



## Zur Durchsetzung von Informationsrechten nach Art. 715a OR

MONIKA NAEF\*



SEBASTIAN RIEGER\*\*

*Das Bundesgericht hat sich im Rahmen des Leitentscheids 4A\_364/2017 vom 28. Februar 2018 mit der Frage auseinandergesetzt, ob der Anspruch eines Verwaltungsratsmitglieds auf Auskunft und Einsicht nach Art. 715a OR gerichtlich durchgesetzt werden kann. Das Bundesgericht hatte die in der Lehre strittige Frage bisher offengelassen. Der wegweisende Entscheid bestätigt nun die gerichtliche Durchsetzbarkeit. Vom Gesetzgeber gewährte Ansprüche müssen grundsätzlich durchsetzbar sein. Die von der herrschenden Lehre vertretene Auffassung, Art. 715a OR sei gerichtlich durchsetzbar, wurde nun höchstrichterlich bestätigt. Die Autoren führen im vorliegenden Beitrag die Argumente für und gegen die Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf und analysieren kritisch die aktuellen Lehrmeinungen.*

*Dans le cadre de son arrêt de principe 4A\_364/2017 du 28 février 2018, le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de savoir s'il était possible de faire valoir le droit du conseil d'administration aux renseignements et à la consultation, prévu à l'art. 715a CO, en justice. Jusqu'ici, il avait laissé ouverte cette question qui divise la doctrine. Cet arrêt, appelé à faire jurisprudence, vient confirmer qu'il s'agit d'une prétention invocable en justice en soulignant que les droits accordés par le législateur doivent, par principe, pouvoir être appliqués. Les auteurs relèvent dans cet article les arguments pour et contre la possibilité de faire valoir ce droit et offrent une analyse critique des avis actuels de la doctrine.*

### Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Sachverhalt
- III. Gerichtliche Durchsetzbarkeit des Anspruchs
  - A. Argumentation der Vorinstanzen
  - B. Erwägungen des Bundesgerichts
- IV. Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung
  - A. Qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers?
  - B. Voraussetzungen für die pflichtgemässe Aufgabenerfüllung gemäss Art. 717 OR
  - C. Leistungsklage als «verkappte Anfechtungsklage»?
  - D. Verfahrensart für Ansprüche aus Art. 715a OR
- V. Fazit

### I. Ausgangslage

Der Verwaltungsrat ist das strategische Leitungsorgan der Gesellschaft. Zur pflichtgemässen Aufgabenerfüllung<sup>1</sup> bedarf ein Verwaltungsratsmitglied der hierfür erforderlichen Informationen im entsprechenden Umfang und innert nützlicher Frist. Daher stehen jedem Verwaltungsratsmitglied gesetzlich ausdrücklich normierte Informationsrechte zu.

Gemäss Art. 715a Abs. 1 OR kann jedes Verwaltungsratsmitglied Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen. Dieses Recht betrifft sämtli-

che Angelegenheiten der Gesellschaft, ist persönlich und kann nicht eingeschränkt oder gar entzogen werden.<sup>2</sup> Im Rahmen einer Verwaltungsratssitzung sind alle Mitglieder des Verwaltungsrats sowie die mit der Geschäftsführung betrauten Personen zur Auskunft verpflichtet.<sup>3</sup> Ausserhalb der Verwaltungsratssitzungen sind die mit der Geschäftsführung betrauten Personen verpflichtet, jedem Verwaltungsratsmitglied über den Geschäftsgang Auskunft zu geben.<sup>4</sup> Ist für die Erfüllung einer Aufgabe die Einsichtnahme in Bücher und Akten notwendig, kann jedes Mitglied vom Präsidium des Verwaltungsrats Einsicht in dieselben verlangen.<sup>5</sup> Verweigert das Präsidium die angebehrte Einsichtnahme, kann der Antrag erneut an den Gesamtverwaltungsrat gerichtet werden. Wird der Antrag erneut abgelehnt, stellt sich die Frage der möglichen Optionen. Innerhalb der Gesellschaft ist ein Weiterzug – soweit ersichtlich – in der Lehre unstrittig nicht möglich.<sup>6</sup> Eine devolutive Anfechtung an die Generalversammlung als oberstes Organ<sup>7</sup> ist somit ausgeschlossen.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> KATJA ROTH PELLANDA, Organisation des Verwaltungsrates, Zusammensetzung, Arbeitsteilung, Information und Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 2007, N 689.

<sup>3</sup> Art. 715a Abs. 2 OR.

<sup>4</sup> Art. 715a Abs. 3 OR.

<sup>5</sup> Art. 715a Abs. 4 OR.

<sup>6</sup> Statt vieler: BSK OR II-WERNLI/RIZZI, Art. 715a N 12, m.w.H., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser).

<sup>7</sup> Art. 698 Abs. 1 OR.

<sup>8</sup> PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 13 N 221a, der ergänzend ausführt, dass die Generalversammlung den

\* MONIKA NAEF, Advokatin, Dufour Advokatur, Basel.

\*\* SEBASTIAN RIEGER, Advokat, Dufour Advokatur, Basel.

SEBASTIAN RIEGER hat den Beschwerdeführer im Verfahren vor Bundesgericht vertreten. Die Autoren danken KAAAN ERTAN, MLaw, für die wertvolle Unterstützung.

<sup>1</sup> Art. 717 OR.

In der Lehre war die Frage der gerichtlichen Durchsetzbarkeit besagter Informationsrechte und der klageweisen Anfechtung einer Verweigerung bis anhin umstritten. Diese Frage wurde nun vom Bundesgericht in seinem Leitentscheid 4A\_364/2017 vom 28. Februar 2018 höchstrichterlich geklärt.<sup>9</sup>

## II. Sachverhalt

Mit Gesuch vom 29. Juni 2016 stellte A. (Gesuchsteller und Beschwerdeführer) als Verwaltungsrat der B. AG (Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin) beim Kantonsgerichtspräsidium Obwalden diverse Begehren. So beantragte er unter anderem, die Gesuchsgegnerin sei kostenfällig zu verpflichten, ihm Einsicht in ihre Bücher und Akten zu gewähren, insbesondere in das Aktienbuch, das Register über die wirtschaftlich berechtigten Personen, die Übertragungsdokumente sämtlicher Aktien der Gesuchsgegnerin, sämtliche Protokolle und Protokollauszüge der Generalversammlungen und von Sitzungen des Verwaltungsrats seit dem 25. September 2015, die Bücher über den Geschäftsgang seit dem 25. September 2015, insbesondere bezüglich der Vertragsverhandlungen, Vertragsabschlüsse, Vertragsauflösungen, diverser Zahlungen und Auftragserteilungen, sowie in die Unterlagen, welche die Vorwürfe der Gesuchsgegnerin gegenüber A. untermauern sollen.

Mit Entscheid vom 20. Dezember 2016 wies der Kantonsgerichtspräsident das Begehren um Einsichtnahme ab, da aus seiner Sicht für eine Leistungsklage auf Informationserteilung an ein Mitglied des Verwaltungsrats keine Rechtsgrundlage bestünde. Gegen diesen Entscheid erhob der Gesuchsteller Berufung beim Obergericht des Kantons Obwalden.

Das Obergericht des Kantons Obwalden wies die Berufung mit Entscheid vom 24. Mai 2017 ab. Das Obergericht stützte die Auffassung des Kantonsgerichtspräsidenten, das Recht eines Verwaltungsrats auf Auskunft und Einsicht nach Art. 715a OR könne nicht gerichtlich durchgesetzt werden.

Gegen diesen Entscheid erhob A. am 7. Juli 2017 Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht.

Verwaltungsratsbeschluss nicht umstossen aber missbilligend zur Kenntnis nehmen kann.

<sup>9</sup> Im vorliegenden Aufsatz wird die vom Bundesgericht im Entscheid ebenfalls ausführlich behandelte Frage der aktienrechtlichen Nichtigkeitklage aus Platzgründen nicht abgehandelt.

## III. Gerichtliche Durchsetzbarkeit des Anspruchs

### A. Argumentation der Vorinstanzen

Die Vorinstanzen wiesen die Anträge von A. vollumfänglich ab. Zur Begründung führten beide Instanzen aus, der Entscheid des Gesamtverwaltungsrats sei endgültig und daher nicht gerichtlich überprüfbar. Das Gesetz sehe eine klageweise Durchsetzung des Informations- und Auskunftsrechts nach Art. 715a OR – im Gegensatz zur Klagemöglichkeit des Aktionärs gemäss Art. 697 Abs. 4 OR – nicht ausdrücklich vor. Es sei daher von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers auszugehen. Zudem obliege es nicht dem Gericht, eine inhaltliche Kontrolle über Mehrheitsbeschlüsse des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft vorzunehmen, weshalb auch der Gesetzgeber eine solche Überprüfbarkeit verworfen habe.

Der Informationsanspruch wurde von A. im summarischen Verfahren geltend gemacht. Die Vorinstanzen liessen die Frage zur korrekten Verfahrensart ausdrücklich offen, fällten aber mit Entscheid vom 20. Dezember 2016 bzw. Berufungsentscheid vom 24. Mai 2017 jeweils einen Sachentscheid als Endentscheid.<sup>10</sup>

### B. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hiess mit seinem Entscheid 4A\_364/2017 vom 28. Februar 2018 die Beschwerde des Beschwerdeführers teilweise gut.

Das Bundesgericht stellte zunächst fest, dass die Lehrmeinungen zur vorliegenden Frage geteilt seien (E. 5.1).<sup>11</sup>

Sodann prüfte es die Anspruchsgrundlage nach dem gängigen Methodenpluralismus. Das Gesetz müsse, so das Bundesgericht, in erster Linie aus sich selbst heraus ausgelegt werden. Dazu würde das Gesetz nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck der ihm zugrunde liegenden

<sup>10</sup> Ein Endentscheid liegt vor, wenn dieser die Angelegenheit vor der entsprechenden Instanz abschliesst, vgl. BGer, 4P\_32/2002, 3.9.2002, E. 1. Ein Endentscheid kann in der Form eines Sachentscheids (bei Gutheissung oder Abweisung) oder Prozessentscheids ergehen, vgl. dazu DANIEL STAEHELIN, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. ZPO Komm.-Verfasser), Art. 236 N 8. Bei einem Prozessentscheid wird auf die Klage nicht eingetreten, ohne dass über den streitigen Anspruch materiell entschieden wird. Dies war vorliegend jedoch gerade nicht der Fall. Beide kantonalen Instanzen haben die Angelegenheit materiell entschieden.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung der Lehrmeinungen in FN 16.

Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt (E. 5.2).

Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 715a OR lasse sich nichts Entscheidendes ableiten. Die im Rahmen der Revision 1991 erweiterte Norm sollte zwar griffiger gestaltet werden, da mit der Revision auch die Aufgaben der Verwaltungsräte genauer umschrieben wurden, doch fand in der Botschaft die Frage der gerichtlichen Durchsetzung der Informationsrechte gegen einen ablehnenden Entscheid des Verwaltungsrats keine Erwähnung (E. 5.2.1).

Art. 715a OR sei hierbei als Gegenstück zur individuellen Verantwortlichkeit der Verwaltungsratsmitglieder anzusehen. Der Verwaltungsrat als Führungs- und Aufsichtsgremium muss die Möglichkeit haben, Aufgaben wirksam und effizient wahrnehmen zu können. Es spreche sodann für die Klagemöglichkeit, wenn der Gesetzgeber davon ausging, die durch Art. 715a OR geschützten Informationsrechte seien notwendig, damit ein Verwaltungsrat seine Führungs- und Aufsichtsaufgaben wirksam erfüllen könne (E. 5.2.2).

Die Vorinstanzen erwogen, der Gesetzgeber sehe bei den Informationsansprüchen der Aktionäre in Art. 697 Abs. 4 OR eine Klagemöglichkeit explizit vor. Diese Klageligitimation finde in Art. 715a OR jedoch keine Erwähnung. Gemäss Bundesgericht sei jedoch grundsätzlich davon auszugehen, dass ein gesetzlicher Anspruch auch gerichtlich durchgesetzt werden könne, selbst wenn dieser keine ausdrückliche Erwähnung im Gesetz erfährt. Soll eine gerichtliche Durchsetzung ausnahmsweise nicht möglich sein, würde dies in der Regel ausdrücklich gesagt. Das Bundesgericht erkannte bereits zu Art. 697 aOR (1936), das dort geregelte Recht auf Auskunftserteilung sei ein selbständiges Mitgliedsrecht des Aktionärs und könne folglich für sich allein in einem Verfahren durchgesetzt werden. Es müsse daher nicht mit einem Anfechtungsverfahren gemäss Art. 706 OR zusammenhängen.<sup>12</sup> Der Gesetzgeber habe mit Aufnahme der Klagbarkeit des Einsichtsrechts des Aktionärs die Rechtsprechung des Bundesgerichts bestätigt. Bei Art. 715a OR habe ein solcher Abgrenzungsbedarf dagegen nicht bestanden (E. 5.2.3.1).

Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung sei eine Leistungsklage auf Information keine verkappte Anfechtungsklage, trotz des organschaftlichen Verhältnisses zwi-

schen dem Verwaltungsratsmitglied und der Gesellschaft. Wenn die Anfechtungsmöglichkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen verneint würde, so ist damit die Erhebung einer Leistungsklage (Erfüllungsklage) gegenüber der Gesellschaft selbst nicht ausgeschlossen, wenn die Gesellschaft einen Anspruch verweigere. Der Zweck des Informationsanspruchs liege in der pflichtgemässen Erfüllung der verwaltungsrätlichen Aufgaben. Die sorgfältige Erfüllung der übertragenen Aufgaben muss als Pflicht des Verwaltungsrats gegenüber der Gesellschaft verstanden werden. Daher schulde letztlich die Gesellschaft dem Verwaltungsrat die hierfür erforderlichen Informationen nach Art. 715a OR. Aufgrund dieser funktionalen Perspektive sei nicht der Verwaltungsrat passivlegitimiert, sondern die Gesellschaft selbst (E. 5.2.3.2).

Ebenfalls umstritten in den vorinstanzlichen Verfahren war die Verfahrensart. Das Bundesgericht führt hierzu aus, dass das Recht auf Auskunft und Einsicht des Verwaltungsrats nach Art. 715a OR nicht ausdrücklich im Katalog von Art. 250 ZPO erwähnt werde, da die gerichtliche Durchsetzbarkeit besagter Informationsrechte im OR nicht ausdrücklich geregelt wurden und in der Lehre umstritten waren. Art. 250 lit. c ZPO sei jedoch nicht abschliessend. Das Bundesgericht bejahte bereits die Geltung des summarischen Verfahrens bei der aktienrechtlichen Auflösungsklage nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR, obwohl dies in Art. 250 lit. c ZPO keine ausdrückliche Erwähnung erfahre. Art. 250 lit. c Ziff. 7 ZPO weise dem summarischen Verfahren namentlich die Anordnung der Auskunftserteilung an Aktionäre gemäss Art. 697 Abs. 4 OR zu. Bei dieser Norm handle es sich ebenso wie bei Art. 715a OR um einen materiellen Anspruch, der in einem streitigen Zivilverfahren zu beurteilen sei. Diese Grundsätze für die Anwendung des Summarverfahrens für die Aktionärsrechte gemäss Art. 697 Abs. 4 OR gelten für die Rechte des Verwaltungsrats nach Art. 715a OR sinngemäss (E. 6). Demnach wurde die Einreichung des Informationsgesuchs von A. in der Form eines summarischen Verfahrens als die korrekte Verfahrensart geschützt.

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde aus diesen Gründen teilweise gut, hob den vorinstanzlichen Entscheid auf und wies diesen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück.

#### IV. Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Die bislang von einem Teil der Lehre verneinte gerichtliche Durchsetzbarkeit des in Art. 715a OR normierten Informationsanspruchs des Verwaltungsrats basiert ins-

<sup>12</sup> Vgl. dazu BGE 109 II 47 E. 2, dahingegen noch BGE 53 II 74, wonach das Bundesgericht erwog, das Einsichtsrecht sei kein selbständiger Anspruch. Es diene lediglich der Durchführung anderer Rechte, die dem Aktionär aus der Mitgliedschaft erwachsen würden wie bspw. das Stimmrecht, die Vertretungs- und Minderheitsrechte oder das Recht auf Schadenersatz. Aufgrund dessen sei das Einsichtsrecht von diesen Rechten abhängig.

besondere auf der Annahme, dass der Gesetzgeber diese Möglichkeit nicht ausdrücklich vorgesehen hat. Dementsprechend könne der Informationsanspruch nicht Gegenstand einer Leistungsklage sein.<sup>13</sup> Dem Argument der Befürworter der klageweisen Durchsetzbarkeit, die Informationen seien für eine pflichtgemässe Aufgabenerfüllung des um Einsicht und Auskunft ersuchenden Verwaltungsratsmitglieds erforderlich, würden die Möglichkeiten der Nichtigkeits- und der Verantwortlichkeitsklage entgegengehalten.<sup>14</sup> Sodann werde die gerichtliche Durchsetzbarkeit auch mit der Begründung der grundsätzlichen Nichtanfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen ausgeschlossen.<sup>15</sup> Diese auch von den Vorinstanzen proklamierten und vom Bundesgericht aufgegriffenen Argumente gilt es nachfolgend zu untersuchen.

### A. Qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers?

Die bis zum diskutierten Entscheid herrschende Lehre war – wie das Berufungs- und das Bundesgericht selbst ausführen – betreffend die Frage der gerichtlichen Durchsetzbarkeit des Anspruchs des Verwaltungsrats auf Auskunft und Einsicht nach Art. 715a OR gespalten.<sup>16</sup>

Die die Durchsetzbarkeit ablehnende Lehrmeinung teilt namentlich die Auffassung, dass der Gesetzgeber die gerichtliche Klagbarkeit des Einsichtsrechts des Aktionärs im Gesetz explizit<sup>17</sup> vorsehe, diejenige des Verwaltungsrats jedoch keine ausdrückliche Erwähnung finde, der Gesetzgeber hierüber somit schweige.<sup>18</sup> Dieser Argumentation sind auch beide Vorinstanzen gefolgt, indem sie bei Art. 715a OR ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers annahmen. Im Umkehrschluss sei die gerichtliche Klagbarkeit in Ermangelung der gesetzlichen Erwähnung damit ausgeschlossen. Aufgrund des Ausschlusses der Anfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen sei eine solche Leistungsklage geradezu systemwidrig.

Dem ist nicht zuzustimmen – dieser Meinung ist auch das Bundesgericht. Ein individualrechtlicher Anspruch wird seines Sinns entleert, wenn er nicht durchgesetzt, nicht gerichtlich geltend gemacht und damit auch einer materiellen Beurteilung nicht zugeführt werden kann.<sup>19</sup> Wie CARBONARA und VON DER CRONE<sup>20</sup> zutreffend ausführen, liegt die Durchsetzbarkeit des Informationsanspruchs mittels Leistungsklage in der Rechtsnatur des Informationsanspruchs selbst. Dieser resultiert aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Verwaltungsratsmitglied und der Gesellschaft. Dieses ist – entgegen einem Teil der Lehre – nicht ein ausschliesslich körperschaftliches Verhältnis,<sup>21</sup> sondern ein innominatkontraktliches Verhältnis mit organschaftlicher und schuldrechtlicher Prägung.<sup>22</sup> Dem schuldrechtlichen Verhältnis entsprechend, liegt ein unentziehbares Individualrecht zugrunde, dessen gerichtliche Durchsetzbarkeit in der Natur des Anspruchs begründet ist. Entsprechend ist eine Leistungsklage nicht systemfremd, sondern dem System der Individualrechte inhärent.<sup>23</sup> Eine solche Durchsetzbarkeit ist erforderlich, bleibt der gesetzlich normierte Anspruch auf Informationen ansonsten oftmals bloss frommer Wunsch.

<sup>13</sup> BÖCKLI (FN 8), § 13 N 222.

<sup>14</sup> Vgl. dazu auch THOMAS CHRISTIAN BÄCHTOLD, Die Information des Verwaltungsrates, Insbesondere das Recht auf Auskunft und Einsicht nach OR 715a, Diss. Bern 1997, 174 ff.; BÖCKLI (FN 8), § 13 N 233.

<sup>15</sup> BÖCKLI (FN 8), § 13 N 223.

<sup>16</sup> *Ablehnend:* BÖCKLI (FN 8), § 13 N 222 ff.; DOMINIK REUST, Kontrolle des Verwaltungsrates, Eine Untersuchung der internen und externen Kontrollinstitutionen, -instrumente und -mechanismen, Diss. Basel 2014, 437 ff.; MARKUS AFFOLTER, Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess, St. Gallen 1994, 6; PETER V. KUNZ, Die Klagen im Aktienrecht, Zürich 1997, 155; ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. A., Zürich 2014, 98 ff.; wohl auch ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 2. A., Zürich 2007, N 624. *Befürwortend unter anderem:* ANTONIO CARBONARA/HANS CASPAR VON DER CRONE, Aushändigung von Jahresabschlüssen, Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.9/2003 (BGE 129 III 499) vom 4. April 2003, SZW 1/2004, 88 ff., 93 f.; BÄCHTOLD (FN 14), 169 ff.; BSK OR II-WERNLI/RIZZI (FN 6), Art. 715a N 13; JEAN-NICOLAS DRUEY, Unternehmensinterne Informationsversorgung, in: Christoph B. Bühler (Hrsg.), Informationspflichten des Unternehmens im Gesellschafts- und Börsenrecht, St. Gallen 2003, 6 ff.; JEANNETTE WIBMER, in: Jeannette Wibmer (Hrsg.), Aktienrecht, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2016 (zit. OFK-WIBMER), Art. 715a OR N 6; MAJA DOMENICA JÖSLER, Rechtsstreit zwischen Organen und Organmitgliedern, Diss. St. Gallen 1998, 64 ff.; MIRIAM RHEIN, Die Nichtigkeit von VR-Beschlüssen, Diss. Zürich 2001, 91 f.; ROTH PELLANDA (FN 2), N 698 ff.; RUDOLF

KUNZ, Die Annahmeverantwortung von Mitgliedern des Verwaltungsrats, Diss. St. Gallen 2004, 225 ff. (zit. R. KUNZ).

<sup>17</sup> Art. 697 Abs. 4 OR.

<sup>18</sup> BÖCKLI (FN 8), § 13 N 222; R. KUNZ (FN 16), 155.

<sup>19</sup> CARBONARA/VON DER CRONE (FN 16), 94, mit Verweis auf BÄCHTOLD (FN 14), 184, mit Hinweis auf BGE 76 II 51 ff., 86; DRUEY (FN 16), 7 f.; BSK OR II-WERNLI/RIZZI (FN 6), Art. 715a N 13.

<sup>20</sup> CARBONARA/VON DER CRONE (FN 16), 94.

<sup>21</sup> So aber CHRISTOPH B. BÜHLER, Zürcher Kommentar, Art. 698–726 und 731b OR, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, 3. A., Zürich 2018 (zit. ZK-BÜHLER), Art. 715a OR N 62.

<sup>22</sup> Im Ergebnis wohl auch THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, N 45.

<sup>23</sup> So fragt GUHL (FN 22), N 45, u.E. zu Recht, warum kein klagbarer Anspruch bestehen sollte, «legt Art. 715a OR deutlich einen Rechtsanspruch fest».

Entsprechend genügt die fehlende explizite Erwähnung im Gesetz nicht als Argument zur Ablehnung der Klagemöglichkeit im Fall der Auskunfts- und Einsichtsverweigerung.<sup>24</sup> Ein wie von den Vorinstanzen vorgenommener Umkehrschluss, wonach eine Leistungsklage in Ermangelung einer gesetzlichen Erwähnung nicht zulässig sei, kann nur dort erfolgen, wo wirklich ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt. Um ein solches annehmen zu können, bedarf es stets sachlicher Gründe.<sup>25</sup> Solche sind vorliegend nicht ersichtlich. Vielmehr erweist es sich als «paradox», wenn die Informationsrechte jener Organmitglieder, welche die strategische Leitung innehaben und Haftungsrisiken ausgesetzt sind, weniger gewichtet werden sollen als die Informationsansprüche eines Aktionärs.<sup>26</sup> Dementsprechend ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber einerseits Rechte einräumt, diese andererseits gleichzeitig ihrer Durchsetzung vollständig beraubt.<sup>27</sup> Die Negierung der gerichtlichen Durchsetzbarkeit ist vielmehr als Ausnahme anzusehen.<sup>28</sup> Entsprechend wird der Ausschluss der klageweisen Durchsetzbarkeit von Individualrechten vom Gesetz in der Regel explizit vorgesehen.<sup>29</sup> So steht eine fehlende Statuierung im Gesetz *expressis verbis* dem Bestehen einer Klagemöglichkeit nicht entgegen.<sup>30</sup> Das Bundesgericht verweist als anschauliche Illustration auf die Klagemöglichkeit des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen einfachen Gesellschafters, welche das Gesetz zwar nicht ausdrücklich vorsieht, aber unbestritten besteht.<sup>31</sup>

Die explizite Erwähnung der klageweisen Durchsetzbarkeit von aktionärsrechtlichen Informationsansprüchen lässt vielmehr den Schluss zu, dass – *a minore ad maius* – auch die Informationsrechte eines Verwaltungsratsmitglieds der gerichtlichen Überprüfbarkeit zugänglich sein müssen.<sup>32</sup> Entsprechend ist der Informationsanspruch eines Verwaltungsratsmitglieds auf Auskunft und Einsicht

nach Art. 715a OR auch nicht von materiellen Bedingungen abhängig.<sup>33</sup>

Demnach ist kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb die gerichtliche Durchsetzbarkeit der informativen Grundlagen für die pflichtgemässe Aufgabenerfüllung nicht möglich sein soll.<sup>34</sup> Bereits deshalb kann entgegen der kantonalen Vorinstanzen und einem Teil der Lehre nicht von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers ausgegangen werden.<sup>35</sup> Der «*E contrario*»-Schluss geht fehl, wonach aufgrund der Nichterwähnung die klageweise Durchsetzbarkeit der in Art. 715a OR normierten Informationsrechte (im Gegensatz zu den Aktionärsrechten<sup>36</sup>) ausgeschlossen sein soll. Die Nichterwähnung entspricht der gesetzessystematischen Regel, wonach die Durchsetzbarkeit von Individualrechten als Selbstverständlichkeit keiner ausdrücklichen Erwähnung bedarf. Entsprechend lässt die Nichterwähnung eben nicht den Umkehrschluss auf die Undurchsetzbarkeit zu.<sup>37</sup>

## B. Voraussetzungen für die pflichtgemässe Aufgabenerfüllung gemäss Art. 717 OR

Wie eingangs erwähnt, bedarf ein Verwaltungsratsmitglied der relevanten Informationen zur pflichtgemässen Aufgabenerfüllung. Erhält es diese nicht, so kann es weder seinen vertraglichen noch gesetzlichen Pflichten nachkommen.<sup>38</sup> Die Durchsetzbarkeit der gesetzlich normierten Informationsrechte ist damit unweigerlich auch im Lichte der pflichtgemässen Aufgabenerfüllung zu betrachten.

Im Gegensatz zum Aktionär hat der Verwaltungsrat weitergehende Pflichten<sup>39</sup> und setzt sich auch allfälligen Verantwortlichkeitsansprüchen aus.<sup>40</sup> Schliesslich haftet der Verwaltungsrat aufgrund des Wissens, das er hatte oder bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte haben können.<sup>41</sup>

<sup>24</sup> ROTH PELLANDA (FN 2), N 699.

<sup>25</sup> ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St. Gallen 2016, N 187, m.w.H.

<sup>26</sup> JÖSLER (FN 13), 66; GUHL (FN 22), N 45.

<sup>27</sup> CARBONARA/VON DER CRONE (FN 16), 94, Fn 64.

<sup>28</sup> Im Ergebnis wohl auch BÄCHTOLD (FN 14).

<sup>29</sup> So bspw. in Art. 513 OR und Art. 90 Abs. 3 ZGB, vgl. auch BGer, 4A\_364/2017, 28.2.2018, E. 5.2.3.1.

<sup>30</sup> BÄCHTOLD (FN 14), 180, der zu Recht die Frage aufwirft, ob die gerichtliche Durchsetzung eines Rechts im Gesetz jedes Mal *expressis verbis* geregelt werden müsse. Vielmehr – und dem ist zuzustimmen – seien Rechtsansprüche des Zivilrechts grundsätzlich vor Gerichten durchsetzbar. Hierfür brauche es keiner ausdrücklichen Erwähnung im Gesetz.

<sup>31</sup> BGer, 4A\_364/2017, 28.2.2018, E. 5.2.3.1; vgl. auch BGer, 4A\_4/2011, 20.7.2011, E. 7.2; 4A\_38/2011, 6.4.2011, E. 4.4.

<sup>32</sup> Vgl. hierzu auch JÖSLER (FN 13), 66.

<sup>33</sup> Vgl. für eine eingehende Abhandlung MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 16), 98 ff.

<sup>34</sup> Sinngemäss OFK-WIBMER (FN 16), Art. 715a OR N 6 f.

<sup>35</sup> ROTH PELLANDA (FN 2), N 699; BÄCHTOLD (FN 14), 181, kommt richtigerweise zum Schluss, dass aus der Regelung an einem Ort und der Nichtregelung am anderen könne nicht zwingend darauf geschlossen werden, der Gesetzgeber habe eine unterschiedliche Lösung gewollt.

<sup>36</sup> Art. 697 Abs. 4 OR.

<sup>37</sup> DRUEY (FN 16), 7.

<sup>38</sup> BÄCHTOLD (FN 14), 182 f.

<sup>39</sup> So ist der Verwaltungsrat gemäss Art. 717 OR verpflichtet, alle seine Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren, vgl. statt vieler: BSK OR II-WATTER/PELLANDA (FN 6), Art. 717 N 3 ff.

<sup>40</sup> Art. 754 OR; so auch VON BÜREN/STOFFEL/WEBER (FN 16), N 621.

<sup>41</sup> VON BÜREN/STOFFEL/WEBER (FN 16), N 621.

Dennoch stehen die Informationsrechte eines Verwaltungsratsmitglieds in einem besonderen Spannungsfeld.<sup>42</sup> Die umfassende Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats für allfällige Pflichtverletzungen<sup>43</sup> steht im Kontext zur normierten Sorgfalts- und Treuepflicht und setzt einen entsprechend umfassenden Wissensstand und die damit verbundene Informationsbeschaffung voraus.<sup>44</sup> Die gesetzeskonforme Aufgabenerfüllung eines Verwaltungsratsmitglieds ist somit nur mit den hierfür erforderlichen Informationen möglich.<sup>45</sup> Entsprechend ist der Verwaltungsrat auf Zugang zu fundierten Informationen innert nützlicher Frist angewiesen.<sup>46</sup> Demgegenüber steht das berechnete Bedürfnis der Gesellschaft, Missbrauchstatbeständen vorzubeugen und die Durchsetzung (unzulässiger) Eigeninteressen eines Verwaltungsratsmitglieds zu verhindern.<sup>47</sup>

Im Rahmen einer Abwägung hat hier eine Gewichtung der sich gegenüberstehenden Interessen zu erfolgen. Der Erhalt von relevanten Informationen ist eine unumgängliche Voraussetzung, um die verwaltungsrätlichen Aufgaben und Pflichten gesetzeskonform erfüllen zu können.<sup>48</sup> Entsprechend wird in der Lehre auch teilweise postuliert, dass der Informationsanspruch gemäss Art. 715a OR als unabdingbare Voraussetzung zur Entscheidungsfindung und Willensbildung für die Wahrnehmung der verwaltungsrätlichen Aufgaben anzusehen ist und selbst dann besteht, wenn sich die einzelnen, um Auskunft oder Einsicht ersuchenden Verwaltungsräte in einem Interessenkonflikt befinden.<sup>49</sup> Denn der Verwaltungsrat ist auch dann zur getreuen Aufgabenerfüllung und Verschwiegenheit gesetzlich verpflichtet. Dennoch bestehen für ein Verwaltungsratsmitglied bestimmte äusserste Schranken, welche die Einsichtnahme und die Auskunft über gesellschaftliche

Interna ausschliessen können: Funktionalität, Verhältnismässigkeit, Ausstandspflicht und Missbrauchsverbot.<sup>50</sup> Schliesslich muss das Einsichtsrecht funktional und ablaufforientiert ausgestaltet und ausgeübt werden. MÜLLER/LIPP/PLÜSS<sup>51</sup> weisen zu Recht darauf hin, dass auch Überinformation Wert und Nutzen beeinträchtigen können. Das Bundesgericht gibt sodann zu Recht zu bedenken, dass es nicht auszuschliessen sei, dass der Gesamtverwaltungsrat als letzte interne Instanz eine Auskunft zu Unrecht verweigere. Entsprechend könne das einzelne Mitglied seine gesetzlich vorgesehene Aufsichtsfunktion nicht wahrnehmen. Auch könne das Wissen, Informationsrechte seien nicht klagbar, der Verweigerung zu Unrecht Auftrieb geben.<sup>52</sup>

Während der Aktionär vornehmlich vermögensmässige Interessen hat, trifft den Verwaltungsrat eine umfassende Sorgfalts- und Treuepflicht.<sup>53</sup> Der Verwaltungsrat muss nicht bloss ein *Investment* kontrollieren, sondern muss die notwendigen Handlungen selbst vornehmen und verantworten.<sup>54</sup> Zudem unterliegt er im Gegensatz zum Aktionär einer strengen Geheimhaltungspflicht.<sup>55</sup> Vor diesem Hintergrund sind die berechtigten Interessen der Gesellschaft auf Schutz vor Weitergabe von absoluten oder relativen Geschäftsgeheimnissen hinreichend geschützt.<sup>56</sup>

Die aktionärsrechtlichen Informationsrechte sind demnach nicht als weitergehende Rechte zu verstehen.<sup>57</sup> Der in der Lehre teilweise postulierte Vergleich zwischen den verwaltungsrätlichen und den aktionärsrechtlichen Informationsrechten und der Rückschluss, wonach aufgrund der Nichterwähnung der Klagemöglichkeit des Verwaltungsratsmitglieds auf deren gesetzgeberische Verweigerung zu schliessen sei, halten auch vor dem Hintergrund der umfassenden Sorgfalts- und Treue- sowie der Geheimhaltungspflicht des Verwaltungsrats nicht stand.<sup>58</sup>

<sup>42</sup> MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 16), 98.

<sup>43</sup> Gerade im Verantwortlichkeitsrecht ist Art. 717 OR von Wichtigkeit, da die den Haftungstatbestand erfüllende Pflichtverletzung nach den Handlungsmaximen gemäss Art. 717 OR beurteilt wird, vgl. dazu BSK OR II-WATTER/PELLANDA (FN 6), Art. 717 N 2; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 16), 38 ff.

<sup>44</sup> BSK OR II-WATTER/PELLANDA (FN 6), Art. 717 N 20.

<sup>45</sup> BSK OR II-WERNLI/RIZZI (FN 6), Art. 715a N 13; vgl. betr. der Sorgfaltspflichten auch MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 16), 280 ff.

<sup>46</sup> So auch BÖCKLI (FN 8), § 13 N 163; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 16), 98; BÄCHTOLD (FN 14), 182.

<sup>47</sup> MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 16), 98 f.; BÖCKLI (FN 8), § 13 N 173; wohl a.M. RHEIN (FN 16), 92, Fn 405.

<sup>48</sup> BSK OR II-WERNLI/RIZZI (FN 6), Art. 715a N 13; ADRIAN PLÜSS/DOMINIQUE FACINCANI-KUNZ, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaften, Vergütungsverordnung, 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK-PLÜSS/FACINCANI-KUNZ), Art. 715a OR N 3.

<sup>49</sup> BSK OR II-WATTER/PELLANDA (FN 6), Art. 717 N 20.

<sup>50</sup> JÖSLER (FN 16), 68, mit zahlreichen Hinweisen; zur strittigen Beschränkungsmöglichkeit der Informationsrechte aufgrund von Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft, vgl. BÖCKLI (FN 8), § 13 N 174.

<sup>51</sup> MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 16), 99.

<sup>52</sup> BGer, 4A\_364/2017, 28.2.2018, E. 5.2.2.

<sup>53</sup> Art. 717 OR.

<sup>54</sup> VON BÜREN/STOFFEL/WEBER (FN 16), N 621.

<sup>55</sup> Vgl. im Zusammenhang mit dem Klagerecht des Verwaltungsrates BÄCHTOLD (FN 14), 182; CHK-PLÜSS/FACINCANI-KUNZ (FN 48), Art. 717 OR N 9.

<sup>56</sup> Die Pflicht zur Verschwiegenheit ist eben Korrelat zum Informationsanspruch gemäss Art. 715a OR, vgl. hierzu BSK OR II-WATTER/PELLANDA (FN 6), Art. 717 N 20 ff.

<sup>57</sup> JÖSLER (FN 16), 67, die u.E. richtigerweise ausführt, dass auch der Umstand, dass Aktionäre ihr privates Vermögen zu schützen haben, eine Bevorzugung hinsichtlich der Klagbarkeit nicht zu begründen vermag.

<sup>58</sup> So auch JÖSLER (FN 16), 66.

Die Möglichkeit, umfassend Informationen einzuholen, entspricht sodann auch dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Verwaltungsratsmitglieder und bedarf eines funktionierenden Systems des Missbrauchsschutzes.<sup>59</sup>

### C. Leistungsklage als «verkappte Anfechtungsklage»?

Wie bereits erwähnt, ist das Rechtsverhältnis zwischen dem Verwaltungsrat und der Gesellschaft kein ausschliesslich organschaftliches.<sup>60</sup> Vielmehr zeichnet sich das Verwaltungsratsmandat durch eine schuld- und gesellschaftsrechtliche Doppelnatur aus.<sup>61</sup> Wie von einem Teil der Lehre angenommen, kann zwar von einem organschaftlichen Grundverhältnis<sup>62</sup> ausgegangen werden, dieses weist jedoch eine vertragsähnliche Struktur auf und ist als Innominatkontrakt zu qualifizieren.<sup>63</sup> Sodann sind die gegenseitigen Rechte und Pflichten *ex contractu* geschuldet, wozu eben auch der Informationsanspruch gemäss Art. 715a OR zählt.<sup>64</sup> Auch kann das Vertragsrecht – direkt oder analog – zur Lückenfüllung herangezogen werden.<sup>65</sup> Des Weiteren schliesst dieses «organschaftliche Grundverhältnis» das Bestehen weiterer Vertragsverhältnisse nicht aus.<sup>66</sup> Eine Voraussetzung für die Annahme einer schuldrechtlichen Komponente im Verwaltungsratsmandat sind solche hingegen nicht. Die Janusköpfigkeit des Grundverhältnisses des Verwaltungsratsmandats bleibt unabhängig von solchen bestehen.

Dagegen wird von einem Teil der Lehre angeführt, das Auskunfts- und Einsichtsrecht leite sich direkt aus dem Körperschaftsrecht ab.<sup>67</sup> Es handle sich in dieser Konstellation lediglich um das Verhältnis eines einzelnen Verwaltungsratsmitglieds zum Gesamtverwaltungsrat, zu welchem ein organschaftliches Verhältnis bestehe.<sup>68</sup>

Diesem zweiten Ansatz ist nach hier vertretener Auffassung nicht zu folgen. Wie bereits dargelegt, handelt es sich um ein innominatkontraktliches Verhältnis mit or-

ganschaftlicher und schuldrechtlicher Prägung.<sup>69</sup> Die dem Verwaltungsratsmandat inhärente schuldrechtliche Komponente stellt die Grundlage für den individualrechtlichen Informationsanspruch dar. Als vertraglicher Anspruch muss dieser auch gerichtlich durchsetzbar sein.<sup>70</sup>

Verwaltungsratsbeschlüsse sind als solche nicht anfechtbar.<sup>71</sup> Eine Anfechtungsklage ist ihrem Charakter entsprechend darauf ausgerichtet, einen Verwaltungsratsbeschluss zu überprüfen und bei Mangelhaftigkeit gegebenenfalls aufheben zu lassen.<sup>72</sup> Erachtet man eine Leistungsklage auf Information gleichsam als Anfechtungsklage, so ist die Zulässigkeit derselben tatsächlich in Zweifel zu ziehen.<sup>73</sup> Während eine Anfechtungsklage auf die Korrektur eines Verwaltungsratsbeschlusses ausgerichtet ist, zielt die Informationsklage auf Erfüllung des individualrechtlichen Anspruchs auf Auskunft und Einsicht ab. Mitunter dient sie der Verwirklichung eines subjektiven Rechts. Die Stossrichtung der Leistungsklage ist damit eine grundlegend andere.<sup>74</sup> Entsprechend ist die Leistungsklage auf Information keine «verkappte Anfechtungsklage».<sup>75</sup> Die Realvollstreckung der Leistungsklage ist auf den Erhalt der erforderlichen Informationen ausgerichtet und nicht auf die Anfechtung und Korrektur eines Verwaltungsratsbeschlusses. So schliesst der Ausschluss der Anfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen eine gegenüber der Gesellschaft bestehende Leistungsklage (Erfüllungsklage) auf Informationserteilung nicht aus.<sup>76</sup>

Ein ablehnender Einsichts- und Auskunftsentscheid des Gesamtverwaltungsrats als handelndes Organ erfolgt im Rahmen der Vertretung der Gesellschaft. Beklagte ist demnach die Gesellschaft.<sup>77</sup> Entsprechend sind auch nicht

<sup>59</sup> NICOLAS DRUEY, Das Informationsrecht des einzelnen Verwaltungsratsmitglieds, SZW 1993, 49 ff., 51; im Ergebnis wohl auch ROTH PELLANDA (FN 2), N 699, m.w.H.

<sup>60</sup> CARBONARA/VON DER CRONE (FN 16), 94.

<sup>61</sup> PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28 N 9.

<sup>62</sup> MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 16), 39.

<sup>63</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 61), § 28 N 5 und N 9 m.w.H.; CARBONARA/VON DER CRONE (FN 16), 94.

<sup>64</sup> BÄCHTOLD (FN 14), 184.

<sup>65</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 61), § 28 N 10.

<sup>66</sup> MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 16), 39 f.

<sup>67</sup> So auch ZK-BÜHLER (FN 21), Art. 715a OR N 62.

<sup>68</sup> BÖCKLI (FN 8), § 13 N 226; REUST (FN 16), 150.

<sup>69</sup> Im Ergebnis wohl auch: GUHL (FN 22), N 45.

<sup>70</sup> GUHL (FN 22), N 45; CARBONARA/VON DER CRONE (FN 16), 94, BÄCHTOLD (FN 14), 184, mit Hinweis auf BGE 76 II 51 E. 4, wonach die Einräumung einer Leistungsklage nicht im unauf löslichen Widerspruch zur Nichtanfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen steht.

<sup>71</sup> BGE 76 II 51 E. 4; 109 II 239 E. 3a; CARBONARA/VON DER CRONE (FN 16), 94; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 61), § 25 N 9, wonach widerrechtliche Verwaltungsratsbeschlüsse nicht mittels Anfechtungs- sondern mittels Verantwortlichkeitsklage anzufechten sind.

<sup>72</sup> R. KUNZ (FN 16), 225.

<sup>73</sup> So eben die Ansicht von BÖCKLI (FN 8), § 23 N 223; in diesem Falle die Zulässigkeit ebenfalls verneinend CARBONARA/VON DER CRONE (FN 16), 94.

<sup>74</sup> R. KUNZ (FN 16), 225.

<sup>75</sup> Entgegen der Auffassung von BÖCKLI (FN 8), § 13 N 223.

<sup>76</sup> Bereits BGE 76 II 51 E. 4; 109 II 239 E. 3a; bestätigt in BGer, 4A\_364/2017, 28.2.2018, E. 5.2.3.2.

<sup>77</sup> Vgl. BÄCHTOLD (FN 14), 185, der aufgrund der Beklagtenstellung der Gesellschaft von einer Intra-Organklage spricht. Entsprechend läge auch keine *actio pro socio* ähnliche Klage innerhalb des

die restlichen Verwaltungsräte und damit das Gesamtgremium materiell beklagt, wie BÖCKLI<sup>78</sup> ausführt.<sup>79</sup> Das Rechtsverhältnis besteht zwischen der Gesellschaft und dem ersuchenden Verwaltungsratsmitglied. Der Verwaltungsrat hat der Gesellschaft gegenüber eine Sorgfalts-, Treue- und Verschwiegenheitspflicht,<sup>80</sup> während die Gesellschaft dem Verwaltungsrat den Zugang zu den für die pflichtgemässe Aufgabenerfüllung erforderlichen Informationen schuldet.<sup>81</sup> Entsprechend ist die Gesellschaft nicht nur formell, sondern auch materiell passivlegitimierte Verfahrenspartei.<sup>82</sup>

Die Durchsetzung des Auskunfts- und des Einsichtsrechts könne – so ein Teil der Lehre<sup>83</sup> – auch mittels aktienrechtlicher Nichtigkeitsklage bewerkstelligt werden.<sup>84</sup> Zunächst ist festzuhalten, dass Nichtigkeit nur in Ausnahmefällen und nur mit grösster Zurückhaltung anzunehmen ist.<sup>85</sup> Sodann führt ein Nichtigkeitsentscheid zur Aufhebung des streitgegenständlichen Verwaltungsratsbeschlusses, jedoch nicht zur Erteilung der verweigeren Einsicht, und ist damit auch der Durchsetzung des verfahrensauslösenden Begehrens auf Information nicht wirklich dienlich.<sup>86</sup> Auch das Bundesgericht<sup>87</sup> hält im vorliegenden Entscheid fest, dass die Nichtigkeit im Zusammenhang mit Art. 715a OR wohl kaum je infrage kommen dürfte.

Auch die Möglichkeit, mittels Verantwortlichkeitsklage die angeforderten Informationen einzuholen, erweist sich nicht wirklich als gangbaren Weg. Ein allfälliger Verantwortlichkeitsanspruch setzt eine kausale Schadensverursachung voraus.<sup>88</sup> Dies ist im Fall einer Informationsverweigerung jedoch kaum denkbar.<sup>89</sup> Sodann ist der Verwaltungsrat zur pflichtgemässen Aufgabenerfüllung

verpflichtet. Der (durchsetzbare) Informationsanspruch dient unmittelbar der gesetzeskonformen Aufgabenerfüllung<sup>90</sup> und damit der Schadensverhütung. Die Informationserteilung von einem Schadenseintritt abhängig zu machen, stünde im unauf löslichen Widerspruch zum eigentlichen Zweck des Informationsanspruchs.

#### D. Verfahrensart für Ansprüche aus Art. 715a OR

Die pflichtgemässe Aufgabenerfüllung macht die entsprechende Informationsversorgung erforderlich. Diese hat auch innert nützlicher Frist zu erfolgen. Die ungerechtfertigte Verweigerung durch den Gesamtverwaltungsrat zwingt den betroffenen Verwaltungsrat zu raschen Handlungen. Ersucht der betroffene Verwaltungsrat das Gericht um vorläufigen Rechtsschutz, besteht die Möglichkeit, dass mit der vorsorglichen Gewährung der angebehrten Auskunft oder Einsicht nicht der bisherige Zustand sichergestellt wird, sondern bereits eine vorläufige Vollstreckung erfolgt.<sup>91</sup> In diesen Fällen hat eine umfassende Interessensabwägung zu erfolgen.<sup>92</sup> Eine vorläufige Vollstreckung kann allerdings auch zur unberechtigten Einsicht in Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse führen und damit den berechtigten Interessen der beklagten Gesellschaft entgegenlaufen.<sup>93</sup> Eine solche erweist sich mit Blick auf eine allfällige superprovisorische Anordnung von Massnahmen als noch problematischer, weshalb wohl davon auszugehen ist, dass diese trotz Berechtigung nie angeordnet wird.<sup>94</sup> Entsprechend stellt das Summarverfahren die sachgerechtere Lösung dar. Das Bundesgericht kommt ebenfalls zum Schluss, dass die klageweise Durchsetzung von verwaltungsrätlichen Informationsansprüchen im summarischen Verfahren zu beurteilen ist.<sup>95</sup>

Das summarische Verfahren wird in den Art. 248 ff. ZPO geregelt. Der Geltungsbereich des summarischen Verfahrens im Gesellschaftsrecht wird namentlich in Art. 250 lit. c ZPO aufgeführt. Die Klagemöglichkeit nach Art. 715a OR wird nicht ausdrücklich erwähnt. Der Katalog von Art. 250 lit. c ZPO ist – gemäss bundesge-

Exekutivorgans vor, wie dies von BÖCKLI (FN 8), § 13 N 226, ausgeführt wird.

<sup>78</sup> BÖCKLI (FN 8), § 13 N 226.

<sup>79</sup> BGer, 4A\_364/2017, 28.2.2018, E. 5.2.3.2; BÄCHTOLD (FN 14), 185; BSK OR II-WERNLI/RIZZI (FN 6), Art. 715a N 13.

<sup>80</sup> Art. 717 Abs. 1 OR; BSK OR II-WATTER/PELLANDA (FN 6), Art. 717 N 20 ff., was eben Ausdruck in der Korrelation zwischen Art. 717 OR und dem Informationsanspruch findet.

<sup>81</sup> BÄCHTOLD (FN 14), 185; so nun auch BGer, 4A\_364/2017, 28.2.2018, E. 5.2.3.2; sinngemäss wohl auch CARBONARA/VON DER CRONE (FN 16), 94.

<sup>82</sup> A.M. REUST (FN 16), 150; so auch bei der Nichtigkeitsklage gemäss Art. 714 OR, vgl. hierzu BSK OR II-WERNLI/RIZZI (FN 6), Art. 714 N 7.

<sup>83</sup> ZK-BÜHLER (FN 21), Art. 715a N 63; RHEIN (FN 16), 91, Fn 403.

<sup>84</sup> BÖCKLI (FN 8), § 13 N 233.

<sup>85</sup> BSK OR II-WERNLI/RIZZI (FN 6), Art. 714 N 20 ff.

<sup>86</sup> BSK OR II-WERNLI/RIZZI (FN 6), Art. 715a N 13.

<sup>87</sup> BGer, 4A\_364/2017, 28.2.2018, E. 5.2.

<sup>88</sup> Art. 754 OR.

<sup>89</sup> ROTH PELLANDA (FN 2), N 700, m.w.H.

<sup>90</sup> So auch BGer, 4A\_364/2017, 28.2.2018, E. 5.2.3.2.

<sup>91</sup> Eine vorläufige Vollstreckung ist zwar grundsätzlich möglich, kann aber nur mit grösster Zurückhaltung erfolgen, vgl. dazu auch ZPO Komm.-HUBER (FN 10), Art. 261 N 2 ff.

<sup>92</sup> BGE 108 II 228 E. 2c.

<sup>93</sup> JÖSLER (FN 16), 68, mit zahlreichen Hinweisen; zur strittigen Beschränkungsmöglichkeit der Informationsrechte aufgrund von Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft, vgl. BÖCKLI (FN 8), § 13 N 174.

<sup>94</sup> Art. 265 ZPO.

<sup>95</sup> BGer, 4A\_364/2017, 28.2.2018, E. 6.



richtlicher Auffassung – nicht abschliessend und muss ausgelegt werden.<sup>96</sup>

Gemäss Art. 250 lit. c Ziff. 3 OR ist bei der Klage auf Auskunftserteilung an Aktionäre das summarische Verfahren anwendbar. Beim Recht des Aktionärs auf Auskunft und Einsicht handelt es sich, wie beim Recht des Verwaltungsratsmitglieds, um einen materiellen Anspruch, der in einem Zivilverfahren zu beurteilen ist.<sup>97</sup> Bei dem darüber ergehenden Entscheid handelt es sich um einen Endentscheid<sup>98</sup>, der in materielle Rechtskraft erwächst. Aufgrund dessen gelangt auch das Regelbeweismass zur Anwendung und nicht bloss das Glaubhaftmachen.<sup>99</sup> Der Verfahrenszweck kann zudem auch erfordern, dass andere Beweismittel als Urkunden zur Anwendung gelangen.<sup>100</sup> Dieses Summarverfahren wird demnach als atypisch bezeichnet, da sich der summarische Charakter in der Verfahrensbeschleunigung erschöpft.<sup>101</sup> Die Auskunfts- und Einsichtsrechte sind ferner auf eine rasche und zügige gerichtliche Durchsetzbarkeit angewiesen, ansonsten sie ihren Zweck nicht erfüllen könnten. Aufgrund dessen gilt richtigerweise das summarische Verfahren gemäss Bundesgericht auch sinngemäss für Art. 715a OR.<sup>102</sup>

sind grundsätzlich durchsetzbar und müssen dies ihrer Natur nach auch sein. Ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers ist, wie von diversen Autoren vorgebracht wird, in diesem Fall nicht gegeben. Entsprechend ist dem Informationsrecht nach Art. 715a OR die klageweise Durchsetzbarkeit nicht abzuspochen. Die erforderliche Raschheit und Flexibilität, die dem Summarverfahren innewohnt, erweist sich als sachdienlich und ermöglicht den effizienten Rechtsschutz.

## V. Fazit

Aufgrund der obigen Ausführungen ist zusammenfassend festzuhalten, dass das Bundesgericht mit dem Leitentcheid die seit Jahrzehnten offengelassene Frage über die gerichtliche Durchsetzbarkeit von Auskunfts- und Einsichtsrechten nach Art. 715a OR unseres Erachtens richtigerweise bejaht. Vom Gesetz gegebene Individualrechte

<sup>96</sup> ZPO Komm.-PESENTI (FN 10), Art. 250 N 1.

<sup>97</sup> Art. 697 Abs. 3 OR.

<sup>98</sup> Vgl. dazu FN 10.

<sup>99</sup> Ein Beweis nach dem Regelbeweismass gilt gemäss Bundesgericht als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist, vgl. dazu BGE 140 III 610 E. 4.1. Die Glaubhaftmachung dagegen liegt zwischen der Behauptung und dem Beweis. «Bei der Glaubhaftmachung ist die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen», vgl. dazu ZPO Komm.-HUBER (FN 10), Art. 261 N 25.

<sup>100</sup> ZPO Komm.-HUBER (FN 10), Art. 261 N 25.

<sup>101</sup> ANDREAS GRÜNGERICH, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerischer Zivilprozessordnung, Summarisches Verfahren, Art. 150–352 ZPO/Art. 400–406 ZPO, Bern 2012, Vorbemerkungen zu Art. 248–270 ZPO N 9; BSK ZPO-MAZAN, vor Art. 248–256 N 7, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017; ZPO Komm.-PESENTI (FN 10), Art. 248 N 7.

<sup>102</sup> BGer, 4A\_364/2017, 28.2.2018, E. 6.