

Zur Verschwiegenheitspflicht entsendeter Aufsichtsratsmitglieder

Ulrich Torggler

Übersicht

- I. Einleitung
- II. Organschaftliche Verschwiegenheitspflicht
 - A. Allgemeines
 - B. Entsendete Aufsichtsratsmitglieder
- C. Exkurs: Gewählte Vertrauenspersonen
- III. Zusammenfassung

Im Zuge seiner Tätigkeit in verschiedenen Aufsichtsräten hat mein Vater sicher mehr als einmal das Spannungsfeld erlebt, das sich aus der eigenverantwortlichen und dem Unternehmenswohl verpflichteten Stellung eines Aufsichtsratsmitglieds auf der einen Seite und der Sichtweise eines einflussreichen Aktionärs auf der anderen Seite ergibt, der das „von ihm“ bestellte Mitglied nicht selten als „Unseren Mann im Aufsichtsrat“ sieht. Besonders naheliegend ist dieses Verständnis im Fall der Entsendung (§ 88 AktG), die als Zweirweg-Informationskanal in die Gesellschaft gedeutet wird.

I. Einleitung

Gem § 88 AktG kann die Satzung einzelnen Aktionären das Recht zur Entsendung eines Aufsichtsratsmitglieds einräumen. Häufig steht der zu Entsendende bereits in einem organschaftlichen oder arbeitsrechtlichen Rechtsverhältnis zum Entsender, das ihn zur Wahrung der Interessen des Entsenders verpflichtet. Sonst wird sich eine entsprechende Pflicht idR aus einem Auftrags- oder zumindest auftragsähnlichen Rechtsverhältnis ergeben, das ausdrücklich oder

konkludent anlässlich der Entsendung zwischen Entsender und Entsendetem zustande kommt (§ 1009 ABGB).¹

Allerdings darf ein entsendetes Aufsichtsratsmitglied nach den Materialien zu § 88 AktG zwar die (Aktionärs-)Interessen des Senders in den Aufsichtsrat einbringen, in den es entsendet wurde; im Kollisionsfall gehen aber die Interessen dieser Gesellschaft vor.² Das entspricht den Zielvorgaben des § 70 Abs 1 AktG, der auch für Aufsichtsratsmitglieder gilt und die (längerfristigen) Unternehmensinteressen in den Vordergrund stellt. Diese bilden daher den Rahmen, in dem die Aktionärs- und Entsenderinteressen (§ 70 Abs 1 AktG) berücksichtigt werden dürfen.

II. Organschaftliche Verschwiegenheitspflicht

A. Allgemeines

Fraglich ist, wie sich die skizzierte Sonderstellung entsendeter Aufsichtsratsmitglieder auf ihre Verschwiegenheitspflicht in Bezug auf Informationen aus der Aufsichtsratsstätigkeit auswirkt: Gem § 99 AktG gilt für Aufsichtsratsmitglieder § 84 AktG über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder sinngemäß. Das bezieht sich nach allgemeiner Auffassung nicht bloß auf Sorgfaltsmaßstab („Sorgfaltspflicht“) und Haftungssanktion („Verantwortlichkeit“) gem § 84 Abs 1 Satz 1 und Abs 2 AktG, sondern auf den gesamten, in § 99 AktG anhand der Überschrift („Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder“) benannten § 84 AktG.³ Von der sinn gemäßen Anwendbarkeit mitumfasst ist daher auch § 84 Abs 1 Satz 2 AktG. Danach haben die Vorstands- bzw – iVm § 99 AktG – Aufsichtsratsmitglieder als Teil ihrer umfassenderen Interessenwahrungspflicht „[ü]ber vertrauliche Angaben [...] Stillschweigen zu bewahren“.

¹ Vgl *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ (2005 f) § 101 Rz 155; *Habersack* in Münch Komm AktG³ (2008) § 101 Rz 46; *Drygala* in Lutter/K. Schmidt, AktG² (2010) § 101 Rz 25; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Ö Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/485; *dies* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² (2012) § 88 Rz 27.

² Begründung § 84 dAktG 1937, dt RAnz 28/1937, abgedruckt in Aktiengesetz mit Amtlicher Begründung² (1939) 183; s zB *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ (2010) §§ 98, 99 Rz 36; *Straube/Rauter* in Straube, WK GmbHG (2008 ff) § 30c Rz 53; *Marsch-Barner* in Semler/v Schenck, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder³ (2009) § 12 Rz 91 f, 101; *Hüffer*, AktG¹⁰ (2012) § 116 Rz 5; *Spindler* in Spindler/Stilz, AktG² (2010) § 101 Rz 77, § 116 Rz 67; *Drygala* in Lutter/K. Schmidt § 101 Rz 23; *Habersack* in Münch Komm AktG³ (2008) § 101 Rz 51; *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 101 Rz 146, § 116 Rz 34 f.

³ ZB *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss² § 99 Rz 1; *Hüffer*¹⁰ § 116 Rz 1, 6; *Drygala* in Lutter/K. Schmidt² § 116 Rz 1, 23; *Habersack* in Münch Komm AktG³ § 116 Rz 1, 49.

Die Verschwiegenheitspflicht bezieht sich auf alle Informationen, die ein Aufsichtsratsmitglied im Zusammenhang mit dieser Funktion erlangt⁴ und deren Weitergabe nach sorgfältiger Einschätzung (§ 99, § 84 Abs 1 Satz 1 AktG)⁵ für die Aktiengesellschaft und/oder ihr Unternehmen (Maßstab des § 70 AktG⁶) nachteilig sein kann,⁷ sei es auch nur für die gedeihliche Zusammenarbeit in und unter den Organen, insb die Informationsbereitschaft des Vorstands.⁸ Insb sind vertrauliche Berichte sowie die Beratungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse erfasst, einschl des Abstimmungsverhaltens (ausdrücklich § 116 Abs 1 Satz 2 dAktG).⁹ Die Kennzeichnung der Information als vertraulich durch ihren Urheber ist aber ebenso wenig erforderlich wie der Charakter eines (insb Geschäfts- oder Betriebs-)Geheimnisses. Es genügt die objektiv voraussehbare Nachteiligkeit einer Weitergabe,¹⁰ die bei Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen stets gegeben sein wird und bei als vertraulich ausgewiesenen Informationen indiziert ist.¹¹ Zutr wird allerdings darauf hingewiesen, dass es Informationen gibt, bei denen sowohl die Einschätzung als vertraulich als auch die umgekehrte Sichtweise vertretbar sind. Die Ermessensausübung liegt insofern idR beim Vorstand, der als Leitungsorgan der AG auch für die Informationspolitik zuständig ist und das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft regelmäßig auch am besten beurteilen kann. Eine Vorstandsentscheidung über die Vertraulichkeit einer leitungsbezogenen Information hat daher nicht nur die Vermutung der Richtigkeit für sich, sondern muss, wenn sie zumindest vertretbar ist,

⁴ *Habersack* in Münch Komm AktG³ § 116 Rz 50 mit zutr Hinweis auf die weitergehende Treuepflicht; s auch *Hüffer*¹⁰ § 93 Rz 7; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss² § 99 Rz 23; *Spindler* in *Spindler/Stilz*² § 116 Rz 94; insofern aA *C. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss² § 84 Rz 13: „auch wenn sie nicht aus der Tätigkeit für die Gesellschaft stammen“.

⁵ Näher *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 234 ff.

⁶ Vgl zB *Spindler* in *Spindler/Stilz*² § 116 Rz 83 f; *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 234.

⁷ *Straube/Rauter* in WK GmbHG § 33 Rz 50 mwN; *Hüffer*¹⁰ § 93 Rz 7.

⁸ *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 228, 251; *Hüffer*¹⁰ § 116 Rz 6; *Habersack* in Münch Komm AktG³ § 116 Rz 49.

⁹ ZB *Hüffer*¹⁰ § 116 Rz 6; *Habersack* in Münch Komm AktG³ § 116 Rz 54; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss² § 99 Rz 21; *Drygala* in Lutter/K. Schmidt² § 116 Rz 29; ausf *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 250 ff.

¹⁰ *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats⁵ (2008) Rz 264; *Hüffer*¹⁰ § 93 Rz 7; *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 228 f; ausf *Spindler* in *Spindler/Stilz*² § 116 Rz 89 ff; *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 248 ff; ähnlich *C. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*² § 84 Rz 12 f; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*² § 99 Rz 21 f; *Drygala* in *Lutter/K. Schmidt*² § 116 Rz 24; *Straube/Rauter* in WK GmbHG § 33 Rz 53; wohl enger – Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse – *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*⁵ §§ 77 – 84 Rz 87.

¹¹ *Drygala* in *Lutter/K. Schmidt*² § 116 Rz 24; *Habersack* in Münch Komm AktG³ § 116 Rz 52, 54; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*² § 99 Rz 21; vgl auch *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 237 f; weitergehend *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*⁵ §§ 77–84 Rz 87.

grundsätzlich auch dann respektiert werden, wenn der Aufsichtsrat oder eines seiner Mitglieder anderer Auffassung ist.¹²

Die Verschwiegenheitspflicht gilt grundsätzlich auch im Verhältnis zu Aktionären (s unten B.).¹³ Sie gilt aber nicht im Aufsichtsrat selbst und gegenüber dem Vorstand.¹⁴ Nur in Einzelfällen eines besonderen Geheimhaltungsinteresses der Gesellschaft kann es zumindest vorübergehend zulässig und uU sogar geboten sein, Informationen einem Ausschuss vorzubehalten oder gegenüber einzelnen Mitgliedern oder dem Vorstand zurückzuhalten.¹⁵ Zulässig ist auch eine Einschaltung und Unterrichtung von Beratern oder Mitarbeitern durch den Aufsichtsrat oder durch einzelne AR-Mitglieder, sofern sich die Informationsweitergabe im Rahmen des Erforderlichen und Verhältnismäßigen hält und die Zugezogenen ihrerseits durch Individualvereinbarung, Arbeitsvertrag oder Berufsrecht (insb Anwälte) zur Geheimhaltung verpflichtet sind.¹⁶ Zumindest gegenüber Angestellten sollte auf eine bestehende Verschwiegenheitspflicht hingewiesen werden und eine angemessene diesbezügliche Kontrolle stattfinden.¹⁷

Die Verschwiegenheitspflicht gem §§ 99, 84 AktG ist zwingend¹⁸ und kann nach hM auch durch eine AR-Geschäftsordnung weder verschärft noch eingeschränkt werden.¹⁹ Sie trifft grundsätzlich sämtliche Aufsichtsratsmitglieder (s aber auch unten B.), und zwar in Bezug auf Kenntnisse aus ihrer Tätigkeit auch noch nach dem Ausscheiden.²⁰ Ausnahmen werden nur bei gesetzlicher

¹² So insb *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 234 ff, 239 f, 243, im Anschluss an *Mertens* in Kölner Komm AktG² § 116 Rz 47; vgl auch *Kalss* in *Kalss/Kunz*, Kap 19 Rz 11.

¹³ Ausdrücklich *Spindler* in *Spindler/Stilz*² § 116 Rz 86; *Habersack* in *Münch Komm AktG*³ § 116 Rz 13, 50, 56 f; *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 216, 219.

¹⁴ *Hüffer*¹⁰ § 93 Rz 8; *Drygala* in *Lutter/K. Schmidt*² § 116 Rz 32; *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 246, 254; *Habersack* in *Münch Komm AktG*³ § 116 Rz 56; *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 254 f, 257 ff.

¹⁵ *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 255, 257 f; *Spindler* in *Spindler/Stilz*² § 116 Rz 86; *Habersack* in *Münch Komm AktG*³ § 116 Rz 56; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*² § 92 Rz 90, § 99 Rz 31; *Drygala* in *Lutter/K. Schmidt*² § 116 Rz 32; *Riss*, Doppelorganshaft 24 ff; *Justich* in *Hausmaninger/Gratzl/Justich*, Kap 7 Rz 133, 225.

¹⁶ *Hüffer*¹⁰ § 93 Rz 8; *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 268 ff; *Habersack* in *Münch Komm AktG*³ § 116 Rz 58; *Straube/Rauter* in *WK GmbHG* § 33 Rz 57; vgl auch *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*² § 99 Rz 24 f; *Drygala* in *Lutter/K. Schmidt*² § 116 Rz 34.

¹⁷ *Hüffer*¹⁰ § 116 Rz 6; *Spindler* in *Spindler/Stilz*² § 116 Rz 86.

¹⁸ Zulässig und möglich sind Richtlinien und Empfehlungen; *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 10, 244 f; *Hüffer*¹⁰ § 116 Rz 7; *Drygala* in *Lutter/K. Schmidt*² § 116 Rz 23; *Spindler* in *Spindler/Stilz*² § 116 Rz 97; *Habersack* in *Münch Komm AktG*³ § 116 Rz 64 ff.

¹⁹ *MwN Straube/Rauter* in *WK GmbHG* § 33 Rz 54; vgl auch oben bei Fn 18.

²⁰ Zum Beispiel *Straube/Rauter* in *WK GmbHG* § 33 Rz 62; *Habersack* in *Münch Komm AktG*³ § 116 Rz 50; *Drygala* in *Lutter/K. Schmidt*² § 116 Rz 26; *Spindler* in *Spindler/*

Auskunftspflicht, insb einer Berichtspflicht gegenüber der Hauptversammlung,²¹ und in eng umgrenzten Sonderfällen anerkannt, in denen die Geheimhaltung schlechthin unzumutbar ist, insb weil die Preisgabe der Information zur persönlichen Verteidigung unumgänglich ist.²² Die bloße Pflichtenkollision rechtfertigt einen Verschwiegenheitsbruch hingegen nicht.²³

B. Entsendete Aufsichtsratsmitglieder

1) § 99 AktG differenziert ebenso wenig wie § 84 AktG nach dem Besetzungsgrund. Zumindest als Grundsatz ist daher allgemein anerkannt, dass die Aufsichtsratsmitglieder insofern gleich behandelt werden und namentlich die Verschwiegenheitspflicht gem § 84 Abs 1 Satz 2 AktG auch für Aufsichtsratsmitglieder gilt, die von Aktionären (§ 88 AktG) oder dem (Zentral-)Betriebsrat (§ 110 ArbVG) entsendet wurden (vgl auch § 115 Abs 4, § 160 ArbVG).²⁴

2) Über die Ausnahmen gibt es hingegen einen bunten Strauß von Meinungen. Besonders intensiv diskutiert ist die Frage iZm Belegschaftsvertretern, bei denen immerhin einige Parallelen zur Aktionärsentsendung gem § 88 AktG bestehen (vgl sogleich unter 4)). Die hM verneint eine Sonderstellung der Arbeitnehmervorteiler,²⁵ was auch den Materialien zum AktG 1965 entspricht.²⁶

Gleichwohl wird vor allem im arbeitsrechtlichen Schrifttum verbreitet für eine „Abwägung der betrieblichen Interessen an der Geheimhaltung mit der sich aus der Mandatsausübung ergebenden Notwendigkeit einer Information des entsendungsberechtigten betriebsverfassungsrechtlichen Organs“ eingetreten. „Bei Überwiegen der Interessenvertretungsaufgabe“ liege keine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht vor, wenn die AN-Vertreter dem entsendenden

Stilz² § 116 Rz 88; *Habersack* in Münch Komm AktG³ § 116 Rz 15, 50; *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 14, 225, 277; *Spindler* in Spindler/Stilz² § 116 Rz 88; einschränkend *Strasser* in Jabornegg/Strasser⁵ §§ 77–84 Rz 91.

²¹ Ausf mwN *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 260 ff.

²² S *Habersack* in Münch Komm AktG³ § 116 Rz 59; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss² § 99 Rz 28 f; *Strasser* in Jabornegg/Strasser⁵ §§ 77–84 Rz 94; *Spindler* in Spindler/Stilz² § 116 Rz 96; allg *Riss*, Doppelorganschaft 7 f.

²³ *Habersack* in Münch Komm AktG³ § 116 Rz 59; *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 219 ff; *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 276.

²⁴ *Strasser* in Jabornegg/Strasser⁵ §§ 77–84 Rz 88, §§ 98, 99 Rz 39, 43; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss² § 99 Rz 3, 23; *Hüffer*¹⁰ § 116 Rz 7; *Spindler* in Spindler/Stilz² § 116 Rz 83; *Habersack* in Münch Komm AktG³ § 116 Rz 55; *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 12, 41.

²⁵ MwN *Strasser* in Jabornegg/Strasser⁵ §§ 98, 99 Rz 43; s auch die wN bei *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 110 Rz 265.

²⁶ EBRV 301 BlgNR 10. GP 70; s auch L-Regel 59 ÖCGK.

Organ in dem für die Erfüllung der Interessenvertretungsaufgabe erforderlichen Umfang berichten.²⁷

3) Breit diskutiert ist das Problem auch im Konzern, wobei insofern zwei Fragestellungen zu unterscheiden sind: Zunächst fragt sich, ob das Verschwiegenheitsgebot der Organwalter einer Untergesellschaft (§§ 84, 99 AktG) im Verhältnis zur Konzernobergesellschaft durchbrochen ist. Das ist jedenfalls insofern und dann zu bejahen, wenn die Informationserteilung gesetzlich geboten ist²⁸ oder im Interesse der Untergesellschaft liegt, wenn also Interesse der Untergesellschaft (§ 70 AktG) und Konzerninteresse parallel laufen.²⁹ Wohl darüber hinausgehend wird eine Informationsberechtigung oder sogar -pflicht der Untergesellschaft im öSchrifttum verbreitet auch dann bejaht, wenn und soweit die Information zur Konzernleitung erforderlich ist.³⁰ Es soll sogar aus einer Gesamtanalogie ein allg Rechtssatz ableitbar sein, „dass die beherrschte Gesellschaft (Untergesellschaft) an die herrschende Gesellschaft (Obergesellschaft) die für die Konzernleitung notwendige Information weiterzugeben hat.“³¹

Die zur Begründung herangezogenen Einzelregelungen sind dadurch mE allerdings überfordert:³² Ihnen lässt sich bloß der gemeinsame und daher im Wege der Gesamtanalogie verallgemeinerungsfähige Grundsatz entnehmen, dass ein Informationsaustausch insofern zulässig und geboten ist, als er zur Erfüllung gruppenspezifischer rechtlicher Pflichten erforderlich ist.³³ Nicht weiterführend ist auch der Hinweis auf die Auskunftsrechte gem § 118 Abs 1 Satz 2 AktG über die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen der Gesellschaft zu einem verbundenen Unternehmen (ähnlich § 95 Abs 2 AktG). Denn es geht dabei um Konzernangelegenheiten, die gleichzeitig „solche der eigenen Gesellschaft sind“.³⁴ Nicht zu folgen ist mE daher auch dem Schluss, dass es „kor-

²⁷ MwN *Jabornegg* in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 110 Rz 267 f.

²⁸ Vgl insb § 247 Abs 3 UGB (s dazu auch § 118 Abs 1 Satz 3 AktG); § 30 Abs 7 ff, §§ 39, 39a BWG, § 11 FKG.

²⁹ *Koppensteiner*, GesRZ 2008, 200 (207); *Kalss*, Auskunftsrechte und -pflichten für Vorstand und Aufsichtsrat im Konzern, GesRZ 2010, 137 (140 f); *dies* in Kalss/Kunz, Kap 19 Rz 41; vgl auch *Spindler* in Spindler/Stilz² § 116 Rz 102 aE.

³⁰ *Doralt/Diregger* in Münch Komm AktG³ ÖKonzernR Rz 41 f; *C. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss² § 84 Rz 14; *Kalss* in Kalss/Kunz, Kap 19 Rz 29 f; *dies* in Doralt/Nowotny/Kalss² § 99 Rz 26; *dies*, GesRZ 2010, 137 (140; s aber auch 141 f), nach der sogar konzernleitungsrelevante Protokollabschriften weitergegeben werden dürfen (aaO 145); zurecht einschränkend *Koppensteiner*, GesRZ 2008, 200 (207).

³¹ So *Kalss*, GesRZ 2010, 137 (140).

³² Vgl auch zB *Spindler* in Spindler/Stilz² § 116 Rz 101 ff; *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 231, 274; *Habersack* in Münch Komm AktG³ § 116 Rz 57.

³³ Vgl bereits *Koppensteiner*, GesRZ 2008, 200 (207).

³⁴ Überzeugend *Koppensteiner*, GesRZ 2008, 200 ff; s auch *Bachner* in Doralt/Nowotny/Kalss² § 118 Rz 55 f; insofern übereinstimmend auch *Kalss*, GesRZ 2010, 137 (139).

respondierende Auskunftspflichten der gesetzlichen Vertreter der – auch nur mittelbar – abhängigen Gesellschaften gegenüber der Konzernobergesellschaft geben“ „muss“. ³⁵ Auch steht die Auskunft (ebenso wie jene gem § 118 Abs 1 Satz 3 AktG über die Lage des Konzerns und der in den Konzernabschluss einbezogenen Unternehmen) gerade nicht als ständiges Individualrecht einem Aktionär zu, sondern nur in der Hauptversammlung, wo die Gleichbehandlung der Aktionäre gewahrt ist, und auch dort nur unter den Vorbehalten eines Zusammenhangs mit einem Tagesordnungspunkt (bzw der Vorlage von Konzernabschluss und -lagebericht) und berechtigter Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft (§ 118 Abs 3 Z 1 AktG).

Eine andere, zweite Frage lautet, welches Organ einer Untergesellschaft für eine zulässige Informationserteilung zuständig ist. Die Zuständigkeit liegt insofern eindeutig beim Leitungsorgan, das für die Außenbeziehungen der Untergesellschaft zuständig ist. ³⁶ Dennoch wird mit einem gewissen Zugeständnis an die gelebte Wirklichkeit vertreten, dass auch der Aufsichtsrat und sogar einzelne Mitglieder zur Information der Muttergesellschaft berechtigt seien, soweit dies „dem Zweck der einheitlichen Leitung der Tochtergesellschaft dient“. ³⁷

4) In Bezug auf entsendete Aufsichtsratsmitglieder (§ 88 AktG) steht die dhM auf dem Standpunkt, dass *lege non distinguente* keine Sonderstellung in Bezug auf die §§ 84, 99 AktG bestehe und dies namentlich auch im Verhältnis zum Entsendungsberechtigten gelte. ³⁸ In Ö wird hingegen für Ausnahmen gegenüber dem Entsender plädiert. Dabei beruft man sich zum Teil auf die Rechtslage gegenüber der Konzernmuttergesellschaft, ³⁹ womit man sich freilich wie gezeigt auf unsicherem Terrain befindet (soeben unter 3)). Tragfähiger ist mE an der Funktion des Entsendungsrechts anzusetzen, das nach den Materialien zu § 88 AktG ⁴⁰ auch der Einbringung der Interessen des Entsenders in die Untergesellschaft dient.

³⁵ So Peter Doralt/Diregger in Münch Komm AktG³ ÖKonzernR Rz 42.

³⁶ Lutter/Krieger⁵ Rz 275, 284; Habersack in Münch Komm AktG³ § 116 Rz 13; Kalss, GesRZ 2010, 137 (140 f); Straube/Rauter in WK GmbHG § 33 Rz 60.

³⁷ Kalss, GesRZ 2010, 137 (141); ebenso Drygala in Lutter/K. Schmidt² § 116 Rz 31; einschränkend (nur bei ausdrücklicher oder konkludenter Genehmigung durch den Vorstand der Unter-AG) Hopt/M. Roth in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 274; abl zB Hopt/M. Roth in GroßK AktG⁴ § 116 Rz 57 mwN.

³⁸ Spindler in Spindler/Stilz² § 101 Rz 78, § 116 Rz 83, 86; Habersack in Münch Komm AktG³ § 101 Rz 47, § 116 Rz 13, 55, 60; Hopt/M. Roth in GroßK AktG⁴ § 101 Rz 145, 158, § 116 Rz 12, 41, 219, 224, 246; Drygala in Lutter/K. Schmidt² § 101 Rz 25; vgl auch Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss² § 88 Rz 25; M. Doralt in Kalss/Kunz, Kap 6 Rz 147; Straube/Rauter in WK GmbHG § 30c Rz 52, § 33 Rz 10.

³⁹ So insb Kalss, GesRZ 2010, 137 (143).

⁴⁰ Oben bei und in Fn 2.

Ähnlich wie einen Arbeitnehmervertreter⁴¹ sieht das Gesetz also auch ein gem § 88 AktG entsendetes Aufsichtsratsmitglied als Interessenvertreter, das den Gruppen- und insb Aktionärsinteressen Gehör verschaffen darf und soll, soweit diese im Rahmen und in den Grenzen des (längerfristigen) Unternehmenswohls (§ 70 Abs 1 AktG) berücksichtigungswürdig und -fähig sind. Im Verhältnis zum Entsender steht ein entsendetes Aufsichtsratsmitglied regelmäßig in einem Auftrags- oder wenigstens auftragsähnlichen Rechtsverhältnis (§§ 1009 ff ABGB).⁴² Das impliziert nach öhM das Recht des Senders, in dem durch das Unternehmensinteresse der Untergesellschaft abgesteckten Rahmen (§ 70 Abs 1 AktG) Weisungen in Bezug auf die Ausübung der Aufsichtsrats-tätigkeit zu geben (§ 1009 ABGB).⁴³ Eine Weisung, die dem Unternehmenswohl widerspricht (insb wegen Berücksichtigung gegenläufiger Interessen des Senders), ist daher nichtig und unbeachtlich,⁴⁴ was auch in den erwähnten Materialien anklingt.⁴⁵

Wenn das Gesetz also in dem durch das Unternehmenswohl (§ 70 Abs 1 AktG) abgesteckten Rahmen auch die Einbringung der Interessen des Senders zulässt, so folgt daraus, dass es auch die dazu erforderliche Informationsweitergabe zulässt. Denn wie gerade § 118 AktG, aber auch die skizzierte Rechtslage bei gruppenspezifischen Verpflichtungen⁴⁶ belegen, gewährt das Recht Entscheidungsmacht sinnvollerweise nicht ohne Zugang zu den entscheidungsrelevanten Informationen. Die Einbringung der Interessen des Entscheidungsberechtigten in den Entscheidungsprozess setzt idR die vorherige Abklärung dieser Interessen voraus, was ohne Information über den Gegenstand anstehender Aufsichtsratsagenden nicht möglich ist. Dasselbe gilt umso mehr für eine Weisungseinholung (wie uU auch für eine sachgerechte Ausübung des in § 88

⁴¹ Vgl oben bei Fn 26.

⁴² Vgl *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 101 Rz 155; *Habersack* in Münch Komm AktG³ § 101 Rz 46; *Drygala* in Lutter/K. Schmidt² § 101 Rz 25; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Rz 3/485; *dies* in Doralt/Nowotny/Kalss² § 88 Rz 27.

⁴³ S die Nw in der folgenden Fn; aA (keine Weisungsbefugnis), aber iE ähnl ein Teil des (insb deutschen) Schrifttums, zB *Spindler* in Spindler/Stilz² § 101 Rz 79, § 116 Rz 67; *Habersack* in Münch Komm AktG³ § 101 Rz 51; *E. Vetter* in Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch börsennotierte AG² (2009) § 25 Rz 28; vgl auch OGH 29.8.1995, 5 Ob 554/94.

⁴⁴ Ausf *Aicher* in *Funk*, Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte (1981) 191 (274 ff); vgl auch *C. Nowotny*, Der Beamte als Aufsichtsrat, RdW 1999, 283 (286 f); *Schima*, Zur Effizienz von Syndikatsverträgen, insbesondere bei der AG, in FS Krejci (2001) 825 (841 ff); *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss² § 88 Rz 28 f; *Straube/Rauter* in WK GmbHG § 30c Rz 53 mwN; *Riss*, Doppelorganschaft 54 (s aber auch aaO 11 ff); *Justich* in Hausmaninger/Gratzl/Justich, Kap 7 Rz 61; *Drygala* in Lutter/K. Schmidt² § 101 Rz 23, 25; *Hopt/M. Roth* in GroßK AktG⁴ § 101 Rz 147 f, 156.

⁴⁵ Oben bei Fn 26 und 2.

⁴⁶ Oben bei Fn 28 ff.

Abs 4 AktG ausdrücklich anerkannten Abberufungs- und Ersetzungsrechts des Entsenders⁴⁷).

Das Weitergaberecht steht daher als Ausnahme von § 99 iVm § 84 Abs 1 Satz 2 AktG unter dem Vorbehalt, dass die Weitergabe für eine mit dem Unternehmenswohl (oben II.A.) kompatible Berücksichtigung der Entsenderinteressen erforderlich ist.⁴⁸ Überhaupt ist zu bedenken, dass es um die Auflösung eines Zielkonflikts zwischen der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder einerseits und dem gesetzlich anerkannten und daher berechtigten Interesse eines entsendungsberechtigten Aktionärs andererseits geht. Dazu bedient sich das Gesetz in verschiedensten Zusammenhängen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes iwS.⁴⁹ Neben der Erforderlichkeit zur sachgerechten Einbringung der Aktionärsinteressen ist daher zu fordern, dass das Entsenderinteresse an der Information nicht außer Verhältnis zu drohenden Nachteilen der Gesellschaft steht (Verhältnismäßigkeit ieS) und der Grundsatz der geringsten Last gewahrt ist, also unter mehreren Alternativen diejenige gewählt wird, die den geringsten Eingriff in das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft mit sich bringt.⁵⁰ Die unter diesen engen Voraussetzungen resultierenden ungleichen Informationszugänge von entsendungsberechtigten Aktionären und anderen sind durch das gesetzlich anerkannte Informationsinteresse des Entsendungsberechtigten und die satzungsmäßige Verankerung des Entsendungsrechts sachlich gerechtfertigt.⁵¹

Als weitere Voraussetzung neben der Verhältnismäßigkeit der Informationsweitergabe wird im Schrifttum gefordert, dass das entsendete Aufsichtsratsmitglied an das Unternehmenswohl gebunden ist und insb der Untergesellschaft keine Nachteile zufügen dürfe.⁵² Ohne weiteres einsichtig ist das nicht, ist doch eine Information, deren Verbreitung ohne Nachteil für die Gesellschaft möglich ist, idR⁵³ gar keine „vertrauliche Angabe“ iSd § 84 Abs 1 Satz 2 AktG und daher

⁴⁷ Vgl auch *Schima* in FS Krejci (2001) 825 (841).

⁴⁸ *C. Nowotny*, RdW 1999, 283 (289); *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss² § 88 Rz 28, § 99 Rz 27; *dies* in Kalss/Kunz, Kap 19 Rz 37; *dies*, GesRZ 2010, 137 (143: „in dem für die Ausübung des Amtes unbedingt erforderlichen Ausmaß“), die unter der genannten Einschränkung sogar für eine Befugnis eintritt, Protokollabschriften weiterzugeben (aaO 145); für Konzernverhältnisse auch *Drygala* in Lutter/K. Schmidt² § 116 Rz 31 mwN.

⁴⁹ *U. Torggler*, GeS 2006, 58 (60 f).

⁵⁰ Vgl *U. Torggler* aaO 61 ff.

⁵¹ *Kalss*, GesRZ 2010, 137 (141); s aber auch *dies* in Kalss/Kunz, Kap 19 Rz 37; allg *Koppensteiner*, GesRZ 2008, 200 (203 ff), der eine Rechtfertigung aus dem Gesellschaftsinteresse fordert.

⁵² *Kalss*, GesRZ 2010, 137 (143); *dies* in Kalss/Kunz, Kap 19 Rz 37 (mit zusätzlichem Hinweis auf das Gebot der Gleichbehandlung; s dazu soeben bei und in Fn 51); *dies* in Doralt/Nowotny/Kalss² § 88 Rz 28, § 99 Rz 27.

⁵³ Vgl oben bei Fn 12.

unabhängig von dem Vorliegen eines Entsendungsverhältnisses kein Gegenstand der Verschwiegenheitspflicht.⁵⁴ Drohende Beeinträchtigungen der Gesellschaft aus der Weitergabe fließen ohnehin in die beschriebene Interessenabwägung (Verhältnismäßigkeitsprüfung) ein. Auch ist der zur Konkretisierung⁵⁵ herangezogene § 118 Abs 3 AktG über die Auskunftsverweigerung in der HV überfordert, weil dort ein Auskunftsverweigerungsrecht geregelt ist. Als Grundlage einer solchen Pflicht ist die Norm daher ungeeignet. Zudem ist die dort geregelte Situation eine andere, weil eine Verlautbarung in der Hauptversammlung eine Information typischerweise unkontrollierbar macht, während es im hier interessierenden Zusammenhang nur um die Weitergabe an *einen* Aktionär geht, der mE noch dazu ebenso wie seine befassten Gehilfen (insb Organwalter) analog der Verschwiegenheitspflicht gem §§ 99, 84 AktG gegenüber der Untergesellschaft unterliegt.⁵⁶ ME ist das Unternehmenswohl daher schon bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen. Vielleicht bezieht sich die hier abgelehnte Auffassung auch nur auf Informationen, deren Weitergabe wegen des in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einfließenden Unternehmensinteresses stets unverhältnismäßig und daher verboten ist, wie zB eine Warnung des entsendenden Aktionärs vor bevorstehenden Anspruchserhebungen gegen ihn oder die Weitergabe wettbewerbsrelevanter Informationen an einen Konkurrenten.

Scheinbar weiter gehend fordert *Kalss*, dass die Informationsweitergabe im Interesse der Untergesellschaft selbst liegt: Oberste Leitschnur der Entscheidung über die Informationsweitergabe sei die Verfolgung des Unternehmensinteresses.⁵⁷ Allerdings dürfte sich diese Aussage (zutreffend) nur auf den Normalfall der Informationsweitergabe durch ein (auch gewähltes) Aufsichtsratsmitglied an einen Aktionär beziehen, nicht auch auf den Sonderfall eines entsendeten Mitglieds im Verhältnis zum Entsender:⁵⁸ Das Unternehmensinteresse ist die allgemeine Vorgabe (§ 70 Abs 1 AktG); bei Entsendung ist nach dem Gesagten die verhältnismäßige Berücksichtigung der Entsenderinteressen legitim. Die Informationsweitergabe darf daher durchaus dem Interesse des Entsendungsberechtigten dienen, seine Anschauungen in die Entscheidungsprozesse im Aufsichtsrat in der gesetzlich zulässigen Weise einbringen zu können. Gerade das ist der Grund für die Zulässigkeit der Informationsweitergabe; dass daran ein Interesse der Untergesellschaft besteht, ist nicht erforderlich. Im Ge-

⁵⁴ Oben bei Fn 4 ff.

⁵⁵ *C. Nowotny*, RdW 1999, 283 (288); *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss² § 88 Rz 28, § 99 Rz 27; anders auch *dies*, GesRZ 2010, 137 (143); wieder abw (auch § 70 AktG) *dies* in Kalss/Kunz, Kap 19 Rz 40.

⁵⁶ Vgl *Lutter/Krieger*⁵ Rz 282; *Drygala* in Lutter/K. Schmidt² § 116 Rz 31.

⁵⁷ *Kalss* in Kalss/Kunz, Kap 19 Rz 40.

⁵⁸ Vgl *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss² § 88 Rz 28.