

Hrsg.
Notter / Weber / Heinemann / Baumgartner

Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei?

Liber amicorum
für Andreas Kellerhals

Hrsg.
Notter / Weber / Heinemann / Baumgartner

Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei?

Liber amicorum
für Andreas Kellerhals

Schulthess § 2018

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2018
ISBN 978-3-7255-7884-9

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

I. Europa und das EIZ

Entstehung des Europa Instituts Zürich – Anfänge einer Erfolgsgeschichte 3
DANIEL THÜRER

Europa Institut und Zürcher Anwaltschaft – von der Dokumentationsstelle
zum Salon 11
HANS NATER

Ein durch Europa hinkender Teufel..... 17
ISO CAMARTIN

II. Grundlagen der europäischen Integration

Zur Idee einer differenzierten paneuropäischen Zusammenarbeit..... 27
MICHAEL AMBÜHL/LINDA SULZER

Application of Article 6 of the ECHR to Administrative Decisions –
The Experience of a Common Law Jurisdiction..... 37
JOHANNES CHAN

„Von dem Tage aber und von der Stunde“ – Wann passiert der Brexit?..... 51
WOLFGANG ERNST

Europarecht im Lichte von Law & Economics..... 57
PETER NOBEL

Good and bad Europeans? 65
RICHARD NORMAN

Das europäische Forschungsnetzwerk ELLN (European Labour Law Network) – Eine Organisation im Dienst des Arbeitsrechts auf europäischer Ebene 77

WOLFGANG PORTMANN/JULIA BECKMANN

Warum ich mich auch als Europäer fühle 91

ANDRÉ VON GRAFFENRIED

„Let Europe Arise!“ – Zu den Elementen der Architektur Europas 99

ROLF H. WEBER

III. Beziehung Schweiz – EU

Was hat der EU-Beitritt mit dem Frauenstimmrecht zu tun? 111

GRET HALLER

Wer hat den besseren Integrationspfad gewählt – Österreich oder die Schweiz? 121

ERIC HONEGGER

Die Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU – Recht, Politik und persönliche Kontakte 131

TOBIAS JAAG

Gute und weniger gute Verhandlungsstrategien der Schweiz mit der EU 139

FELIX E. MÜLLER

Von den Schwierigkeiten eines Zwischenwesens 147

MARKUS NOTTER

Das geplante institutionelle Abkommen Schweiz – EU und der Rechtsschutz für Private 157

MATTHIAS OESCH

Zürich in Europa – Europa in Zürich: Implikationen für den Wirtschaftsstandort	167
REGINE SAUTER	
Das Schweizer Verlagswesen im europäischen Kontext	177
WERNER STOCKER	
Vom EWR-Nein zur Akzeptanz der Bilateralen – ein Erfahrungsbericht	189
RUDOLF STRAHM	
Opting-Out im öffentlichen Übernahmerecht – Schweiz gegen Europa.....	201
RUDOLF TSCHÄNI	

IV. EU-Aussenbeziehungen und Internationales

Woodrow Wilsons Vermächtnis und die Schweiz.....	215
MARTIN DAHINDEN	
Die Rolle des EuGH bei der Streitbeilegung in internationalen Abkommen der EU	223
PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF	
The Multilateral Investment Court.....	235
NIKOLAY NATOV	
Friedensmacht Europa – Quo vadis?	247
DIETER RULOFF	
Amerika, quo vadis?	257
KURT R. SPILLMANN	
Liechtenstein in Europa – Agiler Kleinstaat mit offenen Grenzen	267
KLAUS TSCHÜTSCHER	

V. Wirtschaftsrecht

Eine ver-“flichte“ Schweiz?	281
MARTIN AMMANN	
Giuseppe Verdi und die europäische Einigung.....	293
MATHIS BERGER	
The Development and Regulation of Cryptocurrencies in Switzerland, the United States and the European Union	303
STEPHEN HALPERT	
Big Data im Kartellrecht.....	311
ANDREAS HEINEMANN	
Die Bereichsausnahme für Schulbücher in § 60a Abs. 3 Nr. 2 UrhG.....	323
THOMAS HOEREN/MATTHIAS MÖRIKE	
Gerichtliche Durchsetzung von Informationsrechten durch den einzelnen Verwaltungsrat.....	337
LAURENT KILLIAS	
Versicherungsaufsicht in europäischer Dynamik	351
MONICA MÄCHLER	
Is Regulation killing the „Good Old Times“?.....	365
MARTIN NAVILLE	
The Impact of Increasing Economic Concentration on Income Disparity in the United States	371
JED S. RAKOFF	
Wettbewerb als Regelungsziel der europäischen Finanzmarktgesetzgebung ..	375
ROLF SETHE	
Der Stifter im Erbrecht – der Erblasser im Stiftungsrecht	387
THOMAS SPRECHER	

„Taxi Driver“ – oder: Was bedeutet das internationale Recht für die
Regulierung von Taxidienstleistungen in der Schweiz? 395

DIRK TRÜTEN/TOBIAS BAUMGARTNER

Aspekte der Fair-Preis-Initiative..... 407

ROGER ZÄCH

VI. Hommage

Personal Reminiscences..... 423

ESTHER NÄGELI

Gerichtliche Durchsetzung von Informationsrechten durch den einzelnen Verwaltungsrat

I. Information als Grundvoraussetzung für die Tätigkeit des Verwaltungsrates

Der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft hat vielfältige unentziehbare und nicht delegierbare Führungs-, Aufsichts- und Kontrollaufgaben (Art. 716a Abs. 1 OR), die er pflichtgemäss wahrzunehmen hat (Art. 717 OR). Für die Erfüllung dieser gesetzlichen Aufgaben ist jedes Verwaltungsratsmitglied (im Folgenden „VR-Mitglied“) auf eine umfassende, stufen- und zweckgerichtete Information über die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft angewiesen¹.

Gleichsam als Gegenstück zu den vielfältigen gesetzlichen Rechten und Pflichten des Verwaltungsrates geht das Schweizer Recht von einer unbegrenzten und solidarischen Haftung des VR-Mitglieds aus (Art. 754 OR). In einem Haftungssystem, das auf dem Verschuldensprinzip beruht, ist das VR-Mitglied aufgrund seines Wissens verantwortlich, das er hatte oder sich bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte verschaffen können². Der Beklagte in einem Verantwortlichkeitsprozess kann sich grundsätzlich nicht mit dem Hinweis auf fehlende Informationen exkulpieren. Deshalb hat sich jedes VR-Mitglied proaktiv um die Informationen zu bemühen, die für die pflichtgemässe Ausübung seiner Tätigkeit erforderlich sind³.

Je nach Organisation der Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft (durch den Verwaltungsrat selbst, einen Ausschuss, einen Delegierten oder Direktoren) hat das einzelne VR-Mitglied allerdings oft nur einen beschränkten direkten Zugang zu Informationen über die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft. Für die VR-Mit-

* Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Partner bei Pestalozzi Attorneys at Law, Zürich, Mitglied des Vorstands des Europa Instituts an der Universität Zürich.

¹ Vgl. nur ZK-BÜHLER, Art. 715a OR N 1.

² VON BÜREN ROLAND/STOFFEL WALTER A./WEBER ROLF H., Grundriss des Aktienrechts, 2. Aufl., Zürich 2007, Rz 621.

³ Vgl. ZK-BÜHLER, Art. 715a OR N 38.

glieder, die als Vertreter eines Minderheitsaktionärs oder möglichen Konkurrenten der AG im Verwaltungsrat sitzen, ist der Zugang zu Informationen in der Praxis häufig zusätzlich erschwert.

Das VR-Mitglied kann seine gesetzlichen Pflichten jedoch nur dann pflichtgemäss ausüben, wenn ein umfassender Zugang zu den wesentlichen Informationen der Geschäftstätigkeit gewährt ist. Dieser Notwendigkeit auf umfassende Informationen können im Einzelfall allerdings gewichtige Interessen der Gesellschaft entgegenstehen. Denn die Gesellschaft kann ein berechtigtes Bedürfnis haben, Missbrauchstatbeständen vorzubeugen und die Durchsetzung (unzulässiger) Eigeninteressen eines VR-Mitglieds zu verhindern⁴.

Die Frage der Information des einzelnen VR-Mitglieds gehört deshalb zu den Hauptproblemen des Aktienrechts⁵.

Ein kürzlich ergangener Leitentscheid des Bundesgerichts bildet Anlass, um zum Thema der gerichtlichen Durchsetzung von Informationsrechten durch das VR-Mitglied ein paar Schlaglichter zu setzen. Dieser kleine Beitrag ist dem Jubilar und Freund herzlich zugeeignet.

II. Informationsrechte des VR-Mitglieds nach Art. 715a OR

Der Gesetzgeber hat versucht, das Spannungsverhältnis zwischen unbeschränktem Wissenszugang einerseits und der Wahrung von Gesellschaftsinteressen andererseits mit der Regelung in Art. 715a OR aufzulösen.

Der Umfang der Informationsrechte des einzelnen VR-Mitglieds hängt davon ab, ob es sich um Auskünfte über den Geschäftsgang oder über bestimmte Sachgeschäfte handelt und ob Einsicht in Gesellschaftsunterlagen verlangt wird. Zunächst wird in Abs. 1 von Art. 715a OR der Grundsatz festgehalten, dass jedes VR-Mitglied Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen kann. Im Rahmen der Sitzungen des Verwaltungsrates sind alle Mitglieder sowie die mit der Geschäftsführung betrauten Personen zur Auskunft verpflichtet (Abs. 2). Dieses Auskunftsrecht bezieht sich nicht nur auf den allgemeinen

⁴ Vgl. nur BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, §13 Rz 163; BÄCHTOLD THOMAS, Die Information des Verwaltungsrates, Bern 1997, 182.

⁵ BÖCKLI (FN 4), § 13 Rz 163.

Geschäftsgang; in den Sitzungen können vielmehr auch detaillierte Angaben über einzelne Sachgeschäfte verlangt werden⁶. Ausserhalb der Sitzungen sind die mit der Geschäftsführung betrauten Personen verpflichtet, jedem VR-Mitglied über den Geschäftsgang – und mit Ermächtigung des Präsidenten auch über einzelne Geschäfte – Auskunft zu geben (Abs. 3). Ist für die Erfüllung einer Aufgabe die Einsichtnahme in Bücher und Akten erforderlich, kann jedes VR-Mitglied vom Präsidenten Einsicht in dieselben verlangen (Abs. 4). Wird dieses Einsichtsrecht vom Präsidenten verweigert, kann der Antrag erneut beim Gesamt-Verwaltungsrat gestellt werden (Abs. 5).

Die in Art. 715a OR geregelten Rechte setzen den zwingenden Mindeststandard. Dem Verwaltungsrat steht es jedoch frei, die Auskunfts- und/oder Einsichtsrechte über das gesetzliche Minimum hinaus zu erweitern (vgl. Art. 715a Abs. 6 OR)⁷.

Das Auskunfts- und Einsichtsrecht des VR-Mitglieds nach Art. 715a OR gilt allerdings nicht schrankenlos. Während Auskünfte über den Geschäftsgang grundsätzlich unbeschränkt zu gewähren sind, kann etwa die Einsicht in spezifische Geschäftsunterlagen dann verweigert werden, wenn dies für die Erfüllung der Aufgabe nicht erforderlich ist⁸. Zudem muss das Auskunfts- und Einsichtsbegehren hinsichtlich Zeitpunkt und Umfang verhältnismässig sein. Im Weiteren kann die Information in engen Grenzen auch dann verweigert werden, wenn das VR-Mitglied eine Ausstandspflicht trifft, weil es sich in einer Interessenkollision (z.B. Konkurrent, Gegenpartei in einem Prozess etc.) befindet⁹. Bei der Bewertung der Interessen der Gesellschaft im Geltungsbereich von Art. 715a OR ist allerdings zu beachten, dass das VR-Mitglied einer umfassenden Sorgfalts- und Treuepflicht sowie einer strengen Geheimhaltungspflicht unterliegt, welche die berechtigten Interessen der Gesellschaft vor Weitergabe von absoluten oder relativen Geschäftsgeheimnissen hinreichend schützt¹⁰. Schliesslich ist beim Informationsbegehren nach Art. 715a OR wie bei jeder Rechtsausübung das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot zu beachten¹¹.

⁶ BaK-WERNLI/RIZZI, Art. 715a OR N 6.

⁷ ZK-BÜHLER, Art. 715a OR N 64 f.

⁸ BaK-WERNLI/RIZZI, Art. 715a OR N 11; BÖCKLI (FN 4), § 13 Rz 218.

⁹ Vgl. etwa BÖCKLI (FN 4), § 13 Rz 169 ff.; BaK-WERNLI/RIZZI, Art. 715a OR N 5.

¹⁰ Vgl. NAEF MONIKA/RIEGER SEBASTIAN, Zur Durchsetzung von Informationsrechten nach Art. 715a OR, AJP 2018, 605.

¹¹ BaK-WERNLI/RIZZI, Art. 715a OR N 4 f.; BÖCKLI (FN 4), § 13 Rz 173.

Wird das Auskunfts- und Einsichtsbegehren des VR-Mitglieds abgewiesen¹², kann dieser Beschluss nicht an die Generalversammlung weiter gezogen werden¹³. In einem solchen Fall kann das VR-Mitglied immerhin eine Nichtigkeitsklage nach Art. 714 OR anstrengen. Mit einer solchen Feststellungsklage, die bei Gutheissung nur dazu führt, dass das Gericht die Nichtigkeit des angefochtenen Verwaltungsratsbeschlusses festhält, ist für das VR-Mitglied in der Regel nichts gewonnen, weil auch die Gutheissung der Klage nicht zur Erteilung der verweigerten Information führt¹⁴. Zudem wird die Nichtigkeit eines angefochtenen Beschlusses nur dann anzunehmen sein, wenn der Verwaltungsrat die Informationsrechte willkürlich verweigerte¹⁵, was wohl nur selten der Fall sein wird¹⁶.

In der Lehre ist heftig umstritten, ob das VR-Mitglied seine Auskunfts- und/oder Einsichtsbegehren, die vom Verwaltungsrat abgelehnt wurden, mittels Leistungsklage gerichtlich durchsetzen kann¹⁷. Die Frage, ob das Recht der Verwaltungsräte auf Auskunft und Einsicht nach Art. 715a OR gerichtlich durchgesetzt werden kann, wurde vom Bundesgericht bis zum Entscheid vom 28. Februar 2018 (sogleich III.) ausdrücklich offen gelassen¹⁸.

¹² Ein abweisender Beschluss ist zu begründen, BaK-WERNLI/RIZZI, Art. 715a OR N 12.

¹³ Statt aller BÖCKLI (FN 4), § 13 Rz 221 f.; BaK-WERNLI/RIZZI, Art. 715a OR N 13.

¹⁴ Vgl. nur BaK-WERNLI/RIZZI, Art. 715a OR N 13.

¹⁵ BÖCKLI (FN 5), § 13 Rz 223.

¹⁶ BGer vom 28. Februar 2018, 4A_346/2017, Erw. 5.2.2.

¹⁷ Aus dem umfangreichen Schrifttum vgl. für die Zulässigkeit etwa BÄCHTOLD (FN 4), 178 ff.; MONTAVON PASCAL, *Droit Suisse de la SA*, 3. Aufl., Zürich, 2004, 572. Gegen die Zulässigkeit etwa ZKBÜHLER, Art. 715a OR N 62; BÖCKLI (FN 4), § 13 Rz 222 ff.; PETER/CAVADINI, in: *Commentaire romand, Code des obligations*, Bd II, 2. Aufl., 2012, Art. 715a OR N 36; KUNZ PETER V., *Die Klagen im Schweizer Aktienrecht*, Zürich 1997, 155; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996 § 28 Rz 107. Weitere Hinweise zu Lehrmeinungen in BGer 4A_346/2017 vom 28. Februar 2018, Erw. 5.1.

¹⁸ BGE 129 III 499 E. 3.4.

III. Entscheidung des Bundesgerichts vom 28. Februar 2018

Im Leitentscheid vom 28. Februar 2018¹⁹ hatte das Bundesgericht zu klären, ob das VR-Mitglied seinen Anspruch auf Auskunft und Einsicht nach Art. 715a OR gerichtlich durchsetzen kann.

Im zu beurteilenden Fall hatte das VR-Mitglied A Einsicht in verschiedene Unterlagen der B AG (Aktienbuch, Register über die wirtschaftlich berechtigten Personen, Übertragungsdokumente sämtlicher Aktien der B AG, Protokolle der Generalversammlungen und Sitzungen des Verwaltungsrates seit September 2015, Bücher über den Geschäftsgang seit September 2015 etc.) verlangt. Der Verwaltungsrat verweigerte seinem Mitglied A diese Informationen, worauf A vor den Gerichten des Kantons Obwalden auf Einsicht in diese Unterlagen klagte. Die Leistungsklage von A wurde vom Obergericht des Kantons Obwalden abgewiesen. Das Bundesgericht hob das Urteil in diesem Punkt²⁰ jedoch auf und wies es zu neuer Begründung und Beurteilung an die Vorinstanz zurück.

Die Gegner einer Leistungsklage bringen in der Regel zwei Hauptargumente vor, die für das Bundesgericht jedoch nicht stichhaltig sind:

- (i) Für einen Teil der Lehre können Informationsansprüche nach Art. 715a OR schon deshalb nicht eingeklagt werden, weil diese Bestimmung im Unterschied zu den Informationsansprüchen des Aktionärs (Art. 697 Abs. 4 OR) keine Klagemöglichkeit erwähnt. Auf Grund eines qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers sei deshalb eine Leistungsklage nach Art. 715a OR ausgeschlossen²¹.

Dieses Argument wird vom Bundesgericht zu Recht verworfen. Denn wenn das Gesetz einen Anspruch gewährt, ist für das Bundesgericht grundsätzlich davon auszugehen, dass dieser Anspruch auch gerichtlich durchgesetzt werden kann. Im Übrigen sehe das Gesetz andere Informationsrechte vor, für welche ebenfalls keine explizite Klagemöglichkeit vorgesehen sei (so z.B. Art. 541 OR²²). Soll eine gerichtliche Durchsetzung ausnahmsweise

¹⁹ 4A_346/2017; zur amtlichen Publikation vorgesehen. Zu diesem Urteil sind bereits erste Besprechungen ergangen: NAEF/RIEGER (FN 10), 600 ff.; SIEBER MONIKA, Klageweise Durchsetzbarkeit von Informationsrechten des Verwaltungsrates, GesKR 2018, 230 ff.

²⁰ Das Feststellungsbegehren auf Nichtigkeit der VR-Beschlüsse wies es indes ab, soweit es darauf eintrat.

²¹ So etwa BÖCKLI (FN 4), § 13 Rz 222.

²² Hierzu BGer 4A_4/2011 vom 20. Juli 2011, E. 7.2.

nicht möglich sein, werde dies umgekehrt in der Regel ausdrücklich gesagt (Erw. 5.3.2.1).

- (ii) Die Gegner einer Leistungsklage machen zudem geltend, dass Art. 715a OR eine körperschaftliche Regelung enthalte. Die Zulässigkeit einer Leistungsklage auf Information führe letztlich dazu, dass Verwaltungsratsbeschlüsse anfechtbar würden. Dies verstosse jedoch gegen den Grundsatz, dass Beschlüsse des Verwaltungsrates nicht anfechtbar seien²³.

Das Bundesgericht verwirft auch dieses Argument. Es bestätigt zwar, dass Verwaltungsratsbeschlüsse nach ständiger Rechtsprechung nicht anfechtbar seien²⁴. Dies schliesse jedoch nicht aus, dass das VR-Mitglied gegenüber der Gesellschaft selber eine Leistungsklage (Erfüllungsklage) erheben könne, wenn die Gesellschaft – handelnd durch den Verwaltungsrat – einen ihr gegenüber erhobenen gesetzlichen Anspruch verweigert habe. Denn es sei letztlich die Gesellschaft, welche die Auskunft und Einsicht schulde. Die Leistungsklage ziele primär auf den Erhalt der erforderlichen Informationen und nicht auf die Anfechtung und Korrektur eines VR-Beschlusses. Für das Bundesgericht ist letztlich entscheidend, dass das VR-Mitglied die in Art. 715a OR geschützten Informationsrechte benötigt, um die ihm übertragenen Aufgaben gegenüber der Gesellschaft sorgfältig ausüben zu können (Erw. 5.2.3.2).

Da das Bundesgericht zum Schluss gelangt, dass die in Art. 715a OR erwähnten Informationen gerichtlich einklagbar sind, hatte es in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob solche Klagen im summarischen oder im ordentlichen Verfahren zu beurteilen sind.

Der Geltungsbereich des summarischen Verfahrens wird in Art. 248 ff. ZPO geregelt. Danach gilt das summarische Verfahren auch für die in Art. 250 ZPO aufgezählten Angelegenheiten im Obligationenrecht. Für das Gesellschaftsrecht werden dreizehn Angelegenheiten genannt, für die das summarische Verfahren massgeblich ist. Das Recht auf Auskunft und Einsicht gemäss Art. 715a OR ist zwar in Art. 250 ZPO nicht aufgeführt, weil Art. 715a OR die gerichtliche Geltendmachung nicht ausdrücklich erwähnt und die Frage in der Lehre bisher umstritten war (Erw. 6). Das Bundesgericht weist jedoch darauf hin, dass der in

²³ Statt vieler BÖCKLI (FN 4), §13 Rz 222 f.; ZK-HOMBURGER, Art. 715a OR N 447.

²⁴ Dies entspricht ständiger Rechtsprechung, zuletzt BGer 4A_346/2017, Erw. 5.3.2.2. m.w.H

Art. 250 ZPO enthaltene Katalog nicht abschliessend ist („insbesondere“)²⁵. Zu den in dieser Bestimmung genannten Angelegenheiten gehört auch die Anordnung der Auskunftserteilung an Aktionäre (Art. 697 Abs. 4 OR) und Gläubiger (Art. 958e Abs. 2 OR), die mit den Informationsrechten des VR-Mitglieds nach Art. 715a OR vergleichbar sind. Für das Bundesgericht sind somit Klagen nach Art. 715a OR im summarischen Verfahren nach Art. 248 ff. ZPO und nicht etwa im ordentlichen Verfahren zu beurteilen (Erw. 6).

IV. Ausgewählte Aspekte bei der gerichtlichen Durchsetzung von Auskunfts- und Einsichtsrechten nach Art. 715a OR

Die Frage, wie die Informationsansprüche nach Art. 715a OR im Einzelnen gerichtlich durchzusetzen sind, wird vom Gesetz nicht gesagt. Das Bundesgericht hat im Entscheid vom 28. Februar 2018 „lediglich“ entschieden, dass solche Klagen im summarischen Verfahren zu beurteilen sind; weitergehende prozessuale Fragen waren nicht zu entscheiden. Im Folgenden wird auf ein paar ausgewählte Aspekte hingewiesen, die bei der gerichtlichen Durchsetzung einer Auskunfts- und Einsichtsklage des VR-Mitglieds relevant sein können.

1. Aktivlegitimation

Der Anspruch auf Auskunft und Einsicht nach Art. 715a OR ist persönlicher Natur und kann nicht abgetreten werden. Mit der Leistungsklage sollen die Informationen erhältlich gemacht werden, die für die Wahrnehmung der gesetzlichen Aufgaben als Mitglied des Verwaltungsrates benötigt werden. Vor diesem Hintergrund ist nur derjenige aktiv legitimiert, der nicht nur bei Klageeinleitung, sondern auch bei Urteilsfällung noch VR-Mitglied ist²⁶.

²⁵ BGE 138 III 166, Erw. 3.3., aus der Lehre statt aller BaK-MAZAN, Art. 250 ZPO N 5.

²⁶ Für das klagende VR-Mitglied besteht das Risiko, dass es nach der Klageeinleitung von der Generalversammlung abgewählt wird. Ist der Kläger im Zeitpunkt der Urteilsfällung nicht mehr VR-Mitglied, wird die Klage abgewiesen und der Kläger hat grundsätzlich die Prozesskosten zu tragen (Art. 106 ZPO). Davon kann allerdings abgewichen werden, wenn sich das VR-Mitglied in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war. In diesem Fall oder wenn sonst besondere Umstände vorliegen, kann das Gericht eine andere Verteilung der Prozesskosten vornehmen und die beklagte Gesellschaft zur (teilweisen) Tragung der Prozesskosten verpflichten (vgl. Art. 107 Abs. 1 ZPO).

2. Passivlegitimation

Das VR-Mitglied hat bestimmte unentziehbare und nicht delegierbare Aufgaben zu erfüllen (vgl. Art. 716 ff. OR). Diese gesetzlichen Pflichten sind gegenüber der Gesellschaft geschuldet. Umgekehrt ist es letztlich die Gesellschaft, welche die Informationen nach Art. 715a OR schuldet.

Obschon die Auskunfts- und Einsichtsbegehren nach Art. 715a OR an den Verwaltungsrat zu richten und von diesem Organ gesellschaftsintern „letztinstanzlich“ entschieden werden (oben II), ist die Gesellschaft und nicht etwa der Gesamt-Verwaltungsrat oder dessen Mehrheit passivlegitimiert²⁷.

Im Prozess wird die Gesellschaft durch den Verwaltungsrat vertreten (Art. 718 OR).

3. Rechtsbegehren

Das Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es bei gänzlicher Gutheissung der Klage ohne Ergänzung und Verdeutlichung zum richterlichen Urteil erhoben werden kann²⁸. Wie bei der Informationsklage des Aktionärs nach Art. 697 OR²⁹ sind auch bei der Klage nach Art. 715a OR die einzelnen Tatsachen, über welche eine sachdienliche Auskunft oder Einsicht verlangt wird, genau zu bezeichnen. Im Rechtsbegehren ist im Einzelnen zu sagen, welche Informationen verlangt werden, in welcher Form und für welchen Zeitraum. Ein Rechtsbegehren, mit welchem generell Auskunft und/oder Einsicht verlangt wird, genügt nicht³⁰.

Während das Auskunftsbegehren den konkreten Sachverhalt umschreiben muss, über den Auskunft verlangt wird, sind im Einsichtsbegehren die Dokumente zu bezeichnen, in welche der Kläger Einsicht verlangt. Daraus folgt, dass das Begehren um Auskunftserteilung nicht im Begehren um Einsichtsgewährung enthalten ist³¹. Verlangt der Kläger sowohl Auskunft als auch Einsicht, sind zwei Rechtsbegehren zu formulieren und zu begründen.

²⁷ BGer vom 28. Februar 2018, Erw. 5.2.3.2. Dies gilt auch bei Klage nach Art. 697 OR, vgl. etwa MAROLDA MARTINEZ LARISSA, *Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht*, Zürich 2006, 214.

²⁸ Vgl. nur BK-KILLIAS, Art. 221 ZPO N 8.

²⁹ Vgl. etwa BÖCKLI (FN 4), § 13 Rz 163; BaK-WEBER, Art. 697 OR N 21.

³⁰ Vgl. nur MAROLDA MARTINEZ (FN 27), 217 ff.

³¹ Vgl. BGE 132 III 71 E. 2.1. für eine Klage nach Art. 697 OR.

Das VR-Mitglied kann zusätzlich zu seiner Leistungsklage auf Auskunft und Einsicht gleichzeitig den Eventualantrag stellen, es sei bei Abweisung der Hauptklage (Leistungsklage) die Nichtigkeit des Verwaltungsratsbeschlusses festzustellen (Art. 714 OR; vgl. vorstehend II). Es sind zwar Konstellationen denkbar, in welcher die Informationsklage etwa aus prozessualen Gründen abgewiesen, die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Verwaltungsratsbeschlusses aber dennoch gutgeheissen werden kann³². Solche Situationen dürften in der Praxis allerdings sehr selten sein³³.

4. Örtliche und sachliche Zuständigkeit; Streitwert

Da sich die Klage gegen die Gesellschaft richtet (oben, IV.2.), sind die Gerichte am Sitz der beklagten Aktiengesellschaft zuständig (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO)³⁴.

Befindet sich der Sitz der beklagten Aktiengesellschaft in einem Kanton, der ein Handelsgericht kennt, können die Kantone auch für Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften die Zuständigkeit des Handelsgerichts vorsehen (Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO). Hat die beklagte Aktiengesellschaft ihren Sitz im Kanton Zürich, ist für Klagen nach Art. 715a OR zwingend das Einzelgericht am Handelsgericht Zürich zuständig, sofern der Streitwert mindestens CHF 30'000 beträgt (§ 45 lit. c GOG).

Für das Bundesgericht handelt es sich bei einer Klage auf Herausgabe und Einsicht in Geschäftsdokumente nach Art. 715a OR um eine vermögensrechtliche Streitigkeit, weil damit letztlich ein wirtschaftliches Ziel verfolgt werde³⁵. Die Höhe des Streitwertes hat u.U. nicht nur einen Einfluss auf die sachliche Zuständigkeit und die Art der Rechtsmittel; auch die Höhe der Prozesskosten (Ge-

³² Beispiel: So kann das Rechtsbegehren auf Auskunft oder Einsicht zu wenig bestimmt sein, der Beschluss des Verwaltungsrates, mit welchem das Informationsbegehren abgewiesen wurde, aber dennoch nichtig sein.

³³ Wird die Leistungsklage aus materiell-rechtlichen Gründen abgewiesen (weil etwa die Einsicht in Geschäftsunterlagen vom Verwaltungsrat zu Recht verweigert wurde), ist eine Gutheissung des Eventualantrages auf Feststellung der Nichtigkeit des VR-Beschlusses kaum vorstellbar.

³⁴ Diese Zuständigkeit gilt auch im internationalen Verhältnis (z.B. bei Klage eines VR-Mitglieds mit Wohnsitz im Ausland gegen die AG mit Sitz in der Schweiz) gemäss Art. 151 Abs. 1 IPRG und im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 60 Abs. 1 LugÜ. Statutarische Gerichtsstands- und Schiedsklauseln bleiben vorbehalten.

³⁵ BGer 4A_346/2017 vom 28. Februar 2018, Erw. 1.

richtskosten und Parteientschädigung) hängt im Wesentlichen vom Streitwert ab³⁶.

Lautet das Rechtsbegehren wie bei einer Informationsklage nach Art. 715a OR nicht auf eine bestimmte Geldsumme (sondern auf Auskunft und Einsicht in bestimmte Unterlagen), so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen können oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 92 Abs. 2 ZPO). Bei Klagen i.S.v. Art. 715a OR ist wohl immer von einem Streitwert von mehr als CHF 30'000 auszugehen³⁷.

5. Vorgängiges Auskunfts-/Einsichtsbegehren

Die Voraussetzungen für eine Klage nach Art. 715a OR sind im Gesetz nirgends geregelt. Analog zur Informationsklage des Aktionärs nach Art. 697 OR³⁸ hat das VR-Mitglied bei einer Klage nach Art. 715a OR darzulegen, dass der geltend gemachte Anspruch auf Auskunft und/oder Einsicht vorgängig „letztinstanzlich“ vom Verwaltungsrat abgewiesen wurde (oben II). Der Verweigerung des Auskunfts- und/oder Einsichtsrechts ist die Nichtbehandlung des Begehrens durch den Verwaltungsrat gleich zu setzen³⁹.

6. Frist zur Geltendmachung einer Klage nach Art. 715a OR?

Im Unterschied zu anderen Klagen des Aktienrechts enthält Art. 715a OR keine Regelung, innert welcher Frist der ablehnende Entscheid des Verwaltungsrates vor Gericht angefochten werden muss.

Wie jeder Anspruch kann auch der Anspruch nach Art. 715a OR verjähren. Mangels einer ausdrücklichen Regelung gelten die allgemeinen Verjährungsvorschriften nach Art. 127 ff. OR. Die Verjährung beginnt somit mit dem Tag nach Erhalt der negativen Entscheidung des Verwaltungsrates zu laufen; die Verjäh-

³⁶ Die Kantone setzen die Tarife für die Prozesskosten fest (Art. 96 ZPO). Zwischen den kantonalen Tarifen bestehen teilweise erhebliche Unterschiede.

³⁷ Im Entscheid vom 28. Februar 2018, Erw. 1, musste sich das Bundesgericht nicht weiter zum Streitwert äussern, weil die Vorinstanz von einem Streitwert von mehr als CHF 30'000 ausging und diese Feststellung für das Bundesgericht nicht offensichtlich unrichtig war. Bei Informationsklagen nach Art. 715a OR sind konkrete Anhaltspunkte für eine wertmässige Bestimmung des Begehrens nur schwer zu finden.

³⁸ BaK-WEBER, Art. 697 OR N 21; MAROLDA MARTINEZ (FN 27), 220f.

³⁹ Vgl. für Klagen nach Art. 697 OR etwa BaK-WEBER, Art. 697 OR N 21; KNOBLOCH STEFAN, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Zürich 2011, 315.

rungsfrist beträgt 10 Jahre (Art. 127 OR)⁴⁰. Im Zusammenhang mit dem Informationsanspruch des Aktionärs nach Art. 697 OR wird wohl einhellig die Meinung vertreten, dass der Anspruch verwirkt ist, wenn der Kläger mit seiner Klage in rechtsmissbräuchlicher Weise zugewartet habe. Ein solches rechtsmissbräuchliches Verhalten wird etwa dann angenommen, wenn dem Aktionär zumutbar ist, sein Begehren an der nächsten Generalversammlung erneut zu stellen⁴¹. Für die Klage nach Art. 715a OR ist eine Frist, innert welcher der Anspruch gerichtlich geltend zu machen ist, grundsätzlich abzulehnen⁴². Die latente Auskunfts- und Einsichtsklage des VR-Mitglieds führt weder für die Gesellschaft noch den Verwaltungsrat zu einer unhaltbaren Rechtsunsicherheit. Denn der Verwaltungsrat ist in seiner Handlungsfreiheit nicht eingeschränkt, wenn er einem VR-Mitglied die Auskunft/Einsicht verweigert hat. Die Klage nach Art. 715a OR ist deshalb nicht automatisch nach Ablauf von zwei oder drei Monaten verwirkt. Die Verwirkung des Informationsanspruchs kann nur in den offensichtlichen Fällen von Rechtsmissbrauch (Art. 2 ZGB) eintreten⁴³.

Falls mit der Klage Informationen geltend gemacht werden, die für das klagende VR-Mitglied im Urteilszeitpunkt allerdings nicht mehr erforderlich sind, fehlt es am Rechtsschutzinteresse und kann die Klage aus diesem materiell-rechtlich Grund abgewiesen werden⁴⁴.

7. Beweismass, Beweismittel und Kognition

Das Bundesgericht hat in seiner Entscheidung vom 28. Februar 2018 erkannt, dass die Informationsklage nach Art. 715a OR im summarischen Verfahren nach Art. 250 ZPO zu beurteilen ist (vgl. oben, III.).

Die ZPO sieht für das typische Summarverfahren eine Beweisbeschränkung vor, weil der Beweis grundsätzlich nur mit Urkunden zu erbringen ist (vgl. Art. 254 Abs. 1 ZPO). Zudem ist in solchen Verfahren das Beweismass beschränkt, weil Behauptungen und Bestreitungen nicht strikt nachzuweisen, sondern lediglich

⁴⁰ Vgl. KNOBLOCH (FN 39), 319, für die Klage nach Art. 697 OR.

⁴¹ BÖCKLI (FN 4), § 12 Rz 162.

⁴² So wäre auch etwa eine analoge Anwendung der Frist von drei Monaten, wie sie für die Sonderprüfung nach Art. 697b OR vorgesehen ist, abzulehnen.

⁴³ Ebenso für die Klage nach Art. 697 OR KNOBLOCH (FN 39), 319 f.

⁴⁴ Vgl. KNOBLOCH (FN 39), 320 f., für die Klage nach Art. 697 OR.

glaubhaft zu machen sind. Deshalb ergehen Entscheidungen im typischen Summarverfahren denn auch nicht in materielle Rechtskraft⁴⁵.

Für die Informationsklage nach Art. 715a OR ist die Beweismittel- und Beweismassbeschränkung abzulehnen. Denn für die effiziente und pflichtgemässe Führung, Aufsicht und Kontrolle der Gesellschaft ist das VR-Mitglied auf eine umfassende Information angewiesen. Der Entscheid, ob und in welchem Umfang dem einzelnen VR-Mitglied Auskunft und Einsicht nach Art. 715a OR zu gewähren ist, setzt unter Umständen schwierige Abwägungen und Interessensprüfungen voraus.

Aus diesen Gründen ist die Informationsklage nach Art. 715a OR in einem atypischen Summarverfahren zu beurteilen⁴⁶. Die Kognition des Gerichts ist nicht auf eine Willkürprüfung des angefochtenen Entscheids des Verwaltungsrates beschränkt⁴⁷. Die Parteien haben für ihre Behauptungen und Einwendungen vielmehr den strikten Beweis zu erbringen⁴⁸; die blosse Glaubhaftmachung genügt nicht⁴⁹. Folglich hat das angerufene Gericht grundsätzlich sämtliche Beweismittel abzunehmen (vgl. Art. 254 Abs.2 ZPO)⁵⁰. Das Verfahren führt zu einem materiell rechtskräftigen Endentscheid⁵¹.

Bei einer Klage nach Art. 715a OR besteht der Unterschied zwischen dem anwendbaren (atypischen) summarischen und dem ordentlichen Verfahren somit „lediglich“ in der Verfahrensbeschleunigung. Diese wird dadurch erreicht, dass kein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist (Art. 198 Abs. lit. a ZPO) und der Summarrichter von der Durchführung einer Verhandlung absehen kann (Art. 256 Abs. 1 ZPO). Im Weiteren sind auch die Berufungsfristen kürzer als im ordentlichen Verfahren (Art. 314 Abs. 1 ZPO).

⁴⁵ Zum Ganzen vgl. nur BaK-MAZAN, vor Art. 248-256 ZPO N 6.

⁴⁶ BGer 4A_346/2017 vom 28. Februar 2018, Erw. 6.

⁴⁷ Für die Klage nach Art. 697 OR wird die Meinung vertreten, dass der Entscheid der Generalversammlung nur auf Willkür zu prüfen ist, so etwa HGer ZH 23.Mai 2013, ZR 7-8/2013 Nr. 112; BaK-WEBER, Art. 697 OR N 22; a.A. jedoch KNOBLOCH (FN 39), 321. Für die Klage nach Art. 715a OR ergibt sich aus dem Wortlaut keine Beschränkung auf eine Willkürprüfung (vgl. demgegenüber Art. 697 Abs. 4 OR). Eine blosse Willkürprüfung wäre auch sachlich nicht gerechtfertigt. Denn das VR-Mitglied benötigt die Information für die Führung, Aufsicht und Kontrolle der Gesellschaft und nicht wie ein Aktionär (bloss) für die Beurteilung seines Investments.

⁴⁸ Bei Beweisschwierigkeiten sind Beweiserleichterungen in dem Sinne denkbar, dass der Beweis mit hoher oder überwiegender Wahrscheinlichkeit genügt, BGE 137 III 255 E.4.1.2

⁴⁹ Dies gilt auch für die Aktionärsklage nach Art. 697 OR, vgl. BGE 120 II 352 E. 2b; BaK-MAZAN, Art. 250 ZPO N 27.

⁵⁰ Vgl. auch BGer 4A_346/2017 vom 28. Februar 2018, Erw. 6.

⁵¹ BaK-MAZAN, vor Art. 248-256 ZPO N 7.

V. Schlussbemerkungen

Mit seinem Leitentscheid vom 28. Februar 2018 hat das Bundesgericht zu Recht entschieden, dass das VR-Mitglied seinen Anspruch auf Auskunft und Einsicht nach Art. 715a OR mit einer Leistungsklage gerichtlich durchsetzen kann.

Gerade bei kleineren Aktiengesellschaften spielt der Minderheitenschutz eine grosse Rolle. Das Informationsrecht nach Art. 715a OR war bisher weitgehend eine paper rule. Mit der richterlich geschaffenen Informationsklage erhalten VR-Mitglieder, die insbesondere als Vertreter eines Minderheitsaktionärs im Verwaltungsrat sitzen, ein neues Instrument, um gesetzlich garantierte Rechte durchzusetzen. Es wird in Zukunft wohl schwieriger werden, VR-Mitglieder systematisch durch unterlassene Informationen kalt zu stellen. Die Möglichkeit, Auskunft und Einsicht auch auf dem Gerichtsweg einzufordern, dürfte dazu führen, dass ein Verwaltungsrat in Zukunft eher gewillt ist, einem solchen Begehren zu entsprechen.