# ex/ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher Revue des jeunes chercheurs en droit Journal for young legal academics

Ausgabe - numéro - issue 1/2019

Information information information

RAPHAELA CUENI

Falsche und irreführende Informationen im Verfassungsrecht der Schweiz

PAULINE MONOD

L'obligation d'informer la population en matière d'aménagement du territoire

MATTHIAS P. A. MÜLLER
Informationsrechte des Aktionärs

ADRIEN BASTIAN

La Chambre administrative du Canton du Léman (1798-1803) : une école de gouvernement

David Rechsteiner

Notrecht und mehr



### Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

Falsche und irreführende Informationen

im Verfassungsrecht der Schweiz	
Raphaela Cueni	3
L'obligation d'informer la population en matière d'aménagement du territoire	
Pauline Monod	18
Informationsrechte des Aktionärs Würdigung des Entwurfs für ein neues Aktienrecht Matthias P. A. Müller	27
La Chambre administrative du Canton du Léman (1798–1803) : une école de gouvernement Résumé de thèse de doctorat	
Adrien Bastian	36
Notrecht und mehr	
Die Bewältigung von Katastrophen und anderen besonderen und ausserordentlichen Lagen – Dissertationsbesprechung	
David Rechsteiner	38

#### Informationsrechte des Aktionärs

#### Würdigung des Entwurfs für ein neues Aktienrecht

MATTHIAS P. A. MÜLLER\*

SCHLAGWÖRTER Information – Aktionär – Revision – Corporate Governance

ZUSAMMENFASSUNG Ein zentraler Aspekt der «grossen» Aktienrechtsrevision ist die Verbesserung der Corporate

Governance. Im Fokus stehen dabei insbesondere die Informationsrechte des Aktionärs. Dieser Hintergrund bietet willkommenen Anlass für die Untersuchung, wie die laufenden

Revisionsbestrebungen in diesem Bereich zu beurteilen sind.

RÉSUMÉ Un aspect central de la «grande» révision du droit de la société anonyme concerne le renforcement

de la gouvernance d'entreprise. Elle se concentre en particulier sur le droit à l'information des actionnaires. Ce contexte offre une bonne occasion d'analyser les efforts de révision en ce domaine.

ABSTRACT The «major» revision of stock corporation law aims to improve corporate governance. In particular,

its focus is on the information rights of shareholders. This background offers a welcome opportunity

to assess the ongoing revision efforts in this area.

#### Die Verbesserung der Corporate Governance als Schwerpunkt der Aktienrechtsrevision

Die Aktienrechtsrevision wurde mit dem Vorentwurf des Bundesrates vom 2. Dezember 2005¹ lanciert. Die Beratungen haben sich aus verschiedenen Gründen («Abzockerinitiative»², Finanzkrise usw.) verzögert. Heute, knapp 14 Jahre später, sind die grossen Linien im Wesentlichen aber gezeichnet.³ Der Nationalrat hat die Aktienrechtsrevision am 15. Juni 2018 zu Ende beraten.⁴ Der Ständerat wies das Geschäft im Dezember 2018 an seine

Rechtskommission zur Überarbeitung zurück;<sup>5</sup> er wird sich frühestens in der Sommersession 2019 wieder damit beschäftigen.

Vorrangiges Ziel der Aktienrechtsrevision ist die Verbesserung der Corporate Governance<sup>6,7</sup> Einen Hauptaspekt bildet dabei die Stärkung der Informationsrechte der

- \* MATTHIAS P. A. MÜLLER, M.A. HSG in Law & Economics, Assistent und Doktorand an der Universität Zürich.
- Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005, 1 ff., abrufbarunter<a href="https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision/entw-d.pdf">https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision/entw-d.pdf</a>, abgerufen am 28. April 2019.
- Vgl. Botschaft zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 5. Dezember 2008, BBl 2009 299 ff.
- <sup>3</sup> Siehe Entwurf vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBI 2017 683 ff. (zit. E-OR).
- Siehe Beschluss des Nationalrates zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 14./15. Juni, 1 ff., abrufbar unter <a href="https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/S1-22%20D.pdf">https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/S1-22%20D.pdf</a>, abgerufen am 28. April 2019 (zit. E-OR NR 2018).

- Siehe SDA-Meldung vom 11. Dezember 2018, abrufbar unter <a href="https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2018/20181211105419149194158159041\_bsd053.aspx">https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2018/20181211105419149194158159041\_bsd053.aspx</a>, abgerufen am 28. April 2019.
- Corporate Governance umfasst allgemein die Gesamtheit aller Werte und Grundsätze von Organisation, Verhalten und Transparenz für eine gute und verantwortungsvolle Unternehmensführung. Sie bezweckt im Wesentlichen ein funktionales Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Organen der Gesellschaft, eine ausreichende Transparenz der gesellschaftsinternen Vorgänge und die Sicherung der Rechtsstellung der Aktionäre. Siehe etwa economiesuisse, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Bern 2016, 6, abrufbar unter <a href="https://www.economiesuisse.ch/sites/default/files/publications/economiesuisse\_swisscode\_d\_web.pdf">https://www.economiesuisse\_swisscode\_d\_web.pdf</a>, abgerufen am 28. April 2019.
- Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBI 2017 399 ff., 409; siehe auch Hans-Ueli Vogt/Emanuel Schiwow/Karin Wiedmer, Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten Bestandesaufnahme, einige Auslegungsversuche und ein paar wichtige Anliegen vor der Erstberatung im Nationalrat, AJP 2009, 1359 ff., 1360.

Aktionäre (Stichwort: «Aktionärsdemokratie»<sup>8</sup>), denn die bestehende Informationsordnung<sup>9</sup> wird als lückenhaft erachtet.<sup>10</sup> Im Fokus stehen das Auskunfts- und das Einsichtsrecht sowie das Recht auf eine Sonderprüfung.

Dieser Beitrag konzentriert sich auf die Neuerungen und ausgewählte Fragen rund um diese Informationsrechte. Nachfolgend werden je einzeln das Auskunftsrecht, das Einsichtsrecht und das Recht auf Sonderprüfung de lege lata und de lege ferenda untersucht und die wesentlichen erwogenen Änderungen jeweils gewürdigt.

#### II. Auskunftsrecht

#### A. De lege lata

28

Jeder stimmberechtigte Aktionär ist unabhängig von der Höhe seiner Aktienbeteiligung berechtigt,<sup>11</sup> vom Verwaltungsrat Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen.<sup>12</sup> Das Auskunftsrecht ist anlässlich der Generalversammlung auszuüben.<sup>13</sup> Die erteilten Informationen fliessen also auch den anderen Aktionären zu. Beim Auskunftsrecht handelt es sich mithin um ein

- 8 Dazu grundlegend Hans-Ueli Vogt, Aktionärsdemokratie, Zürich 2012.
- Den Informationsbedürfnissen der Aktionäre trägt das schweizerische Aktienrecht mit einem dreistufigen Informationskonzept Rechnung. Zunächst ist die Gesellschaft verpflichtet, von sich aus den Aktionären den Geschäfts- und den Revisionsbericht zugänglich zu machen (sog. spontane Informationsvermittlung). Wenn Aktionäre dies verlangen, muss ihnen die Gesellschaft sodann unter gewissen Voraussetzungen Auskunft und Einsicht gewähren (sog. reaktive Informationsvermittlung). Führt dies nicht zum Ziel, so hat der Aktionär schliesslich das Recht, bestimmte Tatsachenfragen durch Zwischenschaltung eines Experten abklären zu lassen (Sonderprüfung). Siehe hierfür BGE 140 III 610, 611, E. 2.2; BGer 4A\_107/2018 (29. Oktober 2018), E. 4.2; eingehend Peter Forstmoser, Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, in: Hirsch/Nobel/Böckli/Forstmoser/ Druey, Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, 85 ff.
- Botschaft Aktienrecht (Fn. 7), 540.
- BGE 132 III 71, 80, E. 1.3.4.; CR CO II-TRIGO TRINDADE, Art. 697 N 11 f.
- 12 Art. 697 Abs. 1 OR.
- Bei komplexen Fällen kann ein schriftliches Auskunftsbegehren auch im Vorfeld der Generalversammlung eingereicht werden. Siehe hierzu Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/ Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 40 N 167 f.; KUKO OR-Kut, Art. 697 OR N 1; vgl. auch Peter V. Kunz, Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, AJP 2001, 883 ff., 894.

«individuelles Recht auf kollektive Information»<sup>14</sup>. Dies ist Ausdruck der informationellen Gleichbehandlung der Aktionäre.<sup>15</sup>

Umfang und Grenzen des Auskunftsrechts regelt Art. 697 Abs. 2 OR<sup>16</sup>: Die verlangten Informationen müssen zum einen in einem (sachlichen) Zusammenhang mit der Ausübung von Aktionärsrechten stehen und für deren Ausübung erforderlich sein,<sup>17</sup> zum anderen dürfen keine Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft einer Auskunftserteilung entgegenstehen.<sup>18</sup> Der Verwaltungsrat hat also eine Interessenabwägung vorzunehmen, bevor er die Auskunft erteilt oder verweigert.<sup>19</sup> Verweigert der Verwaltungsrat die Auskunft ungerechtfertigterweise, so kann der Aktionär sein Auskunftsrecht klageweise geltend machen.<sup>20</sup>

#### B. De lege ferenda

An der Konzeption des Auskunftsrechts als Individualrecht des Aktionärs ändert der Entwurf für ein neues Aktienrecht nichts. Allerdings soll neu bei privat gehaltenen
Aktiengesellschaften auch ausserhalb der Generalversammlung Auskunft verlangt werden können, wobei das
Auskunftsrecht in diesem Fall kein Individualrecht mehr
darstellt, sondern neu als Minderheitenrecht zugunsten
solcher Aktionäre ausgestaltet ist, die mindestens 10 Prozent der Stimmrechte oder des Aktienkapitals auf sich
vereinen.<sup>21</sup> Wird ausserhalb der Generalversammlung
um Auskunft ersucht, so hat der Verwaltungsrat für die
Erteilung der Auskunft oder deren begründete Verweigerung eine viermonatige Frist zu beachten. Damit es zu
keiner Ungleichbehandlung der Aktionäre kommt, muss
der Verwaltungsrat sicherstellen, dass seine Antworten an

- 14 BSK OR II-Weber, Art. 697 N 2; Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 8 N 84.
- <sup>15</sup> Vgl. BGE 132 III 71, 81, E. 2.1.
- Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR, SR 220).
- Vgl. BGer 4C.234/2002 (4. Juni 2003), E. 4.2.1; Forstmoser/ Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 13), § 40 N 170 f.
- Die Gesellschaft darf die Auskunft verweigern, soweit ihre Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen gefährdet sind; sie trägt hierfür die Beweislast. Siehe BGer 4C.234/2002 (4. Juni 2003), E. 4.3.1; KUKO OR-KUT, Art. 697 OR N 3.
- Ausführlich dazu Forstmoser (Fn. 9), 95 ff.; siehe auch BSK OR II-Weber, Art. 697 OR N 9 ff.
- Art. 697 Abs. 4 OR. Siehe im Allgemeinen zur Durchsetzung des Auskunfts- oder Einsichtsbegehrens durch Klage Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 162 ff.
- <sup>21</sup> Art. 697 Abs. 2 E-OR NR 2018.

der nächsten Generalversammlung aufgelegt werden.<sup>22</sup> Die Auskunft muss erteilt werden, soweit sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und soweit keine Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet werden. Verweigert der Verwaltungsrat die Auskunft, so hat er dies schriftlich zu begründen.<sup>23</sup>

#### C. Würdigung

#### Einführung eines Schwellenwerts bei Auskunftsgesuchen ausserhalb der Generalversammlung privat gehaltener Gesellschaften

In den vergangenen Jahren wurden die Informationspflichten börsenkotierter Gesellschaften laufend ausgebaut. Diese Gesellschaften müssen aufgrund diverser börsenrechtlicher Bestimmungen (Pflicht zur Finanzberichterstattung<sup>24</sup>, Ad-hoc-Publizität<sup>25</sup>) den Kapitalmarkt und damit die Aktionäre über bestimmte Ereignisse von sich aus hinreichend informieren. Aktionäre nicht kotierter Gesellschaften müssen hingegen zuweilen lange Zeit warten, bis ihr Auskunftsbegehren beantwortet wird.<sup>26</sup> Die Informationsordnung für nicht kotierte Gesellschaften erscheint vor diesem Hintergrund als mangelhaft und die Corporate Governance als inadäquat.<sup>27</sup>

Das neue Recht auf schriftliche Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft auch ausserhalb der Generalversammlung stärkt die Stellung von Aktionären privat gehaltener Gesellschaften zweifellos. Überdies dürfte es die Informationskultur des Verwaltungsrates positiv beeinflussen.<sup>28</sup> Allerdings birgt diese Änderung auch ein

- <sup>22</sup> Art. 697 Abs. 3 E-OR NR 2018.
- 23 Art. 697 Abs. 3 E-OR NR 2018.
- Siehe Art. 49 f. des Kotierungsreglements der SIX Exchange Regulation (KR) vom 4. April 2018.
- Siehe Art. 53 KR und die Richtlinie betreffend Ad-hoc-Publizität (RLAhP) der SIX Exchange Regulation vom 20. März 2018.
- NICOLAS FACINCANI/RETO SUTTER, Schwerpunkte der geplanten Aktienrechtsrevision, TREX 2018, 40 ff., 42.
- 27 Siehe Hans Caspar von der Crone/Luca Angstmann, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 2017, 3 ff., 11; vgl. auch Daniel Daeniker/Daniel Hasler, M&A und Governance bei Familiengesellschaften, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XIX, Zürich/Basel/Genf 2017, 85 ff., 90, wonach die «Informationsrechte des Aktionärs einer nicht-kotierten Gesellschaft im geltenden Aktienrecht [...] recht spärlich ausgestaltet» sind.
- <sup>28</sup> Gerade (Minderheits-)Aktionäre in KMU dürften von dieser Regelung profitieren, da sie in solchen Strukturen – insbesondere bei patronalen Unternehmensleitungen – oftmals nicht

Missbrauchsrisiko<sup>29</sup> und die Gefahr der administrativen Überlastung des Verwaltungsrates.<sup>30</sup> Es ist deshalb richtig, dass für derlei Auskunftsgesuche ein Schwellenwert eingeführt wird. Dabei sieht der Entwurf des Bundesrates einen Schwellenwert von 5 Prozent vor, der zur Auskunft ausserhalb der Generalversammlung berechtigen sollte. Der Nationalrat hob den Schwellenwert in der Sommersession 2018 allerdings auf 10 Prozent an. Die vorberatende Kommission des Ständerats schlug vor, an dem höheren Schwellenwert festzuhalten.

Am Schwellenwert von 10 Prozent festzuhalten ist insofern sinnvoll, als dieser Schwellenwert den anderen Minderheitenrechten (Sonderuntersuchung<sup>31</sup>, Einberufung der Generalversammlung<sup>32</sup>) angepasst wird. Die Anpassung etwa an die Regelung betreffend die Einberufung der Generalversammlung ergibt sich nicht zuletzt auch daraus, dass eine 10-Prozent-Minderheit statt eine schriftliche Auskunft nach Art. 697 Abs. 2 E-OR stets stattdessen Auskunft im Rahmen einer von ihr einzuberufenden Generalversammlung (Art. 697 Abs. 1 E-OR) verlangen kann – was freilich in erster Linie eine Rechtfertigung dafür ist, überhaupt ein Auskunftsrecht im Sinne eines Minderheitenrechts vorzusehen.

#### Art. 697 Abs. 3 E-OR NR 2018 als Einfallstor für die informationelle Ungleichbehandlung der Aktionäre?

Art. 697 Abs. 3 E-OR NR 2018 verlangt, dass der Verwaltungsrat fristgerecht auf ein Auskunftsgesuch reagieren muss. Informiert der Verwaltungsrat gestützt auf ein Auskunftsgesuch einen bestimmten Aktionär im Vorfeld der Generalversammlung, so setzt er sich aber womöglich dem Risiko der informationellen Ungleichbehandlung der übrigen Aktionäre aus. Zur Vermeidung dieses Risikos ist es gemäss Botschaft des Bundesrates deshalb

- über die ausreichenden Mittel verfügen, sich die erforderlichen Informationen während eines Geschäftsjahres zu beschaffen und mithin ihre gebührende Kontrollfunktion nicht wahrnehmen können. Siehe hierfür VOGT/SCHIWOW/WIEDMER (Fn. 7), 1362.
- 29 Die Missbräuchlichkeit dürfte anhand der Frage beurteilt werden, welche Information für die Ausübung der Aktionärsrechte überhaupt erforderlich ist. Siehe hierzu ROLF H. WEBER, Informationsrechte des Aktionärs, in: Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich/St. Gallen 2010 (= SSHW 300), 207 ff., 210.
- 30 CLAUDE LAMBERT/PATRICK SCHLEIFFER, Auskunfts- und Einsichtsrecht, GesKR-Sondernummer 2008, 98 ff., 102.
- <sup>31</sup> Vgl. Art. 697d Abs. 1 E-OR; siehe hierzu auch hinten Ziff. IV.
- <sup>32</sup> Vgl. Art. 699 Abs. 3 Ziff. 2 E-OR.

wichtig, dass die ausserhalb der Generalversammlung erteilten Antworten an der nächsten Generalversammlung zur Einsicht aufgelegt werden oder die Antwort des Verwaltungsrates umgehend den übrigen Aktionären (zum Beispiel elektronisch) übermittelt wird.<sup>33</sup> Die blosse Auflegung der Antwort(en) an der nächsten Generalversammlung dürfte aber dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht genügen, «jedenfalls dann nicht, wenn der Inhalt der Information für die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft von erheblicher Relevanz ist. Diesfalls muss der Verwaltungsrat in der Pflicht stehen, durch elektronische Publikation oder auf andere geeignete Weise die übrigen Aktionäre über den Inhalt der individuell zugestellten Information zu unterrichten.»<sup>34</sup>

## 3. Vorrangige Interessen vs. schutzwürdige Interessen

Erwähnenswert ist schliesslich, dass der Entwurf des Bundesrates eine Verweigerung der Auskunft nur dann für gerechtfertigt hält, soweit unter anderem keine *vorrangigen* Interessen der Gesellschaft gefährdet würden.<sup>35</sup> Das geltende Recht spricht in diesem Zusammenhang allerdings von *schutzwürdigen* Interessen.<sup>36</sup> Der Nationalrat hat den Entwurf im Sinne der geltenden Terminologie angepasst.<sup>37</sup> Dem ist zuzustimmen, denn im Vordergrund steht die Schutzwürdigkeit des Interesses. Die Vorrangigkeit ergibt sich aus der erst anschliessend vorzunehmenden Interessenabwägung.

#### III. Einsichtsrecht

#### A. De lege lata

**30** 

Neben dem Auskunftsrecht haben die Aktionäre das Recht, nach Massgabe von Art. 697 Abs. 3 OR die Geschäftsbücher und Korrespondenzen<sup>38</sup> einzusehen. Das Einsichtsrecht kann nach herrschender Auffassung jederzeit – also auch ausserhalb einer Generalversamm-

- Botschaft Aktienrecht (Fn. 7), BBI 2017 540.
- 34 Weber (Fn. 29), 211 f.; siehe auch Vogt/Schiwow/Wiedmer (Fn. 7), 1363.
- <sup>35</sup> Vgl. Botschaft Aktienrecht (Fn. 7), BBI 2017 455 f., 540 f.
- <sup>36</sup> Art. 697 Abs. 2 OR.
- 37 Art. 697 Abs. 3 E-OR; siehe auch vorn Ziff. II.B.
- Der Begriff «Korrespondenzen» (vgl. Art. 697 Abs. 3 OR) soll durch «Akten» (vgl. Art. 697a E-OR) ersetzt werden. Diese Änderung hat keine materiellen Auswirkungen, weshalb auf diesen Gesichtspunkt nicht weiter eingegangen wird. Siehe hierzu Botschaft Aktienrecht (Fn. 7), BBI 2017 541.

lung – geltend gemacht werden.<sup>39</sup> Es unterliegt aber engeren Grenzen als das Auskunftsrecht: Formell ist für die Gewährung des Einsichtsrechts ein Beschluss der Generalversammlung oder des Verwaltungsrates erforderlich. Materiell müssen die Geschäftsgeheimnisse gewahrt werden.<sup>40</sup> Wird die Einsicht ungerechtfertigt verweigert,<sup>41</sup> hat der Aktionär die Möglichkeit, das Gericht am Sitz der Gesellschaft anzurufen.<sup>42</sup>

#### B. De lege ferenda

Parallel zum Auskunftsrecht soll auch das Einsichtsrecht angepasst werden; es wird im Entwurf neu in einem eigenen Artikel geregelt. 43 Dabei soll es nur noch Aktionären (sowohl börsenkotierter als auch privat gehaltener Gesellschaften) zugestanden werden, die 5 Prozent der Stimmrechte oder des Aktienkapitals vertreten.44 Neu sollen die Aktionäre bei der Einsicht auch Notizen machen dürfen. 45 Zudem muss der Verwaltungsrat die Einsicht gewähren, soweit sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und keine Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet sind. 46 Ferner soll ausschliesslich der Verwaltungsrat über das Einsichtsbegehren entscheiden können; der Entscheid über das Einsichtsrecht wird der Kompetenz der Generalversammlung mithin entzogen.<sup>47</sup> Die Verweigerung einer Einsicht muss schriftlich begründet werden. 48 Der Aktionär kann in einem solchen Fall innert einer Verwir-

- 39 FORSTMOSER (Fn. 9), 100; VON DER CRONE (Fn. 14), § 8 N 101; a.M. BÖCKLI (Fn. 20), § 12 N 150.
- 40 Art. 697 Abs. 3 OR.
- Die Erteilung oder Verweigerung der Einsicht steht im freien Ermessen der Generalversammlung bzw. des Verwaltungsrates. Siehe hierfür BGE 132 III 71, 74, E. 1.1; FORSTMOSER/ MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 13), § 40 N 193.
- 42 Art. 697 Abs. 4 OR.
- 43 Art. 697a E-OR. Die Regelung in einem eigenen Artikel ergibt insofern Sinn, als das Auskunfts- und das Einsichtsrecht verschiedene Inhalte haben und auch das für deren Geltendmachung einzuhaltende Verfahren Unterschiede aufweist.
- 44 Art. 697a Abs. 1 E-OR.
- 45 Art. 697a Abs. 2 Satz 2 E-OR. Laut Botschaft Aktienrecht (Fn. 7), BBI 2017 542, wird damit in Bezug auf die Zulässigkeit entsprechend Rechtssicherheit geschaffen. Zudem soll bei der Einsicht in umfangreiche oder komplexe Geschäftsbücher und Akten denkbar sein, dass die Aktionäre eine fachkundige Person mitnehmen dürfen. Die Regelung als solches ist durchaus sinnvoll. Allerdings wird nicht geregelt, wie die Aktionäre mit den Notizen umzugehen haben. Zudem fragt sich, ob die eingesehenen Unterlagen abfotografiert oder hiervon Kopien angefertigt werden dürfen.
- 46 Art. 697a Abs. 3 E-OR NR 2018.
- 47 Art. 697a Abs. 2 E-OR.
- <sup>48</sup> Art. 697a Abs. 3 E-OR.

kungsfrist von 30 Tagen das Gericht um Anordnung der Einsicht ersuchen.<sup>49</sup>

#### C. Würdigung

#### 1. Einführung eines Schwellenwerts zur Einsicht

Damit ein Aktionär seine Kapitalanlage überhaupt beurteilen und Entscheide über eine (weitere) Investition oder Desinvestition korrekt treffen kann, ist wesentlich, dass ihm Informationen über die Gesellschaft zur Verfügung stehen.50 Eine angemessene Informationsbasis ist überdies im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Mitwirkungs- und Klagerechten relevant und gewährleistet mithin die Funktionsfähigkeit der Generalversammlung.51 Dies zeigt, wie wichtig das Recht des Aktionärs auf Information per se ist. 52 Mit der Einführung eines Schwellenwerts für das Einsichtsrecht wird dieses aber vom Individualrecht zum Minderheitenrecht; der Zugang zur Einsicht wird also eingeschränkt.53 Zwar ist das Einsichtsrecht mit dem Auskunftsrecht funktional verwandt; insofern liesse sich die Einführung eines (gleich hohen) Schwellenwerts mit dem Ziel einer möglichst sachgleichen Regelung zwischen den beiden Informationsrechten rechtfertigen. Aber es drängen sich unmittelbar keine Gründe auf, weshalb das Einsichtsrecht überhaupt erschwert werden oder die Höhe des zu erreichenden Schwellenwerts zur Ausübung dieses Rechts im Vergleich zu demjenigen des Auskunftsrechts ungleich hoch sein sollte. Argumentiert wird, dass es nicht sachgerecht sei, einem Aktionär, der lediglich eine Aktie besitze, die Möglichkeit der Einsicht in die Akten zu gewähren.54 Gemeint sein dürfte, dass auch hier dem Missbrauchspotenzial vorgebeugt werden soll. Dabei handelt es sich aber wohl um ein Scheinproblem. Denn zum einen kann sich der Verwaltungsrat des missbräuchlichen Begehrens durch eine Verweigerung erwehren.55 Zum anderen ist das Einsichtsrecht materiell durch die Kriterien der Erforderlichkeit sowie der Gefährdung von Geschäftsgeheimnissen und anderen schutzwürdigen Interessen beschränkt.<sup>56</sup> Im Übrigen führt die Bestimmung zu einer Ungleichbehandlung der Aktionäre, da jene Aktionäre, die weniger als 5 Prozent der Stimmrechte oder des Aktienkapitals vertreten, keinen Zugang mehr zu diesen Informationen haben.

## 2. Kompetenz zur Einsichtserteilung beim Verwaltungsrat

Nach geltendem Recht kann die Generalversammlung oder der Verwaltungsrat die Einsicht nach weitgehend freiem Ermessen gewähren oder verweigern. Neu soll diese Kompetenz nur noch dem Verwaltungsrat zustehen. Dem ist zuzustimmen. Die Generalversammlung ist nicht das geeignete Gremium, um über ein Gesuch um Einsicht zu befinden. Einerseits muss die Einsichtsverweigerung gemäss Art. 697a Abs. 3 E-OR NR 2018 durch die Gefährdung von Geschäftsgeheimnissen oder anderen schutzwürdigen Interessen gerechtfertigt sein. Da diese Informationen den Aktionären ja gerade nicht bekannt sein dürfen, ist auf den ersten Blick nicht erkennbar, wie die Generalversammlung einen Entscheid über die Einsichtsgewährung unter Berücksichtigung konkreter Geschäftsgeheimnisse treffen können soll.<sup>57</sup> Andererseits dürfte eine alternative Zuständigkeit zu einer unerwünschten Kompetenzvermischung zwischen dem Verwaltungsrat und der Generalversammlung führen, was mit der angestrebten Lösung vermieden wird.58

## 3. Vorrangige Interessen vs. schutzwürdige Interessen

Eine Verweigerung der Einsicht soll nur noch möglich sein, soweit die Einsicht für die Ausübung der Aktionärsrechte nicht erforderlich ist und soweit – nebst den Geschäftsgeheimnissen – keine schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft gefährdet werden. Auch hier verwendet der Entwurf des Bundesrates den Begriff der «vorrangigen Interessen». Der Nationalrat hielt jedoch am geltenden Begriff der «schutzwürdigen Interessen» fest; dies wohl aus gleichen Überlegungen wie beim Auskunftsrecht. <sup>59</sup> Folglich kann der Verwaltungsrat die Einsicht aus denselben Gründen verweigern wie die Auskunftserteilung, was sachgerecht ist.

<sup>49</sup> Art. 697b E-OR.

<sup>50</sup> Siehe BGE 133 III 453, E. 7.2.

Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 13),  $\S$  40 N 146 f.

<sup>52</sup> Siehe zum Gesagten Hans Caspar von der Crone/Olivier Baum, Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken, GesKR 2016, 278 ff., 278 f.

Von der Crone/Angstmann (Fn. 27), 11.

Votum Markwalder, AB N 2018, 1140.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Vgl. Weber (Fn. 29), 214.

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Vgl. Art. 697a Abs. 3 E-OR.

<sup>57</sup> LARISSA MAROLDA MARTINEZ, Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, Zürich 2006, 203.

<sup>58</sup> Lambert/Schleiffer (Fn. 30), 103.

<sup>59</sup> Siehe oben Ziff. II.C.3.

## IV. Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung

#### A. De lege lata

**32** 

Hat ein Aktionär sein Auskunfts- und Einsichtsrecht bereits ausgeübt, so steht ihm als letztes aktienrechtliches Informationsmittel die Sonderprüfung zur Verfügung.<sup>60</sup> Die Sonderprüfung ermöglicht es, bestimmte Sachverhalte abklären zu lassen,<sup>61</sup> die dem Aktionär im Rahmen der Auskunft oder Einsicht nicht mitgeteilt wurden und allenfalls auf Gesetzes- oder Statutenverletzungen hinweisen können. Dabei ist die Sachverhaltsabklärung auf die Ermittlung bzw. Feststellung von Tatsachen ausgerichtet; sie darf nicht auf eine rechtliche Beurteilung oder ein Werturteil abzielen.<sup>62</sup>

Der Antrag zur Durchführung einer Sonderprüfung ist zunächst<sup>63</sup> an die Generalversammlung zu richten.<sup>64</sup> Entspricht die Generalversammlung dem Antrag, so kann innert 30 Tagen ohne Weiteres die gerichtliche Einsetzung eines Sonderprüfers verlangt werden.<sup>65</sup> Entspricht sie dem Antrag jedoch nicht, so steht der Weg ans Gericht offen. Dazu ist erforderlich, dass die klagewilligen Aktionäre zusammen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von zwei Millionen Franken vertreten.<sup>66</sup> Ist dies erfüllt und wird fristgerecht Klage erhoben,

so hat das Gericht zu prüfen, ob der Gesuchsteller Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers hat. Ein solcher Anspruch besteht, wenn der Gesuchsteller glaubhaft macht, dass Gründer oder Organe rechtswidrig gehandelt und dadurch die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben.<sup>67</sup>

Sind die Voraussetzungen der Sonderprüfung gegeben, so setzt das Gericht einen unabhängigen Sachverständigen als Sonderprüfer ein,<sup>68</sup> der die nötigen Abklärungen durchführt und einen Bericht erstellt.<sup>69</sup> Die informationelle Gleichbehandlung wird dadurch sichergestellt, dass der Verwaltungsrat den Bericht der Generalversammlung unterbreiten muss.<sup>70</sup>

Wer die Kosten der Sonderprüfung (namentlich die Entschädigung des Sonderprüfers und den Ersatz seiner Auslagen)<sup>71</sup> zu tragen hat, die mitunter erheblich sein und deshalb (Minderheits-)Aktionäre davon abschrecken können, ihre in guten Treuen berechtigten Informationsinteressen durchsetzen zu wollen,<sup>72</sup> entscheidet das Gericht.<sup>73</sup> Hat die Generalversammlung der Sonderprüfung zugestimmt, trägt in jedem Fall die Gesellschaft die Kosten.<sup>74</sup> Bei fehlender Zustimmung der Generalversammlung überbindet das Gericht die Kosten (am Schluss) in der Regel auch der Gesellschaft.<sup>75</sup> Wenn «besondere Umstände» es allerdings rechtfertigen, können die Kosten vollständig oder teilweise dem Gesuchsteller auferlegt werden.<sup>76</sup>

- Eine Sonderprüfung kann erst initiiert werden, wenn ein Aktionär bereits (erfolglos) sein Recht auf Auskunft oder Einsicht geltend gemacht hat. Die Sonderprüfung ist also im Verhältnis zum Auskunfts- und Einsichtsrecht subsidiär. Siehe hierfür BGE 140 III 610, 611, E. 2.2; BGE 138 III 246, 256, E. 3.2; BGE 133 III 133, 135, E. 3.2; VON DER CRONE (Fn. 14), § 8 N 110 ff.; siehe auch Urs Schenker, Die Sonderprüfung ein schwieriges Instrument, GesKR 2019, 18 ff., 19.
- 61 Betroffen sein könnten beispielsweise überrissene Dividendenausschüttungen vor Konkurs, verdeckte Gewinnausschüttungen, unzulässige Aufwertungen von Liegenschaften usw. Siehe hierfür Bruno Tringaniello/Garry-Philippe Obertin, Vereinfachte Sonderprüfung Führt die kommende Aktienrechtsrevision zu vermehrten Verantwortlichkeitsklagen?, TREX 2015, 332 ff., 332.
- 62 BGE 138 III 252, 257, E. 3.1; BGE 123 III 261, 268, E. 4a; siehe auch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 13), § 35 N 14; Andreas Casutt, Das Institut der Sonderprüfung, ST 1991, 574 ff., 576; Tringaniello/Obertin (Fn. 61), 332.
- Einen direkten Weg zum Richter gibt es nicht. Der Aktionär muss vielmehr sein Anliegen zuerst der Generalversammlung unterbreiten. Siehe BGE 138 III 246, 247, E. 3.3; BÖCKLI (Fn. 20), § 16 N 29.
- 64 Art. 697a Abs. 1 OR.
- 65 Art. 697a Abs. 2 OR; siehe zur Durchführung der Sonderprüfung nach einem positiven Beschluss der Generalversammlung Schenker (Fn. 60), 22.
- 66 Art. 697b Abs. 1 OR; kritisch Schenker (Fn. 60), 23.

- 67 Art. 697b Abs. 2 OR. Dabei obliegt es dem Gesuchsteller, nicht nur die rechtswidrige Handlung, sondern auch einen Zusammenhang zwischen den von ihm anvisierten Aktionärsrechten und dem Thema der beantragten Untersuchung glaubhaft zu machen. Siehe hierzu BGE 138 III 252, 257, E. 3.1; BGer 4A\_107/2018 (29. Oktober 2018), E. 4.1; BGer 4A\_180/2017 (31. Oktober 2017), E. 5.1.
- 68 Art. 697c Abs. 2 OR.
- 69 Art. 697e Abs. 1 OR.
- <sup>70</sup> Art. 697f Abs. 1 OR.
- <sup>71</sup> KUKO OR-Kut, Art. 697g OR N 1.
- PSK OR II-Weber, Art. 697g N 1; CHK-Raemy/Gabriel, Art. 697g N 1; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 13), § 35 N 105.
- 73 TRINGANIELLO/OBERTIN (Fn. 61), 334.
- 74 Art. 697g Abs. 2 OR.
- <sup>75</sup> Art. 697g Abs. 1 Satz 1 OR.
- 6 Art. 697g Abs. 1 Satz 2 OR. Dieser Ausnahmetatbestand ist nach der Lehre restriktiv zu handhaben und dann gerechtfertigt, wenn der Antrag auf Sonderprüfung gegen Treu und Glauben verstösst, das heisst unter anderem übereilt, mutwillig oder mit Schädigungsabsicht erfolgt. Siehe hierzu etwa BÖCKLI (Fn. 20), § 16 N 84.

#### B. De lege ferenda

Das Institut der Sonderuntersuchung (wie die Sonderprüfung neu heissen soll)<sup>77</sup> soll neu in den Art. 697c–697h<sup>bis</sup> E-OR geregelt werden. Nebst Änderungen grammatikalischer und systematischer Natur wird insbesondere ein leichterer Zugang zum Verfahren der Sonderuntersuchung bezweckt.<sup>78</sup>

Die Hauptvoraussetzung für eine Sonderuntersuchung soll wie bisher die vorangehende Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts sein.<sup>79</sup> In jenen Bereichen, die Gegenstand eines Gesuchs um Auskunft oder Einsicht waren (wobei neu auch Fragen umfasst sein sollen, die bei der Diskussion des Antrags auf Sonderprüfung aufgetaucht sind),80 kann in einem nächsten Schritt der Generalversammlung der Antrag auf Untersuchung der Sachverhalte durch einen unabhängigen Sachverständigen unterbreitet werden.81 Lehnt die Generalversammlung einen entsprechenden Antrag ab, so können Aktionäre, die bei börsenkotierten82 Gesellschaften 5 Prozent (so der Beschluss des Nationalrates; gemäss Vorschlag des Bundesrates soll der Wert bei 3 Prozent liegen)83 bzw. bei nicht börsenkotierten Gesellschaften 10 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten, beim Gericht Antrag auf eine Sonderuntersuchung stellen.84 Dabei ist es wie im geltenden Recht nicht notwendig, dass derjenige Aktionär, der auch das Einsichts- oder Auskunftsgesuch gestellt hat, persönlich die Sonderuntersuchung verlangt; jeder Aktionär, der den entsprechenden Schwellenwert

- Potschaft Aktienrecht (Fn. 7), BBI 2017 543; siehe zur Neuregelung im Allgemeinen auch Reto Heizmann, Sonderuntersuchung statt Sonderprüfung Hundertmetersprint statt Hürdenlauf, in: Weber/Stoffel/Chenaux/Sethe (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zürich 2017, 111 ff.; zur Kritik an der Begriffsänderung siehe Tringaniello/Obertin (Fn. 61), 333; Vogt/Schiwow/ Wiedmer (Fn. 7), 1364, bei und in Anm. 50.
- Von der Crone/Angstmann (Fn. 27), 12.
- 79 Von der Crone/Angstmann (Fn. 27), 12.
- Botschaft Aktienrecht (Fn. 7), BBI 2017 544. Befürwortend Lino Hänni, Vorbereitung und Durchsetzung von Aktionärsklagen: Wie kann die Informationsasymmetrie überwunden werden?, SZW 2017, 468 ff., 471; Heizmann (Fn. 77), 125 f.; gemäss Schenker (Fn. 60), 30 f., handelt es sich hierbei aber um «keine echte Erleichterung, sondern alleine [um] eine Präzisierung der heutigen Praxis».
- 81 Art. 697c E-OR.
- Bei den privat gehaltenen Gesellschaften verharrt der Schwellenwert bei 10 Prozent, jedoch berechtigt das Vertreten von Aktien im Nennwert von zwei Millionen Franken nicht mehr zur Gesuchstellung (Art. 697d Abs. 1 Ziff. 2 E-OR).
- 83 Vgl. Art. 697d Abs. 1 Ziff. 1 E-OR NR 2018 und Art. 697d Abs. 1 Ziff. 1 E-OR.
- 84 Art. 697d Abs. 1 E-OR.

erreicht, kann dann ein Gesuch um Sonderuntersuchung beim Gericht einreichen.<sup>85</sup>

Laut dem Entwurf des Bundesrates soll es künftig genügen, dass die Rechtsverletzung durch die Gründer oder Organe «geeignet ist, die Gesellschaft oder die Aktionäre zu schädigen» Das Glaubhaftmachen einer tatsächlichen Schädigung – wie unter geltendem Recht – wäre demnach nicht mehr erforderlich. Dem ist der Nationalrat in der Sommersession 2018 allerdings nicht gefolgt. Nach seinem Beschluss ist weiterhin eine tatsächliche Schädigung glaubhaft zu machen. Der Vorschlag des Bundesrates vermochte auch die vorberatende Kommission des Ständerats nicht zu überzeugen – diese schlug zuhanden des Ständerates vor, am Beschluss des Nationalrates festzuhalten.

Schliesslich sind die Kosten bei einer Sonderuntersuchung künftig stets von der untersuchten Gesellschaft selbst zu tragen. Sie hat darüber hinaus auch allfällige Kostenvorschüsse zu leisten. Wenn besondere Umstände es allerdings rechtfertigen, kann das Gericht die Kosten ganz oder teilweise den Gesuchstellern auferlegen.<sup>89</sup>

#### C. Würdigung

#### 1. Absenkung des Schwellenwerts

Das Institut der Sonderprüfung wurde insbesondere zum Zweck eingeführt, den Aktionären die Abschätzung der Prozesschancen im Hinblick auf eine allfällige Verantwortlichkeitsklage zu erleichtern. In seiner derzeitigen Ausgestaltung hat es sich in der Praxis – gerade bei börsenkotierten Gesellschaften – jedoch als wenig effektiv erwiesen; es hat insbesondere aufgrund seiner Hürden in der Praxis die nötigen Grundlagen für die Einreichung von Verantwortlichkeitsklagen nicht – wie sich der Gesetzgeber dies aber bei seiner Einführung im Rahmen der Aktienrechtsrevision von 1991 erhofft hat – bereitstellen können. Deshalb sollen nunmehr die Voraus-

- 85 VON DER CRONE/ANGSTMANN (Fn. 27), 12, bei und in Anm. 74. Siehe schon für das geltende Recht BGE 133 III 133, 135 f., E. 3.2.
- 86 Art. 697d Abs. 3 E-OR.
- 87 Art. 697d Abs. 3 E-OR.
- 88 Art. 697d Abs. 3 E-OR NR 2018.
- 89 Art. 697hbis E-OR NR 2018.
- 90 Siehe Forstmoser (Fn. 9), 111 und 113.
- 91 Botschaft Aktienrecht (Fn. 7), BBI 2017 543, wonach die Sonderprüfung «weitgehend ohne Bedeutung» geblieben ist; differenzierte Bewertung bei BSK OR II-Weber, Art. 697a N 13 f. zu.
- 92 Siehe Heizmann (Fn. 77), 117; Schenker (Fn. 60), 27 ff.; Weber (Fn. 29), 219.

setzungen für die Einleitung einer Sonderuntersuchung tiefer angesetzt werden.93 Zwar lässt die Botschaft offen, warum die Senkung der Schwellenwerte bei börsenkotierten Gesellschaften in diesem Ausmass stattfinden soll. Eine (generelle) Absenkung des Schwellenwerts für eine Sonderuntersuchung im Vergleich zum geltenden Recht bei börsenkotierten Gesellschaften ist im Ergebnis aber angemessen. Denn die geltenden Schwellenwerte erweisen sich nur bei börsenkotierten Gesellschaften mit atomisierter Aktionärsstruktur als Problem, nicht aber bei kleineren Gesellschaften, bei denen Minderheitsaktionäre in der Regel grössere Aktienpakete halten.94 In diesem Zusammenhang ist es allerdings sinnvoll, dass der Schwellenwert dem Wert für die Einberufung der Generalversammlung entsprechen soll (Art. 699 Abs. 3 Ziff. 1 E-OR), der im Vergleich zum Vorentwurf ebenfalls von 3 auf 5 Prozent erhöht wurde. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass diese Änderungen das Risiko des Missbrauchs der Sonderuntersuchung durch aktivistische Aktionäre möglicherweise ansteigen lassen könnten.95 Verwaltungsräte wären mithin zwecks Vermeidung von Verantwortlichkeitsklagen gut beraten, gegenüber den Aktionären transparent zu kommunizieren, «um nicht regelmässig in langwierige, den Geschäftsgang hemmende und eventuell publikumswirksame Sonderprüfungsverfahren verwickelt zu werden.»96

34

#### 2. Schädigungseintritt vs. Schädigungseignung

Nach dem Entwurf des Bundesrates soll ein Aktionär nicht mehr glaubhaft machen müssen, dass ein Schaden eingetreten ist, sondern es soll bereits die Glaubhaftmachung der Möglichkeit einer Schädigung genügen; blosse Behauptungen wären aber auch nach der neuen Regelung nicht ausreichend.<sup>97</sup> Die Botschaft rechtfertigt dies

- Vgl. Botschaft Aktienrecht (Fn. 7), BBI 2017 543. Die Herabsetzung dürfte nicht zuletzt auch auf die Empfehlung der vom Bundesrat eingesetzten Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zurückgehen. Siehe hierfür Peter Böckli/Claire Huguenin/François Dessemontet, Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts vom 30. September 2003, 131 ff.
- 94 Die strikte Differenzierung zwischen börsenkotierten und privat gehaltenen Gesellschaften hinsichtlich der erforderlichen Quoren für die Geltendmachung dieses Minderheitenrechts ist deshalb richtig. Siehe Heizmann (Fn. 77), 122; Schenker (Fn. 60), 28 f.
- 95 DIETER GERICKE/ANDREAS MÜLLER/DANIEL HÄUSERMANN/ NINA HAGMANN, Aktienrechtsentwurf 2016: Verbesserungen, aber auch Schwachstellen, GesKR 2017, 25 ff., 37.
- 96 Tringaniello/Obertin (Fn. 61), 333.
- 97 Botschaft Aktienrecht (Fn. 7), BBI 2017 544.

damit, dass nicht einzusehen sei, warum mit einer Sonderuntersuchung bis zum tatsächlichen Schadenseintritt zugewartet werden müsse, wenn Gesellschaftsorgane dem Anschein nach gegen Gesetz oder Statuten verstossen und daraus ein Schaden resultieren kann.98 Dem ist zuzustimmen, denn es erschliesst sich prima facie nicht, weshalb ein Aktionär den Eintritt eines Schadens abwarten muss, bis er überhaupt den Antrag um Einleitung einer Sonderprüfung stellen kann.99 Ob es tatsächlich zu einem Schaden gekommen ist, soll denn auch der Bericht des Sachverständigen, der Bericht der Gesellschaft oder – ultima ratio – das Gericht feststellen. Die erwogene Änderung erscheint deshalb vor der Zielsetzung der Aktienrechtsrevision (Stärkung der Aktionärsrechte) sachgerecht.100 Ferner würde sie die prophylaktische Wirkung der Sonderuntersuchung – wie sie bei der Einführung der Sonderprüfung unter anderem erhofft wurde – und damit zusammenhängend das Ziel der Prävention wesentlich stärken.101

#### 3. Kostentragung

Die Tragung der Kosten als Element zum Abbau der hohen Hürden einer Sonderprüfung steht seit Längerem zur Debatte. Der Entwurf des Bundesrates greift diesen Punkt – wenngleich nur zurückhaltend – auf, indem er eine Straffung der Kostenregelung vorsieht, nach welcher die Gesellschaft grundsätzlich immer die Kosten der Sonderprüfung zu tragen hat. In Fällen von Rechtsmissbrauch sollen die Kosten allerdings dem Gesuchsteller auferlegt werden können; der Entwurf des Bundesrates sieht einen solchen Vorbehalt aber nicht explizit vor. 103 Neu könnten also dem Gesuchsteller die Kosten nicht schon bei Vorliegen «besonderer Umstände» auferlegt werden, wie dies der geltende Art. 697g Abs. 1 Satz 2 OR vorsieht.

Die anvisierte Änderung des Bundesrates mit der Reduktion der Kostenauferlegung zulasten des Gesuchstellers auf Fälle des Rechtsmissbrauchs brächte eine Vereinfachung der Kostenregelung mit sich.<sup>104</sup> Der Nationalrat scheint aber am Vorbehalt der «besonderen Umstände»

- 98 Botschaft Aktienrecht (Fn. 7), BBI 2017 544.
- 99 Vgl. Andreas Casutt/Patrik R. Peyer, Voraussetzung der Sonderprüfung – Nachweis der vorgängigen Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts, GesKR 2015, 136 ff., 140.
- 100 HEIZMANN (Fn. 77), 123; SCHENKER (Fn. 60), 31; skeptisch aber Hänni (Fn. 80), 473 f.; kritisch Tringaniello/Obertin (Fn. 61), 334.
- 101 Heizmann (Fn. 77), 123.
- 102 Vgl. BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET (Fn. 93), 133.
- <sup>103</sup> Siehe Art. 697h<sup>bis</sup> E-OR; Botschaft Aktienrecht (Fn. 7), BBI 2017 545.
- 104 HEIZMANN (Fn. 77), 125.

gemäss geltendem Recht festhalten zu wollen, <sup>105</sup> womit im Ergebnis keine grundsätzliche materielle Veränderung erzielt und damit der Zugang zur Sonderuntersuchung in diesem Punkt nicht erleichtert wird. <sup>106</sup>

#### V. Schlussbemerkungen

Die Aktienrechtsrevision steht inmitten des Trends hin zu mehr Transparenz und einem faireren Umgang mit den Informationsbedürfnissen diverser Stakeholder, insbesondere der Aktionäre einer Gesellschaft. Es erstaunt deshalb nicht, dass der Entwurf für ein neues Aktienrecht die Informationsbeschaffung der Aktionäre erleichtern will. Wenngleich sich die Erleichterungen in engem Rahmen halten, was angesichts des Fehlens jedweder Treueund Schweigepflichten der Aktionäre auch sachgerecht ist, dürften die Neuerungen bei den Informationsrechten - sofern sie richtig verstanden und im Interesse der Aktionäre gehandhabt werden - insgesamt zu einer verbesserten Corporate Governance der (Publikums-)Gesellschaften beitragen und die Aktionärsrechte stärken. Die neuen Regelungen dürften aber auch das Verhalten der Gesellschaftsorgane, namentlich dasjenige des Verwaltungsrates, beeinflussen. In dieser Hinsicht bleibt indessen abzuwarten, ob die Ausweitung der Informationsrechte zu einer ungebührlichen Belastung des Verwaltungsrates führen wird und inwieweit dieser im Rahmen seines Ermessensspielraums darauf reagieren kann. Gesamthaft betrachtet sind die Neuerungen durchaus als angemessen zu bewerten. Mit Blick auf die noch ausstehende Beratung im Ständerat ist davon auszugehen, dass dieser in Bezug auf die Informationsrechte der Aktionäre nicht mit wesentlichen Änderungen aufwarten wird. Mit Überraschungen ist also nicht mehr zu rechnen; die erwogene Neuordnung der Informationsrechte dürfte Bestand haben.

<sup>&</sup>lt;sup>105</sup> Siehe Art. 697h<sup>bis</sup> Abs. 2 E-OR NR 2018.

Vgl. VON DER CRONE/ANGSTMANN (Fn. 27), 12, die ein Festhalten an der diesbezüglich geltenden Ordnung befürworten.