

Herausgegeben von
o. Univ.-Prof. Dr. Dr. h. c. Manfred Burgstaller
em. o. Univ.-Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Franz Bydlinki
o. Univ.-Prof. Dr. Peter Doralt
Univ.-Prof. Dr. Stefan Griller
Bundesminister für Justiz a. D.
em. o. Univ.-Prof. Dr. Hans R. Klecatsky
o. Univ.-Prof. Dr. Karl Korinek, Präsident des VfGH
o. Univ.-Prof. Dr. Siegbert Morscher, Mitglied des VfGH
o. Univ.-Prof. Dr. Peter Rummel
Rechtsanwalt Hon.-Prof. DDr. Hellwig Torggler
Schriftleitung: Peter Rummel
Springer-Verlag Wien/New York

Juristische Blätter

Motto: Veritas temporis filia, non auctoritatis

Heft 9 September 2003 125. Jahrgang

ISSN 0022-6912 JUBLA7 125 (9) 541-608 (2003)

MMag. Dr. Harald Schröckenfuchs, Wien

Der Gleichheitsgrundsatz und die Information der Aktionäre durch die Gesellschaft

Der gesellschaftsrechtliche (kapitalmarktrechtliche) Gleichheitsgrundsatz erfordert die gleiche Behandlung der Gesellschafter (Kapitalmarktteilnehmer) unter gleichen Verhältnissen. Unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht er jedoch eine unterschiedliche Behandlung der Gesellschafter (Kapitalmarktteilnehmer). Die Aktiengesellschaft darf auch außerhalb der Hauptversammlung Informationen an einzelne Aktionäre geben. Im Konzern bestehen durchsetzbare Pflichten zur Informationsweitergabe. Aus dem Zusammenspiel mit der Auskunftspflicht in der Hauptversammlung und den kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten lässt sich nicht ableiten, dass die einem Aktionär außerhalb der Hauptversammlung gegebenen Informationen auch anderen Aktionären gegeben werden müssen.

Deskriptoren: Gleichbehandlung, Gesellschaftsrecht, Informationsweitergabe, Auskunftserteilung, Auskunftspflicht, Fragerecht, Kapitalmarkt, Konzern, Rechtfertigung, Gesellschaftsinteresse.

Übersicht:

- I. Allgemeines zum Gleichheitsgrundsatz
- II. Der Gleichheitsgrundsatz und das Informationsrecht der Aktionäre
 1. Auskunftsrecht und Auskunftspflicht
 2. Allgemeines zum Umfang der Auskunft
 3. Die prinzipielle Zulässigkeit unterschiedlicher Informationsweitergabe
 4. Rechtfertigungsgründe
 - a) Das Interesse der Gesellschafter
 - b) Das Interesse der Gesellschaft
 5. Informationsrecht im Konzern
 - a) Auskunftspflicht und Informationsrecht der Konzern(ober)gesellschaft
 - b) Allgemeines Informationsrecht der Konzernobergesellschaft?
 6. Informationsweitergabe und Kapitalmarktrecht
- III. Zusammenfassung
 1. Fragerecht in der HV deckt sich nicht mit allgemeiner Informationsweitergabe
 2. Der Gleichbehandlungsgrundsatz

3. Das Fragerecht in der HV
4. Schuldrechtliche Sonderverhältnisse
5. Konzernverpflichtungen
6. Informationsweitergabe an Aktionäre außerhalb der HV

I. Allgemeines zum Gleichheitsgrundsatz

Das Gleichbehandlungsgebot ist ein Grundprinzip des Gesellschaftsrechtes¹⁾. Obwohl nicht im Gesetz ausdrücklich verankert, wurde es schon früh von Lehre und Rechtsprechung anerkannt²⁾.

¹⁾ Schmidt/Meyer-Landrut in Großkommentar² § 1 Anm 12: „das ganze Korporationsrecht beherrschender Grundsatz“; Lutter/Zöllner in Kölner Kommentar § 53a Rz 2: „Grundsatz des Korporationsrechtes“; Schiemer in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ § 102 Rz 3: „Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre“.

²⁾ Nachweise zur älteren Lehre und Rsp (auch des OGH) in Großkommentar² § 1 Anm 12; Nachweise für Österreich s. Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ § 11 Rz 3.

Im Zuge des EU-GesRÄG wurde es schließlich in Form des § 47a im österreichischen Aktiengesetz positiviert. Dieser besagt, dass Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln sind³⁾. Im GmbH-Recht ist auch heute noch das Gleichbehandlungsgebot nicht eigens festgehalten, sondern wird aus einer Zusammenschau, vor allem von § 52 Abs 3, § 66 Abs 1 und § 50 Abs 4 GmbHG abgeleitet⁴⁾. Vor der Positivierung war der Geltungsgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes umstritten⁵⁾. Heute beruht das Gleichbehandlungsgebot auf zwei gesetzlichen Grundlagen⁶⁾: Im Bereich des Gesellschaftsrechtes auf dem § 47a AktG und im kapitalmarktrechtlichen Bereich auf dem § 83 Abs 1 Börsengesetz. Die einheitliche hM in Deutschland geht von einem inhaltlichen Gleichklang dieser beiden Bestimmungen aus⁷⁾; die österreichische Lehre hat sich dem angeschlossen⁸⁾. Da es im Kontext der Durchsetzung von Minderheitenrechten in den letzten Jahren verstärkt zur Berufung auf den Gleichheitsgrundsatz gekommen ist, soll hier – vor allem in Zusammenhang mit dem Informationsrecht des Aktionärs – auf den Inhalt und Geltungsbereich des Gleichbehandlungsgebotes eingegangen werden.

Inhaltlich verordnet das Gleichbehandlungsgebot keine „allgemeine Gleichheit“⁹⁾, sondern verbietet umgekehrt die willkürliche¹⁰⁾, dh sachlich nicht legitimierbare, Verschiedenbehandlung¹¹⁾.

³⁾ Die wortgleiche Bestimmung des § 53a dAktG wurde 1979 in das Aktiengesetz eingefügt und geht auf Artikel 42 der 2. EG-Richtlinie zurück, nach der die Mitgliedstaaten die Gleichbehandlung der Aktionäre, die sich in denselben Verhältnissen befinden, sicherzustellen haben.

⁴⁾ Näher *Koppensteiner*, GmbHG² § 22 Rz 38.

⁵⁾ *Kastner* gibt als Grundlage des Gleichbehandlungsgebotes den Grundsatz von Treu und Glauben an (Gesellschaftsrecht³, 11), ebenso wohl auch *Hüffer* (AktG² § 53a Rz 2); s dort auch näher zum Verhältnis zwischen Gleichbehandlungsgrundsatz und Treuepflicht. Zu anderen Geltungsgrundlagen s *Lutter/Zöllner* in *Kölner Kommentar* § 53a Rz 4, die aber jedenfalls auf dem aristotelischen Prinzip der austeilenden Gerechtigkeit (justitia distributiva) beruhen. Während die ausgleichende Gerechtigkeit allen Beteiligten das (absolut) Gleiche zukommen lässt, richtet sich die austeilende Gerechtigkeit nach den Verhältnissen der Leistungen oder Beiträge (*Aristoteles*, *Nikomachische Ethik* V 7 [1131 b 27–1132 a 6]).

⁶⁾ Dieser gesetzlichen Festschreibung wird nur deklaratorischer, nicht konstitutiver Charakter beigemessen; s *Henn*, *Die Gleichbehandlung der Aktionäre in Theorie und Praxis*, AG 1985, 240.

⁷⁾ *Groß*, *Kapitalmarktrecht*² §§ 44–44d *BörseG* Rz 2; *Schäfer*, *Grundzüge des neuen Börserechts*, ZIP 1987, 956.

⁸⁾ *Altendorfer/Kalss/Oppitz*, *Grundfragen des neuen Börserechts* 152.

⁹⁾ *Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ § 11 Rz 3; vgl auch *Kraft* in *Kölner Kommentar* § 11 Rz 9: „Einen Grundsatz, dass alle Aktionäre gleichberechtigt sein müssen, gibt es nicht.“

¹⁰⁾ BGH in *NJW* 1961, 26; wN in *Hüffer*, AktG² § 53a Rz 4.

¹¹⁾ *Nowotny*, „Due Diligence“ und Gesellschaftsrecht, wbl 1998, 149 f; s auch *Schiemer*, der die Willkür mit einem Abstellen auf „nicht überwiegende Verbandsinter-

Entscheidend sind dabei die konkreten Umstände; ein abstraktes Gleichbehandlungsgebot wäre lebensfern¹²⁾. Zwar soll durch das Gleichbehandlungsgebot der Mehrheitsherrschaft eine Schranke gezogen werden¹³⁾, doch soll Ungleiches dennoch ungleich behandelt werden. Da die gleiche Behandlung lediglich bei gleichen Voraussetzungen zu einer schematischen Gleichberechtigung führt, ist es insofern irreführend, von einer *Gleichberechtigung aller* Aktionäre zu sprechen¹⁴⁾. Das gilt umso mehr, als das Gleichbehandlungsgebot seinen Gegenspieler im Prinzip der Mehrheitsherrschaft im Gesellschaftsrecht findet¹⁵⁾. Eine Grenze liegt aber jedenfalls dort, wo das Gesetz oder die guten Sitten eine ungleichmäßige Behandlung verbieten¹⁶⁾.

Fest steht, dass der Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf die mitglied-schaftlichen Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Aktionären beschränkt ist¹⁷⁾ und dass der Gleichbehandlungsgrundsatz kein eigenes Recht darstellt, sondern der Durchsetzung der Gesellschafteransprüche dient¹⁸⁾.

Kurz: Aktionäre sind (nur) in gleicher rechtlicher und faktischer Lage als Mitgesellschafter gleich zu behandeln¹⁹⁾.

essen“ gleichsetzt; in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ § 102 Rz 3; s a OGH SZ 53/172. Ebenso auf das Interesse der AG abstellend *Hüffer*, AktG² § 53a Rz 4 mN zur Judikatur des BGH.

¹²⁾ *Henn*, *Die Gleichbehandlung der Aktionäre in Theorie und Praxis*, AG 1985, 242.

¹³⁾ *Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ § 11 Rz 3.

¹⁴⁾ vgl RGZ 111, 252; *Kraft* im *Kölner Kommentar*: Der Gleichbehandlungsgrundsatz „besagt nicht, dass alle Aktionäre gleichberechtigt sein müssen“, § 11 Rz 8. Zur Differenzierung können nicht nur die Beteiligungshöhe (die ungleiche Aktionärsbehandlung als Folge ungleichen quantitativen Aktienbesitzes stellt also richtigerweise nicht eine Abweichung vom Prinzip der Gleichbehandlung [. . .] dar, sondern vielmehr seine Bestätigung, *Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropf*, AktG, § 53a Anm 8 f), sondern auch die Dauer der Beziehung und der Zeitpunkt der Geltendmachung eines Rechtes herangezogen werden. Weiters ist zu beachten, dass sich die Gleichbehandlung immer auf dieselbe Gesellschaft beziehen muss – Aktionäre verschiedener Gesellschaften können keine Gleichbehandlung beanspruchen; s *Henn*, AG 1985, 243.

¹⁵⁾ Ähnlich: *Voges*, *Zum Grundsatz der Gleichbehandlung im Aktienrecht*, AG 1975, 197.

¹⁶⁾ *Schmidt/Meyer-Landrut* in *Großkommentar*² § 1 Anm 12.

¹⁷⁾ *Lutter/Zöllner*, § 53a Rz 17 ff in *Kölner Kommentar* mwN, *Hüffer*, AktG² Rz 13; anders hingegen im Übernahmerecht: Vom Gleichbehandlungsgebot nach § 3 Z 1 ÜBG sind nicht nur die Gesellschaft, sondern auch der Bieter und die mit ihm gemeinsam vorgehenden Rechtsträger erfasst. Das können Gesellschafter, aber auch völlig gesellschaftsfremde Personen sein. S *Diregger/Ullmer*, *Die Spruchpraxis der Übernahmekommission nach drei Jahren Übernahmegesetz – eine Auswahl*, wbl 2002, 97, Punkt 2.a.

¹⁸⁾ *Lutter/Zöllner* in *Kölner Kommentar*, § 53a Rz 25 mwN; *Hüffer*, AktG² § 53a Rz 4 mwN.

¹⁹⁾ *Lutter*, *Die entgeltliche Ablösung von Anfechtungsrechten – zur aktiven Gleichbehandlung im Aktienrecht*, ZGR 1978, 354 f.

Zur konkreten Überprüfung eines Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot hat insb die deutsche Lehre ein zweiteiliges Prüfungsschema entwickelt. Einerseits wird gefragt, ob eine (formale) Ungleichbehandlung vorliegt, und andererseits, ob diese Ungleichbehandlung willkürlich ist oder sachlich gerechtfertigt werden kann²⁰⁾. Behandlungsunterschiede, die aus der Verschiedenheit der Verhältnisse und Umstände resultieren, verletzen nicht das Gleichbehandlungsgebot²¹⁾.

II. Der Gleichheitsgrundsatz und das Informationsrecht der Aktionäre

1. Auskunftsrecht und Auskunftspflicht

Weder das deutsche noch das österreichische Aktiengesetz enthalten eine umfassende und ausdrückliche Regelung des Rechts der Weitergabe von Informationen in der Gesellschaft und im Konzern. § 112 öAktG und § 131 dAktG enthalten im jeweiligen Abschnitt über die Hauptversammlung die Regelungen zum Auskunftsrecht des Aktionärs in der Hauptversammlung (vierter Teil vierter Abschnitt öAktG bzw erstes Buch vierter Teil vierter Abschnitt dAktG). Dieses Auskunftsrecht des Aktionärs und die damit einhergehende Auskunftspflicht des Vorstandes besteht nur in der Hauptversammlung. § 112 spricht ausdrücklich vom Auskunftsrecht „in der Hauptversammlung“. Die Informationsweitergabe („Auskunftserteilung“) außerhalb der Hauptversammlung ist damit nicht geregelt²²⁾. Dementsprechend möchte ich in der Folge von „Auskunftserteilung“²³⁾ dann sprechen, wenn es sich um die Befriedigung des (durchsetzbaren) Auskunftsverlangens des Aktionärs in der Hauptversammlung handelt, und von „Informationsweitergabe“²⁴⁾, wenn es sich um die (nicht durchsetzbare) Mitteilung von Informationen an den Aktionär außerhalb der Hauptversammlung handelt, mag diese Mitteilung ausschließlich auf Grund eines Entschlusses des Vorstands oder auch auf Grund eines entsprechenden

„Begehrens“ des Aktionärs erfolgen. Die – wenigen – Situationen, in denen der Aktionär außerhalb der Hauptversammlung sein Informationsverlangen durchsetzen kann, möchte ich jeweils einzeln bezeichnen²⁵⁾.

Selbstverständlich kann aber ein Aktionär auch außerhalb der Hauptversammlung Fragen an den Vorstand der Gesellschaft richten und dieser die Fragen beantworten²⁶⁾. Eine solche Beantwortung kann sich manchmal sogar empfehlen²⁷⁾. Ob sie eine Maßnahme der Geschäftsführung oder ein „Innengeschäft“ darstellt, ist umstritten²⁸⁾, bleibt

²⁵⁾ Die Verwendung des Begriffs „Auskunftserteilung“ zur Bezeichnung der Befriedigung des durchsetzbaren Informationsverlangens außerhalb der HV möchte ich vermeiden, da diese Informationen gerade nur an einzelne und nicht an alle (anwesenden) Gesellschafter (wie allgemein in der HV oder gem § 131 Abs 4 dAktG) gegeben werden.

²⁶⁾ *Haberlandt*, BB 1962, 1142 mwN und dem Hinweis, dass (selbstverständlich) auch hierbei die Gründe zur Auskunftsverweigerung aus Geheimhaltungsgründen zu beachten sind. Nach Meinung anderer ist das Auskunftsrecht des Aktionärs überhaupt ein Unterfall des aktienrechtlichen Publizitäts-Grundsatzes; s *Gefßler*, AktG § 131 Rz 2.

²⁷⁾ *Janberg*, Das Auskunftsrecht des Aktionärs außerhalb der Hauptversammlung, AG 1965, 191, 193; aA *Schiemer* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ § 112 Rz 1, und *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 112 Rz 1, die davon ausgehen, dass der Vorstand außerhalb der HV überhaupt keine Informationen erteilen darf. Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass es im Falle ihrer Anwendung zu einer gravierenden Benachteiligung der Aktionäre gegenüber Nicht-Aktionären käme: Es ist von der Leitungsbefugnis gemäß § 70 AktG gedeckt und weitgehend üblich, dass im Zuge von „Public Relations“ und „Investor Relations“-Maßnahmen Informationen des Unternehmens an Interessenten weitergegeben werden. Würde nun ein Aktionär eine eben solche Information verlangen, so dürfte sie ihm im Gegensatz zu einem Nicht-Aktionär in manchen Situationen nicht erteilt werden – das ist im Ergebnis wohl unhaltbar. Für die hier vertretene Meinung sprechen auch die Verpflichtungen für börsennotierte Gesellschaften nach dem Kapitalmarktrecht – insbesondere die Ad-hoc-Mitteilungspflicht kursbeeinflussender Tatsachen. Diese Pflicht zur Mitteilung besteht nicht nur gegenüber Gesellschaftern, sondern auch gegenüber „dem Publikum“ – also bloß potenziell interessierten Dritten. Überhaupt ist zur Rechnungslegung verpflichtet, wer fremdes oder gemeinschaftliches Vermögen verwaltet, was auch auf den Vorstand der AG bezogen wird (*Mayrhofer*, Schuldrecht 68). Aus diesem allgemeinen Grundsatz lässt sich zwar wohl keine Pflicht zur jederzeitigen Rechnungslegung ableiten, sehr wohl aber zumindest das Recht des Verwalters, dem andern freiwillig Informationen über das verwaltete Vermögen zukommen zu lassen.

²⁸⁾ Ob es sich bei einem solchen Vorgehen um einen Akt der Geschäftsführung handelt, hängt vom verwendeten Geschäftsführungsbegriff ab. Dafür: *Janberg* in AG 1965, 193; dagegen *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG¹⁷ § 37 Rz 2 f u § 35 Rz 49 f, der den gesamten Bereich der sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechte als Innengeschäfte von der Geschäftsführung ausnimmt. Anscheinend allgemein auf die Trennung Innen-/Außenverhältnis abstellend: *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht³, 179 f; für die AG *Strasser* in *Schie-*

²⁰⁾ Zu den näheren Unterteilungen dieses Prüfungsschemas *Lutter/Zöllner* in *Kölner Kommentar*, § 53a Rz 8 ff; ähnlich *Hüffer*, AktG² § 53a Rz 6 ff.

²¹⁾ *Henn*, AG 1985, 242.

²²⁾ *Haberlandt*, Auskunftserteilung außerhalb der Hauptversammlung, BB 1962, 1143.

²³⁾ Das Gesetz selbst kennt nur den Begriff des „Auskunftsrechts“ (§ 112 öAktG, § 131 dAktG). Die Befriedigung des Auskunftsverlangens des Aktionärs in der HV wird als „Auskunftserteilung“ bezeichnet (*Schiemer* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ § 112 Rz 2; *Hüffer*, AktG⁵ § 131 Rz 6). Im Übrigen ist die Terminologie nicht einheitlich und wegen der erweiterten Auskunftspflicht nach § 131 Abs 4 dAktG nicht vorbehaltlos auf Österreich übertragbar.

²⁴⁾ Der Begriff „Weitergabe“ soll ausdrücken, dass es sich um den nicht durchsetzbaren Informationserhalt des Gesellschafters handelt, ohne dass damit die Frage nach der (Un-)Zulässigkeit der Informationsweitergabe aus anderen als gesellschaftsrechtlichen Gründen beantwortet werden soll (etwa aus Gründen des Bankgeheimnisses; s dazu *Schiemer* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ § 112 Rz 6 mwN).

im hier zu erörternden Zusammenhang letztlich aber ohne Konsequenzen²⁹⁾. Es besteht aber außerhalb der Hauptversammlung kein Recht des Aktionärs auf Auskunft und keine Pflicht des Vorstandes zur Beantwortung³⁰⁾. Das Gesetz kennt selbst über die Hauptversammlung hinausgehende Informationsmöglichkeiten (und sogar Informationsrechte des Aktionärs³¹⁾) und schließt diese nicht aus³²⁾.

Außerhalb der Hauptversammlung besteht also kein einklagbares Informationsrecht (zu den Ausnahmen, vgl. im Konzern, s. unten). Dennoch kann die Gesellschaft von sich aus einem Aktionär eine Auskunft erteilen³³⁾. Ob aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz abgeleitet werden kann, dass außerhalb der Hauptversammlung an alle Aktionäre die gleichen Informationen gegeben werden müssen („aktive Gleichbehandlung“), soll hier näher untersucht werden³⁴⁾.

2. Allgemeines zum Umfang der Auskunft

Was ein Verwalter fremden Vermögens bei seiner Rechenschaftslegung dem Eigentümer des Vermögens darzulegen hat, darf auch ein Vorstand seinen

mer/Jabornegg/Strasser, § 70 Rz 4, der unter die Leitung der Gesellschaft die Geschäftsführung im Innenverhältnis und die Vertretung nach außen subsumiert. Anders *Hüffer*, AktG³, der anscheinend von einem weiten Geschäftsführungsbegriff ausgeht und die Leitung als Teilbereich der Geschäftsführung sieht, ebenso wohl auch *Mertens* in Kölner Kommentar § 77 Rz 2 f, der auch innergesellschaftliche Maßnahmen als Teil der Geschäftsführung sieht. *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I Rz 2/248 ff, ordnet der Geschäftsführung vor allem betriebswirtschaftliche Maßnahmen zu, aber auch Innengeschäfte. S. auch den weiten Begriff von *Koppensteiner*, GmbHG² § 21 Rz 3: „Im Grunde ist alles gemeint, was ein Geschäftsführer mit Bezug auf die Gesellschaft oder ihr Unternehmen tut oder unterlässt.“

²⁹⁾ S. unten II.6. FN 88.

³⁰⁾ *Stölzle*, Das Auskunftsrecht des Aktionärs, ÖJZ 1973, 487; ebenso *Janberg*, BB 1962, 191 mwN zur (älteren) Lit.

³¹⁾ So OGH in 8 Ob 260/65 zum Recht der Einsichtnahme in das Aktienbuch außerhalb der Hauptversammlung. In diese Richtung auch *Geßler*, AktG § 131 Rz 11a am Ende, unter Betonung der wertpapierrechtlichen Mitteilungspflichten.

³²⁾ Eine Bestimmung über den Informationsfluss, die nicht einmal im Aktiengesetz geregelt ist, stellt etwa § 247 Abs 3 HGB dar; nach dem das Mutterunternehmen von jedem Tochterunternehmen alle Aufklärungen und Nachweise verlangen darf, welche die Aufstellung des Konzernabschlusses und des Konzernlageberichts erfordert; s. auch unten Punkt 5.

³³⁾ *Geßler*, AktG § 131 Rz 18 unter Berufung auf *Kai Mertens* in „Die Information des Erwerbers einer wesentlichen Unternehmensbeteiligung an einer AG durch deren Vorstand“, AG 1997, 541, nach dem in Österreich ohne Entsprechung gebliebenen § 131 Abs 4 AktG ist diese Auskunft auf ein bestimmtes (!) Verlangen hin auch allen anderen Aktionären in der Hauptversammlung mitzuteilen. S. dazu näher unten.

³⁴⁾ Gegen die schematisch gleiche Informationsweitergabe allgemein *Seifert*, Zum Auskunftsrecht des Aktionärs nach neuem Aktienrecht, AG 1967, 2.

Aktionären nicht verschweigen³⁵⁾. So oder so ähnlich lässt sich wohl der Umfang jenes Bereiches umreißen, in dem der Vorstand zur Beantwortung der Aktionärsfragen in der Hauptversammlung verpflichtet ist. Der genaue Umfang des Frage-rechtes des Aktionärs ist hier nicht näher zu erörtern und Gegenstand zahlreicher wissenschaftlicher Untersuchungen und gerichtlicher Entscheidungen³⁶⁾. Für die Erörterungen hier sind folgende Überlegungen maßgeblich:

1. Der Umfang zulässigerweise freiwillig außerhalb der Hauptversammlung mitgeteilter Informationen deckt sich nicht (zwangsläufig) mit dem Umfang des Fragerechtes in der HV. Er bemisst sich letztlich am Gesellschaftsinteresse (s. dazu unten Punkt 4.b. – Rechtfertigungsgründe).
2. Die Gleichbehandlungspflicht gegenüber „konzernfremden Dritten“ gilt nicht auch für die Auskunft eines konzernierten Unternehmens gegenüber einem herrschenden Unternehmen in einem Konzern zum Zwecke der Erstellung des Konzernabschlusses³⁷⁾ (s. dazu auch unten Punkt 5. – Informationsrecht im Konzern).
3. Es gibt Bereiche, in denen Informationen an Gesellschafter erteilt werden, ohne auf das Gesellschafterverhältnis Bezug zu nehmen („Sonderbeziehungen“): Selbst wenn man für eine Form der aktiven Gleichbehandlung eintritt, so gilt diese jedenfalls nicht für Auskünfte, die auf außerhalb des Gesellschafterverhältnisses liegende Verpflichtungen zurückzuführen sind. Auskünfte, die einem Aktionär, unabhängig von dessen Größe, in dessen Funktion als Lizenznehmer, Kreditnehmer, Aufsichtsratsmitglied³⁸⁾, Bank, Lieferant, Berater oder sonstiger Vertragspartner³⁹⁾ erteilt werden, müssen einem anderen Aktionär nicht gegeben werden, wenn der Grund für die Mitteilung an den einen Aktionär gerade nicht in der Aktionärs-eigenschaft des Betreffenden liegt⁴⁰⁾. Solche Informationen erwachsen nicht aus dem Gesellschafterverhältnis, sodass der Gleichbehandlungsgrundsatz ganz grundsätzlich nicht anzuwenden ist, es kann daher in den allgemeinen Grenzen des

³⁵⁾ *Geßler*, AktG § 131 Rz 16 mit dem Verweis auf *Baumbach/Hueck*; jedoch hat ein „Vorstand auf der Hauptversammlung keinen Nachhilfeunterricht in Betriebswirtschaftslehre zu erteilen“, LG München 7 HK O 7427/79 in AG 1981, 80; solches etwa kann für diverse Berechnungsmethoden gelten.

³⁶⁾ S. nur für Österreich *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 112 Rz 2 ff; für Deutschland *Hüffer*, AktG⁵ § 131 Rz 9 ff.

³⁷⁾ So für die deutsche Rechtslage *Geßler*, AktG § 133 Rz 18 aE; der deutsche Gesetzgeber hat diesen Fall seit 1990 ausdrücklich in Absatz 4 Satz 3 geregelt. Der dahinter stehende Gedanke lässt sich jedoch auch auf das österreichische Recht übertragen.

³⁸⁾ *Henn*, AG 1985, 244.

³⁹⁾ *Geßler*, § 131 AktG Rz 18 unter Berufung auf BGH NJW 83, 878 = DB 83, 592.

⁴⁰⁾ *Seifert*, Zum Auskunftsrecht des Aktionärs nach neuem Aktienrecht, AG 1967, 2.

Vertragsrechts zwischen den Empfängern der Information differenziert werden.

Diese Überlegungen zu den „Sonderbeziehungen“ werden auch durch eine historische Analyse bestätigt: Als ein dem einzelnen Aktionär zustehendes Recht ist das Auskunftsrecht relativ jung. Artikel 224 des AHG erwähnte das Auskunftsrecht nicht eigens. Er regelte lediglich die Rechte, die den Aktionären „in den Angelegenheiten der Gesellschaft, insbesondere in Beziehung auf die Führung der Geschäfte, die Einsicht und Prüfung der Bilanz und die Bestimmung der Gewinnverteilung zustehen“. Diese Rechte waren von der Gesamtheit der Aktionäre in der Generalversammlung auszuüben. Erst mit dem Aktiengesetz 1937 wurde ein Auskunftsrecht des einzelnen Aktionärs normiert. Im Zuge der Aktienrechtsreformen 1965 in Deutschland und Österreich fasste der Gesetzgeber auch die Bestimmungen über das Informationsrecht neu. Das dAktG regelt das Auskunftsrecht nunmehr in § 131, das öAktG weiterhin in § 112. Der deutsche Gesetzgeber hat eine detailliertere, aber auch kasuistischere Regelung erlassen⁴¹⁾, während der österreichische Gesetzgeber eine flexiblere Bestimmung geschaffen hat. Die Unterschiede zwischen diesen beiden Bestimmungen sind beträchtlich und verhindern in weiten Bereichen die so beliebte Übertragung von Erkenntnissen der deutschen Rechtslehre auf die österreichische Situation. Hinsichtlich einiger grundsätzlicher Fragen haben die Neukodifizierungen jedoch keine inhaltlichen Neuerungen gebracht:

Zwar hat der Regierungsentwurf des § 125 Abs 4 dAktG gegenüber dem Referentenentwurf in den Satz „ist einem Aktionär . . . eine Auskunft . . . gegeben worden“ die Worte „wegen seiner Eigenschaft als Aktionär“ eingefügt, doch hat das sachlich keine Änderung bedeutet⁴²⁾. Die Regelungen über das Auskunftsrecht beziehen sich nur auf solche Informationen, die einem Aktionär in dieser Eigenschaft gegeben werden. Aktionäre, die auch Vertragspartner oder Aufsichtsratsmitglied der Gesellschaft sind oder in einer sonstigen Beziehung zu ihr stehen, können auf Grund dieser anderen Beziehung andere Informationen erhalten. Der Gleichheitsgedanke führt hier zu keiner Informationsweitergabe zu Gunsten eines Mitaktionärs, der keine solche Verbindung zur Gesellschaft hat⁴³⁾.

Der deutsche Regierungsentwurf hat diesen Gedanken durch die oben erwähnte Passage klarstellungshalber unterstrichen. Der deutsche Gesetzgeber ist also davon ausgegangen, dass ein anderer Aktionär die Mitteilung dieser Auskünfte darum nicht beanspruchen kann, „weil der Grund für ihre Erteilung nicht im Gesellschaftsverhältnis liegt“. Die Begründung des Regierungsentwurfes

selbst nennt als Beispiele etwa Auskünfte an ein Aufsichtsratsmitglied oder eine Bank auf Grund deren besonderer rechtlicher Beziehung zur Gesellschaft⁴⁴⁾.

Dieser Gedanke trifft auch in Österreich zu. Alle einem Aktionär auf Grund seiner Beteiligung zustehenden Rechte und Pflichten sind rein gesellschaftsrechtlicher Natur. Neben diese können eigene schuldrechtliche Bindungen treten, die aber auf die gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten keinen Einfluss haben⁴⁵⁾.

3. Die prinzipielle Zulässigkeit unterschiedlicher Informationsweitergabe

Wie oben dargelegt, ist der Gleichheitsgrundsatz Ausdruck des Prinzips der „Austeilenden Gerechtigkeit“ und untersagt die unsachliche Ungleichbehandlung der Gesellschafter in Hinsicht auf ihre aus der Gesellschafterstellung erwachsenden Rechte. Insb in der deutschen Literatur wird dazu die Meinung vertreten, dass die Aktionärsrechte in Haupt- und Hilfsrechte zu unterteilen seien. Die Hauptrechte seien das Recht auf Dividende, auf Liquidationserlös, auf den Bezug weiterer Anteile und das Stimmrecht. Alle anderen Rechte seien Hilfsrechte, die zur Durchsetzung der Hauptrechte dienen. Während sich der Umfang der Hauptrechte nach der Beteiligungshöhe richtet, stünden die Hilfsrechte „grundsätzlich“ jedem Aktionäre in gleicher Weise zu⁴⁶⁾.

In diesem Zusammenhang sind folgende Überlegungen von Bedeutung:

Die gleiche Zuteilung der Hilfsrechte scheint auf den ersten Blick zu einer statischen Gleichbehandlung aller Aktionäre zu führen. Die wahre Bedeutung dieser Verteilung findet sich aber nicht in der Differenzierung zwischen der „quantitativen“ Zuteilung einzelner Rechte im Sinne der ausgleichenden oder der austeilenden Gerechtigkeit (was in Wirklichkeit eine Frage des Ausübungsumfanges dieser Rechte darstellt⁴⁷⁾), sondern im Bereich des Entzugs der Rechte. Dass Hilfsrechte grundsätzlich jedem Aktionär gleich zustehen, bedeutet, dass sie ihm nicht (durch Satzung oÄ) entzogen werden können. Unterschiedliche Hilfsrechte sind deshalb zur Schaffung verschiedener Aktiengattungen ungeeignet⁴⁸⁾. Eine Ungleichbehandlung in Hinsicht auf Stimmrecht und Dividendenzahlung (Hauptrechte) hingegen kann zur Schaffung von verschiedenen Aktiengattungen führen.

⁴⁴⁾ Nachweise bei *Duden* in FS von Caemmerer 504.

⁴⁵⁾ *Stölzle*, ÖJZ 1973, 485.

⁴⁶⁾ *Kraft* in Kölner Kommentar § 11 Rz 12.

⁴⁷⁾ So können nach *Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ § 11 Rz 5, auch andere als vermögensrechtliche Rechte unterschiedlich zustehen; etwa das Recht, eine Hauptversammlung einzuberufen.

⁴⁸⁾ *Kraft* in Kölner Kommentar § 11 Rz 23; weniger streng *Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ § 11 Rz 5: Dass unterschiedliche nicht vermögensrechtliche Rechte zu verschiedenen Aktiengattungen führen, sei „zweifelhaft“.

⁴¹⁾ *Stölzle*, ÖJZ 1973, 487.

⁴²⁾ *Duden*, Gleichbehandlung bei Auskünften von Aktionären, FS von Caemmerer, 504.

⁴³⁾ So schon *Franta*, Das Wertpapier 1958, 8, zum Referentenentwurf des dAktG.

Erst eine Ebene darunter stellt sich die Frage, in welchem Umfang die grundsätzlich eingeräumten Rechte ausgeübt werden können. Wie der gesamte Gleichheitssatz, sind auch die Hilfsrechte Ausdruck des Sachlichkeitsgebotes. Damit werden aber gleichzeitig auch die Grenzen dieser Rechte aufgezeigt⁴⁹⁾. Auch die Festlegung von Minderheitenrechten ist letztlich ein Ausfluss des Sachlichkeitsgebotes und kann zu unterschiedlichen Berechtigungen einzelner Aktionäre bzw. Aktionärsgruppen führen⁵⁰⁾. Es könnte demnach also möglich sein, bereits das Fragerecht in der HV ungleichmäßig zu verteilen. Das ist jedoch aus folgenden Gründen abzulehnen:

1. Die Antwort einer in der Hauptversammlung gestellten Frage ist in der Hauptversammlung zu geben. Insofern erhalten alle anwesenden Aktionäre gleichzeitig dieselbe Antwort, sodass eine Differenzierung faktisch nicht möglich und vom Gesetzgeber auch nicht gewollt ist. Hätte der Gesetzgeber eine diesbezügliche Differenzierungsmöglichkeit vor Augen gehabt, so hätte er das Modell der Hauptversammlung gänzlich anders lösen müssen.
2. Jedenfalls die Hauptrechte (das sind neben den Vermögensrechten vor allem das Stimmrecht) unterliegen dem proportionalen Gleichbehandlungsgrundsatz: Ein Gesellschafter mit einem höheren Anteil an der Gesellschaft erhält mehr Dividenden, hat mehr Stimmen und ist im Falle einer Kapitalerhöhung proportional höher zum Bezug neuer Aktien berechtigt. Die Entscheidung der Hauptversammlung erfolgt durch die Mehrheit der Stimmen. Hier herrscht das Proportionalitätsprinzip und ist als Ausdruck des Prinzips der Herrschaft der Mehrheit im Recht der Kapitalgesellschaften zu verstehen. Zur Entscheidungsfindung ist aber das entsprechende Fragerecht notwendig, um dem Aktionär die Möglichkeit zu geben, hinsichtlich der von ihm gehegten Bedenken rational entscheiden zu können⁵¹⁾. Eine Einschränkung des Fragerechtes auch in proportionaler Weise wäre also eine doppelte Einschränkung der Entscheidungsfindung und würde die Qualität des Entschlusses verschlechtern. Ein solches prinzipielles Recht auf Information als Grundlage der eigenen Entscheidung räumt die Rechtsordnung jedem ein, der sein Vermögen von einem Fremden verwalten lässt. Eine Verschlechterung dieser Entscheidungsqualität durch Einschränkung des Fragerechtes hat der Gesetzgeber nicht gewollt. Lediglich auf Grund der ungleichen Beteiligungshöhe verschiedener Aktionäre kann also hinsichtlich des Fragerechtes

nicht zwischen den Aktionären differenziert werden⁵²⁾.

Dieses Prinzip bezieht sich aber nur auf das gegen die Gesellschaft durchsetzbare Auskunftsrecht des Aktionärs in der Hauptversammlung. Die Möglichkeit der Gesellschaft, auf Grund von Sonderverhältnissen Informationen weiterzugeben oder von sich aus mit Gesellschaftern in Kontakt zu treten, ist davon nicht betroffen.

4. Rechtfertigungsgründe

Im Zuge des bereits erwähnten Prüfungsschemas für eine Ungleichbehandlung hat *Zöllner* ganz allgemein ohne Bezug auf eine bestimmte Situation oder ein bestimmtes Gesellschaftsorgan Kriterien für eine Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen aufgestellt. Diese Kriterien sind die Förderung des Gesellschaftsinteresses, die Eignung, die Erforderlichkeit und die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme⁵³⁾.

Fraglich ist nun, welche Gründe für eine solche Differenzierung zwischen den Gesellschaftern herangezogen werden können.

Gibt der Vorstand Informationen weiter, so ist Folgendes zu beachten. Erstens: Der gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 47a AktG wendet sich an die Gesellschaft als solche⁵⁴⁾ und damit an alle Gesellschaftsorgane. Zweitens: Der Vorstand hat sich bei der Leitung der Gesellschaft an die Vorgaben des § 70 AktG zu halten. Der Vorstand ist insofern doppelt gebunden. Gleichzeitig lassen sich aus § 70 Wertungen für den Inhalt des § 47a gewinnen.

a) Das Interesse der Gesellschafter

Ein erster dieser Gründe für die Differenzierung könnten die verschiedenen Interessen sein, die die verschiedenen Aktionäre an der Gesellschaft haben. Dass es diese verschiedenen Interessen gibt, ist wohl unleugbar⁵⁵⁾. Es gibt Aktionäre, die an kurzfristigen Wertsteigerungen ihrer Beteiligung interessiert sind, während andere am langfristigen „Gehalt“ interessiert sind. Dritten wiederum geht es gar nicht so sehr um die Beteiligung an sich, sondern um die Zusammenarbeit mit dem dahinter stehenden Unternehmen. Diese Grenzen verlaufen nicht immer entlang der Trennlinie Großaktionär-Kleinaktionär (es gibt ja zB auch Großinvestoren, die „nur“ am kurzfristigen Gewinn interessiert sind – und deren Zahl hat sich im Laufe der Jahre eher vergrößert als verkleinert, und Kleinaktionäre, die großes unternehmerisches Engagement zei-

⁴⁹⁾ Letztlich ist ja auch der Gedanke der *justitia distributiva* nur ein Ausfluss des Sachlichkeitsgebotes, da diese auf die Berücksichtigung der beim Einzelnen jeweils verschieden vorliegenden Voraussetzungen abstellt.

⁵⁰⁾ *Kraft* in Kölner Kommentar § 11 Rz 12.

⁵¹⁾ Ähnlich: *Karehnke*, Zum Auskunftsrecht des Aktionärs, AG 1968, 281.

⁵²⁾ Zur Frage, inwiefern sich die Redezeit usw. des einzelnen Aktionärs im Konfliktfall nicht unter Berücksichtigung seines Anteils bestimmen lässt, s. *Lutter/Zöllner* in Kölner Kommentar § 53a Rz 23.

⁵³⁾ *Lutter/Zöllner* in Kölner Kommentar § 53a Rz 15 unter Hinweis auf *Zöllner*, Die Schranken mitglied-schaftlicher Stimmrechtsmacht (1963) 287 ff.

⁵⁴⁾ Unstrittig, s. nur *Lutter/Zöllner* in Kölner Kommentar § 53a Rz 25.

⁵⁵⁾ *Duden* in FS von Caemmerer 508.

gen – man denke etwa an die Gesellschafter der dt Cargolifter AG⁵⁶). Tatsächlich ist auch schon versucht worden, eine unterschiedliche Behandlung verschiedener Aktionäre mit deren unterschiedlichen Interessen zu rechtfertigen⁵⁷).

Es ist aber wohl zu Recht hM, dass das Gesetz die unterschiedlichen Interessen verschiedener Gesellschafter an der Gesellschaft nicht als berücksichtigungswürdig anerkennt⁵⁸). Warum sich jemand an der Gesellschaft beteiligt, ist dem Gesetz nach prinzipiell unbeachtlich. Das Interesse der Gesellschafter spielt lediglich im Zusammenhang mit dem Auskunftsverweigerungsrecht des Vorstands in der Hauptversammlung nach § 112 Abs 3 AktG eine Rolle. Hier sind die Interessen der Gesellschaft mit denen des Gesellschafters abzuwägen⁵⁹). Auch hier zeigt sich die Anwendbarkeit der oben dargelegten Grundsätze: Die Bewertung der Interessen und die daraus resultierende (Verweigerung der) Informationserteilung erfolgt nach den Verhältnissen, in denen sich Gesellschaft und Gesellschafter befinden.

b) Das Interesse der Gesellschaft

Ein weiterer Grund für eine freiwillige unterschiedliche Informationserteilung könnte das Interesse der Gesellschaft sein. In unserem Zusammenhang sind hier zwei Überlegungen von Bedeutung: Einerseits gibt § 70 AktG vor, nach welchen Maßstäben der Vorstand die Gesellschaft zu leiten hat, und andererseits sind auch die Aktionäre (mit verhältnismäßiger Regelmäßigkeit) mit unternehmerischen Entscheidungen in der Hauptversammlung befasst und unterliegen damit (lediglich) dem Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 47a AktG. Man denke etwa an Kapitalerhöhungen, Verschmelzungen oder Unternehmensverträge. Diese Vorgänge stellen unternehmerische Fragen an die Gesellschafter, die diese dann zu entscheiden haben. Hat nun der Vorstand eine Maßnahme ins Auge gefasst, die er als im Wohl des Unternehmens gelegen ansieht, so ist er wohl verpflichtet, zu versuchen, eine dementsprechende Entscheidung herbeizuführen, und zu versuchen, die Gesellschafter für diese Maßnahme zu gewinnen. Diese Kontaktaufnahme und Überzeugungsarbeit wird nun je nach Typus der Gesellschaft anders aussehen. Bei großen Publikumsgesellschaften mit einer unüberschaubaren Anzahl von Gesellschaftern ist es nicht möglich, mit den Gesellschaftern einzeln in Kontakt zu treten. Versuche zur Herbeiführung einer Entscheidung können daher nach statistischen oder psychologischen Gesichtspunkten gemacht werden (man denke an die Kampagnen großer AGs wie der Deutschen Telekom oder die mit gro-

ßem Einsatz in allen Medien geführten Kämpfe um Stimmen der Aktionäre amerikanischer Gesellschaften, etwa im Fall Compaq – HP im Jahr 2002).

Gibt es jedoch eine wenige (Groß-)Gesellschafter, so gehört es zur gewissenhaften Ausübung der Tätigkeit als Vorstand und Aufsichtsrat, sich über die Haltung dieser Gesellschafter in Bezug auf die geplante Maßnahme zu informieren, damit die Chancen der Durchführung dieser Maßnahme realistisch eingeschätzt werden können. Ja, wenn es nur einige wenige (große) Gesellschafter gibt (Schlagwort „personalistische Kapitalgesellschaft“), so kann die Leitung der Gesellschaft sinnvollerweise nur mit diesen direkt in Kontakt treten. Wozu sollte etwa eine solche Gesellschaft eine Medienkampagne zur Information ihrer Aktionäre durchführen, wenn es die unmittelbare Kontaktaufnahme auch tut? Andernfalls käme es im Extremfall zu einer Vergeudung von Unternehmensressourcen.

Auf der anderen Seite sind die Großgesellschafter (durch ihre Treuepflicht) dazu angehalten, zumindest irgendeine Art von Stellungnahme zu den geplanten Vorhaben abzugeben (und sei es auch nur die, dass man der geplanten Maßnahme weder zustimmen noch sie ablehnen werde). Ein zielgerichtetes Vorgehen der Unternehmensführung erfordert also ein an die jeweilige Situation angepasstes Verhalten. In diesem Sinn ist – im Interesse der Gesellschaft⁶⁰) – eine andere Form der Kommunikation zwischen der Gesellschaft und den Großaktionären erforderlich. In diesem Prozess ist also die weitergehende Information über entscheidungserhebliche Tatsachen des (Groß-)Aktionärs gerechtfertigt, um dadurch eine Entscheidung zu erlangen⁶¹). Je mehr die Informationsweitergabe der unterschiedlichen Stellung der Empfängergruppe gegenüber anderen Aktionären entspricht, desto eher ist die exklusive Informierung gerechtfertigt⁶²).

Allgemein ist jedoch auf den Einzelfall abzustellen, sodass es etwa gerechtfertigt sein kann, den 95%-Gesellschafter zu informieren, damit er Dispositionen hinsichtlich bestimmter geplanter (Umgründungs- oder strategischer) Maßnahmen treffen kann, und auch gleichzeitig den 5%-Gesellschafter, um etwa einen bestimmten Eindruck in der Öffentlichkeit zu erzeugen oder – auch unberechtigte – Anfechtungsklagen zu verhindern. In weiten Bereichen obliegt diese Entscheidung jedoch dem Vorstand als verständigem Kaufmann, dessen Entscheidungen nicht – und auch wenn sie nicht erfolgreich waren – vom Gericht überprüft werden können und sollen.

⁵⁶) Klein, Das Traumschiff, brandeins 8/2002, 30 ff.

⁵⁷) So *Jahnberg* in AG 1965, 193; ua mit dem Argument, dass sich die Kleinaktionäre leichter von ihrer Beteiligung trennen können.

⁵⁸) *Duden* in FS von Caemmerer 508 f.

⁵⁹) S näher *Greiter*, Das Auskunftsrecht des Aktionärs und Partizipanten gemäß § 112 AktG, ÖJZ 1989, 525.

⁶⁰) Und nur in diesem; etwas anderes ist die Abwägung der Interessen von Gesellschafter und Gesellschaft bei Inanspruchnahme des Auskunftsrechts durch einen Aktionär gem § 112 Abs 3 AktG. Hier ist sehr wohl das Interesse des Aktionärs zu beachten. S näher oben und *Greiter*, ÖJZ 1989, 525.

⁶¹) Ähnlich *Duden* in FS von Caemmerer 510.

⁶²) *Nobel*, Schweizerisches Finanzmarktrecht (1997) 463 f.

In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass ein solches unterschiedliches Informationsgefälle von der Rechtsordnung anerkannt und reguliert wird⁶³). Nach den Regeln des Insiderhandels und der Emittenten-Compliance ist nicht die Weitergabe von bestimmten Informationen per se verboten, sondern lediglich ihre Verwendung zu bestimmten Zwecken („Missbrauch“). Weiter ist zu beachten, dass es sich gemäß § 48a Abs 3 BörseG beim (Groß-)Aktionär nicht um einen Dritten handelt, an den die Informationen gegeben werden, sondern um einen Primärinsider (arg: „[. . .] auf Grund [. . .] seiner Beteiligung am Kapital des Emittenten zu der [. . .] Information Zugang hat.“). Zwischen Vorstand und Gesellschafter ist daher nicht § 48a Abs 1 Z 2 (Informationsweitergabe), sondern nur Z 1 anwendbar (Ver-/Kauf von Wertpapieren). Die Rechtsordnung anerkennt also den Informationsvorsprung gewisser Aktionäre.

Daraus lassen sich in unserem Zusammenhang zwei Erkenntnisse gewinnen. Erstens: Ein „strenges“ (dh statisches) Gleichbehandlungsgebot nach dem Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit würde schon die Weitergabe der Informationen an sich verbieten. Dass dies nicht erfolgt ist, ist Ausdruck des dem Gleichbehandlungsgebot innewohnenden Sachlichkeitsgebots. Zweitens: Eine solche Weitergabe von Informationen unter Geheimhaltungspflicht lässt sich faktisch nur bei einem beschränkten Personenkreis durchführen, was das Gesetz auch anerkannt hat. Würde man diese Informationen einem faktisch unbeschränkten Kreis wie dem der Aktionäre einer großen Publikums-AG in der Hauptversammlung zur Verfügung stellen, so wäre es mit der „Compliance“ vorbei. Auch das Aktiengesetz selbst hat dies anerkannt, wenn es ausspricht, dass Aktionäre lediglich unter gleichen Verhältnissen gleich zu behandeln sind, was aber im soeben erörterten Fall gerade nicht der Fall ist. Einige erhalten mehr, andere weniger Information.

Conclusio: Es liegt in der Verantwortung des Vorstandes zu versuchen, das Wohl der Gesellschaft durch eine „öffentlichkeitsscheue Politik“ zu erreichen oder aber durch eine sehr offene Informationspolitik. Der Vorstand kann das Wohl der Gesellschaft durch die Zustimmung einiger Großgesellschafter oder auch nur eines einzigen Großgesellschafter zu den von ihm als im Wohl der Gesellschaft liegenden Zielen zu verwirklichen suchen oder aber auch, indem er aktiv mit den kleineren Aktionären zusammenarbeitet und sich deren Zustimmungsbereitschaft zu vorgesehenen Maßnahmen versichert oder aber indem er mit allen kooperiert⁶⁴).

⁶³) So haben etwa auch im Konkursrecht die Mitglieder des Gläubigerausschusses eine gegenüber den übrigen Gläubigern bevorzugte Stellung inne.

⁶⁴) Zu den Möglichkeiten des Vorstands s etwa die E BGH 21.4.1997, II ZR 175/95 „ARAG-Garmenbeck“, BGHZ 135, 44 = ZIP 1997, 970 = AG 1997, 377: Dem Vorstand ist für die Leitung der Geschäfte der AG ein weiter – unüberprüfbarer – Handlungsspielraum zuzubilligen,

Fraglich ist nun, ob es bestimmte Fixpunkte gibt, die die Information „eher“ rechtfertigen würden. In der Praxis erfolgt die Weitergabe von Informationen sehr oft über den Aufsichtsrat. Der Großaktionär ist eher in der Lage, Personen seines Vertrauens in den Aufsichtsrat zu wählen. Sind diese Personen dann auch in einer Organfunktion beim Aktionär tätig, so geraten sie in das Spannungsfeld der Verpflichtung gegenüber zwei Gesellschaften. Selbst bei bestem Wissen und Gewissen kann ein solches Doppelorgan bei der Entscheidungsfindung in Angelegenheiten der einen Gesellschaft sein Wissen über die Angelegenheiten der anderen Gesellschaft nicht negieren. Er wird also zwangsläufig sein Abstimmungsverhalten oder seine Vorbringen und Ratschläge in einer von der anderen Gesellschaft beeinflussten Weise erstatten. Es ist auch schon versucht worden, aus diesen faktischen Gegebenheiten auf die rechtliche Zulässigkeit zu schließen. Die Information des Gesellschafters erfolge hier nicht gegen, sondern jenseits des Gesetzes, und insofern sei die Ungleichbehandlung nicht willkürlich und damit gerechtfertigt und zulässig⁶⁵). Es sei also nach dieser Meinung von der Rechtsordnung gedeckt, dass das Aufsichtsratsmitglied „seinen“ Gesellschafter informiert. Andere wiederum haben ein solches Informationsrecht zwar de lege lata abgelehnt, es jedoch de lege ferenda eingefordert. Die §§ 394 f dAktG kennen eine Regelung, die auf „Veranlassung“ von Gebietskörperschaften gewählte oder entsandte Aufsichtsratsmitglieder von ihrer Verschwiegenheitspflicht hinsichtlich der Berichte, die sie der Gebietskörperschaft zu erstatten haben, enthebt oder diese Verschwiegenheitspflicht einschränkt. Das Privileg dieser Vorschrift sollte nach bestimmten Ansichten nicht nur der öffentlichen Hand eingeräumt werden, sondern auch den Großaktionären, die ein Aufsichtsratsmitglied „entsenden“ können. Großaktionäre sollten entweder voll mitentscheiden und dazu auch genügend informiert sein, wobei diese Information über den Aufsichtsrat zu geschehen habe, oder mit geringerer Verantwortung in einer „Außenstellung“ ohne weitergehende Information sein⁶⁶).

Die österreichische Rechtslage kennt eine solche Regelung wie das deutsche Aktienrecht nicht, und es ist auch nicht einzusehen, wieso der Großaktionär, der ein Aufsichtsratsmitglied stellt, anders informiert werden soll als ein Gesellschafter, der dies nicht tut. Das entscheidende Kriterium ist wohl die Bedeutung dieses Gesellschafters für die Gesellschaft an sich und nicht das Ergebnis „taktischer Spielchen“ bei der Aufsichtsratswahl.

Diese (wirtschaftliche und gesellschaftsrechtliche) Bedeutung kann nicht mit starren Prozentzahlen festgelegt werden. Einerseits ist dazu die Aktionärsstruktur der verschiedenen Gesellschaften

ohne den unternehmerisches Handeln schlechterdings nicht denkbar ist.

⁶⁵) *Karehnke*, AG 1968, 281 ff mwN.

⁶⁶) *Duden* in FS von Caemmerer 513.

ten zu unterschiedlich, und andererseits ist die reine Beteiligungshöhe ja gerade nicht das ausschlaggebende Kriterium. Zwar werden Großgesellschafter oft wirtschaftliche Interessen, die über die reinen Dividendenrechte hinausgehen, haben, doch gibt es institutionelle Investoren, die kein Interesse an einer Einflussnahme auf die Gesellschaft haben und den Vorstand „unbehelligt“ arbeiten lassen wollen (zumindest solange die angestrebte Rendite erreicht wird), und es gibt Kleingesellschafter, die eine aktive Rolle in der Unternehmenspolitik spielen und ihre Beteiligung als mehr als nur eine Kapitalanlage betrachten. Ein Gesellschafter, der eine zwar an sich bedeutende Beteiligung hält, sich aber jeglicher unternehmerischer Entscheidung enthält (wie etwa des Öfteren sog. „institutionelle Investoren“ Anteile an Gesellschaften halten), hat eine andere Bedeutung für die Gesellschaft als ein Gesellschafter, der etwa von sich aus bestimmte Maßnahmen vorschlägt und betreibt, zu der Gesellschaft neben seiner gesellschaftsrechtlichen Bindung auch noch in einer schuldrechtlichen Beziehung (etwa durch Lieferverträge oder Ähnliches) steht und für seine Anliegen auch unter den anderen Gesellschaftern Stimmung macht. Entscheidend sind also die jeweiligen Verhältnisse der Gesellschaft und des Gesellschafters. Nichts anderes drückt auch das Gesetz schon in seinem Wortlaut aus. Gesellschafter sind ihren Verhältnissen nach zu behandeln⁶⁷⁾.

5. Informationsrecht im Konzern

a) Auskunftspflicht und Informationsrecht der Konzern(ober)gesellschaft

Bisher wurde in Punkt 4.) die Frage nach der Zulässigkeit einer Differenzierung bei der freiwilligen Informationsweitergabe der Gesellschaft untersucht. Es besteht aber nebst dem schon erwähnten Recht auf die zur Aufstellung des Konzernabschlusses nach §§ 224 HGB benötigten Informationen auch ein weiteres durchsetzbares Recht des Gesellschafters auf (bevorzugte) Informationserteilung⁶⁸⁾:

⁶⁷⁾ Nochmals: Von dieser Beziehung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter sind die außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Verbindung gelegenen Informationen selbstverständlich ausgenommen. Wenn etwa ein Gesellschafter in seiner Funktion als Lieferant Informationen über gewisse Bereiche des Einkaufsvolumens der Gesellschaft erhält, die andere Gesellschafter so nicht erhalten, so berührt dies keineswegs das Gleichbehandlungsgebot. Das gilt auch, wenn die anderen Gesellschafter ansonsten „in den selben Verhältnissen“ stehen wie der Lieferanten-Gesellschafter, da solche Informationen vom Gleichbehandlungsgebot gar nicht erfasst sind.

⁶⁸⁾ Die allgemeinen Grundsätze zur freiwilligen Informationsweitergabe finden ihre Wertungsentsprechung im Konzernrecht: § 15 kennt mehrere Möglichkeiten, wie ein Konzern gebildet werden kann, die allesamt auf Leitung bzw. Einfluss abstellen. Einer Konzerngesellschaft gegebene Informationen kommen dieser daher in ihrer Funktion als „Einfluss habender Gesellschafter“ zu. Dieses Kriterium ist aber nichts anderes als das schon

Nach § 112 Abs 1 AktG zweiter Satz erstreckt sich die Auskunftspflicht der Gesellschaft gegenüber dem Aktionär in der Hauptversammlung „auch auf die Beziehungen zu Konzernunternehmen“⁶⁹⁾. Die neuere Lehre versteht darunter nicht nur die rechtlichen Grundlagen der Konzernierung, sondern auch die Geschäftslage des Gesamt Konzerns und einzelner Unternehmen oder Geschäftsbereiche des Konzerns⁷⁰⁾. Da sich das Auskunftsrecht auf mehr erstreckt als die Wiederholung des Inhalts der Jahresabschlüsse der Konzerngesellschaften, muss sich die auskunftspflichtige Gesellschaft die Informationen von der Konzerngesellschaft zur Verfügung stellen lassen. Dies gilt in gesteigertem Maß für Auskünfte über einzelne über Gesellschaftsgrenzen hinweg betriebswirtschaftlich-funktionell organisierte Geschäftsbereiche, da hier den Jahresabschlüssen noch weniger Informationen zu entnehmen sind. Es ist dem Gesetzgeber wohl nicht zuzusinnen, dass er der Gesellschaft eine Verpflichtung auferlegt hat, die sie legalerweise gar nicht erfüllen kann. Im Bereich des Konzerns bestehen also weiter gehende Informationspflichten: Mit der Erweiterung des Umfangs des Fragerechts des Aktionärs ist sowohl der sachliche Umfang wie der Kreis der Betroffenen erweitert worden: Der Informationsumfang zwischen Konzernober- und -untergesellschaft ist sachlich erweitert worden, da sich die Auskunftspflicht der Gesellschaft gegenüber dem Aktionär mit dem Auskunftsrecht der Gesellschaft gegenüber der (Unter-)Gesellschaft deckt. Der Kreis der Betroffenen ist insofern erweitert worden, als nicht nur die Obergesellschaft in Hinsicht auf die Tochter gegenüber einem Aktionär informationspflichtig (und gegenüber der Tochter informationsberechtigt) ist, sondern auch die Tochter in Hinsicht auf die Mutter informationspflichtig ist⁷¹⁾.

b) Allgemeines Informationsrecht der Konzernobergesellschaft?

Wie weit aber das (durchsetzbare) Informationsrecht im Grenzbereich zwischen Gesellschafts- und Schuldrecht tatsächlich geht, ist umstritten (die freiwillige Informationsweitergabe ist hingegen nach den allgemeinen Regeln stets möglich).

Für den Vertragskonzern (id est insbesondere bei Abschluss eines Beherrschungsvertrages) wird in

oben unter b) im Allgemeinen dargelegte Interesse der Gesellschaft an der Information der Gesellschafter, die für die Ziele der Gesellschaft von Bedeutung sind.

⁶⁹⁾ Zur „nur klarstellenden Bedeutung“ dieser Vorschrift, weil Beziehungen zu (in Österreich:) Konzern- bzw. (in Deutschland:) verbundenen Unternehmen jedenfalls ab einer gewissen Erheblichkeitsschwelle notwendig Angelegenheiten der Gesellschaft selbst sind, s. Hüf-fer, AktG⁵ § 131 Rz 13 mwN.

⁷⁰⁾ Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß⁵ 259 FN 113; Schiemer in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ § 112 Rz 4; aA Greiter, ÖJZ 1989, 525.

⁷¹⁾ Zum Umfang des Fragerechts s. Hüf-fer, AktG³ § 131 Rz 11 ff, insb 15; Geßler, AktG § 131 Rz 12.

der deutschen Lehre mW weitgehend unbestritten ein Recht auf bevorzugte Information des herrschenden Unternehmens vertreten⁷²⁾.

Für den „faktischen Konzern“ wird einerseits vertreten, dass das leitende Unternehmen in der vom Aktiengesetz besonders geregelten Eigenschaft als „Konzernleitung“ bevorzugt Information empfangen könne⁷³⁾ (und diese daher nicht wegen seiner Eigenschaft „als Aktionär“ empfangen)⁷⁴⁾, andererseits aber, dass dem leitenden Unternehmen im faktischen Konzern kein besonderer Rechtsstatus zukomme und dieses von jedem Konzernunternehmen nur – aber immerhin doch – alle Aufklärungen und Nachweise verlangen kann, welche die Aufstellung des Konzernabschlusses und des Konzernberichts erfordert⁷⁵⁾.

Entsprechend der Komplexität und den Abstufungen des deutschen Konzernrechtes werden auch unterschiedliche „Intensitätsstufen“ für die Möglichkeit der Weitergabe von Information vertreten. Aber selbst für das „schlichte Abhängigkeit“ genannte Verhältnis zweier Gesellschaften, bei dem auf Grund der Beteiligung für das beteiligte Unternehmen die Möglichkeit besteht, auf das andere einen beherrschenden Einfluss zu nehmen, ohne dass es deswegen zu einer einheitlichen Leitung käme, wird dem herrschenden Aktionär das Recht auf bevorzugte Information oder gar die Pflicht dazu⁷⁶⁾ zugesprochen. Dies wurde vor allem mit den Ausgleichs- und Ersatzpflichten des herrschenden Unternehmens für dem beherrschten Unternehmen nachteilige Verträge im deutschen Konzernrecht begründet⁷⁷⁾.

Nach anderer Ansicht führt die schlichte Abhängigkeit zu keinem besonderen Informationsrecht des Großaktionärs, da hier keine Pflicht zur Erstellung eines Konzernabschlusses und damit kein Informationsbedürfnis des herrschenden Unternehmens besteht⁷⁸⁾ bzw es dem herrschenden

Großaktionär freisteht, seinen Einfluss auf das Unternehmen auszuüben oder dies nicht zu tun. Da keine Pflicht des herrschenden Unternehmens zur Einflussnahme besteht, wird diesem auch kein Informationsrecht zugebilligt⁷⁹⁾. Der herrschende Gesellschafter riskiert nach dieser Ansicht lediglich eine Haftung, wenn er gewisse Grenzen überschreitet. Da jedoch sowohl die Entscheidung zur Einflussnahme als auch ihr Umfang in seinem Belieben stehen, sei die Verweigerung eines zusätzlichen Informationsrechtes zulässig.

Der obigen Argumentation für ein (durchsetzbares) Informationsrecht lässt sich zusätzlich einerseits vor allem entgegenhalten, dass das österreichische Recht die Haftungsregeln des deutschen Konzernrechtes nicht kennt und es sich andererseits bei dem wohl meistverbreiteten Fall der „Haftung“ eines Gesellschafters, die „nicht in seinem Belieben“ steht, nämlich dem des Eigenkapitalersatzrechtes, nicht um eine konzernrechtliche Eigenheit handelt⁸⁰⁾.

De lege lata kann also kein Recht der Konzernobergesellschaft auf bevorzugte Information abgeleitet werden⁸¹⁾. Die allgemeinen Grundsätze der Informationsweitergabe gelten jedoch auch im Konzern: Ist die Information von Aktionären als im Gesellschaftsinteresse gelegen anzusehen, so ist sie jedenfalls gerechtfertigt, ja uU sogar geboten. Das bedeutet konkret:

Kommt zu der Tatsache, dass eine Gesellschaft⁸²⁾ an einer anderen eine (größere) Beteiligung hält⁸³⁾, hinzu, dass die Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind oder dass von der einen Gesellschaft ein beherrschender Einfluss auf die andere Gesellschaft ausgeht

⁷²⁾ *Duden* in FS von Caemmerer 504; *Seifert*, Zum Auskunftsrecht des Aktionärs nach neuem Aktienrecht, AG 1967, 3. S auch allgemein für den Gleichheitssatz im Konzernrecht *Voges*, Zum Grundsatz der Gleichbehandlung im Aktienrecht, AG 1975, 197 ff (insb 200 f), mit dem Argument, die der Konzernbildung innewohnende Ungleichbehandlung sei vom Gesetzgeber aus vor allem wirtschaftlichen Gründen hingenommen worden. ME ist dem in dieser Weite nicht zuzustimmen, da etwa bei Unternehmensverträgen der Gleichheitssatz einen Dividendenausgleich notwendig macht; s etwa *Koppensteiner*, Zum Gewinnabführungsvertrag der GmbH, RdW 1985, 200.

⁷³⁾ So schon *Duden* in FS von Caemmerer 504; *Seifert*, Zum Auskunftsrecht des Aktionärs nach neuem Aktienrecht, AG 1967, 3. S auch allgemein für den Gleichheitssatz im Konzernrecht *Voges*, Zum Grundsatz der Gleichbehandlung im Aktienrecht, AG 1975, 197 ff (insb 200 f), mit dem Argument, die der Konzernbildung innewohnende Ungleichbehandlung sei vom Gesetzgeber aus vor allem wirtschaftlichen Gründen hingenommen worden. ME ist dem in dieser Weite nicht zuzustimmen, da etwa bei Unternehmensverträgen der Gleichheitssatz einen Dividendenausgleich notwendig macht; s etwa *Koppensteiner*, Zum Gewinnabführungsvertrag der GmbH, RdW 1985, 200.

⁷⁴⁾ Wegen § 131 Abs 4 dAktG ist für Deutschland die schlichte „Möglichkeit der Information der Konzernobergesellschaft“ vom „Recht der Konzernobergesellschaft auf bevorzugte Information“ zu unterscheiden.

⁷⁵⁾ Grundlegend: *Kropff*, Der faktische Konzern als Rechtsverhältnis, DB 1967, 2204 f; *Seifert*, Zum Auskunftsrecht des Aktionärs nach neuem Aktienrecht, AG 1967, 3.

⁷⁶⁾ *Eckardt*, Kommentar zum Aktiengesetz, § 131 Rz 143, 148.

⁷⁷⁾ *Obermüller/Werner/Winden*, Die Hauptversammlung der AG³, 168.

⁷⁸⁾ *Bartz* in Großkommentar § 131 Anm 27.

⁷⁹⁾ *Eckardt* § 131 Rz 143, 148.

⁷⁹⁾ *Duden* in FS von Caemmerer 507.

⁸⁰⁾ Das Eigenkapitalersatzrecht erkennt insbesondere in seiner Spielart des „Stehenlassens“ von gewährten Leistungen de facto die bevorzugte Informationsstellung des „haftenden“ Gesellschafters an, da es die Nachrangigkeit der Forderung des Gesellschafters mit seiner besonderen Situation begründet. Nebst einer bestimmten Beteiligungshöhe (strittig, s *Nowotny*, Probleme des eigenkapitalersetzenden Darlehens, ÖBA 1994, 669; *Karollus*, Eigenkapitalersetzende Leistungen, ÖBA 1997, 105) ist dies va auch die (versäumte) Möglichkeit, trotz (bevorzugten) Wissen(müssen)s das gewährte Darlehen zurückzufordern („Finanzierungsentscheidung“); s OGH 22. 12. 1993, 8 Ob 28/93 = ecolex 1994, 234 (*Dellinger*) = GesRZ 1994, 136 = RdW 1994, 143 = wbl 1994, 205 (Abstellen auf Wissen) u OGH 12.9.1996, 8 Obs 2107/96b = GesRZ 1997, 40 = RdW 1997, 130 (Abstellen auf Wissenmüssen).

⁸¹⁾ Aus der reinen Aktionärsposition der Obergesellschaft allein kann kein Vorzugsrecht auf Information abgeleitet werden, *Duden* in FS von Caemmerer 505.

⁸²⁾ Oder ein anderer Rechtsträger eines Unternehmens wie – praktisch im Konzern wohl seltener – eine natürliche Person; s zur Frage des „rechtlich selbstständigen Unternehmens“ als Gegenstand des Konzernbegriffs *Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, § 15 Rz 9 ff mwN.

⁸³⁾ § 15 Abs 1 AktG erfordert zwar keine Beteiligung, doch ist eine solche wegen der sonst fehlenden Gesellschafterstellung erforderlich.

(§ 15 AktG), so ändern sich (wohl zumeist) nach den oben dargelegten Grundsätzen die Verhältnisse in der Weise, dass diese besondere Beziehung die freiwillige (asymmetrische) Weitergabe von Informationen rechtfertigt⁸⁴). Die Beurteilung der Verhältnisse, des Umfangs der Information sowie der zu erwartenden Vorteilhaftigkeit sind jedoch Aufgaben der informierenden Gesellschaft. Solche Informationen können weit über die Angelegenheiten der Konzernrechnungslegung und die Auskunftspflicht der Konzerngesellschaft hinausgehen (dort bestehen ja sogar Rechte der anderen Konzerngesellschaft auf Information) und jeden Bereich der Unternehmensführung betreffen. Sofern von der Leitungsbefugnis des Vorstands gedeckt und im Interesse der Gesellschaft gelegen, können nicht nur „hard facts“ wie Unternehmens(kenn)zahlen, sondern auch Informationen zur Personalführung, zum Qualitätsmanagement uÄ weitergegeben werden⁸⁵).

6. Informationsweitergabe und Kapitalmarktrecht

Wie oben bereits dargelegt, geht die hM von einem Gleichklang des gesellschaftsrechtlichen und des kapitalmarktrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus. Von der Struktur her ist dies unzweifelhaft zutreffend. Doch ist meines Wissens bisher noch nicht diskutiert worden, ob dieser strukturelle Gleichklang auch zum inhaltlich gleichen Ergebnis auf beiden Rechtsgebieten führt. Zu beachten sind nämlich nach beiden „Gleichbehandlungsgrundsätzen“ die jeweils für den Gesellschafter bzw die Gesellschaft relevanten Verhältnisse. Welche Verhältnisse das nun sind, ergibt sich aus den Wertungen der Rechtsordnung. Im Gesellschaftsrecht sind dies vor allem die gesellschaftsrechtlichen Wertungen, im Bereich des Kapitalmarktes zusätzlich jene des Kapitalmarktrechts. Letztere lassen sich insbesondere aus den Regelungen über die Ad-hoc-Mitteilungspflicht, über die Prospektpflicht und über den Insiderhandel und die Emittenten-Compliance gewinnen.

Betrachtet man den Inhalt der beiden Rechtsbereiche, so fällt einerseits der unterschiedliche Kreis der Empfänger der Information und andererseits die inhaltliche Bestimmtheit auf: Die Vor-

schriften des Gesellschaftsrechtes richten sich (als Informationsempfänger) an die Gesellschafter (Aktionäre), die Vorschriften des Kapitalmarktrechtes an das (anlagesuchende) Publikum. Der Kreis der potenziell aus dem Gleichheitssatz Berechtigten ist im Bereich des Kapitalmarktrechtes also größer⁸⁶). Während die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften nur wenige inhaltliche Vorgaben für die Informationsweitergabe beinhalten, so werden die kapitalmarktrechtlichen Vorschriften in Hinsicht auf die Art der mitzuteilenden Informationen konkreter: Sie enthalten (detaillierte) Regelungen über den Inhalt des Prospekts und (weniger detaillierte) über die ad hoc zu erstattenden Mitteilungen.

Hinsichtlich des Kreises der Empfänger der Information besteht bei den nach dem Kapitalmarktrecht zwingend zu gebenden Informationen aber noch folgender wesentlicher Unterschied: Die nach Kapitalmarktrecht zwingend zu erteilenden Auskünfte sind dem gesamten Publikum in gleicher Weise zu geben. (Die nach der Prospektpflicht zu erteilenden Informationen ergehen also an alle Kapitalmarktteilnehmer ohne Unterscheidung mit demselben Inhalt; ebenso die auf Grund der Ad-hoc-Mitteilungspflicht zu erteilenden Informationen. Im rein gesellschaftsrechtlichen Bereich ergehen hingegen nur jene Informationen zwingend an alle Aktionäre in gleicher Weise, die in der Hauptversammlung gegeben werden). Gleichzeitig aber ist die Gesellschaft nicht verpflichtet, mehr Informationen zu erteilen, als sich aus der Prospekt- oder der Ad-hoc-Mitteilungspflicht ergibt. Hat sie diese Pflichten erfüllt, so ist sie zur weiter gehenden Information nicht verpflichtet. Das Kapitalmarktrecht stellt also Regeln für die Mindestinformation zur Teilnahme auf dem Kapitalmarkt auf, um dessen Funktion zu gewährleisten, enthält jedoch keine Vorschriften über die darüber hinausgehende Weitergabe von Information. Dies gilt sowohl für Inhalt wie für den Adressatenkreis solcher weiter gehender Information.

Sowohl aus der Prospekt- wie aus der Ad-hoc-Mitteilungspflicht kann also kein Argument in Richtung einer Verpflichtung der Gesellschaft zur „absolut gleichförmigen“ Verteilung weiter gehender („zusätzlicher“) Informationen gewonnen werden. In diese Richtung deuten auch die Vorschriften zum Insider-Handel und der Emittenten-Compliance: Wie schon unter Punkt 4.b) dargelegt, gehen sie schon begrifflich von einer asymmetrischen Informationsweitergabe aus. Durch sie wird nicht primär die Informationsweitergabe an sich unterbunden (was man konsequenterweise in Richtung eines Gebotes zur gleichförmigen Informationsweitergabe interpretieren könnte), sondern sie regeln gerade die Benutzung solcher weitergegebener Informationen. Die prinzipielle Zulässigkeit der konkreten Weitergabe von Informationen

⁸⁴) Diese Überlegungen zur Möglichkeit, bestimmte (Groß-)Aktionäre im Konzern bevorzugt zu informieren, finden letztlich ihre Begründung in der in jüngerer Zeit verstärkt betrachteten Treuepflicht der Aktionäre, die beim Großaktionär andere Formen als beim Kleinaktionär annimmt (Die verstärkte Treuepflicht des Großaktionärs wird va in Deutschland seit etwa 25 Jahren diskutiert, grundlegend s Lutter, JZ 1976, 255 ff). Wem mehr Rechte zukommen, dem kommen auch mehr Pflichten zu. Der Großaktionär ist etwa durch seine Treuepflicht uU verhalten, eine Stellungnahme abzugeben (s oben Punkt 4.b.). Zur Begründung s auch die „Rücksichtspflicht als Korrelat der Mehrheitsmacht“, die der BGH in der ITT-Entscheidung anerkannt hat (BGHZ 65, 15, 19 = NJW 1976, 191).

⁸⁵) Ähnlich de lege ferenda *Duden* in FS von Caemmerer 513.

⁸⁶) Zumindest praktisch ist dies so – theoretisch wäre es nur dann nicht so, wenn alle Kapitalmarktteilnehmer schon Aktionäre einer Gesellschaft wären.

durch die Gesellschaft ergibt sich nach dem Gleichheitssatz aus den jeweiligen Verhältnissen⁸⁷⁾. Überdies ist zu beachten, dass durch das Kapitalmarktrecht die Vorschriften über die Leitung der Gesellschaft durch den Vorstand nicht außer Kraft gesetzt werden, sondern allenfalls durch das Kapitalmarktrecht neue Gesichtspunkte hinzukommen und/oder andere Schwerpunkte gesetzt werden; die prinzipielle Verpflichtung des Vorstandes zur Leitung der Gesellschaft im Sinne der Interessen des § 70 wird jedoch nicht berührt⁸⁸⁾.

III. Zusammenfassung

1. Fragerecht in der HV deckt sich nicht mit allgemeiner Informationsweitergabe

Das österreichische Aktiengesetz enthält keine abschließende Regelung des Rechts der Weitergabe von Informationen durch den Vorstand. Im Aktiengesetz selbst ist lediglich das durchsetzbare Fragerecht des Aktionärs in der Hauptversammlung gemäß § 112 geregelt (Auskunftsrecht). Die Weitergabe von Informationen an gesellschaftsfremde Dritte ist eine Maßnahme der Geschäftsführung und ist daher nach deren allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Die Zulässigkeit der Weitergabe von Informationen an Gesellschafter richtet sich nebst der Leitungsbefugnis des Vorstands nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz, der in § 47a AktG positiviert ist. Das Kapitalmarktrecht enthält weitere gegebenenfalls zu beachtende Vorschriften für die Information der Kapitalmarktteilnehmer, insbesondere zur Erstattung von Ad-hoc-Meldungen, zum Insiderhandel und zur Emittenten-Compliance.

2. Der Gleichbehandlungsgrundsatz

Inhalt des gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist kein Mo-

dell der absoluten (ausgleichenden), sondern eines der proportionalen (austeilenden) Gerechtigkeit. Diese austeilende Gerechtigkeit bemisst sich anhand der Verhältnisse, in denen sich die beteiligten Empfänger befinden. In gleichen Verhältnissen stehende Empfänger sind gleich zu behandeln, in ungleichen Verhältnissen stehende ungleich. Andersherum: Ohne sachlichen Differenzierungsgrund dürfen keine Unterscheidungen zwischen den Aktionären getroffen werden. Um erkennen zu können, was rechtlich bedeutende Verhältnisse bzw. was sachliche Unterscheidungsgründe sind, die die Differenzierung (und damit die ungleiche Informationsweitergabe) rechtfertigen, sind insbesondere die Wertungen des Gesellschafts- und Konzernrechts und gegebenenfalls des Kapitalmarktrechts heranzuziehen.

3. Das Fragerecht in der HV

Vermögensrechte und Stimmrechte stehen den Aktionären in zur Beteiligungshöhe proportionaler Weise zu (Hauptrechte), während andere Rechte (Nebenrechte) und damit auch das Fragerecht unabhängig von der Beteiligungshöhe grundsätzlich auf „absolut“ gleichem Niveau zustehen. Eine Differenzierung hinsichtlich des Fragerechtes in der HV ist aus Gründen der Systematik, des Minderheitenschutzes und der Praktikabilität ausgeschlossen.

4. Schuldrechtliche Sonderverhältnisse

Verhältnisse zu gesellschaftsfremden Dritten und die damit verbundene Informationsweitergabe unterfallen nicht dem gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Dies betrifft etwa die Beziehungen zu Lieferanten, Banken, Investmenthäusern, Unternehmensberatern, Steuerberatern, Personalleasinggesellschaften, Reinigungsunternehmen, Werbeagenturen etc. Dies sind rein schuldrechtliche Beziehungen und die diesbezügliche Informationsweitergabe stellt einen Akt der Geschäftsführung dar. Weder das Gleichbehandlungsgebot nach § 47a AktG noch das Fragerecht des Aktionärs nach § 112 AktG kommen hier zur Anwendung. Der Vorstand ist hier (lediglich) durch § 70 AktG gebunden.

5. Konzernverpflichtungen

Im Konzern sind zwei Fragestellungen zu unterscheiden: einerseits, wie weit die Gesellschaft für den Konzernabschluss und für die Auskunftspflicht in der HV benötigte Daten einfordern kann, und andererseits, inwieweit der Konzern(ober)gesellschaft ein durchsetzbarer Anspruch gegen die (Unter-)Gesellschaft auf erweiterte Informationserteilung zusteht.

1. In Hinsicht auf die Verpflichtung der Konzern(ober)gesellschaft zur Beantwortung der Aktionärsfragen und der Aufstellung eines Konzernabschlusses ist diese berechtigt, die dafür erforderlichen Informationen einzuholen. Dies folgt aus dem Grundsatz, dass jemandem, dem

⁸⁷⁾ § 48a Abs 1 Z 2 BörseG anerkennt selbst die Möglichkeit zur Informations-Weitergabe, sofern man „[. . .] dazu verhalten [. . .]“ ist.

⁸⁸⁾ Und hier zeigt sich auch, dass eine klare Einteilung der Informationsweitergabe als Innengeschäft, das alleine dem Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 47a AktG) unterfällt, oder als Akt der Geschäftsführung (iS einer Außenwirkung), der auch nach § 70 AktG zu beurteilen ist, nicht möglich ist (zur Frage s oben FN 29). Die Informationsweitergabe des Vorstands an zB eine Investmentbank (Außengeschäft) stellt aus gesellschaftsrechtlicher Sicht einen Akt der Geschäftsführung dar (§ 70 AktG), aus kapitalmarktrechtlicher jedoch ein „Kapitalmarktinternum“ (die Investmentbank ist ja genauso Kapitalmarktteilnehmer wie jeder andere auch), das nach dem kapitalmarktrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 83 Abs 1 BörseG) zu beurteilen ist. Der Vorstand unterliegt hier jedenfalls sowohl den Leitungsvorgaben des § 70 AktG wie dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Frage, ob es Situationen gibt, die lediglich nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 47a) ohne die Wertungen des § 70 zu beurteilen sind, lässt sich zumindest im Zusammenspiel Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht jedenfalls verneinen.

von der Rechtsordnung eine Verpflichtung auferlegt wird, auch die Möglichkeit gegeben werden muss, dieser nachzukommen. Das Frage-recht des Aktionärs nach § 112 AktG (und damit die Auskunftspflicht der Gesellschaft) sind von der jüngeren Lehre dahingehend aus-geweit worden, dass dem Aktionär nicht nur das Recht zusteht, Fragen in Hinsicht auf die Beziehungen zu Konzernunternehmen, sondern ganz allgemein in Hinsicht auf die für die Gesellschaft des Aktionärs bedeutenden Ange-legenheiten dieser Konzernunternehmen stellen zu können.

2. Jedenfalls in den Konstellationen, in denen eine Gesellschaft berechtigt ist, das Geschäft einer anderen zu führen (Unternehmenspachtvertrag, Unternehmensführungsvertrag), oder ähnliche Rechte auf Grund anderer faktisch satzungsän-dernder schuldrechtlicher Beziehungen be-stehen (Unternehmens-, Gewinnabführungs-vertrag), kommt der „Obergesellschaft“ ein ih-ren Befugnissen entsprechendes Informations-recht zu.
Ob der Obergesellschaft im Konzern jenseits davon ein aus der Leitungsbefugnis entsprin-gendes, durchsetzbares (quasi als „Sonder-recht“ nebst der Gesellschafterstellung be-stehendes) Informationsrecht zukommt, ist um-stritten, mE jedoch abzulehnen.
3. Jedenfalls aber gelten die allgemeinen Mög-lichkeiten der Weitergabe von Informationen im In-teresse der Gesellschaft auch im Konzern.

6. Informationsweitergabe an Aktionäre außerhalb der HV

Bei der Information an Aktionäre außerhalb der Hauptversammlung muss zwischen zwei Fällen unterschieden werden:

1. Erhalten Aktionäre Informationen auf Grund schuldrechtlicher Sonderbeziehungen, so ist dies – so problematisch solche Beziehungen in der Praxis auch sein mögen (man denke etwa an Konzernverrechnungspreise oder verdeckte Gewinnausschüttungen) – prinzipiell zulässig. Es gilt für sie dasselbe wie für die Information rein schuldrechtlich verbundener Nicht-Gesell-schafter. Die entsprechende Weitergabe von In-formation an den Aktionär muss von der übrigen Rechtsordnung gedeckt sein.
2. Anders ist die Frage der Weitergabe von Infor-mationen an Aktionäre zu betrachten, die außerhalb der Hauptversammlung ohne schuld-rechtliche Sonderbeziehung vorgenommen wird. Die Weitergabe von Informationen kann einerseits ohne weitere rechtliche Vorgaben durch das Interesse der Gesellschaft veranlasst sein. Andererseits kann die Gesellschaft zu die-ser Informationsweitergabe aber auch durch kapitalmarktrechtliche Bestimmungen ver-pflichtet sein (in diesem Fall erfolgt die Weiter-gabe von Informationen an alle Teilnehmer des Kapitalmarktes in gleicher Weise).

In beiden Zusammenhängen gilt der Gleichbe-handlungsgrundsatz (der gesellschaftsrechtli-che und der kapitalmarktrechtliche Gleichbe-handlungsgrundsatz sind inhaltlich identisch). Leitendes Kriterium für die Differenzierungs-möglichkeiten des Vorstands sind in beiden Fäl-len die Verhältnisse, in denen sich die Aktionäre (Kapitalmarktteilnehmer) befinden. Die Wer-tungen, die eine Differenzierung nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz ermöglichen, er-geben sich im einen Fall (lediglich) aus den Be-stimmungen über die Leitung der Gesellschaft durch den Vorstand und im anderen Fall (auch) aus den Bestimmungen des Kapitalmarktrech-tes. Da sich aus den kapitalmarktrechtlichen Vorschriften letztlich jedoch keine Verpflich-tung zur weiter gehenden gleichförmigen Infor-mation ergibt, ist bei der Beurteilung dieser Verhältnisse auf das Interesse der Gesellschaft abzustellen. Dieses Interesse wird in § 70 AktG näher präzisiert: Der Vorstand leitet die Gesell-schaft unter eigener Verantwortung (das heißt auch: Verantwortlichkeit) so, wie das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der In-teressen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie das öffentliche Interesse es erfordern. Es ist also Angelegenheit des Vorstandes, das „Ge-samtausmaß“ der Information sowie die „Ver-teilung“ der Information zu bestimmen.

Die Kriterien, anhand derer sich die Verhält-nisse bemessen, werden in praxi vor allem zwei sein: Erstens die Beteiligungshöhe des Gesell-schafters und zweitens seine wirtschaftliche Bedeutung und Einflussnahme (unter Umstän-den auch die Dauer seiner Gesellschafterstel-lung). Die beiden Kriterien der Beteiligungshö-he und der wirtschaftlichen Bedeutung/Ein-flussnahme können parallel laufen, müssen dies aber nicht.

Die ungleiche Informationsweitergabe ist so-weit zulässig, als sie einerseits von der Lei-tungsbefugnis des Vorstandes gedeckt ist und andererseits nicht durch den Gleichbehand-lungsgrundsatz beschränkt wird, dh, solange sie nicht unsachlich differenziert. Ihre Zulässig-keit ergibt sich mit anderen Worten aus den Möglichkeiten eines ordentlichen und gewis-senhaften Geschäftsleiters einerseits und den Grenzen der Sachlichkeit andererseits. Zumin-dest die Vorweginformation wichtiger Aktionä-re zu geplanten Maßnahmen ist somit möglich. In weiten Bereichen obliegt diese Entscheidung jedoch dem Vorstand als ordentlichem Ge-schäftsleiter, dessen Entscheidungen nicht – und auch wenn sie nicht erfolgreich waren – vom Gericht überprüft werden können und sol-len.

Korrespondenz: MMag. Dr. Harald Schröckenfuchs, RAA bei Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH, Dr. Karl Lueger-Ring 12, A-1010 Wien, Österreich; E-Mail: harald.schroeckenfuchs@aon.at.