

Vergütungstransparenz in Schweizer Aktiengesellschaften

Bundesgerichtsurteil 4A_561/2020 vom 25. Februar 2021

Mit Bemerkungen von Bruno Mahler und Hans Caspar von der Crone*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
 - 1. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 25. September 2020
 - 2. Urteil des Bundesgerichts vom 25. Februar 2021
- III. Bemerkungen
 - 1. Ausgangslage
 - 2. Rechtslage bei Publikumsgesellschaften
 - 3. Bedeutung des Auskunftsrechts nach Art. 697 OR
- IV. Schlussbemerkung

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die B. AG ist eine Holdinggesellschaft mit einem Aktienkapital von CHF 600 000, welches in 600 000 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 1 eingeteilt ist. Die Geschwister A.A., C.A. und D.A. sind Aktionäre zu je 33 Prozent. Der Verwaltungsrat der B. AG besteht aus C.A., D.A., deren Söhnen E.A. und F.A. sowie G. Am 15. Juni 2017 ist A.A. als Verwaltungsratsmitglied der B. AG abgewählt worden.

In den Jahren 2019 und 2020 fanden mehrere Generalversammlungen der B. AG statt, an denen A.A. Auskunfts- und Einsichtsbegehren stellte. Insbesondere verlangte sie Auskunft über die Vergütungen der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder als Organe oder Arbeitnehmer der B. AG und verschiedener Konzerngesellschaften. Der Verwaltungsrat stellte sich gegenüber A.A. wiederholt auf den Standpunkt, er werde keine Auskünfte über die Bezüge einzelner Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitglieder erteilen, sondern nur über die Gesamtkosten.¹

Am 10. Juli 2020 reichte A.A. (Gesuchstellerin, Beschwerdeführerin) beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein gegen die B. AG (Gesuchsgegnerin, Beschwerdegegnerin) gerichtetes Gesuch im summarischen Verfahren ein. Darin beantragte sie Auskunft über Bezüge und Anstellungsverhältnisse der gegenwärtigen Verwaltungsräte sowie über die Gesamtkosten eines externen Bewertungsgutachtens. Über-

dies verlangte sie Einsicht in diverse Arbeits- und Mandatsverträge sowie in die Schlussrechnung des Gutachters.

Mit Urteil und Verfügung vom 25. September 2020 trat das Handelsgericht auf einen Teil der Auskunftsbegehren nicht ein, da diese im Gesuch nicht hinreichend bestimmt worden seien.² Die Auskunfts- und Einsichtsbegehren wurden lediglich bezüglich des externen Bewertungsgutachtens gutgeheissen und im Übrigen abgewiesen. Hiergegen gelangte die Gesuchstellerin mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Mit Urteil vom 25. Februar 2021 wies das Bundesgericht die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

II. Erwägungen der Gerichte

1. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 25. September 2020

In einem ersten Schritt befasste sich das Handelsgericht mit den Begehren um Auskunft über die Bezüge der Verwaltungsratsmitglieder.³ Die Gesuchstellerin hatte geltend gemacht, sie benötige diese Auskunft, um die Marktkonformität der Löhne zu beurteilen und mithin über die Erhebung von Verantwortlichkeits- und Rückerstattungsklagen zu entscheiden.⁴

Das Handelsgericht stellte zunächst fest, dass es sich bei der Entschädigung des Verwaltungsrats um eine Angelegenheit der Gesellschaft i.S. von Art. 697 Abs. 1 OR handle. Die VegüV sei nicht anwendbar, da es sich bei der Gesuchsgegnerin nicht um eine börsennotierte Gesellschaft handle (Art. 1 Abs. 1 VegüV). Die Kenntnis der Vergütung des Verwaltungsrats sei grundsätzlich für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich. Im Schrifttum werde dieser Grundsatz jedoch teilweise dahingehend konkretisiert, dass die Bekanntgabe der Entschädigungen in der Gesamtzahl ausreiche und nicht auf die einzelnen Mitglieder aufgeschlüsselt erfolgen müsse. Aus der Sicht eines vernünftigen Durchschnittsaktionärs sei demnach zumindest die Auskunft über die Gesamtentschädigung des Verwaltungsrats als zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich zu betrachten.⁵

* RA MLaw Bruno Mahler 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>.

¹ HGer ZH HE200273 vom 25. September 2020, E. III.2.1.1.

² HGer ZH HE200273 vom 25. September 2020, E. III.2.2.

³ HGer ZH HE200273 vom 25. September 2020, E. III.2.1.

⁴ HGer ZH HE200273 vom 25. September 2020, E. III.2.1.1.

⁵ HGer ZH HE200273 vom 25. September 2020, E. III.2.1.2.

Die Informationen, welche sie anlässlich der Generalversammlungen 2019 und 2020 erhielt, hätten es der Gesuchstellerin ohne Weiteres ermöglicht, sich ein Bild über die Marktkonformität und Angemessenheit der Gesamtentschädigung zu machen. Als ehemalige Verwaltungsrätin sei sie mit der Vergütungsstruktur der Gesuchsgegnerin vertraut gewesen. Überdies sei die Gesamtentschädigung für das Jahr 2019 tiefer ausgefallen als in den Jahren, in denen die Gesuchstellerin dem Verwaltungsrat angehört habe. Nach Ansicht des Handelsgerichts würde der gegenwärtige Informationsstand einen Durchschnittsaktionär nicht zur Annahme einer übersetzten bzw. marktunüblichen Entschädigung veranlassen, die weitergehende Abklärungen und Auskünfte über die Honorare der einzelnen Mitglieder erforderte. Es wäre deshalb an der Gesuchstellerin gewesen, ein weitergehendes individuelles Informationsinteresse darzutun und konkret zu belegen, weshalb gerade sie die Vergütungen der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder zur Wahrung ihrer Aktionärsrechte kennen muss. Ein solches Individualinteresse legte die Gesuchstellerin nach Auffassung des Handelsgerichts nicht rechtsgenügend dar.⁶

Soweit die Gesuchstellerin Auskunft über die Bezüge der Verwaltungsratsmitglieder in Konzerngesellschaften verlangte, hätte sie laut dem Handelsgericht zusätzlich nachweisen müssen, dass diese Informationen für sie erforderlich seien, um ihre Aktionärsrechte in der Gesuchsgegnerin als Konzernobergesellschaft auszuüben. Auch diesen Nachweis hielt das Handelsgericht nicht für erbracht.⁷

Damit waren die Auskunftsbegehren der Gesuchstellerin über die Bezüge der Verwaltungsratsmitglieder abzuweisen.

In einem weiteren Schritt beurteilte das Handelsgericht das Auskunftsbegehren über das Anstellungsverhältnis eines Verwaltungsratsmitglieds bei einer Konzerngesellschaft. Auch hier blieb die Gesuchstellerin nach Auffassung des Gerichts den Nachweis schuldig, dass die verlangten Informationen für die Ausübung ihrer Rechte als Aktionärin der Konzernmutter erforderlich seien. Deshalb wurde auch dieses Begehren abgewiesen.⁸

Gutgeheissen wurde dagegen das Auskunftsbegehren bezüglich der Gesamtkosten des externen Bewertungsgutachtens. Das Handelsgericht hielt das Informationsinteresse der Gesuchstellerin für begründet, da sie die Auskunft über die Gesamtkosten zur Bestimmung der Schadenshöhe in einem bereits hängigen Verantwortlichkeitsprozess benötige. Ein konkretes, der Auskunft entgegenstehendes Geheimhaltungsinteresse der Gesuchsgegnerin sei weder substantiiert behauptet noch belegt.⁹

Schliesslich ging das Handelsgericht auf die Einsichtsbegehren der Gesuchstellerin ein. Die Verweigerung der Einsicht in die Mandats- und Arbeitsverträge der Verwaltungsratsmitglieder sei sachlich haltbar. Die Gesuchstellerin habe an der Generalversammlung bereits Kenntnis von der Gesamtentschädigung des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung erhalten. Daher fehle es an einem Interesse an der Kenntnis der individuellen Honorare der Verwaltungsratsmitglieder, geschweige denn an weitergehenden Informationen aus den Verträgen. Anders verhalte es sich indes mit Bezug auf die Schlussrechnung des Gutachters. Aufgrund der hängigen Verantwortlichkeitsklage sei ein Informationsinteresse zu bejahen. Es sei überdies nicht ersichtlich, inwiefern die Einsicht in die Schlussrechnung die Geschäftsgeheimnisse der Gesuchsgegnerin tangieren sollte. Das entsprechende Einsichtsbegehren sei damit gutzuheissen.¹⁰

2. Urteil des Bundesgerichts vom 25. Februar 2021

Einleitend rief das Bundesgericht die Voraussetzungen und Grenzen des Auskunftsrechts nach Art. 697 Abs. 1 und 2 OR in Erinnerung.¹¹ Das Auskunftsrecht diene dazu, dem Aktionär jene Informationen zu verschaffen, die zur sinnvollen Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich seien. Dabei genüge vorerst der Beweis, dass die Erforderlichkeit in genereller Art für einen Durchschnittsaktionär gegeben sei. Liege das Auskunftsbegehren dagegen ausserhalb dieses Rahmens, habe der Aktionär sein individuelles Interesse unter Nachweis entsprechender konkreter Umstände

⁶ HGer ZH HE200273 vom 25. September 2020, E. III.2.1.2.

⁷ HGer ZH HE200273 vom 25. September 2020, E. III.2.1.2.

⁸ HGer ZH HE200273 vom 25. September 2020, E. III.2.3.2.

⁹ HGer ZH HE200273 vom 25. September 2020, E. III.2.4.2.

¹⁰ HGer ZH HE200273 vom 25. September 2020, E. III.2.5.3.

¹¹ BGer 4A_561/2020 vom 25. Februar 2021, E. 3.

zu belegen. In beiden Fällen reiche blosses Glaubhaftmachen nicht aus.

Sodann bestätigte das Bundesgericht im Grundsatz die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Höhe der Bezüge der Verwaltungsratsmitglieder von erheblichem Interesse für die Ausübung von Aktionärsrechten sei.¹² Ob die Aktionäre unter dem Titel von Art. 697 OR Auskunft über individuelle Vergütungen verlangen können, lasse sich nicht allgemein beantworten. Massstab bilde Art. 697 Abs. 2 OR: Der Aktionär habe konkret nachzuweisen, dass die angebehrte Auskunft für die Ausübung seiner Rechte erforderlich sei, und der Auskunftserteilung dürften keine schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft entgegenstehen. Ein Recht auf Auskunft über die individuellen Honorare von Verwaltungsratsmitgliedern lasse sich vor diesem Hintergrund nicht mit der abstrakten Möglichkeit einer Rückerstattungs- oder Verantwortlichkeitsklage begründen ohne konkrete Anhaltspunkte, dass deren Voraussetzungen erfüllt sein könnten. Die Erhebung einer dieser Klagen müsse mindestens in Betracht fallen, damit die verlangten Informationen aus Sicht eines Durchschnittsaktionärs relevant seien.¹³ Solche Anhaltspunkte habe die Beschwerdeführerin nicht überzeugend aufgezeigt. Damit bleibe es beim handelsgerichtlichen Schluss, wonach die Beschwerdeführerin nicht dargetan habe, weshalb sie – als ehemaliges Verwaltungsratsmitglied – über die Bezüge der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder zur Ausübung ihrer Aktionärsrechte Bescheid zu wissen brauche.¹⁴ Ferner bestätigte das Bundesgericht die Ausführungen der Vorinstanz zum Konzernverhältnis. Da es um die Rechte der Beschwerdeführerin als Aktionärin der Konzernobergesellschaft (und nicht der Tochtergesellschaften) gehe, messe sich die Auskunftserteilung daran, ob diese für die sinnvolle Ausübung der Aktionärsrechte in der Beschwerdegegnerin erforderlich sei.¹⁵

Schliesslich waren noch die Begehren um Einsicht in verschiedene Mandatsverträge zu beurteilen, welche die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht aufrechthielt. Dazu hielt das Bundesgericht fest, die Erteilung oder Verweigerung der Einsicht stehe im freien Ermessen der Generalversammlung bzw. des Verwaltungsrats. Damit habe das Gericht lediglich zu

entscheiden, ob der ablehnende Entscheid sachlich vertretbar sei, was einer auf Willkür beschränkten Prüfung entspreche.¹⁶ Nachdem die Erforderlichkeit der angebehrten Auskunft für die Ausübung der Aktionärsrechte zu Recht verneint worden sei, erweise sich auch die Einsicht in die Unterlagen, anhand welcher die verlangten Informationen überprüft werden sollten, als nicht erforderlich. Ein entsprechendes Interesse an der Einsicht in die Mandatsverträge sei jedenfalls nicht hinreichend dargetan.¹⁷

III. Bemerkungen

1. Ausgangslage

Am Ausgangspunkt der beiden Gerichtsentscheide steht der Versuch einer Minderheitsaktionärin, Informationen über die Bezüge der Verwaltungsratsmitglieder erhältlich zu machen. Damit ist die Frage der Vergütungstransparenz angesprochen. Zu dieser Thematik besteht für die Publikumsgesellschaften eine umfassende Sonderregelung. Da eine solche für Gesellschaften ohne kotierte Aktien fehlt, beurteilt sich der Informationsanspruch nach dem Auskunftsrecht der Aktionäre (Art. 697 Abs. 1 und 2 OR).

Im Folgenden sollen diese beiden Rechtsgrundlagen der Vergütungstransparenz miteinander verglichen werden. Zunächst ist auf die Sondervorschriften für Publikumsgesellschaften einzugehen (unten 2.). Sodann wird untersucht, wie und in welchem Umfang Aktionäre gestützt auf das Auskunftsrecht Informationen über die Vergütungen des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung einfordern können (unten 3.). Dabei ist zwischen Gesellschaften ohne kotierte Aktien und Publikumsgesellschaften zu unterscheiden.

2. Rechtslage bei Publikumsgesellschaften

In Publikumsgesellschaften muss der Verwaltungsrat jährlich einen schriftlichen Vergütungsbericht erstellen und durch die Revisionsstelle prüfen lassen (Art. 13 ff. VegüV; Art. 734 ff. revOR¹⁸). Der Vergü-

¹² BGer 4A_561/2020 vom 25. Februar 2021, E. 5.1.

¹³ BGer 4A_561/2020 vom 25. Februar 2021, E. 5.3.

¹⁴ BGer 4A_561/2020 vom 25. Februar 2021, E. 5.4.

¹⁵ BGer 4A_561/2020 vom 25. Februar 2021, E. 5.5.

¹⁶ BGer 4A_561/2020 vom 25. Februar 2021, E. 6.1.

¹⁷ BGer 4A_561/2020 vom 25. Februar 2021, E. 6.3.

¹⁸ Als revOR werden die Bestimmungen des revidierten Obligationenrechts (Aktienrechts) bezeichnet, die am 19. Juni 2020 von der Bundesversammlung beschlossen wurden (AS 2020, 4005 ff.).

tungsbericht ist nach den Vorschriften über den Geschäftsbericht den Aktionären bekannt zu geben (Art. 696 OR) und zu veröffentlichen (Art. 958e Abs. 1 OR).

2.1 Anwendungsbereich: Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien

Die Bestimmungen zum Vergütungsbericht gelten für Aktiengesellschaften mit Sitz in der Schweiz, deren Aktien an einer Börse kotiert sind (Art. 1 Abs. 1 VegüV; Art. 732 Abs. 1 revOR). Kotierung bedeutet, dass die Aktien in einem standardisierten Verfahren zum Handel an einer Börse zugelassen wurden (Art. 2 lit. f FinfraG). Es genügt, dass die fragliche Gesellschaft einen Teil ihrer Aktien an einer Börse¹⁹ im In- oder Ausland kotiert hat, um den Anwendungsbereich zu eröffnen. Nicht ausreichend ist dagegen, dass die Aktien (ohne Kotierung) regelmässig ausserbörslich gehandelt werden (sog. OTC-Handel).²⁰ Nicht anwendbar sind die Bestimmungen ferner auf Gesellschaften, die lediglich Partizipationsscheine oder Anleihen kotiert haben.²¹ Das revidierte Aktienrecht stellt klar, dass Gesellschaften, deren Aktien nicht börsenkotiert sind, statutarisch vorsehen können, die Vergütungsbestimmungen ganz oder teilweise anzuwenden (Art. 732 Abs. 2 revOR). So können die Statuten den Verwaltungsrat einer Gesellschaft ohne kotierte Aktien etwa verpflichten, einen Vergütungsbericht gemäss Art. 734 ff. revOR zu erstellen.²²

2.2 Entstehungsgeschichte

Die gesetzliche Regelung der Vergütungstransparenz geht zurück auf verschiedene parlamentarische Vor-

stösse aus dem Frühjahr 2001.²³ Noch vor Beginn der gesetzgeberischen Vorarbeiten verabschiedete die schweizerische Börse (die damalige SWX Swiss Exchange) im April 2002 auf dem Weg der Selbstregulierung eine erste Richtlinie zur Corporate Governance (RLCG), die am 1. Juli 2002 in Kraft trat und Schweizer Publikumsgesellschaften verpflichtete, gewisse Informationen zu den Vergütungen an ihre obersten Leitungsorgane offenzulegen.²⁴ Da man darüber hinaus eine gesetzliche Verankerung der Transparenzvorschriften für erforderlich hielt, arbeitete das Bundesamt für Justiz einen entsprechenden Vorentwurf aus, der im Dezember 2003 in die Vernehmlassung geschickt wurde.²⁵ In deren Anschluss verabschiedete der Bundesrat die Botschaft und gab das Revisionsvorhaben in die parlamentarische Beratung.²⁶ Die Vorlage wurde (mit gewissen Anpassungen²⁷) in der Schlussabstimmung vom 7. Oktober 2005 angenommen. Der neue Art. 663b^{bis} OR verpflichtete Gesellschaften mit kotierten Aktien, die Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats im Anhang zur Bilanz offenzulegen. Der Bundesrat setzte die Neuerung auf den 1. Januar 2007 in Kraft.

Zu einer Weiterentwicklung der Transparenzvorschriften kam es im Zuge der Volksinitiative «gegen

¹⁹ Zum Begriff der Börse siehe Art. 26 lit. b FinfraG.

²⁰ Zur Abgrenzung zwischen Börsenhandel und ausserbörslichem Handel siehe *Simon Bühler*, OTC-Handel mit nicht-kotierten Aktien, Diss. Zürich 2016 (= ZSP 270), N 287 ff.

²¹ Siehe dazu Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017, 399 ff. (zit. Botschaft AR 2016), 584 f., wonach der Anwendungsbereich von Art. 732 ff. revOR «grundsätzlich deckungsgleich» mit jenem der VegüV sei; zu letzterem ausführlich *Heinz Schärer*, in: David Oser/Andreas Müller (Hrsg.), *Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, N 11 ff. zu Art. 1.

²² Botschaft AR 2016 (Fn. 21), 585.

²³ Im Nachgang zur parlamentarischen Initiative «Transparenz bei börsenkotierten Firmen» (01.424n) vom 9. Mai 2001 von Nationalrat *Chiffelle* betraute der Nationalrat seine Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK-N) mit der Ausarbeitung eines Entwurfs. Parallel dazu wurde das EJPD aufgrund diverser parlamentarischer Vorstösse tätig. Siehe *Karim Maizar/Rolf Watter*, *Transparenz der Vergütungen und Beteiligungen von Mitgliedern des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung* (Art. 663b^{bis} und 663c Abs. 3 OR), GesKR 2006, 349–359, 350.

²⁴ Ausführlich zur Entstehungsgeschichte und zu den inhaltlichen Anforderungen dieser Richtlinie *Peter Böckli/Claire Huguenin/François Dessementet*, *Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts*, Zürich/Basel/Genf 2004, 96 ff.

²⁵ Bericht und Vorentwurf für eine Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung), November 2003, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch>> (zit. Bericht und VE 2003), 1 ff.; *Maizar/Watter* (Fn. 23), 350.

²⁶ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung) vom 23. Juni 2004, BBl 2004, 4471 ff. (zit. Botschaft Transparenz 2004).

²⁷ Dazu *Maizar/Watter* (Fn. 23), 350 f.

die Abzockerei», die im Februar 2008 eingereicht wurde (sog. *Minder*-Initiative). Nach dem indirekten Gegenvorschlag des Bundesrats hätten Publikumsgesellschaften die Vergütungen zweistufig offenlegen müssen: Durch den Erlass eines schriftlichen Vergütungsreglements hätte der Verwaltungsrat *ex ante* Transparenz über die Vergütungspolitik schaffen sollen. In einem zweiten Schritt wäre in einem Vergütungsbericht *ex post* über die Einhaltung des Vergütungsreglements Rechenschaft abzulegen gewesen.²⁸ Nach der Annahme der *Minder*-Initiative in der Volksabstimmung vom 3. März 2013 wurde die Idee des Vergütungsreglements nicht wieder aufgegriffen. Übernommen wurde bei der Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV dagegen das Konzept eines eigenständigen Vergütungsberichts (Art. 13 ff. VegüV).²⁹ Inhaltlich entsprechen die Angaben, welche im Vergütungsbericht offengelegt werden müssen, im Wesentlichen jenen, die Art. 663b^{bis} OR für den Bilanzanhang vorschrieb. Mit der Aktienrechtsrevision 2020 werden die Bestimmungen der VegüV zum Vergütungsbericht weitgehend unverändert ins OR überführt (Art. 734 ff. revOR). Art. 663b^{bis} OR wird mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts (voraussichtlich 2023) aufgehoben.³⁰

2.3 Regelungszweck

Bei der Festsetzung der Vergütungen der obersten Leitungsebene befindet sich der Verwaltungsrat in einem strukturellen Interessenkonflikt. Besonders deutlich zeigt sich dies bei den Verwaltungsratsvergütungen, welche die Verwaltungsräte zulasten der Gesellschaftskasse selbst festlegen.³¹ Doch auch bei den Vergütungen an die Geschäftsleitung sind die Voraussetzungen für eine ausschliesslich am Gesellschaftsinteresse orientierte Entscheidungsfindung strukturell bedingt regelmässig nicht gegeben.³² Transparenz

ist ein Instrument, um den Interessenkonflikt bei der Vergütungsfestsetzung zu entschärfen. Sie wirkt auf zwei Ebenen: Erstens erlaubt sie den Aktionären als Prinzipalen die Kontrolle über die ihren Agenten ausgerichteten Entschädigungen.³³ Zweitens schafft die Transparenz einen Anreiz für den Verwaltungsrat, die Vergütungen im besten Interesse der Gesellschaft festzusetzen.³⁴

Akzentuiert wurde die Bedeutung der Vergütungstransparenz durch das Inkrafttreten von Art. 95 Abs. 3 BV. Neu müssen Publikumsgesellschaften die Generalversammlung zwingend über die Vergütungsgesamtsummen abstimmen lassen (Art. 18 VegüV; Art. 735 revOR). Unter Umständen ist zudem eine Konsultativabstimmung über den Vergütungsbericht vorgesehen.³⁵ Transparenz über die ausgerichteten Vergütungen ist eine notwendige Grundlage, damit die Aktionäre in der Vergütungsfrage ein informiertes Votum abgeben können.³⁶

2.4 Inhalt

Der Vergütungsbericht muss Angaben enthalten über Vergütungen sowie Darlehen und Kredite an Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats sowie diesen nahestehenden Personen (Art. 14 ff. VegüV; Art. 734a ff. revOR). Dabei genügen quantitative Angaben. Informationen über die Vergütungsstrategie oder das Festsetzungsverfahren werden nicht verlangt.³⁷ Wie detailliert die Angaben zu den Vergütungen ausfallen müssen, unterscheidet

²⁸ Siehe Botschaft vom 5. Dezember 2008 zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2009, 299 ff., 321 ff.; weiterführend *Hans Caspar von der Crone/Valentin Jentsch*, Aktuelle Entwicklungen in der Vergütungslandschaft des Finanzplatzes Schweiz, SZW 2012, 377–413, 411 f.

²⁹ Siehe *Hans Caspar von der Crone*, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, N 1426 f.

³⁰ AS 2020, 4005 ff., 4023.

³¹ Botschaft Transparenz 2004 (Fn. 26), 4475.

³² Dazu etwa *Franziska Bächler*, Vergütungen von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern in Banken, Diss. Zürich 2012 (= ZSP 246), N 117 ff. m.w.H.

³³ Siehe *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 8 N 483 ff.

³⁴ *Maizar/Watter* (Fn. 23), 352; *von der Crone/Jentsch* (Fn. 28), 408 f. mit Fn. 261 und 262.

³⁵ Die VegüV schreibt keine Konsultativabstimmung vor, sondern überlässt es den Gesellschaften, ob sie eine solche in den Statuten vorsehen oder im Einzelfall durchführen möchten. Nach revidiertem Aktienrecht müssen die Gesellschaften eine Konsultativabstimmung durchführen, wenn sie über variable Vergütungen prospektiv abstimmen lassen (Art. 735 Abs. 3 Ziff. 4 revOR).

³⁶ *Von der Crone* (Fn. 29), N 1433; siehe auch *Rolf Watter/Karim Maizar*, in: *Rolf Watter/Hans-Ueli Vogt* (Hrsg.), Basler Kommentar, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Basel 2015, N 9 zu Art. 13.

³⁷ Für an der Schweizer Börse SIX Swiss Exchange kotierte Gesellschaften ergibt sich eine Pflicht zur Offenlegung dieser Angaben indessen aus Ziff. 5.1 des Anhangs zur Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance (RLCG) vom 27. Mai 2020.

sich nach der Organzugehörigkeit der Vergütungsempfänger: Für den Verwaltungsrat und für den Beirat sind neben der Gesamtsumme auch die auf die einzelnen Mitglieder entfallenden Beträge unter Nennung des Namens und der Funktion des Mitglieds offenzulegen (Art. 14 Abs. 3 Ziff. 1 und 3 VegüV; Art. 734a Abs. 3 Ziff. 1 und 3 revOR). Für die Geschäftsleitung genügt demgegenüber die Offenlegung des Gesamtbetrags sowie des höchsten auf ein Mitglied entfallenden Betrags, wiederum unter Nennung von Namen und Funktion dieses Mitglieds (Art. 14 Abs. 3 Ziff. 2 VegüV; Art. 734a Abs. 3 Ziff. 2 revOR).

Die Differenzierung beim Detaillierungsgrad zwischen Geschäftsleitung und Verwaltungsrat bzw. Beirat geht zurück auf die Vorarbeiten zu Art. 663b^{bis} OR. Argumentiert wurde damit, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats von der Generalversammlung einzeln gewählt würden. Daher hätten die Aktionäre ein legitimes Interesse daran, zu erfahren, wer welchen Betrag bezogen habe.³⁸ Angesichts des Selbstkontrahierens des Verwaltungsrats bei der Vergütungsfestsetzung sei die Einzeloffenlegung überdies erforderlich, weil so den Aktionären überhaupt erst ermöglicht werde, die Bezüge auf ihre Üblichkeit zu überprüfen.³⁹ Demgegenüber sei bei den Mitgliedern der Geschäftsleitung die Gefahr eines Interessenkonflikts weniger gross. Es bestehe eine gesellschaftsinterne Kontrolle der ausgerichteten Beträge durch den Verwaltungsrat.⁴⁰ Daher genüge es, wenn die Gesamtsumme offengelegt werde. Zum Schutz vor Umgehungen sei zudem die Angabe der höchsten auf ein Mitglied entfallenden Entschädigung zu verlangen.⁴¹

Im Rahmen der Aktienrechtsrevision 2020 hielt der Gesetzgeber schliesslich an diesem Konzept fest. Verzichtet wurde auf eine Pflicht zur Einzeloffenlegung der Vergütungen der Geschäftsleitungsmitglie-

der, wie sie der Vorentwurf 2014 noch vorgeschlagen hatte.⁴²

2.5 Konzernverhältnisse

Auch Vergütungen, welche die offenkundigspflichtige Gesellschaft indirekt ausgerichtet hat, sind im Vergütungsbericht anzugeben. Damit wird klargestellt, dass auch Vergütungen offengelegt werden müssen, welche die Organpersonen einer Publikumsgesellschaft von einer nicht kotierten Konzerntochter (z.B. einer Management-Gesellschaft) erhalten haben.⁴³ Die Transparenz erstreckt sich mit anderen Worten auf alle Vergütungen, die den betreffenden Personen konzernweit zugeflossen sind.

3. Bedeutung des Auskunftsrechts nach Art. 697 OR

Gesellschaften ohne kotierte Aktien haben nur dann einen Vergütungsbericht zu erstellen, wenn die Statuten dies vorsehen (Art. 732 Abs. 2 revOR). Bei Fehlen einer entsprechenden statutarischen Grundlage besteht keine Verpflichtung der Gesellschaft, die Aktionäre von sich aus über die Vergütungen zu informieren.

Ein Anspruch auf Informationen über die Vergütungen der Leitungsorgane kann sich aber aus dem Auskunftsrecht (Art. 697 Abs. 1 und 2 OR) ergeben. Darauf ist im Folgenden näher einzugehen.

Ergänzend zum Auskunftsrecht haben die Aktionäre unter gewissen Voraussetzungen das Recht, die Geschäftsbücher und Korrespondenzen der Gesellschaft einzusehen (Art. 697 Abs. 3 OR). Da das Einsichtsrecht weitgehend im Ermessen der Geschäftsorgane steht, reicht es tendenziell weniger weit als das Auskunftsrecht.⁴⁴ Im Zusammenhang mit den Vergütungen kann die Einsichtnahme unter Umständen dazu dienen, die über das Auskunftsrecht bezogenen Informationen zu verifizieren. Die beiden

³⁸ Botschaft Transparenz 2004 (Fn. 26), 4483; Bericht und VE 2003 (Fn. 25), 7 f.

³⁹ Böckli/Huguenin/Dessementet (Fn. 24), 105; vgl. Jean Nicolas Druet, Der Informations-Fetischismus, in: Ernst A. Kramer/Peter Nobel/Robert Waldburger (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli, Zürich/Basel/Genf 2006, 589–610, 604.

⁴⁰ Kritisch dazu Daniel Dedeyan, Regulierung der Unternehmenskommunikation, Habil. Zürich 2015, 383 f.

⁴¹ Botschaft Transparenz 2004 (Fn. 26), 4483; siehe zum Ganzen Böckli/Huguenin/Dessementet (Fn. 24), 104 ff.; vgl. Druet (Fn. 39), 604 Fn. 33, der die Regelung von Art. 663b^{bis} OR als «Kompromiss» bezeichnet.

⁴² Siehe dazu Botschaft AR 2016 (Fn. 21), 590.

⁴³ Botschaft Transparenz 2004 (Fn. 26), 4489; Praxiskommentar VegüV-Müller/Oser (Fn. 21), N 21 zu Art. 14; BSK VegüV-Watter/Maizar (Fn. 36), N 27 zu Art. 14; ausführlich dazu Böckli (Fn. 33), § 8 N 560a ff.

⁴⁴ HGer ZH HE200273 vom 25. September 2020, E. III.1.4 m.w.H.; vgl. allgemein Rolf H. Weber, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, N 17 ff. zu Art. 697.

vorliegenden Urteile machen aber deutlich, dass in aller Regel kein Anspruch besteht, die Anstellungsverträge der Organmitglieder einzusehen.⁴⁵

3.1 Voraussetzungen und Schranken des Auskunftsrechts

Das Auskunftsrecht (Art. 697 Abs. 1 und 2 OR) steht jedem einzelnen Aktionär zu. Es vermittelt einen Anspruch auf Informationen über die Gesellschaft, die aus dem Geschäftsbericht nicht hervorgehen. Gegenüber dem Verwaltungsrat bezieht sich der Auskunftsanspruch auf die «Angelegenheiten der Gesellschaft» (Art. 697 Abs. 1 OR). Mit anderen Worten muss zwischen dem Auskunftsbegehren und der Tätigkeit der Gesellschaft ein Sachzusammenhang bestehen. Die Auskunft ist insoweit zu erteilen, als sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist (Art. 697 Abs. 2 OR). Beim Kriterium der Erforderlichkeit nehmen Lehre und Rechtsprechung eine Objektivierung vor: Als für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich gelten Informationen, die ein vernünftiger Durchschnittsaktionär für die Rechtsausübung benötigt.⁴⁶ Laut Bundesgericht besteht in diesem Rahmen eine natürliche Vermutung zugunsten der Erforderlichkeit, die durch die Gesellschaft widerlegt werden kann.⁴⁷

Der Verwaltungsrat kann die Auskunft verweigern, wenn durch sie Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet werden (Art. 697 Abs. 2 OR). Bezüglich der Geheimhaltungsverpflichtungen wird gemeinhin unterschieden zwischen absoluten und relativen Geschäftsgeheimnissen.⁴⁸ Die Abgrenzung erfolgt dabei nach der Geheimnisherrschaft: Liegt diese bei der Gesellschaft, liege ein relatives Geschäftsgeheimnis

vor, liegt sie bei einer Drittperson, handle es sich um ein absolutes Geschäftsgeheimnis. Diese Unterteilung ist potenziell missverständlich, erweckt sie doch den Eindruck, jeder Geheimhaltungsanspruch einer Drittperson müsse notwendig die Verweigerung der Auskunft zur Folge haben. Deshalb wird hier eine Abgrenzung zwischen dem Geschäftsgeheimnis einerseits und Geheimhaltungsverpflichtungen gegenüber Dritten andererseits vertreten.⁴⁹ Bei Geschäftsgeheimnissen liegt die Geheimhaltung im Interesse der Gesellschaft. Das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft ist nach Massgabe von Art. 697 Abs. 2 OR gegen das Informationsinteresse der die Auskunft verlangenden Aktionäre abzuwägen. Bei Geheimhaltungsverpflichtungen gegenüber Dritten ist zwischen vertraglichen und gesetzlichen Geheimhaltungsansprüchen zu differenzieren. Vertraglich kann sich die Gesellschaft Dritten gegenüber nur zur Geheimhaltung verpflichten, soweit sie den eigenen Aktionären die Auskunft gestützt auf Art. 697 Abs. 2 OR verweigern darf. Vertraglich begründete Geheimhaltungsansprüche sind daher lediglich als «andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft» bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen.⁵⁰ Gesetzliche Geheimhaltungsansprüche Dritter (z.B. aus Arbeitsvertrags-, Persönlichkeits- oder Datenschutzrecht) können das Auskunftsrecht der Aktionäre überlagern und gehen diesem grundsätzlich vor. Doch auch hier gilt der Geheimhaltungsanspruch nicht «absolut», da die entsprechenden Rechtsgrundlagen vielfach gegenläufige (private) Interessen vorbehalten, sofern diese überwiegen.⁵¹ Bei der erforderlichen Abwägung ist das Offenlegungsinteresse der Aktionäre wiederum zu berücksichtigen.

⁴⁵ Vgl. BGer 4A_561/2020 vom 25. Februar 2021, E. 6 (insb. 6.3); HGer ZH HE200273 vom 25. September 2020, E. III.2.5.3, wonach es sich beim Gesuch um Einsicht in die Mandats- und Arbeitsverträge um eine «sehr weitgehende Form der Informationsbeschaffung» handle.

⁴⁶ BGer 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003, E. 4.2.1; *Peter Forstmoser*, Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, in: Jean Nicolas Druey/Peter Forstmoser (Hrsg.), *Rechtsfragen um die Generalversammlung*, Zürich 1997, 85–129, 93 f.

⁴⁷ BGer 4A_561/2020 vom 25. Februar 2021, E. 3; BGE 132 III 71, E. 1.3.1.

⁴⁸ So z.B. *Forstmoser* (Fn. 46), 95 f.; *Peter V. Kunz*, Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, *AJP* 2001, 883–900, 889.

⁴⁹ Dazu ausführlich *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*, Zürich/Basel/Genf 2019, 265–282, 277 ff.; siehe auch *Keivan Mohasseb/Hans Caspar von der Crone*, Gerichtliche Durchsetzung des Auskunftsrechts nach geltendem und künftigen Aktienrecht, *SZW* 2020, 336–346, 339.

⁵⁰ Weiterführend von *der Crone* (Fn. 29), N 806.

⁵¹ Siehe für das Persönlichkeitsrecht Art. 28 Abs. 2 ZGB, für das Datenschutzrecht Art. 13 Abs. 1 DSG und für das Arbeitsvertragsrecht Art. 328b OR i.V.m. Art. 13 Abs. 1 DSG.

3.2 Geltendmachung

Das Auskunftsrecht muss mündlich an der Generalversammlung ausgeübt werden.⁵² Der Verwaltungsrat erfüllt den Auskunftsanspruch, indem er die erfragten Informationen allen anwesenden Aktionären bekannt gibt. Damit soll die informationelle Gleichbehandlung der Aktionäre sichergestellt werden. Die nicht an der Versammlung anwesenden Aktionäre können nachträglich von den erteilten Auskünften Kenntnis erhalten, indem sie das Versammlungsprotokoll einsehen (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 und Abs. 3 OR).⁵³

Das Individualrecht auf Auskunftserteilung an der Generalversammlung wird im revidierten Aktienrecht für Gesellschaften ohne kotierte Aktien ergänzt durch ein Minderheitenrecht auf Auskunft ausserhalb der Generalversammlung.⁵⁴ Aktionäre, die mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten, können inskünftig vom Verwaltungsrat schriftlich über Gesellschaftsangelegenheiten Auskunft verlangen (Art. 697 Abs. 2 revOR). Die Auskunft ist den Aktionären, die das Gesuch gestellt haben, innert vier Monaten zu erteilen. Überdies sind die Antworten spätestens an der nächsten Generalversammlung zur Einsicht für die Aktionäre aufzulegen (Art. 697 Abs. 3 revOR).

Ist ein Aktionär der Meinung, sein Auskunftsbegehren sei zu Unrecht nicht beantwortet worden, kann er sich gerichtlich gegen die Verweigerung zur Wehr setzen (Art. 697 Abs. 4 OR).⁵⁵ Die klageweise Durchsetzung setzt voraus, dass der Aktionär sein Auskunftsrecht an der Generalversammlung geltend gemacht hat und damit erfolglos war. Die Beurteilung erfolgt im summarischen Verfahren (Art. 250 lit. c Ziff. 7 ZPO). Die Gerichte verlangen, dass der Gesuchsteller in seinem Rechtsbegehren genau umschreibt, welche Fragen die Gesellschaft beantworten soll.⁵⁶ Materiell wird das Gericht prüfen, ob die

Auskunft nach Art. 697 Abs. 1 und 2 OR hätte erteilt werden müssen oder ob der Verwaltungsrat sie zu Recht verweigert hat. Heisst das Gericht das Begehren gut, verpflichtet es die Gesellschaft in einem Leistungsurteil zur Auskunftserteilung.⁵⁷

3.3 Auskunft über Vergütungen in Gesellschaften ohne kotierte Aktien

Bei den Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung handelt es sich um Gesellschaftsangelegenheiten, die Gegenstand eines Auskunftsbegehrens bilden können. Weiter ist sich die Lehre im Grundsatz einig, dass Informationen über die ausbezahlten Vergütungen im Hinblick auf die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sind.⁵⁸ Wie bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt⁵⁹ bewirkt Vergütungstransparenz, dass die Aktionäre die Angemessenheit der Bezüge überprüfen und ihre Kontrollrechte sinnvoll wahrnehmen können. Von Bedeutung ist die Kenntnis der Vergütungen etwa für den Entscheid über die Wahl oder Abwahl von Mitgliedern des Verwaltungsrats oder über die Entlassung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung. Aber auch für die Vorbereitung allfälliger aktienrechtlicher Klagen (Art. 678 oder Art. 754 OR) können vergütungsbezogene Informationen relevant sein. Dieser Sichtweise folgten auch die Gerichte im vorliegenden Fall.⁶⁰

3.3.1 Detaillierungsgrad

Die Frage, wie detailliert der Verwaltungsrat über die Vergütungen informieren muss, wird in der Lehre un-

forderungen an die Konkretetheit nicht genügen; vgl. *Larissa Marolda Martinez*, Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, Diss. Zürich 2006 (= SSHW 248), 217 ff.

⁵⁷ Vgl. z.B. HGer ZH HE200273 vom 25. September 2020, Dispositiv Ziff. 2.

⁵⁸ *Forstmoser* (Fn. 46), 105; *Kunz* (Fn. 48), 889 f.; *von der Crone* (Fn. 29), N 809.

⁵⁹ Vgl. oben III.2.3.

⁶⁰ BGer 4A_561/2020 vom 25. Februar 2021, E. 5.1; HGer ZH HE200273 vom 25. September 2020, E. 2.1.2. Das Bundesgericht erklärte jüngst im Zusammenhang mit einem Begehren um Einsetzung eines Sonderprüfers, es liege auf der Hand, dass Angaben über die Zusammensetzung des Personalaufwands bzw. die Gründe für dessen Zunahme aus Sicht eines Durchschnittsaktionärs für die Rechtsausübung erforderlich seien (BGer 4A_312/2020 vom 15. Oktober 2020, E. 3.3.2).

⁵² Möglich (und sinnvoll) ist es, den Verwaltungsrat bereits vor der Generalversammlung über ein beabsichtigtes Auskunftsbegehren zu informieren, damit dieser die Beantwortung vorbereiten kann (siehe *Forstmoser* [Fn. 46], 97 f.; *von der Crone* [Fn. 29], N 795).

⁵³ BGE 132 III 71, E. 2.1; vgl. *Kunz* (Fn. 48), 895 f.

⁵⁴ Vgl. Botschaft AR 2016 (Fn. 21), 540 f.; eingehend dazu *von der Crone/Baumgartner* (Fn. 49), 273 ff.

⁵⁵ Siehe dazu *Mohasseb/von der Crone* (Fn. 49), 344 ff. m.w.H.

⁵⁶ Siehe z.B. HGer ZH HE200273 vom 25. September 2020, E. III.2.2, mit Verweis auf *Böckli* (Fn. 33), § 12 N 163 f., wonach «flächendeckende Auskunftsbegehren» den An-

terschiedlich beantwortet. *Forstmoser* hält dafür, die Honorare und weiteren Bezüge des Verwaltungsrats müssten nur als Gesamtzahl, nicht dagegen aufgeschlüsselt auf die einzelnen Mitglieder bekannt gegeben werden. Dadurch könne das Informationsinteresse der Aktionäre befriedigt und gleichzeitig die Privatsphäre der Verwaltungsratsmitglieder geschützt werden.⁶¹ Dieser Meinung schliessen sich weitere Autoren an.⁶² Ein anderer Teil der Lehre verweist auf die Regelung bei den Publikumsgesellschaften. Das Auskunftsrecht vermittele den Aktionären einer nicht kotierten Gesellschaft Anspruch auf Informationen im gleichen Umfang, wie ihn die VegüV den Publikumsgesellschaften zur Offenlegung vorschreibe.⁶³ Salärtransparenz sei kein spezifisches Problem börsenkotierter Gesellschaften.⁶⁴ Dies hätte zur Konsequenz, dass auf Stufe Verwaltungsrat auf Begehren eines Aktionärs die individuellen Vergütungen anzugeben wären.⁶⁵

Im Rahmen der Arbeiten an der 2020 abgeschlossenen Aktienrechtsrevision wurde verschiedentlich vorgeschlagen, die Vergütungstransparenz bei Gesellschaften ohne kotierte Aktien explizit gesetzlich zu regeln. Der Entwurf 2007 sah ein spezifisches Auskunftsrecht der Aktionäre bezüglich der ausgerichteten Vergütungen vor, das umfangmässig der Offenlegungspflicht der Publikumsgesellschaften entsprechen sollte (Art. 697^{quinquies} E-OR 2007⁶⁶). Der Verwaltungsrat hätte die Informationen innert 45 Tagen nach Erhalt des Begehrens in geeigneter Form bereitstellen müssen.⁶⁷ Über einen blossen Auskunfts-

anspruch hinaus ging der Vorentwurf 2014: Der Verwaltungsrat hätte die Generalversammlung von sich aus über die Vergütungen der obersten Leitungsorgane informieren müssen. Der Detaillierungsgrad hätte sich wiederum nach den für Publikumsgesellschaften geltenden Vorgaben richten sollen (Art. 697 Abs. 4 VE-OR 2014⁶⁸). Dieser Regelungsvorschlag wurde in der Vernehmlassung negativ aufgenommen. Es handle sich – so die Kritik – um einen «unverhältnismässigen Eingriff in die Privatautonomie und -sphäre».⁶⁹ In der Folge verzichtete der Bundesrat im Entwurf 2016 auf eine entsprechende Bestimmung. Bereits aus dem (allgemeinen) Auskunftsrecht ergebe sich, dass «zumindest» die Gesamtbeträge der jährlichen Vergütungen an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung auf Anfrage offenzulegen seien.⁷⁰

In diesem Sinn erwogen die Gerichte vorliegend, dass die Gesamtsumme der Verwaltungsratsvergütungen auf jeden Fall bekannt zu geben sei. Sie stelle den Informationsumfang dar, den ein «Durchschnittsaktionär» unter gewöhnlichen Umständen zur Rechtsausübung benötige.⁷¹ Einen Anspruch auf Kenntnis der individuellen Vergütungen vermittele das Auskunftsrecht dagegen nur ausnahmsweise. Das Bundesgericht verlangt dafür den Nachweis konkreter Anhaltspunkte, dass die Voraussetzungen einer Rückforderungs- oder Verantwortlichkeitsklage gegeben sind.⁷² Damit verwirft es implizit die Lehrmeinung, die den Informationsumfang des Vergütungsberichts für massgeblich erachtet.

⁶¹ *Forstmoser* (Fn. 46), 105 mit Hinweisen in Fn. 103.

⁶² *Kunz* (Fn. 48), 890, der von einem «praxisorientierten Mittelweg» spricht; ebenso *Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss*, *Der Verwaltungsrat*, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, 121, ohne Angabe einer Begründung.

⁶³ *Rita Trigo Trindade*, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code des obligations II*, 2. Aufl., Basel 2017, N 36 zu Art. 697; in diesem Sinn auch *Bächler* (Fn. 32), N 174.

⁶⁴ *Bächler* (Fn. 32), N 174.

⁶⁵ Vgl. oben III.2.4.

⁶⁶ Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1751 ff.

⁶⁷ Siehe Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-,

Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1589 ff. (zit. Botschaft AR 2007), 1673; diesen Vorschlag befürwortend *Böckli* (Fn. 33), § 12 N 157c f.; ebenso *Peter Forstmoser*, *Die Entschädigung der Mitglieder von Verwaltungsrat und Topmanagement*, in: Rita Trigo Trindade/Henry Peter/Christian Bovet (Hrsg.), *Economie Environnement Ethique, Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain*, Zürich/Basel/Genf 2009, 145–164, 151.

⁶⁸ Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014.

⁶⁹ Siehe Bericht zur Vernehmlassung zum Vorentwurf vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), 17. September 2015, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch>>, 17.

⁷⁰ Botschaft AR 2016 (Fn. 21), 541.

⁷¹ HGer ZH HE200273 vom 25. September 2020, E. III.2.1.2.

⁷² BGer 4A_561/2020 vom 25. Februar 2021, E. 5.3.

3.3.2 Konzernverhältnisse

Anders als die Bestimmungen zum Vergütungsbericht, die indirekte Vergütungen ohne Weiteres der Offenlegungspflicht unterstellen,⁷³ kennt das Auskunftsrecht der Aktionäre keine Einheitsbetrachtung des Konzerns. Ein Auskunftsrecht hat der Aktionär vielmehr nur gegenüber der Gesellschaft, deren Aktien er hält.⁷⁴ Damit stellt sich die Frage, inwiefern Aktionäre Auskunft über Vergütungen verlangen können, die Konzerntochtergesellschaften den Leitungsorganen ausgerichtet haben. Das Bundesgericht verlangt den Nachweis, dass die erfragten Informationen für den Aktionär erforderlich sind, um seine Aktionärsrechte in der Konzernobergesellschaft sinnvoll ausüben zu können.⁷⁵ Dies dürfte auf Informationen über Leistungen von Tochtergesellschaften an Mitglieder des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung der Konzernmutter in aller Regel zutreffen, hat der Mittelabfluss bei der Tochtergesellschaft doch unmittelbar eine Vermögensverminderung bei der Mutter zur Folge. Die Aktionäre haben ein legitimes Interesse daran, über solche Bezüge im gleichen Umfang unterrichtet zu werden wie über direkte Vergütungen durch die Muttergesellschaft (d.h. jedenfalls über die Gesamtsumme).⁷⁶

Prozessual sind die Anforderungen an ein hinreichend bestimmtes Rechtsbegehren besonders zu beachten. Die Tochtergesellschaften, welche die Vergütungen ausgerichtet haben (sollen), müssen bereits im Auskunftsbegehren genannt werden. Im vorliegenden Fall ist das Handelsgericht auf drei Auskunftsbegehren mangels Bestimmtheit nicht eingetreten, die sich auf Bezüge bei «übrigen Gesellschaften» der fraglichen Unternehmensgruppe bezogen. Es sei nicht Aufgabe des Gerichts herauszufinden, welche Gesellschaften dem Konzern angehörten.⁷⁷ Die Anforderungen an die Bestimmtheit können die

Rechtsdurchsetzung erschweren, wenn dem Aktionär die Strukturen und Zahlungsströme im Konzern nicht genügend bekannt sind.⁷⁸

3.3.3 Würdigung

Vergütungstransparenz dient nicht nur in Publikumsgesellschaften einer effizienten Kontrolle der Unternehmensführung durch die Aktionäre. Bei der Vergütungsfestsetzung befinden sich auch die Verwaltungsräte von Gesellschaften ohne kotierte Aktien in einem Interessenkonflikt, der u.a. durch Transparenz entschärft werden kann.⁷⁹ Trotz der in dieser Hinsicht vergleichbaren Interessenlage der Publikumsaktionäre einerseits und der (Minderheits-)Aktionäre in privat gehaltenen Gesellschaften andererseits unterscheiden sich die rechtlichen Anforderungen an die Vergütungstransparenz grundlegend, je nachdem, ob die Aktien der Gesellschaft börsenkotiert sind oder nicht.

Ein erster Unterschied besteht in der Art und Weise, wie die vergütungsbezogenen Informationen offenzulegen sind: Während Publikumsgesellschaften zur spontanen Informationsvermittlung in einem Vergütungsbericht verpflichtet sind, müssen Gesellschaften ohne kotierte Aktien nur reaktiv informieren, wenn einzelne Aktionäre dies verlangen. Rechtfertigen lässt sich diese Unterscheidung damit, dass erstens das Bedürfnis nach Vertraulichkeit in nicht kotierten Gesellschaften ausgeprägter ist und zweitens die Erstellung eines Vergütungsberichts gerade für kleinere Unternehmen einen unverhältnismässigen Aufwand bedeuten würde.⁸⁰ Es ist daher sachge-

⁷³ Vgl. oben III.2.5.

⁷⁴ Ausführlich dazu *Matthias Nänni/Hans Caspar von der Crone*, Auskunft und Einsicht im Konzern, SZW 2006, 150–160, 152 ff. m.w.H.

⁷⁵ BGE 132 III 71, E. 1.3.3.

⁷⁶ Tendenziell restriktiver HGer ZH HE200273 vom 25. September 2020, E. 2.1.2 (allerdings im Zusammenhang mit Begehren um Einzeloffenlegung). Aus den handelsgerichtlichen Erwägungen ergibt sich nicht, ob die Gesamtsummen, die der Gesuchstellerin an den Generalversammlungen angegeben wurden, auch die Vergütungen von Konzerngesellschaften beinhalteten.

⁷⁷ HGer ZH HE200273 vom 25. September 2020, E. III.2.2.

⁷⁸ Immerhin ist aus dem Anhang der Jahresrechnung ersichtlich, an welchen Unternehmen die (Mutter-)Gesellschaft direkte oder wesentliche indirekte Beteiligungen hält (Art. 959c Abs. 2 Ziff. 3 OR). Vgl. allgemein zur Problematik *Jean Nicolas Druey*, Vom Informations- zum Kommunikationsrecht, in: Hans Caspar von der Crone et al. (Hrsg.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht*, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 115–134, 124.

⁷⁹ Vgl. *Böckli/Huguenin/Dessemontet* (Fn. 24), 107; *Forstmoser* (Fn. 67), 151, der darauf hinweist, dass es bei Publikumsgesellschaften primär um eine Auseinandersetzung zwischen Aktionären und Unternehmensleitung gehe, bei privat gehaltenen Gesellschaften dagegen vermehrt um eine solche zwischen Mehrheit und Minderheit innerhalb des Aktionariats.

⁸⁰ Vgl. Botschaft AR 2007 (Fn. 67), 1609; *Bächler* (Fn. 32), N 174. Nach dem ursprünglichen Vorschlag der «Arbeitsgruppe Corporate Governance» wären dagegen nicht nur

recht, den Aktionären die Initiative zu überlassen, ob sie zusätzlich zu den Angaben im Geschäftsbericht über die Vergütungen informiert werden möchten.

Sodann bestehen Unterschiede im Informationsumfang: Dieser ist für den Vergütungsbericht gesetzlich standardisiert. Dagegen ergibt sich aus dem Auskunftsrecht ein Anspruch auf Informationen, die für die Rechtsausübung relevant sind und deren Bekanntgabe nicht wegen überwiegender Geheimhaltungsinteressen verweigert werden kann.⁸¹ Der Auskunftsanspruch ist damit nicht schematisch, sondern einzelfallbezogen festzulegen, was das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid bestätigt hat. Über den konkreten Einzelfall hinaus lässt sich den Erwägungen entnehmen, dass das Bundesgericht ohne Verdachtsmomente für eine unsachgemässe Vergütungsfestsetzung die Offenlegung der individuellen Saläre (auch beim Verwaltungsrat) nicht für erforderlich hält.⁸² Solche Verdachtsmomente können beispielsweise bestehen, wenn in einer operativ erfolgreichen Gesellschaft den Aktionären über längere Zeit keine Dividenden ausgeschüttet oder keine frei verwendbaren Reserven zurückbezahlt werden.⁸³

Mit Blick auf die gewichtigen Argumente, die für die Einzeloffenlegung bei den Publikumsgesellschaften vorgebracht werden,⁸⁴ wäre genauso gut vertretbar gewesen, das Offenlegungsinteresse (aus Sicht eines Durchschnittsaktionärs) im Grundsatz zu bejahen.⁸⁵ Am Ergebnis hätte sich nicht zwingend etwas geändert: Auf einer nächsten Stufe wäre das Interesse der Aktionäre nämlich schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen gegenüberzustellen gewesen. Im Bereich der Vergütungen stehen dabei weniger Interessen der Gesellschaft als vielmehr solche der betroffenen Organmitglieder (Datenschutz⁸⁶, Persönlich-

keitsrechte) im Vordergrund.⁸⁷ Bei der Abwägung wäre das Fehlen konkreter Anhaltspunkte für eine Schädigung der Minderheitsaktionärin wiederum zu berücksichtigen gewesen. Die Interessenabwägung dürfte in solchen Konstellationen zugunsten der Auskunftsverweigerung ausfallen. Anders ist zu entscheiden, wenn Hinweise für einen Missbrauch bestehen. In diesem Fall ist die Einzeloffenlegung für eine zielgerichtete Ausübung der Aktionärsrechte unentbehrlich. Die Aktionäre privat gehaltener Gesellschaften können die Organmitglieder für eine unsachgemässe Vergütungspolitik nur individuell sanktionieren, sei es mittels Nichtwiederwahl oder einer Rückerstattungsklage. Im Unterschied zu den Publikumsgesellschaften besteht hier für die Aktionäre nämlich keine Möglichkeit, ihren Unmut gegenüber dem Verwaltungsrat als Kollektiv kundzutun, indem sie die Vergütungsgesamtsummen ablehnen oder den Vergütungsbericht in einer Konsultativabstimmung verwerfen.⁸⁸

Bei den Publikumsgesellschaften entfällt die Interessenabwägung, soweit die Sondervorschriften zum Vergütungsbericht die Transparenz vorschreiben. Der Eingriff in die geschützten Rechtspositionen der Verwaltungsratsmitglieder wird hier durch die gesetzliche Pflicht der Gesellschaft zur Einzeloffenlegung gerechtfertigt.⁸⁹

Vermittelt das Auskunftsrecht damit grundsätzlich keinen Anspruch auf Einzeloffenlegung, geht es in anderer Hinsicht über die Angaben im Vergütungsbericht hinaus: Die Aktionäre können vom Verwaltungsrat insbesondere Auskunft über die Grundsätze der Festlegung der einzelnen Vergütungen und die eingesetzten Vergütungskomponenten verlangen.⁹⁰ Diese qualitativen Angaben sind erforderlich, um den Aktionären die Kontrolle der Vergütungsstrategie zu ermöglichen, und ihrer Bekanntgabe stehen keine überwiegenden Geheimhaltungsinteressen entgegen. Der Vergütungsbericht ist dagegen inhaltlich auf quantitative Angaben beschränkt.⁹¹

die kotierten, sondern auch die grösseren nicht kotierten Gesellschaften zur Offenlegung im Bilanzanhang verpflichtet worden (Böckli/Huguenin/Dessemontet [Fn. 24], 107 f.).

⁸¹ Vgl. oben III.3.1.

⁸² Vgl. BGer 4A_561/2020 vom 25. Februar 2021, E. 5.3.

⁸³ Vgl. Botschaft AR 2016 (Fn. 21), 541.

⁸⁴ Vgl. oben III.2.4.

⁸⁵ Dafür spricht auch, dass der Erforderlichkeit für die Ausübung von Aktionärsrechten nach der Lehre primär die Funktion eines Ausschlusskriteriums für missbräuchliche Auskunftsbegehren zukommt (siehe *Mohasseb/von der Crone* [Fn. 49], 338 f. m.w.H.).

⁸⁶ Die Bekanntgabe der individuellen Vergütung in der Generalversammlung stellt eine Bearbeitung von Personendaten dar (vgl. Art. 3 lit. a, e und f DSGVO), die nach Art. 12 f. DSGVO rechtfertigungsbedürftig ist.

⁸⁷ Wohl a.M. *Kunz* (Fn. 48), 890.

⁸⁸ Vgl. für die Publikumsgesellschaften Art. 18 VegüV bzw. Art. 735 revOR.

⁸⁹ Siehe Art. 28 Abs. 2 ZGB und Art. 13 Abs. 1 DSGVO.

⁹⁰ Siehe *von der Crone* (Fn. 29), N 809.

⁹¹ Vgl. oben III.2.4.

3.4 Auskunft über Vergütungen in Publikumsgesellschaften

In Publikumsgesellschaften stellt sich die Frage, welche Rolle dem Auskunftsrecht neben den spezifischen Offenlegungspflichten zukommt. In der Lehre ist anerkannt, dass sich das Auskunftsrecht ohne Weiteres auf Gegenstände erstreckt, die für die Beurteilung des Geschäftsberichts relevant sind.⁹² Dabei handelt es sich gewissermassen um den Minimalgehalt des Auskunftsrechts. Die Bestimmungen zur Offenlegung der Vergütungen zunächst im Bilanzanhang (Art. 663b^{bis} OR) und später in einem separaten Vergütungsbericht (Art. 13 ff. VegüV; Art. 734 ff. revOR) haben diesen Minimalgehalt für Publikumsgesellschaften konkretisiert und erweitert.⁹³ Die Regeln über den Vergütungsbericht geben den Informationsumfang vor, der den Aktionären ohne weitergehenden Interessennachweis zugänglich zu machen ist. Ein Begehren um Auskünfte, die aus einem vollständigen und ordnungsgemäss erstellten Vergütungsbericht ersichtlich sind, müsste an der Generalversammlung mangels Erforderlichkeit nicht beantwortet werden. Das Auskunftsrecht kommt vielmehr dann zum Zug, wenn der Vergütungsbericht Lücken aufweist oder unklar ist. Auch im Fall, dass der Verwaltungsrat keinen Vergütungsbericht erstellt, können die vorgeschriebenen Informationen an der Generalversammlung verlangt und nötigenfalls gerichtlich eingeklagt werden (Art. 697 Abs. 4 OR).⁹⁴ So betrachtet fungiert das Auskunftsrecht als Mittel zur Durchsetzung des offenlegungsrechtlich garantierten Informationsstands.

Darüber hinaus ist im Einzelfall denkbar, dass die Aktionäre ein Interesse an der Kenntnis von Informationen haben, die über den Inhalt des Vergütungsberichts hinausgehen. So können beispielsweise Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Vergütungsfestsetzung die Offenlegung der Saläre einzelner Geschäftsleitungsmitglieder erforderlich machen. Ein entsprechendes Auskunftsbegehren wäre nach den Regeln von Art. 697 Abs. 1 und 2 OR zu beurtei-

len, namentlich anhand der Kriterien der Erforderlichkeit für die Ausübung von Aktionärsrechten und eines allenfalls überwiegenden Geheimhaltungsinteresses der Geschäftsleitungsmitglieder. Die Transparenzvorschriften ordnen mit anderen Worten nicht abschliessend, welche vergütungsbezogenen Informationen den Aktionären von Publikumsgesellschaften zugänglich zu machen sind.

IV. Schlussbemerkung

Mit dem vorliegenden Entscheid bestätigte das Bundesgericht die Abweisung des Auskunftsbegehrens einer Minderheitsaktionärin, welche die individuellen Bezüge der Verwaltungsratsmitglieder in Erfahrung bringen wollte. Der Entscheid ruft in Erinnerung, dass sich die Vergütungstransparenz in privat gehaltenen Gesellschaften wesentlich von derjenigen in Publikumsgesellschaften unterscheidet.

Publikumsgesellschaften müssen spontan in einem jährlichen Vergütungsbericht über die Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats informieren. Auf Stufe Verwaltungsrat ist dabei die Offenlegung der individuellen Vergütungen vorgeschrieben. In Gesellschaften ohne kotierte Aktien müssen die Aktionäre vergütungsbezogene Informationen gestützt auf das Auskunftsrecht selber verlangen. Sie haben dabei Anspruch auf Informationen in einem Detaillierungsgrad, wie er für die Ausübung der Aktionärsrechte unter den konkreten Umständen erforderlich ist.⁹⁵ Der Informationsumfang ist mithin nicht generell-abstrakt vorgegeben, sondern richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.

Das Bundesgericht präzisiert im vorliegenden Entscheid, dass im Regelfall die Angabe des Gesamtbetrags der Verwaltungsratsvergütungen genügt. Eine Aufschlüsselung auf die einzelnen Mitglieder ist nicht erforderlich, solange keine konkreten Anhaltspunkte für eine unsachgemässe Vergütungsfestsetzung bestehen. Dieses Ergebnis ist mit Blick auf die Grundsätze des Auskunftsrechts nachvollziehbar, obwohl die Aktionäre nicht kotierter Gesellschaften keineswegs ein geringeres Interesse an vergütungsbezogenen Informationen haben als die Publikumsaktionäre.

⁹² BSK OR II-Weber (Fn. 44) N 12 zu Art. 697; Forstmoser (Fn. 46), 92; von der Crone/Baumgartner (Fn. 49), 272.

⁹³ Vgl. Böckli (Fn. 33), § 12 N 151b, wonach u.a. die Transparenz zu den Vergütungen an Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung dem Auskunftsrecht mehr Gehalt gegeben hat.

⁹⁴ Praxiskommentar VegüV-Müller/Oser (Fn. 21), N 33 vor Art. 13; BSK VegüV-Watter/Maizar (Fn. 36), N 41 zu Art. 13.

⁹⁵ Dazu vorn III.3.3; Botschaft 2016 (Fn. 21), 541.

Mit der Aktienrechtsrevision 2020 hat der Gesetzgeber bewusst auf eine Regelung der Vergütungstransparenz in nicht kotierten Gesellschaften verzichtet. Der Bundesgerichtsentscheid ist daher auch für das revidierte Recht massgeblich. Es bleibt daher künftig dabei, dass Aktionäre in Gesellschaften ohne kotierte Aktien nur im Ausnahmefall Anspruch auf die Einzeloffenlegung der Verwaltungsratsvergütungen haben.

Umgekehrt wird das Auskunftsrecht inhaltlich nicht durch die Bestimmungen über den Vergütungsbericht beschränkt. So vermittelt es u.a. einen Anspruch auf Kenntnis wichtiger qualitativer Angaben zu den Vergütungen, insbesondere der Eckpfeiler der Vergütungsstrategie. Auch in Publikumsgesellschaften ist es den Aktionären weiterhin möglich, sich auf das Auskunftsrecht zu stützen und über den Vergütungsbericht hinausgehende Angaben zu verlangen, soweit sich dies für die Rechtsausübung im konkreten Fall als notwendig erweist.