

# Gerichtliche Durchsetzung des Auskunftsrechts nach geltendem und künftigem Aktienrecht

Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich (HE 190787) vom 2. September 2019

Mit Bemerkungen von Keivan Mohasseb und Hans Caspar von der Crone\*

## Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen des Handelsgerichts
- III. Bemerkungen
  - 1. Übersicht über die Informationsrechte des Aktionärs
  - 2. Voraussetzungen des Auskunftsrechts
  - 3. Modalitäten der Auskunftserteilung
  - 4. Klageweise Durchsetzung
- IV. Schlussbemerkung

### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die C. AG ist eine Aktiengesellschaft, die im Bereich des Handels und der Fabrikation von elektronischen und mechanischen Erzeugnissen tätig ist. Das Aktionariat der C. AG setzt sich aus den drei Brüdern G, E und H zusammen, die 77% der Aktien der C. AG halten. Daneben sind die Minderheitsaktionäre A und B, mit jeweils 11,25% an der C. AG beteiligt. Ein zentraler Geschäftsbereich der C. AG sind die «intelligenten Leuchten». Aus dem Entscheid des Handelsgerichts ergibt sich, dass darunter dezentral gesteuerte Beleuchtungseinrichtungen zu verstehen sind, die ein intelligentes Schwarmverhalten erzeugen, indem z.B. ein Lichtkegel einer laufenden Person folgt.<sup>1</sup> Nach der Generalversammlung vom 11. Dezember 2018 waren die Minderheitsaktionäre A und B der Auffassung, dass die Verwaltungsräte der C. AG ihre Fragen nicht bzw. nicht ausreichend beantwortet hätten. Am 23. Mai 2019 reichten A und B (Gesuchsteller) beim Handelsgericht Zürich ein Gesuch um Auskunftserteilung gemäss Art. 697 Abs. 4 OR ein. Darin beantragten sie unter anderem, dass die C. AG (Gesuchsgegnerin) unter Strafandrohung zur Erteilung von folgenden Auskünften zu verpflichten sei:

- «Welches ist die Höhe der gesamten Investitionen in den Geschäftsbereich intelligente Leuchten?» (a)
- «Mit welchen Investitionen in den Geschäftsbereich intelligente Leuchten ist in den nächsten Jahren zu rechnen?» (c)
- «Welches sind die Umsätze des Geschäftsbereichs intelligente Leuchten seit dem Start dieses Geschäftsbereichs[...]?» (d)

Die Gesuchsteller machten geltend, dass sie diese Informationen benötigen, um ihre Aktionärsrechte auszuüben. A und B behaupteten, dass der Verwaltungsrat ihnen als Minderheitsaktionäre nahezu keine Informationen offenlege, weshalb ihnen unbekannt sei, wo der Verwaltungsrat die Gesellschaft hinführe. Die Gesuchsteller stellten sich ausserdem auf den Standpunkt, dass die begehrten Auskünfte für die Frage relevant seien, ob sie ihre Aktien verkaufen sollen. Diese Frage stellten sie, da die Verwaltungsräte die Aktionäre eingeladen hatten, der Gesellschaft ein Verkaufsangebot über ihre Aktien zu unterbreiten.

Die C. AG demgegenüber befürchtete, dass A und B die Auskünfte an E weitergeben würden, der sein Arbeitsverhältnis mit der C. AG aufgelöst und das Konkurrenzunternehmen I. AG gegründet hatte. Die I. AG ist ebenfalls im Lichtmarkt tätig und hat ihren Schwerpunkt auf den Bereich der «intelligenten Leuchten» ausgerichtet. Das Handelsgericht hiess die Auskunftsbegehren (a), (c) und (d) gut und hat die C. AG – unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB – dazu verpflichtet, den Gesuchstellern schriftlich innert 40 Tagen Auskunft zu erteilen.

### II. Erwägungen des Handelsgerichts

Das Handelsgericht rief zunächst die allgemeinen Grundsätze des Auskunftsrechts nach Art. 697 OR in Erinnerung und befasste sich eingehend mit dem Kriterium der Erforderlichkeit der Auskunft zur Ausübung von Aktionärsrechten und den Grenzen des Auskunftsrechts.<sup>2</sup> Danach prüfte es, ob der Verwaltungsrat der C. AG die Auskunft zu den verschiedenen Auskunftsbegehren berechtigterweise verweigert hatte. Bei der Frage nach den bisherigen Investitionen in den Geschäftsbereich «intelligente Leuchten» (a) kam das Handelsgericht zum Schluss, dass diese

\* MLaw Keivan Mohasseb und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <<http://www.rwi.uzh.ch/vdc>>. Ein Kurzvideo zu diesem Beitrag wird in Kürze auf <[www.aktienrechtplus.ch](http://www.aktienrechtplus.ch)> publiziert.

<sup>1</sup> HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. III.6.1.3.

<sup>2</sup> HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. III.4.

Information für die Aktionäre erforderlich sei, damit sich diese – im Hinblick auf ihr Veräusserungsrecht – ein Bild über den wirklichen Wert ihrer Aktien machen können.<sup>3</sup> Das Handelsgericht erwog, dass A und B ein berechtigtes Interesse daran hätten, zu erfahren, in welchem Umfang ihr Kapital in den Geschäftsbereich der «intelligenten Leuchten» investiert wurde, da es sich bei den «intelligenten Leuchten» offenbar um ein Geschäftsfeld handle, das für die wirtschaftliche Lage der C. AG von Bedeutung sei. Ausserdem erachtete das Handelsgericht diese Information im Hinblick auf die Gewinnverteilung und die Wiederwahl des Verwaltungsrats als relevant.<sup>4</sup> Es verwarf den Einwand der C. AG, wonach mit der Erteilung dieser Auskunft Geschäftsgeheimnisse bzw. andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet würden. Entscheidend war für das Handelsgericht der Umstand, dass die C. AG an einer früheren Generalversammlung die Höhe der gesamten Investitionen in den Geschäftsbereich «Licht» freiwillig veröffentlicht hat. Dies war für das Handelsgericht ein Indiz dafür, dass die C. AG mit dieser Bekanntgabe das Geschäftsgeheimnis als nicht tangiert erachtet hat.<sup>5</sup> Es hiess deshalb das erste Auskunftsbegehren (a) gut.

Bei der Frage nach den zukünftig zu erwartenden Investitionen in den Bereich der «intelligenten Leuchten» (c) kam das Handelsgericht zum Ergebnis, dass dieses Auskunftsbegehren für den Entscheid über die Gewinnverteilung und für den Entscheid über die Wiederwahl des Verwaltungsrats erforderlich sei.<sup>6</sup> Das Gericht rief dabei in Erinnerung, dass die Oberleitung der Gesellschaft zwar grundsätzlich die Aufgabe des Verwaltungsrats sei (Art. 716a Ziff. 1 OR). Das Gericht hielt jedoch fest, dass die Aktionäre die Möglichkeit hätten, sich indirekt – durch Wiederwahl bzw. Abwahl der Verwaltungsratsmitglieder – zur Strategie des Verwaltungsrats zu äussern. Ausserdem kam das Gericht zum Schluss, dass die Auskunft den Aktionären Aufschluss über den inneren Wert der Aktien verschaffe.<sup>7</sup>

Die Frage nach den bisherigen Umsätzen des Geschäftsbereichs «intelligente Leuchten» (d) erachtete das Handelsgericht ebenfalls im Hinblick auf den Entscheid über die Gewinnverteilung (und mit Blick

auf einen möglichen Dividendenverzicht) als erforderlich.<sup>8</sup> Da die C. AG es unterliess, substantiiert ein entgegenstehendes schutzwürdiges Interesse zu behaupten, hiess das Handelsgericht auch Auskunftsbegehren (c) und (d) gut.<sup>9</sup>

### III. Bemerkungen

#### 1. Übersicht über die Informationsrechte des Aktionärs

Für den Aktionär ist der Zugang zu Information eine fundamentale Voraussetzung für die Wahrnehmung seiner Aktionärsrechte und für die Beurteilung seiner Kapitalanlage.<sup>10</sup> Eine angemessene Informationsbasis ist nötig, damit der Aktionär seinen Entscheid über Investition und Desinvestition richtig treffen kann. Ausserdem bildet die Information den Grundbaustein für die Geltendmachung aller Mitwirkungs- und Klagerechte.<sup>11</sup> Um den Informationsbedürfnissen der Aktionäre gerecht zu werden, sieht das schweizerische Aktienrecht ein dreistufiges Informationskonzept vor.<sup>12</sup> Auf der ersten Stufe gewährleistet Art. 696 OR (bzw. Art. 699a revOR<sup>13</sup>), dass den Aktionären grundlegende Informationen wie der Geschäfts- und Revisionsbericht zur Verfügung gestellt werden.<sup>14</sup> Die Gesellschaft hat den Aktionären diese «Grundinformationen» aus eigenem Antrieb zur Verfügung zu stellen.<sup>15</sup> Das Auskunfts- und Einsichtsrecht (Art. 697 OR) ermöglicht es den Aktionären, weitergehende Informa-

<sup>8</sup> HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. III.6.4.3.

<sup>9</sup> HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. III.6.3.3 und III.6.4.3.

<sup>10</sup> Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 40 N 146.

<sup>11</sup> Hans Caspar von der Crone/Olivier Baum, Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken, GesKR 3/2016, 278 ff., 279.

<sup>12</sup> BGE 133 III 453, E. 7.2.

<sup>13</sup> Als revOR werden die Bestimmungen des revidierten Obligationenrechts (Aktienrechts) bezeichnet, die am 19. Juni 2020 von der Bundesversammlung beschlossen wurden (BBl 2020, 5573 ff.).

<sup>14</sup> Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Rolf Sethe, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018, § 16 N 266.

<sup>15</sup> Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 8 N 75.

<sup>3</sup> HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. III.6.1.3.

<sup>4</sup> HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. III.6.1.3.

<sup>5</sup> HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. III.6.1.4.

<sup>6</sup> HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. III.6.3.3.

<sup>7</sup> HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. III.6.3.3.

tionen zu verlangen.<sup>16</sup> Nur wenn auch das Auskunfts- und Einsichtsrecht keine Hilfe gebracht hat, steht auf der dritten und letzten Stufe das Institut der Sonderprüfung (künftig: Sonderuntersuchung) zur Verfügung (Art. 697a ff. OR bzw. Art. 697c ff. revOR).

## 2. Voraussetzungen des Auskunftsrechts

### 2.1 Angelegenheiten der Gesellschaft

Als erste Voraussetzung verlangt Art. 697 Abs. 1 OR, dass sich das Auskunftsbegehren auf «Angelegenheiten der Gesellschaft» bezieht. Erforderlich ist ein Sachzusammenhang zwischen dem Inhalt des Auskunftsbegehrens und der Gesellschaftstätigkeit bzw. der Rechnungslegung.<sup>17</sup> Relevant kann diese erste Voraussetzung namentlich bei Auskunftsbegehren im Konzern werden.<sup>18</sup>

### 2.2 Erforderlichkeit für die Ausübung von Aktionärsrechten

Die Auskunftserteilung ist an die Voraussetzung geknüpft, dass die Auskunft zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist (Art. 697 Abs. 2 OR bzw. Art. 697 Abs. 4 revOR). Die Erforderlichkeit wird angenommen, sofern die begehrte Information objektiv relevant ist. Die Information muss nicht unabdingbar notwendig sein.<sup>19</sup> Die Erforderlichkeit kann als erfüllt angesehen werden, wenn aus einer prozessualen Perspektive ein Rechtsschutzinteresse bejaht werden kann.<sup>20</sup> Das Auskunftsrecht ist namentlich im Hinblick auf die richtige Meinungsbildung in der Generalversammlung von Bedeutung.<sup>21</sup> Bei der Ausübung des Stimmrechts ist der Aktionär – zur Fällung eines vernünftigen und sachgemässen Entscheids – auf eine ausreichende Informationsbasis angewiesen. Erforderlich für die Ausübung der Aktionärsrechte sind beispielsweise Auskünfte im Hinblick auf die Gewinnverwendung, die Abnahme der Bilanz, die Décharge oder Wahlen.<sup>22</sup> Auch der Entscheid über eine Kapitalerhöhung, eine Statutenänderung oder über eine Fusion kann Anlass für ein Auskunftsbegehren geben. Ferner kann eine Auskunft auch mit Blick auf das Recht, die eigenen Aktien zu veräussern, erforderlich sein, da der Aktionär ein Interesse daran hat, sich ein Bild über den wirklichen Wert seiner Aktien zu machen.<sup>23</sup> Zuletzt kann die Voraussetzung der Erforderlichkeit auch bei Auskünften erfüllt sein, die im Hinblick auf eine Anfechtungs-, Verantwortlichkeits- oder Rückerstattungsklage verlangt werden.<sup>24</sup>

Ob die begehrte Auskunft mit Blick auf die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist, bestimmt sich nach dem Massstab eines vernünftigen Durchschnittsaktionärs.<sup>25</sup> Im Streitfall hat der Aktionär die Erforderlichkeit zu beweisen.<sup>26</sup> Dabei genügt der Beweis, dass der entsprechende Bezug zur Ausübung der Aktionärsrechte in genereller Art für einen Durchschnittsaktionär gegeben ist. Ein spezifischer Nachweis bezogen auf die individuelle Situation des auskunftersuchenden Aktionärs ist nicht nötig. Damit besteht eine natürliche Vermutung zugunsten des Aktionärs, die von der Gesellschaft entkräftet werden kann.<sup>27</sup>

Ob die begehrte Auskunft mit Blick auf die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist, bestimmt sich nach dem Massstab eines vernünftigen Durchschnittsaktionärs.<sup>25</sup> Im Streitfall hat der Aktionär die Erforderlichkeit zu beweisen.<sup>26</sup> Dabei genügt der Beweis, dass der entsprechende Bezug zur Ausübung der Aktionärsrechte in genereller Art für einen Durchschnittsaktionär gegeben ist. Ein spezifischer Nachweis bezogen auf die individuelle Situation des auskunftersuchenden Aktionärs ist nicht nötig. Damit besteht eine natürliche Vermutung zugunsten des Aktionärs, die von der Gesellschaft entkräftet werden kann.<sup>27</sup>

Das Handelsgericht hatte im vorliegenden Entscheid die Voraussetzung der Erforderlichkeit im Zusammenhang mit verschiedenen Auskunftsbegehren zu prüfen. Als erforderlich erachtete das Handelsgericht die Auskünfte insbesondere im Hinblick auf das Veräusserungsrecht, den Entscheid über die Gewinnverteilung und die Wiederwahl des Verwaltungsrats. Der Entscheid des Handelsgerichts verdeutlicht, dass es sich bei der Erforderlichkeit für die Ausübung der

<sup>16</sup> Hans Caspar von der Crone/Fleur Baumgartner, Die Kommunikation der Aktiengesellschaft mit den Aktionären, in: Rita Trigo Trindade/Rashid Bahar/Giulia Neri-Castracane (Hrsg.), *Vers les sommets du droit, Liber amicorum pour Henry Peter*, Genf 2019, 265 ff., 271.

<sup>17</sup> Vgl. von der Crone (Fn. 15), § 8 N 94.

<sup>18</sup> Vgl. eingehend zum Auskunftsrecht im Konzern Matthias Nänni/Hans Caspar von der Crone, SZW 2/2006, 150 ff.

<sup>19</sup> Von der Crone/Baumgartner (Fn. 16), 272.

<sup>20</sup> Von der Crone (Fn. 15), § 8 N 94; Rolf H. Weber, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 5. Aufl., Basel 2016, N 7 zu Art. 697.

<sup>21</sup> BSK OR II-Weber (Fn. 20), N 6 zu Art. 697.

<sup>22</sup> Peter Forstmoser, Die Informationsrechte des Gesellschafters im schweizerischen Recht, in: *L'informazione societaria*, Mailand 1982, 331 ff., 335.

<sup>23</sup> HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. III.4.1.

<sup>24</sup> Larissa Marolda Martinez, Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, Zürich 2006, 145.

<sup>25</sup> BGE 132 III 71, E. 1.3; BGer 4A\_655/2016 vom 17. März 2017, E. 4.2.1; HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. III.4.1.

<sup>26</sup> BGE 132 III 71, E. 1.3; Ahmet Kut, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), *Kurzkommentar Obligationenrecht*, Art. 1–1186 OR, Basel 2014, N 2 zu Art. 697.

<sup>27</sup> BGE 132 III 71, E. 1.3.

Aktionärsrechte um ein relativ weit gefasstes Kriterium handelt. Die Voraussetzung der Erforderlichkeit dient primär dazu, missbräuchliche Auskunftsbegehren auszuschneiden. Hierzu zählen etwa Fragen, die der Befriedigung von Informationsinteressen der Konkurrenz oder der absichtlichen Schädigung der Gesellschaft dienen.<sup>28</sup> Darüber hinaus vermag das Kriterium der Erforderlichkeit kaum eine eingrenzende Funktion wahrzunehmen. Aus diesem Grund ist auf der zweiten Stufe – bei der Prüfung der Grenzen des Auskunftsrechts – eine umso genauere Betrachtung vorzunehmen.<sup>29</sup>

### 2.3 Grenzen des Auskunftsrechts

Bei den Schranken des Auskunftsrechts ist zunächst auf das Spannungsverhältnis zwischen dem individuellen Interesse des Aktionärs an möglichst detaillierter Information und dem Interesse der Gesellschaft an der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses hinzuweisen.<sup>30</sup> Dieser Interessengegensatz wird dadurch akzentuiert, dass der Aktionär keine Treuepflicht und keine daraus abgeleitete Geheimhaltungspflicht zu beachten hat. Der Gesetzgeber hat aufgrund des Zielkonflikts zwischen dem Informationsbedürfnis des Aktionärs und den Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft den Umfang des Auskunftsrechts begrenzt. Gemäss Art. 697 Abs. 2 OR (bzw. Art. 697 Abs. 4 revOR) kann die Auskunft verweigert werden, wenn durch die Information «Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet werden». Die Aktiengesellschaft trägt hierfür die Behauptungs- und Beweislast.<sup>31</sup>

In Rechtsprechung und Lehre wird zwischen absoluten und relativen Geschäftsgeheimnissen unterschieden,<sup>32</sup> wobei die Geheimnisherrschaft als Ab-

grenzungskriterium dient.<sup>33</sup> Bei den absoluten Geschäftsgeheimnissen liegt die Geheimnisherrschaft bei Dritten, weil diesen gegenüber Geheimhaltungsverpflichtungen bestehen. Befindet sich die Geheimnisherrschaft hingegen bei der Gesellschaft, und sollen eigene Geheimhaltungsinteressen geschützt werden, wird von einem relativen Geschäftsgeheimnis gesprochen.

Im Folgenden soll nicht von absoluten und relativen Geschäftsgeheimnissen die Rede sein, sondern zwischen dem Geschäftsgeheimnis der Gesellschaft und Geheimhaltungsverpflichtungen gegenüber Dritten unterschieden werden. Nach dieser Klassifikation handelt es sich bei Geschäftsgeheimnissen der Gesellschaft um öffentlich nicht bekannte Informationen, bezüglich derer die Gesellschaft eine subjektive Geheimhaltungsabsicht und ein objektives Geheimhaltungsinteresse hat. Zu denken ist an Informationen wie z.B. Kundenlisten oder Know-how über Produktionsverfahren, die für die Wettbewerbsfähigkeit der Gesellschaft essentiell sind. Da die Geheimnisherrschaft bei der Gesellschaft selbst liegt, ist das Geheimhaltungsinteresse gegen das Informationsinteresse der auskunftersuchenden Aktionäre abzuwägen. Bei Geheimhaltungsverpflichtungen gegenüber Dritten ist zu differenzieren. Während gesetzliche Geheimhaltungsansprüche dem Auskunftsanspruch der Aktionäre vorgehen, sind vertraglich begründete Geheimhaltungsansprüche Dritter als «andere schutzwürdige Interessen» im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen und begründen kein «absolutes» Recht zur Auskunftsverweigerung.

Vorliegend berief sich die C. AG bei der Frage nach den bisherigen Investitionen in den Geschäftsbereich der «intelligenten Leuchten» (a) auf das Geschäftsgeheimnis der Gesellschaft. Die C. AG machte dabei auf die Gefahr aufmerksam, dass A und B die Auskunft an E weitergeben könnten, der ebenfalls Aktionär der C. AG ist und mit der I. AG gleichzeitig ein Konkurrenzunternehmen betreibt. Das Handelsgericht rief dabei in Erinnerung, dass es sich beim Auskunftsrecht um ein individuelles Recht auf kollektive Information handle und dass die Auskünfte sämtlichen Aktionären und damit auch E bekannt

<sup>28</sup> BGer 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003, E. 4.2.4; *Peter Forstmoser*, Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, in: Jean Nicolas Druey/Peter Forstmoser (Hrsg.), *Rechtsfragen um die Generalversammlung*, Zürich 1997, 85 ff., 94.

<sup>29</sup> Vgl. *Fabrizio Gabrielli*, *Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung*, Zürich 1997, 28 f.

<sup>30</sup> *Von der Crone* (Fn. 15), § 8 N 68 m.w.H.

<sup>31</sup> BGer 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003, E. 4.3.1; HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. III.4.1.

<sup>32</sup> BGer 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003, E. 4.3.3.1; HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. III.4.1; *Peter V. Kunz*, *Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung*, AJP 8/2001, 883 ff., 889.

<sup>33</sup> Vgl. im Einzelnen *von der Crone/Baumgartner* (Fn. 16), 278.

würden. Aus diesem Grund war nicht zu prüfen, ob A und B die Auskunft an E weiterleiten würden.<sup>34</sup>

Das Handelsgericht gelangte vorliegend zum Ergebnis, dass das Geschäftsgeheimnis der C. AG durch die Auskunft über die bisherigen Investitionen in das Geschäftsfeld «intelligente Leuchten» (a) nicht verletzt werde. Es war für das Gericht nicht ersichtlich, wie sich aus dieser Auskunft Rückschlüsse darauf ziehen liessen, wie es um das Produktportfolio, die Lieferfähigkeit und die künftig geplante Positionierung der C. AG in diesem Geschäftsbereich stehe. Das Handelsgericht würdigte dabei, dass die Auskunft keine Informationen zum Kundenstamm oder zu Produkten beinhalte, die sich in Entwicklung befinden, und damit keinen unmittelbaren Vorteil für die Konkurrenz darstellten. Das Handelsgericht vertrat die Auffassung, dass sich aus den bisherigen Investitionen nichts Konkretes über die künftig geplante Positionierung der C. AG ableiten lasse.<sup>35</sup>

Ausschlaggebend war für das Handelsgericht der Umstand, dass die C. AG bereits in der Vergangenheit die Höhe der gesamten Investitionen in den Geschäftsbereich «Licht» freiwillig veröffentlicht hat. Diese Bekanntgabe an einer früheren Generalversammlung wertete das Handelsgericht als Indiz dafür, dass mit der Preisgabe dieser Information (aus der Perspektive der C. AG) weder das Geschäftsgeheimnis noch andere schützenswerte Interessen tangiert werden.

Die Ausführungen des Handelsgerichts zeigen, dass bei der Prüfung der Grenzen des Auskunftsrechts auch die Kommunikation der Gesellschaft eine Rolle spielen kann.<sup>36</sup> Hat die Gesellschaft in der Vergangenheit (aus eigener Initiative) Informationen zu einem Geschäftsbereich preisgegeben, ist dies ein Anzeichen dafür, dass es der Gesellschaft in diesem Bereich an der subjektiven Geheimhaltungsabsicht fehlt.<sup>37</sup> Das frühere Verhalten der Gesellschaft ist allerdings nur insoweit zu berücksichtigen, als die tatsächlichen Verhältnisse vergleichbar sind. Dabei ist zunächst eine zeitliche Komponente zu beachten: Je mehr Zeit seit der früheren Information vergangen ist, desto sorgfältiger ist zu prüfen, ob sich die Verhältnisse seither nicht massgeblich verändert haben. Sodann ist, wenn – wie im vorliegenden Entscheid – unterschiedliche Geschäftsbereiche betroffen sind, besondere

Zurückhaltung angezeigt. Bei unterschiedlichen Geschäftsbereichen muss geprüft werden, ob die Bereiche vergleichbar sind, bevor aus der Kommunikation in einem Bereich daraus abgeleitet werden kann, dass es der Gesellschaft auch in einem anderen Geschäftsbereich an der Geheimhaltungsabsicht fehlt. Gerade in innovativen und dynamischen Geschäftsbereichen, in denen starker Wettbewerb herrscht, können sensible Informationen besonders schutzwürdig sein. Es ist der Gesellschaft deshalb unter Umständen nicht zumutbar, aktuelle und detaillierte Informationen preiszugeben, nur weil sie in der Vergangenheit freiwillig vergleichbare Informationen in einem anderen, weniger sensiblen Geschäftsbereich kommuniziert hat. Aus dem Umstand, dass in einem Geschäftsbereich mehr kommuniziert wurde, kann deshalb nicht automatisch gefolgert werden, dass die Gesellschaft die Absicht hat, eine vergleichbare Information auch in einem anderen Geschäftsbereich preiszugeben. Dennoch bildet die bisherige Kommunikation ein wichtiges Indiz für Rückschlüsse auf die Geheimhaltungsabsicht der Gesellschaft.

### 3. Modalitäten der Auskunftserteilung

#### 3.1 Gleichbehandlung

Einen wichtigen Einfluss auf die Auskunftserteilung durch die Gesellschaft hat die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre. Das aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot sieht vor, dass der Verwaltungsrat die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln hat (Art. 717 Abs. 2 OR). Mit dem Gleichbehandlungsgebot soll verhindert werden, dass Sondervorteile zugunsten einzelner Aktionäre geschaffen werden.<sup>38</sup>

Beim Auskunftsrecht ist zu beachten, dass das Gesetz an die Aktionärsstellung und nicht an die Kapitalbeteiligung anknüpft. Hier verpflichtet der Grundsatz der Gleichbehandlung zur individuellen Gleichbehandlung der Aktionäre. Im Sinne der informationellen Gleichbehandlung ist das Auskunftsrecht nach Art. 697 OR als individuelles Recht auf kollektive Information konzipiert, womit die erteilten Informationen allen Aktionären zugänglich zu machen sind.

<sup>34</sup> HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. III.6.1.4.

<sup>35</sup> HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. III.6.1.4.

<sup>36</sup> Vgl. von der Crone/Baumgartner (Fn. 16), 279.

<sup>37</sup> Vgl. von der Crone/Baumgartner (Fn. 16), 279.

<sup>38</sup> Claire Huguenin, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994, 45.

### 3.2 Grundsatz: Auskunftserteilung an der GV

Zur Gewährleistung der Informationsgleichheit wird die Auskunft primär «an der Generalversammlung» erteilt (vgl. Art. 697 Abs. 1 OR). Auskunftspflichtig sind der Verwaltungsrat und, sofern vorhanden und an der Generalversammlung vertreten, die Revisionsstelle. Der Wortlaut von Art. 697 Abs. 1 OR, wonach das Auskunftsrecht «an der Generalversammlung» auszuüben ist, bezieht sich auf den Erfüllungszeitpunkt und nicht zwingend auf den Zeitpunkt der Geltendmachung.<sup>39</sup> Die Ausübung des Auskunftsrechts an der Generalversammlung schliesst damit nicht aus, dass das Auskunftsbegehren schon vorgängig schriftlich eingereicht wird.<sup>40</sup>

Da das auskunftspflichtige Organ den Auskunftsanspruch durch Information aller an der Generalversammlung anwesenden Personen erfüllt, wird das Auskunftsrecht als individuelles Recht auf kollektive Information umschrieben. Die gesetzliche Konzeption geht dabei davon aus, dass mit der mündlichen Auskunftserteilung an der Generalversammlung die Gleichbehandlung der Aktionäre sichergestellt wird.<sup>41</sup>

Die an der Generalversammlung gestellten Auskunftsbegehren und die darauf erteilten Antworten sind zu protokollieren. Die Einsicht in dieses Protokoll ermöglicht es den an der Generalversammlung abwesenden Aktionären, Kenntnis von den entsprechenden Informationen zu erlangen (vgl. Art. 702 Abs. 3 OR). Dabei haben die Aktionäre im geltenden Recht einige Hürden zu überwinden, um Zugang zu diesem Protokoll zu erhalten. Nach der Praxis zum heutigen Recht kann nur am Sitz der Gesellschaft Einsicht in das Protokoll genommen werden. Ausserdem haben die Aktionäre keinen Anspruch auf Aushändigung oder Zustellung einer Abschrift des Protokolls.<sup>42</sup>

Gestützt auf den künftigen Art. 702 Abs. 4 revOR kann jeder Aktionär «verlangen, dass ihm das Protokoll innerhalb von 30 Tagen nach der Generalver-

sammlung zugänglich gemacht wird». Dabei entscheidet die Generalversammlung über die Art der Zugänglichmachung. Denkbar ist, dass den Aktionären das Protokoll auf einer digitalen Plattform der Gesellschaft zur Verfügung gestellt wird, dass die Aktionäre das Protokoll in digitaler Form erhalten oder dass den Aktionären das Protokoll in gedruckter Form zugestellt wird. Das künftige Recht führt zu einer wesentlichen Verbesserung der Transparenz über die Auskünfte, die an der Generalversammlung erteilt werden.<sup>43</sup>

### 3.3 Schriftliche Auskünfte (Art. 697 Abs. 2 und 3 revOR)

Mit dem künftigen Art. 697 Abs. 2 revOR wird ein schriftliches Auskunftsrecht geschaffen, welches «jederzeit» und damit nicht nur an der Generalversammlung wahrgenommen werden kann.<sup>44</sup> Dieses Recht ist an zwei spezifische Voraussetzungen geknüpft. Einerseits besteht das Recht nur bei nicht kotierten Gesellschaften, andererseits wird eine qualifizierte Beteiligung an der Gesellschaft verlangt (10% des Aktienkapitals bzw. der Stimmen). Im Übrigen gelten die allgemeinen Voraussetzungen,<sup>45</sup> die auch für das Auskunftsrecht an der Generalversammlung zu erfüllen sind.<sup>46</sup>

Im Gegensatz zum Auskunftsrecht an der Generalversammlung, welches als Individualrecht ausgestaltet ist, ist das jederzeitige schriftliche Auskunftsrecht als Minderheitenrecht konzipiert.<sup>47</sup> Auf das schriftliche Auskunftsrecht können sich Aktionäre berufen, welche die Mindestbeteiligung von 10% allein erreichen, aber auch ein Zusammenschluss von Aktionären, der gemeinsam über mindestens 10% des Aktienkapitals oder der Stimmen verfügt.<sup>48</sup>

<sup>39</sup> Von der Crone/Baumgartner (Fn. 11), 279.

<sup>40</sup> Vgl. Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, AJP 5/2011, 587 ff., 590.

<sup>41</sup> Von der Crone/Baumgartner (Fn. 16), 272.

<sup>42</sup> Brigitte Tanner, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–726 und 731b OR, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, 3. Aufl., Zürich 2018, N 247 zu Art. 702; von der Crone/Baumgartner (Fn. 16), 273.

<sup>43</sup> Von der Crone/Baumgartner (Fn. 16), 273.

<sup>44</sup> Hans-Ueli Vogt/Emanuel Schiwow/Karin Wiedmer, Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten – Bestandesaufnahme, einige Auslegungsversuche und ein paar wichtige Anliegen vor der Erstberatung im Nationalrat, AJP 11/2009, 1359 ff., 1361.

<sup>45</sup> Vgl. III.2.

<sup>46</sup> Vogt/Schiwow/Wiedmer (Fn. 44), 1361.

<sup>47</sup> Vgl. Hans Caspar von der Crone/Luca Angstmann, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 1/2017, 3 ff., 11.

<sup>48</sup> Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017, 399 ff. (zit. Botschaft 2016), 540.

Art. 697 Abs. 3 revOR schreibt vor, dass der Verwaltungsrat die Auskunft innert einer Frist von vier Monaten nach Einreichung des Gesuchs zu erteilen hat. Zur Form, in welcher der Verwaltungsrat die Auskunft zu geben hat, finden sich in der neuen Gesetzesbestimmung hingegen keine Anhaltspunkte.<sup>49</sup> Da das Gesetz nicht zwingend eine schriftliche Beantwortung der Auskünfte verlangt, ist davon auszugehen, dass auch die Auskunftserteilung in elektronischer Form zulässig sein muss.<sup>50</sup> Ausserdem ist es möglich, die Auskunft hinsichtlich der Antragsteller in anonymisierter Form zu erteilen.<sup>51</sup>

Art. 697 Abs. 3 revOR sieht vor, dass die Antworten des Verwaltungsrats «zudem spätestens an der nächsten Generalversammlung zur Einsicht für die Aktionäre aufzulegen [sind]». Sofern die Auskünfte zunächst nur den Aktionären zukommen, die das schriftliche Auskunftsbegehren gestellt haben, und die übrigen Aktionäre erst an der nächsten Generalversammlung informiert werden, drängt sich die Frage nach der informationellen Gleichbehandlung auf, da die Aktionäre während einer möglicherweise kritischen Zeitspanne über unterschiedliche Informationsstände verfügen.<sup>52</sup> Die Aktionäre mit einem Informationsvorsprung haben die Möglichkeit, die Informationen früher zu verwerten, was problematisch sein kann, wenn es sich um Informationen handelt, die für die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft von erheblicher Relevanz sind.<sup>53</sup>

Aufgrund der Gleichbehandlungspflicht (Art. 717 Abs. 2 OR) kann deshalb kein freies Ermessen des Verwaltungsrats bestehen, ob er die übrigen Aktionäre umgehend oder erst an der nächsten Generalversammlung informiert.<sup>54</sup> Vielmehr ist je nach Umständen, Gegenstand und Bedeutung der Informationen von einer Pflicht des Verwaltungsrats auszugehen,

die übrigen Aktionäre sofort zu informieren.<sup>55</sup> Diese Information der weiteren Aktionäre kann beispielsweise mittels elektronischer Publikation vorgenommen werden.<sup>56</sup> Eine Pflicht zur sofortigen Information der übrigen Aktionäre ist gerade dann anzunehmen, wenn die Informationen für die Wertbestimmung der Aktien relevant sind. Die gesetzliche Formulierung, dass sämtliche Antworten «spätestens» an der nächsten Generalversammlung für alle Aktionäre aufzulegen sind (Art. 697 Abs. 3 revOR), ist damit im Lichte des Gleichbehandlungsgebots auszulegen und nicht als *lex specialis* zum Grundsatz der Gleichbehandlung zu verstehen. Kommt der Verwaltungsrat seiner Pflicht zur rechtzeitigen Information der übrigen Aktionäre nicht nach, ist gar vorstellbar, dass ein Aktionär nachträglich Verantwortlichkeitsansprüche, gestützt auf eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots, erheben könnte. Denkbar ist etwa, dass ein Aktionär seine Beteiligung zu einem ungünstigen Zeitpunkt verkauft, weil er eine relevante Auskunft erst an der nächsten Generalversammlung erhalten hat und er dadurch einen Schaden erleidet. Dies könnte etwa der Fall sein, wenn der Verwaltungsrat in seiner Antwort auf ein schriftliches Auskunftsbegehren Informationen über einen wirtschaftlich bedeutenden Tatbestand erteilt, aus dem sich mit höchster Wahrscheinlichkeit eine Wertsenkung der Aktien ableiten lässt. Während die Aktionäre, welche diese Information vorgängig erhalten haben, einen Sondervorteil realisieren können und ihre Beteiligung zum bestmöglichen Zeitpunkt veräussern, verpassen die übrigen Aktionäre möglicherweise ein *window of opportunity* und erleiden in der Folge einen Schaden. Um ein solches Haftungsrisiko in der Praxis zu vermeiden, sind Verwaltungsräte gut beraten, wenn sie grundsätzlich alle Antworten auf schriftliche Auskunftsbegehren ohne Verzug allen Aktionären zugänglich machen und nur in begründeten Ausnahmefällen bis zur nächsten Generalversammlung warten.

<sup>49</sup> Von der Crone/Baumgartner (Fn. 16), 274.

<sup>50</sup> Vgl. von der Crone/Baumgartner (Fn. 16), 274.

<sup>51</sup> Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008, 1589 ff. (zit. Botschaft 2007), 1672.

<sup>52</sup> Vogt/Schiwow/Wiedmer (Fn. 44), 1363.

<sup>53</sup> Rolf H. Weber, Informationsrechte des Aktionärs, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision: eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich 2010, 207 ff. (zit. Weber, Informationsrechte), 211.

<sup>54</sup> Vogt/Schiwow/Wiedmer (Fn. 44), 1363.

<sup>55</sup> Vogt/Schiwow/Wiedmer (Fn. 44), 1363; Andreas von Planta, Der Entwurf 2007 eines neuen Aktienrechts – Allgemeine Bemerkungen und Würdigung, GesKR Sondernummer 2008, 1 ff., 2; Matthias Müller, Informationsrechte des Aktionärs – Würdigung des Entwurfs für ein neues Aktienrecht, ex ante 2019, 27 ff., 30; vgl. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. Böckli, Aktienrecht), § 13 N 691a.

<sup>56</sup> Botschaft 2016 (Fn. 48), 540.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass das neue Recht auf schriftliche Auskunft die Stellung von Aktionären von privaten Gesellschaften stärkt und einen Beitrag zur Verbesserung der *Corporate Governance* leistet.<sup>57</sup> Während bei börsenkotierten Gesellschaften aufgrund der Pflicht zur *Ad-hoc*-Publizität zumindest ein Informationsfluss über die kursrelevanten Tatsachen stattfindet, besteht für Aktionäre von nicht kotierten Gesellschaften zwischen den Generalversammlungen ein Informationsdefizit.<sup>58</sup> Mit dem neu geschaffenen ganzjährigen schriftlichen Auskunftsrecht wird diese Lücke geschlossen, und es wird dem Umstand Rechnung getragen, dass sich auch innerhalb des Geschäftsjahrs Informationsbedürfnisse ergeben können.<sup>59</sup>

Die Schwelle von 10% für schriftliche Auskunftsbegehren erscheint insofern als konsequent, als damit eine Angleichung an die Schwellenwerte der anderen Minderheitsrechte wie etwa dem Recht auf Einleitung einer Sonderuntersuchung stattfindet.<sup>60</sup> Auch mit Blick auf das Recht auf Einberufung einer Generalversammlung bei nicht kotierten Gesellschaften scheint der Schwellenwert von 10% kohärent (Art. 699 Abs. 3 OR bzw. Art. 699 Abs. 3 Ziff. 2 revOR).<sup>61</sup>

In der Lehre wird auf das Missbrauchspotential hingewiesen, dass sich durch das jederzeitige Auskunftsrecht ergeben kann.<sup>62</sup> Befürchtet wird, dass der Verwaltungsrat durch missbräuchliche Auskunftsbegehren erheblich belastet werden könnte.<sup>63</sup> Dem ist zu entgegnen, dass mit dem Erfordernis, dass auch schriftliche Auskunftsbegehren «für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sein [müssen]», einem möglichen Missbrauchsrisiko entgegengewirkt wird. Die Schranke der Erforderlichkeit, die primär dem Ausscheiden von missbräuchlichen Auskunftsbegehren dient, dürfte es dem Verwaltungsrat er-

leichtern, sich gegen zweckwidrige Fragen zur Wehr zu setzen.<sup>64</sup>

### 3.4 Begründung der Auskunftsverweigerung

Obwohl der Wortlaut des geltenden Art. 697 OR dies nicht ausdrücklich erwähnt, ist bereits unter bestehendem Recht von der Gesellschaft zu fordern, dass sie die Verweigerung der Auskunft begründet.<sup>65</sup> Im künftigen Recht wird diese Begründungspflicht im Falle der Verweigerung der Auskunft explizit in Art. 697 Abs. 4 Satz 2 revOR normiert. Verlangt wird eine schriftliche Begründung.

Diese Begründungspflicht gilt sowohl bei mündlich an der Generalversammlung gestellten Auskunftsbegehren (Art. 697 Abs. 1 OR) als auch bei schriftlichen Auskünften (Art. 697 Abs. 2 und 3 revOR).<sup>66</sup> Verweigert der Verwaltungsrat ein mündlich gestelltes Auskunftsbegehren an der Generalversammlung, hat die Gesellschaft die schriftliche Begründung zuhanden des Antrag stellenden Aktionärs nachzuliefern.<sup>67</sup> Auch alle anderen Aktionäre können die Zustellung der Begründung verlangen und gegen die Ablehnung des Auskunftsbegehrens die Informationsklage (Art. 697 Abs. 4 OR bzw. Art. 697b revOR) erheben.<sup>68</sup> Es sollte ausreichen, wenn die Begründung der Auskunftsverweigerung im Protokoll der Generalversammlung enthalten ist. Eine Begründung in einem separaten Dokument scheint nicht zwingend erforderlich.

In der schriftlichen Begründung hat der Verwaltungsrat darzulegen, inwiefern die gesetzlichen Kriterien erfüllt sind, unter denen er die Auskunft verweigern konnte. Bei den Anforderungen an die schriftliche Begründung gilt es, den richtigen Massstab anzuwenden: Damit die Begründung nicht zum toten Buchstaben verkommt, darf einerseits die Schwelle für eine ausreichende Begründung nicht zu tief angesetzt werden. Umgekehrt dürfen vom Verwaltungsrat nicht so viele Details verlangt werden, dass er die Auskunft nicht verweigern kann, ohne in der schriftlichen Begründung dennoch den strittigen Sachverhalt preisgeben zu müssen.

<sup>57</sup> Vogt/Schiwow/Wiedmer (Fn. 44), 1361; vgl. Müller (Fn. 55), 29; Botschaft 2016 (Fn. 48), 540.

<sup>58</sup> Von der Crone/Baumgartner (Fn. 16), 273.

<sup>59</sup> Von der Crone/Baumgartner (Fn. 16), 273.

<sup>60</sup> Müller (Fn. 55), 29.

<sup>61</sup> Müller (Fn. 55), 29.

<sup>62</sup> Peter Böckli, Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts. Zum Gesetzesentwurf vom 21. Dezember 2007, SJZ 104/2008, 333 ff. und 357 ff., 358; Claude Lambert/Patrick Schleiffer, Auskunfts- und Einsichtsrecht, GesKR Sondernummer 2012, 98 ff., 102.

<sup>63</sup> Vgl. Vogt/Schiwow/Wiedmer (Fn. 44), 1361.

<sup>64</sup> Vgl. Vogt/Schiwow/Wiedmer (Fn. 44), 1361; von der Crone/Baumgartner (Fn. 16), 276.

<sup>65</sup> Vgl. von der Crone/Baumgartner (Fn. 11), 279.

<sup>66</sup> Botschaft 2007 (Fn. 51), 1671; Weber, Informationsrechte (Fn. 53), 213.

<sup>67</sup> Botschaft 2007 (Fn. 51), 1671; Weber, Informationsrechte (Fn. 53), 213; Vogt/Schiwow/Wiedmer (Fn. 44), 1363.

<sup>68</sup> Botschaft 2007 (Fn. 51), 1671.



Bei der Frage, ob eine Begründung ausreicht, muss es massgeblich sein, ob der Aktionär gestützt darauf erkennen kann, ob die materiellen Voraussetzungen vorliegen, die eine Auskunftsverweigerung rechtfertigen. Wird die Auskunft zu Unrecht verweigert, dient die Begründung dem Aktionär als Grundlage für die Informationsklage (Art. 697 Abs. 4 OR bzw. Art. 697b revOR). Im Hinblick auf die 30-tägige Klagefrist im künftigen Art. 697b revOR ist zu fordern, dass die Frist erst mit der begründeten Auskunftsverweigerung zu laufen beginnt, damit den Aktionären genügend Zeit verbleibt, um die Klage vorzubereiten.<sup>69</sup> Damit liegt eine zügige Begründung im Interesse der Gesellschaft.

## 4. Klageweise Durchsetzung

### 4.1 Leistungsklage

Die Informationsklage<sup>70</sup> ermöglicht es dem Aktionär, das Auskunftsrecht klageweise durchzusetzen, sofern er vorgängig sein Informationsrecht erfolglos geltend gemacht hat. Da die Gesellschaft zu einem Tun verpflichtet wird, handelt es sich um eine Leistungsklage.<sup>71</sup> Bevor die Klage erhoben werden kann, muss der Aktionär versucht haben, das Auskunftsrecht auf dem innergesellschaftlichen Weg durchzusetzen.<sup>72</sup> Die Subsidiarität ist gewahrt, sofern der Aktionär das Auskunftsrecht erfolglos an der Generalversammlung ausgeübt hat<sup>73</sup> oder wenn der Aktionär mit seinem schriftlichen Auskunftsbegehren gescheitert ist. Dabei ist nicht zwingend erforderlich, dass das Auskunftsbegehren vollumfänglich abgelehnt wurde. Ausreichend ist bereits eine materiell unbefriedigende,<sup>74</sup> zu allgemein gehaltene, mangelhafte oder unpräzise Informationserteilung.<sup>75</sup>

<sup>69</sup> Vgl. III.4.6.

<sup>70</sup> BGer 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003, E. 3.1; von der Crone (Fn. 15), § 8 N 106.

<sup>71</sup> BSK OR II-Weber (Fn. 20), N 20 zu Art. 697.

<sup>72</sup> Dominik Vock, Prozessuale Fragen bei der Durchsetzung von Aktionärsrechten – Eine Darstellung nach Zürcherischer Zivilprozessordnung, Zürich 2000, 20.

<sup>73</sup> BSK OR II-Weber (Fn. 20), N 21 zu Art. 697; von der Crone (Fn. 15), § 8 N 107; von der Crone/Baumgartner (Fn. 11), 279.

<sup>74</sup> BGer 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003, E. 6.1; HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. III.4.1.

<sup>75</sup> Felix Horber, Die Informationsrechte des Aktionärs – Eine systematische Darstellung, Zürich 1995, 725; Vock (Fn. 72), 42 f.

### 4.2 Aktiv- und Passivlegitimation

Die Informationsklage ist als Individualrecht konzipiert, womit jeder Aktionär zur Klage legitimiert ist.<sup>76</sup> Nicht vorausgesetzt ist, dass zwischen dem auskunftsersuchenden Aktionär und dem Kläger Personenidentität besteht. Auch ein Aktionär, der nicht persönlich das Gesuch um Auskunftserteilung gestellt hat, sollte die Klage auf Auskunftserteilung beim Gericht einreichen können.<sup>77</sup> Passivlegitimiert ist die Aktiengesellschaft, auch wenn nach Art. 697 Abs. 1 OR der Verwaltungsrat bzw. die Revisionsstelle zur Erteilung der Information verpflichtet ist.<sup>78</sup>

### 4.3 Verfahrensart und Zuständigkeit

Für die Klage auf Auskunftserteilung ist das Gericht am Sitz der Gesellschaft örtlich zuständig (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO). Das Gericht entscheidet im summarischen Verfahren (Art. 250 lit. c Ziff. 7 ZPO). Im Kanton Zürich ist bei einem Streitwert von mindestens CHF 30 000 das Handelsgericht sachlich zuständig (Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH), welches als Einzelgericht entscheidet (§ 45 lit. c GOG ZH).

### 4.4 Konkrete Umschreibung des Rechtsbegehrens

Im Klagebegehren muss der Auskunftsanspruch konkret umschrieben werden,<sup>79</sup> sodass das Rechtsbegehren im Falle einer Gutheissung der Klage unverändert zum Inhalt des Urteilsdispositivs gemacht werden kann.<sup>80</sup> Allgemeine, flächendeckende Auskunftsbegehren halten dem Erfordernis der Konkretheit nicht stand.<sup>81</sup> Um der Substantiierungslast zu genügen, muss der klagende Aktionär in seinem Rechtsbegehren genau umschreiben, welche Fragen von der Ge-

<sup>76</sup> Von der Crone/Baumgartner (Fn. 11), 279.

<sup>77</sup> Vgl. Botschaft 2007 (Fn. 51), 1671; Marolda Martinez (Fn. 24), 220 f.; a.A. Horber (Fn. 75), 226.

<sup>78</sup> Marolda Martinez (Fn. 24), 214; von der Crone/Baumgartner (Fn. 11), 280.

<sup>79</sup> HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. III.4.2; BSK OR II-Weber (Fn. 20), N 21 zu Art. 697.

<sup>80</sup> Daniel Willisegger, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 18 zu Art. 221; Corina Moschen/Hans Caspar von der Crone, Gerichtliche Durchsetzung der Informationsrechte nach Art. 715a OR, SZW 3/2018, 304 ff., 311.

<sup>81</sup> HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. III.4.2; Böckli, Aktienrecht (Fn. 55), § 12 N 163.

sellschaft beantwortet werden sollen.<sup>82</sup> Der Umstand, dass der Kläger sein Rechtsbegehren bei Klageerhebung häufig nicht genügend präzise umschreiben kann, kann ein Hindernis bei Klagen auf Auskunftserteilung darstellen.<sup>83</sup> Aus diesem Grund wird gefordert, bei der Pflicht zur Substantiierung der Informationsklage keinen allzu strengen Massstab anzulegen.<sup>84</sup> Auch das Handelsgericht erwog vorliegend, dass es ausreiche, wenn aufgrund der gesamten Eingabe einem vernünftigen Durchschnittsleser unter den konkreten Umständen klar sei, welche Auskunft der Aktionär verlange.<sup>85</sup> Die Grenze zieht das Handelsgericht bei eigentlichen «*Fishing Expeditions*», die es als grundsätzlich unzulässig erachtet.<sup>86</sup>

#### 4.5 Streitwert und Prozesskosten

Da die Klage auf Auskunftserteilung aus prozessualer Sicht als vermögensrechtliche Streitigkeit zu qualifizieren ist, muss ein Streitwert festgelegt werden, der primär durch das Rechtsbegehren bestimmt wird (Art. 91 Abs. 1 ZPO).<sup>87</sup> Da das Rechtsbegehren bei der Informationsklage nicht auf eine bestimmte Geldsumme lautet, gelangt Art. 91 Abs. 2 ZPO zur Anwendung.<sup>88</sup> Diese Bestimmung sieht vor, dass das Gericht den Streitwert festsetzt, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind. Sofern das Gericht den Streitwert festzusetzen hat, stellt es auf den objektiven Wert der geforderten Leistung ab.<sup>89</sup>

Der Streitwert stellt ein wichtiges Kriterium für die Bemessung der Gerichts- und Parteikosten dar.<sup>90</sup> Hierzu ist zu bemerken, dass für den klagenden Aktionär ein nicht unerhebliches Prozesskostenrisiko besteht, da nicht die Perspektive des Einzelaktionärs massgebend ist, sondern – ähnlich wie bei Verantwortlichkeitsprozessen – auf das gesamtgesellschaftliche Interesse am Prozessausgang abgestellt wird.<sup>91</sup> Unproblematisch ist dies, sofern der Aktionär im Prozess obsiegt, da in diesem Fall die Gesellschaft die Kosten zu übernehmen hat. Umgekehrt trägt der Aktionär – bei einer Niederlage im Prozess – das persönliche Risiko, die gesamten Kosten tragen zu müssen. Die Ausgestaltung des Auskunftsrechts als individuelles Recht auf kollektive Information kann deshalb dazu führen, dass passive Aktionäre, bei einer erfolgreichen Prozessführung, als Trittbrettfahrer von der zusätzlichen Information profitieren, während sie nicht am Prozessrisiko für den Fall einer Niederlage beteiligt sind.

#### 4.6 Klagefrist

Im geltenden Recht besteht keine (Verwirkungs-)Frist für die gerichtliche Durchsetzung des Auskunftsrechts.<sup>92</sup> Die Einreichung der Klage steht damit lediglich unter dem allgemeinen Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs.<sup>93</sup> Vorliegend kam das Handelsgericht zum Schluss, dass das fast fünfmonatige Zuwarten mit der Gesuchseinreichung nicht rechtsmissbräuchlich war.<sup>94</sup>

Strenger ist die Rechtslage im künftigen Recht. In der Zukunft unterliegt die Informationsklage einer 30-tägigen Verwirkungsfrist (Art. 697b revOR). Für den Fristbeginn ist auf den Zugang der schriftlich begründeten Verweigerung abzustellen.<sup>95</sup> Dieser Zeitpunkt sollte sowohl für mündlich an der Generalversammlung gestellte Auskunftsbegehren als auch für schriftliche Auskünfte massgeblich sein. Wenn die Gesellschaft überhaupt nicht auf das Auskunftsbegehren reagiert, sollte die Auskunftsklage nicht an

<sup>82</sup> Von der Crone/Baumgartner (Fn. 11), 280; eingehend zur Frage der Substantiierung vgl. Marolda Martinez (Fn. 24), 217 ff.; Markus Affolter, Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess, Bern 1994, 54 ff.

<sup>83</sup> Vgl. Jean Nicolas Druey, Vom Informations- zum Kommunikationsrecht – Überlegungen am Beispiel des Aktienrechts, in: Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht: Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 115 ff., 124.

<sup>84</sup> Böckli, Aktienrecht (Fn. 55), § 12 N 164; Marolda Martinez (Fn. 24), 219 f.

<sup>85</sup> HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. III.4.2.

<sup>86</sup> HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. III.6.6.

<sup>87</sup> Gabrielli (Fn. 29), 65.

<sup>88</sup> Von der Crone/Baumgartner (Fn. 11), 280 Fn. 20.

<sup>89</sup> Martin H. Sterchi, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1–149 ZPO, Bern 2012, N 15 zu Art. 91; Viktor Rüegg/Michael Rüegg, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 6 zu Art. 91.

<sup>90</sup> BSK ZPO-Rüegg/Rüegg (Fn. 89), N 1 zu Art. 91.

<sup>91</sup> Vgl. Marolda Martinez (Fn. 24), 226.

<sup>92</sup> BGer 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003, E. 3.1; BSK OR II-Weber (Fn. 20), N 20 zu Art. 697.

<sup>93</sup> BGer 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003, E. 3; KUKO OR-Kut (Fn. 26), N 7 zu Art. 697.

<sup>94</sup> HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. II.2.

<sup>95</sup> Vgl. III.3.4.

eine Frist gebunden werden und weiterhin jederzeit möglich sein.

Noch nicht geklärt für das neue Aktienrecht ist die Frage, was die Konsequenz ist, wenn die – eher kurz bemessene – 30-Tage-Frist versäumt wird. Fraglich ist insbesondere, ob an der nächsten Generalversammlung oder mittels schriftlichen Auskunftsbegehrens nochmals eine gleiche oder ähnliche Auskunft verlangt und ob bei einer erneuten Verweigerung nochmals Klage auf Auskunft erhoben werden kann.

#### 4.7 Gleichbehandlung der nicht am Prozess beteiligten Aktionäre

Da die Rechtskraft des Urteils die Gesellschaft nur dazu verpflichtet, den Gesuchstellern die Auskunft zu erteilen, stellt sich (ähnlich wie bei der schriftlichen Auskunftserteilung)<sup>96</sup> die Frage nach der informationellen Gleichbehandlung. Während die Gesuchsteller Auskunft erhalten, sieht das Urteilsdispositiv keine Verpflichtung vor, auch die übrigen Aktionäre zu informieren. Sofern die Gesellschaft im Anschluss an das Urteil nicht alle Aktionäre zeitgleich informiert, kann dies dazu führen, dass die gesuchstellenden Aktionäre über einen Informationsvorsprung verfügen. Wie beim schriftlichen Auskunftsrecht steht der Verwaltungsrat, gestützt auf Art. 717 Abs. 2 OR, in der Pflicht, auch die übrigen, nicht am Verfahren beteiligten, Aktionäre zeitnah über die erteilten Auskünfte zu informieren. Dies hat insbesondere dann zu gelten, wenn es sich um Informationen handelt, die für die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft von erheblicher Relevanz sind.<sup>97</sup>

#### 4.8 Vollstreckung

Wird die Informationsklage gutgeheissen, stellt sich die Frage, wie das Leistungsurteil zu vollstrecken ist. Da es nicht möglich ist, die Gesellschaft bzw. deren Organe unter Anwendung von unmittelbarem Zwang zur Auskunftserteilung zu verpflichten, kommen nur Mittel des indirekten Zwangs in Frage. Das Gericht hat die Möglichkeit – auf Antrag der obsiegenden Partei – Vollstreckungsmassnahmen anzuordnen (Art. 236 Abs. 3 ZPO). Im vorliegenden Fall haben die Gesuchsteller bezüglich aller Rechtsbegehren den Antrag gestellt, dass die Bestrafung wegen Unge-

horsam nach Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. Art. 292 StGB anzudrohen sei.<sup>98</sup> Das Handelsgericht erachtete diese Strafandrohung vorliegend als angemessene Vollstreckungsmassnahme, wies aber darauf hin, dass sich die Strafandrohung nur gegen natürliche Personen richten könne.<sup>99</sup>

### IV. Schlussbemerkung

Das Auskunftsrecht der Aktionäre spielt in der Praxis eine wichtige Rolle. Der vorliegend besprochene Entscheid des Zürcher Handelsgerichts ist bemerkenswert, da vom Gericht gleich mehrere Auskunftsbegehren gutgeheissen wurden. Die Ausführungen des Handelsgerichts veranschaulichen, dass es sich bei der Erforderlichkeit zur Ausübung von Aktionärsrechten um ein relativ weit gefasstes Kriterium handelt. Hervorzuheben ist ausserdem, dass das Handelsgericht bei der Frage nach den Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft die bisherige Kommunikation der Gesellschaft berücksichtigt und daraus Rückschlüsse auf die Geheimhaltungsabsicht gezogen hat.

Im künftigen Aktienrecht kommt es im Bereich des Auskunftsrechts zu verschiedenen Änderungen. Die Klagemöglichkeit wird in einer eigenen Bestimmung normiert, welche eine 30-tägige Verwirkungsfrist vorsieht (Art. 697b revOR). Besonders hervorzuheben ist die Einführung eines jederzeitigen schriftlichen Auskunftsrechts (Art. 697 Abs. 2 revOR). Bei nicht kotierten Gesellschaften können damit Aktionäre, die über 10% der Aktien bzw. der Stimmen verfügen, künftig auch ausserhalb der Generalversammlung Auskunft verlangen, womit ein Beitrag zur Verbesserung der *Corporate Governance* geleistet wird. Gleichzeitig stellen sich durch das schriftliche Auskunftsrecht wichtige Fragen mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot. Es darf mit Spannung erwartet werden, welche Praxis sich unter dem neuen Recht zum Auskunftsrecht bilden wird.

<sup>96</sup> Vgl. III.3.3.

<sup>97</sup> Vgl. III.3.3.

<sup>98</sup> Vgl. HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. IV.1.

<sup>99</sup> HGer ZH HE 190187 vom 2. September 2019, E. IV.1.