- und Auskunftsrecht durch die Revision aber angeglichen werden sollen.⁶⁶ Auf dieser Grundlage lässt sich die Regelung des Auskunftsrechts ausserhalb der Generalversammlung als eine gewisse Annäherung an das Einsichtsrecht auffassen, wenngleich die Kollektivierung der Auskunft – im Unterschied zur Einsicht – mit Verzögerung letztlich eintritt.

Die Bedeutung einer unmittelbaren informationellen Gleichbehandlung der Aktionäre sollte bei Gesellschaften ohne kotierte Aktien aufgrund der oftmals eingeschränkten Liquidität dieser Titel nicht

⁵⁸ Siehe dazu Fn. 45 und 47.

⁵⁹ Art. 717 Abs. 1 OR.

⁶⁰ Art. 697 Abs. 3 nOR. Zur Bedeutung der gesetzlichen Anordnung, dass die Antworten des Verwaltungsrats «spätestens» an der nächsten Generalversammlung zur Einsicht für die Aktionäre aufzulegen sind, siehe unter II.4.2.

⁶¹ Siehe bei Fn. 43; siehe auch bei Fn. 34 zur parlamentarischen Beratung, wonach im Grundsatz wohl ebenfalls von der informationellen Ungleichbehandlung im Rahmen der neuen gesetzlichen Regelung ausgegangen wird.

⁶² Bundesgericht 4C.242/2001, E. 3.3.

⁶³ Siehe – wenn auch betreffend Eintragungsgesuche ins Aktienbuch – Bundesgericht 4C.242/2001, E. 3.2.

⁶⁴ Anzumerken bleibt, dass bei Inhaberaktien (siehe Art. 622 Abs. 1^{bis} OR; Art. 697j Abs. 5 OR und Art. 697l OR) eine direkte unmittelbare Benachrichtigung der Aktionäre unter Wahrung des Gesellschaftsinteresses nicht ohne Weiteres möglich wäre, da eine Auskunftserteilung über das Schweizerische Handelsamtsblatt (SHAB) nicht ernsthaft in Betracht fallen kann.

⁶⁵ Siehe BGE 132 III 71, E. 2.1: «Die durch die Einsicht in Geschäftsunterlagen erlangte Kenntnis bleibt demgegenüber beschränkt auf den betreffenden Aktionär.»

⁶⁶ Siehe Art. 697a nOR; Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 1), S. 541.

überschätzt werden,⁶⁷ weil sich ein Informationsvorsprung eines Aktionärs nicht ohne Weiteres zu Geld machen lässt.⁶⁸ Zudem sind die Aktionäre hinsichtlich der Verfügung über ihre Aktien in vielen Gesellschaften vertraglich gebunden, was der aktienrechtlichen Insiderproblematik ebenfalls entgegenwirken kann.⁶⁹

4.2 Gestaltungsspielraum des Verwaltungsrats

Das Gesetz bringt mit der Formulierung, die Antworten des Verwaltungsrats seien «spätestens» an der nächsten Generalversammlung zur Einsicht für die (übrigen) Aktionäre aufzulegen, zum Ausdruck, dass der Aktionär, der ausserhalb einer Generalversammlung um Auskunft ersucht, keinen Anspruch darauf hat, dass der Prozess gemäss Art. 697 Abs. 3 nOR zweistufig abläuft. Der Verwaltungsrat kann ausserhalb der Generalversammlung daher auch sämtliche Aktionäre gleichzeitig mit den Antworten bedienen oder die Beantwortung der Fragen innert der viermonatigen Frist bis zur nächsten Generalversammlung aufschieben. Mit anderen Worten modelliert das Auskunftsrecht ausserhalb der Generalversammlung kein zwingendes Informationsprivileg des Aktionärs, und zwar unabhängig davon, ob es sich um das Auskunftsbegehren eines sog. Durchschnittsaktionärs oder eines Aktionärs mit spezifischer Begründungspflicht handelt.⁷⁰

⁶⁷ Sofern es zur Klärung der *At arm's length*-Thematik bei einem Aktienverkauf eines Steuerrulings bedarf, werden bei den Bewertungsansätzen regelmässig substantielle Abschlüsse aufgrund eingeschränkter Handelbarkeit akzeptiert.

⁶⁸ Kritisch von der *Crone/Baumgartner* (Fn. 45), S. 274 f.

⁶⁹ Es können etwa vertragliche Fristen zur Ausübung von Vorkaufs- und Mitverkaufsrechten relevant sein, während denen erteilte Auskünfte gemäss Art. 697 Abs. 3 Satz 2 nOR auch für die übrigen Aktionäre verfügbar werden. Die Mechanismen in Aktionärsbindungsverträgen weisen dem Verwaltungsrat der Gesellschaft mitunter gewisse Funktionen in der Ausübung von Rechten durch die Vertragsparteien zu, was den Verwaltungsrat umständehalber zur unmittelbaren Übermittlung einer erteilten Auskunft im Sinne von Art. 697 Abs. 3 Satz 1 nOR an sämtliche Aktionäre veranlassen kann (siehe dazu unter II.4.2).

⁷⁰ Zu dieser Differenzierung siehe Bundesgericht 4C.234/2002, E. 4.2.2; BGE 132 III 71, E. 1.3.1.

4.3 Statutarische Regelung

Eine statutarische Regelung, wonach der Verwaltungsrat Auskunftsbegehren ausserhalb der Generalversammlung stets gleichzeitig gegenüber sämtlichen Aktionären beantwortet, ist von Rechts wegen möglich. Zulässig wäre auch eine statutarische Vorschrift, die für die Erteilung der Auskunft eine angemessene Frist von weniger als vier Monaten vorsieht.⁷¹ Mit anderen Worten handelt es sich bei Art. 697 Abs. 3 nOR um eine relativ zwingende Bestimmung, deren Gehalt also im Sinne eines Mindeststandards aufzufassen ist, von dem zugunsten der Aktionäre abgewichen werden kann.

III. Einsichtsrecht der Aktionärin

1. Justierung der Kompetenzordnung

Nach geltendem Recht können die Geschäftsbücher und Korrespondenzen nur mit ausdrücklicher Ermächtigung der Generalversammlung oder durch Beschluss des Verwaltungsrats und unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse eingesehen werden.⁷² Trotz fehlender Treuepflicht des Aktionärs⁷³ dürfte sich der Gesetzgeber bei der Kompetenz der Generalversammlung am vernünftigen Aktionär orientiert haben, dem grundsätzlich unterstellt werden kann, nicht zum Schaden der Gesellschaft zu handeln, weil er damit wohl in der Regel auch zum eigenen Nachteil agieren würde. Die geltende gesetzliche Anordnung lässt sich auch als positivrechtlicher Ausdruck der Generalversammlung als oberstes Organ der Aktiengesellschaft auffassen,⁷⁴ von dem im Sinne der Aktionärsdemokratie eine gestaltende Kraft ausgehen kann, selbst wenn sie sich nicht widerspruchsfrei in die Grundstrukturen der Aktiengesellschaft einordnen lässt.

Demgegenüber legt die Revision die Gewährung der Einsicht in die alleinige Zuständigkeit des Ver-

⁷¹ Art. 697 Abs. 3 Satz 1 nOR. Im Vorschlag des Bundesrates von 2007 war eine Frist von 90 Tagen vorgesehen (BBl 2008, S. 1772).

⁷² Art. 697 Abs. 3 OR.

⁷³ Siehe etwa Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II, S. 907: «Aktionäre unterliegen keiner besonderen Loyalitätspflicht gegenüber der Gesellschaft».

⁷⁴ Art. 698 Abs. 1 OR.

waltungsrats.⁷⁵ Die Gesetzesmaterialien begründen diese Anpassung mit potentiellen Kompetenzkonflikten und der bereits erwähnten mangelnden Treuepflicht der Aktionäre. Zudem wird moniert, dass die Aktionäre oftmals nicht beurteilen könnten, ob durch die Einsichtnahme beispielsweise Geschäftsgeheimnisse tangiert würden.⁷⁶ Man kann diese Rechtsentwicklung auch als Ausdruck einer gesteigerten Sensibilisierung für potentielle Interessenkonflikte sehen, die bei den Aktionären mangels Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft ein hohes Profil haben können. Selbst wenn die Mitglieder des Verwaltungsrats ebenfalls Aktionäre der Gesellschaft sind, ist ihre Entscheidungsfindung hinsichtlich der Gewährung der Einsicht durch die vorrangige gesetzliche Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft⁷⁷ gesichert.

Mit der alleinigen Kompetenz des Verwaltungsrats für die Einsichtsgewährung entfällt inskünftig die Möglichkeit zur gesellschaftsinternen Eskalation. Die Anrufung der Generalversammlung konnte zum Thema werden, nachdem der Verwaltungsrat einem Aktionär für eine Due Diligence im Hinblick auf ein allfälliges Kaufangebot an alle Aktionäre die kalte Schulter gezeigt hatte.⁷⁸ In einem solchen Fall können die Aktionäre gemäss Art. 697 Abs. 3 OR dem Verwaltungsrat – unter dem Vorbehalt der Geschäftsgeheimnisse⁷⁹ – ein Zeichen setzen. Mit dem Einbezug der Generalversammlung lassen sich im Kontext von Übernahme-situationen auch potentielle Interessenkonflikte auf der Stufe des Verwaltungsrats mitigieren. Die Verschlinkung der Kompetenzordnung beim Einsichtsrecht bringt nun eine Absage an den

breiteren innergesellschaftlichen Diskurs und Ausgleich. Damit begrenzt die Revision den Spielraum für die möglichst weitgehende Selbstregulierung von Konflikten in der Aktiengesellschaft und zielt stattdessen stärker in Richtung der Gerichtsbarkeit.

2. Vom Individual- zum qualifizierten Minderheitsrecht

Unter geltendem Recht entspricht das Einsichtsrecht einem Individualrecht des Aktionärs.⁸⁰ Die Revision bringt eine deutlich höhere Hürde, indem das Einsichtsrecht fortan nur noch Aktionärinnen und Aktionären gewährt wird, die zusammen mindestens fünf Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten.⁸¹ Eine materielle Begründung findet sich in den Gesetzesmaterialien nicht. Die Botschaft hält schlicht fest, dass die Voraussetzungen des Einsichtsrechts an diejenigen des Auskunftsrechts ausserhalb der Generalversammlung angepasst werden.⁸² In der parlamentarischen Beratung wurde der Umstand kritisiert, dass sich jede Aktionärin und jeder Aktionär «durch den Erwerb von lediglich einer einzigen Aktie ein solches Einsichtsrecht verschaffen könnte».⁸³ Dass das Einsichtsrecht des Aktionärs für die Gesellschaft oftmals eine grössere Belastung darstellt als das Auskunftsrecht, rechtfertigt das *downgrading* des Einsichtsrechts vom Individual- zum qualifizierten Minderheitsrecht jedenfalls nicht, zumal die Rechtsprechung hinsichtlich der Gewährung der Einsicht stets zurückhaltend war.⁸⁴

Bei Gesellschaften mit börsenkotierten Namenaktien sind die für das Einsichtsrecht erforderlichen fünf Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen

⁷⁵ Art. 697a Abs. 2 nOR. Die sprachliche Anpassung beim Einsichtsobjekt («Geschäftsbücher und Korrespondenzen» gemäss Art. 697 Abs. 3 OR; «[d]ie Geschäftsbücher und die Akten» gemäss Art. 697a Abs. 1 nOR) bringt keine materielle Änderung (Botschaft Aktienrecht 2016 [Fn. 1], S. 541).

⁷⁶ Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 1), S. 542.

⁷⁷ Art. 717 Abs. 1 OR. Ist ein antragstellender Aktionär zudem Verwaltungsrat der Gesellschaft (siehe auch Art. 715a OR; BSK OR II-Wernli/Rizzi, Art. 715a, N 13), sind bei der Beschlussfassung über die Gewährung der Einsicht die Ausstandsregeln zu beachten.

⁷⁸ In der Rechtsprechung finden sich dazu denn auch gewisse Ansätze, siehe BGE 132 III 71, E. 1.3, wonach «auch das Recht auf Veräusserung der Aktien zu Einsichtsbegehren Anlass bilden (kann), wenn der Aktionär den wirklichen Wert seiner Aktien erfahren will»; so betreffend Auskunftsbegehren auch Bundesgericht 4C.234/2002, E. 4.2.1, und Botschaft Aktienrecht 1983 (Fn. 73), S. 907.

⁷⁹ Art. 697 Abs. 3 OR.

⁸⁰ Siehe Art. 697 Abs. 3 OR.

⁸¹ Art. 697a Abs. 1 nOR.

⁸² Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 1), S. 541. Nach dem Vorschlag des Bundesrates sollte auch das Auskunftsrecht ausserhalb der Generalversammlung von Aktionären, die zusammen mindestens fünf Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten, ausgeübt werden können (BBl 2017, S. 707).

⁸³ Christa Markwalder, Amtliches Bulletin 2018 Nationalrat 1140.

⁸⁴ Siehe etwa Bundesgericht 4C.234/2002, E. 6.3; Botschaft Aktienrecht 1983 (Fn. 73), S. 908: «Der Nachweis, dass die Einsicht in Geschäftsbücher und Korrespondenzen ungerechtfertigterweise verweigert wurde, ist an höhere Voraussetzungen zu knüpfen als bei der Verweigerung des Auskunftsrechtes, da das Einsichtsrecht in stärkerem Masse Gesellschaftsinteressen tangieren kann.»

unter Einbezug der Aktien ohne Stimmrecht⁸⁵ zu berechnen. Diese Aktien gelten im Sinne von Art. 697a Abs. 1 nOR als «vertreten». Die Rechtslage präsentiert sich richtigerweise gleich wie beim Einberufungsrecht gemäss geltendem Art. 699 Abs. 3 OR.⁸⁶ Wenngleich das Einsichtsrecht bei sämtlichen Gesellschaften sowie das Auskunftsrecht ausserhalb der Generalversammlung bei Gesellschaften ohne börsennotierte Aktien inskünftig einer prozentualen Beteiligungsschwelle unterliegen, wird aufgrund der Ausübung dieser Aktionärsrechte ausserhalb der Generalversammlung augenscheinlich, dass die erforderlichen «vertretenen» Aktien nicht zwangsläufig in der Generalversammlung vertretbar sein müssen. Hinsichtlich der Ermittlung des Schwellenwertes bei nicht kotierten Gesellschaften kann auf die obigen Ausführungen beim Auskunftsrecht verwiesen werden.⁸⁷

3. Recht auf Notizen

Gemäss Art. 697 Abs. 1 OR ist jeder Aktionär berechtigt, an der Generalversammlung vom Verwaltungsrat Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft und von der Revisionsstelle über die Durchführung und das Ergebnis ihrer Prüfung zu verlangen. Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR sieht sodann vor, dass die Begehren um Auskunft und die darauf erteilten Antworten im Protokoll zur Generalversammlung festgehalten werden. Für das Auskunftsrecht hat der Gesetzgeber also auch die Dokumentation geregelt, was der Rechtssicherheit und der Informationsvermittlung an alle Aktionäre dient. Allerdings dürfen die Aktionäre das Protokoll unter geltendem Recht bloss einsehen⁸⁸ und haben keinen Anspruch auf eine Kopie.⁸⁹ Das revidierte Recht erleichtert den Zugang zum Protokoll, indem es innert 30 Tagen nach der Generalversammlung auf Verlangen jedem Aktionär zugänglich zu machen ist, was im Sinne einer digita-

len oder physischen Kopie verstanden wird.⁹⁰ Selbstverständlich darf der Aktionär bereits in der Generalversammlung anlässlich der Beantwortung der aufgeworfenen Fragen Notizen zu den Antworten festhalten, sei es traditionell auf Papier oder digital auf einem handlichen Gerät. Daran ändert die Revision nichts.

Beim Einsichtsrecht gibt es keinen Mechanismus, mit welchem die Einsicht – wie bei der Protokollierung von Auskünften – sämtlichen Aktionären zugänglich gemacht wird.⁹¹ Dementsprechend enthält das Aktienrecht keine Regelung zur Dokumentation der Einsicht. Das revidierte Recht sieht in Art. 697a Abs. 2 Satz 2 nOR vor, dass die Aktionäre anlässlich der Einsichtnahme Notizen machen dürfen; eine Regelung, die etwas kleinlich wirkt. Aus dem Recht auf Notizen wird bereits abgeleitet, dass die Ausfertigung von Kopien untersagt werden dürfe,⁹² sodass das Einsichtsrecht allemal hinkend bliebe. Für den Aktionär hat die Dokumentation mittels eigener Notizen den Nachteil, dass sie – im Unterschied zum Generalversammlungsprotokoll beim Auskunftsrecht – nicht von der Gesellschaft stammen und ihr daher nicht zwangsläufig entgegengehalten werden können. Um das Einsichtsrecht im Hinblick auf die Ausübung von Aktionärsrechten nicht ins Leere laufen zu lassen, müssen die Notizen des Aktionärs zur Einsichtnahme eine Vermutung zulasten der Gesellschaft begründen, die von der Gesellschaft widerlegt werden kann.

IV. Gesetzliche Fristen

1. Frist für die Gewährung von Auskunft und Einsicht

Die Auskunft ausserhalb der Generalversammlung und die Einsicht sind innert vier Monaten zu gewähren.⁹³ In beiden Fällen handelt sich um eine *Ordnungsfrist*.⁹⁴ Das Gesetz knüpft an die Nichteinhal-

⁸⁵ Art. 685f Abs. 3 OR.

⁸⁶ Siehe dazu schon bei Fn. 39.

⁸⁷ Siehe unter II.3.2.

⁸⁸ Art. 702 Abs. 3 OR. Ist ein antragstellender Aktionär zudem Verwaltungsrat der Gesellschaft (siehe auch Art. 715a OR; BSK OR II-Wernli/Rizzi, Art. 715a, N 13), sind bei der Beschlussfassung über die Gewährung der Einsicht die Ausstandsregeln zu beachten.

⁸⁹ Bundesgericht 4A_319/2014, E. 5.3.1 (nicht veröffentlicht in BGE 140 III 610); von der Crone/Baumgartner (Fn. 45), S. 273.

⁹⁰ Art. 702 Abs. 4 nOR; Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 1), S. 561 f.

⁹¹ Diese Rechtslage ist keineswegs selbstverständlich, da sich auch eine Einsichtnahme in Text fassen liesse, wie sich aus dem Recht des Aktionärs auf Notizen (Art. 697a Abs. 2 Satz 2 nOR) schon aus dem Gesetz ergibt.

⁹² Forstmoser/Küchler (Fn. 42), S. 323.

⁹³ Art. 697 Abs. 3 nOR; Art. 697a Abs. 2 nOR.

⁹⁴ Ebenso Forstmoser/Küchler (Fn. 42), S. 323, unter Art. 697a nOR.

tung der jeweiligen Viermonatsfrist keine spezifische Rechtsfolge; es ergibt sich grundsätzlich auch keine Vermutung zulasten der Gesellschaft.⁹⁵ Trotzdem ist die Frist vom Verwaltungsrat möglichst einzuhalten. Eine statutarische Frist von mehr als vier Monaten für die Gewährung der Auskunft und Einsicht könnte nicht ins Handelsregister eingetragen werden.⁹⁶ Unter den allgemeinen Voraussetzungen von Art. 754 OR besteht eine Haftung des Verwaltungsrats, welche den adäquat kausal verursachten Verspätungsschaden seitens des Aktionärs betrifft.

Es bleibt die Frage, wie mit Einsichts- und Auskunftsbegehren ausserhalb der Generalversammlung umzugehen ist, sofern sich umständehalber eine vorgängige Informationsvermittlung anlässlich einer Generalversammlung aufdrängt. Zu denken ist an Ausnahmefälle, wie eine sich abzeichnende Sanierungssituation,⁹⁷ in denen die in Art. 697 Abs. 4 nOR vorbehaltenen schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft dazu führen können, die Gewährung der Einsicht oder die Erteilung einer Auskunft ausserhalb der Generalversammlung zu verweigern und stattdessen anlässlich der nächsten (Sanierungs-)Generalversammlung unabhängig von der viermonatigen Frist⁹⁸ eine angemessene Information der Aktionäre sicherzustellen. Von Rechts wegen geht es dabei nicht um eine Erstreckung der viermonatigen Auskunfts- oder Einsichtsfrist, sondern um eine zulässige Auskunfts- oder Einsichtsverweigerung ausserhalb der Generalversammlung.

2. Frist für die Auskunfts- und Einsichtsklage

Schon das geltende Recht sieht vor, dass der Richter angerufen werden kann, sofern die Auskunft oder Einsicht ungerechtfertigterweise verweigert wird.⁹⁹ Das revidierte Recht ist um Präzisierung bemüht, indem die Anrufung des Gerichts möglich sein soll, sofern die Auskunft oder Einsicht ganz oder teilweise

verweigert oder verunmöglicht wird.¹⁰⁰ Dies wird freilich bereits durch die erwähnte allgemeine Formulierung des geltenden Art. 697 Abs. 3 OR eingefangen. Bemerkenswert ist allerdings, dass das neue Recht eine Frist von bloss 30 Tagen für die Rechtsverfolgung vorsieht. Nach einer verbreiteten Lehrmeinung handelt es sich um eine Verwirkungsfrist.¹⁰¹

2.1 Beginn des Fristenlaufs

Bislang wird vertreten, dass die Klagefrist mit Zugang der schriftlichen Begründung, welche im Falle einer Verweigerung der Informationsleistung erforderlich ist,¹⁰² zu laufen beginnt.¹⁰³ Dies erscheint im Hinblick auf die aussergerichtliche Erledigung von Differenzen als plausibel, lässt sich dem Gesetz allerdings nicht leichthin entnehmen, da bloss von der Verweigerung oder Verunmöglichung der Auskunft oder Einsicht die Rede ist, die zunächst auch ohne schriftliche Begründung erfolgen können.¹⁰⁴ Fraglich wäre auch, ob eine unter den gegebenen Umständen offensichtlich zu allgemeine Begründung materiell als Nichtbegründung aufzufassen wäre, was einen Einfluss auf den Fristenlauf haben könnte. Ob die schriftliche Begründung dem Aktionär inhaltlich griffige Argumente liefern muss oder eine allgemeine Verweigerung in Bezug auf schutzwürdige Interessen der Gesellschaft genügt, wird im Einzelfall die Rechtsprechung zeigen.¹⁰⁵ Eine im Einzelfall zu allgemeine

¹⁰⁰ Art. 697b nOR.

¹⁰¹ Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, § 16, N 813; Dieter Gericke u.a., Neues Aktienrecht: Tour d'Horizon, GesKR 2020, S. 333; Forstmoser/Küchler (Fn. 42), S. 324.

¹⁰² Art. 697 Abs. 4 Satz 2 nOR; Art. 697a Abs. 3 Satz 2 nOR.

¹⁰³ Von der Crone (Fn. 101), § 16, N 808; Forstmoser/Küchler (Fn. 42), S. 324.

¹⁰⁴ Siehe Art. 697b nOR; Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 1), S. 542: «Die Frist von 30 Tagen beginnt mit Verweigerung der Auskunft (s. Art. 697 Abs. 4) oder Einsichtnahme (s. Art. 697a Abs. 3) [...]».

¹⁰⁵ Siehe Mohasseb/von der Crone (Fn. 47), S. 343 f., welche in der Begründung die Grundlage für die Informationsklage sehen; unter geltendem Recht zur Begründung einer Einsichtsverweigerung Bundesgericht 4C.234/2002, E. 6.4.3, «wonach das «D.»-Darlehen mit Optionen verbunden sei, die sie [Gesellschaft] zu gegebener Zeit nutzen und ausbauen könne. Das Darlehen beinhalte damit auch strategische Elemente, deren frühzeitige Bekanntgabe für die Gesellschaft nachteilig wäre. Diese Begründung leuchtet ein. Dass mehr als ein gewöhnliches Darlehen vorliegt, wird bestätigt durch die von der Beklagten

⁹⁵ Nach Forstmoser/Küchler (Fn. 42), S. 323, kann eine «massive Überschreitung» der Frist ein Grund für die Anordnung einer Sonderuntersuchung sein.

⁹⁶ Es verhält sich gleich wie bei der Ordnungsfrist für die Durchführung der ordentlichen Generalversammlung (Art. 699 Abs. 2 nOR; Art. 699 Abs. 2 OR, siehe BGE 107 II 246, E. 1); siehe auch unter II.4.3.

⁹⁷ Art. 725 ff. nOR.

⁹⁸ Art. 697 Abs. 3 Satz 1 nOR.

⁹⁹ Art. 697 Abs. 3 OR.

Begründung kann für die Gesellschaft prozessuale Nachteile zur Folge haben¹⁰⁶ und den Verwaltungsrat gegenüber dem Aktionär der Verantwortlichkeit aussetzen.¹⁰⁷

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen wird der Aktionär den Richter vorsichtshalber innert 30 Tagen seit der Generalversammlung, in welcher er eine unbefriedigende Auskunft erhält, anrufen und nicht die schriftliche Begründung der Gesellschaft abwarten. Im Falle eines Auskunftsbegehrens ausserhalb der Generalversammlung oder eines Einsichtsbegehrens ist einstweilen davon auszugehen, dass die Klagefrist mit Ablauf der viermonatigen Frist zur Erteilung der Auskunft oder Einsicht beginnt,¹⁰⁸ sofern die Gesellschaft die Information nicht vorher verweigert oder direkt eine schriftliche Begründung für die Verweigerung liefert.

2.2 Relative Verwirkungsfrist

Unabhängig vom konkreten Beginn des Fristenlaufs springt ins Auge, dass die 30-Tage-Frist für die Auskunfts- und Einsichtsklage im gesellschaftsrechtlichen Kontext sehr kurz bemessen ist. Die Rechtsprechung hat sich – mangels gesetzlicher Fristenregelung – bislang grosszügig gezeigt. Eine Analogie zur Zweimonatsfrist bei der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen¹⁰⁹ hat das Bundesgericht verworfen, da kein gewichtiges Interesse der Gesellschaft an einer schnellen Klage bestehe.¹¹⁰ Selbst ein zweijähriges Zuwarten hat das Bundesgericht grundsätz-

lich nicht als rechtsmissbräuchlich aufgefasst.¹¹¹ Dem steht fortan die kurze Klagefrist des Art. 697b nOR gegenüber, welche die Gesetzesmaterialien mit einer «gewisse[n] Rechtssicherheit für die Gesellschaft» begründen.¹¹² Die Materialien setzen die 30-tägige Klagefrist in Beziehung zur entsprechenden Frist für die Sonderuntersuchungsklage gemäss Art. 697c Abs. 2 nOR.¹¹³ Diese Verknüpfung ist schon deshalb wenig überzeugend, weil Art. 697c Abs. 2 nOR den – wohl auch weiterhin seltenen – Fall regelt, dass die Generalversammlung dem Antrag auf eine Sonderuntersuchung entspricht. Für die Informationsklage gemäss Art. 697b nOR als Folge einer Ablehnung von Auskunft oder Einsicht wäre eine Orientierung an der dreimonatigen Klagefrist im Anschluss an die Ablehnung eines Sonderuntersuchungsantrags allemal angemessener.¹¹⁴ Vor diesem Hintergrund gilt es, übertriebene Härte gegenüber den Aktionären in der Verfolgung von Auskunfts- und Einsichtsansprüchen möglichst zu vermeiden.

Das Bundesgericht hat im Kontext der Auskunfts- und Einsichtsklage festgehalten, dass der blosser Zeitablauf für sich allein keine Vermutung des Rechtsmissbrauchs begründet.¹¹⁵ Dabei hat das Gericht auch ausgeführt, dass zwar davon ausgegangen werden könne, dass das Interesse des Aktionärs an der verlangten Auskunft mit zunehmendem Zeitablauf seit der Verweigerung schwinde. Eine Vermutung, dass der Aktionär schon nach einigen Monaten keinerlei sachlich begründetes Interesse an der Auskunft oder Einsicht

eingereichte Geheimhaltungsvereinbarung vom 15. Januar 1998. Der Umstand sodann, dass die Hinweise der Beklagten auf entgegenstehende Gesellschaftsinteressen generell gehalten sind, entspricht dem weit umschriebenen Umfang der verlangten Einsicht.»

¹⁰⁶ Siehe Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO, wonach das Gericht die Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann, wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war.
¹⁰⁷ Art. 754 OR. Falls der Aktionär bei einer angemessen detaillierten Begründung von einer Klage abgesehen hätte, können Mitglieder des Verwaltungsrats zum Ersatz der nutzlosen Aufwendungen (direkter Aktionärsschaden) verpflichtet sein.

¹⁰⁸ Art. 697 Abs. 3 nOR; Art. 697a Abs. 2 nOR.

¹⁰⁹ Art. 706a Abs. 1 OR.

¹¹⁰ Bundesgericht 4C.234/2002, E. 3.2, wobei die Klage im betreffenden Fall mehr als sechs Monate nach der Verweigerung der Auskunft an der Generalversammlung eingereicht wurde.

¹¹¹ Bundesgericht 4A_36/2010, E. 3.2, wobei sich der Rechtsmissbrauch *in casu* aufgrund des mangelnden Bezugs zu den rechtlich geschützten Aktionärsinteressen ergab.

¹¹² Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 1), S. 542; *Forstmoser/Kühler* (Fn. 42), S. 324, wonach die Regelung «für klare Verhältnisse sorgen soll».

¹¹³ Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 1), S. 542; siehe unter geltendem Recht Art. 697a Abs. 2 OR im Falle der Zustimmung zu einer Sonderprüfung.

¹¹⁴ Art. 697d Abs. 1 nOR. Der Umstand, dass im Anschluss an die Ausübung des Auskunfts- und Einsichtsrechts (siehe Art. 697c Abs. 1 nOR) allenfalls der Sonderprüfungsanlass durch weitere Aktionäre zur Erreichung der Schwellenwerte gemäss Art. 697d Abs. 1 nOR erforderlich wird, ändert daran nichts. Die Verhältnisse im Hinblick auf eine Auskunfts- oder Einsichtsklage dürften in der Regel derart komplex sein, dass die 30-tägige Klagefrist – auch angesichts des in der Regel erforderlichen rechtlichen Beistandes – aus Sicht der Aktionäre als prohibitiv erscheint.

¹¹⁵ Bundesgericht 4C.234/2002, E. 3.2.

mehr habe und sein verzögertes gerichtliches Vorgehen damit rechtsmissbräuchlich sei, lasse sich aber nicht rechtfertigen.¹¹⁶ Damit drängt sich der Schluss auf, dass trotz des Ablaufs der 30-tägigen Klagefrist gemäss Art. 697b nOR das Informationsinteresse des Aktionärs grundsätzlich unberührt bleibt, am Ende einer unbenützten Klagefrist also nicht zwangsläufig der definitive Rechtsverlust des Aktionärs eintritt. Es bleibt dem Aktionär unbenommen, unter Beachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Beteiligungsquote, dieselben Fragen ausserhalb der Generalversammlung erneut an den Verwaltungsrat zu richten¹¹⁷ und nach einer weiteren unbefriedigenden Beantwortung innert einer neuen 30-tägigen Klagefrist die gerichtliche Beurteilung anzustreben. Selbst ein neuerliches Auskunftsbegehren anlässlich einer nächsten Generalversammlung mit 30-tägiger Klagefrist bei unbefriedigender oder ausbleibender Beantwortung derselben Fragen ist – bei anhaltendem Informationsinteresse des Aktionärs – von Gesetzes wegen möglich.¹¹⁸

Die 30-tägige Klagefrist des Art. 697b nOR entspricht damit einer *relativen* Verwirkungsfrist, weil sie durch den Aktionär aufgrund eines identischen Auskunftsbegehrens erneut ausgelöst werden kann, solange ein begründetes Informationsinteresse vorliegt. Anfängliche Untätigkeit wirkt sich für den Aktionär also nicht zwangsläufig rechtshindernd aus,¹¹⁹ sodass es auch unter künftigem Recht ihm überlassen bleibt, in welchem Zeitpunkt er die Informationsklage erheben will.¹²⁰ Die hier dargelegte Rechtsauffassung reflektiert den Wortlaut von Art. 697b nOR und befindet sich auch im Einklang mit den Materialien, wonach durch die 30-tägige Klagefrist «eine gewisse Rechtssicherheit für die Gesellschaft geschaffen»

werden soll.¹²¹ Eine «gewisse» Rechtssicherheit bedeutet trotz Ablauf der Klagefrist eben nicht zwangsläufig eine absolute Rechtssicherheit für die Gesellschaft, weshalb der Fristablauf für den Aktionär, wie erwähnt, nicht ohne Weiteres rechtshindernd sein kann. Es soll bloss im Anschluss an ein *bestimmtes* Auskunfts- oder Einsichtsbegehren gemäss Art. 697b nOR möglichst schnell Klarheit bestehen, was der erwähnten *gewissen* Rechtssicherheit für die Gesellschaft und einer *relativen* Verwirkungsfrist in Bezug auf ein konkretes Auskunfts- oder Einsichtsbegehren entspricht.¹²²

V. Ausblick

Das revidierte Auskunfts- und Einsichtsrecht des Aktionärs reflektiert die steigende Komplexität des Aktienrechts, was – bedauerlicherweise – für die Gesellschaften und die Aktionäre die Kosten treibt. Das Auskunftsrecht ausserhalb der Generalversammlung bei Gesellschaften ohne kotierte Aktien soll die Informationslage der Aktionäre verbessern, darf seitens der Gesellschaften aber nicht zu überbordendem Verwaltungsaufwand führen. Gut gemeinten Detailregelungen, wie das Recht des Aktionärs auf Notizen im Rahmen einer Einsichtnahme¹²³ und die Pflicht zur schriftlichen Begründung durch die Gesellschaft im Falle einer Verweigerung von Auskunft oder Einsicht,¹²⁴ stehen erhebliche neue Beschränkungen, wie die Fünf-Prozent-Schwelle beim Einsichtsrecht¹²⁵ und die bloss 30-tägige Frist für die Auskunfts- und Einsichtsklage,¹²⁶ gegenüber. Diese Beschränkungen verstärken die Asymmetrie zulasten der Aktionäre, was auch unter dem Gesichtspunkt des aktienrechtlichen Systemschutzes im Auge zu behalten ist.¹²⁷ Eine Ge-

¹¹⁶ Bundesgericht 4C.234/2002, E. 3.2.

¹¹⁷ Art. 697 Abs. 2 nOR.

¹¹⁸ ZR 2013, Nr. 2, E. 5.4.5, steht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen, weil sich der Rechtsmissbrauch in der vom Zürcher Handelsgericht beurteilten Konstellation daraus ergab, dass ein neuerliches Auskunftsbegehren bei laufender Frist zur Einleitung einer Sonderprüfung gestellt wurde, um eine neue Dreimonatsfrist gemäss Art. 697b Abs. 1 OR auszulösen.

¹¹⁹ Wohl kritisch für das geltende Recht Fabrizio Gabrielli, Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung, Zürich 1997, S. 54 f.

¹²⁰ So unter geltendem Recht Bundesgericht 4C.234/2002, E. 3.2; siehe auch Chabloz (Fn. 45), S. 585; Mohasseb/von der Crone (Fn. 47), S. 346 f.

¹²¹ Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 1), S. 542, Hervorhebung hinzugefügt.

¹²² Die hier vertretene Auffassung kann im Kontext der Wiederherstellung von Verwirkungsfristen gesehen werden, die gemäss Bundesgericht «als allgemeiner Rechtsgrundsatz (gilt)» (siehe BGE 136 II 187, E. 6).

¹²³ Siehe unter III.3.

¹²⁴ Siehe unter IV.2.1.

¹²⁵ Siehe unter III.2.

¹²⁶ Siehe unter IV.2.2.

¹²⁷ Damit ist allgemein das Interesse an der Anlage in Aktien durch das breite Publikum gemeint, das sich an der möglichst einfachen Handhabung der aktienrechtlichen Regelungen durch die Investoren orientiert (zum Systemschutz im Aktienrecht siehe BGE 137 III 255, E. 4.1.3).

sambetrachtung der Revision des Auskunfts- und Einsichtsrechts der Aktionäre vermittelt keinen durchgehend positiven Eindruck. Die Gerichte sind deshalb aufgerufen, unter dem neuen Recht an ihrer bisherigen liberalen Haltung beim Zugang zur Gerichtsbarkeit zur Verfolgung von Informationsinteressen durch die Aktionäre festzuhalten.¹²⁸

Bislang prüfte das Bundesgericht schlicht, ob die Verweigerung von Auskunft und Einsicht durch den

Verwaltungsrat sachlich vertretbar ist, was einer auf Willkür beschränkten Prüfung entspricht.¹²⁹ In der Aktienrechtsrevision wird die «gesellschaftsinterne Transparenz» mittels Auskunfts- und Einsichtsrecht speziell betont,¹³⁰ sodass fortan gewisse Nuancierungen zugunsten der Aktionärinnen und Aktionäre nicht *a priori* von der Hand zu weisen sind.¹³¹

¹²⁸ Siehe dazu unter IV.2.2.

¹²⁹ Bundesgericht 4C.234/2002, E. 6.3; 4A_655/2016, E. 5.2; 4A_561/2020, E. 6.1.

¹³⁰ Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 1), S. 455.

¹³¹ Siehe etwa Bundesgericht 4A_655/2016, E. 4.8, wonach schon die Vorinstanz eine ungenügende Substantiierung, wieso der Name des Bewerbers für die *in casu* relevante teilweise Veräusserung von zwei Beteiligungen entscheidend sein soll, monierte hatte. Für einen Durchschnittsaktionär reiche die Auskunft, dass es sich um eine unabhängige Drittperson mit hinreichenden fachlichen Fähigkeiten gehandelt habe. Da die Unabhängigkeit von Personen mit (übertragenen) Geschäftsführungsaufgaben als grundlegendes Strukturprinzip der Aktiengesellschaft erscheint, sollte die Nachvollziehbarkeit für den um Auskunft ersuchenden Aktionär grundsätzlich gewährleistet sein. Auf dieser Grundlage hätte die Identität des Bewerbers *in casu* offengelegt werden sollen.