

Auskunft und Einsicht im Konzern

Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 2. November 2005 (4C.81/2005), BGE 132 III 71, i.S. A. Beteiligungen AG (Beklagte und Berufungsklägerin) gegen B. AG (Klägerin und Berufungsbeklagte)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Matthias Nänni und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich¹

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
 - A. Verweigerung der Einsicht und Überprüfungsbefugnis
 - B. Recht auf Einsichtnahme
 - C. Recht auf Auskunft
- III. Bemerkungen
 - A. Informationsrechte im Konzern
 - B. Einsichtsrecht
 - 1. Gegenstand des Einsichtsrechts
 - 2. Formale Ermächtigung
 - 3. Form der Einsichtsgewährung
 - C. Anspruch auf Auskunft
 - 1. Formelle Voraussetzungen
 - 2. Materielle Voraussetzungen
 - D. Durchsetzung von Informationsansprüchen
 - E. Schlussbetrachtung

I. Sachverhalt

Die Beklagte und Berufungsklägerin A. Beteiligungen AG hält Beteiligungen an verschiedenen Gesellschaften. Sie wird von einer Aktionärsgruppe beherrscht, die einen Aktienanteil von über 50% hält. Die Klägerin und Berufungsbeklagte B. AG hält einen Anteil von rund 47%.

Im Vorfeld der ordentlichen Generalversammlung der A. Beteiligungen AG vom 20. Juni 2001 verlangte die B. AG vom Verwaltungsrat erfolglos Zustellung der jeweils letzten vorliegenden Jahresrechnung (Erfolgsrechnung und Bilanz) der abhängigen Gesellschaften. Dem an der Generalversammlung erneut gestellten Begehren auf Aushändigung, eventuell Einsichtnahme, wurde vom Verwaltungsrat insofern stattgegeben, als er die Generalversammlung für eine Zeit unterbrach, um den Vertretern der B. AG Einsicht in die genannten Unterlagen zu gewähren. Da sie die kurze Einsichtnahme anlässlich der Generalversammlung nicht befriedigte, begehrte die B. AG mit Schreiben vom 29. Juni 2001 erneut Ein-

sichtnahme. Dies lehnte der Verwaltungsrat mit Hinweis auf die bereits gewährte Einsicht ab.

Am 13. Mai 2002 klagte die B. AG vor der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach auf Gewährung von Einsicht in die Jahresrechnungen der abhängigen Gesellschaften. Sie verlangte dazu Aushändigung der genannten Unterlagen, eventuell Einsichtsgewährung mit der Möglichkeit, Kopien zu erstellen, subeventuell blosse Einsichtnahme. In der Replik vom 22. August 2003 stellte sie ergänzend das Eventualbegehren auf Erteilung schriftlicher Auskunft über sämtliche Angaben in den genannten Dokumenten.

Gegen die Abweisung der Klage² rekurrierte die Klägerin an das Obergericht des Kantons Zürich, das die Beklagte zur Gewährung der Einsicht durch Aushändigung von Kopien verpflichtete.³ Dagegen führt die Beklagte Berufung ans Bundesgericht wegen Verletzung von Art. 697 OR.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht geht zunächst auf die Verweigerung des Einsichtsbegehrens durch die zuständigen Organe und auf die Überprüfungsbefugnis des Richters ein [A]. Anschliessend prüft es, ob ein Recht auf Einsichtnahme in die verlangten Unterlagen materiell besteht [B]. Da es dies in der Folge verwirft, äussert es sich abschliessend zum Eventualbegehren auf Erteilung von Auskunft [C].

A. Verweigerung der Einsicht und Überprüfungsbefugnis

Das Bundesgericht hält mit Verweis auf Art. 697 Abs. 3 OR fest, dass ein Aktionär nur mit ausdrücklicher Ermächtigung der Generalversammlung oder des Verwaltungsrates Einsicht in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen nehmen könne. Der Entscheid darüber werde vom Organ nach freiem Ermessen gefällt und könne daher vom angerufenen Gericht nur auf eine Ermessensüberschreitung hin überprüft werden.⁴

¹ *Matthias Nänni* ist wissenschaftlicher Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, *Hans Caspar von der Crone* Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

² Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Bülach vom 28. Juni 2004 (EU020054).

³ Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer vom 11. Januar 2005 (NL040114).

⁴ BGE 132 III 71, Erw. 1.1.

Ob diese beschränkte Überprüfungsbefugnis vor der Vorinstanz Beachtung gefunden habe, bezweifelt das Bundesgericht zwar; es lässt die Frage aber offen, um das Urteil in anderer Hinsicht auf die Übereinstimmung mit Bundesrecht zu prüfen.⁵

B. Recht auf Einsichtnahme

Die Berufungsklägerin rügt, die Vorinstanz habe verkannt, dass die Einsicht für die Wahrnehmung der Aktionärsrechte nicht erforderlich sei, und dass andernfalls schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet würden.

Das Bundesgericht äussert sich zunächst zum Gegenstand des Einsichtsrechts gemäss Art. 697 Abs. 3 OR. Es legt den Begriff «Geschäftsbücher und Korrespondenzen» extensiv aus und versteht darunter alle bei der Gesellschaft vorhandenen schriftlichen Unterlagen, die für die Ausübung der Aktionärsrechte unter Einschluss der Beurteilung der Lage der Gesellschaft von Bedeutung sind.⁶ Für Konzernverhältnisse hält es fest:

«Im Konzern bezieht sich das Einsichtsrecht des Aktionärs damit auf die schriftlichen Unterlagen, die sich bei jener Gesellschaft befinden, an welcher er selbst direkt beteiligt ist. Ist er an der Konzernobergesellschaft beteiligt, können dies auch vorhandene Unterlagen über die Untergesellschaften sein.»⁷

Sodann hält das Bundesgericht unter Hinweis auf den gleichen Zweck von Auskunfts- und Einsichtsrecht fest, dass jene Informationen verschafft werden müssen, die zur sinnvollen Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sind. Die Erforderlichkeit bestimmt sich nach dem Massstab eines vernünftigen Durchschnittsaktionärs.⁸ Im Streitfall habe der Aktionär dies zu beweisen. Ausreichend sei vorerst ein Nachweis genereller Art, dass die Einsicht für den Durchschnittsaktionär erforderlich sei. Im vorliegenden Fall sieht das Bundesgericht aber keinen Raum für eine solche natürliche Vermutung.⁹ Nach Berücksichtigung der bereits zur Verfügung stehenden Informationen, sc. der Konzernrechnung,¹⁰ ver-

langt das Bundesgericht ohne weiteres den konkreten Nachweis des individuellen Interesses:

«Wenn die Klägerin über die ihr zur Verfügung stehende Konzernrechnung hinaus Einsicht in die Jahresrechnungen der Beteiligungsgesellschaften [...] verlangt, muss sie somit nachweisen, dass diese weitergehenden Informationen für sie erforderlich sind, um ihre Aktionärsrechte in der Beklagten als Konzernobergesellschaft sinnvoll ausüben zu können.»¹¹

Es verneint in der Folge, dass die verlangten zusätzlichen Informationen im Hinblick auf die Bestimmung des Wertes der Beteiligung, auf die von der Klägerin geltend gemachten «unausgeglichenen Verhältnisse» oder auf die Frage der Dividendenpolitik erforderlich sein könnten. Ferner hält es fest, dass die Höhe der Aktienbeteiligung für die Frage des Auskunftsrechts keine Rolle spielen könne.¹² Das Bundesgericht heisst die Berufung gut und weist die Klage der B. AG wegen nicht erbrachtem Nachweis der Erforderlichkeit ab. Die Fragen zu Geschäftsgeheimnissen und anderen schützenswerten Interessen und zur Form der Einsicht lässt es offen.¹³

C. Recht auf Auskunft

Eventuell begehrt die Klägerin Erteilung von Auskunft über die Jahresrechnungen der abhängigen Gesellschaften. Das Bundesgericht zitiert Art. 697 Abs. 1 OR, wonach das Auskunftsrecht an der Generalversammlung ausgeübt werden muss. Die Klägerin habe das Auskunftsbegehren aber erst mit Replik vom 22. August 2003 gestellt. Das an der Generalversammlung gestellte Begehren um Einsichtnahme sei nicht ausreichend. Als Begründung führt das Bundesgericht Unterschiede in Inhalt und Verfahren von Auskunfts- und Einsichtsrecht an – die Erteilung von Auskunft könne nicht als blosses Minus betrachtet werden.¹⁴ Es tritt daher auf das Begehren um Auskunft nicht ein und weist darauf hin, dass auch dafür der Nachweis der Erforderlichkeit nicht erbracht und das Begehren darüber hinaus zu unbestimmt formuliert gewesen wäre.¹⁵

⁵ BGE 132 III 71, Erw. 1.1.

⁶ BGE 132 III 71, Erw. 1.2.

⁷ BGE 132 III 71, Erw. 1.2.

⁸ BGE 132 III 71, Erw. 1.3.

⁹ BGE 132 III 71, Erw. 1.3.1.

¹⁰ BGE 132 III 71, Erw. 1.3.2.

¹¹ BGE 132 III 71, Erw. 1.3.3.

¹² BGE 132 III 71, Erw. 1.3.4.

¹³ BGE 132 III 71, Erw. 1.4.

¹⁴ BGE 132 III 71, Erw. 2.1.

¹⁵ BGE 132 III 71, Erw. 2.2.

III. Bemerkungen

A. Informationsrechte im Konzern

Das schweizerische Gesellschaftsrecht enthält kein in sich geschlossenes Konzernrecht.¹⁶ Einzelne Normen wie etwa Art. 663e OR machen deutlich, dass Aktienrecht auch Konzernrecht sein muss. Auf Fragen zu den Informationsrechten des Aktionärs im Konzernverhältnis ist daher im Rahmen der Auslegung der allgemeinen aktienrechtlichen Bestimmungen in den Art. 696 ff. OR über die Kontrollrechte der Aktionäre eine Antwort zu finden. Dabei muss die besondere Lage in Konzernverhältnissen berücksichtigt werden. Zu denken ist an die besonderen Informationsverhältnisse infolge der einheitlichen Leitung und der Konzernrechnung und die konzernspezifischen Fragen des Minderheitenschutzes.

Zu beachten ist aber auch die rechtliche Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaften. Sie stellt die Regel dar;¹⁷ eine Einheitsbehandlung aufgrund ein-

heitlicher Leitung¹⁸, resp. Kontrolle¹⁹ oder anderer Kriterien ist die Ausnahme. Auf die Frage, ob der Gegenstand des Einsichtsrechts i.S.v. Art. 697 Abs. 3 OR im Konzern einheitlich zu behandeln ist, gehen wir sogleich [B.1] ein. Wo keine Einheitsbehandlung stattfindet, die Berufung auf die eigene Rechtspersönlichkeit im konkreten Fall aber als rechtsmissbräuchlich erscheint, kann ein Durchgriff²⁰ auf die dahinter stehende Person erfolgen.²¹ Angesichts der in der Literatur beispielhaft genannten Missbrauchsfälle (Unterkapitalisierung, Vermögensvermischung) ist eine missbräuchliche Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit einer abhängigen Gesellschaft im Zusammenhang mit Informationsrechten nur ausnahmsweise denkbar.²² Namentlich kann es nicht rechtsmissbräuchlich sein, wenn eine abhängige Gesellschaft einem Aktionär der herrschenden Gesellschaft gestützt auf Art. 696 OR den Geschäftsbericht nicht zustellt, weil diesem die Aktionärseigenschaft abgehe.

Ein Recht auf Auskunft und Einsicht besteht ausschliesslich gegenüber der Gesellschaft, deren Aktien man hält. Die Klage eines Aktionärs der herrschenden Gesellschaft gegen die abhängige Gesellschaft wäre daher aussichtslos. Diese Einsicht ist nicht neu,²³ und das Bundesgericht führt die Rechtsprechung mit seinem neuesten Entscheid konsistent fort.

¹⁶ Die Verwendung des Begriffs «Konzernrecht» ist angesichts der mannigfachen Rechtsprechung und Literatur zum Thema konzernierter Gesellschaften gerechtfertigt. Als Neueste seien genannt der Entscheid des BGer vom 4. Juni 2003 (4C.234/2002 und 4C.246/2001; Pra 2004 Nr. 68); BGE 130 III 213 (Bspr. bei Karin Eugster/Hans Caspar von der Crone, Rechtliche Stellung des Geschäftsführers im Konzern, SZW 2004 434 ff.; Urs Bertschinger, Geschäftsführung im Konzern, AJP 2004 1426 ff.); 4C.95/2004 (publ. ARV 2004 165 ff.); 4C.158/2002 (publ. ARV 2003 24 ff.); ZR 98 (1999) Nr. 52; Karin Beyeler, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2004 (= SSW 234); Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2004, § 11 N 1 ff.; Roland von Büren, Schweizerisches Privatrecht VIII/6, Der Konzern, Basel 2005; Jean Nicolas Druey, Neues aus dem Konzernrecht, oder: Man bittet, das Skalpell nicht mit dem Buschmesser zu verwechseln, AJP 2005 1083 ff.; Peter Forstmoser, Corporate Governance in verbundenen Unternehmen, in: Marc Amstutz (Hrsg.), Die vernetzte Wirtschaft, Zürich 2004; Sebastian Harsch, Die einheitliche Leitung im Konzern, Bern 2005.

¹⁷ Carl Baudenbacher, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel 2002, N 23 vor Art. 620 OR; Beyeler (Fn 16), 9; Böckli (Fn 16), § 11 N 154 ff.; von Büren (Fn 16), 78; Jean Nicolas Druey/Alexander Vogel, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, 2 f.; Druey, Neues aus dem Konzernrecht (Fn 16), 1083; Peter Forstmoser/Arthur Meyer-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 60 N 25; Lukas Hand-schin, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, 184 f.

¹⁸ Art. 663e Abs. 1 OR knüpft die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung an die einheitliche Leitung.

¹⁹ Art. 963 des Vorentwurfs zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005 will dagegen auf die einheitliche Kontrolle abstellen. Im Gegensatz zum geltenden Recht wäre nicht erst die tatsächliche Einflussnahme, sondern bereits die Möglichkeit einer Einflussnahme für eine Einheitsbehandlung ausreichend.

²⁰ Zum Durchgriff als Rechtsfolge und seinen tatbestandlichen Voraussetzungen vgl. Böckli (Fn 16), § 11 N 458 ff.; Druey, Neues aus dem Konzernrecht (Fn 16), 1083 f.; Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel (Fn 17), § 62 N 47 ff.; Roger Groner, Wann haftet ein Aktionär – und warum?, SJZ 101 (2005) 1 ff.; im Lichte der Rechtsprechung Druey/Vogel (Fn 17), 61 ff.

²¹ Zu den Begriffen Einheitsbehandlung und Durchgriff vgl. Druey, Neues aus dem Konzernrecht (Fn 16), 1083 ff.; Druey/Vogel (Fn 17), 37 ff.

²² Vgl. Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel (Fn 17), § 62 N 75, relativierend Fn 39.

²³ SAG 1973 49; BGE 109 II 47, Erw. 3a.

B. Einsichtsrecht

1. Gegenstand des Einsichtsrechts

Mit der extensiven Auslegung des Begriffs «Geschäftsbücher und Korrespondenzen» bestätigt das Bundesgericht seine Rechtsprechung²⁴ und die herrschende Lehre²⁵ zum Gegenstand des Einsichtsrechts. Für Konzernverhältnisse präzisiert es, dass auch Unterlagen über abhängige Gesellschaften, die bei der herrschenden Gesellschaft vorhanden sind, Gegenstand des Einsichtsrechts bilden.²⁶ Das leuchtet ein, da Einsicht im Rahmen der gesamten Geschäftstätigkeit der herrschenden Gesellschaft stattfinden muss – dazu gehören im Konzern auch Unterlagen, die ihren Ursprung in abhängigen Gesellschaften haben.²⁷ Zumindest im gut geführten Konzern²⁸ dürften der herrschenden Gesellschaft detaillierte Unterlagen aus den abhängigen Gesellschaften vorliegen. Die Organe der herrschenden Gesellschaft beschaffen diese nicht nur aus gesetzlicher Pflicht zur Konsolidierung der Rechnung,²⁹ sondern in weit gehendem Masse als Grundlage für die Wahrnehmung der Konzernleitung.³⁰

Genau betrachtet handelt es sich dabei nicht um eine Einheitsbehandlung, da der Verwaltungsrat der herrschenden Gesellschaft nur auf Konzernebene, nicht aber in der Rolle des Verwaltungsrates einer abhängigen Gesellschaft Einsicht gewähren muss. Eine Einheitsbehandlung kommt nur ausnahmsweise in Frage und ist für jeden Rechtsbereich gesondert zu beurteilen.³¹ Auch lässt sich nicht von der Einheitsbehandlung im Bereich der Rechnungslegung auf ein Einsichtsrecht in Dokumente bei abhängigen Gesellschaften schliessen. Die Pflicht zur konsolidierten Rechnungslegung zeigt vielmehr, dass über Vorgänge in abhängigen Gesellschaften grundsätzlich nur soweit zu informieren ist, als Auswirkungen auf Konzernebene zu erwarten sind – eine generelle Pflicht zur Offenlegung der Jahresrechnungen der abhängigen Gesellschaften besteht von Gesetzes wegen nicht.³² Für das Auskunftsrecht erachtet ein Teil der Lehre eine Einheitsbehandlung als sachgerecht.³³ In Anlehnung an die Rechtsprechung unter altem Aktienrecht soll für die Organe der herrschenden Gesellschaft eine Auskunftspflicht über abhängige Gesellschaften bestehen, «wie sie für die Verhältnisse und Vorgänge bei der herrschenden Gesellschaft besteht.»³⁴

Mit dem Hinweis, dass der Vorgang eine «entsprechende Tragweite» für die Geschäftstätigkeit der herrschenden Gesellschaft haben müsse, lehnt das Bundesgericht eine Einheitsbehandlung ab.³⁵ Nach unserer Ansicht ist dies aus den oben genannten Gründen richtig und konsistent.³⁶ Ein Einsichtsrecht

²⁴ Entscheid des BGer vom 4. Juni 2003 (4C.234/2002), Erw. 6.2.; BGE 132 III 71, Erw. 1.2.

²⁵ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn 17), § 40 N 194; *Peter Forstmoser*, Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, in: Jean Nicolas Druey/Peter Forstmoser (Hrsg.), *Rechtsfragen um die Generalversammlung*, Zürich 1997, 85 ff., 100; *Fabrizio Gabrielli*, Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung, Diss. Basel, 1997 (= SSW 182), 46 f.; *Felix Horber*, Die Informationsrechte des Aktionärs, Zürich 1995, N 603 ff.; *Peter V. Kunz*, Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, AJP 2001 883 ff., 891; *Rolf H. Weber*, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Basel 2002, N 16 zu Art. 697 OR.

²⁶ BGE 132 III 71, Erw. 1.2.

²⁷ Gl. Meinung *Karl Hofstetter*, Corporate Governance im Konzern, in: Hans Caspar von der Crone et al. (Hrsg.), *FS Forstmoser*, Zürich 2003, 301 ff., 305 f.; *Horber* (Fn 25), N 914 ff., insb. Fn 1515.

²⁸ Vgl. die Empfehlungen zur Berichterstattung im Konzern bei *Hofstetter* (Fn 27), 310 ff.

²⁹ Im Rahmen von Art. 663e OR.

³⁰ Zur Konzernleitungspflicht vgl. *Marc Amstutz*, Konzernorganisationsrecht, Diss. Zürich 1993 (= ASR 551), 577 ff.; *Beyeler* (Fn 16), 59 ff.; *Hofstetter* (Fn 27), 312 ff.; *Jean Nicolas Druey*, Leitungsrecht und -pflicht im Konzern, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), *Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht*, Bern 2000, 1 ff., 24 ff.

³¹ *Beyeler* (Fn 16), 9, m.w.H.; *Druey*, Neues aus dem Konzernrecht (Fn 16), 1084 f.; *Druey/Vogel* (Fn 17), 37 f. *Druey/Vogel* (Fn 17), 37 f.; *Larissa Marolda Martínez*, Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, Diss. Zürich 2006 (erscheint in Kürze in den SSW), 234.

³² Art. 696 Abs. 1 i.V.m. 662 Abs. 1 OR e contrario.

³³ Argumente, die auf eine Einheitsbehandlung schliessen lassen bei *Forstmoser*, *Corporate Governance* (Fn 16), 169; *ders.*, *Informationsrechte* (Fn 25), 101; *Horber* (Fn 25), N 914 ff.

³⁴ SAG 1973 49.

³⁵ BGE 132 III 71, Erw. 1.3.3. Implizite Ablehnung der Einheitsbehandlung für das Auskunftsrecht im Entscheid des BGer vom 4. Juni 2003 (4C.234/2002), Erw. 4.1.

³⁶ Aus diesen Überlegungen ist auch für die Sonderprüfung als drittes Kontrollelement eine Einheitsbehandlung abzulehnen. Der Sonderprüfer agiert nur auf Konzernebene, um konzernrelevante Sachverhalte zu untersuchen. Vgl. auch *Böckli* (Fn 16), § 16 N 10 ff.; *Forstmoser/Meyer-*

besteht im Konzern damit nur in Unterlagen, die bei der herrschenden Gesellschaft vorhanden sind.

2. Formale Ermächtigung

Geschäftsbücher und Korrespondenzen können nur mit ausdrücklicher Ermächtigung eingesehen werden, Art. 697 Abs. 3 OR. Darüber hinaus macht das Bundesgericht ein Recht auf Einsicht davon abhängig, dass die Einsichtnahme in materieller Hinsicht kumulativ für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und die Geschäftsgeheimnisse wahrt. Für eine solche Auslegung von Art. 697 Abs. 3 OR lassen sich gute Gründe anführen, insbesondere auch der Wortlaut von Art. 697 aOR.³⁷ Der einzige unter neuem Aktienrecht zum Einsichtsrecht ergangene Bundesgerichtsentscheid äussert sich zwar nicht ausdrücklich zur Frage, ist aber dennoch bemerkenswert: Das Gericht hat das Einsichtsbegehren ausschliesslich gestützt auf Erwägungen zum Gegenstand, zur Ermessenskontrolle und zur Schranke des Geschäftsgeheimnisses beurteilt, ohne sich zur Erforderlichkeit zu äussern.³⁸

Der Wortlaut von Art. 697 OR lässt denn auch ein anderes Verständnis zu. Eine systematische Betrachtung des Artikels legt es nahe, Auskunfts- und Einsichtsrecht zu unterscheiden. Abs. 2 gewährt dem Aktionär einen Anspruch auf Auskunft im Rahmen der materiellen Schranken, also soweit die Auskunft für die Wahrung seiner Rechte erforderlich ist und unter Vorbehalt von Geschäftsgeheimnissen und schutzwürdigen Interessen. Einsicht in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen kann er dagegen gemäss Abs. 3 nur nehmen, wenn er vom zuständigen Organ ermächtigt worden ist. Das zuständige Organ entscheidet nach freiem Ermessen.³⁹ Es kann sich dabei von Überlegungen zur Erforderlichkeit für die Ausübung der Aktionärsrechte und zum Umfang des

Einsichtsbegehrens⁴⁰ leiten lassen, aber auch zur Person des Aktionärs⁴¹ oder zum Aufwand für die Bereitstellung der Dokumente und deren Anonymisierung.⁴² Neben dem allgemeinen Sachlichkeitsgebot ist es insbesondere an das aktienrechtliche Gleichbehandlungsprinzip gebunden. Einen Anspruch gewährt Art. 697 Abs. 3 OR also nur auf formaler Ebene: Der Aktionär hat Anspruch darauf, dass das zuständige Organ pflichtgemässes Ermessen ausübt. Ein willkürlicher Entscheid wäre eine ungerechtfertigte Verweigerung gemäss Abs. 4. Einzige materielle Schranke für die Ermächtigung bildet das Gebot zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse. Art. 697 Abs. 3 OR beschränkt das Ermessen des Verwaltungsrates, gleichzeitig berechtigt er ihn, unter gegebenen Umständen eine Einsichtnahme trotz Ermächtigung der Generalversammlung zu verweigern.⁴³ Eine Analogie zur Schranke der «anderen schutzwürdigen Interessen» gemäss Abs. 2, wie sie teilweise propagiert wird,⁴⁴ drängt sich nach diesem Verständnis nicht auf, da der Verwaltungsrat aus Art. 717 OR ohnehin zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft verpflichtet ist.

Da eine Einsichtnahme also im Ermessen der zuständigen Organe liegt, besteht im Gegensatz zum Auskunftsrecht kein Anspruch auf Einsichtnahme. Wenn aber ohnehin kein Anspruch besteht, ist es systematisch schwierig zu begründen, weshalb die Einsicht zusätzlich vom Nachweis materieller Voraussetzungen abhängig sein soll. Die Gefahr, dass ansonsten zum Schaden der Gesellschaft zu weitgehend Einsicht gewährt werden könnte, besteht nicht. Immerhin muss der Aktionär nach dem Gesagten Anspruch auf eine Begründung der Ablehnung haben.⁴⁵

Die diesbezügliche Unterscheidung von Einsichts- und Auskunftsrecht fügt sich in die Reihe der

Hayoz/Nobel (Fn 17), § 35 N 78; *Druey/Vogel* (Fn 17), 316; *Weber* (Fn 25), N 8 zu Art. 697d OR.

³⁷ Vgl. *Horber* (Fn 25), N 813.

³⁸ Entscheid des BGer vom 4. Juni 2003 (4C.234/2002), Erw. 6.

³⁹ Entscheid des BGer vom 4. Juni 2003 (4C.234/2002), Erw. 6.4; *Böckli* (Fn 16), § 12 N 150; *Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel* (Fn 17), § 40 N 196 Fn 38; *Forstmoser*, Informationsrechte (Fn 25), 99; *Horber* (Fn 25), N 646; *Weber* (Fn 25), N 18 zu Art. 697 OR.

⁴⁰ Entscheid des BGer vom 4. Juni 2003 (4C.234/2002), Erw. 6.4.2.

⁴¹ *Horber* (Fn 25), N 877 ff.

⁴² Entscheid des BGer vom 4. Juni 2003 (4C.234/2002), Erw. 6.4.2.

⁴³ Vgl. *Kunz* (Fn 25), 891; *Forstmoser*, Informationsrechte (Fn 25), 100.

⁴⁴ *Kunz* (Fn 25), 891; *Weber* (Fn 25), N 19 zu Art. 697 OR.

⁴⁵ Für Begründungspflicht *Gabrielli* (Fn 25), 45 f.; *Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel* (Fn 17), § 40 N 184; *Weber* (Fn 25), N 18 zu Art. 697 OR; offen *Forstmoser*, Informationsrechte (Fn 25), 99. A.A. *Horber* (Fn 25), N 648; *Kunz* (Fn 25), 892 f. Eine Begründungspflicht sieht auch der Vorentwurf zur Revision des Aktienrechts vor, vgl. Art. 697^{bis} Abs. 2 Satz 2 VE-OR.

systematischen Unterschiede dieser Rechte, wie sie das Bundesgericht im Entscheid aufzeigt:⁴⁶ Gegenstand des Einsichtsrechts sind vorhandene Unterlagen; das Auskunftsrecht bezieht sich demgegenüber auf Informationen, die der Verwaltungsrat über einen inhaltlich beschränkten Sachverhalt zu erstellen hat. Daraus folgt, dass für die Geltendmachung des Einsichtsrechts ein bestimmtes Dokument zu bezeichnen ist, für das Auskunftsrecht dagegen der konkrete Sachverhalt. Und schliesslich richtet sich die Auskunft gemäss Bundesgericht an alle an der Generalversammlung anwesenden Aktionäre, die Einsicht primär⁴⁷ an den Einsicht verlangenden Aktionär.

Normzweck von Art. 697 OR ist es, «dem Aktionär jene Informationen zu verschaffen, die zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sind.»⁴⁸ Die Norm regelt aber nicht nur einseitig den Anspruch auf Information, sondern umgekehrt auch den Schutz der berechtigten Interessen der Gegenseite.⁴⁹ Dieses Spannungsverhältnis zwischen verschiedenen Zwecken liegt allen Informationsansprüchen zugrunde.⁵⁰ Der Zweck von Art. 697 OR ist daher umfassender und liegt darin, die Informationslage zwischen Aktionär und Gesellschaft anhand eines sachlichen Kriteriums zu regeln. Einsichtnahme setzt als sachliches Kriterium eine Ermächtigung des Betroffenen voraus. Dass eine Einsichtnahme damit weitgehend vom Ermessen des Verwaltungsrates abhängt, ist angesichts der fehlenden Treuepflicht der Aktionäre und

der mit der Einsicht verbundenen Kosten⁵¹ gerade erwünscht. Der Gesetzgeber hat dies mit dem Hinweis auf den graduell schwereren Eingriff und die grössere Gefährdung von Gesellschaftsinteressen durch eine Einsichtnahme ausgedrückt.⁵² Mit Blick auf den Normzweck von Art. 697 OR ist das Abstellen auf das formale Kriterium der Ermächtigung daher angemessen.

Ob eine Einsichtnahme in Dokumente der Gesellschaft zulässig ist, hängt daher einzig von der formalen Ermächtigung der Organe ab.⁵³ Dem Gericht bleibt nur ein Urteil darüber, ob der Entscheid der Organe vertretbar ist. Dem Bundesgericht ist daher zuzustimmen, wenn es die beschränkte Überprüfungsbefugnis der Vorinstanz erwägt. Wenn es von der Aktionärin zusätzlich den Nachweis verlangt, inwiefern die geforderte Einsicht für die Ausübung ihrer Rechte erforderlich sei, stellt es an den Bestand des Einsichtsrechts hingegen Anforderungen, die über das gesetzlich gebotene Mass hinaus gehen.

Im vom Bundesgericht beurteilten Sachverhalt würde das Argument der Geschäftsgeheimnisse und Gesellschaftsinteressen nicht mehr verfangen, nachdem an der Generalversammlung bereits Einsicht gewährt wurde. Der Verwaltungsrat hätte anführen können, die erneute Einsicht sei nicht erforderlich – eine Einschätzung, die der Ermessenskontrolle durch die Gerichte wohl standgehalten hätte. Nicht sachlich ist dagegen das von der Beklagten ins Feld geführte Argument, die Klägerin habe bereits Gelegenheit gehabt, Einsicht zu nehmen: Es trägt nicht, wenn die Unterlagen in einer viertelstündigen Pause nicht ausreichend zu sichten waren.

3. Form der Einsichtsgewährung

Nicht beurteilt hat das Bundesgericht den Standpunkt der Beklagten, wonach Art. 697 OR nur ein Einsichtsrecht gewähre, nicht aber ein Recht auf Aus-

⁴⁶ BGE 132 III 71, Erw. 2.1. Dass sich Auskunfts- und Einsichtsrecht in grundsätzlicher Weise unterscheiden, hat das Bundesgericht bereits im Entscheid vom 4. Juni 2003 (4C.234/2002), Erw. 6.3 festgehalten.

⁴⁷ Diese Aussage muss relativiert werden. Wird einem Aktionär Einsicht gewährt, dürfte es mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot schwierig sein, anderen Aktionären die Einsicht zu verweigern.

⁴⁸ BGE 132 III 71, Erw. 1.3; Bestätigung des Entscheides vom 4. Juni 2003 (4C.234/2002), Erw. 4.2.1.

⁴⁹ *Horber* (Fn 25), N 65 ff., umschreibt den Zweck im «Miteinbezug des Aktionärs ins Informationssystem der Aktiengesellschaft». Vgl. auch *Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel* (Fn 17), § 40 N 148.

⁵⁰ Zum unauflösbaren Gegensatz der Anspruchsmotive von Informationsrechten *Jean Nicolas Druey*, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich 1995, 407; *ders.*, Die Information des Outsiders in der Aktiengesellschaft, in: Roland von Büren et al. (Hrsg.), Symposium Bär, Bern 1993, 69 ff., 70 f.; *Heinz F. Wyss*, Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung (Art. 697 OR), Diss. Zürich 1953, 189.

⁵¹ Vgl. *Jean Nicolas Druey*, Der informationelle Ansatz im Gesellschaftsrecht, in: Rolf Wank et al. (Hrsg.), FS Wiedemann, München 2002, 809 ff., 815 f.; *ders.*, Information des Outsiders (Fn 50), 77.

⁵² BBl 1983 745 ff., 907 f.

⁵³ Gl. M. *Druey*, Information des Outsiders (Fn 50), 83 f.; wohl auch *Kunz* (Fn 25), 891 f.; *Weber* (Fn 25), N 17 zu Art. 697 OR. A.A. *Horber* (Fn 25), N 813 ff.; sinngemäss *Forstmoser*, Informationsrechte (Fn 25), 99.

händigung von Unterlagen.⁵⁴ Schon der Wortlaut von Art. 697 Abs. 3 OR «Geschäftsbücher und Korrespondenzen einsehen» zeichnet ein klares Bild. Noch deutlicher macht es der Vergleich mit Art. 696 Abs. 1 Satz 2 OR: Dass der Geschäftsbericht über die Einsichtnahme hinaus auch zugestellt werden kann, findet ausdrückliche Erwähnung. Zu keinem anderen Schluss gelangt, wer mit dem modern ausgestalteten Fusionsgesetz vergleicht. Das Recht auf Aushändigung von Kopien ergibt sich nicht ohne weiteres aus dem Recht auf Einsichtnahme, sondern besteht über das Einsichtsrecht hinaus als selbständiger Anspruch aus Art. 16 Abs. 3 FusG. Angesichts des weiten Ermessens der zuständigen Organe wäre ein gesetzlicher Anspruch auf Aushändigung letztlich ohnehin schwierig durchzusetzen. Deren Ermessen muss daher auch die Form der Einsichtsgewährung umfassen.⁵⁵ Liegt eine Ermächtigung zur Einsicht ohne Angaben zur Form vor, kann im Zweifel nur die blosser Einsicht verlangt werden.

C. Anspruch auf Auskunft

1. Formelle Voraussetzungen

Das Eventualbegehren auf Auskunftserteilung erledigt das Bundesgericht primär gestützt auf formelle Voraussetzungen. Es weist auf die Notwendigkeit der Geltendmachung in der Generalversammlung gemäss Art. 697 Abs. 4 OR hin und betont den kollektiven Charakter des Auskunftsrechts.⁵⁶ Als Klagevoraussetzung verlangt das Bundesgericht, dass jedes Recht für sich an der Generalversammlung geltend gemacht worden ist.

Es stellt sich damit gegen die zwar herrschende, aber seit der Aktienrechtsrevision einer Begründung harrenden Lehre, wonach Alternativität genügen soll.⁵⁷ Unter dem Regime von Art. 697 Abs. 3 aOR war es noch von geringerer Bedeutung, ob an der Generalversammlung Auskunft oder Einsicht begehrt worden war, da der Richter nur auf «Vorlage

beglaubigter Abschriften» erkennen konnte.⁵⁸ Für seine Ansicht führt das Bundesgericht die inhaltlichen und strukturellen Unterschiede zwischen Auskunfts- und Einsichtsrecht an.⁵⁹ Diese beschränken sich nicht auf den Umfang der Rechte: «Die Erteilung von Auskunft kann auch nicht als blosses Minus betrachtet werden, das im gestellten Begehren um Gewährung von Einsicht enthalten gewesen wäre.»⁶⁰ Ein solches Verständnis verlangt auch der Sanktionscharakter von Art. 697 Abs. 4 OR. Die Norm verleiht dem Informationsbegehren des Aktionärs an der Generalversammlung das notwendige Gewicht, indem sie eine ungerechtfertigte Verweigerung sanktioniert. Die gerichtliche Durchsetzung ist daher erst gerechtfertigt, wenn die Organe die Gelegenheit hatten, ebendiesen Anspruch freiwillig zu erfüllen. Vorher fehlt das rechtliche Interesse an einer Durchsetzung.⁶¹ Die Klarstellung des Bundesgerichts ist zu begrüssen.

2. Materielle Voraussetzungen

Das Bundesgericht rechtfertigt seinen Entscheid zusätzlich damit, dass ein Auskunftsanspruch auch in materieller Hinsicht nicht gegeben wäre. Darauf und auf die materiellen Erwägungen zur Einsichtnahme, auf die das Bundesgericht sinngemäss verweist, ist kurz einzugehen. Ein Anspruch auf Auskunft besteht in materieller Hinsicht (1) über Angelegenheiten der Gesellschaft, soweit sie (2) erforderlich für die Ausübung der Aktionärsrechte ist und (3) keine Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet, Art. 697 Abs. 1 und 2 OR.

⁵⁴ BGE 132 III 71, Erw. 1.4.

⁵⁵ Ähnlich *Horber* (Fn 25), N 673.

⁵⁶ BGE 132 III 71, Erw. 2.1.

⁵⁷ *Gabrielli* (Fn 25), 52; *Horber* (Fn 25), N 718 f.; *Dominik Vock*, Prozessuale Fragen bei der Durchsetzung von Aktionärsrechten, Diss. Zürich 2000 (= ZSV 114), 42; *Weber* (Fn 25), N 21 zu Art. 697 OR.

⁵⁸ Vgl. *Wolfhart Bürgi*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1957, N 26 zu Art. 697 OR; *Wjss* (Fn 50), 230. In diesem Lichte zu verstehen ZR 47 (1948) Nr. 94, 204 f.; noch zu Art. 641 Abs. 4 aOR ZR 26 (1927) Nr. 44, 104 f.

⁵⁹ Vgl. dazu vorne III.B.2.

⁶⁰ BGE 132 III 71, Erw. 2.1.

⁶¹ *Gabrielli* (Fn 25), 52; *Horber* (Fn 25), N 711; vgl. sinngemäss Lehre und Rechtsprechung zu Art. 641 Abs. 4 OR resp. Art. 697 Abs. 3 aOR: ZR 47 (1948) Nr. 94, 204 f.; ZR 26 (1927) Nr. 44, 104; *Christoph von Greyerz*, Die Aktiengesellschaft, in: *Werner von Steiger* (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht VIII/2, Basel 1982, 1 ff., 153; *Wjss* (Fn 50), 222.

In den Erwägungen zum Einsichtsrecht⁶² bestätigt das Bundesgericht seine Rechtsprechung zum Gegenstand des Auskunftsrechts. Auskunft ist gemäss Art. 697 Abs. 1 OR über die «Angelegenheiten der Gesellschaft» und damit auch über Geschäftsvorgänge in abhängigen Gesellschaften zu erteilen, soweit diese Einfluss auf die Konzernrechnung haben.⁶³ Sinn gemäss ist damit eine Einheitsbehandlung oder gar ein Durchgriff auch für das Auskunftsrecht abgelehnt, was aus den vorne genannten Gründen richtig ist.^{64, 65}

Während die Erforderlichkeit für das Einsichtsrecht u.E. nicht Anspruchsvoraussetzung bildet, stellt sie für den Anspruch auf Auskunft eine materielle Voraussetzung dar. Zu prüfen ist die vom Bundesgericht beim Einsichtsrecht dargelegte Auslegung des Begriffs.

Die Auskunft ist insoweit zu erteilen, als sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist, Art. 697 Abs. 2 Satz 1 OR. Das Bundesgericht hält fest, dass die Aktionäre neben ihren Stimm- und Wahlrechten auch das Recht haben, auf Sonderprüfung oder Verantwortlichkeit zu klagen oder ihre Anteile zu veräussern.^{66, 67} Weiterhin gilt, dass das Auskunftsrecht inhaltlich nicht an die Traktandenliste gebunden ist.⁶⁸ Verworfen dürfte auch die sog. Spie-

gelbildtheorie⁶⁹ sein, wonach das reaktive Auskunfts- und Einsichtsrecht nur am Gegenstand der spontan zur Verfügung zu stellenden Informationen gemäss Art. 696 OR besteht.

Weiter hält das Bundesgericht an seiner jüngsten Rechtsprechung⁷⁰ fest, wonach die Information für einen «Durchschnittsaktionär» erforderlich sein müsse. Der Begriff wird in der deutschen Rechtsprechung zu § 131 Abs. 1 S. 1 AktG verwendet⁷¹ und erinnert an den einst viel diskutierten, vom Bundesgericht schliesslich abgelehnten⁷² «typischen Aktionär».⁷³ Ob der Durchschnittsaktionär als Denkfigur tauglich ist, sei angesichts der vielfältigen Ausgestaltung von Aktiengesellschaften⁷⁴ dahingestellt. Bei den Informationsrechten spricht der Umstand gegen ihn, dass die Bedeutung von Information naturgemäss stark vom Wissenstand und den Einflussmöglichkeiten des Empfängers abhängt.⁷⁵ Er müsste jedenfalls um einige Facetten erweitert werden. Zu berücksichtigen ist die spezifische Situation in Konzernverhältnissen, insbesondere die Informationslage.⁷⁶ Weiter ist zu unterscheiden zwischen kotierten und nicht kotierten Gesellschaften. Der guten Publizität in Publikums- gesellschaften infolge aktien- und börsenrechtlicher Vorschriften steht ein mit Informationen unterver-

⁶² BGE 132 III 71, Erw. 1.3.3.

⁶³ Entscheid vom 4. Juni 2003 (4C.234/2002), Erw. 4.1; BGE 132 III 71, Erw. 1.3.3.

⁶⁴ Vgl. dazu vorne III.B.1.

⁶⁵ Gl. M. Böckli (Fn 16), § 12 N 159; Hofstetter (Fn 27), 305 ff., der Auskunft in gleicher Weise wie über Betriebsteile der Gesellschaft verlangt; ähnlich Wjss (Fn 50), 277. Ebenfalls keine Einheitsbehandlung sieht § 131 Ziff. 1 zweiter Satz des deutschen Aktiengesetzes vor: «Die Auskunftspflicht erstreckt sich auch auf die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen der Gesellschaft zu einem verbundenen Unternehmen.»

⁶⁶ BGE 132 III 71, Erw. 1.3.

⁶⁷ Vgl. BB1 1983 II 745 ff., 907; Böckli (Fn 16), § 12 N 152; Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel (Fn 17), § 40 N 170 ff.; Horber (Fn 25), N 489 ff.; Weber (Fn 25), N 7 zu Art. 697 OR. Ob die Anteilsbewertung als Informationstitel ausreichend ist, fragt zu Recht Druey, Informationeller Ansatz (Fn 51), 813 f.

⁶⁸ Entscheid vom 4. Juni 2003 (4C.234/2002), Erw. 4.2.1. In der Lehre hat die Traktandenliste bloss als Ausgangspunkt für weitere Überlegungen Bedeutung, vgl. etwa Böckli (Fn 16), § 12 N 152; Forstmoser, Informationsrechte (Fn 25), 93 f.

⁶⁹ Vgl. Matthias Eppenberger, Information des Aktionärs – Auskunfts- oder Mitteilungspflicht?, Diss. St. Gallen 1989 (= SSPHW 23), 143 ff.; Peter Nobel, Aktienrechtliche Entscheide, Bern 1991, 230. Ablehnend Böckli (Fn 16), § 12 N 153; Kunz (Fn 25), 888; Weber (Fn 25), N 12 zu Art. 697 OR.

⁷⁰ Entscheid vom 4. Juni 2003 (4C.234/2002), Erw. 4.2.2.

⁷¹ Etwa KG, Beschluss vom 30. Juni 1994 (2 W 4531, 4642/93); KG, Beschluss vom 24. August 1995 (2 W 4557/94); BayObLG, Beschluss vom 21. März 2001 (3Z BR 318/00).

⁷² BGE 95 II 157, Erw. 9.b.

⁷³ Rolf Bär, Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, ZBJV 1959 369 ff., 381 ff. Vgl. Arthur Meier-Hayoz, Zur Typologie im Aktienrecht, in: Max Boemle et al. (Hrsg.), FS Bürgi, Zürich 1971, 243 ff.; Hans Caspar von der Crone, Auf dem Weg zu einem Recht der Publikums- gesellschaft, ZBJV 1997 73 ff.

⁷⁴ Zur Typenvielfalt vgl. Böckli (Fn 16), § 1 N 22 ff.; Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel (Fn 17), § 2 N 2 ff.; Horber (Fn 25), N 269 ff.

⁷⁵ Vgl. zur Vorwissensabhängigkeit Jean Nicolas Druey, Vom Informations- zum Kommunikationsrecht, in: Hans Caspar von der Crone et al. (Hrsg.), FS Forstmoser, Zürich 2003, 115 ff., 117; ders., Informationeller Ansatz (Fn 51), 817 f.

⁷⁶ Vgl. Horber (Fn 25), N 288 ff.

sorgter Aktionär in nicht kotierten Gesellschaften gegenüber. Schliesslich könnten auch die Höhe der Beteiligung resp. die Beteiligungsverhältnisse ein entscheidendes Merkmal eines durchschnittlichen Aktionärs sein. Im Ergebnis wären damit weitgehend die gleichen Überlegungen anzustellen wie bei Beurteilung des individuellen Interesses in der konkreten Situation, nachdem ein Begehren keinen «Bezug in genereller Art für einen Durchschnittsaktionär»⁷⁷ aufweist. In materieller Hinsicht erweist sich der Begriff daher als wenig unterscheidungskräftig.

Einzugehen ist im Folgenden auf die einzelnen Kriterien für die Beurteilung der Erforderlichkeit. Die Informationslage im Konzern ist durch die Konzernrechnung geprägt. Es ist daher sicher richtig, die dort zur Verfügung gestellten Informationen zu berücksichtigen. Wenn das Bundesgericht in genereller Weise vermutet, mit der Konzernrechnung lägen den Aktionären zur Ausübung ihrer Rechte im Allgemeinen ausreichende Informationen vor,⁷⁸ dürfte das allerdings zu weit gehen. Schon aus dem Umstand, dass viele Konzerne über die Minimalanforderungen des Schweizer Rechts hinausgehen – sei es wegen einer in- oder ausländischen Kotierung, sei es aus Gründen einer guten Corporate Governance⁷⁹ – ist ersichtlich, dass die spontan zur Verfügung zu stellenden Informationen dem Aktionär in der Regel eben nicht ausreichen, um seine berechtigten Interessen wahrzunehmen. Als fiktive Zusammenfassung aller Einzelabschlüsse unter Elimination aller konzerninternen Vorgänge lässt die Konzernrechnung keine Aussagen über die Angemessenheit konkret ausgetauschter Leistungen innerhalb des Konzerns zu.⁸⁰ Zudem können gestützt auf die Schutzklausel, Art. 663h OR, relevante Informationen über Konsolidierungskreis und Konsolidierungsmethode, aber auch die Angabe von Ausnahmen im Anhang vorenthalten werden. Dass die Konzernrechnung über den Konzern nicht in ähnlicher Tiefe informiert wie die Jahresrechnung über die Gesellschaft, zeigt sich auch in der fehlenden Pflicht zur Erstellung eines Kon-

zernjahresberichtes. Da Bedeutung und Aussagekraft der Konzernrechnung beschränkt sind, kann die Erforderlichkeit zusätzlicher Informationen für die Wahrnehmung der Aktionärsrechte nicht in genereller Weise ausgeschlossen werden.

Die Höhe der Beteiligung will das Bundesgericht ausdrücklich nicht berücksichtigt wissen.⁸¹ Das ergebe sich aus dem Gleichbehandlungsgebot; die zitierten Literaturstellen diskutieren aber die nur auf den ersten Blick ähnliche Problemstellung, ob es zulässig sei, Grossaktionäre privilegiert zu informieren.⁸² Bei den vorliegenden Beherrschungsverhältnissen, wo eine knappe Mehrheit eine grosse Minderheit dominiert, ist umgekehrt zu fragen, ob das Gebot der Gleichbehandlung nicht gerade eine differenziertere Betrachtung verlangt.⁸³ Für den dominierten Minderheitsaktionär ergibt sich aber auch ohne Rekurs auf das Gleichbehandlungsgebot erhöhten Informationsbedarf: Versteckte Interessenkonflikte bergen die Gefahr von Schädigungen. Vollständig wären die Erwägungen zur Erforderlichkeit u.E. daher erst dann, wenn die Beteiligungsverhältnisse in die Ermittlung der Interessen des Durchschnittsaktionärs eingeflossen wären. Dies gilt umso mehr, als das Bundesgericht im kürzlich zwischen den gleichen Parteien ergangenen Entscheid die Höhe der Beteiligung ohne weiteres zur Begründung der Erforderlichkeit hinzugezogen hat.⁸⁴ Wie die Gerichte dieses Argument in Zukunft behandeln werden, ist angesichts der unaufgelösten Spannung zwischen den beiden Entscheiden schwierig zu beurteilen.

Wenn das Bundesgericht die Erforderlichkeit für einen Durchschnittsaktionär kurzerhand verneint und in seiner Beurteilung der konkreten Interessen die Beteiligungsverhältnisse ausser Acht lässt, hinterlassen die materiellen Erwägungen einen unvollständigen Eindruck. Ob die Einsicht im Ergebnis erforderlich gewesen wäre, kann mangels ausführlicher

⁷⁷ BGE 132 III 71, Erw. 1.3.1.

⁷⁸ BGE 132 III 71, Erw. 1.3.2.

⁷⁹ Vgl. von Büren (Fn 16), 97; Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel (Fn 17), § 51 N 187.

⁸⁰ Böckli (Fn 16), § 9 N 9; von Büren (Fn 16), 100; Druely/Vogel (Fn 17), 313 f.

⁸¹ BGE 132 III 71, Erw. 1.3.4.

⁸² Vgl. dazu Peter Böckli/Christoph B. Bühler, Vorabinformation an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, SZW 2005 101 ff., m.w.H.; Forstmoser, Informationsrechte (Fn 25), 106 ff.; Kunz (Fn 25), 897 f.

⁸³ Wenn die Mehrheitsaktionäre als Verwaltungsräte einer Treuepflicht unterstehen, ist eine Ungleichbehandlung aber sachlich gerechtfertigt. Vgl. Verfügung der Einzelrichterin vom 28. Juni 2004 (Fn 2), Erw. 4.a.

⁸⁴ Entscheid vom 4. Juni 2003 (4C.234/2002), Erw. 4.2.3.

Angaben zum Sachverhalt nicht beurteilt werden. Ersichtlich ist aber, dass das Bundesgericht materiell hohe Ansprüche an die Erforderlichkeit stellt.

D. Durchsetzung von Informationsansprüchen

Die Beweisführung bei der Durchsetzung von Informationsansprüchen gestaltet sich schon aus der Natur der Sache schwierig. Der Nachweis, wofür eine nicht bekannte Information notwendig sein soll, ist schwer zu erbringen.⁸⁵

Die mit dem jüngsten Entscheid erhöhten materiellen Schranken erschweren die Durchsetzung noch zusätzlich. Was im Rahmen des Begriffs Erforderlichkeit zu beweisen ist, wird in der Lehre verschieden beurteilt. Gemäss einer Ansicht stellt die Erforderlichkeit eine selbständige Anspruchsvoraussetzung dar.⁸⁶ Andere Autoren verstehen darunter bloss das Verbot zur Verfolgung normfremder Zwecke⁸⁷ oder die Notwendigkeit eines Rechtsschutzinteresses.⁸⁸ Gemeinsamer Nenner ist die Forderung, keine zu hohen Ansprüche an dieses Erfordernis zu stellen.⁸⁹ In der Rechtsprechung hat der Begriff abgesehen von den jüngsten Entscheiden wenig Beachtung gefunden⁹⁰ – vermutlich als Folge dieser Empfehlung der Doktrin. Das Bundesgericht ist nun der ersten Ansicht gefolgt und hat einen umfangreichen Nachweis verlangt, dass die Information zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist.

Weiter erschwert das Bundesgericht die Durchsetzung mit seiner Rechtsprechung zum Beweismass. Entgegen der in der Lehre geäusserten Ansicht⁹¹ lässt es das Glaubhaftmachen nicht ausreichen, sondern verlangt den vollen Beweis.⁹² Dass es nicht das Beweismass des kantonalen, in der Regel summarischen Verfahrens⁹³ anwendet, sondern von Bundesrechts wegen den Vollbeweis fordert, ist mit Blick auf den materiellen Wandel der Informationsrechte hin zu selbständigen Ansprüchen⁹⁴ richtig.⁹⁵ Es bleibt aber der Eindruck, die Durchsetzung von Informationsansprüchen werde mit der jüngsten Rechtsprechung nachhaltig und über Gebühr erschwert.

Das Bundesgericht versucht, die Auswirkungen zu mildern, indem es auf die Denkfigur des Durchschnittsaktionärs und eine damit verbundene natürliche Vermutung abstellt.⁹⁶ Wenn es diesen Ansatz aber nur zurückhaltend und nur bezüglich der Konzernrechnung verfolgt,⁹⁷ ist für die Durchsetzung der Aktionärsrechte nichts gewonnen. Nachdem die Denkfigur des Durchschnittsaktionärs schon materiell unzureichend erscheint, erweist sie sich daher auch zur Erleichterung der Beweisführung als ungeeignet.

E. Schlussbetrachtung

Die Schranken für zukünftige Informationsbegehren sind mit dem jüngsten Entscheid ein gutes Stück höher angesetzt. Für das zu beurteilende umfassende Einsichtsbegehren mag dies im Ergebnis richtig sein. Über den konkreten Fall hinaus ist der Zugang zu Informationen im Gesellschaftsrecht generell erschwert worden. Für das naturgemäss weniger stark in die Sphäre der Gesellschaft eingreifende Auskunftsrecht ist dies zu bedauern. Demgegenüber wäre es sachgerecht, die Einsichtnahme in Geschäftsbücher und Korrespondenzen im freien Ermessen der zuständigen Organe zu belassen und insofern nur ei-

⁸⁵ Vgl. *Alexander de Beer*, Aktienrechtliche Informationsrechte als «Paper Rules», in: Jürgen Becker et al. (Hrsg.), FS Rehinder, München 2002, 433 ff., 437; *Druey*, Kommunikationsrecht (Fn 75), 123 ff.; *Marolda Martínez* (Fn 31), 255 ff.; BGE 123 II 261, Erw. 3.a.

⁸⁶ *Horber* (Fn 25), N 808 ff.

⁸⁷ *Forstmoser*, Informationsrechte (Fn 25), 94. Ein Missbrauch liege aber nicht schon dann vor, «wenn das Auskunftsrecht nicht von einem ausgewiesenen berechtigten Interesse getragen wird, da der Nachweis eines solchen Interesses grundsätzlich nicht verlangt wird.»

⁸⁸ *Gabrielli* (Fn 25), 26; *von Greyerz* (Fn 61), 152; *Weber* (Fn 25), N 7 zu Art. 697 OR. Zur Unterscheidung zwischen prozessualem und materiellem Interesse vgl. *Antonio Carbonara/Hans Caspar von der Crone*, Aushändigung von Jahresabschlüssen, SZW 2004 88 ff., 89 f.

⁸⁹ *Böckli* (Fn 16), § 12 N 152, 164; *Forstmoser*, Informationsrechte (Fn 25), 94; *Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel* (Fn 17), § 40 N 173; *Gabrielli* (Fn 25), 26; *Kunz* (Fn 25), 888; *Weber* (Fn 25), N 7 zu Art. 697 OR.

⁹⁰ Vgl. BGE 109 II 47; 95 II 157; 82 II 216; SJ 1992 338; GVP SG 1993 Nr. 37; SJ 1987 113; SJ 1978 513; SAG 1973 49; SJ 1971 427.

⁹¹ *Vock* (Fn 57), 136; *de Beer* (Fn 85), 442.

⁹² BGE 132 III 71, Erw. 1.3.1; Entscheid vom 4. Juni 2003 (4C.234/2002), Erw. 4.2.2.

⁹³ Nachweise bei *Gabrielli* (Fn 25), 59 Fn 262.

⁹⁴ Entspricht seit BGE 82 II 216 ständiger Rechtsprechung.

⁹⁵ Vgl. *Gabrielli* (Fn 25), 61; *Horber* (Fn 25), N 230 f.

⁹⁶ BGE 132 III 71, Erw. 1.3.1; Entscheid vom 4. Juni 2003 (4C.234/2002), Erw. 4.2.2.

⁹⁷ Vgl. vorne II.B.

nen Anspruch auf sachliche Behandlung und Begründung zu gewähren. Mit diesem verfahrensbezogenen Verständnis des Einsichtsrechts und einer blossen Willkürprüfung der Einsichtsverweigerung wären die Auswirkungen auf das Auskunftsrecht zu vermeiden gewesen.

Aus konzernrechtlicher Sicht ist das Urteil seiner klarstellenden Wirkung wegen zu begrüßen. Eine in-

formationelle Einheitsbehandlung oder gar einen informationellen Durchgriff gibt es nicht. Einsicht kann in alle bei der herrschenden Gesellschaft vorhandenen Unterlagen stattfinden – ohne Ausnahme für Unterlagen abhängiger Gesellschaften. Auskunft ist grundsätzlich über alle Angelegenheiten der Gesellschaft zu erteilen – wiederum ohne Ausnahme für Geschäftsvorgänge in abhängigen Gesellschaften.